ivap
Gizartegintzan bidelagun

EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO
GOBERNANTZA, ADMINISTRAZIO DIGITAL ETA AUTOGOBERNU SAILA
DEPARTAMENTO DE GOBERNANZA, ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y AUTOGOBIERNO

Un diálogo jurídico interdisciplinar

Edorta Cobrerosen lagunen liburua

Carmen Agoués Mendizabal
Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas
Jasone Urkola Iriarte
(coords. | koord.)

Carmen Agoués Mendizabal
Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas
Jasone Urkola Iriarte
(coords. | koord.)

Un diálogo jurídico interdisciplinar
Edorta Cobrerosen lagunen liburua

Oñati, 2026

Correspondencia a / Corresponding author:

Cómo citar / How to cite: Agoués Mendizabal, Carmen; Ezquiaga, Francisco Javier; Urkola, Jasone (coords./koord.) (2026). *Un diálogo jurídico interdisciplinar. Edorta Cobrerosen lagunen liburua.* Instituto Instituto Vasco de Administración Pública / Administrazio Publikoaren Euskal Institutua - IVAP.

Recibido/Jasota: 1/06/2026.
Aceptado/Accepted: 13/07/2026.
Publicado online/Online argitaratua: 25/09/2026.

© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública
Administrazio Publikoaren Euskal Institutua

ISBN: 978-84-7777-737-3 (edición impresa, obra completa)
ISBN: 978-84-7777-738-0 (edición impresa, primer tomo)
ISBN: 978-84-7777-739-7 (edición impresa, segundo tomo)
ISBN: 978-84-7777-740-3 (edición digital)

Depósito legal: LG D 580-2026

Fotocomposición e impresión: Grafilur, S.A., Avda. Cervantes, 51 —edificio 21—
48970 Basauri (Bizkaia)

ISBN: 978-84-7777-740-3

Prólogo | Hitzaurrea

Jasone Urkola Iriarte

Atsegin handiz natorkizue, eta aldi berean ohore handia da niretzat, *Diziplina arteko elkarrizketa juridikoa. Edorta Cobrerosen lagunen liburua* izenburupean aipatu irakaslearen omenetan bere dizipulu, lankide eta adiskideok geure esker ona adierazi asmoz prestatu dugun argitalpena aurkeztera. Izan ere, haren ibilbide akademiko luze bezain oparoak merezi baitu gure aintzatespena jasotzea eta era honetan helaraztea iruditu zaigu modurik hoberena. Jada lau hamarkada luze dituen ibilbide akademikoan, irakasle, ikertzaile nahiz kudeatzaile gisa egindako lanean Edortak erakutsi (eta erakusten) duen giza kalitateak, eta, aldi berean, zorroztasun, zuhurtzia eta analisi-sakontasunak eredugarri egin dute, guztion miresmena eta errespetua erdietsiz, Euskal Herriko Unibertsitatetik eta bere diziplinatik askoz haratago. Errespetu horren isla eta berrespena da obra honetan parte hartu dugunon diziplina-aniztasuna.

Diziplina-aniztasun hori izango da argitalpen honen ezaugarri nagusia, izan ere, Cobreros Mendazona Administrazio Zuzenbideko katedradun izanik, jakintza-arlo horretako ekarpenak gehiengoa diren arren, bai baitira Zuzenbide Publikoko beste diziplina batzuetako nahiz Zuzenbide Pribatuko ekarpen ugari. Hortik dator argitalpenaren izenburua —jakintza-arlo desberdinetako ekarpenek osatu duten mosaikoak diziplina arteko elkarrizketa juridiko aberasgarria moldatu baitu—, baita lanak elkarren artean antolatzeko irizpide alfabetikoa baliatu izana ere.

Parte-hartzaile guztioi, gertuko nahiz urruneko, zuen abegi ona, prestutasuna eta ekarpen baliotsuak biziki eskertu nahi nizkizueke: zeuok izan zarete obra hau gorpuztea posible egin duzuenak. Mila esker elkarrizketa juridiko interesgarri honetan parte hartu izanagatik.

Amaitzeko bereziki azpimarratu eta eskertu nahi dut Carmen Agoués Mendizabalek argitalpen hau aurrera atera dadin eginiko lana: bera izan da proiektuaren ardatz nagusia, etengabe bultzatu eta bideratu duena. Eskerrik asko!

* * *

Me complace enormemente y constituye un honor presentar la publicación que, bajo el título *Un dialogo jurídico interdisciplinar. Libro de los/as*

ISBN: 978-84-7777-740-3

amigos/as de Edorta Cobreros, hemos confeccionado en homenaje al citado profesor sus discípulos/as, colegas y amigos/as con el objeto de expresarle nuestra gratitud y reconocimiento. En efecto, su prolongada y prolífica trayectoria académica merece nuestro reconocimiento y gratitud más sinceros, y hemos estimado que esta puede ser la menor manera de trasmitírselos. Con una trayectoria académica que sobrepasa en mucho las cuatro décadas, en su labor como profesor, investigador o gestor, Edorta ha demostrado (y lo sigue haciendo) una gran calidad humana y, a la vez, rigor, prudencia y profundidad de análisis ejemplares, que lo han hecho digno de admiración y respeto, más allá de la Euskal Herriko Unibertsitatea y de su propia disciplina. La presencia multidisciplinar de quienes participamos en la presente obra refleja y refrenda el anterior aserto.

La característica principal de la publicación es, precisamente, su carácter multidisciplinar. Ciertamente, dado que Cobreros Mendazona es catedrático de Derecho Administrativo, la mayoría de las contribuciones provienen de esa área de conocimiento; sin embargo, se han efectuado también interesantes aportaciones desde otras disciplinas del Derecho Público e, incluso, del Derecho Privado. De ahí el título de la publicación —pues el mosaico configurado por contribuciones de distintas áreas de conocimiento propicia un enriquecedor diálogo jurídico interdisciplinar—, e incluso el orden alfabético que se ha elegido para ordenar las aportaciones entre sí.

Agradezco muy sinceramente a todas las personas participantes vuestra aquiescencia, buena disposición y valiosas aportaciones, pues sois las responsables de que este proyecto haya llegado a buen puerto. Muchísimas gracias por haber participado en este sugestivo diálogo jurídico.

En especial, quiero agradecer a Carmen Agoués Mendizabal la remarcable labor que ha realizado como *alma mater* del proyecto, al timón del mismo. Eskerrik asko!

ISBN: 978-84-7777-740-3

Laudatio

Carmen Agoués Mendizabal

Referirse a la persona del profesor Edorta Cobreros Mendazona conlleva, ante todo, glosar una manera de estar en la Universidad y en el Derecho. Su trayectoria académica, extensa y rigurosa, es sobradamente conocida y reconocida; basta recorrer su magisterio como catedrático de Euskal Herriko Unibertsitatea para advertir la solidez intelectual, la coherencia y la profundidad de una obra científica construida a lo largo de décadas con dedicación, paciencia, exigencia y fidelidad a los principios que la inspiran.

La obra de Edorta Cobreros se caracteriza, desde sus primeros trabajos, por una doble virtud especialmente destacable en el mundo académico: un rigor técnico excepcional y una clara orientación hacia los problemas reales del Estado de Derecho. Sus investigaciones sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, el funcionamiento de la Administración de Justicia o la articulación de los derechos fundamentales en contextos complejos se han convertido en referencias imprescindibles de la doctrina iuspublicista. No se trata solo de aportaciones abundantes y sólidas, sino de trabajos que han sabido abrir caminos interpretativos, ordenar debates y ofrecer soluciones jurídicas matizadas, siempre excelente y exhaustivamente fundamentadas.

Especial mención merece su temprana y constante atención a ámbitos especialmente sensibles del Derecho público, como la salud pública, los derechos de los pacientes y los tratamientos sanitarios obligatorios. En estos trabajos, Edorta supo anticipar debates que hoy ocupan un lugar central, abordándolos con una combinación ejemplar de análisis comparado, perspectiva constitucional y preocupación por las consecuencias prácticas de las decisiones jurídicas. Su obra muestra así una comprensión profunda del Derecho como sistema normativo, pero también como instrumento que incide directamente en la vida de las personas.

De igual modo, su producción científica en materia de igualdad y no discriminación, así como su reflexión continuada sobre los derechos fundamentales en el marco europeo, revela una sensibilidad constante hacia los colectivos más vulnerables. Personas enfermas, personas con discapacidad, minorías lingüísticas o quienes sufren los efectos de disfunciones estructurales del sistema judicial han ocupado un lugar central en su pensa-

ISBN: 978-84-7777-740-3

miento jurídico. En todos estos ámbitos, Edorta ha defendido una lectura exigente de los derechos, alejada de formalismos complacientes y atenta a la efectividad real de las garantías, sopesando siempre todos los intereses en presencia.

Una mención especial merece, en este contexto, el reciente reconocimiento académico otorgado a Edorta Cobreros en el marco de la VI Edición del Premio de Estudios Jurídicos Europeos Eduardo García de Enterría, concedido por la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo. El galardón, que distinguió su trabajo «La cuestión prejudicial europea en evolución: necesaria motivación para omitirla e instrumentos para su efectivo planteamiento» (publicado en la *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 126, mayo-agosto de 2023, pp. 103-141), trasciende con mucho el valor de una aportación concreta y se erige como un reconocimiento explícito a la excelencia de toda una trayectoria científica, a su magisterio sostenido en el ámbito del Derecho europeo y a la autoridad doctrinal alcanzada a lo largo de los años.

Este libro homenaje no puede limitarse a reconocer la excelencia de su obra escrita, por admirable que esta sea. Quiere también subrayar aquello que la vertebra de manera tan silente como efectiva: una actitud intelectual generosa. Generosidad entendida como disposición constante a compartir conocimiento, tiempo y escucha. Generosidad visible en la dirección atenta y comprometida de tesis doctorales, en el acompañamiento discreto a colegas jóvenes, en la lectura cuidadosa de trabajos ajenos y en la creación de espacios de diálogo académico donde nunca ha priorizado la jerarquía, sino la calidad del argumento y el respeto personal y académico mutuo.

Quienes hemos trabajado a su lado sabemos que Edorta ha ejercido el liderazgo académico sin estridencias, desde la confianza y la responsabilidad compartida. Como director de departamento y como investigador principal de proyectos consolidados, ha sabido crear equipos cohesionados, fomentar vocaciones y hacer crecer a quienes le rodeaban, sin apropiarse nunca del esfuerzo ajeno ni reclamar protagonismos innecesarios. Su forma de dirigir ha sido, en sí misma, una escuela de ética universitaria.

Esa misma generosidad se proyecta, de manera especialmente significativa, en su sensibilidad hacia los sectores más vulnerables, que no es solo un rasgo personal, sino un verdadero hilo conductor de toda su obra. En Edorta Cobreros, la reflexión jurídica nunca se ha separado de una preocupación profunda por la dignidad humana. Sus análisis de la responsabilidad del Estado, de los límites del poder público o de la protección jurisdiccional efectiva muestran siempre una atención especial a quienes soportan las consecuencias más duras de los errores, omisiones o disfunciones de los poderes públicos.

Por todo ello, este libro homenaje es algo más que un reconocimiento académico: es un gesto de gratitud colectiva. Gratitud por una obra científica sólida, coherente y fecunda, que ha enriquecido de manera decisiva el Derecho Administrativo y el Derecho público en general. Pero también agradecimiento por su forma de entender la Universidad como comunidad, el conocimiento como bien compartido y el Derecho como herramienta de justicia.

En Edorta Cobreros Mendazona se dan, de manera singular, la erudición y la cercanía, la exigencia intelectual y la empatía, el rigor analítico y la generosidad personal. Esa combinación —tan poco frecuente como valiosa— explica el profundo respeto y el sincero afecto que despierta entre nosotros: colegas, discípulos y amigos, y da pleno sentido a este merecido libro homenaje.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Laudatio

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga

1. ***Tempus fugit!*** Edortaren esaldi kuttuna, 1979 urtera atzera egingo bagenu, urrian ezagutu genuen elkar eta lanean hasi ginen Donostiako Zuzenbide Fakultatean. Izugarrizko suertea eduki genuen (…) hainbat zalantzen ondoren plazak lortu genituelako.

Gogoan daukat, atzo izango balitz bezalaxe, Jesús Leguinak esan zidanean —1979ko irailean— Bilbon ezagutu zuela berarekin tesia egingo zuen, mutil zinez xarmagarri bat… handik hilabetera, konfirmatu ziguten kontratuak edukiko genituela… eta biok hasi ginen lanean Administrazio-Zuzenbideko sailean Jesús Leguina eta Jose Manuel Castellsekin.

Ordura arte ez genuen elkar ezagutzen, baina bai genituen elkar arteko ezagun eta lagunak. Nire izeba Mariren suhiarekin —abogatu bulegoan— praktikak egiten zituen Edortak, eta Mariren semearekin —Joseba Elezkanorekin— egon zen lanean, baita Uretamendin ere.

Edortak ez zuen non bizi Donostian, eta guztiz normala zenez orduan, Eduardo Mancisidorrek, Arantxa Alberdik eta nik alokatuta genuen etxera etorri zen bizitzera (Urbieta kaleko 5. zenbakian). Toki ederra itsasoaren eta Kontxa aurrean! Zoritxarrez gelarik ez genuen libre… eta bederatzi hilabetez Edorta sarrerako egongelan kokatu zen, hala moduz lo egiten errezel baten atzean… gazte gazteak ginen eta edozertara moldatzen ginen.

Bederatzi hilabeteren ondoren Segundo Izpizua kaleko 35. zenbakira bizitzera joan ginen, eta bertako etxeak logelak zituen denontzat... Ordutik hona lan bizitza guztia pasa zaigu di-da batean.

Guretzat Jesus Leguina Villa (1941-2016) funtsezkoa izan zen bizitza akademiko guztian, tesiak, titularitatea eta katedrak bere babespean lortu genituen... Eta Auzitegi konstituzionaleko magistratu izendatu zutenean, urte batzuk aurrerago, luzatu zigun gonbita letratu moduan Madrilera joateko… baina gure bizitza, garai hartan, Donostian egina genuen.

Baita guretzako ere funtsezkoa izan da Jose Manuel Castells Arteche (1943-2024). Beti mugimenduan, beti proiektu berriekin, nekaezina alor guztietan, eta guztiz maitemindua gure herriarekin… eta Errealarekin.

Hasieratik lagun izan genuen ere gure kide Martín Razquin Lizarraga, gurekin irakasle lanetan aritu zena, garai haietan Gipuzkoako Foru Aldundian

ISBN: 978-84-7777-740-3

ere lanean egon arren. Eta ezin dugu ahaztu Kepa Larumbe Biurrun (1947-1994) maitagarria, lagun ona, abokatu bikaina, baina oso goiz joan zitzaiguna.

Eta hasiera hasieratik gurekin egon ez arren, geroago heldu zen gure ingurura inoiz ahaztuko ez dugun Demetrio Loperena Rota (1956-2013) aezkoarra, Garraldakoa hain zuzen, baina baita nahiko goiz galdu genuen laguna ere.

Beste lagun, adiskide eta kide askorekin partekatu ditugu azken ia hogeita hamar urteak (bereziki Administratiboko arean Donostian: Carmen Agoués, Luis Elizegi, Juantxo Goñi, Maite Iribarren, María Luisa Agirreche, Jasone Urkola, Eunate Prieto, Xabier Fernández Galarreta, Xabier Ezeizabarrena, Virginia Senosiain…).

2. **Bizi pozik eta eskerrak eman!** Nik ezagutu dudan Edorta egunerokotasunean zoriontsua izan da! Lanean beti pozik! Lehen edozein jai egunetan elkarrekin topo egiten genuen gure bulegoetan… orain hori ezinezkoa da fakultatea itxita dagoelako… baina oraindik jende «normalarentzat» desegokiak diren orduetan, oraindik ere, Edortak eta biok topo egiten jarraitzen dugu.

Horrek ez du esan nahi besterik ez dakigula egiten. Bakarrik esan nahi du gure zorioneko lanean asko disfrutatu dugula eta, oraindik, disfrutatzen jarraitzen dugula. Edortak orain 73 urte ditu, baina nik beti esaten diot gazte ikusten dudala, beti prest edo ilusioarekin gauzak egiteko. Eta benetan, nik 1979an ezagutu nuen Edorta ikusten dudala oraindik ere gaurko nire begiekin begiratuta, nahiz eta berak apaltasunez eta errealitatetik begiratuz esaten didan jadanik ez dela berdina… eta urteen ondorioak begi-bistakoak direla.

Bestela ere, noski, bizitzan Edortak mila arrazoi dauzka eskerrak emateko… Horien artetan —xumeak badira ere— aipatu nahiko nituzke, adibide gisa, bere amaigabeko bazkari eta afariak…, solasaldi sakonak eta arinak edozein gairi buruz noiz nahi, arratsalde edo egun pasak non nahi… eta zenbat hondartza egun (Hendaian edo Bidarten, hondartza berarentzat sakratua zenean), eta zenbat igeriketa buelta uhartera Ondarretatik? Edorta igerian beti izan da fina eta erresistentzia handikoa. Nik gustuko nuen Edortak esaten zidanean bere hondartza denboraldia maiatzetik urrira zihoala (urte erdia)… hori adibidez Bilbon ez zen posible… eta bere Mundaka kuttunean udara gehienez hiru hilabetetakoa zen.

3. **Euskara!** Hauxe izan da gure ikergaitako bat arlo juridikoan. Orain 2026 urtean gaude eta gure ikasleek gai honi buruz ikertu edo lan bat egin nahi dutenean falta zaien ikuspegia daukagu adina dugunok. Nora bidali behar ditugu oldarraldi judizialez hitz egiten digutenei? Joan zen mendeko laurogeigarren hamarkadara? Garai hartan *REDA* eta *RVAP* aldizkarien adibidez, Edortak dagoeneko idazten eta kritikatzen zituen Auzitegi Gorenaren

epaiak, non euskara baloratzea ehuneko 0,001 diskriminatzailetzat jotzen zen gaztelaniarekiko, eta beraz Konstituzioaren 14. artikuluaren aurkakotzat. Hortik gatoz, inork ez dezala ahaztu.

Oraingo arazoak plangintza baten arrakasta eta ondorio dira neurri handi batean gutxienez. Zein arazo azpimarratu ditu gure Autonomia Erkidego Justizia Auzitegi Nagusiaren azken jurisprudentziak? Bada, esaterako, ezin dela exijitu euskaren ezagutzarik edo derrigorrezko hizkuntza-eskakizunik lehiaketara ateratzen diren plaza guztietan, errespetatu gabe administrazio bakoitzari dagokion betetze-maila edo derrigorrezko indizea.

Agerikoa zen orain berrogei urte ezin zela deus ere baloratu euskara, nahiz eta jadanik indarrean egon Euskararen legea eta bere 14. artikulua. Eta orain ordea, administrazioek ez daukate inongo arazorik exijitzeko eta beti baloratzeko, baina neurrian… Agian askorentzat ez da nahikoa… baina mugak non daude? Ez al dugu ikusten administrazioen derrigorrezko indizeak gure gizartearen isla direla eta mugak gure gizarteak berak finkatzen dizkigula neurri handi batean?

Horrek ez du esan nahi arlo juridikoan gauzak askoz ere gehiago zehaztu eta garatu behar ez direnik. Justu kontrakoa, eta gure kide den Xabier Arzozek hori bera azaltzen zuen Eusko Legebiltzarrean egindako agerraldian, 2025eko azaroan, EAJk eta EH Bilduk aurkeztutako proposamenen inguruan. Adibide eta galdera bakar bat gaiari buruz: gure Legebiltzarrean parlamentari direnek desberdintzen al dute zein indar daukan lege baten edukiak euskararen arloan, eta zein indar bere garapen-arauek Auzitegien aurrean? Norbaitek esan beharko lieke… eta Xabier Arzoz saiatu zen eta galdetu zien zergatik adostasunean onartu dituzten lege-mailarik gabeko arauak, ez dituzten onartzen lege bezala? Edo gutxienez arau, erregelamendu edo dekretuen artikulu zehatz batzuk?... Erraza dirudi, baina ulergaitza da Zuzenbidean aditu ez direnentzat… baita gure gizartean euskararen aldeko legeak onartu behar dituztenentzat ere…

4. **Einstein!** Edortak miresten du… eta txantxetan bati baino gehiagori goitizen hori jarri dio. Nik orain bakarrik gogoratu nahi dut, Edortak bi urte zituenean Einsteinek idatzi ziona bere lagun baten emazteari, zendu zenean doluminak emateko: «heriotzak ez du ezer esan nahi guretzat, fisikan sinesten dugunontzat, iragana, oraina eta etorkizuna bereizteak ilusio baten esanahia baino ez du, iraunkorra bada ere».

Hau gogoratzen du Alberto Casas, fisikariak, *La ilusión del tiempo* (2025) bere liburuko epilogoan: «Iragana, oraina eta etorkizuna bereiztea ilusio bat dela baieztatzeak bete-betean talka egiten du sen onaren aurka. Hala ere, fisikatik sen ona adimen-lasterbide erabilgarria izan ohi da munduan moldatzeko, baina engainagarria gauzen esentzia balioesteko».

Bizi izandako eta partekatutako denboraz hitz egiten denean, denboraren esanahi desberdinen nahasmenetik abiatzen gara. Denbora hitza anfibo-

ISBN: 978-84-7777-740-3

logikoa da, juristak ondo dakigunez. Fisikaren ikuspegitik, ondorio laburtua da denbora, mundua deskribatzeko ezinbesteko koordenatu gisa ulertuta, ez dela ilusio bat, baina hautemateko modua bai.

Erlatibitatearen teoriak erakutsi digu denborak ez duela aurrera egiten erritmo iraunkor eta saihestezinean. Erritmo hori zirkunstantzia fisikoen araberakoa da, hala nola behatzaileen abiaduraren edo grabitate-eremuaren intentsitatearen araberakoa... ez dira espekulazio teoriko hutsak, baizik eta egiaztatutako gertaerak... Era berean, ez dago oraingo errealitaterik, unibertsoko leku ezberdinetan aldi berean gertatzen diren egitateek osatua. Teoria fisikoak iradokitzen du egitate guztiek —iraganekoak, oraingoak eta etorkizunekoak— errealitate-maila bera dutela.

Agian denboraren alderdirik enigmatikoena mugikortasuna litzateke, *tempus fugit!* une oro etorkizuna iragana bihurtzen duena. Iragana gogoratu dezakegu, baina ez etorkizuna... ikusezina da, gure begietara, baina era berean erreala. Fisika kuantikoak erakusten du denboraren alderdi eta errealitate asko ez ditugula ulertzen. Dudarik gabe, denbora ez da dirudiena soilik, baina ez dakigu zer den bere esentziarik sakonenean.

Gure 2026ko talaiatik, hemen kontatutako guztia iragana erreala da. Hala ere, 1979tik begiratuta, dena zen etorkizuna. Etorkizun zoragarria, gure iraganean dirauena.

* * *

Gaztelaniaz nola bait esanda. Afirmar que la separación entre pasado, presente y futuro es una ilusión choca de lleno con el sentido común. Sin embargo, desde la física el sentido común suele ser un atajo mental útil para desenvolverse en el mundo, pero engañoso para apreciar la esencia de las cosas.

Cuando se habla del tiempo, vivido y compartido, se parte de la confusión de sus distintos significados. Desde la física, la conclusión resumida es que el tiempo, entendido como una coordenada imprescindible para describir el mundo, no es una ilusión, pero la manera en que lo percibimos sí lo es.

La teoría de la relatividad nos ha enseñado que el tiempo no avanza a un ritmo constante e inexorable. Ese ritmo depende de circunstancias físicas, como la velocidad de los observadores o la intensidad del campo gravitatorio… no son meras especulaciones teóricas, sino hechos comprobados… Tampoco hay una realidad del presente, compuesta por los hechos que ocurren simultáneamente en distintos lugares del universo. La teoría física sugiere que todos los hechos —pasados, presentes y futuros— tienen el mismo nivel de realidad.

Quizá el aspecto más enigmático del tiempo es la poderosa sensación de que fluye, *tempus fugit*, convirtiendo a cada momento el futuro en pasado. Podemos recordar el pasado, pero no el futuro… lo que está por venir

es invisible, a nuestros ojos, pero igualmente real. La física cuántica enseña que hay muchos aspectos y realidades del tiempo que no entendemos. Sin duda el tiempo no es simplemente lo que parece, pero no sabemos lo que es en su esencia más profunda.

Desde nuestra atalaya de 2026, todo lo contado aquí es pasado real. Sin embargo si lo miramos desde el año 1979 todo era futuro. Un futuro maravilloso, que permanece en nuestro pasado.

Índice | Aurkibidea

Prólogo | Hitzaurrea: *Jasone Urkola* v

Laudatio: *Carmen Agoués Mendizabal* vii

Laudatio: *Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga* xi

Entrevista | Elkarrizketa

De la curiosidad infantil al rigor y la honestidad del investigador. Una conversación con Edorta Cobreros
Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier 1

Artículos | Artikuluak

Suspensión de licencias urbanísticas y garantía de unidad de mercado: doctrina casacional con error grave en el enjuiciamiento del Tribunal Supremo
Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki 25

Administrazio autonomikoen legitimaziorik eza hirigintza-lizentzia deusezen berrikuspena eskatzeko: Auzitegi Gorenaren 3506/2025 epaiaren azterketa kritikoa
Agoués Mendizabal, Carmen 49

Derecho interregional y globalización: la necesaria respuesta a una laguna del sistema / Interregional law and globalization: The necessary response to a system lagoon
Álvarez Rubio, Juan José 73

La nueva tecnología inteligente en la Administración
Arlucea Ruiz, Juan Esteban 89

Erosión competencial: manifestaciones y soluciones
Arzoz Santesteban, Xabier 117

ISBN: 978-84-7777-740-3

Superar los retos de la cooperación transfronteriza: la creación de un instrumento europeo para el desarrollo y el crecimiento de las regiones fronterizas (BRIDGEforEU)
Bachoué, Géraldine 147

Una aportación al debate planteado en torno al (todavía) vigente sistema de normalización del euskera en las administraciones públicas vascas
Bazako, Peru; Erkoreka, Josu I. 167

La transmisión de la responsabilidad sancionadora en la fusión de sociedades por absorción: la unidad económica como centro de imputación y su proyección procedimental
Beladiez Rojo, Margarita 225

Zuzenbidearen espektro dualista; hots, xalo izatearen garrantzia
Bengoetxea Caballero, Joxerramon 241

Una reflexión sobre las filtraciones en los procesos constitucionales
Borrajo Iniesta, Ignacio 257

Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos
Burlada Echeveste, José Luis 271

Estado de Derecho y nuevas tecnologías. Reflexiones en torno a la nueva versión de la *checklist* de Estado de Derecho de la Comisión de Venecia
Bustos Gisbert, Rafael 309

Uniformidad y diferenciación en Derecho local: a propósito de la organización y las competencias de los municipios
Carbonell Porras, Eloísa 329

La independencia del juez ordinario y la legitimidad del juez constitucional
Carrillo, Marc 349

La desviación de poder: viejas y nuevas reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Supremo 1499/2023, de 21 de noviembre
Chinchilla Marín, Carmen 385

Derechos humanos *vs.* cuestiones competenciales: al hilo de la atención sociosanitaria de las personas migrantes en España
Cubero Marcos, José Ignacio 415

Atención ciudadana adecuada: avances en la normativa autonómica
Cueto Pérez, Miriam 445

La protección del clima: regulación supranacional y consideraciones político-criminales
De la Cuesta Arzamendi, José Luis; Pérez Machío, Ana Isabel 475

¿Se debe convertir a los órganos de contratación en guardianes del Derecho de la competencia?
Del Saz Cordero, Silvia..... 505

El reto de la litigación climática en España. Deconstruyendo las SSTS (3) de 18 y 24 de julio de 2023: Caso Greenpeace y otros c. PNIEC. Una oportunidad para el Tribunal Constitucional
Desdentado Daroca, Eva..... 537

La costumbre internacional como parámetro de la constitucionalidad: nota a la sentencia Frente Polisario de 4 de octubre de 2024
Díez-Picazo, Luis María..... 565

El principio *pro actione* en el proceso contencioso-administrativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Etxeberria Bereziartua, Eneko..... 577

Protección del medio ambiente y política forestal: nota sobre la aplicación del Derecho europeo
Ezeizabarrena, Xabier..... 591

El expediente judicial electrónico en la jurisdicción contencioso-administrativa: comentarios acerca de algunas cuestiones prácticas
Fernández Galarreta, Francisco Javier..... 603

La transparencia de las corporaciones de Derecho público
Fernández Ramos, Severiano..... 623

La tutela judicial efectiva a propósito de la regulación del principio de prohibición de la *reformatio in peius* en las reclamaciones contra las evaluaciones de acceso a la Universidad
Fernández Rodríguez, Carmen..... 661

Los ángulos muertos de la Justicia administrativa
Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón..... 689

Propiedad privada y función social: un desequilibrio cada vez más cuestionable
Fernández Torres, Juan Ramón..... 711

La autonomía local como participación en los procedimientos normativos: una aproximación
Font i Llovet, Tomàs..... 745

La inculturación del conflicto de interés en la tradición jurídico-administrativa española: un viaje (inacabado) de ida y vuelta
Gamero Casado, Eduardo..... 759

ISBN: 978-84-7777-740-3

Riesgos y oportunidades en la presentación de ofertas por las uniones temporales de empresarios: el ambivalente juego de la competencia en la contratación del sector público
García Luengo, Javier 823

La regulación de las Zonas de Bajas Emisiones y su traslación en las tres capitales vascas
García Ureta, Agustín 859

La erosión de la democracia: algunas reflexiones sobre el marco teórico y las respuestas institucionales
Goizueta Vertiz, Juana 893

Dos amparos y un destino: la tutela por el Tribunal Constitucional de los derechos de las minorías parlamentarias
González de Zárate Lorente, Roberto 919

La construcción y deconstrucción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un *ius commune* de la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos y su reflejo en la jurisprudencia española
Guichot, Emilio 951

El caso Bosco ante los tribunales españoles: una ocasión perdida
Huergo Lora, Alejandro 991

«Discrecionalidad» y «motivación»: una incierta relación entre dos nociones equívocas
Igartua Salaverría, Juan 1013

La «modernización» (pendiente) de las administraciones territoriales
Jiménez Asensio, Rafael 1027

Sobre los mensajes electrónicos, el contenido de los expedientes administrativos y el acceso a los documentos oficiales: la sentencia del Tribunal General (Gran Sala) del TJUE de 14 de mayo de 2025, asunto T-36/23 Stevi y The New York Times / Comisión
Jiménez-Blanco, Antonio 1071

El artículo 25.1 de la Constitución Española y el principio de legalidad en la imposición de sanciones administrativas en los casos de sucesión de empresa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2023, de 11 de diciembre de 2023
Larrazabal Basañez, Santiago 1083

Mutaciones demaniales, cesiones gratuitas de bienes públicos entre administraciones y arrendamientos de bienes privados por parte de la Administración. Algunas notas sobre su estatus jurídico
López Benítez, Mariano 1109

La paradoja del derecho a obtener una resolución expresa: entre su reconocimiento y la erosión de silencio positivo como garantía
Lozano Cutanda, Blanca 1141

El acceso a la información pública visto desde el Tribunal Supremo
Lucas Murillo de la Cueva, Pablo 1195

La regulación normativa de las emergencias sanitarias como desafío para el Derecho público: un cometido compartido entre el Derecho administrativo sanitario y el Derecho constitucional de excepción
Maiz Lourido, Beñat 1239

Del «proceso en construcción» a la «implementación fragmentada»: el Convenio de Estambul en la Unión Europea tras el dictamen 1/19 y la Directiva (UE) 2024/1385, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica
Marinas Suárez, Dunia 1271

Sobre la designación de magistrados del Tribunal Constitucional: una mirada crítica
Martín Rebollo, Luis 1291

La acción pública en el tiempo: eficacia, capacidad y estrategia en el Derecho administrativo contemporáneo
Menéndez Sebastián, Eva M.; Boto Álvarez, Alejandra 1319

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del servicio de practicaje en los puertos
Mestre Delgado, Juan Francisco 1347

Los traspasos de bienes y servicios en el Estado autonómico: ¿instrumento de efectividad estatutaria o técnica de erosión competencial? El caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco
Moreno García, Javier 1371

Askatasun akademikoaren hizkuntza-dimentsioaren oinarri juridikoak
Palacin Mariscal, Ihintza 1411

Las cámaras de vigilancia «aumentadas» mediante la inteligencia artificial y el Derecho público francés
Poelemans, Maiténa 1437

Determinación de la fecha límite para valorar los méritos en el concurso-oposición de acceso a la función pública
Prieto Etxano, Eunate 1457

La discriminación por indiferenciación y las enfermedades infectocontagiosas: el caso del VIH
Ramírez Carvajal, Paulina; Ramiro Avilés, Miguel Ángel 1473

ISBN: 978-84-7777-740-3

El consentimiento: base jurídica para la identificación biométrica
Razquin Lizarraga, Martín María 1491

Concurso de ilícitos en Derecho Administrativo
Rebollo Puig, Manuel 1537

El equívoco «derecho a la salud» y el deber de autocuidado
Rivero Ortega, Ricardo 1589

Hacia una gestión integrada del litoral español
Sanz Larruga, Francisco Javier 1603

Funtzio publikoan aritzeko euskararen betekizuna: auzi-aldiaren silueta
Serrano Lasa, Iñaki 1633

Exigibilidad de los intereses de demora por prestaciones realizadas por terceros a favor de la Administración: novedades jurisprudenciales
Suay Rincón, José 1683

Los retos actuales del Derecho administrativo. La vuelta a los principios del Estado social
Tornos Mas, Joaquín 1701

El reto de la ética en la Universidad
Torres López, M. Asunción 1723

Responsabilidad patrimonial por actos urbanísticos
Trayter Jiménez, Joan Manuel 1747

Una aproximación al núcleo iusfundamental del marco constitucional de la Unión Europea: los derechos fundamentales de la Unión Europea y los valores del artículo 2 TUE
Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio 1777

El refugio climático urbano: configuración administrativa y exigibilidad de un estándar de protección frente al calor extremo
Uriarte Ricote, Maite 1791

La rentabilidad razonable como estándar de confianza legítima del inversor en los sectores regulados: a propósito del sector eléctrico
Vaquer Caballería, Marcos 1831

El arbitraje de consumo como vía más favorable al consumidor, también para los supuestos de reclamaciones de consumo internacional
Velázquez Gardeta, Juan Manuel 1851

La exclusión de evaluación ambiental de las obras ya ejecutadas: una medida desproporcionada
Villar Rojas, Francisco José 1871

A vueltas con la naturaleza jurídica del aviso complementario a propósito de las notificaciones electrónicas: ¿la ausencia del envío del aviso invalida o no la notificación practicada?
Zaldibia Luengo, Pablo 1899

Genero-indarkeriaren aurkako nazioarteko lankidetza-eredua: marko konbentzionalaren eta Europar Batasunaren araubidearen arteko artikulazioa
Zelaia Garagarza, Maite 1917

Recensiones | Iruzkinak

La repercusión de la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida
Roberto O. Bustillo Bolado (dir.); M. Antonia Arias Martínez y Paula Gamallo Carballude (coords.) (Begoña Crespo Hidalgo) 1945

Entrevista | Elkarrizketa

ISBN: 978-84-7777-740-3

De la curiosidad infantil al rigor y la honestidad del investigador
Una conversación con Edorta Cobreros

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

«Es insano deleitarse en el derecho administrativo,
es deformador y puede acarrear malformaciones
del espíritu y sus tendencias».

(Camilo José Cela,
Desde el palomar de Hita,
1991, p. 51)

Cuando en el patio de los Jesuitas de Bilbao donde estudiaba, entre sus cientos de alumnos, había un niño que no era del colegio, Edorta lo intuía, su olfato lo detectaba. Aunque esa habilidad para descubrir extraños hubiera podido ser muy bien aprovechada con fines policiales, él la convirtió en un potente instrumento para la investigación jurídica que ha estado presente en toda su trayectoria. Edorta Cobreros es una persona curiosa y, a diferencia de muchos temas de estudio abordados por los juristas más apegados a la práctica de la aplicación del Derecho, la simple curiosidad es la que está detrás de muchas de sus publicaciones. Un buen ejemplo es su último trabajo, aún no publicado cuando se escriben estas líneas, sobre los plenos no jurisdiccionales de las salas del Tribunal Supremo. ¿Utilidad? Relativa, tal vez para algunos de sus letrados o para algún académico, aunque es una brillante aportación a un tema muy poco estudiado. En su desarrollo se parte de un sólido marco teórico, se reflejan las diferentes posiciones antes de expresar la propia, se lleva a cabo un riguroso análisis jurisprudencial y, para estar más seguro, buscó la opinión informal de algunos magistrados conocedores de la práctica y del equipo interdisciplinar habitual de amigos por si podían aportar algo y detectar errores, saltos u oscuridades. En la conversación a la que preceden estas líneas, Edorta se queja, o simplemente constata, que sus temas de investigación resultan para algunos colegas «raros». Este estudio sobre los plenos no jurisdiccionales es un buen ejemplo de que esa acusación jamás le ha preocupado y de que aún sigue empeñado en meter las narices en todo aquello que le provoca curiosidad.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Desde el punto de vista de los actuales estándares de valoración de la calidad universitaria para obtener cátedras, sexenios y acreditaciones, Edorta ha dirigido pocas tesis doctorales y no es cabeza de una escuela numéricamente importante, pero, paradójicamente, somos legión los que nos reclamamos sus discípulos. Él siempre sabe sobre lo que estamos trabajando, no solo sus amigos, sino incluso simples compañeros de área o de facultad, y nos facilita los últimos trabajos o sentencias que piensa que nos pueden ser de utilidad y que encuentra en su voraz huroneo de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales. ¿De qué otra cosa debe ocuparse un buen maestro más que de nutrir a sus discípulos? Lamentablemente los criterios para la evaluación de la calidad universitaria no tienen la mayoría de las veces en cuenta esta labor si no se manifiesta en forma de tesis defendidas o citas en las publicaciones.

Edorta es un académico a la vieja usanza, más de aula y despacho que de focos y de incidencia social, pero por supuesto que no es un tipo huraño, un ratón de biblioteca (o de Google). Como a todos, le gusta que le quieran y se lo demuestren, por eso cuando, uniendo teoría y práctica, fue designado miembro de la Comisión Arbitral del País Vasco, de la Comisión General de Codificación, del Consejo Asesor del Euskera, del consejo de redacción de la *Revista de Administración Pública (RAP)*, de varias Juntas Electorales o ha tenido que formar parte de tribunales de selección o emitir informes para diferentes administraciones, lo entendió siempre como un reconocimiento profesional. Sin embargo, el Premio de Estudios Jurídicos Europeos «Eduardo García de Enterría» concedido por la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (AEDEUR) por su trabajo «La cuestión prejudicial europea en evolución: necesaria motivación para omitirla e instrumentos para su efectivo planteamiento», publicado en la *Revista Vasca de Administración Pública*, me consta que le ha hecho una especial ilusión por estar bajo la advocación de uno de sus maestros más influyentes.

Sin obviarlos, desde luego, pero a Edorta Cobreros siempre le han interesado más la Constitución y los Tratados internacionales que los reglamentos y los actos administrativos. Pero sobre todo es un voraz lector de sentencias, lo que, además de tenerle al día de los criterios jurisprudenciales y dar a su docencia una envidiable actualidad, le ocupa bastante tiempo y le ha ido complicando la vida: al inicio, bastaba con el Tribunal Supremo, pero luego se han ido añadiendo el Tribunal Constitucional, los tribunales superiores de las comunidades autónomas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con puntuales incursiones en otras cortes constitucionales o internacionales. Eso hace que el privilegiado grupo de sus amigos académicos nos beneficiemos de la información que nos comparte y citemos en nuestros trabajos sentencias a las que seguramente jamás hubiéramos accedido, pero también que la exhaustividad de sus fuentes jurisprudenciales sea un rasgo distintivo de su me-

todología de investigación. ¿Alguien recuerda algún trabajo de Edorta en el que falte alguna sentencia relevante para el tema estudiado?

Un querido colega de la Universitat Pompeu Fabra, Jorge Malem, se planteaba en un excelente y exitoso trabajo si una mala persona puede ser un buen juez. Como creo que esa inquietante pregunta puede reformularse en circunstancias muy diversas, agarro *el rábano por las hojas* para unir las, desde mi punto de vista, inseparables virtudes de Edorta como persona y como investigador. Es trabajador, riguroso, exigente consigo mismo y con los demás, curioso, generoso, insatisfecho con los resultados que alcanza, honesto y modesto, y con un gran sentido de la justicia o, sobre todo, de la injusticia. Pero, sobre todo, lo que le ha fascinado siempre es situarse en las fronteras, entre las áreas, entre la teoría y la práctica, entre la seguridad y la audacia, entre el ser y el deber ser, entre lo local y lo global, entre el Derecho y los derechos. Como sucede con cualquier frontera física, eso es lo que hace a la obra y a la trayectoria académica de Edorta tan interesantes.

Antes de darle la palabra, termino con dos rasgos más de su personalidad, uno que se deduce de todo lo ya dicho, y otro que solo disfrutamos los que mejor le conocemos.

En primer lugar, Edorta (o *Dorta*, *Doña Edorta* o *Minorda*, que de todos modos le han llamado) Cobreros (o también *Corderos*, tal vez por culpa del corrector de los procesadores de texto) es bueno, en el machadiano buen sentido de la palabra bueno, que abarca, desde mi punto de vista, más que una cualidad personal, un determinado modo de relación con su entorno: le preocupa lo que pase a su alrededor, desde la pobreza o la injusticia en el mundo, hasta las tristezas de sus amigos o de cualquier conocido. Cuando puede, intenta hacer el bien, pero siempre se preocupa de no hacer el mal. No es, desde luego, Teresa de Calcuta, y, como cualquier persona que merezca la pena, a lo largo de su vida ha ido coleccionando algunos enemigos a los que es muy fiel, pero en la mayoría de las ocasiones olvida (o hace que olvida) la causa de la enemistad.

En segundo lugar, bajo esa apariencia seria y circunspecta, Edorta posee y practica un gran sentido del humor. Es un humor refinado y sutil que, algunas veces, ni sus estudiantes ni Maggy entienden, pero que despliega con toda su intensidad cuando el ambiente es propicio. Uno de sus divertimentos ocultos (y espero que me perdone porque él nunca lo haría público) es coleccionar referencias al Derecho Administrativo de Camilo José Cela, del que le ha interesado más su obra que la persona. La frase al inicio de estas líneas es una de ellas, pero no me resisto a reproducir alguna más de las que tiene guardadas:

> «Hay dos clases de reglamentos —el escrito o, al menos, admitido por la costumbre, y el que hay que discurrir tras cada invención— y dicen que todo tiene o debe tener su reglamento, incluso la redacción y puesta en

ISBN: 978-84-7777-740-3

> práctica de los reglamentos; lo contrario —se arguye— es el desbarajuste, lo cual sería cierto del todo si en el otro platillo de la balanza no gravitase —o pudiera gravitar— el desbarajuste legal, esto es, el causado por los reglamentos muertos, artificiosos o demasiado abstractos». (*La bola del mundo*)

> «El escritor se ha ido encontrando, en sus andanzas, dicho y malaventuras por tierra española, con algún otro Casto Moro que le salía al paso, cargado de resignación y de melancolía, como un rey árabe que languideciese de amor, para mostrarle su callada queja contra un mundo que fallece a manos del derecho administrativo». (*Timoteo el incomprendido y otros papeles ibéricos*)

> «—¿Y usted piensa que podremos levantar cabeza sin mayor detrimento?
>
> —No creo, porque están bien organizados y se saben hasta la letra pequeña del derecho administrativo.
>
> —¿No ha oído usted decir que Dios jamás tuvo el menor aprecio por el derecho administrativo?
>
> —Dios no interviene en estas minucias, mi querido amigo y compañero, Dios se reserva para otros menesteres de mayor enjundia». (*Desde el palomar de Hita*).

> «Los cabestros gobiernan a los toros y nadie se extraña, los toros son más valientes pero los cabestros conocen mejor el reglamento y el derecho administrativo, ésta es una evidencia innegable, sin conocer el reglamento y el derecho administrativo no se puede ser más que héroe». (*San Camilo 1936*).

En esa misma línea y, para terminar, al expresar sus deseos para el año 1996, Julio Iglesias, en unas imágenes que tuvieron amplia difusión entre los administrativistas y menos entre sus fans, pidió en Televisión Española «un buen Derecho Administrativo, ¡importantísimo!». Sigue siendo un misterio esa obsesión del controvertido cantante por esa concreta área jurídica y la fe en su capacidad para cambiar el mundo. Edorta nunca pediría nada semejante, pero, a la vista de sus palabras, el intérprete (musical) estaría muy satisfecho si hubiera leído sus obras.

No suele ser frecuente que en los libros homenaje el homenajeado intervenga, pero a Carmen y a mí nos ha parecido que el mejor reconocimiento a la persona y a la obra de Edorta Cobreros era dándole la palabra, permitiéndole dar algunas claves para entender mejor su trayectoria personal y universitaria, y su brillante aportación al Derecho Administrativo. Edorta: tienes la palabra.

* * *

Naciste en un Bilbao muy diferente al actual, estudiaste en la Universidad de Deusto, donde comenzó tu carrera académica, trabajaste incluso de abogado un breve tiempo, pero llegaste muy pronto a una Universidad del País Vasco recién creada en la que defendiste tu tesis doctoral y de la que ya no te has ido. ¿Puedes explicarnos por qué estudiaste Derecho y qué crees que te ha aportado cada una de estas dos universidades? ¿Recuerdas por qué te dedicaste al Derecho Administrativo?

Efectivamente, nací en un Bilbao muy diferente al de ahora. Empecé la carrera en la Universidad de Deusto en el año 70 y nada más empezar fueron los juicios de Burgos, así que la situación sociopolítica marcaba mucho. ¿Por qué estudié Derecho? Aunque mi hermano y mi hermana son químicos, contaba con un antecedente familiar ya que mi padre había estudiado la carrera de Derecho y, además, solía llevar a casa algunas de las revistas y periódicos que se podían comprar en la época y que transmitían un pensamiento que se apartaba un poco del oficial. Recuerdo, por ejemplo, *Cuadernos para el diálogo* o *El Ciervo*, en concreto recuerdo un monográfico dedicado a la ley de vagos y maleantes, que más tarde derivó en la de peligrosidad social de 1970, y los artículos de algunos juristas que entonces despuntaban, como Joaquín Ruiz Jiménez o Gregorio Peces Barba, por ejemplo, que buscaban por medio del Derecho algunas salidas más dignas para una situación muy indigna.

Mi opción por el Derecho Administrativo fue en buena medida una carambola, porque, desgraciadamente, me lo explicaron muy mal en la carrera. Tanto en tercero como en cuarto curso la docencia fue muy poco estimulante, de tal modo que siempre me pareció una asignatura sin el más mínimo encanto ni interés. Sin embargo, mi perspectiva cambió poco después de acabar la licenciatura gracias a Javier Berriatua, profesor de Derecho Administrativo en Deusto, quien me indicó que era una materia bonita e interesante pero que el secreto estaba en estudiarla «bien», de la mano de buenos maestros, entendí yo. Así que me recomendó leer los dos tomos de Eduardo García de Enterría durante el verano de 1977 y ese fue mi bautismo, un bautismo en buena medida de sangre, porque aquello era muy difícil de entender para una persona sin la formación adecuada, pero fue de la mano de Javier Berriatua (y de la lectura del manual de García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández) cuando entré en la Universidad de Deusto como profesor el año 1978. Aunque yo no le había conocido como profesor, Berriatua hizo su tesis doctoral sobre las asociaciones vecinales, que creo que defendió en la Universidad Complutense, y era un tipo muy abierto con el que desarrollé una profunda amistad. Era muy sensato para todo y, como ya he indicado, fue quien que me introdujo en el Derecho Administrativo. En la Universidad de Deusto no encontré el ambiente académico e investigador que buscaba y solo estuve como profesor un año, pero compartí seminario con Agustín Arzua y Begoña Crespo, que han sido ya amigos para toda la vida.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Aunque la Facultad de Derecho de San Sebastián ya existía desde 1969, en aquel momento estaba naciendo la Universidad del País Vasco con una buena perspectiva de que se convocaran plazas. Así que, un día de 1979 me presenté, sin conocerle de nada, a Jesús Leguina, del que me había hablado muy bien el propio Berriatua, quien con mucha generosidad me aceptó a la primera en esta Facultad, de la que no me he movido estos casi ya cincuenta años.

Por tanto, aunque solemos creer que el o la docente tiene una influencia decisiva en el gusto por una asignatura o una materia, en tu caso no fue del todo así, si bien luego también fue un profesor el que de algún modo te suscitó el interés por el Derecho Administrativo.

Efectivamente, mi recuerdo del Derecho Administrativo en tercero y en cuarto de carrera es muy malo. Sin paliativos. Ambos profesores eran, sin duda, bellísimas personas, pero un desastre como docentes.

Luego, Berriatua me recondujo y Leguina me enganchó definitivamente.

Te licenciaste poco después de la muerte de Franco, comenzaste tu carrera académica en plena transición política y durante la mayor parte de la misma la violencia (aunque no solo) de ETA fue el hábitat en el que viviste. ¿Hasta qué punto ese contexto político crees que influyó en tu manera de entender el Derecho Administrativo, tu docencia y los temas que han sido objeto de tu curiosidad investigadora? ¿Tienes la impresión de que en esa decisión influyó una cierta militancia democrática para cambiar las cosas?

Sí, una cierta militancia cívica seguro que influyó, pero además el Derecho me gustó. Inclusive en la carrera hubo algunas asignaturas que estaban bien explicadas y que me resultaron muy atractivas. Me sedujo que el Derecho tuviera su propia lógica, que, además de su utilidad, fuera un instrumento interesante de conocer; y me lo sigue pareciendo, claro.

Y, sí, los de mi generación el terrorismo no nos lo hemos podido quitar de encima. A los meses de llegar a esta Facultad asesinaron a Juan de Dios Doval, un profesor de Derecho Procesal que era militante de UCD, e hicimos una de las primeras manifestaciones, creo que encabezada por Goio Monreal, hasta el centro de la ciudad. Y, lo recordarás bien, cuando estábamos en el Decanato, tú como Decano y yo como tu Vicedecano, asesinaron al guardia municipal Alfonso Morcillo, que era alumno nuestro. Y a Tomás y Valiente a cuyo funeral en la Almudena casi no llegamos, por la nevada que cayó. También mataron a padres de alumnos. O al propio José María Lidón, a quien yo ya había conocido en Deusto… En fin, un desastre y una vergüenza.

Siempre sueles decir que la tesis doctoral marca la carrera de cualquier académico (y que, al menos por eso, merece la pena hacerla bien, porque te persigue en el futuro). Desde el punto de vista temático, está claro que así ha sido en tu caso, ya que el derecho a la salud ha sido una línea de investigación recurrente; pero, ¿de qué manera te marcó la tesis metodológicamente o, dicho de manera más sencilla, en la manera de trabajar?

Clarísimamente. Nuestra generación tenía muy claro que la tesis doctoral era nuestra tarjeta de presentación. Sin ella, podías ser un profesor universitario, pero demediado. Recuerdo incluso que entonces solíamos decir que casi más importante de lo que te había dicho el tribunal en el momento de defensa de la tesis era lo que sus miembros comentaban entre ellos en el avión de regreso a Madrid (de donde procedían la mayoría de ellos entonces). En definitiva, la opinión con la que se marchaban podía ser muy decisiva para tu futuro universitario. En mi caso, tuve mucha suerte con la dirección de Jesús Leguina, pero también con un tribunal presidido por Eduardo García de Enterría y del que formaron parte Tomás-Ramón Fernández, Santiago Muñoz Machado, Javier Salas (tristemente fallecido al poco tiempo) y José Manuel Castells. Un tribunal, como puede verse, de personas que tenían mucho que decir, que impresionaba y que causaba temor hablar ante ellos. Fueron, sin embargo, muy amables y generosos intelectual y académicamente conmigo. Ese fue el momento en el que conocí a García de Enterría, con quien a partir de entonces mantuve una relación constante y de cuyo magisterio e inmerecida generosidad pude beneficiarme durante mucho tiempo.

Y esa misma importancia he tratado de imbuir a quienes se han acercado para que les dirigiera la tesis y de cuyo concienzudo trabajo he sido testigo privilegiado: José Luis Burlada, Rosalía Sosa, José María Gorordo, Maite Uriarte o Gabriel Ballesteros.

¿No te parece que, en la actualidad, seguramente solo por razones presupuestarias, los tribunales de tesis doctorales de tres miembros y con una muy limitada posibilidad de nombrar personas de universidades un poco alejadas, están rompiendo (o, al menos, dificultando) esa importante vinculación que se establecía para el futuro entre la persona que defendía la tesis y el tribunal que la juzgaba?

Sí, desde luego. Pero no solo por eso, sino también por el aumento del profesorado universitario, del número de tesis doctorales y de catedráticos y catedráticas, pero, por supuesto que esos tribunales reducidos, sobre todo cuando la única razón es disminuir los costes, suponen una pérdida de oportunidades de que más gente conozca tu trabajo. De cualquier modo, sigo considerando que la tarjeta de presentación del universitario es su tesis doctoral.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Tus «maestros» (y, como dice nuestro querido amigo José Luis Cascajo, «promotores» académicos) sin duda han sido Eduardo García de Enterría y Jesús Leguina, pero de qué colegas de tu generación crees que has aprendido más. Quiénes han sido tus maestros «informales».

Por supuesto, Eduardo García Enterría, de quien leíamos con fruición cualquier nuevo tema que abordara sabiendo que era doctrina buena y segura. Obviamente también Jesús Leguina, no solo maestro académico sino también amigo personal, con el que pasé muchas horas hablando de todo y eso une mucho, sobre todo cuando, como sucedía en su caso, se tiene una sensibilidad y una capacidad de comunicación muy especiales.

Además de ellos, también ha habido otras personas muy determinantes. Centrándome en el Derecho Administrativo, y descontando las personas que formaron parte del tribunal de mi tesis doctoral, me deslumbraron los apuntes de Derecho Administrativo de Juan Alfonso Santamaría. Pero me han influido muchas otras personas, muy estudiosas y nada sectarias. Así, de los mayores, me vienen ahora a la cabeza Lorenzo Martín-Retortillo, Ramón Martín Mateo, Rafael Gómez-Ferrer, José Luis Carro, Tomás de la Quadra, Luis Martín Rebollo y tantos otros.

Entre los más cercanos y que, ya por desgracia, de cuya presencia no podemos beneficiarnos debo citar en primer lugar a José Manuel Castells, una persona muy modesta e incompatible con el engreimiento, pero de amplísimos saberes. Su criterio siempre era bueno, incluso en relación con temas académicamente no abordados por él, pero en los que rápidamente detectaba dónde estaban las líneas rojas que no había que traspasar. A quienes éramos «de provincias» nos enseñó los modos y maneras de la Universidad a la que nos incorporábamos, tras su experiencia como profesor en la Universidad Complutense y en la de Zaragoza, y otras muchas cosas muy aprovechables. También tengo muy buen recuerdo de dos compañeros prematuramente desaparecidos. Uno, Kepa Larumbe, doctor por la Universidad Complutense y que, como profesor asociado, compaginó su vocación universitaria con el ejercicio de la abogacía en sus despachos de Pamplona y Bilbao, con una gran proyección profesional. Excelente compañero, persona muy alegre y que no solo trataba con todos, sino que sabía tratarnos a todos bien. El segundo, Demetrio Loperena, un gran amigo del que me separaban cantidad de cosas, desde el carácter a los temas que respectivamente nos interesaban, pasando por la manera de ver y de estar en el mundo, pero por el que tuve siempre un gran aprecio personal y un gran respeto intelectual. En fin, no me puedo olvidar de Ignacio Muñagorri, que fue un penalista de gran sensibilidad y gran amigo de sus muchos amigos.

Aunque has trabajado en algunos de los temas «duros» del Derecho Administrativo (como la expropiación forzosa, la jurisdicción contencioso-administrativa, el régimen local o los Decretos-leyes), la mayor parte de las cuestiones que has investigado no las pudiste estudiar en la carrera: Derecho europeo, Derecho autonómico —muy notablemente el régimen jurídico del euskara— el derecho a la salud o cuestiones de igualdad y no discriminación. Un joven compañero constitucionalista nos decía hace poco que nuestra generación había tenido mucha suerte porque «estaba todo por hacer». ¿Estás de acuerdo con esa percepción? ¿Crees que tus líneas de investigación han sido resultado del tiempo que te tocó vivir? ¿Sobre qué harías la tesis doctoral en este momento?

Evidentemente somos hijos de nuestro tiempo e inevitablemente nos influye, lo que nos lleva a tener que responder muchas veces algunas preguntas que dan verdadero vértigo. Pero esa idea que a veces se expresa, en cuanto a que esa circunstancia era una suerte ya que estaba todo por descubrir y que cualquier cosa que se dijera era aprovechable, no la comparto en absoluto. Soy una persona que necesita sentirse segura o, mejor dicho, que al ser muy insegura pretende pisar siempre sobre terreno firme en general. Además, mi impresión es que los juristas somos personas muy conservadoras; no ideológicamente, claro, pero sí en cuanto a los conocimientos: queremos siempre partir de terreno seguro y solemos querer encontrar apoyos en la historia y en momentos anteriores. Nos dan mucho vértigo los saltos en el vacío.

Sí que es verdad que me he enfrentado a algunos temas nuevos que he tenido que asimilar y estudiar a sangre y fuego. Recuerdo perfectamente, por ejemplo, un tema que hoy a cualquier jurista le sorprendería: con las categorías que traía, me costó mucho asimilar la primacía del entonces Derecho Comunitario que, simplemente, no me encajaba. Me parecía una especie de cabriola de volatinero y, ahora, lo tenemos perfectamente fundamentado y asimilado. Es verdad, por tanto, que debíamos enfrentarnos a muchas instituciones y conceptos nuevos, sobre todo a partir de la Constitución de 1978, que representó un giro copernicano en el ordenamiento español, pues a partir de ahí se abrieron muchos espacios de estudio inexistentes hasta ese momento. Por ejemplo, en mi caso sí he tocado algunos aspectos del Derecho de la Unión Europea, aunque, sobre todo, siguiendo el hilo clásico de la responsabilidad patrimonial de los Estados, cuestión ya tratada antes con mucha seriedad por algunos de mis maestros como Jesús Leguina, que elaboró su tesis doctoral en Bolonia precisamente sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Creo que ahora nos has dado la clave para identificar un elemento común a la mayoría de tus trabajos: la necesidad de partir de bases seguras, lo que, sin duda, explica tu rigor al tratar cualquier tema. En esa línea, me parece que tu

ISBN: 978-84-7777-740-3

método es muy analítico, diría que, incluso, en la línea de la filosofía analítica, pero en ninguna de tus publicaciones prevalece la aproximación descriptiva. Me refiero a que, por supuesto que hay una muy buena base referente al estado de la cuestión y una precisa disección de los aspectos involucrados en el problema estudiado, pero a partir de ahí en todos tus trabajos hay una potente vertiente de originalidad, con propuestas a veces audaces, incluso, discutidas y no compartidas, y que en ocasiones a ti mismo te suscitan dudas que expresas sin pudor. ¿Te parece que transitar entre dudas es una cualidad del buen investigador?

Es cierto que no tengo inconveniente normalmente en que en mis trabajos se trasluzcan mis inseguridades o las razones en contra de mi postura que pudiera haber. Esa actitud me parece un importante ejercicio de honestidad intelectual al escribir, ya que nadie suele tener toda la razón y el otro ninguna, sino que lo habitual es que puedan esgrimirse razones en un sentido y en otro. Por ello, me parece importante exponer siempre las dos caras o vertientes de un problema y las razones que las avalan, sin hacer trampas. Es entonces cuando la decantación personal adquiere mayor peso. No son de mi agrado, por esa razón, los trabajos «militantes» concebidos desde el inicio con la única pretensión de defender una idea y planteados casi como llamando tonto o irracional al que defiende cualquier otra cosa diferente a esa.

En ocasiones he sido acusado de escribir sobre cosas raras. A mí, obviamente, no me lo parecen, pero sí hay quien tiene esa opinión. También es verdad que, en ocasiones, ese esfuerzo que hacemos algunos por escribir claro, por transmitir nítidamente las ideas, algunos lo interpretan mal, tachando los trabajos de «descriptivos». ¡Con lo que cuesta una exposición precisa y sintética o, en general, escribir bien sobre algo!

En mi opinión, los tuyos son estudios de verdad en el mejor sentido de la palabra, muy honestos, porque, como decías, no ocultas tus dudas, tus preguntas, aunque luego, obviamente, optes por una de las soluciones posibles. Se me ocurre el símil con algunas sentencias, algunas buenas sentencias, en las que su autoridad no procede de la posición institucional del juez o del tribunal, sino de valorar en su motivación diferentes puntos de vista, de ensayar diferentes caminos posibles y diferentes argumentos justificativos de la decisión por la que se opta.

Sí, pero fíjate que ese es un lujo que nos podemos permitir los académicos. Un abogado cuando defiende una causa no puede mostrar la menor debilidad. Eso fue lo que, entre otras cosas, me llevó a salir espantado al cabo de un año del despacho en el que estuve trabajando de pasante al acabar la carrera. Era muy desasosegante tener que defender a tu cliente a capa y espada alegando que la otra parte carecía de razón alguna. Yo no valía para eso, definitivamente.

Si observas con una cierta perspectiva tus investigaciones hasta ahora, ¿estarías de acuerdo en que hay dos vectores que (tal vez de manera inconsciente) están presentes en las mismas? Uno que transita desde lo más próximo al ciudadano, lo local y autonómico, hasta el Derecho de la Unión Europea; y otro, trasversal, que pone en el centro del análisis de cualquier cuestión los derechos fundamentales.

Desde luego que esas elecciones temáticas no son inconscientes. Me siento mucho más atraído por el acceso a la historia clínica de un paciente en un servicio público de salud que por la licencia municipal de ocupación. Qué le vamos a hacer. Cada uno tiene sus maneras de ver las cosas. Siempre está presente una parte inconsciente, pero luego hay otra parte muy consciente de qué es lo que realmente merece la pena. Para mí, está muy claro: que este mundo sea un poquito menos malo de lo que ya es, pues intentar garantizar desde el Derecho algunos límites a lo que se puede hacer con las personas siempre me ha parecido que merecía la pena.

Eres un gran lector de teoría y filosofía del Derecho, pero, aparentemente, esas lecturas no se han plasmado en publicaciones propias de esa disciplina (aunque, obviamente, temas como la igualdad y no discriminación o, en general, los derechos fundamentales lo son). ¿Estás de acuerdo, sin embargo, en que la perspectiva iusfilosófica está muy presente en el planteamiento y análisis de tus investigaciones? Qué crees que te ha aportado la teoría del Derecho. En ese sentido, ¿cuáles son los autores que más te han influido?

Es verdad que he leído bastante teoría y filosofía del Derecho, aunque tengo dudas sobre cuánto me ha aprovechado, y en eso quiero ser muy prudente, porque no puedo meterme en terreno ajeno cuando nadie me llama. Quizás el acercamiento más intenso a la teoría del Derecho fue al redactar el ejercicio para la cátedra sobre el error judicial en 1995 de la mano de esa parusía que fue para mí *Derecho y razón,* de Luigi Ferrajoli. A partir de ahí me puse a estudiar y me produjo tanto vértigo y tanto respeto que nunca he publicado aquel trabajo. La teoría del Derecho supone para mí una exigencia intelectual, que me enseña que no se puede decir cualquier cosa de cualquier manera, sino que hay que ser muy riguroso en los planteamientos, que hay que aclarar mucho qué términos se utilizan, con qué intencionalidad y con qué significado. En definitiva, que no hay terreno para las trampas lingüísticas, por ejemplo, y eso sí que me parece que puede ser un rasgo distintivo, aunque creo que hay colegas que han realizado importantes aportaciones sin dar tanto peso a las cuestiones teóricas. De cualquier modo, creo que ese enfoque me ha aportado alguna rigurosidad y exigencia, aunque me ha hecho pasar también muy malos ratos, claro.

ISBN: 978-84-7777-740-3

¿Crees que puede hablarse de una escuela vasca o, más en concreto, donostiarra, de Derecho Administrativo? Cuál ha sido la influencia de Tomás-Ramón Fernández, Jesús Leguina o la de nuestro querido José Manuel Castells como referencia permanente.

Algo creo que ya he dicho antes. Quizás en un momento dado se pudo hablar de algo de eso. Ahora yo creo que esas agrupaciones están, en general, muy difuminadas y ya no se habla ni de la escuela catalana ni de ninguna otra. Es indudable que hay una afinidad y una continuidad, y que, por ejemplo, la estancia de Tomás-Ramón Fernández en San Sebastián fue muy decisiva para José Manuel Castells. Yo no coincidí con él. Después, sí; y ahora lo hago más en el Consejo de Redacción de la *RAP*, al que gracias a él y a Carmen Chinchilla me incorporé hace algunos años.

Cuando entré en esta Facultad el año 1979 ya estaba Jesús Leguina. Es posible que a todos los que hemos pasado por aquí se nos pueda encontrar un cierto aire de familia, pero ni siquiera me atrevería a asegurarlo. Cada uno somos hijos de nuestro padre y de nuestra madre, tenemos nuestra orientación, nuestra manera de trabajar y nuestra manera de contarlo, de tal modo que no creo que pueda hablarse de una escuela como tal, sino a lo máximo de unos maestros comunes, que nos han influido en lo profesional e incluso en lo personal.

Como observador externo desde la filosofía del Derecho, aunque me tocó estar durante un tiempo al frente de la Facultad, te diría que, inicialmente por la conexión de José Manuel Castells y luego por la de todos los demás, con Jesús Leguina, Eduardo García Enterría, Tomás-Ramón Fernández y varios otros más, se estableció, no solo con vosotros sino con la Facultad en su conjunto una relación muy especial. Creo que fueron enormemente generosos, incluso después de marcharse quienes fueron profesores nuestros, en un momento complicado, con un centro poco asentado, poniendo a la Facultad de San Sebastián en el mapa universitario español.

Completamente de acuerdo. Fue gente que estaba, por decirlo así, en otra órbita y en otros lugares físicamente, pero que siempre fue muy sensible a todas las solicitudes, a todo lo que se les pedía desde la Facultad y, en mi caso concreto, inmerecidamente generosos todos ellos conmigo.

¿De cuáles de tus trabajos te sientes más satisfecho y cuáles los harías de otro modo? y, sin que necesariamente tengan que coincidir, ¿cuál es el trabajo que más has disfrutado escribiendo y cuál crees que ha tenido más impacto académico?

No lo sé, se me hace difícil. Creo que la tesis no era mala a pesar de que es casi el primer trabajo que publiqué. Esa impresión me la ha corroborado que, con el tema de la COVID, el Instituto Vasco de Administración Pública / Administrazio Publikoaren Euskal Institutua (IVAP) que la editó me

informó que se estaban pidiendo ejemplares del libro por el repentino interés en los tratamientos sanitarios obligatorios. Que un texto que vio la luz en 1987 siguiera teniendo cierto interés treinta años más tarde puede ser un indicador de que fue una aportación con alguna utilidad. En ese mismo momento, y como me pidieron algunos trabajos también relacionados con las medidas adoptadas con ocasión de la COVID, me releí un poco a mí mismo y tuve la impresión de que no estaba mal, aunque había bastantes ideas que ni me acordaba que las había escrito.

También recientemente volviste sobre los testigos de Jehová...

Así es. Ese era uno de los temas que abordaba en la tesis y volví sobre él con ocasión de un libro homenaje a un penalista ya que se había dictado una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que condenó a España porque no hizo bien las cosas, operando a una paciente y transfundiéndole sangre contra su voluntad expresa.

Hace un momento hablabas de la importancia de hablar y escribir claro, de que se nos entienda. Sin embargo, te gusta mucho (como a alguno de tus maestros y a alguno de tus amigos) usar aforismos latinos. En tiempos de lucha por un lenguaje claro y por la eliminación de los arcaísmos, qué crees que aportan. ¿Crees que tienen un sentido que se pierde con la traducción y que en latín poseen mayor fuerza expresiva?

Debo confesar que no pasa de ser un mero divertimiento personal. A mí me gusta y, por decirlo de algún modo, forma parte de mi estilo, así que, si me apetece meter un latinajo, lo hago. Pero eso no va en contra del lenguaje claro, porque tomo muy en cuenta el público al que me dirijo: no es lo mismo un artículo en la *Revista Vasca de Administración Pública* que un texto pensado para el gran público, para el común de los lectores. El lenguaje claro habrá que respetarlo y fomentarlo en la redacción de las leyes, de las sentencias y de los contratos; pero yo, que soy un humilde profesor que escribe para cuatro colegas (si es que llegan), me puedo permitir esas pequeñas licencias que, como he dicho, forman parte ya de mi estilo personal, me hacen gracia, no creo que molesten a nadie y tampoco hacen ininteligible el discurso.

Acabas de citar la *Revista Vasca de Administración Pública* y mi percepción es que la *Revista* y, en general, el Instituto Vasco de Administración Pública, son importantes referentes para el Derecho público en Euskadi, para esta Facultad de Derecho y, desde luego, para ti mismo. Como actual director de la *RVAP,* continuando el camino iniciado por Ramón Martín Mateo y, más tarde, por José Manuel Castells, me consta el mimo y la dedicación que le has prestado situándola entre las más importantes de las, llamémoslas, *periféricas.* Qué podrías comentarnos, tanto sobre la sensibilidad universitaria que el IVAP ha mostrado siempre, como por la confianza en tu criterio, convirtiendo la *RVAP* en un vehículo que nos ha permitido

ISBN: 978-84-7777-740-3

difundir nuestras publicaciones a muchísimos investigadores del País Vasco, pero también a un buen número de académicos de todo el mundo.

Indudablemente. El Instituto Vasco de Administración Pública y su *Revista Vasca*, que surgen casi a la vez y están estrechamente ligados, tienen dos personas decisivas a las que ya nos hemos referido: Javier Berriatua en el Instituto y José Manuel Castells en la Revista.

Reconozco que la dirección de la *RVAP* me hace mucha ilusión y es un trabajo al que le dedico muchas energías y mucho tiempo, aunque también tiene su parte antipática de gestión de los trabajos o de estar pendiente de todos los requisitos para las acreditaciones; y, sobre todo, esa trastienda, cuando hay que decirle a un autor que no se le publica el trabajo o que solo si introduce algunas modificaciones, lo que no es nada agradable, teniendo en cuenta que en la Universidad nos cuesta mucho asumir que alguien nos diga que algo no es bueno o, simplemente, que se puede mejorar. Es una pena, pero es así.

En la *RVAP* he aprendido muchísimo, desde que hace muchos años entré en su Consejo de Redacción y después, desde 2012, asumiendo la dirección, sucediendo a José Manuel Castells. Y ahí sigo, hasta que el IVAP, que fue quien me nombró, considere oportuno sustituirme, ya que me parece un instrumento que ha sido de mucha ayuda para los universitarios. En sus inicios hubo una cierta desconfianza ya que desde el mundo de la Administración se pensaba que los profesores universitarios estábamos en nuestra torre de marfil, dedicados a pájaros y flores que nada tenían que ver con las necesidades reales y que solo acudíamos a ellos para pedir dinero. Para la Administración éramos unos pedigüeños y a nosotros la Administración nos parecía algo burocrático, que no estaba al día, muy poco interesante y que no ponía de su parte lo que debía poner. Pues bien, a pesar de todo ello, y gracias a personas concretas, se establecieron unos puentes entre la administración vasca, en especial el IVAP, y la Universidad, especialmente la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco y más en concreto el profesorado de Derecho Administrativo, que han sido muy fructíferos, creo que para ambas partes, y que siguen muy vivos.

Habría que citar también el inmenso catálogo de publicaciones del IVAP nutrido, en un porcentaje muy significativo, por investigadores de las universidades vascas, sobre todo de la UPV/EHU.

Es importante destacar que el criterio para las publicaciones del IVAP ha sido siempre muy abierto. La *RVAP*, por ejemplo, es vasca porque se edita aquí, pero no porque publicamos en ella solo los vascos, ni muchísimo menos.

La gestión universitaria nunca te ha seducido y, casi siempre, la has desempeñado por amistad hacia quien te lo proponía o por lealtad institucional. Además de tus años como director de Departamento o vicedecano de la Facultad, qué crees que te ha aportado tu experiencia liderando la elaboración de los planes de estudio de Derecho o de los Estatutos de nuestra Universidad y qué crees que has podido aportar tú, además de mano izquierda, diálogo y consenso, cualidades que han estado siempre presentes en tu actividad como gestor.

No sé qué he podido aportar; tal vez algo de serenidad, porque tengo muy claro que, cuando se está en un cargo institucional, hay que tragarse muchos sapos, que no puedes saltar a la primera, ni puedes tratar mal a la gente. Por tanto, mi estilo de gestión ha sido el de buscar consensos y tener mucha paciencia para lograrlos. Ha habido experiencias muy buenas, aunque, por otro lado, también he tenido la oportunidad de conocer la parte fea de la Universidad, la de los pequeños egoísmos y mezquindades. Me tocó estar en la primera comisión de la Universidad que otorgó los complementos retributivos individuales, los que aquí denominamos *euskotramos*, y luego en la comisión del Consejo Social, con Carlos Santamaría y Pilar Elorrieta, que informaba los recursos administrativos que se presentaron contra aquellas resoluciones iniciales, y allí asistí a comportamientos muy feos e inimaginables por parte de algunas personas que no pensábamos que eran así.

La elaboración de los planes de estudio, que entre paréntesis diré que me parece un despropósito que cada facultad haga los suyos, tampoco fue una experiencia gratificante. Me habrás oído, en plan de broma, pero creo que con mucha parte de verdad, que por medio crédito en un plan de estudios somos capaces de estar odiándonos dos áreas durante veinte años.

Mi experiencia con la elaboración de los anteriores estatutos de la UPV/EHU también fue intensa y bastante dura, pero creo que salimos airosos. En ese proceso conocí y trabajé con gente estupenda de la que, desde entonces, me honro con su amistad.

Por último, como director del Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho, han sido veinte años y unos meses, lo que antes era reclusión mayor y ahora no sé qué nombre recibe, muy exigentes, pero que lo he hecho con mucho gusto y agradecimiento hacia sus miembros.

El Derecho de la Unión Europea ha sido una de tus principales líneas de investigación. Cómo ves en este momento Europa desde el punto de vista «jurídico» y no tanto «político», si es que ambos aspectos pueden separarse.

Políticamente mis análisis suelen ser bastante desastrosos y no acierto nunca con lo que va a pasar, y jurídicamente no tengo las herramientas mentales para poder hacerlo. En el Derecho de la Unión Europea el ver-

ISBN: 978-84-7777-740-3

dadero perro de presa es el Tribunal de Justicia que, cuando muerde, no suelta pieza, lo que nos proporciona la ¿aparente? seguridad de que no hay marcha atrás. Políticamente estamos viendo cosas que no podríamos ni imaginar que íbamos a ver, por lo que en ese ámbito pueden pasar muchas cosas, incluso irse todo al traste. Si nos ceñimos solo a lo jurídico, creo que la labor del Tribunal de Justicia sigue siendo muy importante. No le veo yo ahí fallas notables, ni marchas atrás importantes. Puede haber, desde luego, fallos que nos gusten menos o que nos parezcan menos europeístas, pero el Tribunal creo que es un valor muy seguro a la hora de la construcción del Derecho de la Unión Europea, del que luego nosotros tanto nos nutrimos. En ese sentido, soy relativamente optimista.

Al hilo de tus palabras, me parece curioso que en un momento en el que no corren buenos tiempos para los tribunales nacionales en general, con acusaciones de parcialidad o de falta de independencia, el Tribunal de Justicia se mantiene con una relativamente buena salud e imagen, sin grandes acusaciones de parcialidad a favor de ciertos países.

Efectivamente, es curioso que se le critica, por ejemplo, mucho menos que al Tribunal de Estrasburgo. Quizá también en eso haya sabido protegerse, por ejemplo, no indicando la nacionalidad de los jueces, a pesar de que cada país designa uno, pero sin que sea necesario que actúe «su» juez cuando es parte un Estado, lo que no sucede con el Tribunal de Estrasburgo; o por medio de la inexistencia de votos particulares, lo que, quizás, haya hecho que el funcionamiento y, sobre todo, su manifestación hacia fuera sea un poco distinta. Esas diferencias hacen que, de alguna manera, el Tribunal de Justicia esté un peldaño más alto que el Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a la diatriba política. Ahora bien, ¿cuánto durará esto? Pues con los euroescépticos como están, tampoco lo sabemos.

¿Cómo ves el Derecho Administrativo actual y cuáles crees que van a ser sus principales retos para el futuro? ¿Qué consejo darías a un joven administrativista que inicia ahora su carrera académica? ¿Qué temas crees que son los retos próximos del Derecho Administrativo, es decir, dónde van a estar los debates a medio y a largo plazo?

La verdad es que no tengo ni idea. Le diría que tiene que ser un tema que le salga un poco de dentro, porque la tesis es una carrera de muy largo recorrido y tienes que tener una auténtica motivación personal. Si te sugieren de fuera el tema, acerca de una cuestión sobre la que no habías pensado nunca y que no te provoca ningún interés especial, es difícil que te transmita las fuerzas para terminar la investigación. Lo primero, por tanto, motivación personal y, lo segundo, una cuestión puramente de rigor metodológico para estudiar mucho durante mucho tiempo.

Volviendo a tu actividad docente, ¿consideras que la evidente relación del Derecho Administrativo (o el Derecho sin adjetivos) con la política debe ser advertida y explicada a nuestros estudiantes en clase? ¿Te parece necesaria esa contextualización o eres partidario de una enseñanza más «técnica»?

Desde luego, pero hay que hacerlo muy bien y con mucho respeto. El profesor que quiere explicarlo todo desde su particular posición ideológica, porque creo de eso es de lo que estamos hablando, siempre me ha echado para atrás. A los estudiantes muchas veces les he dicho, bueno, esta es mi opinión política, que es tan respetable como la de ustedes, porque el hecho de estar en la tarima otorga a mi opinión jurídica un valor mayor, porque llevo muchos más años estudiando el tema del que hablo, pero no a mi opinión política. Por eso, esos profesores adoctrinadores, que tienen la clave para explicarlo todo y todo se explica por lo mismo, siempre me han producido rechazo. Creo que hay que tratar al alumnado como mayores de edad, que saben también pensar y reflexionar, y no darles demasiado la matraca con nuestra orientación ideológica. Naturalmente yo también la tengo y al final del curso se me ve de qué pie cojeo, pero no me gusta ser excesivamente explícito con eso, porque muchas veces es irrespetuoso y puede ser hasta contraproducente.

Otra de tus líneas de investigación permanente ha sido el estudio del régimen jurídico de las lenguas cooficiales y, en concreto, del euskera. ¿Te preocupa la posible ruptura del consenso que se alcanzó con la Ley del Euskera de 1982?

Efectivamente, es un tema muy delicado que despierta muchísima sensibilidad en muchos sentidos. Es verdad que mi libro sobre el régimen jurídico de la oficialidad del euskera fue en su momento pionero ya que faltaba una reflexión omnicomprensiva, también desde el punto de vista jurídico. Por muchas causas, entre otras porque, como antes no estaba el artículo 3 de la Constitución, no se había abordado debidamente entre nosotros y por eso me animé a hacerlo.

En cuanto a la segunda parte más comprometida de tu pregunta, efectivamente tengo la sensación de que se pueden romper consensos. Yo soy de la generación de la Ley de Normalización del Uso del Euskera de 1982, de la generación de Koldo Mitxelena, Jean Haritschelhar, Luis Villasante, Pedro Miguel Etxenike, José Antonio Maturana, José Luis Lizundia y, por supuesto, Mari Carmen Garmendia. Esas personas, a las que ya mucha gente igual ni conoce, eran los referentes en una construcción, a mi juicio, nada fácil, pero muy inclusiva del euskera. Ahora el peligro, para mí, sería que fuésemos a un pacto que incorpore solo a las fuerzas nacionalistas, lo que consideraría un enorme error.

El enfoque interdisciplinar ha sido una seña de identidad de tus trabajos, tanto al tener en cuenta lo que se había escrito por otras disciplinas (incluso no jurídicas) sobre el tema, como por buscar pasar el filtro para cada uno de tus estudios de tus

ISBN: 978-84-7777-740-3

amigos de otras ramas jurídicas. ¿Crees que en la investigación jurídica contemporánea (y en su evaluación institucional o administrativa) debe superarse la idea de asignatura o área de conocimiento? ¿No te parece que el análisis de cualquier cuestión requiere ya inevitablemente el manejo de fuentes muy plurales?

Completamente de acuerdo. Hace ya bastantes años, parecía que con ser de la escuela de Enterría y haberle leído lo sabías todo, pero no solo eso, sino con un cierto desprecio hacia quienes no eran administrativistas o, simplemente, no pertenecían a *la escuela*. Daba la impresión de que fuera del Derecho Administrativo y de la concepción de este de don Eduardo y sus discípulos no había nada aprovechable.

La necesidad de un enfoque interdisciplinar me parece evidente. Estamos viendo, por ejemplo, constitucionalistas, administrativistas, internacionalistas o fiscalistas haciendo muy buen Derecho de la Unión Europea. Una lección que yo creo que aprendí con el Tribunal Constitucional es ver que un magistrado de origen administrativista tenía muchas concomitancias con uno de Derecho Penal o con uno de Derecho Civil cuando estaba en Domenico Scarlatti. En concreto en el campo de juego de la Constitución cada una de las áreas influye y es influida por las demás. Ahí tenemos un tronco común en el que todos podemos aprender de todos. Por ejemplo, a mí me explicaron muy mal el Derecho procesal, sin que fuera capaz de adivinar en aquel momento que era tan importante, de lo que me di cuenta mucho después, leyendo las sentencias del Tribunal Constitucional. Ahí está la clave. Nunca se me habría ocurrido acudir a un manual de Derecho procesal, pero me cambió de perspectiva ver las cuestiones y problemas que llegan y cómo los resuelven el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia en la Unión Europea o, sobre todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¿Sobre qué vas a trabajar a partir de ahora o sobre qué estás ya trabajando?

Lo más inmediato es un trabajo muy concreto sobre los acuerdos de los plenos no jurisdiccionales en el Tribunal Supremo que espero ver pronto publicado. ¡Ya ves qué tema tan apasionante! Luego, ya veremos, porque el interés no, pero la energía y la capacidad sí que van mermando y mucho. *Ars longa, vita brevis!* Ya tienes latinajo.

Para finalizar, y pensando que esta entrevista la leerá mucha gente que te conoce, te quiere y te admira, pero también algunos que solo conocen tu obra, para los que eres un nombre en la primera página de un artículo o en la portada de un libro, ¿qué les dirías que no te he preguntado, pero que te parece interesante para que te conozcan? y, como pregunta final, ¿qué dirías de ti mirando hacia atrás, tomando en cuenta lo que has hecho hasta ahora?

No quiero bordear la pregunta, así que te diré que «fue bonito mientras duró». Mereció mucho la pena aquella opción inicial en el año 78 por la por

la Universidad. Junto a ello, es verdad que he tenido mucha suerte porque en las trayectorias profesionales uno está en el filo de la navaja varias veces y, entonces, si uno cae del lado bueno, aparece la fortuna, lo que nos supone muchas ventajas y gratificaciones. En ese sentido, estoy muy contento y ha sido una enorme satisfacción ser profesor en la Universidad, que es un oficio bonito y, además, en el que puedes pasar sin hacer ni mucho daño ni mucho estropicio, que no es poco en estos momentos. Y es un oficio en el que, de alguna manera, solo de alguna manera, he tenido la suerte de poder trabajar en equipo.

Para mí fue una fortuna enorme llegar a San Sebastián, donde no conocía a nadie, y que dos compañeros, Iñaki Agirreazkuenaga y Eduardo Mancisidor, junto con Arantxa Alberdi, me abrieran la puerta de su casa en sentido literal y me ofrecieran un camastrillo que tenían libre, porque llegué con mi maleta sin conocer a nadie. Aquí me aceptaron y aquí sigo dando la lata. Llevo cuarenta y tantos años con Maggy Barrère y, junto con Maitena, soy un hombre muy feliz. Y no me olvido de los lustros de amistad aquí forjada con Alex Saiz, Rafa Jiménez, Juanma Velázquez, Juan Igartua, Jon Arrieta, Carmen Agoués, la principal responsable de este compromiso para tantos de vosotros, Jasone Urkola, Sylvia Gay, Beatriz Casares, Martín Razquin, Begoña Alberdi... Y, por supuesto, de tu gran paciencia conmigo y nuestra amistad recíproca.

Además, creo que he tenido mucha suerte, en absoluto por mérito mío, para tener muy buenos amigos más allá de nuestro paisito, y no solo entre los miembros de la Escuela de Enterría, donde a veces hemos creado vínculos de auténtica fratría académica y personal, sino también fuera de la misma.

Y, como en aquella anécdota que se atribuía a un magistrado que presidía una vista oral y que, al acabar, se dirigió al acusado y le dijo «el *condenado* puede hacer uso de la última palabra», así lo he hecho yo ahora, tras tu interrogatorio, confesando públicamente la autoría de todos mis, creo que inocentes, delitos.

Artículos | Artikuluak

ISBN: 978-84-7777-740-3

Suspensión de licencias urbanísticas y garantía de unidad de mercado: doctrina casacional con error grave en el enjuiciamiento del Tribunal Supremo

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-7802-768X

Resumen. La controversia principal que late en el presente trabajo es determinar si es compatible la suspensión del otorgamiento de licencias derivada de la aprobación inicial de un Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) con la exigencia de motivar la suspensión en la necesidad y proporcionalidad exigida por el art. 5 LGUM en todo tipo de actividades económicas. A la hora de fijar doctrina casacional el doble error grave en la respuesta del TS radica en que: 1. confunde el PGOU de Bilbao con una ordenanza municipal; 2. cree que el vigente art 85.2 LVSU permite la suspensión cautelar de licencias en el procedimiento de aprobación de ordenanzas municipales. No obstante, la Sentencia de la AN es absolutamente ajustada a Derecho. El vigente art. 85.2 LVSU debe interpretarse de forma conjunta con el art. 5 LGUM, no precisa plantearse ninguna cuestión de inconstitucionalidad al respecto, como no hay que hacerlo cuando ante cualquier problema jurídico se deban aplicar distintas leyes y resulte preciso hacer compatible, su aplicación conjunta a un mismo supuesto.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. I. La determinación clara de los hechos enjuiciados: La ordenanza núm. 7 para la zona del Ensanche está —formal y— materialmente integrada en el articulado del PGOU de 1994-1995 de Bilbao.—II. El objeto del recurso contencioso interpuesto por la CNMC y examen detallado de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10.12.2019 recurrida en casación: 1. Impugnación Acuerdo de 24.02.2016 y Acuerdos de marzo de 2016. 2. Impugnación Acuerdo de 20.07.2016.—III. El Auto de Admisión del recurso de casación: qué se recurre y qué no por el Ayuntamiento de Bilbao.—IV. La Sentencia del TS 898/2022 desestima la casación, pero confunde las ordenanzas incluidas en el PGOU con otras ordenanzas municipales o urbanísticas.—V. ¿Cómo debe interpretarse el art. 5 LGUM con la legislación urbanística en materia de suspensión cautelar en el otorgamiento de licencias?

I. LA DETERMINACIÓN CLARA DE LOS HECHOS ENJUICIADOS: LA «ORDENANZA NÚMERO 7 PARA LA ZONA DEL ENSANCHE» ESTÁ —FORMAL Y— MATERIALMENTE INTEGRADA EN EL ARTICULADO DEL PGOU DE 1994-1995 DE BILBAO

El *Boletín Oficial de Bizkaia* (*BOB*) publica el 08.03.2016 el Acuerdo aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao por el que se inicia el procedimiento para la «modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, en orden a actualizar tanto el régimen de implantación de los establecimientos de hostelería en las distintas zonas del barrio, como el de otros usos urbanísticos, con el fin de proteger el entorno urbano y medio ambiental, encargando al Área de Planificación Urbana proceda a elaborar el correspondiente documento, y a impulsar su tramitación».

El vigente Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Bilbao se encuentra publicado en el *BOB* de 04.04.2022. Y entre sus Normas Urbanísticas Generales, los artículos 163-164, regulan las Ordenanzas de hostelería. Asimismo, en el Título VI de las Normas Urbanísticas Generales (del PGOU) se regulan las Ordenanzas de edificación (determinando las condiciones estéticas de fachadas, soportales, condiciones de habitabilidad de las viviendas, condiciones de implantación de viviendas en planta baja y de división de viviendas o cambio de uso a vivienda en edificios residenciales existentes, condiciones de seguridad y acceso a las edificaciones y fincas residenciales, condiciones referentes a los garajes…), las Ordenanzas referentes al espacio público y su urbanización, y las Ordenanzas de redes y servicios de telecomunicaciones.

Ahora bien, cuando se aprobó el Acuerdo para la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche del Plan General de Ordenación Urbana, en 2016, todavía estaba vigente en Bilbao, su PGOU de 1994-1995, publicado en el *BOB* de 29.06.1995. En su Título Octavo se regulan las condiciones particulares de las Zonas, y su art. 8.1.1 dispone que: «Las Ordenanzas de Zona son las condiciones particulares que, junto con las generales que se establecen en los Títulos Sexto y Séptimo, regulan las determinaciones a

que deben sujetarse los suelos, edificios e instalaciones en función de su localización.» En su art. 8.1.2 se establece que «el Plan General establece unos ámbitos de Ordenanza, cuya delimitación gráfica figura en los planos de Restricciones de Usos y Ámbitos de Ordenanza, con el número correspondiente a cada una de ellas. Las Ordenanzas son las siguientes: N.º 1. Ordenanza para las parcelas de equipamiento. N.º 2. Ordenanza para las zonas residenciales de baja densidad en suelo urbano. N.º 3. Ordenanza para la zona de Deusto. N.º 4. Ordenanza para la zona de Uríbarri. N.º 5. Ordenanza para la zona de Txurdinaga. N.º 6. Ordenanza para la zona de Bolueta. N.º 7. Ordenanza para la zona del Ensanche. N.º 8. Ordenanza para la zona de Rekalde. N.º 9. Ordenanza para la zona de Bentazarra. N.º 10. Ordenanza para la zona de Zorroza».

En tal sentido, en el capítulo octavo, del Título octavo, del PGOU de 1994-1995, se regula la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche. Así, el art. 8.8.1 del PGOU determina que: «El ámbito físico de la zona del Ensanche es el delimitado en el plano de Restricciones de Usos y Ámbitos de Ordenanza, el cual se divide en tres subzonas (1, 2 y 3) que corresponden aproximadamente al ámbito territorial del Ensanche de Albia, de la Ampliación del Ensanche de Albia, salvo en la parte de Basurto-San Mamés y de la zona de Uribitarte».

Por consiguiente, no puede plantearse la más mínima duda en relación con el hecho de que la «Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche» forma parte y está —formal y— materialmente integrada en el articulado del PGOU de 1994-1995 de Bilbao.

II. EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO INTERPUESTO POR LA CNMC Y EXAMEN DETALLADO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10.12.2019[1] RECURRIDA EN CASACIÓN

1. Impugnación Acuerdo de 24.02.2016 y Acuerdos de marzo de 2016

En primer lugar, se impugna el Acuerdo aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao, publicado en el *BOB* de 08.03.2016, cuyo segundo punto, establece literalmente: «Dejar en suspenso cautelarmente, durante el plazo máximo de un año, el otorgamiento de licencias, así como la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en todo el ámbito de dicha Ordenanza número 7[2]».

---

1 RJCA\2019\1132.

2 El FD 4 de la SAN de 10.12.2019 indica literalmente: «Un adecuado análisis de las cuestiones planteadas por las partes en este proceso determina que sea conveniente destacar el contenido de las decisiones administrativas impugnadas. 1. Acuerdo de la Junta de Gobierno de Bilbao de 24 de febrero de 2016 por el que se acuerda: «Primero: Proceder a la modificación de la Ordenanza n.º 7 para la Zona del Ensanche del Plan General de Ordena-

ISBN: 978-84-7777-740-3

El fundamento legal para dejar en suspenso el otorgamiento de licencias no es otro que el art. 85.1 de la Ley 2/2006 de suelo y urbanismo del País Vasco (LVSU), que, como se sabe, determina que: «Las administraciones competentes para la aprobación inicial de los planes urbanísticos podrán acordar la suspensión, por el plazo máximo de un año, del otorgamiento de toda clase de aprobaciones, autorizaciones y licencias urbanísticas para ámbitos o usos determinados, a los efectos de la elaboración o, en su caso, la modificación o revisión de dichos planes desde su aprobación inicial, en todo caso, o desde la adopción del acuerdo de formulación del avance».

Asimismo, en segundo lugar, se impugnan los acuerdos —de marzo de 2016— del concejal de planificación urbana que suspenden los procedimientos incoados para la habilitación de locales como nuevos establecimientos de hostelería[3].

Todos los actos se impugnan por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), por entender que la suspensión durante el plazo de un año del otorgamiento de licencias para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en la Zona del Ensanche de Bilbao vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en la Ley 9/2013, de Garantía para la Unidad de Mercado (LGUM). La impugnación de la CNMC se realiza con arreglo al procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado (Capítulo IV, del Título V, LJ), lo cual implica que la adecuación de los acuerdos impugnados deba hacerse con arreglo a los parámetros recogidos en la LGUM. Y examinarse, especialmente, si se vulneran los principios de necesidad y de proporcionalidad, y de no discriminación, previstos en los arts. 5 y 3, respectivamente, de la LGUM.

De acuerdo con el Preámbulo de la LGUM: «esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado». Se aprobó para: 1) establecer los principios y normas básicas que

---

ción Urbana de Bilbao, en orden a actualizar tanto el régimen de implantación de los establecimientos de hostelería en las distintas zonas del barrio como el de otros usos urbanísticos, con el fin de proteger el entorno urbano y medio ambiental, encargando al Área de Planificación Urbana proceda a elaborar el correspondiente documento, y a impulsar su tramitación. Segundo: Dejar en suspenso cautelarmente, durante el plazo máximo de un año, el otorgamiento de licencias, así como la validez inhabilitaste de nuevos establecimientos de hostelería en todo el ámbito de dicha Ordenanza n.º 7».

[3] Literalmente el FD 4 dice que, en segundo lugar, se impugnan: «2. Acuerdos adoptados en fechas 14 y 16 de marzo de 2016 por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana, que resolvieron ordenar la interrupción de los procedimientos incoados por Delfina, Pizza Restaurante S.L. y Starbucks Coffee España S.L. relativos a licencias de obras para la habilitación de diversos locales como nuevos establecimientos de hostelería en Bilbao por encontrarse suspendido el otorgamiento de licencias por aplicación del Acuerdo de la Junta de Gobierno de Bilbao de 24 de febrero de 2016».

garanticen la unidad de mercado en todo el ámbito estatal y, 2) promover un funcionamiento libre de este mercado eliminando los obstáculos y trabas derivados de la creciente regulación administrativa en los más diversos sectores. Por tanto, introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el mercado único.

La STC 79/2017 en el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la LGUM, proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica, de tal modo que se condiciona la capacidad de intervención pública en el ámbito económico, aunque la STC declara inconstitucionales algunos de sus preceptos por razones competenciales[4].

Frente al recurso de la CNMC el Ayuntamiento de Bilbao, como demandada, sostiene que las resoluciones impugnadas son conformes a Derecho, por cuanto se dictan en aplicación de la legislación urbanística autonómica (art. 85.1 LVSU) y el planeamiento local vigente (Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao[5]). En el conflicto así planteado se debe determinar si

---

4 En concreto, la STC 79/2017, al resolver el recurso de inconstitucionalidad 1397-2014, declara inconstitucionales y, por lo tanto, nulos: 1) Las letras b), c) y e) del apartado segundo del art. 18, así como los arts. 19 y 20 y la disposición adicional décima de la LGUM. El apartado segundo del art. 127 *quater* de la LJ, en la redacción dada por el punto tres de la disposición final primera de la Ley 20/2013, únicamente en su aplicación a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas. 2) Declara que el inciso «que deberá ser tenido en cuenta por la autoridad competente a la hora de decidir» del último párrafo del artículo 26.5.b) de la LGUM, es conforme con la Constitución interpretado en los términos señalados en el fundamento jurídico 15.

5 Aprobado por la Diputación Foral, el 27.12.1994, *BOB* de 29.06.1995, que prevé que las ordenanzas sobre establecimientos de hostelería puedan fijar restricciones de emplazamiento o de incompatibilidad de uso, siempre que estén amparadas en razones de protección del medio ambiente o del entorno urbano. Como ya se ha indicado, en el propio PGOU, formando parte del mismo, se incluye la Ordenanza n.º 7 para la zona del Ensanche que regula las condiciones específicas de edificación y de uso para esa zona y en la que no se encuentran limitaciones específicas para la hostelería. Y las razones invocadas para justificar la propuesta de modificación de la citada Ordenanza n.º 7 y, por tanto, para acordar la suspensión temporal de las autorizaciones de licencias en esa zona es la actualización de la regulación urbanística vigente con el fin de adecuar su contenido a los principios de desarrollo urbano sostenible, desarrollo territorial equilibrado entre el uso residencial y las actividades económicas y, en definitiva, la defensa del medioambiente y del entorno urbano.

Al margen del PGOU, la Ordenanza local sobre establecimientos de hostelería —aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Bilbao el 26.02.2015— entiende como tales aquellos en cuyo interior se consuman bebidas o alimentos, o bien dispongan de instalaciones propias del ramo (cafetera, botelleros-frigoríficos, serpentín de cerveza, etc.) así como establecimientos del sector de la alimentación susceptibles de utilizarse como hosteleros, tales como heladerías, bocaterías, cruasanterías, cuando la superficie para el público supere el tercio de la total del local. En el art. 3 de esta Ordenanza se clasifican los establecimientos hosteleros en cuatro categorías: Grupo I (locales sin consumo de alcohol), Grupo II (locales con consumo de alcohol y/o comedor), Grupo III (locales musicales) y Grupo C (cuando las actividades de Grupos I, II y III no sean principales sino complementarias respecto de otra actividad económica).

ISBN: 978-84-7777-740-3

con la suspensión de licencias decretada se respetan los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación previstos en la LGUM. En concreto, hay que responder a si el Ayuntamiento de Bilbao al dictar las resoluciones administrativas impugnadas ha respetado los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el art. 5 LGUM[6], y los límites del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[7]. Al respecto, hay que recordar que la citada STC 79/2017 ha declarado conformes a la Constitución los arts. 5 y 17 LGUM[8].

---

6 Dicho precepto dispone que: «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 limite 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».

7 Prevé como «razones imperiosas de interés general», que puedan limitar la actividad económica, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las siguientes: «el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

8 Señalando que: «El art. 5 supone: i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legitimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o limites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legitima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009. ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el articulo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que 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 art. 38 de la CE, pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, «cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma» ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son «constitucionalmente adecuadas», esto es, si la me-

En resumen, a la vista de este planteamiento, la Audiencia Nacional debe examinar si los acuerdos impugnados aprobados por el Ayuntamiento de Bilbao, que suspenden temporalmente el otorgamiento de licencias para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería, han respetado los principios de necesidad y de proporcionalidad. Por tanto, no solo si se han respetado los requisitos previstos en la legislación autonómica y local, sino si esos requisitos se han examinado atendiendo a los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el art. 5 LGUM. Y ello porque las autoridades administrativas están obligadas a observar y a respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad en las actuaciones adoptadas en su ámbito de actuación —art. 9 LGUM—. Y, además, porque las autoridades administrativas están obligadas a la observancia de esos principios cuando, como es el caso, se trata de autorizaciones exigibles para el ejercicio de actividades económicas.

A juicio de la Sentencia de la AN (FD 5): «En el caso examinado el Ayuntamiento de Bilbao ha acordado la suspensión del otorgamiento de licencias para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en la zona del Ensanche del PGOU apoyándose exclusivamente en la necesidad de obtener un equilibrio estable entre el uso residencial y las actividades económicas a fin de garantizar la calidad del entorno urbano y medio ambiente que puede verse alterado por la proliferación de nuevos establecimientos hosteleros. Motivación que, sin embargo, no se ha acompañado de ningún

---

dida cuestionada «constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7.º».

Respecto al art. 17 LGUM se indica que: «El art. 17 de la Ley 20/2013, una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones. En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen...Y por otro, restringe aún más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad… Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013, y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1».

ISBN: 978-84-7777-740-3

estudio o informe que acreditase la necesidad de la citada protección del medio ambiente y entorno urbano más allá del que pueda entenderse comprensible en el conflicto entre el descanso de los vecinos y la protección del derecho al acceso a una actividad económica. Por eso en ese conflicto, el art. 5 LGUM exige que cualquier limite 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. Por tanto, aunque las razones de protección del medio ambiente y del entorno urbano, puedan ser acertadas, lo cierto es que el Ayuntamiento de Bilbao ha limitado el ejercicio de actividades económicas sin tener en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad por cuanto no ha indicado porque no era posible establecer una limitación menos agresiva que la finalmente establecida que ha supuesto que no se concedan nuevas licencias para establecer nuevos establecimientos de hostelería durante un periodo temporal amplio —inicialmente se fijó en un año—; para una zona denominada Ensanche sin tener en cuenta dentro de la misma, excepciones a esa limitación; ni tampoco ha establecido una limitación atendiendo al uso del establecimiento que quisiera instalarse».

Al respecto, la Sentencia de la AN (FD 5) invoca la Sentencia del TJUE de 24.03.2011 (C-400/08) en relación con el otorgamiento de licencias de apertura para nuevos establecimientos comerciales, que declaró expresamente la necesidad de analizar los criterios de necesidad y proporcionalidad[9]. De tal modo que se obligaba a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica —en nuestro caso suspendiendo el otorgamiento de licencias para el establecimiento de locales con uso hostelero— en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general.

Por consiguiente, no se cuestiona ni la competencia, ni la regulación del Ayuntamiento de Bilbao en materia de concesión de licencias. Se revisa ex-

---

9 Efectivamente, en los apartados 82 a 85 de la Sentencia del TJUE se señala que: «Resulta obligado observar que estas limitaciones específicas impuestas por la normativa controvertida, consideradas en su conjunto, afectan de forma significativa a las posibilidades de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En tales circunstancias, las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada). Pues bien, ha de señalarse que el Reino de España no ha expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos las restricciones controvertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos. Habida cuenta de esta falta de explicaciones y de la significativa repercusión de las limitaciones examinadas sobre la posibilidad de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, procede considerar que las restricciones de la libertad de establecimiento impuestas en este aspecto no están justificadas».

clusivamente que la Administración ha dictado las resoluciones impugnadas apoyándose únicamente en las limitaciones previstas en la legislación sectorial, urbanística y local, sin acreditar que podían existir menos limitaciones con una interpretación acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en el art. 5 LGUM.

La Sentencia de la AN (FD 5) dice que: «no pone en duda que efectivamente sea necesario obtener un equilibrio que garantice por una parte una adecuada protección al entorno urbano que facilite la vida cotidiana de sus vecinos con el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, como sucede en el caso analizado, relacionadas con la implantación de establecimientos de hostelería. Sin embargo, siendo acertada esa necesidad de protección de ese interés general concretado en la protección del entorno urbano y del medio ambiente y siendo igualmente correcta la posibilidad de establecer limitaciones al acceso a una actividad económica, no obstante la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, exige que la fijación de cualquier limite al acceso a una actividad económica deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada y deberá ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

«En el caso analizado no consta que el Ayuntamiento de Bilbao hubiera analizado la posibilidad de adoptar otras opciones menos restrictivas o distorsionadoras para la actividad económica para poder obtener igualmente la protección perseguida del entorno urbano. Al contrario, adopta las medidas restrictivas analizadas que limitan el acceso a una actividad económica sin establecer ninguna excepción a la suspensión impugnada. Y adopta una limitación absoluta y máxima por cuanto:

a) Impone como periodo de suspensión el plazo de un año sin justificar porque era necesario imponer ese periodo tan amplio para proteger el entorno urbano.
b) La suspensión acordada afectaba a todo el ámbito territorial de una zona —El Ensanche— sin justificar porque era necesaria esa medida tan restrictiva en todo su ámbito territorial sin especificar, por el contrario, zonas en las que quizás si era posible alzar la suspensión para el establecimiento de nuevas instalaciones hosteleras por tratarse de zonas poco densificadas o que por su localización estratégica podían aconsejar la ubicación de nuevos establecimientos. Incluso, del Informe del jefe de la Subárea de Planeamiento de Bilbao de 19 de febrero de 2016 se desprende que no todas las áreas del ensanche bilbaíno, en cuyo ámbito se ha acordado la suspensión de licencias, presentan la problemática ambiental y urbanística que justificaría dicha suspensión, sino solamente nueve áreas concretas del citado Ensanche. Sin embargo, en el ámbito territorial de aplicación

ISBN: 978-84-7777-740-3

no se han fijado excepciones en cuanto a la aplicación de la medida de suspensión ahora analizada.

c) Sin analizar que efectivamente eran los establecimientos e instalaciones de hostelería las que perturbaban el entorno urbano y no otras actividades económicas desarrolladas en la zona. En esta línea, del Informe-Proyecto del Acuerdo del Ayuntamiento de 19 de febrero de 2016 se desprende, de un lado, que existen otras causas distintas de la propia actividad de hostelería que afectan al entorno urbano, como la peatonalización de las calles o la aplicación de la legislación antitabaco; y de otro lado, también se constata que existen otros sectores económicos, y no solamente el de hostelería, que podrían ser la causa de las incidencias ambientales.

d) Sin especificar ni excepcionar la aplicación de la suspensión acordada a algunos de los distintos tipos de establecimientos de hostelería que por sus características o bien no afectaban gravemente al entorno urbano o bien podían ser necesarias para los vecinos de la zona.

La aplicación de una suspensión de carácter general y de aplicación casi absoluta a un determinado sector es una medida que afecta a una pluralidad de operadores económicos en su conjunto. Consecuentemente, en atención al principio de proporcionalidad, debían justificarse las razones por las que otro tipo de medidas, como, por ejemplo, un análisis individualizado caso por caso, no eran posibles o no permitían atender adecuadamente a la protección de las posibles razones imperiosas de interés general invocadas.

Por el contrario, el Ayuntamiento de Bilbao ha optado por acordar la suspensión analizada en su expresión máxima. Y ello implica una limitación al acceso a una actividad económica que vulnera el principio de proporcionalidad previsto en el art. 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado, por cuanto no se ha justificado por el Ayuntamiento que no existan otros medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica».

Por consiguiente, todo «ello implica la estimación del recurso interpuesto por la CNMC que conlleva la declaración de que el Acuerdo impugnado de fecha 24 de febrero de 2016 de la Junta de Gobierno de Bilbao fue contrario al artículo 5 de la Ley 20/2013 durante el periodo en que estuvo vigente y fue aplicado, así como los Acuerdos adoptados en fechas 14 y 16 de marzo de 2016 por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana, que resolvieron ordenar la interrupción de los procedimientos incoados por Delfina, Pizza Restaurante, S.L. y Starbucks Coffee España, S.L. relativos a licencias de obras para la habilitación de diversos locales como nuevos establecimientos de hostelería en Bilbao».

2. Impugnación Acuerdo de 20.07.2016[10]

Con este Acuerdo se aprueba inicialmente la modificación —de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche— del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, una vez interpuesto el recurso contencioso por la CNMC frente a los Acuerdos de febrero y marzo de 2016. Es decir, se amplía el objeto del recurso también frente a este Acuerdo de 20.07.2016.

Los cinco primeros fundamentos de derecho de la Sentencia de la AN, examinan la impugnación de los actos de febrero y marzo de 2016, y en sus FFDD 6 y 7, se aborda de forma complementaria, el examen de la impugnación frente a este acuerdo de 20.07.2016. Al efecto, con la ampliación del recurso el Ayuntamiento de Bilbao alegaba la pérdida sobrevenida del objeto del proceso, cuestión que no estima la Sentencia de la AN. En concreto, este Acuerdo aprobado con fundamento en el —a la sazón vigente— art. 85.3 LVSU[11], mantiene la suspensión del otorgamiento de licencias para la implantación y ampliación de nuevos establecimientos de hostelería del Grupo II para los tramos densificados, pero acuerda levantar

---

10 El *BOB* de 22.07.2016 publica la aprobación inicial de la modificación del PGOU de Bilbao. Literalmente dispone que: «La Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao, en sesión celebrada con fecha 20 de julio de 2016, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo:

> «Primero: Aprobar inicialmente la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, consistente en establecer un nuevo régimen para algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, mediante la introducción de una nueva sección tercera reguladora de los usos y los oportunos cambios, conforme al proyecto elaborado por dicha Área.
>
> Segundo: Suspender el otorgamiento de licencias, así como la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación y ampliación de nuevos establecimientos de hostelería del Grupo II para los tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas y el Subgrupo II-D para todo el ámbito de la Ordenanza número 7, y consecuentemente, levantar la suspensión cautelar para los Grupos I, Subgrupos II-R y II-T y Grupos III y Complementario, en todo el ámbito de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche, y para el Grupo II en el resto de tramos, hasta la aprobación definitiva y, en todo caso, hasta que transcurra el año desde la publicación del acuerdo de suspensión cautelar adoptado el pasado 24 de febrero de 2016 (*Boletín Oficial de Bizkaia* de 8 de marzo de 2016) (…).
>
> Quinto: Notificar el acuerdo y la modificación de la Ordenanza número 7 a la Comisión Europea, en cumplimiento del artículo 11.1 de la Ley 17/2009, así como a la Autoridad Vasca de la Competencia, el Consejo para la Unidad del Mercado y la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia».

11 Actual art. 85.2 LVSU, que establece: «El acuerdo de aprobación inicial de los planes urbanísticos determinará la suspensión, por el plazo máximo de dos años en el caso de que el acuerdo se refiera a planes generales y de un año en todos los restantes casos, del otorgamiento de toda clase de aprobaciones, autorizaciones y licencias en los ámbitos o para usos determinados en los que las nuevas determinaciones previstas supongan modificación del régimen urbanístico vigente. Esta suspensión se extingue por el mero transcurso del plazo máximo para el que haya sido adoptada o, en su caso, con la publicación de la aprobación definitiva del plan urbanístico correspondiente».

ISBN: 978-84-7777-740-3

la suspensión para los establecimientos incluidos en otros grupos de establecimientos de hostelería. Y entre estos últimos se encuentran las licencias suspendidas de las empresas que habían denunciado al Ayuntamiento ante la CNMC.

Respecto a la eventual pérdida sobrevenida del objeto del recurso, la Sentencia de la AN —en su FD 6 *in fine*— declara que: «No apreciamos la pérdida sobrevenida del objeto del presente proceso porque el Abogado del Estado en su escrito de demanda ha solicitado la ampliación del presente recurso al referido Acuerdo de 20 de julio de 2016 dada la conexión con el Acuerdo de 24 de febrero de 2016 inicialmente impugnado y porque se mantienen los mismos efectos distorsionadores y restrictivos para la actividad económica para un sector de la hostelería —Grupo II en tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas y el Subgrupo II-D para todo el ámbito de la Ordenanza n.º 7—. No podemos compartir la razón que invoca la defensa del Ayuntamiento de Bilbao cuando refiere que no procede la ampliación citada del presente proceso porque, según dice, la CNMC no puede actuar de oficio, sino que solo a instancia de los operadores económicos afectados puede impugnar decisiones al amparo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Esa afirmación no tiene ningún apoyo legal; al contrario, los artículos 27.1 y 27.2 de la Ley 20/2013 permiten a la CNMC actuar también de oficio».

Y respecto al fondo del recurso afirma la Sentencia de la AN (FD 7) que: «Es cierto que en el Acuerdo de 20 de julio de 2016 ya no se regula de forma absoluta ni máxima la suspensión en relación con el otorgamiento de licencias para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en el ámbito de aplicación de la Ordenanza n.º 7 de la zona del Ensanche de Bilbao. Sin embargo, se desconoce y, por tanto, carece de motivación atendiendo al principio de necesidad y de proporcionalidad aludidos, cuáles han sido las razones que para proteger el medio ambiente y el entorno urbano se sigue entendiendo que es necesario mantener la medida restrictiva de acceso a la actividad económica. Y, además, no se razona porque se mantiene, sin embargo, la suspensión para algunos de los establecimientos de hostelería cuando, precisamente, algunos de los establecimientos para los que se ha alzado la suspensión son establecimientos susceptibles de ocasionar una incidencia importante en el entorno urbano porque ocasionan ruidos y molestias al tratarse de establecimientos que utilizan equipos musicales potentes y, además, con horarios nocturnos frente a los establecimientos de hostelería respecto de los que se mantiene la suspensión que afectan básicamente a bares y restaurantes abiertos durante el día».

Por lo tanto, se concluye que dicho Acuerdo de 20.07.2016 «tampoco respeta los principios recogidos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mer-

cado. Es decir, las limitaciones al ejercicio de las actividades económicas en el sector de la hostelería que el Ayuntamiento de Bilbao ha impuesto en los Acuerdos impugnados —tanto el adoptado en fecha 24 de febrero como el adoptado en fecha 20 de julio de 2016— podrían ser ajustadas a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado si hubieran tenido en cuenta los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación recogidos en los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado justificando que esa suspensión era la única medida posible y que no podía alcanzarse la protección perseguida del entorno urbano y del medio ambiente con otros medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica».

En este sentido, una vez más la Sentencia de la AN, invoca y se alinea con la STC 79/2017, cuando indica que: «En efecto, y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 20/2013, las autoridades competentes podrán imponer requisitos, deberes, prohibiciones, restricciones y limitaciones a las actividades económicas siempre que se justifiquen en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad».

Tal aplicación de los principios previstos en la LGUM «implica que para que esa restricción pudiera ser válida debería haberse motivado en razones de interés general y, sobre todo, justificando, en su caso, la inexistencia de otros medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica afectada».

Por consiguiente, la Sentencia de la AN estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la CNMC y anula las resoluciones impugnadas «por cuanto han establecido límites y obstáculos al libre ejercicio de la actividad económica sin estar justificados en principios de necesidad, de interés general y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Esta decisión no implica que el Ayuntamiento de Bilbao en el ejercicio de sus competencias pueda dictar nuevos acuerdos que, aunque sean también restrictivos de la actividad económica, puedan ser ajustados a la legislación reguladora de la garantía de la unidad de mercado si se justifica la necesidad y la proporcionalidad invocando razones de interés general y justificando, en su caso, que dichas medidas son proporcionadas y necesarias. Porque insistimos que la razón que ha llevado a este Tribunal a la nulidad de los acuerdos impugnados es que no se había acreditado ni justificado la razón que implicaba acordar un importante límite del ejercicio de la actividad económica, como es la suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas para el establecimiento de nuevas instalaciones con uso hostelero, sin analizar la posible existencia de otros medios menos restrictivos que podían igualmente alcanzar la protección del interés general pretendido».

ISBN: 978-84-7777-740-3

III. EL AUTO DE ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: QUÉ SE RECURRE Y QUÉ NO POR EL AYUNTAMIENTO DE BILBAO

El ATS de 27.10.2021[12] admite a trámite el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Bilbao. Y precisa que «las cuestiones sobre las que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: (i) determinar si es compatible la suspensión del otorgamiento de licencias derivada de la aprobación inicial del Plan en los ámbitos afectados por la modificación, impuesta por el artículo 85.3 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU) con la exigencia de motivación individualizada de dicha suspensión, en base al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); y, (ii) en el caso de que se considere que no es compatible, determinar si un juez o tribunal puede inaplicar dicho precepto legal autonómico —u otros de contenido similar— sin plantear previamente la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional[13]».

Al respecto son múltiples las cuestiones que exigen una reflexión pausada. En primer lugar, hay que precisar qué se recurre en casación por el Ayuntamiento de Bilbao, y qué se convierte en firme de la Sentencia de la AN, por no recurrirse en casación por el Ayuntamiento. Y al efecto es claro que el Ayuntamiento acepta la doctrina establecida sobre la anulación de los Acuerdos impugnados de febrero y marzo de 2016, y solo reacciona en casación frente a la anulación de la suspensión derivada del Acuerdo de aprobación inicial del PGOU, publicado en el *BOB* de 22.07.2016 (y reproducido en lo esencial en la nota 10).

En tal sentido, en segundo lugar, si se compara la dicción literal de la suspensión decretada con la aprobación inicial del PGOU[14], con lo establecido con carácter legal en el art. 85.3 LVSU —actual art. 85.2, reproducido en la nota 11— que hace referencia a que la aprobación inicial «determinará la suspensión (…) de (…) licencias en los ámbitos o para usos determina-

---

12 Rec. 5615/2020, JUR\2021\335406, ECLI: ES:TS:2021:13915ª.

13 Además, se identifican «como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: artículo 85.3 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, y artículos 117.1 y 163 CE».

14 «Suspender el otorgamiento de licencias, así como la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación y ampliación de nuevos establecimientos de hostelería del Grupo II para los tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas y el Subgrupo II-D para todo el ámbito de la Ordenanza número 7, y consecuentemente, levantar la suspensión cautelar para los Grupos I, Subgrupos II-R y II-T y Grupos III y Complementario, en todo el ámbito de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche, y para el Grupo II en el resto de tramos, hasta la aprobación definitiva (…)». *BOB* de 22.07.2016.

dos en los que las nuevas determinaciones previstas supongan modificación del régimen urbanístico vigente». Se observa, de forma contradictoria, que la propia suspensión derivada de la aplicación (llamada automática) de la Ley, excluía todas las autorizaciones y licencias de empresas que denunciaron ante la CNMC la vulneración de los acuerdos recurridos de la LGUM. De forma literal, se levanta «la suspensión cautelar» para los Grupos I, Subgrupos II-R y II-T y Grupos III y Complementario, en todo el ámbito de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche, y para el Grupo II en el resto de los tramos no densificados. Y, por último, si se compara el texto de la aprobación definitiva —de la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche— del PGOU de Bilbao[15], se observa que las nuevas limitaciones afectan no solo a los establecimientos de hostelería del Grupo II[16].

En tercer lugar, cabe destacar que la disposición adicional primera, de la citada aprobación definitiva de la modificación del PGOU señala que: «las solicitudes de licencias y las Comunicaciones Previas presentadas con anterioridad al 8 de marzo de 2016 en que entró en vigor del acuerdo de suspensión adoptado el 24 de febrero de 2016, se resolverán conforme a la normativa vigente en el momento de la presentación respectiva». Lo que claramente significa que las suspensiones de licencias anuladas por la Sentencia de la AN, carecían ya de efectos desde la publicación de la aprobación definitiva —de la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche— del PGOU de Bilbao, en el *BOB* el 30.11.2016.

IV. LA SENTENCIA DEL TS 898/2022 DESESTIMA LA CASACIÓN, PERO CONFUNDE LAS ORDENANZAS INCLUIDAS EN EL PGOU CON OTRAS ORDENANZAS MUNICIPALES O URBANÍSTICAS

La STS de 30.06.2022[17], dando respuesta a las cuestiones planteadas, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que (FD 4): «Una Administración incumple las obligaciones que

15 Aprobado por el pleno municipal de 24.11.2016 (*BOB* de 30.11.2016).

16 Por ejemplo, el art. 8.8.25 determina que: «2. Los establecimientos incluidos en los Grupos I (degustaciones, heladerías, etc. y otros locales sin venta ni consumición de bebidas alcohólicas) y/o Complementario de la OLEH, al igual que los de los Subgrupos II-R (restaurantes sin barra) y II-T (txokos), no están sujetos al requisito de las distancias mínimas ni a las limitaciones señaladas en el artículo 8.8.27. 3. Los establecimientos incluidos en el Subgrupo II-Diurno y en el Grupo II, con las excepciones señaladas en el apartado 2 relativo a los Subgrupos II-R y II-T, quedan sujetos al requisito de las distancias mínimas y a las limitaciones señaladas en el artículo 8.8.27. 4. Los establecimientos encuadrados en el Grupo III de la OLEH, quedan sometidos a la regulación de la misma y del Plan General. No obstante, la distancia mínima para instalar un establecimiento del Grupo II respecto de otro ya existente del III, sea cual sea el emplazamiento de éste, será la misma que la señalada en el artículo 8.8.27 para los locales del grupo II».

17 Rec. 5615/2020, RJ\2022\4310, ECLI: ES:TS:2022:2757.

ISBN: 978-84-7777-740-3

le incumben, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuando, con ocasión de la tramitación del procedimiento de modificación o revisión de una ordenanza municipal, adopta un Acuerdo de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias sin ponderar si las limitaciones impuestas al desarrollo de actividades económicas puede justificarse por razones imperiosas de interés general vinculadas con el interés público referidos a garantizar la calidad del entorno urbano o la protección del medio ambiente, y sin comprobar ni verificar que tal medida resulta acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad.

En los términos en que resolvemos el presente recurso de casación, no procede que nos pronunciemos sobre la segunda cuestión que, según se recoge en el Auto de Admisión, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por cuanto entendemos que no concurre el presupuesto de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional hubiere debido plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre el artículo 85.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, por ser contrario a la Constitución, en los términos del artículo 163 de la Constitución, pues, como hemos expuesto, la sentencia impugnada se ha ajustado al sistema constitucional de ordenación de las fuentes del Derecho, considerando compatible la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma del País Vasco con la legislación estatal en materia de garantía de la unidad de mercado.

En consecuencia con lo razonado, debemos rechazar la pretensión revocatoria deducida y declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación por el Letrado Municipal del Ayuntamiento de Bilbao, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2019, dictada en el recurso contencioso-administrativo 337/2016».

Téngase en cuenta que el doble error en la respuesta del TS radica en que hace referencia a «un procedimiento de modificación o revisión de una ordenanza municipal», como si el supuesto de hecho fuese ese (primer error grave) y; como si el artículo 85.3 LVSU (actual 85.2, reproducido en la nota 11) permitiese la suspensión cautelar de licencias en el procedimiento de aprobación de ordenanzas municipales (segundo error grave), confundiendo en ambos casos planes urbanísticos, y en concreto el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, con una ordenanza municipal.

El planteamiento inicial que hace la STS en su FD 3 es correcta al señalar que: «la controversia jurídica que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si es compatible la suspensión del otorgamiento de licencias derivada de la aprobación inicial del Plan en los ámbitos afectados por la modificación, impuesta por el

artículo 85.3 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU) con la exigencia de motivación individualizada de dicha suspensión, en base al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM)».

Ahora bien, cuando continúa analizando la controversia hace referencia al «Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, por el que se disponía proceder a la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao» (*sic*), pero evidentemente sin distinguir entre la suspensión de licencias potestativa (art. 85.1 LVSU) y la llamada suspensión automática que se produce con la aprobación inicial de los planes urbanísticos.

Y a pesar de que se indica, literalmente siempre, que con el Acuerdo se procede «a la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao» (*sic*), de forma absolutamente incomprensible, afirma la STS en su FD 3 que se parte «de la premisa de que la decisión cautelar de suspensión de licencia adoptada por el Ayuntamiento de Bilbao no deriva de la aprobación inicial de un plan urbanístico[18], que constituye el presupuesto de aplicación del artículo 85.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, sino de la revisión de una Ordenanza (que no alcanza la categorización de plan, al tratarse, según lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 75 del citado texto legal de un instrumento compensatorio de la ordenación urbanística[19]) (…)».

Y se insiste en el error diciendo que: «no nos encontramos ante el supuesto de aprobación inicial de un plan sino de una Ordenanza, que no puede encuadrase en dicha categoría de instrumentos de planeamiento[20]».

---

18 Si la suspensión de licencias no derivase del acto de aprobación inicial del PGOU de Bilbao, ¿cómo podría haberse planteado interés casacional objetivo en la interpretación del art. 85.3 LVSU? Sería jurídica y materialmente imposible que en la elaboración de una ordenanza municipal se aplicase el art. 85.3 LVSU.

19 Los artículos 59 y 60 LVSU no regulan las ordenanzas municipales. Si lo hace el art. 75 LVSU, que en el ámbito urbanístico distingue entre las de construcción, edificación y urbanización. Nunca en el procedimiento de elaboración de ordenanzas municipales urbanísticas se puede suspender cautelarmente el otorgamiento de licencias o autorizaciones que estén ya solicitadas o se soliciten antes de aprobarse y publicarse la ordenanza municipal.

20 Y añade, no sin razón el TS, como se ha señalado por nuestra parte en el apartado anterior relativo al Auto del TS, que: «observamos que dicha argumentación sobre el carácter automático de la suspensión cautelar de licencias, que también tendría soporte en el artículo 120 del Reglamento de Planeamiento, resulta contradictoria con la actuación del propio Ayuntamiento de Bilbao, que por Acuerdo ulterior de 20 de julio de 2016, acuerda el levantamiento parcial de la suspensión de licencias para nuevos establecimientos de hostelería, para lo que no estaría facultado si se entendiera que la suspensión se produce, en este caso, *ope legis*, por ministerio de la Ley.»

ISBN: 978-84-7777-740-3

Y a continuación se añade que: «Cabe sostener, por tanto, que la suspensión cautelar del otorgamiento de licencias, en aquellos supuestos en que su adopción no deriva de la aprobación inicial de un plan urbanístico, en los términos del artículo 85.3 de la Ley de la Comunidad del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, sino del expediente de revisión de una Ordenanza, debe ser acordada motivadamente, por razones de interés general suficientemente justificadas, entre los que cabe invocar la salvaguarda de la calidad del entorno urbano y la protección del medio ambiente, con pleno respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado».

Sin embargo, no se responde a la cuestión casacional objetiva planteada, que no tiene duda alguna respecto a que el art. 85.3 LVSU (actual 85.2) solo es aplicable a la aprobación inicial del PGOU de Bilbao. Como se indica en el primer apartado de este trabajo no puede plantearse la más mínima duda en relación con el hecho de que la «Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche» forma parte y está —formal y— materialmente integrada en el articulado del PGOU de 1994-1995 de Bilbao.

Y tampoco puede plantearse duda alguna respecto al hecho de que el Acuerdo de 20.07.2016, publicado en el *BOB* de 22.07.2016, aprueba inicialmente la modificación —de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche— del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao[21]. Y precisamente si se examina la literalidad del suplico del escrito de interposición del recurso de casación puede entenderse el desvarío de las reflexiones del TS en que se confunde un PGOU con una ordenanza municipal, teniendo en cuenta el sentido anfibológico del término ordenanza, según el contexto en que se emplea.

---

21 El *BOB* de 22.07.2016 publica la aprobación inicial de la modificación del PGOU de Bilbao. Literalmente dispone que: «La Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao, en sesión celebrada con fecha 20 de julio de 2016, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo:

> «Primero: Aprobar inicialmente la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, consistente en establecer un nuevo régimen para algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, mediante la introducción de una nueva sección tercera reguladora de los usos y los oportunos cambios, conforme al proyecto elaborado por dicha Área.
>
> Segundo: Suspender el otorgamiento de licencias, así como la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación y ampliación de nuevos establecimientos de hostelería del Grupo II para los tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas y el Subgrupo II-D para todo el ámbito de la Ordenanza número 7, y consecuentemente, levantar la suspensión cautelar para los Grupos I, Subgrupos II-R y II-T y Grupos III y Complementario, en todo el ámbito de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche, y para el Grupo II en el resto de tramos, hasta la aprobación definitiva y, en todo caso, hasta que transcurra el año desde la publicación del acuerdo de suspensión cautelar adoptado el pasado 24 de febrero de 2016 (*Boletín Oficial de Bizkaia* de 8 de marzo de 2016) (…)».

Pues bien, el suplico del escrito de interposición del recurso de casación —que se reproduce en el antecedente de hecho 4.º, de la STS de 30.06.2022— reza del siguiente tenor literal: «estimando el presente recurso de casación, se case y anule la sentencia impugnada dictándose una nueva con adopción de los siguientes pronunciamientos: a) Con estimación *parcial* del recurso 337/2016, interpuesto por la Comisión de los Mercados y la Competencia, declare *expresamente conforme a Derecho* el acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de 20 de julio de 2016, por el que se aprobó inicialmente la modificación de la Ordenanza n.º 7 para a zona del Ensanche del PGOU de Bilbao, y se adoptó la suspensión automática de licencias prevista en el art. 85.3 LSU (…)».

Es decir, que como ya se ha mencionado, el Ayuntamiento solo pretende una estimación parcial de su recurso, y se centra en exclusiva en la legalidad del Acuerdo de 20.07.2016, que aprueba inicialmente la modificación del PGOU de Bilbao. Por consiguiente, en absoluto debiera haberse entrado —en el examen en la STS dictada en casación— en el resto de los acuerdos de febrero y marzo de 2016, ya anulados de forma firme por la Audiencia Nacional, con plena aceptación por parte del Ayuntamiento de Bilbao, y que no pueden ser —ni son— objeto del recurso de casación[22].

Finalmente, un último error incomprensible de la STS de 30.06.2022 se encuentra en el FD 2 cuando al indicar y reproducir el Derecho estatal aplicable —en lugar del art. 5 de la LGUM que ni cita ni reproduce— señala que en el presente caso la legislación estatal debatida es el «artículo 5 de Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones[23]». Asimismo,

---

22 Por ejemplo, en el FD 3 la STS dice: «esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera que el Tribunal de instancia ha realizado una adecuada interpretación del artículo 5 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que no implica el desplazamiento o inaplicación de la regulación establecida en el artículo 85 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, al mantener que, en el caso analizado, en que se enjuiciaba la impugnación del Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, por el que se disponía proceder a la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en orden a actualizar el régimen de implantación de los establecimientos de hostelería en las distintas zonas, era plenamente aplicable el citado artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, puesto que, en relación con la suspensión del otorgamiento de licencias impuesta con carácter cautelar a la actividad de hostelería, se adopta con carácter general y aplicación cuasi absoluta y de forma inmotivada, amparándose en una norma que no era directamente aplicable, al contemplar un supuesto diferente, relativo a la aprobación inicial de un plan urbanístico, que no cabe entender, a estos efectos equiparable a una Ordenanza municipal (…)».

23 Y literalmente se indica —y reproduce— que «bajo la rúbrica "Principios aplicables", dispone: "1. La explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y su normativa de desarrollo. 2. La adquisición de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de ocupación del dominio público o de la propie-

ISBN: 978-84-7777-740-3

en la legislación autonómica en lugar de ceñirse al único número de aplicación —de debate e interpretación— con la cuestión planteada (el art. 85.3 LVSU, actual art. 85.2) reproduce todos los números del art. 85, hasta un total de 7, con la confusión innecesaria, desde los términos del escrito de interposición de la casación que en exclusiva se ciñe al a la sazón vigente art. 85.3 LVSU, lo que luego provoca que se examine tanto la suspensión cautelar potestativa, como la denominada suspensión automática.

V. ¿CÓMO DEBE INTERPRETARSE EL ART. 5 LGUM CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA EN MATERIA DE SUSPENSIÓN CAUTELAR EN EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS?

Entiendo que la interpretación realizada por la Sentencia de la Audiencia Nacional es absolutamente ajustada a Derecho. El vigente art. 85.2 LVSU debe interpretarse de forma conjunta con el art. 5 LGUM, no precisa plantearse ninguna cuestión de inconstitucionalidad al respecto, como no hay que hacerlo cuando ante cualquier problema jurídico se deban aplicar distintas leyes a un mismo problema, y resulte preciso cohonestar, o hacer compatible, la aplicación de distintas leyes a un mismo supuesto.

Dicho esto, respecto a la denominada «suspensión automática» de licencias *ope legis*, hay que indicar que lo es simplemente cuando la Administración urbanística así lo determina o acuerda. Y en el supuesto concreto del Ayuntamiento de Bilbao, basta para comprobarlo el examen del propio Acuerdo de aprobación inicial de modificación del PGOU, publicado en el

---

dad privada y de los recursos de numeración, direccionamiento y denominación necesarios para la explotación de redes y para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas deberá realizarse conforme a lo dispuesto en esta Ley y en lo no contemplado en la misma por su normativa específica. 3. Las medidas que se adopten en relación al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los principios generales del Derecho comunitario y en la Constitución española". Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con las normas mencionadas en el párrafo anterior. Por tanto, dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada, a través de un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurran las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Asimismo, se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno».

BOB de 22.07.2016[24]. Al efecto con la aprobación inicial del PGOU expresamente se levanta «la suspensión cautelar para los (establecimientos de hostelería de los) Grupos I, Subgrupos II-R y II-T y Grupos III y Complementario, en todo el ámbito de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche, y para el Grupo II en el resto de los tramos, hasta la aprobación definitiva y, en todo caso, hasta que transcurra el año desde la publicación del acuerdo de suspensión cautelar adoptado el pasado 24 de febrero de 2016».

Incluso, como ya se ha indicado, la propia disposición adicional primera, de la aprobación definitiva de la modificación del PGOU[25], en este caso, determina que los procedimientos suspendidos «se resolverán conforme a la normativa vigente en el momento de la presentación» de la correspondiente solicitud de licencia. Por consiguiente, a todas las suspensiones de los procedimientos de tramitación de las licencias urbanísticas les sería de aplicación no el nuevo PGOU, sino la normativa urbanística precedente.

En segundo lugar, en el presente supuesto se reflexiona sobre la aplicación del vigente art. 85.2 LVSU, que no establece límite material alguno a la suspensión cautelar en la tramitación de licencias urbanísticas. Sin embargo, en el ámbito estatal no puede olvidarse que todavía perdura en esta materia la vigencia del art. 8, del Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre. En concreto, este precepto legal determina: «1. Los órganos competentes para la aprobación inicial y provisional de los Planes generales municipales, normas subsidiarias de planeamiento municipal, Planes parciales, especiales o estudios de detalle, podrán acordar la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición en áreas determinadas, con el fin de estudiar su formación o reforma».

Asimismo, entre la jurisprudencia que reproduce la STS de 30.06.2022 de aplicación al caso, expresamente se hace referencia a la STS de 29 de enero de 1996 cuando señala: «La institución de la suspensión de licencias por motivo de formación y aprobación de planes, en sus dos vertientes de

---

24 Literalmente dispone que: «La Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao, en sesión celebrada con fecha 20 de julio de 2016, adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo: «Primero: Aprobar inicialmente la modificación de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, consistente en establecer un nuevo régimen para algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería… Segundo: Suspender el otorgamiento de licencias, así como la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación y ampliación de nuevos establecimientos de hostelería del Grupo II para los tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas y el Subgrupo II-D para todo el ámbito de la Ordenanza número 7, y consecuentemente, levantar la suspensión cautelar para los Grupos I, Subgrupos II-R y II-T y Grupos III y Complementario, en todo el ámbito de la Ordenanza número 7 para la zona del Ensanche, y para el Grupo II en el resto de tramos, hasta la aprobación definitiva y, en todo caso, hasta que transcurra el año desde la publicación del acuerdo de suspensión cautelar adoptado el pasado 24 de febrero de 2016 (*Boletín Oficial de Bizkaia* de 8 de marzo de 2016) (…)».

25 Aprobado por el pleno municipal de 24.11.2016 (*BOB* de 30.11.2016).

ISBN: 978-84-7777-740-3

facultativa —con ocasión del estudio de un nuevo Plan, no iniciado el procedimiento formal de aprobación, ni los trabajos de elaboración técnica—, y automática —por la aprobación inicial—, tiene carácter cautelar y tiende a asegurar que durante la tramitación del Plan que regirá en el futuro no se consoliden aprovechamientos del suelo que, aunque amparados en el Plan todavía vigente, sean contradictorios con el nuevo modelo territorial. El carácter específico y la finalidad de la suspensión hace que esta institución opere como limitadora de derechos, de aquí la interpretación restrictiva que merece su régimen jurídico, incluido su contenido, es decir, las actividades a que alcanza la suspensión. En consecuencia, el acuerdo municipal deberá ajustarse a la legislación urbanística que le proporciona la adecuada cobertura para decidir la suspensión de licencias, o dicho, en otros términos, el exceso del acuerdo concreto respecto de los casos o supuestos permitidos por la ley resultará ilegal (.).. En efecto, por una parte, tanto la legislación estatal, artículo 27 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 abril 1976, artículos 117, 118 y 120 del Reglamento de Planeamiento de 23 junio 1978 y artículo 8 del Real Decreto-ley 16/1981, de 16 octubre (...) son coincidentes en disponer la potestad de suspensión del otorgamiento de licencias, sea la misma a ejercitar con motivo del estudio de la formación o modificación de un instrumento de planeamiento o con ocasión de la aprobación inicial del mismo, suspensiones facultativa la primera y automática la segunda, exclusivamente con referencia a las de parcelación de terrenos, de edificación y de demolición (...)».

Con posterioridad, igualmente, la STS de 06.11.2008[26], casando la dictada por el TSJ, entiende como ilegal la suspensión decretada por el Ayuntamiento de Bilbao, con la aprobación inicial del PGOU, porque la legislación estatal urbanística aplicable al caso (RDL 16/1981, art. 8), la limita a «las «licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición», no puede ser interpretado en el sentido de que proceda la suspensión, al amparo de dicha norma, de cualquier actividad sujeta a licencia. Por el contrario, en dicho precepto se ha realizado una elección del legislador de aquellos supuestos de mayor entidad, más complejidad y que pueden ocasionar efectos irreversibles si se consumaran durante la tramitación de la modificación del plan. No puede, en definitiva, equipararse, a estos efectos, la construcción o demolición de un edificio con la instalación de una antena (…)» de telefonía, o se podría añadir desde los casos actuales, con la suspensión de licencias para establecimientos de hostelería o, por ejemplo, en establecimientos de todo tipo de hospedaje.

También, la STS de 06.11.2008 continúa señalando que: «En este sentido, no está de más señalar, en apoyo de lo expuesto, que el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la

26 RJ\2008\5867.

Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, sujeta a licencia a una pluralidad de actos que en algunos casos no tienen encaje en las licencias a que alude el artículo 8 del RD Ley 16/1981. Igualmente, el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la misma Ley, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, en el artículo 118, ya distinguía, a los efectos de la suspensión de licencias, entre las de parcelación de los terrenos, edificación o demolición y excluía otras (...)».

En idéntico sentido, la STS de 30.09.2011[27], señala que la jurisprudencia limita la suspensión de licencias, tras la aprobación inicial de los planes urbanísticos, de conformidad con la legislación estatal, a «las licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición».

Por lo tanto, no puede negarse que la legislación estatal invocada por la jurisprudencia del TS permanece plenamente vigente, y de forma preceptiva el vigente art. 85.2 LVSU debe interpretarse no solo haciéndolo compatible con lo dispuesto por el art. 5 LGUM, sino también de conformidad con la legislación estatal urbanística. Por ende, parece que la suspensión de licencias en su aplicación debe limitarse, en todo caso, a *las licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición*. En conclusión, el art. 85.2 LVSU —además de respetar en su aplicación el art. 5 LGUM— no puede permitir, de conformidad con la legislación estatal y la jurisprudencia del TS, suspender licencias de actividad en materia de telefonía, establecimientos de hostelería o de alojamientos hoteleros[28], en la medida que no supongan —como en los procedimientos examinados por la jurisprudencia— ni parcelación de terrenos, ni edificación, ni demolición.

---

27 RJ\2011\7472.

28 Por ejemplo, la Sentencia de 16.04.2024 del Juzgado n.º 1 de San Sebastián, en el procedimiento ordinario 397/2023, estima la demanda contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Donostia San Sebastián, de 30 de marzo de 2023, de suspensión de licencias en el expediente de modificación del Plan General de Ordenación Urbana para la regulación de usos de hospedaje publicado en el *BOGi* de 18.4.2024. Y en su FD 3, frente a la vulneración alegada del art. 5 LGUM señala, tras estimar la demanda que: «a mayor abundamiento, (…) tampoco existiría a lo largo del acuerdo recurrido, ni se aprecia en los informes que le sirvieron de sustento, que se aborde de manera específica la inexistencia de otras medidas menos restrictivas o distorsionadoras de la actividad de hospedaje adoptables en sustitución de la suspensión operada, para operar el juicio de proporcionalidad y necesidad que en todo caso debe acompañar como motivación a los acuerdos de adopción de medidas de naturaleza restrictiva».

Administrazio autonomikoen legitimaziorik eza hirigintza-lizentzia deusezen berrikuspena eskatzeko: Auzitegi Gorenaren 3506/2025 epaiaren azterketa kritikoa

Carmen Agoués Mendizabal

Administrazio Zuzenbideko Katedradun. Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-7582-5993

Edortari,
zure eskuzabaltasunagatik,
jakintzara bideak zabaltzeagatik,
eta lagun on baten gertutasuna
egunero sentiarazteagatik.

Aurkibidea. I. Sarrera.—II. Auzitegi Gorenaren 3506/2025 Epaia.—III. Toki-administrazioen gaineko kontrol-ahalei dagokienez, Konstituzio Auzitegiaren funtsezko doktrinaren laburpena.—IV. Hirigintza-lizentzien ofiziozko berrikuspena eskatzeko autonomia erkidegoko administrazioaren legitimazioa, lege-mailako arau baten bidez aitortu behar da.—V. Autonomia erkidegoko administrazioak interesdun izaera al du, erabat deusezak diren hirigintza-lizentzien ofiziozko berrikuspena eskatzeko?—VI. Hirigintza-arloan oso larriak diren arau-hausteek ez diote soilik tokiko interesei eragiten, autonomia erkidego mailako lurralde- eta ingurumen-interesei ere.—VII. Ondorioak.—VIII. Bibliografia.

I. SARRERA

Erabat deusezak diren administrazio-egintzen ofiziozko berrikuspenak aukera ematen du egintza horiek ordenamendu juridikotik kanporatuak izateko. Ofiziozko berrikuspenaren izaera berezia eta segurtasun juridikoa bermatzeko beharra direla medio, jurisprudentziak berrikuspena-ahalaren interpretazio murriztailea egin izan du, bai haren oinarri materialei dagokienez, bai prozedura hasteko legitimatuta dauden subjektuei dagokienez.

Jarraian ikusiko dugunez, Auzitegi Gorenak udalerriek emandako hirigintza-lizentzien ofiziozko berrikuspena eskatzeko legitimazioari buruz egiten duen interpretazio murriztailea egoki uztartu beharra dago hirigintzaren izaerarekin. Izan ere, hirigintza eskumen-konkurrentzia duen arloa da, eta, ondorioz, administrazio autonomikoek ere zeregin garrantzitsua dute esparru horretan, beren eskumenen defentsa bermatzearren.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Hirigintzaren esparruan, udal-, udalaz gaindiko- eta autonomia-erkidegoko interesak elkartzen dira, eta guztiak lotura estuan daude lurralde-antolamenduarekin eta ingurumenaren babesarekin. Testuinguru horretan, deusezak diren hirigintzako administrazio-egintzen —lizentziak, baimenak edo baliokideak— irauteak ez dio eragiten bakarrik horiek eman zituen udalaren eskumen-esparruari, baizik eta zuzen-zuzenean arriskuan jar ditzake esparru zabalagoko interes orokorrak, zeinen babeserako eskumena autonomia erkidegoari baitagokio.

Arazoak bereziki indar handia hartzen du autonomia erkidegoko Administrazioak erabat deuseza den udal-hirigintzako lizentzia berandu detektatu duenean, hau da, Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen 7/1985 Legearen (LBRL) 65. artikuluan legezkotasun-kontrolerako aurreikusitako epe laburrak igaro ondoren[1]. Kasu horietan, ofiziozko berrikuspena izan daiteke ordenamendu juridikoaren aurkako egoera nabarmenak finkatzea saihesteko tresna egokia. Hala ere, Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak jarrera murriztailea mantendu du autonomia erkidegoek berrikuspen hori eskatzeko duten legitimazioari dagokionez, eta interesdun izaera ukatu die hirigintza-legezkotasunaren defentsan jarduten dutenean.

Legitimazio-eza hori berresten eta sistematizatzen du Auzitegi Gorenaren 3506/2025 epaiak, lan honen ardatz nagusia denak. Epai horretan, Auzitegi Gorenak aztertzen du ea autonomia erkidegoko administrazioak udal bati eska diezaiokeen, erregelamendu-mailako arau batean oinarrituta, deusezak diren hirigintza-lizentzien ofiziozko berrikuspen-prozedura hastea, ala, aitzitik, ofiziozko berrikuspena ahalmen bat den heinean, nahitaez lege-mailako arau baten bidez berariaz esleitu behar den.

Epaiak «interesdun» kontzeptuaren interpretazio murriztailea egiten du, autonomia erkidegoaren ekimena —ofiziozko berrikuspenaren eskaera— ezin dela sartu 39/2015 Legearen 106. artikuluan aurreikusitako interesdun kontzeptuan adieraziz; aitzitik, ofiziozko berrikuspen-eskaera horrek kargaizaera duen kontrol-ahal publiko baten egikaritza dakarrenez, ahal publiko hori soilik lege formal baten bidez esleitu daitekeela adierazten du. Halako legezko gaitzerik ezean, autonomia erkidegoak bere jarduna LBRLren 65. artikuluak ezartzen duen bidera mugatu behar duela, baita lurralde-eragin nabarmena duten eskubide osoko deuseztasunak jokoan daudenean ere.

Ebazpen honek galdera garrantzitsuak planteatzen ditu ikuspegi sistematiko eta material batetik. Lehenik eta behin, hausnarketa egitera behartzen du ofi-

---

1 Xedapen horren arabera Estatuko Administrazioak edo autonomia erkidegoek, beren eskumenen esparruan, toki-erakundeen egintza edo erabakiek ordenamendu juridikoa urratzen dutela uste badute, hilabeteko epean horiek baliogabetzeko errekerimendua egin dezakete, arrazoituta eta urratutako araudia zehaztuta. Errekerimendua egiten bada eta onartzen ez bada —edo epea igarotzen bada—, edo zuzenean hala erabakitzen bada, Estatuko Administrazioak edo autonomia erkidegoak egintza edo erabakia administrazioarekiko auzien jurisdikzioaren aurrean inpugnatu ahal izango du, aplikatu beharreko legeak ezarritako epeen barruan.

ziozko berrikuspen-prozeduran «interesdun» kontzeptuak duen hedaduraz, eta ea autonomia erkidegoak hirigintza-, lurralde- eta ingurumen-antolamendua zaintzeko duen interesa, zilegitasunez kategoria horretan sar daitekeen. Bigarrenik, zalantzak sortzen ditu hirigintza-diziplinaren sistemaren benetako eraginkortasunari buruz, autonomia erkidegoko administrazioari erreakzio-mekanismoak ukatzen zaizkionean berandu atzemandako hirigintza-arau-hauste larriak direla medio. Azkenik, agerian uzten du tokiko autonomiaren berme konstituzionalaren eta hirigintza garaikideak ezinbestean ukitzen dituen udalaz gaindiko interesen babes eraginkorra bermatzeko beharraren arteko tentsioa.

3506/2025 epaiak aztertzen duen kasu zehatza —hogeita bat finka banantzeko lizentziaren beharrik ez dagoela adierazten zuen udal-erabakiaren ofiziozko berrikuspena eskatzeko autonomia erkidegoaren eskaerari buruzkoa— bereziki adierazgarria da tentsio horiek ulertzeko. Legez kanpo finkak banantzea ez da soilik arau-hauste formal edo lokal bat; askotan, urbanizazio ezkutuaren prozesuen oinarria izaten da, eta eragin metatzaileak eta atzeraezinak ditu lurralde-ereduan, paisaian, baliabide naturaletan eta azpiegitura publikoetan. Kasu horietan autonomia erkidegoaren esku-hartzearen edozein aukera ukatzeak, praktikan, udalaz gaindiko proiekzioa duten egoera erabat legez kanpokoen sendotzea ekar dezake.

Lan honen helburua da Auzitegi Gorenaren 3506/2025 epaiak ezarritako doktrina modu kritikoan aztertzea, bai haren oinarri juridikoak bai hirigintzaren arloan dituen ondorio praktikoak aztertuz. Bereziki, autonomia erkidegoari ofiziozko berrikuspeneko interesdun izaera aitortzeari uko egiteak dakartzan ondorioak aztertuko dira, hirigintza-, lurralde- eta ingurumen-interes autonomikoak jokoan daudenean.

Azterketa horretatik abiatuta, planteatuko dugu Auzitegi Gorenak «interesdun» kontzeptuaren eta administrazio-ahalmenen lege-erreserbaren interpretazio zorrotz eta formalista hori disfuntzionala izan daitekeen hirigintza bezalako sektore batean, non eskumen-konkurrentzia argia den. Autonomia erkidegoko administrazioak agerikoak diren hirigintza-egintza deusezen ofiziozko berrikuspena eskatzeko aukera, tokiko autonomiaren aurkako esku-hartze desegoki bat izan beharrean, tresna legitimo eta beharrezko gisa uler daiteke, lurralde-sistemaren koherentzia eta legezkotasun-printzipioaren eraginkortasuna bermatzeko.

II. AUZITEGI GORENAREN 3506/2025 EPAIA

Auzitegi Gorenaren 3506/2025 epaiak 2325/2023 zk. kasazio-errekurtsoa ebazten du[2]. Errekurtso hori Andaluziako Juntak jarri zuen, Andaluzia Justizia Auzitegi Nagusiak aurretik emandako epai baten aurka.

[2] ECLI:ES:TS:2025:3506.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Andaluziako Juntako Ingurumen eta Lurralde Antolamenduko Kontseilaritzak administrazioarekiko auzi-errekurtsoa aurkeztu zuen Gerena Udalaren administrazio-isiltasunaren aurka, udal horrek 21 finka banantzeko lizentzia beharrezkoa ez zela adierazten zuen erabakiaren ofiziozko berrikuspena eskatu ondoren.

Lehen instantzian, Sevillako Administrazioarekiko Auzietako 4. Epaitegiak partzialki onartu zuen Kontseilaritzaren errekurtsoa, ustezko ezespena baliogabetuz eta Gerena Udala aipatutako erabakien ofiziozko berrikuspen eskaera izapidetu eta ebaztera behartuz.

Apelazioan, Andaluziako Justizia Auzitegi Nagusiak Gerena Udalaren apelazio-errekurtsoa onartu zuen eta ondorioztatu zuen Andaluziako Juntako Kontseilaritzak ez zuela legitimazio aktiborik udalaren erabakiaren aurrean ofiziozko berrikuspena eskatzeko. Halaber, Andaluzia Hirigintza Diziplinaren Erregelamenduaren (RDUA) 59.3 artikulua baliogabetzat jo zuen, Andaluziako Hirigintza Antolamenduaren Legearen 190 artikuluaren (LOUA) aurka zihoalako. Auzitegi Nagusiak argudiatu zuen tokiko legezkotasunaren kontrolerako autonomia erkidegoaren ahalmena LBRLren 65. artikuluaren bidez bideratu behar dela, eta ez ofiziozko berrikuspenaren bidez, salbu eta lege mailako berariazko aurreikuspen bat egongo balitz, baina Auzitegiaren arabera LOUAk ez zuen horretarako behar besteko estaldurarik ematen.

Andaluziako Auzitegiaren aurrean kasazio helegitea tarteratu zuen Andaluziako Juntak. Auzitegi Gorenak kasazio-errekurtsoa onartu zuen hurrengo jurisprudentzia-arazoa zehazteko: autonomia-administrazioak udal bati egintza baten ofizioko berrikuspenari ekiteko eskatzea administrazio-ahalmen baten egikaritzea den ala ez, eta ahalmen hori lege mailako arau batean jaso behar den ala nahikoa den erregelamendu mailako arau batean aurreikustea.

Andaluziako Juntak defendatzen zuen RDUAren 59.3 artikuluak[3] LOUAren 190[4]. artikuluan aurreikusitako betebeharra eta ahalmena garatzen eta zehazten zituela, eta ahalmen horren garapena erregelamendu bi-

---

3 Honela dio xedapen horrek: «Toki-araubideari buruzko legeriak ezarritakoari kalterik egin gabe, hirigintzaren arloan eskumena duen sailak toki-korporazioei eskatu ahal izango die deuseztat jotzeko lehenengo apartatuan aipatzen diren egintzak, eta aurkaratu ahal izango du eskatutako eskaeren esanbidezko edo ustezko ezespena, administrazio-prozedura erkideari eta administrazioarekiko auzien jurisdikzioari buruzko legerian aurreikusitako baldintzetan eta epeetan».

4 Artikulu horren arabera «(…) hirigintza-lizentziak eta egikaritze-aginduak, bai eta lege honetan aurreikusitako beste edozein administrazio-egintza ere, baldin eta haien edukiak lege honetan definitutako hirigintzako arau-hauste astun edo oso astunetako bat modu nabarmenean gaitzen badu, organo eskudunak berrikusi beharko ditu, administrazio publikoen araubide juridikoa eta administrazio-prozedura erkidea arautzen dituen legerian ezarritakoaren arabera».

dez egin zitekeela, bereziki berrikuspena eskatzeko eskumena duen organoa zehazteari dagokionez. Aldiz, udalak azpimarratu zuen ofiziozko berrikuspena aktibatzeko ahalmena ezinbestean lege mailako arau batek eman behar duela.

Auzitegi Gorenak bere aurreko doktrina berresten du: autonomia-administrazioak tokiko egintzen ofiziozko berrikuspena eskatzean administrazio-ahalmen bat erabiltzen du, eta ez bere eskubide edo interes legitimo propioen defentsa (interesdun gisa). 1396/2020 epaia aipatzen du[5], zeinak adierazten duen autonomia erkidegoek tokiko administrazioaren hirigintza-egintzen ofiziozko berrikuspena eskatzeko legitimazioa administrazio-ahalmen baten egikaritzean oinarritzen dela. Epai horren arabera ezin da 30/1992 Legearen 102.1 artikuluaren bidez (egun 106 LPAC) bideratu, baizik eta LBRLren 65. artikuluaren araubidearen mende egon behar du. Epaiak honakoa adierazi zuen:

> «[...] ofiziozko berrikuspen prozedura berezia eskatzeko legitimazioa dute egintza horretatik sortzen diren eskubide edo interes legitimoen titularrek, baldin eta baliogabetasun adierazpenak onura oso, ziur eta zuzena ekartzen badie; ez da nahikoa legezkotasunaren defentsarako interes huts bat». Kasu honetan, Andaluziako Junta ez dago eskubide edo interes legitimo propioak defendatzen, baizik eta administrazio-ahalmen bat erabiltzen, alegia, Udala legezkotasunaren arabera jardutera behartzen [...]».

Doktrina hori berresteko Auzitegi Gorenaren 1250/2021[6] eta 1479/2023[7] epaiak aipatzen dira, aurreko sententziaren ildoa jarraitzen dutenak. Horien arabera, Kataluniako Autonomia erkidegoan lege autonomikoak berariaz aitortzen du administrazio autonomikoak legitimazioa duela ofiziozko berrikuspen-prozedura eskatzeko. Legitimazio hori hirigintzaren legezkotasuna bermatzeko ezartzen da, eta udalek arlo horretan egiten duten jarduera kontrolatzeko mekanismo gisa funtzionatzen du. Epai horietan ondorioztatu zen Kataluniako Generalitateak legitimazioa zuela ez LPACren 102. artikuluaren arabera interesdun izaera zuelako, lege mailako arau batek espresuki esleitu ziolako baizik.

Doktrina horren arabera, beraz, interesdun izaera izan ezean, autonomia-administrazioak ez du ahalmenik udal bati egintza baten ofizioko berrikuspenari ekiteko eskatzeko (adibidez, obra-lizentzia baten kasuan), salbu eta lege mailako arau batek espresuki esleitzen badio aukera hori.

Jurisprudentzia ildo hori aztertu ondoren, Auzitegi Gorenak adierazten du administrazio-ahalmenen esleipena lege mailako arau baten bidez egin

---

5 ECLI:ES:TS:2020:3502 eta 2016ko apirilaren 12koa (ECLI:ES:TS:2016:1599).

6 RCA 8174/2019 (ECLI:ES:TS: 2021:796).

7 RCA 1051/2022 (ECLI:ES:TS: 2024:2271).

ISBN: 978-84-7777-740-3

behar dela, legezkotasun eta arau-hierarkiaren printzipioen arabera (CE 9.3 eta 103.1 artikuluak). Halaber, esaten du Andaluziako Legearen (LOUA) 190. artikuluak ez diola horrelako ahalmenik aitortzen administrazio autonomikoari.

Ondorioz, Auzitegiak dio Andaluzian ez dagoela eztabaidatutako ahalmena esleitzen duen lege mailako araurik. RDUAren 59.3 artikuluak, ahalmen hori *ex novo* sortzen duela, eta hori ez dela 39/2015 Legeko 1.2 artikuluak baimentzen duen erregelamenduaren garapen hutsa[8]. Auzitegiak ulertzen du LPCAren 1.2 artikuluak erregelamenduari aitortzen dion jarduteko marjinak ez duela balio administrazio-ahalmen bat esleitzeko eta RDUAren 59.3 artikuluak ez duela epe, forma edo organoen izendapen hutsa arautzen, ahalmen baten benetako atribuzioa baizik.

Beraz, erabakitzen du Andaluziako autonomia-administrazioak tokiko legezkotasunaren kontrola ezin duela egin ofiziozko berrikuspenaren bidetik; derrigorrez LBRLren 65. artikuluaren bidea erabili behar duela.

Auzitegi Gorenaren arabera, RDUAren 59.3 artikuluak ez du barne-antolaketa ahalmen bat jasotzen, baizik eta autonomia erkidegoari esleitzen zaion ahalmen berezi bat: tokiko administrazioari bere egintzen ofiziozko berrikuspena eskatzeko ahalmena. Horrek, epaiaren esanetan, udal eskumeneko egintzetan eta herritarren eskubideetan eragiten du, eta horregatik lege mailako atribuzioa behar du. Beraz, doktrina horren arabera, ez litzateke bateragarria izango legezkotasun printzipioarekin, norberari erregelamenduz eginiko ahalmenen atribuzioa.

Auzitegi Gorenak honako doktrina ezartzen du: autonomia-administrazioak udal bati egintza baten ofiziozko berrikuspena eskatzea, *interesdun izaerari (eskubide edo interes legitimo propioak izateagatik) erantzuten ez badio*, administrazio-ahalmen bat baliatzea dakar, eta ahalmen hori lege mailako arau batean esleitu behar da.

Ulertu behar da, beraz, «interesdun izaerari erantzuten ez badio» esapideak adierazten duela badaudela kasu batzuk non administrazio autonomikoak berezko eskubide edo interes legitimoak izango dituen, eta horien bitartez ofiziozko berrikuspena eskatzeko aukera izango duen.

Hurrengo ataletan, epaiaren alderdi nagusiak aztertuko aurretik, ezinbestekoa zaigu toki administrazioen gaineko kontrol-ahalei buruzko jurisprudentzia konstituzionala aipatzea.

---

8 Artikulu horrek honako hau xedatzen du: «Erregelamenduz ezarri ahal izango dira prozeduraren berezitasunak, organo eskudunei, epeei, gaiaren araberako prozedura zehatzari, hasteko eta amaitzeko moduei, argitaratzeari eta eskatu beharreko txostenei buruzkoak».

III. TOKI-ADMINISTRAZIOEN GAINEKO KONTROL-AHALEI DAGOKIENEZ, KONSTITUZIO AUZITEGIAREN FUNTSEZKO DOKTRINAREN LABURPENA

Toki-administrazioen gaineko kontrol-ahalei buruzko doktrina konstituzionala aztertzeko, lehenik eta behin Konstituzio Auzitegiak toki-autonomiari buruz garatu duen doktrinaren funtsezko ekarpenak ikusiko ditugu. Auzitegiak urte luzez finkatu dituen irizpideek toki-autonomiaren izaera konstituzionala, haren funtsezko edukia eta legegile publikoen —estatukoa zein autonomikoa— jardun-marjina argi mugatzen dute, eta, hortaz, oinarrizkoa da marko doktrinal hori ezagutzea udalerriaren autogobernuaren bermea nola ulertzen den zehaztu ahal izateko.

Bigarrenik, arreta berezia jarri behar zaio udalek hartutako hirigintza-erabakien gaineko kontrol autonomikoari buruz Konstituzio Auzitegiak eman duen jurisprudentziari. Izan ere, jurisprudentzia-lerro horrek bereziki lantzen du zein baldintzatan eta zer justifikazioren pean autonomia-erkidegoek udalplangintzan eta udaleko hirigintza erabakietan esku hartu dezaketen.

Lehen gaiari erreparatuz, Auzitegi Konstituzionalaren 64/2025[9] epaia jarraituko dugu, bertan jasotzen baita jurisprudentzia horren bilakaera. Auzitegi Konstituzionalak hasieratik esan zuen toki-autonomiaren oinarria printzipio demokratikoan aurkitzen zela[10], eta toki-autonomia «berme institucional» gisa kalifikatu zuen[11]. Kalifikazio horren arabera Legegileak ezin ditu udalerriak ezabatu, Estatuaren funtsezko erakundeak baitira; toki-autonomiaren «gutxieneko nukleo xedaezina» beti bermatu behar da, erakundeak bere oinarrizko ezaugarriak eta izaera bereizia modu argi eta erraz bereizgarri izaten jarrai dezan; Estatuko zein autonomia-erkidegoko legegileak ez du toki-autonomia zabaltzeko betebehar positiborik, baina ezin du, inolaz ere, haren eduki konstituzional babestua urratu; hots, debekatuta du autonomia hori hustea, ageriko funtsezko elementurik gabe uzteraino[12].

Ikuspegi horrek bilakaera garrantzitsua izan du eta azken hamarkadan modu argian, *toki-autonomiaren printzipioaren* kontzeptua nagusitzen joan da, legearen eta toki-autonomiaren arteko harremanaren alde positiboa nabarmentzeko[13].

---

9 *BOE* 88 zkia., 2025eko apirilaren 11koa (ECLI:ES:TC:2025:64).

10 AKE 103/2013, apirilaren 25ekoa, OJ 6 (ECLI:ES:TC:2013:103), eta 111/2016, ekainaren 9koa, OJ 8 b (ECLI:ES:TC:2016:111).

11 AKE 32/1981, OJ 2 eta 3 (ECLI:ES:TC:1981:32); eta ondoren, besteak beste, AKE 38/1983, maiatzaren 16koa, OJ 6 (ECLI:ES:TC:1983:38); 170/1989, OJ 9 (ECLI:ES:TC:1989:170); 109/1998, maiatzaren 21ekoa, OJ 2 (ECLI:ES:TC:1998:109); 51/2004, apirilaren 13koa, OJ 9 (ECLI:ES:TC:2004:51); 83/2005, apirilaren 7koa, OJ 7 (ECLI:ES:TC:2005:83); 252/2005, urriaren 11koa, OJ 4 (ECLI:ES:TC:2005:252); 240/2006, uztailaren 20koa, OJ 7; eta 103/2013, OJ 3 (ECLI:ES:TC:2006:240).

12 AKE 38/1983k «gutxieneko nukleo xedaezina» aipatzen zuen, OJ 6.

13 AKE 4/1981, otsailaren 2koa, OJ 3 (ECLI:ES:TC:1981:4); 32/1981, OJ 3 (ECLI:ES:TC:1981:32); 2/1987, urtarrilaren 21ekoa, OJ 2 (ECLI:ES:TC:1987:2); 159/2001, uztailaren 5ekoa, OJ 12 (ECLI:ES:TC:2001:159); eta 240/2006, OJ 7 (ECLI:ES:TC:2006:240).

ISBN: 978-84-7777-740-3

KAE 41/2016tik aurrera bereziki, konstituzio-doktrinaren joerak «berme instituzionalaren» kontzeptua baztertu eta toki-autonomiari *printzipio* izaera tekniko-juridikoa ematera egin du. Azken finean, toki-autonomiaren berme konstituzionalak autonomia-maila minimo eta ukiezin bat babesten du, botere publikoek —bereziki Estatu- eta autonomia-legegileek, bakoitza bere eskumen-eremuan— inola ere murriztu edo deuseztatu ezin dutena. Aldi berean, berme horrek autonomia lokalaren garapen-mailarik handiena lortzeko optimizazio-agindua ezartzen die, haren eduki esentziala errespetatu eta ahalik eta gehien indartzeko betebeharra dakarrena.

Toki-erakundeen eskumenei dagokienez, legegileek bermatu behar dute «toki-komunitatearen eskubidea, berariazko organoen bidez, bere intereseko gai guztien gobernuan eta administrazioan parte hartzeko; parte-hartze horren intentsitatea gai horietan dauden interes lokalen eta tokiz gaindiko interesen arteko harremanaren arabera graduatuko da[14]». Beraz, Estatu- eta autonomia-legeek, bakoitza bere eskumen-esparruan, bermatu behar dute udalek eskumen «propioak» izan ditzatela udal-interes arloetan[15]. Aldi berean, eta optimizazio-aginduaren ondorioz, toki-autonomiak eskatzen du udal-interes gaietan, udalei eskumenik ez ematea edo horiek murriztea behar bezala justifikatzea. Legegilearen esku-hartzeak toki-autonomiaren berme konstituzionala errespetatzen duen ala ez zehazteko, honako irizpide hauek baloratu behar dira Konstituzio Auzitegiaren arabera: «(i) tokiz gaindiko interesik dagoen, autonomia-erkidegoak arau hori eman izana justifikatzen duena; (ii) legegile autonomikoak udal-interesak behar bezala kontuan hartu dituen; eta (iii) udal interes horien intentsitateari egokitutako parte-hartze maila bermatu zaien udalei[16]».

Konstituzio Auzitegiak udalerrien intereseko gaien artean —eta, beraz, haien eskumenek estali behar dituzten artean— hirigintza kokatzen da[17]. Hala ere, doktrina konstituzionalak adierazi du udal-hirigintzaren esparruan «interes desberdinen arteko benetako konkurrentzia gertatzen dela[18] eta interes horien babesa lurralde-erakunde desberdinen gain jartzen dela. Horrek esan nahi du hirigintzaren arloko araugintza-eskumena duten lurralde- administrazioek —autonomia-erkidegoek, eta, halaber, Estatuak, beste eskumen-titulu batzuen bidez horretarako gaituta dagoenean— legitimazioa dutela hirigintza-jarduera modu desberdinetan arautzeko. Era berean, legegileek zilegi dute toki-entitateei, bereziki udalei, parte-hartze eta presentzia maila handiago edo txikiagoa esleitzea hirigintzaren ohiko esparruetan (plan-

14 AKE 32/1981, OJ 4 (ECLI:ES:TC:1981:32); 170/1989, OJ 9 (ECLI:ES:TC:1989:170); eta 41/2016, OJ 9 (ECLI:ES:TC:2016:41).

15 AKE 4/1981, OJ 3 (ECLI:ES:TC:1981:4).

16 AKE 152/2016, OJ 6 ECLI:ES:TC:2016:152); 98/2018, OJ 4 (ECLI:ES:TC:2018:98), eta 124/2023, OJ 5 e (ECLI:ES:TC:2023:124).

17 Besteak beste, AKE 154/2015, OJ 6 a (ECLI:ES:TC:2015:154).

18 AKE 51/2004, OJ 12.

gintza, kudeaketa eta diziplina). Hori guztia, hala ere, toki-autonomia behar bezala errespetatuta gauzatu beharko da[19].

Zehazki, Auzitegiak adierazi du udalerriko hiri-antolamendua eratzeko erabakia —hirigintza-plangintzan gauzatzen dena, bizilagunen elkarbizitzaren espazio fisikoa arautzen duen markoa den heinean— udalaren interesen eremuan lehentasunez kokatutako eginkizuna dela; eta, hortaz, erabaki horren gainean udal-autonomiaren eskakizunek bereziki indar handiz proiektatu behar dutela[20]. Hala ere, udal gaineko interesen babesak justifika dezake gai horretan udalaz gaindiko administrazioek esku-hartzea, esaterako, udalaren eskumeneko prozedura batzuetan parte hartuz edo udal hirigintza-planei nahitaez lotesleak zaizkion arau-zehaztapenak ezarriz[21].

Auzitegi Konstituzionalak 25/2024 epaiaren arabera[22] autonomia erkidegoari dagokio, hirigintza-arloan dituen eskumenak baliatuz eta oinarrizko arauetan aurreikusitakoaren esparruan, landa-lurzoruan egon daitezkeen erabilerak zehaztea, bai eta lurzoru horiek arruntak diren ala ez zehaztea ere. Bestalde, adierazten du autonomia erkidegoek lurralde-koherentzia lortze aldera, ikuspegi orokor batetik diseinatu behar dituztela euren lurralde eredua; horretarako, hiri-garapen iraunkorraren printzipioak, energia berriztagarrien integrazioa eta tokiz gaineko interesa duten jarduketak txertatuz. Orobat azpimarratzen du toki-autonomia funtsezko osagaia dela politika horren barruan; biak uztartu behar direla udalaren parte-hartzea errespetatuz eta Estatuko oinarrizko babes-araubidea errespetatuz. Beraz, autonomia erkidegoek diseinatzen dute lurraldearen marko estrategikoa eta egitura-planifikazioa, eta udalek mantentzen dute eguneroko hirigintza-gestioaren kontrola, lizentziak eta plangintza-ahalmen propioa.

Epaitegi Konstituzionalak toki-autonomiaren printzipioari buruz formulatutako doktrinaren ezaugarri nagusiak azaldu ondoren, jarraian aztertuko da autonomia erkidegoko administrazioek udalen hirigintza-erabakien gainean izan dezaketen kontrol-maila.

Konstituzio Auzitegiaren 4/1981 epaiak[23] garaiz azaldu zuen toki-jardueraren gaineko administrazio-kontrolak legezko arauetan aurreikusita egon behar dutela; zehatzak izan behar dutela, eta ez orokorrak edo zehaztugabeak. Auzitegiaren iritziz, kontrol horiek tokiz gaindiko interesetan eragin zuzena duten egintzak izan behar dute xede. Orobat, adierazi zuen toki-intere-

19 AKE 159/2001, OJ 4 (ECLI:ES:TC:2001:159).

20 AKE 51/2004, OJ 12 (ECLI:ES:TC:2004:51).

21 AKE 57/2015, OJ 17 a (ECLI:ES:TC:2015:57)

22 Epai horrek aztertzen du ea Andaluziako 7/2021 Legeak (LISTA) —lurraldearen eta hirigintzaren eraberritze orokor bat egiten duenak— toki-autonomia eta Estatuaren oinarrizko hirigintza- eta ingurumen-legedia urratzen duen.

23 ECLI:ES:TC:1981:4.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sen kudeaketari dagozkion erabakien egokitasunaren kontrola bateraezina dela toki-autonomiarekin, salbu eta justifikazio konstituzionalik badago.

Ildo berean, Konstituzio Auzitegiak apirilaren 29ko 14/1981[24] epaian azaldu zuen Konstituzioak onartzen duela kontrol horiek gauzatzean toki-egintzak etetea, baldin eta egintza horiek beste administrazio baten eskumenak urratzen badituzte. Aldiz, ez da onargarria toki-administrazioaren erabakiak etetea beren eskumen esklusiboen eremu hertsian, kontrol horiek legezkotasunaren defentsa orokorrera mugatzen direnean. Beraz, udalaren erabakiak etetea posible da, udalak beste administrazio baten eskumenak urratu baditu. Aitzitik, ez da zilegia izango udal-erabakiak etetea «legalitate orokorraren defentsan», udalen eskumen propioen esparruan.

154/2015 epaian[25] Auzitegi Konstituzionalak esaten du Konstituzioaren 149.1.18 artikuluaren babesean, LBRLeri dagokiola ezartzea zer kontrol mota erabil ditzaketen Estatuko eta autonomia erkidegoetako administrazioek udalen jardueraren gain. Estatu- zein autonomia-administrazioek *auzitegien bidez* eskatu ahal izango dute ordenamendu juridikoa urratzen duen tokiko egintzak etetea eta deuseztatzea (LBRLren 65. art.), baita beren eskumenak kaltetzen dituzten, haien jardunean oztopo diren edo tokiko erakundearen eskumenen mugak gainditzen dituzten egintzak baliogabetzea ere (LBRLren 66. art.). LBRLren arabera administrazio-kontrolak ere aurreikusten dira. Batetik, Gobernuaren ordezkariak —toki-erakundeari aurrez eta emaitzarik gabe egindako errekerimenduaren ondoren— Espainiaren interes orokorrari larriki erasotzen dioten egintzak eteteko ahalmena du, eta ondoren egintza horiek administrazioarekiko auzien jurisdikzioan aurkaratu ahal izango ditu (LBRLren 67. art.). Bestetik, Estatu- edo autonomia-administrazioek tokiko entitatea ordezkatzeko ahalmena izango dute, baldin eta hark ez baditu betetzen legeak ezarritako betebeharrak —betiere estaldura ekonomikoa bermatua dutenak—, eta ez-betetze horrek kalte larria eragiten badie Estatuko edo autonomia-erkidegoko eskumenei (LBRLren 60. art.)[26].

Eteteari dagokionez, Auzitegiak ulertu du LBRLren 65. eta 66. artikuluek xedatutakoaren arabera, eteteko ahalmena «epaileen eskumen esklusiboa» dela; ondorioz, «kendu egin zaie eteteko ahalmen oro administrazio- eta gobernu-agintariei (67. artikuluak Gobernuaren ordezkariari aitortzen diona salbu)».

Ordezkapen bidezko kontrolei dagokienez, Konstituzio Auzitegia adierazten du legegile autonomikoak arautu ditzakela, betiere LBRLren 60. artikuluan

---

24 ECLI:ES:TC:1981:14.

25 OJ 6 b).

26 Baita ere toki-korporazioko organoak desegitea, Ministro Kontseiluak hala erabakita, bere ekimenez eta dagokion autonomia erkidegoko gobernu-kontseiluari jakinarazita, edo hark eskatuta, eta betiere Senatuak aldeko erabakia hartu ondoren, baldin eta organo horien kudeaketak kalte larriak eragiten badizkie interes orokorrei eta konstituzio-betebeharrak urratzen baditu (LBRL 61 art.).

ezarritako erregimenaren «osagai esanguratsuak» errespetatuz; ez du onartzen autonomia erkidegoko administrazioaren kontrol handiago bat ezartzea.

154/2015 epaiaren arabera autonomia erkidego batek udal jardueraren gainean esku har dezake bi kasutan: autonomia-arauek kontrol aukera hori jasotzen dutenean, betiere LBRLren 60, 61, 65 eta 66 artikuluekin kontraesanik ez badago eta baita ere araudi horrek tokiko jardueraren benetako kontrol administratiborik ezartzen ez duenean.

— Lehen irizpideari jarraiki, 11/1999 epaian Auzitegiak adierazi zuen ez zela konstituzio-aurkakoa lurzoruaren eraikuntza-eta erabilera-egintzak lizentziarik gabe egiten direnean administrazio autonomikoaren aldeko «ordezkapena» arautzen zuen lege autonomikoren xedapena, LBRLren 60. artikuluari egokitzen baitzaion. Ordezkapen hori Konstituzioaren araberako zela ulertu zuen Auzitegiak, «ez gaudelako legalitate-kontrol baten aurrean, egiaztapen huts baten aurrean baizik» (5. OJ). Ikusi dugu LBRLren 60 artikuluak aukera ematen diela Estatu-edo autonomia-administrazioei tokiko entitatea ordezkatu ahal izatea, baldin eta hark ez baditu betetzen legeak ezarritako betebeharrak —betiere estaldura ekonomikoa bermatua dutenak—, eta ez-betetze horrek kalte larria eragiten badie Estatuko edo autonomia-erkidegoko eskumenei.
— Bigarren irizpidearen arabera, Auzitegiak ulertu du LBRLren 65. eta 66. artikuluen arabera, ez dela konstituzioaren aurkakoa autonomia-erkidegoko gobernu bati ahalmena ematea ingurumen-arloko plan berezi bat prestatzen hasten denean lurzoruaren eta eraikuntzaren erabilerari buruzko jarduketak aldi baterako eteteko, nahiz eta egintza horiek lizentzia edo baimenaren babespean egon. Kasu horietan ulertzen da ez dagoela legalitate-kontrola, baizik eta lurralde- edo ingurumen-babeserako neurri prebentiboa[27]. Neurri horien helburua ez da udalaren egintzen zuzenketa juridikoa, baizik eta egoera fisiko edo lurraldean sor daitezkeen kalteak saihestea.

Bi kasuetan, autonomia erkidegoak jardun dezake udalaren autonomia urratu gabe, kontrola ez delako «udalaren gaineko kontrol administratiboa», baizik eta egitate objektiboen kudeaketa edo babes-neurri prebentiboa.

Doktrina honetatik ondorioztatu daiteke Auzitegi Konstituzionala, orohar, toki-administrazioaren erabakien etetearen eta ordezkatzearen aurka azaldu dela[28]. Debekatzen diren eteteak tutoretzapean gertatzen direnak dira, baina ez toki-eskumenekin bat datozen eskumen autonomikoen zerbitzura daudenak.

---

27 AKE 148/1991; 36/1994.

28 Doktrina horrekin kritikoa Fernández Rodríguez, T. R.: «El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas», *en Revista de Derecho Urbanístico*, 112 zk., 13-31. 1989; Ortega Alvarez: «El modelo español de control sobre las autonomías territoriales», *Revista General de Derecho Administrativo,* 2 zk., 10-11, 2003.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Bestalde, toki-erakundeek, kasu askotan, estatuko edo autonomia erkidegoetako txostenak eskatu behar dituzte erabaki jakin batzuk hartu aurretik, haien eskumenak errespetatze aldera. Eredu horri erantzuten diote administrazio lokalek eskatu behar dituzten txosten lotesle ugarik, bereziki hirigintza-planak onartzerakoan (hala, Uren, Kostaldeen, Errepideen, Ingurumenen, edo Telekomunikazioen eta abarren Legean aurreikusitakoak). Eskakizun horrek adierazten du beste administrazio horiek eskumen konkurrenteak dituztela. Kontzeptu hori berresten duen jurisprudentzia konstituzional sendoa dago. Hala, Konstituzio Auzitegiaren 57/2015 epaian[29] auzitegiak adierazten du zilegi dela txosten horiek eskatzea bi eskumen integratzeko asmoari erantzuten diotenean; eta betiere txostenaren eragin loteslea mugatu behar dela lizentzia edo baimena ukatzen den kasuetara, baldin eta udal-mailaz gaindiko oztopo esanguratsuak badaude; osorik utzi behar direla udalen eskumenak, lizentzia ematea edo ukatzea erabakitzeko, irizpide guztiz hirigintzakoetan oinarrituta baldin bada.

Ofiziozko berrikuspenaren inguruan, Auzitegi Konstituzionala argia izan da: uztailaren 4ko 148/1991 epaiak[30] Kanarietako Lege baten artikulu bat deuseztatu zuen. Xedapen horrek aukera ematen zion administrazio autonomikoari «lizentzia (tokikoa) baliogabetzeko, ofiziozko berrikuspen-prozeduraren bidez». Honela esan zuen Auzitegiak: «Estatuak administrazio-bidean behin betiko tokiko egintzak berrikusteko ahalmena desagertu egin zen Konstituzioarekin batera, honek indargabetu baitzuen Toki Korporazioek jasaten zuten ia hierarkikoa zen menpekotasuna, antzinako kontzepzioak adingabeei parekatzen zituenean oinarritua».

Azkenik, Konstituzio Auzitegiaren irailaren 22ko 157/2016 epaia[31] aipatu behar da[32]. Epai honetan Konstituzio Auzitegiak onartzen du autonomia erkidegoek udalaren hirigintza-erabakiak baldintzatu edo mugatu ditzaketela tokiz gaindiko interesa dagoenean, hau da interes horrek udalerriaren lurraldeeremua gainditzen badu, Autonomia erkidegoko lurralde osoari edo haren zati handi bati eragiten badio, edo tratamendu uniformea edo koordinatua eskatzen badu, lurralde-, merkataritza- edo ingurumen-ikuspegitik.

Epaiak legitimotzat jotzen du legegile autonomikoak merkataritza-gune handiak ezartzeko murrizketak ezartzea, nahitaezko hirigintza-irizpideak zehaztea (hala nola «hiri-bilbe finkatuaren» ideia), eta jarduera jakin batzuen kokapena baldintzatzea mugikortasunarekin, ingurumenarekin edo lurralde-antolamenduarekin lotutako arrazoiengatik.

---

29 ECLI:ES:TC:2015:57.

30 ECLI:ES:TC:1991:148.

31 ECLI:ES:TC:2016:157.

32 Gobernuko presidenteak Kataluniako Generalitatearen abenduaren 23ko 7/2014 Lege Dekretuaren aurka jarritako errekurtsoa ebazten du. Dekretu horrek hiri-lurzoru finkatutik kanpo dauden merkataritza-establezimendu handien ezarpena arautzen zuen.

Epaiak mugak ere ezartzen ditu: tokiz gaindiko interesak justifikatuta egon behar du, eta hala egiten ez bada, udalerriei ezin zaizkie murrizketa horiek baliozkotasunez ezarri.

Beraz, atal hau laburbilduz, Konstituzio Auzitegiaren doktrinaren arabera, autonomia-erkidegoek ezin dute udal erabakiak eten, legezkotasuna kontrolatzeko helburuarekin; behin-behineko etenaldiak soilik onartzen dira erkidegoaren berezko eskumenak babesteko balio dutenean, adibidez lurralde-edo ingurumen-planak eraginkorrak izan daitezen. Era berean, subrogazio autonomikoa ez da zilegi LBRLren 60. artikuluaren araubidetik kanpo. Halaber, administrazio autonomikoaren ahala administrazio-bidean tokiko egintzak berrikusteko ahalmena desagertu egin da. Hala ere, Auzitegiak onartu du erkidegoek udal hirigintza-erabakiak baldintzatu ditzaketela tokiz gaindiko interesak daudenean, betiere justifikazio argia, datu zehatzak eta proportzionaltasuna egiaztatzen badituzte; bestela, ezingo dute udal autonomiaren gainetik murrizketarik ezarri.

Ondorengo ataletan 3506/2025 epaia aztertuko da arreta berezia jarriz hirigintzako arau-hauste jakin batzuen udalaz gaindiko dimentsioan eta autonomia erkidegoei lurralde-antolamenduan dagokien eginkizun instituzionalean.

IV. HIRIGINTZA-LIZENTZIEN OFIZIOZKO BERRIKUSPENA ESKATZEKO AUTONOMIA ERKIDEGOKO ADMINISTRAZIOAREN LEGITIMAZIOA, LEGE-MAILAKO ARAU BATEN BIDEZ AITORTU BEHAR DA

506/2025 epaian, Auzitegi Gorenak adierazi du toki-egintzak ofizioz berrikusteko eskaera, administrazio autonomikoak egiten duena administrazio-ahal bat baliatzea dakarrela[33], eta ez eskubide edo interes legitimo propioak defendatzea (interesdun gisa).

Administrazio autonomikoak udala bere egintzak ofizioz berrikustera behartzea, kargak ezartzeko administrazio-ahalaren egikaritzatzat jotzen du Auzitegi Gorenak. Epaiaren ustez 39/2015 Legea (LPAC) ez da gaikuntza-titulu nahikoa administrazio autonomiko batek toki-erakunde baten administrazio-egintza baten ofiziozko berrikuspena eskatzeko; horretarako legitimazioa lege-mailako arau baten bidez esleitu behar da[34], Kataluniako

33 Ahalei dagokionez, legezkotasun-printzipioak agintzen du, legearekiko lotura positibo gisa, Erregelamendu bidez ezin dira tutoretza- edo kontrol-ahalak esleitu. Honela azaltzen dute: Carbonell Porras, E. (2019): «La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales», Rebollo Puig, M. eta Vera Jurado, D. (zuz.): *Derecho Administrativo*, I. Madrid: Tecnos, 4. ed., 309. or.

34 Doktrinaren zati batek ukatu egin du Estatuko eta autonomia erkidegoetako administrazioek udalek emandako hirigintza-lizentzien deuseztasun-deklarazioa eskatzeko duten legitimazio aktiboa. Horrela, Rebollo Puig, M., «Revisión de oficio de los acuerdos locales a instan-

ISBN: 978-84-7777-740-3

1/2010 Legegintzako Dekretuak egiten duen bezala, zeinak Kataluniako Generalitatearen legitimazioa aitortzen baitu, berrikuspen-prozedura eskatzeko, bertan adierazten diren udalek onarturiko zenbait egintza, lizentzia eta jarduteko aginduei dagokienez, Legea bera, hirigintza-planak edo udaleko hirigintza-ordenantzak urratzen dituzten heinean[35].

Auzitegiak adierazi du erregelamendu autonomiko batek ezin duela *ex novo* sortu udalerriak kontrolatzeko administrazio-ahal bat, karga-ahalmen bat bezala ikusten baitu.

Ondorioz, Auzitegi Gorenaren esanetan autonomia erkidegoa ez da «interesdun» udal-lizentziak ofizioz berrikustearen ondorioetarako, hirigintza-legezkotasunarekiko interesa ez baita interes legitimo propio baten baliokidea.

Doktrina hau bat dator aztertu dugun Konstituzio Auzitegiaren udal-autonomiaren ikusitako doktrinarekin. Epaiak ongi bereizten du jurisdikzio-kontrola alde batetik (LBRL 65. artikulua), eta ekimen autonomiko bidezko administrazio-kontrola, bestetik, eta azken honek berariazko lege-gaikuntza behar duela adierazten du. Gainera ohartarazten du berariazko lege-gaikuntzarik gabe hura susta dezaketen subjektuak onartzeak udal-jardueran eskuhartze sistematikoak gertatzeko arriskua areagotu lezakeela. Horregatik, epaiaren arabera horrelako ahal bat —udalari bere erabakien ofiziozko berrikuspena eskatzeko— gauzatu ahal izateko berariazko lege bat behar da.

Tesi horren alde, halaber, argudiatu daiteke tokiko hirigintza-erabakiek zilegitasun politiko zuzena dutela, eta autonomia erkidegoak sustatutako ofiziozko berrikuspenak zilegitasun hori lausotu dezakeela, organo autonomikoek dagoeneko irmoak diren tokiko erabakiak zalantzan jartzea ahalbidetzen baitu, eta, ondorioz, administrazio autonomikoaren eskuetan gainbegiratze-tresna sistematiko bihur daitekeela.

Manuel Rebollok, ikuspegi kritiko batetik, adierazi du ohikoa izan dela autonomia erkidegoek, LBRLren 65. eta 66. artikuluetako administrazioarekiko auzien epeak igaro ondoren, dagokion udalari ofiziozko berrikuspen hori

---

cia de las administraciones estatal y autonómico», Alberto Ruiz Ojedak koordinatutako *El gobierno local: estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madril, 2010, 453. or. eta hurrengoak; egile berarena, «Legitimación de las administraciones autonómicas para instar la revisión de oficio de los acuerdos municipales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6870))» García de Enterría, E. eta Alonso García, R., *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández,* Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012, I. liburukia, 2019 or. eta hurrengoak; Rego Blanco, M. D. *La acción popular en el derecho administrativo y, en especial, en el urbanístico*», ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, 212. or. eta hurrengoak; eta Bueno Armijo, A. «La falta de legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de actos locales*», Revista Andaluza de Administración Pública*, 97. zk., 2017ko urtarrila-apirila, 69. or. eta hurrengoak.

35 Auzitegi Gorenaren 4932/2023 Epaia (ECLI:ES:TS:2023:4932).

egiteko eskatzea. LPACren 106.1 artikuluaz baliatuz, administrazio autonomikoek udalei eskatzen zieten hartutako erabakiak ofizioz berrikustea, eta udalaren erantzunak ez bazuen asebetetzen (edo ez bazuen erantzuten, isiltasun negatiboa eraginez), administrazioarekiko auzi-errekurtso arrunta jartzen zuten deuseztasun-akzioa egikarituz [36].

Ikuspegi horretatik, berariazko lege-eskakizunak eskumenen banaketari ziurtasuna ematen dio, eta ahalmen autonomikoen interpretazio hedatzaileak saihesten ditu.

Ofiziozko berrikuspena administrazioaren ahal bat da, epaiak adierazten duen moduan, eta hor lege-gaikuntzaren beharra autonomia lokalarekin bat datorrela esan genezake. Beraz, administrazio autonomikoak ezingo du inolaz ere udal batek hartutako erabakia ofizioz berrikusi. Baina beste kontu bat da, udalari ofiziozko berrikuspena abiatzeko eskatzea. Ahalmen baten aurrean al gaude? Kontuan hartu behar da, azken finean, udala izango dela erabakitzen duena berrikuspenaren prozedura abiaraztea.

Bestalde, epaiak administrazio-ahalen esleipenean lege-erreserbaren printzipioan oinarritzen du eztabaida, hirigintzaren izaera —funtzio publiko konplexu gisa— alde batera utziz. Argi dago hirigintza ez dela udalen eskumen esklusiboa, baizik eta eskumen-konkurrentziako eremu material bat, non beste gai batzuk biltzen diren, hala nola lurralde-antolamendua eta ingurumena. Izaera horrek udalaz gaindiko kontrol-mekanismoak justifika ditzake, baita udal-egintza zehatzetan eragiten dutenean ere.

Auzitegi Gorenak abiapuntu bezala honako baieztapena hartzen du: administrazio autonomikoak ez du interesdun izaerarik ofiziozko berrikuspena eskatzeko udal hirigintza-lizentzia deusez baten aurrean.

Hurrengo ataletan, premisa hori zalantzan jartzen duten argudioak eskainiko ditugu.

V. AUTONOMIA ERKIDEGOKO ADMINISTRAZIOAK INTERESDUN IZAERA AL DU, ERABAT DEUSEZAK DIREN HIRIGINTZA-LIZENTZIEN OFIZIOZKO BERRIKUSPENA ESKATZEKO?

Deuseztasun osoak jotako administrazio-egintzen ofiziozko berrikuspenak helburu du deuseztasun-kausa batek eragindako egoera bat denboran iraunaraztea saihesteko aukerak zabaltzea, eta halako egoerak ondorio juridikoak sortzen jarrai dezan eragoztea.

Ofiziozko berrikuspenaren xedea —Auzitegi Gorenaren arabera, administrazio-jardun apartekoa— honako hau da: administrazio-egintzek dituzten deu-

[36] Ikusi honen inguruan Rebollo Puig, M.: «Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable», *Documentación Administrativa*, 6 zk., 2011, 28. or.

ISBN: 978-84-7777-740-3

seztasun akatsak desagerraraztea, haien aurkako errekurtsoak jartzeko epe laburrak igarotzeak egintza horiek behin betiko sendotzea ekar ez dezan[37].

Hiri-Lurzoruaren eta Hiri-Birgaitzearen Legearen testu bateratua onartzen duen urriaren 30eko 7/2015 Legegintzako Errege Dekretuaren (TRLSRU) 60. artikuluak[38] ezartzen du toki-entitateek hirigintzaren arloan beren egintzak eta erabakiak ofizioz berrikusi ahal izango dituztela, Administrazio Publikoen araubide juridikoari buruzko legerian xedatutakoarekin bat etorriz. Beraz, 7/2015 Legegintzako Errege Dekretuak LPACra igortzen du ofiziozko berrikuspenari dagokionez. Zuzenbide osoko deuseztasunak jotako egintzen berrikuspena LPACren 106. artikuluan arautzen da; xedapen horren arabera, administrazio publikoek, edozein unetan, beren ekimenez edo interesdunaren eskariz, eta, hala badagokio, Estatuko Kontseiluaren edo autonomia erkidegoko aholku-organo baliokidearen aldeko irizpena jaso ondoren, ofizioz deklaratuko dute administrazio-bidea amaitu duten edo epe barruan errekurritu ez diren administrazio-egintzen deuseztasuna, 47.1 artikuluan aurreikusitako kasuetan.

Aurreko atalean adierazi dugun bezala, Auzitegi Gorenaren arabera administrazio autonomikoak ez du interesdun izaerarik ofiziozko berrikuspena eskatzeko udal-egintzen aurrean hirigintza-legezkotasunaren defentsan jarduten duenean[39]. Gainera, prozedura-bide horren izaera murriztailea azpimarratzen du[40].

Hirigintzaren arloan herri-akzioaren existentzia aitortzen bada ere[41], jurisprudentzia-ildo horrek ukatu egiten du Estatuko zein autonomia erkidegoetako administrazioek LPACren 106. artikuluan araututako akzioa baliatu ahal izatea udalerriek emandako lizentzien berrikuspena behartzeko bide gisa[42].

---

37 Auzitegi Gorenaren 599/2022 Epaia, maiatzaren 19koa (ECLI:ES:TS:2022:599).

38 2015eko urriaren 31ko *BOE*, 261. zk.

39 Auzitegi Gorenaren 2016ko apirilaren 12 Epaia (ECLI:ES:TS:2016:1599); 2020ko urriaren 26koa (ECLI:ES:TS:2020:3502); 2023ko azaroaren 20koa (ECLI:ES:TS:2023:4932). Hala ere, jurisprudentziak beste batzuetan onartu izan du Andaluziako Juntako Administrazioak zuzenbide osoko deuseztasun-akzioa gauzatzeko legitimazioa. Ildo horretan, nabarmentzekoa da Auzitegi Gorenaren 2010eko irailaren 29ko Epaia, Gaucingo Udalak jarritako legearen intereseko kasazio-errekurtsoa ebazten duena, Andaluziako Justizia Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salak, Malagan egoitza duenak, 2008ko urriaren 1ean emandako epaiaren aurkakoa (ECLI:ES:TS:2010:4870). Epai horrek, autonomia erkidegoak jarritako apelazio-errekurtsoa baietsita, udalari agindu zion izapidetu zezala lurzoru urbanizaezinean familia bakarreko etxebizitza bat eraikitzeko jarduketa-proiektua onartu zuen udal-erabakia ofizioz berrikusteko eskaera —erkidegoak egina—.

40 Ikusi Auzitegi Gorenaren 225/2017 epaia, otsailaren 10ekoa (ECLI:ES:TS:2017:523).

41 7/2015 Legegintzako Errege Dekretuak (TRLSRU) honela dio bere 62. artikuluan: *Edozein pertsonak eska diezaioke Administrazioari eta auzitegiei hirigintza-legeria eta lurralde-antolamendua betetzeko, interes legitimorik egiaztatu beharrik gabe.*

42 Ikusi Ezquerra Huerva, A.: «Una visión panorámica del régimen de anulación de licencias urbanísticas» *Revista Española de Derecho Administrativo,* 207. zk., 2020.

LPACren 106. artikuluan berrikuspen akzioa baliatu ahal izateko beharrezkoa da interes legitimo bat izatea, jurisprudentziak interpretatu duen zentzuan. Interes hori ez dator bat legezkotasunarekiko interes hutsarekin, ezta administrazio-ahalmenen egikaritzearekin ere; azken horretarako, LBRLren 65. artikuluan aurreikusitako bidea baitago.

Ildo horretan, azpimarratu behar da LPACren 4.1 artikuluak —edozein prozeduratan interesdun izaera arautzen duenak, eta, beraz, baita ofiziozko berrikuspen-prozeduran ere— honako hauek jotzen dituela interesdunTzat: a) eskubide edo interes legitimo indibidual edo kolektiboen titular gisa prozedura sustatzen dutenak; b) prozedura hasi ez arren, bertan hartutako erabakiak eragin diezaiekeen eskubideak dituztenak; eta c) beren interes legitimo indibidual edo kolektiboak ebazpenak kaltetu ditzakeenean, behin betiko ebazpena eman aurretik prozeduran agertzen direnak.

Auzitegi Gorenaren arabera, azterturiko kasuan RDUAren 59.3 artikuluak Andaluziako Administrazio autonomikoari hirigintza-legezkotasuna kontroleko administrazio-ahalmen bat aitortzen dio eta hori ez da nahikoa ofiziozko berrikuspenaren ondorioetarako, interesdun izaera aitortzeko.

Praktikari begiratzen badiogu, egiaztatu daiteke autonomia erkidegoek ez dutela beti legezkotasun-urraketa detektatzen LBRLren 65. artikuluak ezartzen dituen epeen barruan, bereziki hirigintzaren arloan, non legez kontrako lizentzien ondorio materialak ez diren berehala agertzen. Administrazio autonomikoaren alde berrikuspen akzioa ukatzean, administrazio autonomikoa baliabiderik gabe uzten da ondoren hautemandako deuseztasun kasuen aurrean eraginkortasunez jarduteko. Horren ondorioz, lizentzia deusezek sorturiko egoerak sendotu egiten dira.

Hirigintzaren arloan, legedia larriki urratzen duen udal-lizentzia deusez baten aurrean, administrazio autonomikoa berrikuspen akzioa gauzatzeko interesdun dela defenda daiteke LPACren 4. artikuluan arabera, baldin eta udalak emaniko lizentzia horrek administrazio autonomikoaren interesak ukitzen baditu.

Hirigintzan, bai plangintzan bai hirigintza-diziplinan, udal-interesak eta udalaz gaindiko interesak uztartu behar dira, bi mailako interes horiek bateragarri eginez. Ez da ahaztu behar hirigintza eskumen partekatua dela, eta, legezkotasuna kontrolatzeaz harago, administrazio autonomikoek eskubideak eta interes legitimoak dituztela, udal-administrazioaren erabakiek kaltetu ditzaketenak. Ulertu daiteke, beraz, hirigintza-lizentzia deusezak administrazio autonomikoari dagokion interesei eragiten dionean, administrazio hori interesdun bihurtzen dela berrikuspen akzioa egikaritu ahal izateko toki-administrazioaren aurrean.

Moreno Lopezek, landa-lurzoruari dagokionez, hirigintza-diziplinaren arloko eskumena berriz aztertzeko beharra aipatzen du, lurzoru mota horren

ISBN: 978-84-7777-740-3

gaineko eskumena autonomia erkidegoei esleituz, bertan udalaz gaindiko interesak argi eta garbi inplikatuta baitaude[43].

Argi dago administrazio autonomikoak ezin duela toki-entitatearen lekua hartu, ezta bere kabuz tokiko administrazioak hartutako egintza administratiboa berrikusi; hala ere, udalaz gaindiko interesa zaintzeko helburuarekin, aukera izan beharko luke zuzenbide osoko deuseztasunak dituzten lizentzien aurrean, udalari haien ofiziozko berrikuspena *eskatzeko*, baldin eta egintza horiek udalaz gaindiko interes autonomikoak ukitzen badituzte.

Autonomia erkidegoaren interesak zuzenean kaltetuta gerta daitezke udallizentzia deusezen iraupenarekin, lurralde-antolamendu egokia arriskuan jarriz.

Konstituzio Auzitegiaren 251/2009 Autoak, urriaren 13koak, zehazten du nola ulertu behar den «udalaz gaindiko interes» kontzeptua (4. OJ): «(…) bai udalerri zehatz baten lurralde-eremua gainditzen duen eremu batean kokatzeagatik edo hari erreferentzia egiteagatik, bai aurreikusitako jarduketek beren tamaina, garrantzia edo ezaugarri bereziengatik udal-esparrua gainditzen dutelako».

Aurretik adierazi den bezala, udal-administrazioak egindako edo baimendutako hirigintza-urraketek eragin zuzena izan dezakete administrazio autonomikoaren hirigintza-eskumenen egikaritzean. Adibidez, autonomia-erkidegoaren baimena beharrezkoa denean, baina baimen hori gabe udal-lizentzia ematen den kasuetan[44].

Ildo horretan, aipatzekoa da Kataluniako Hirigintzaren Legearen testu bateratua onartzen duen 2010eko abuztuaren 3ko 1/2010 Legegintzako Dekretuaren 208. artikulua; bertan ezartzen da hirigintzaren arloko departamentu eskuduneko organoak udalari eskatu ahal diola, arrazoitutako eskaeraren bidez, lizentzien eta betearazpen-aginduen berrikuspen-espedienteak hastea, bai egintza deusezen kasuan, bai deuseztagarrietan.

Era berean, Asturiasko Printzerriko Lurralde-Antolamendu eta Hirigintzaren testu bategina onartzen duen 1/2004 Legegintzako Dekretuaren[45] 242. artikuluak, udalei zuzenbide osoko deuseztasuna duten lizentzien deuseztasuna ofizioz deklaratzeko ahalmena aitortu ondoren, xedatzen du hirigintza eta lurralde-antolamenduko kontseilaritza eskudunaren titularrak udalari eskatu ahal izango diola ofiziozko deuseztasun-deklarazioa egitea, eta eskaera ezetsiz gero, administrazioarekiko auzi-jurisdikziora joko duela.

---

43 Ikusi Moreno López, J. L.: «Landa-lurreko hirigintza-diziplina. Haren egikarirako lurralde-eskumenaren birplanteaketa beharrezkoa», *Práctica Urbanística*, 156. zk., 2019.

44 Horri dagokionez, ikusi Valenzuela Rodríguez M. J.: «El control de la Administración autonómica ante la concesión de licencias sin la preceptiva autorización en suelo no urbanizable ¿instar la revisión de oficio u ordenar la demolición?», en *Práctica Urbanística*, 181. zk., 2023ko martxoa, LA LEY.

45 *BOPA*, 97 zk., 2004/04/27koa.

Gaztela eta Leongo Hirigintzaren apirilaren 8ko 5/1999 Legearen[46] 119. artikuluaren 3. apartatuak ezartzen du autonomia erkidegoko administrazioak hirigintza-legezkotasuna babesteko eskumenak egikarituko dituela udalaz gaineko interesak ukitzen direnean, bereziki landa lurzoruaren hirigintza-partzelazioetan eta landa lurzoruaren debekatutako edo baimen pean dauden erabileretan.

Hirigintza-diziplinan interes-konkurrentziaren beste adibide bat Galiziako Lurzoruaren 2/2016 Legean ikus daiteke; lege horrek Hirigintza Legezkotasuna Babesteko Agentzia arautzen du, kontsortzio gisa, administrazio autonomikoak eta borondatez atxikitzen diren udalek osatua, eta hirigintza-legezkotasuna berrezartzeko autonomia-organoei hasiera batean esleitutako eskumenak ere bere gain hartzen ditu. Are gehiago, legeak onartzen du Agentziak zehapen-ahalmena egikaritzea, alkateak eskumen hori eskuordetu badio.

Adibide hauek argi uzten dute Autonomia erkidegoek benetako interesa dutela lurzoruaren kudeaketan. Udalerriak aktore nagusiak izanik hiriaren antolamenduan, Autonomia erkidegoek ere euren interesak babestu behar dituzte, bereziki, landa lurzoruan legez aurkako hirigintza-partzelazioetako udal-lizentzien aurrean edo lurzoru horretan debekatutako erabileretarako udal-lizentziak ematen direnean.

3506/2025 epaian, udalerriak baimendutako 21 finka-banantze ilegalen administrazio autonomikoak eskatutako ofiziozko berrikuspena da eztabaidan dagoena. Finka-banantze zehatz horien eragina baloratu ezin badugu ere, zenbait gogoeta egin daitezke.

VI. HIRIGINTZA-ARLOAN OSO LARRIAK DIREN ARAU-HAUSTEEK EZ DIOTE SOILIK TOKIKO INTERESEI ERAGITEN, AUTONOMIA ERKIDEGO MAILAKO LURRALDE- ETA INGURUMEN-INTERESEI ERE

Auzitegi Gorenaren arabera hirigintza-legezkotasuna defendatzeko udal-egintzen aurka jarduten duenean, administrazio autonomikoa ez da interesdun, ofiziozko berrikuspena eskatzeari dagokionez. Aurreko atalean baieztapen horrek zalantzaren bat sortzen duela adierazten saiatu gara.

Ildo hori jarraituz, zehazki plantea daiteke ea 21 finka banantzeko lizentziaren beharrik ez dagoela deklaratzeko udalak hartutako erabakiaren aurrean ofizioz berrikusteko administrazio autonomikoak eginiko eskaerak ze nolako izaera duen: hirigintza-legezkotasunaren defentsan jardutea den, edo, aldiz, autonomia-erkidegoko esparruan udalaz gaindiko interesen defentsan jardutea.

46 *BOCL*, 70. zenbakia, 1999ko apirilaren 15ekoa.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Finka-banantzea —batez ere landa-lurzoruan edo lurzoru urbanizaezinean— ez da egintza neutroa lurraldearen ikuspegitik. Hirigintza-lizentziarik edo -baimenik gabe egiten denean, ezkutuko urbanizazio-prozesuen, legez kanpoko partzelazioen edo kokaleku sakabanatuen oinarri faktikoa izan ohi da. Gehienetan prozesu horiek plangintza autonomikoak zehaztutako lurralde-eredua aldatzen dute; landa-lurzoruaren, paisaiaren eta baliabide naturalen babesa arriskuan jartzen dute; eta etorkizunean udal-eremua gainditzen duten azpiegitura eta zerbitzu publikoen eskakizunak sortzen dituzte.

Horregatik, adierazi behar da legez kanpoko banantzeak ez diola soilik eragiten tokiko hirigintza-legezkotasunari, baizik eta autonomia erkidegoko lurralde- eta ingurumen-orekari ere.

Udalak hirigintza-lizentziak emateko eskumenak baditu ere, autonomia erkidegoak eskumen zabalagoen titularrak dira lurralde-antolamenduaren, hirigintzaren (udalaz gaindiko dimentsioan) eta hirigintza-diziplinaren arloetan, interes orokorrak edo tokiz gaindikoak jokoan daudenean.

Baimenik gabe finkak banantzeak esparru honetan koka daiteke, baldin eta banantze horrek udalaz gaindiko hirigintza-interesak arriskuan jartzen baditu; eta horrek autonomia-erkidegoaren esku-hartzea ahalbidetzen du, ez udalaren ordezkapen gisa, baizik eta eskumen desberdin eta nagusi baten egikaritze gisa. Banantze ilegalen aurkako autonomia-erkidegoaren jarduna hirigintzaren interes orokorraren defentsa gisa legitimatu daiteke

Badira hirigintzako beste arau-hauste batzuk udalaz gaindiko dimentsio argia har dezaketenak eta administrazio autonomikoaren esku-hartzea legitimatzen dutenak; gehienetan lurraldearen antolamenduari, ingurumenari edo interes orokor zabalago bati eragiten dietelako.

Hala, adibidez, udalak landa-lurzorua edo lurzoru babestua urbanizagarri edo hiri-lurzoru gisa birsailkatzen duenean lurralde-plangintza autonomikoaren aurka, edo hedatzeko edo espekulatzeko helburu hutsez aldaketa puntualak sartzen direnean. Kasu horietan, udalaz gaineko interes kolektiboak babesteko arauak urratzen dira (lurralde-antolamendua, ingurumena, baliabide naturalak, azpiegiturak)[47].

Baita plangintzarik gabeko edo urbanizazio-proiekturik gabeko urbanizazioak onartzen direnean eta lurzoru urbanizaezinetan etxebizitza isolatuak onartzen direnean ere. Jarduera horiek benetako eragina izaten dute azpiegituren sareetan, lurraldearen zatiketan eta ingurumenaren degradazioan.

---

47 Ikusi, Gaztela eta Leongo Justizia Auzitegi Nagusiaren 2024ko maiatzaren 16ko epaia (ECLI:ES:TSJCL:2024:2121). Epaian azpimarratzen da, kasu zehatzean, Ehiza Erreserba Autonomiko bateko lursail partikularren banantze-eskaerak erreserbaren jarraipena bera ezinezko bihurtzen duela eta, ondorioz, Administrazioak haren kudeaketa egitea ere ezinezko bihurtzen duela».

Berdeguneen, ekipamenduen edo sistema orokorren gutxieneko estandarrak errespetatzen ez dituzten edo legeria autonomikoak eskatutako egiturazko zuzkidurak murrizten dituzten planak edo lizentziak onartzeak, udalaz gaindiko dimentsioa ere hartzen du, eragina baitu hiri-sistema autonomikoaren kalitatean eta zerbitzu publikoak eskuratzeko berdintasunean.

Naturagune babestuetan, baso-eremuetan, arrisku-eremuetan (uholdeak, suteak), korridore ekologikoetan edo paisaia babestuetan obrak baimentzea edo udalaren jarduera pasiboa, udalaz gaindiko eraginaren beste adibide bat da.

Udalerriek, oro har, legez kanpoko eraikinak legeztatzen badituzte, edo hirigintza- edo ingurumen-eskakizunak arintzen badituzte, autonomia erkidegoko hirigintza-sistema desitxuratu dezakete eta autonomia erkidegoak definitutako lurralde-, ingurumen- edo azpiegitura-ereduari eragin.

VII. ONDORIOAK

Udal batek, denboran zehar eta jarraitasunez, hirigintzako arau-hauste astunak edo oso astunak ahalbidetzen dituzten egintzak indarrean mantenduz gero, horrek udalaz gaindiko interes publikoetan eragin kaltegarri nabarmena sortzeko arriskua dakar; izan ere, halako jarduketek lurralde-antolamenduaren koherentzia orokorra, ingurumen-babesaren eskakizunak eta autonomia erkidegoei dagozkien gainbegiratze- eta koordinazio-ahalmenak zuzenean narriatu ditzakete.

Udalerri batek hirigintzaren arloan legez kontrako erabaki bat hartzen duenean, Auzitegi Gorenaren 3506/2025 epaiak administrazio autonomikoa LRBRLren 65. artikulura jotzera behartzen du administrazio autonomikoa, ofiziozko akzioa eragotziz berariazko Lege batean aurreikusita ez badago aukera hori. Bere esanetan LOUAk ez du horrelako ahalik aurreikusten eta RDUAren 59.3 artikuluak *ex novo* sortzen du ahal hori, legearen inongo babesik gabe.

Auzitegi Gorenaren epaiak ez du kontuan hartzen, udalaz gaindiko aktibazio-mekanismorik gabe, hirigintza-diziplina udalaren borondatearen mende geratzen dela.

Egungo hirigintza, ingurumenarekin, iraunkortasunarekin eta lurzoruaren zentzuzko erabilerarekin lotuta dago ezinbestean, eta udalaz gaindiko lurralde-eskaletan ere jarduten du. Epaiak alde batera uzten du aztertutako legez kanpoko finka-banantzeen lurralde- eta ingurumen-dimentsioa.

Hirigintzaren ikuspegitik, udalaz gaindiko eskumen-konkurrentzia kontuan hartuz, Autonomia erkidegoari erabat deusezak diren hirigintza lizentziak ofizioz berrikusteko eskatzeko ahalmena aitortzea ez litzatekeela karga-ahal apartekotzat bezala hartu behar, baizik eta tresna operatibo gisa, behintzat toki-administrazioek hartutako egintzak administrazio autonomikoaren interesetan eragiten dutenean.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Auzitegi Gorenaren arabera, LPACren 106. artikuluan arautzen den ofiziozko berrikuspena egintza eman duen administrazioak edo interesdunek soilik eska dezakete. Gure iritziz, artikulu horrek ez du berariaz baztertzen gainerako administrazio publikoek interesdun gisa jarduteko duten aukera, baldin eta gaiaren inguruan zuzeneko eskumen-harremana badute eta berrikusi beharreko egintzak haien interesari eragiten badie.

Administrazioa autonomikoari interesdun-izaera ez aitortzeak ondorio praktiko larria du: udalak ez badu berrikuspena bere kabuz hasten, ofiziozko berrikuspena fikziozko mekanismo bihurtzen da egintza deusezen aurrean. Hori ez dator bat LPACren helburuarekin, hau da, erabat deusezak diren egintzak ordenamendutik desagerraraztearen xedearekin.

Azken batean, gure ustez, interesdun kontzeptuaren ikuspegi material eta funtzional batetik, esan daiteke administrazio autonomikoak, legez kanpoko hirigintza-lizentzia jakin batzuen aurrean, interes legitimo kualifikatua eta zuzena izan dezakeela LPAC 106. artikuluaren arabera, berariazko lege batek gaitu beharrik gabe.

Ez da koherentea administrazio autonomikoa gaitutzat jotzea udal-egintza baten aurka jurisdikzioan jarduteko, baina, aldi berean, legitimazioa ukatzea udal-egintza horren berrikuspena eskatzeko. Autonomia-erkidegoari berrikuspena eskatzeko aukera aitortzeak ez du esan nahi hark berak lizentzia deuseztatu ahal izango duenik; izan ere, egiten duen hori eskaera hutsa da: Udalak berrikus dezala, deuseza izan eta administrazio autonomikoaren beraren interesei kalte egiten dien egintza hori. Azken batean, berrikuspena egitea edo ez egitea udalaren esku geratzen da.

Berariazko lege autonomikoa exigitzea ofiziozko berrikuspena ahalbidetzeko, Auzitegiak egiten duen moduan, interpretazio erabat formalista iruditzen zaigu; LPACak jada arautzen du prozedura, «interesdunak eskatuta» akzioa aurreikusten du, eta mugak eta bermeak ezartzen ditu.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARMIJO, A., «La falta de legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de actos locales», *Revista Andaluza de Administración Públic*a, 97 zk., 2017.

CARBONELL PORRAS, E., «La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales», REBOLLO PUIG, M. eta VERA JURADO, D. (zuz.), *Derecho Administrativo*, I. Madrid: Tecnos, 4 ed., 2019.

CRUZ VILLALÓN, J. M., «La competencia autonómica en la disciplina urbanística municipal», *Revista de Administración Pública*, 2017.

DÍAZ LEMA, J. M., «El interés supralocal como medida de control sobre las entidades locales, en especial, en el ámbito urbanístico», *REALA,* 300-301, 2006.

EZQUERRA HUERVA A., «Una visión panorámica del régimen de anulación de licencias urbanísticas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 207. zk. 2020.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas», *Revista de Derecho Urbanístico*, 112 zk., 1989.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. A., «La disciplina urbanística autonómica frente a la autonomía local (especial referencia al control externo de legalidad)», *Revista Jurídica Urbanística,* 2020.

LOZANO CUTANDA, B., «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 172, 2007.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El modelo español de control sobre las autonomías territoriales», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2 zk., 2003.

MORENO LÓPEZ, J. L., «La disciplina urbanística en el suelo rural: la necesaria reconsideración de la competencia territorial para su ejercicio», *Práctica Urbanística*, 156 zk., 2019.

REBOLLO PUIG, M., «Revisión de oficio de los acuerdos locales a instancia de las administraciones estatal y autonómicas», en Alberto RUIZ OJEDA (koord.)*, El gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña,* Iustel, Madrid, 2010.

REBOLLO PUIG, M., «Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable», *Documentación Administrativa*, 6 zk., 2011.

REBOLLO PUIG, M., «Legitimación de las administraciones autonómicas para instar la revisión de oficio de los acuerdos municipales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 —RJ 2010, 6870—), en E. GARCÍA DE ENTERRÍA; Alonso GARCÍA (koord.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández,* Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012, vol. I, 2019 orr. eta hurrengoak.

REGO BLANCO, M. D., *La acción popular en el derecho administrativo y, en especial, en el urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

VALENZUELA RODRÍGUEZ, M. J. «El control de la Administración autonómica ante la concesión de licencias sin la preceptiva autorización en suelo no urbanizable ¿instar la revisión de oficio u ordenar la demolición?», *Práctica Urbanística*, 181. zk., 2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Derecho interregional y globalización: la necesaria respuesta a una laguna del sistema

Interregional law and globalization: The necessary response to a system lagoon

Juan José Álvarez Rubio

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-4939-4827

Con admiración y reconocimiento personal y académico a Edorta Cobreros, amigo y ejemplo de dedicación y de generosidad para todos los universitarios

Sumario. I. Consideraciones preliminares.—II. Pluralidad legislativa del Derecho civil español: situación actual.—III. Conflictos internos de leyes y conflictos normativos internacionales: unidad o dualidad de sistemas.—IV. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El análisis de la vecindad civil como punto de conexión que vertebra el sistema español de Derecho interregional, junto al eventual recurso a la utilización de otras posibles técnicas conflictuales normativas y la pretensión de aportar una visión críticamente constructiva vinculada a un balance actualizado de la realidad normativa sobre la que ha de sustentarse la solución a los frecuentes y cada vez más complejos conflictos normativos internos derivados de la concurrencia de legislaciones civiles en España constituye la *ratio* última que inspira estas reflexiones en homenaje al prof. Edorta Cobreros, gran dominador de la jurisprudencia del TJUE.

Su objetivo es aportar argumentos a favor del impulso de la necesaria labor de revisión normativa del sistema español de derecho interregional. Para ello, resulta obligado atender a tres dimensiones o prismas de aproxi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

mación: en primer lugar, la perspectiva Constitucional; en segundo lugar, la dimensión relativa al DIPr. de la UE y por último el ámbito o sector del DIPr. autónomo o interno español.

Son tres bloques normativos cada vez menos estancos y que interactúan y se interrelacionan con mayor intensidad, por lo que es preciso articular criterios y técnicas de regulación que atiendan esta emergente dimensión normativa conflictual de forma coherente y con criterios de certeza y de seguridad jurídica. La manifiesta insuficiencia normativa del sistema español de Derecho interregional para atender a la complejidad sobrevenida en este sector es un dato incontrovertido. Y el actuar errático y poco meditado del legislador español en esta materia acentúa la ausencia de coordinación entre los diferentes bloques normativos (Derecho europeo, Derecho convencional y Derecho interno) que proyectan su operatividad normativa sobre los denominados conflictos internos derivados de la plurilegislación civil que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico español.

El sistema conflictual español gira formalmente en torno al principio de unidad de soluciones para los conflictos internos y los internacionales. Sin embargo, la realidad normativa que posteriormente será analizada ha transformado *de facto* el régimen conflictual español en un sistema dual. El legislador español ha optado, en realidad, y sin alterar formalmente el principio rector del sistema de Derecho interregional, por un sistema mixto que combina por un lado el recurso a las soluciones sustentadas por la incorporación por referencia de normas contenidas en los Convenios Internacionales o en los diversos reglamentos europeos para resolver algunos supuestos, y por otro en el mantenimiento de las soluciones clásicas ofrecidas por el Código civil en su Título Preliminar.

El legislador estatal deberá finalmente decidir si opta por mantener el principio de unidad de soluciones (que conduciría a la extensión de las soluciones ofrecidas por los Convenios internacionales ratificados por España y los reglamentos europeos para la resolución de los conflictos internos de leyes) o bien apuesta (parece la solución más razonable) por instaurar un sistema dual o mixto de soluciones a los conflictos de leyes, según sean estos interno o internacionales.

Los problemas planteados por el sistema conflictual en su configuración vigente invitan a proclamar la conveniencia de una reforma completa del sistema de Derecho interregional. Y no cabe obviar el hecho de que la implementación de las normas europeas e internacionales para solventar los conflictos internos de leyes plantea importantes problemas prácticos y teóricos.

Las soluciones han de ser diferenciadas y específicas. Para ello, el legislador español ha de replantearse el tenor y el alcance del art. 16 del Código Civil y la conveniencia del recurso a un punto de conexión diferente para los conflictos internos frente a los internacionales. El mantenimiento, con cier-

tos ajustes modernizadores, de la vecindad civil como criterio de conexión para los conflictos internos entre españoles parece oportuno.

Por otro lado, si bien ha de irse hacia soluciones diferenciadas, cabe afirmar que una de las opciones consistiría en adaptar las soluciones ofrecidas para solventar los conflictos internos de leyes a la normativa internacional. En la actualidad, la autonomía conflictual ha irrumpido en el ámbito de derecho de familia. Cabría por tanto introducir ese principio de autonomía de la voluntad conflictual como criterio de conexión dentro de nuestro sistema interno.

Las diferentes propuestas de reforma del Código Civil presentadas hasta el momento no aportan solución a esta complejidad normativa, y por todo ello urge, en aras a garantizar la necesaria seguridad jurídica y para moderar la recurrente judicialización de los conflictos privados que emergen en este sector, procede actualizar, modernizar y articular correctamente nuestro sistema de Derecho interregional español, más aun teniendo en cuenta que, tras el Brexit, representamos en realidad la única manifestación normativa entre los veintisiete Estados de la UE de esa plurilegislatividad normativa en materia privada, y que esta no afecta solo a los ciudadanos españoles.

Las carencias o lagunas del sistema español de DIPr. en la dimensión de los conflictos normativos internos impiden o al menos dificultan la realización de una correcta aproximación normativa a la creciente complejidad jurídica derivada de nuestra pluralidad interna.

En realidad, el Derecho interregional no es sino un derecho internacional que resuelve los conflictos internos de leyes españolas[1], una peculiar tipología de conflictos que plantea a su vez toda una serie de problemas específicos, como son todos los derivados de aquellas normas que delimitan unilateralmente su ámbito de aplicación en función de variados criterios particulares. Es la denominada «dimensión interna» del DIPr., que en el caso español se identifica con los supuestos de derecho interregional e interterritorial[2].

A día de hoy, seguimos sin disponer de un verdadero sistema de derecho interregional[3] y ello proyecta sobre sobre este sector de nuestro orde-

---

1 Pérez Milla, J., «Un Derecho entre gigantes», *Cincuenta años de Derecho civil aragonés* (coords. Carmen Bayod, M. y Serrano García, J. A.), Zaragoza, 2018, Ed. Instituto Fdo. El Católico, p. 88.

2 En tal sentido, *vid*. Gardeñes Santiago, M. «El estado de la plurilegislación civil en España tras la sentencia del tribunal Constitucional 132/2019». *REDI,* vol. 72, pp. 309-311.

3 Sobre la necesaria reforma del derecho interregional y la promulgación de una ley especial en este ámbito, véase Borrás Rodríguez, A., «El derecho interregional: realidades y perspectivas», C. E. Florensa i Tomás (dir.) y J. M. Fontanellas Morell (coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación,* Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 555.

ISBN: 978-84-7777-740-3

namiento jurídico una suma de incerteza e inseguridad jurídica inferida de la recurrente judicialización de tales conflictos normativos competenciales internos. Tal y como ha señalado la profesora Zabalo Escudero[4], la respuesta requerida más inmediata es la de seguridad jurídica y para ello se necesita una respuesta del legislador estatal, único que tiene competencia para resolver estas situaciones.

Como es sabido, el art. 149.1.8 CE optó por el establecimiento de un sistema estatal uniforme de derecho interregional[5]. Este precepto constitucional ha sido y sigue siendo objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional con el propósito de establecer los parámetros o criterios hermenéuticos delimitadores de los límites del legislador estatal y de los legisladores autonómicos con competencia en la materia y con el fin de poder concretar la configuración adecuada del sistema de solución de los denominados conflictos internos[6].

En esa dimensión jurídico-privada nuestro sistema de resolución de los conflictos normativos internos pivota, en ausencia de una ley especial de derecho interregional[7], en torno al tenor del art. 16 del Código Civil[8]. Sus líneas básicas se articulan sobre la base de un principio de remisión a las normas de DIPr. (con matizadas salvedades) y el establecimiento de la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles.

Tal punto de conexión, la vecindad civil, constituye el elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto principio general de vinculación y como técnica para determinar la sujeción a un concreto ordenamiento civil (común o especial).

A todos esos factores cabría añadir la circunstancia constatada de que la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione

---

4 Zabalo Escudero, E., «Artículo 16.1», en S. Albaladejo y Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* pp. 1265 y ss., Madrid, Edersa.

5 Una acertada enumeración, muy bien fundamentada, acerca de las causas que generan el mantenimiento de controversias en la articulación del sistema español de derecho interregional, su caracterización como no pacífico y la ausencia de contornos previsibles y ciertos puede verse en el estudio de Egusquiza Balmaseda, M. A., «Conexión institucional necesaria: desarrollo de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Derecho privado y Constitución*, 33, p. 52.

6 Sobre la pluralidad de Derechos en el ordenamiento jurídico español, puede verse entre otros, Arenas García (2011, 51-79).

7 Cabe recordar que ya en 1946 el Congreso nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de octubre señaló en su conclusión primera la necesidad de «la promulgación urgente de una ley de carácter general que resuelva los problemas de Derecho interregional que surgen de diferentes regímenes civiles en España», y que tal conclusión fue reiterada, entre otras, en las Jornadas de Derecho Foral celebradas en Jaca del 28 al 31 de agosto de 1976.

8 Véase Zabalo Escudero, P., Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias. *Bitácora Millenium DIPr*, 3, 2016, pp. 13-17.

conflictualmente la selección de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, debido a que la determinación de cuál de los diferentes Derechos civiles españoles deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos internos o interregionales sino que surge también, y cada vez con más frecuencia, en los supuestos jurídico privados internacionales o intraeuropeos[9].

En efecto, tal realidad requiere un profundo análisis que posibilite abordar la necesaria reforma y modernización de nuestro sistema español de los conflictos internos de una manera seria y rigurosa, labor que habrá de realizarse de forma acorde y respetuosa con la articulación de la pluralidad de Derechos privados españoles y atendiendo a la creciente incidencia sobre los mismos del Derecho europeo[10].

El debate abierto en relación con la función de la vecindad civil como punto de conexión dentro de nuestro sistema de resolución de los conflictos internos debe tener presente que, como ha señalado Rodríguez Benot[11], la concreción del criterio para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal ha resultado una cuestión históricamente debatida en DIPr., debido a la existencia de tres opciones de política legislativa: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual[12].

La reflexión doctrinal acerca de la necesidad y alcance de la reforma de la vigente regulación de la vecindad ha sido brillantemente expuesto por Delgado Echeverria[13], quien ha afirmado que la vecindad civil es un «artificio que construyó el legislador español decimonónico sin comprender ple-

---

9 Sobre dicha cuestión, muy acertadamente, véase Font i Segura, La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Direcció General de dret i Entitas Juridiques de 18 de septiembre de 2006. *In Dret,* 2, 2007, pp. 3-5; de igual modo resulta de obligada la lectura el trabajo de Álvarez González, S., Sobre la aplicación de Convenios internacionales y reglamentos europeos en Derecho interregional. *AEDIPr,* t. XVIII, pp.127-161.

10 Sobre la necesaria actualización del sistema de Derecho interregional español, véase Garau Juaneda, L., La necesaria depuración del derecho interregional español. En A. Font i Segura (Ed.), *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo* (pp. 95-99). Barcelona, 2011, Bosch Atelier.

11 Rodríguez Benot, A., «Las reglas sobre aplicación de un sistema plurilegislativo: una visión desde el exterior (especial referencia a la aplicación del Derecho español al amparo del Reglamento Europeo 2016/1104)», En AAVV, *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI,* pp. 357 y ss., Valencia, 2019, Tirant lo Blanch.

12 Conexión que, cabe recordar, opera en nuestro sistema de DIPr. en calidad de conexión subsidiaria general respecto de la nacionalidad cuando la persona de que se trate carezca de nacionalidad o la tenga indeterminada en todas las materias cubiertas por el estatuto personal (art. 10.9 CC).

13 Delgado Echeverría, J., «Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria» *Boletín Jado, Academia Vasca del Derecho*, 28, 2018, pp. 65-103.

ISBN: 978-84-7777-740-3

namente lo que hacía, para salir del paso ante una situación de pluralidad de Derechos civiles que no había previsto que perdurara y que no le gustaba, y que en la actualidad la vecindad civil puede seguir realizando con éxito esa función de determinación del Derecho civil aplicable».

Al analizar el alcance y funciones de tal conexión no debe olvidarse que hoy día la función de individualización de una ley territorial española que se realiza desde el derecho interregional no es posible cuando la conexión personal es extranjera, puesto que los extranjeros carecen de vecindad civil. La sustitución de la vecindad civil por cualquier otra conexión afecta a la estructura misma del sistema.

Por ello, la pregunta a responder no es tanto si la vecindad civil puede ser sustituida por otra conexión cuando se trate de un supuesto con elemento de internacional cuanto si el derecho interregional previsto para la solución de conflictos internos es aplicable miméticamente cuando el conflicto sea internacional.

La respuesta, al menos en el ámbito de la UE, es claramente negativa. Por ello, hay que superar tal deficiencia o carencia de la regulación del tráfico jurídico interregional en nuestro sistema. ¿Cuáles podrían ser las alternativas que cabría plantear al legislador estatal para acometer tal reto normativo-conflictual?

El primer paso es analizar la vigente regulación de la vecindad civil y su papel como punto de conexión dentro del sistema español de derecho interregional, conexión que constituye el talón de Aquiles de dicho sistema[14].

En segundo lugar, cabe pensar que nuestro legislador deberá optar bien por modernizar el vigente capítulo IV del título preliminar del CC, bien por dictar una ley especial sobre los conflictos de leyes internos, o bien, por último, y como tercera posibilidad, podría optar por la incorporación al sistema interno de manera coherente y sistemática de las soluciones contenidas en los convenios internacionales[15] ratificados por España y/o en los reglamentos europeos.

Carece de toda lógica que nuestro legislador español desatienda tal sector[16] o que reaccione mediante una defectuosa técnica normativa, al legislar

---

14 En tal sentido, Arenas García, R., «Vecindad civil», *AEDIPR,* XIX-XX, 2019-2020, pp. 590-592.

15 Véanse los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 CC modificados por el art. 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Respecto del art. 9.7 hay que tener en cuenta a su vez el art. 15 del Reglamento (CE) 4/2009, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

16 Sobre el particular véase Parra Rodríguez, C., La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma. En AA. VV., *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, Marcial Pons, aludiendo a que la solución normativa vigente debe ser modificada para adaptarse a las nuevas necesidades presentes en la sociedad plurilegislativa española.

de forma sesgada o parcial e inconexa mediante el recurso a puntuales reformas de preceptos que han materializado en dicha dimensión interna del sistema la técnica de la «incorporación por referencia»; es decir, interiorizando o incorporando las soluciones previstas en convenios internacionales, tal y como puede apreciarse en reforma la operada en relación a los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 CC, modificados mediante la ley 26/2015, de 28 de julio[17].

Los esfuerzos del legislador español deberían centrarse en dos grandes ámbitos: por un lado, la mejora técnica de las normas de implementación o aplicación interna de las normas europeas e internacionales y por otro, se opte o no por la vía de la elaboración de una ley de Derecho interregional, debería atenderse a la creciente pluralidad normativa en este ámbito interno y que requiere por ello una regulación adaptada a esa nueva realidad.

La primera de las actuaciones de reforma normativa imprescindibles para superar las deficiencias y lagunas hoy existentes pasaría por reformar la regulación de la conexión vecindad civil, que estimo debería mantenerse como punto de conexión para la resolución de los conflictos internos entre españoles. Debería avanzarse en esta reforma de la vecindad civil en línea del tratamiento flexible y de las posibilidades de opción que el bloque normativo europeo prevé para las conexiones empleadas en el elenco de reglamentos europeos (en particular, la residencia habitual).

Tal nota de flexibilidad debería traducirse en permitir, bajo ciertos requisitos legales, la opción de la misma, y en particular extrapolar a esta conexión la posibilidad de autonomía conflictual ampliamente prevista en el ámbito de los reglamentos europeos y convenios internacionales. No resulta ni lógico ni comprensible ni defendible en la actualidad que resulte mucho más fácil, mucho más flexible poder optar por la aplicación de un régimen legal extranjero que por otro de los existentes dentro del pluralismo normativo interno en España.

En particular, tal y como acertadamente ha defendido el prof. Delgado Echeverría, la igualdad o paridad de todos los Derechos Civiles españoles debería llevar a mayores posibilidades de disposición sobre la propia cualidad de la vecindad civil y aun más libre acceso a las instituciones de cada uno de los derechos civiles (pactos sucesorios, testamentos mancomunados, entre otras instituciones jurídico privadas) por parte de quienes tienen cierto contacto vital con ellos[18].

---

17 *BOE* de 29 de julio, y en cuya exposición de motivos se subraya que se reforman las normas de DIPr., en concreto los apartados 4, 6 y 7 del art. 9, «normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal».

18 Tal y como señala el prof. Delgado Echeverría, «Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria» *Boletín Jado*, *Academia Vasca del Derecho*, 28, 2018, pp. 65-103,

ISBN: 978-84-7777-740-3

En efecto, y en línea con lo defendido de forma excelentemente argumentada por F. J. Oñate Cuadros[19], una reforma del sistema de Derecho interregional español y en particular la novación del régimen normativo de la vecindad civil como punto de conexión (art.14 Cc) debería basarse en estos principios: en primer lugar, ampliar en este ámbito interno-interregional la autonomía de la voluntad (autonomía conflictual) en la elección de la norma jurídica aplicable, particularmente en el ámbito de sucesiones y de matrimonio.

En segundo lugar, posibilitar (más allá de la aplicación de la doctrina general de prohibición del fraude de ley en el ejercicio de los derechos) el cambio de vecindad civil (como lo es, por ejemplo, el de nacionalidad o el de residencia habitual) sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, y en tercer lugar prever de forma jerarquizada unos puntos de conexión en los que la preferencia venga fijada por la autonomía de la voluntad (por ejemplo, *professio iuris* en sucesiones) sujeta a las condiciones que se fijen, y que la vecindad civil determine la ley aplicable de forma subsidiaria (a falta de elección de ley).

II. PLURALIDAD LEGISLATIVA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: SITUACIÓN ACTUAL

En atención al grado de uniformidad de sus normas los diferentes ordenamientos estatales pueden ser encuadrados en dos grandes grupos: simples o unitarios (que poseen un único sistema de fuentes de producción jurídica) y complejos, caracterizados por la coexistencia dentro del mismo territorio estatal de diversos sistemas jurídicos que poseen su propio ámbito de vigencia, espacial o temporal.

Nuestro sistema jurídico español se ubica en este segundo grupo, el de los calificados como ordenamientos complejos o plurilegislativos; por ello, y ante la existencia en su seno de conflictos internos de carácter interregional e interlocal es preciso articular una serie de técnicas normativo-conflictuales que den respuesta satisfactoria a los mismos[20].

En el caso de nuestro sistema jurídico español tales conflictos internos presentan la nota de interterritorialidad, resultante de ordenamientos que

---

«*Professio Iuris* y otras formas de autonomía conflictual podrían tener amplio campo de acción, mayor que el posible en el derecho internacional privado, pues en el interregional no se presentan los obstáculos y limitaciones supuestos por el orden público y la pluralidad de jurisdicciones».

19 Oñate Cuadros, F. J., «Fuentes del Derecho, Derecho Interregional Privado y Derecho Sucesorio: propuestas para una reforma del Código Civil», *Boletín JADO, Academia Vasca de Derecho,* n.º 31, enero-diciembre de 2023, pp. 389-502.

20 Sobre dicha realidad jurídica, véase entre otros Iriarte Ángel, J. L., «La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea». *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, 9, pp. 47-73.

poseen un determinado ámbito de vigencia espacial y que no viene acompañado de una pluralidad de organizaciones judiciales.

La CE constituye la regla base sobre la que se articula este primer nivel, que atiende a supuestos del llamado tráfico jurídico interregional y cuya delimitación *ratione materiae* revela su concreto ámbito sustantivo o material, centrado clásicamente en específicos sectores del Derecho de familia (básicamente, matrimonio y sucesiones), y solo en la vertiente de ley aplicable[21].

Junto a la que cabría calificar como *dimensión tradicional* de los conflictos internos se añaden en la actualidad dos circunstancias relevantes: por un lado, cabe citar su importante extensión o crecimiento orgánico, fruto del tenor del art. 149.1.8 CE, al aludir a la competencia de los respectivos legisladores autonómicos donde existan Derechos civiles especiales para proceder a la «conservación, modificación y desarrollo» de las instituciones jurídico privadas reguladas en sus respectivos ordenamientos civiles internos.

III. CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES Y CONFLICTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES: UNIDAD O DUALIDAD DE SISTEMAS

Las distintas estructuras, dimensiones o niveles en los que se articula el sistema español de Derecho internacional privado requieren de los diferentes legisladores (autonómico y estatal) un grado de entendimiento que permita articular, debido a la existencia de conflictos que representan realidades diferenciadas (conflictos internos o interregionales, conflictos intraeuropeos y conflictos extraeuropeos), una adecuada respuesta jurídica en términos de respecto al reparto competencial y de coordinación.

Pese a mantenerse inalterado, la realidad de nuestro propio sistema conflictual de fuente autónoma o interna se ha transformado al convertirse *de facto* en un sistema dual. Queda caracterizado por la distinción entre las normas conflictuales aplicables a los conflictos internacionales y las normas conflictuales aplicables a los conflictos nacionales o internos.

Esta sobrevenida y no del todo meditada dualidad de fuente conflictual dificulta una convivencia armoniosa entre ambos bloques normativos debido a que la respuesta que ofrece nuestro sistema para solucionar los conflictos de leyes internos, recogida en el capítulo IV del Título Preliminar CC (y que insiste en la unidad de sistemas para los conflictos internos y para los internacionales) parece haberse quedado anticuada en comparación con

[21] Un muy acertado análisis acerca de los principios constitucionales ínsitos en el título competencial puede verse en la reflexión de la profesora Cuartero Rubio, M. V., «El título competencial en materia interregional en el contexto de una plurilegislación civil en crecimiento», *Derecho Privado y Constitución,* 36, 2020, pp. 47-78.

ISBN: 978-84-7777-740-3

las novedosas técnicas y soluciones que ofrece el derecho europeo atendiendo a criterios de especialización por razón de la materia.

En efecto, nuestro sistema interno de solución de conflictos pivota en torno a los artículos 14.1 y 16.1 CC, cuyas líneas básicas se estructuran sobre el principio de remisión a las normas de DIPr. y la configuración de la vecindad civil como punto de conexión y criterio de sujeción personal a los diferentes ordenamientos jurídicos civiles. Pero tal criterio de aplicación de la vecindad civil como punto de conexión deviene ineficiente (por inaplicable) cuando, en supuestos con presencia de personas de nacionalidad no española, la norma de aplicación sea un instrumento convencional o sea alguno de los reglamentos europeos vigentes, entre los que cabría citar ejemplificativamente el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya[22], los Reglamentos (CE) 864/2007[23], 593/2008[24], 4/2009[25], 1259/2010[26], 650/2012[27], 2016/1103[28] y 2016/1104[29], entre otros, que recurren a la conexión de la residencia habitual[30].

¿Cómo interactúan los instrumentos de la UE con la plurilegislación civil española? tanto desde los reglamentos como desde los convenios internacionales que pueden estar llamados a aplicarse es mayoritaria la opción por dejar al albur de las normas internas sobre conflictos de leyes la determinación última de la ley aplicable. Es lo que se denomina «remisión indirecta», por contraposición a aquella en la que tales instrumentos señalarían de forma directa la concreta ley aplicable de las vigentes en un Estado.

En materia de sucesión por causa de muerte (art. 36.1 del Reglamento de sucesiones), en materia de régimen económico (art. 33.1 del Reglamento de regímenes económicos), en materia de efectos patrimoniales de las parejas registradas (art. 33.1 del Reglamento 2016/1104), en materia de responsabilidad parental (art. 48.a del Convenio de La Haya de 1996) o en materia de alimentos entre parientes (art. 16.2 del Protocolo de 2007) se prevé tal remisión indirecta, que precisa del concurso de las normas internas.

---

22 *DOUE* L 331/17, de 16 de diciembre de 2009.

23 *DOUE* L 199/40, de 31 de julio de 2007.

24 *DOUE* L 177/6, de 4 de julio de 2008.

25 *DOUE* L 7/1, de 10 de enero de 2009.

26 *DOUE* L 343/10, de 29 de diciembre de 2010.

27 *DOUE* L 201/107, de 27 de julio de 2012.

28 *DOUE* L 183/1, de 8 de julio de 2016.

29 *DOUE* L 183/30, de 8 de julio de 2016.

30 Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. (*DOUE* L 200/107, de 27 de julio de 2012).

De este modo, y conforme a este mayoritario sistema de remisión indirecta, la concreta ley española que resulte aplicable se tendrá que identificar a través de las normas internas españolas (arts. 13 a 16 del CC y sus correspondientes remisiones), lo cual no es una buena opción y puede producir desajustes en muchos casos o situaciones de colapso en otros en los que se puede entrar en una especie de bucle: es lo que sucede, por ejemplo, cuando ante un problema relacionado con la responsabilidad parental, el citado Convenio de La Haya de 1996 remite a la ley del foro (ley española) y el art. 16 CC en su remisión al art. 9.4 CC reenvía de nuevo la solución conflictual al propio Convenio.

Tal dualidad conflictual de soluciones se ha acentuado radicalmente en los últimos años debido a que España ha ratificado un importante número de convenios internacionales que contienen normas sobre conflictos de leyes y a la paulatina y creciente elaboración y aplicación de reglamentos de la Unión Europea en cuyo articulado señalan que los Estados plurilegislativos no tienen la obligación de aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre sus diversos ordenamientos internos[31].

Puede comprobarse cómo mientras que para regular los supuestos internacionales la tendencia general en relación a las conexiones para designar la ley aplicable ha sido la de combinar la nacionalidad con la residencia habitual y en la actualidad desplazar la primera de esas conexiones por la segunda, y todo ello especialmente en materia de persona, familia y sucesiones, en el ámbito interregional se ha mantenido la vecindad civil como único criterio de conexión.

La pregunta obligada tras este análisis es la siguiente: ¿Ha sido la vecindad civil un freno para la renovación del sistema conflictual?

En realidad, y como ya ha sido indicado, la reforma parcial ya citada de los apartados 4, 6 y 7 del art. 9 CC ha supuesto desplazar la vecindad civil, dando entrada a la residencia habitual como punto de conexión preferente en ámbitos especialmente sensibles, y sin pensar (al menos en apariencia) en la dimensión del tráfico interregional, dada la remisión a Convenios Internacionales que no han sido concebidos para regular conflictos internos de leyes.

El Reglamento europeo sobre sucesiones 650/2012 representa un ejemplo paradigmático de la inaplicabilidad de la respuesta prevista en nuestro sistema conflictual interno español para todos aquellos casos en los que el causante carezca de nacionalidad española y por tanto no ostente vecindad civil, porque tal circunstancia activa el recurso a la aplicación de las soluciones previstas en tal Reglamento europeo.

---

31 Véase, como ejemplo, el art. 38 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, en materia de sucesiones o el art. 22.2 del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

ISBN: 978-84-7777-740-3

A diferencia de nuestro Derecho interno, que sigue recogiendo como criterio para la determinación de la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte la ley de nacionalidad (al mantener inalterado el tenor de la norma de conflicto contenida en el art. 9.8 Código Civil), la norma europea citada ofrece una respuesta mucho más adecuada a la realidad del tráfico privado internacional, quedando así regida la sucesión por causa de muerte por la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21).

El Reglamento contiene tres disposiciones aplicables a los Estados plurilegislativos y a sus conflictos de leyes territoriales mediante un sistema de remisión indirecto y subsidiario (arts. 36, 37 y 38).

Este Reglamento 650/2012 presenta especial interés desde nuestra vertiente de estudio porque desde el punto de vista del sistema español de Derecho interregional hay que tener presente que esta materia sucesoria deviene la más afectada por la vecindad civil. Y la paradoja o incoherencia es palmaria: el citado Reglamento 650/2012 señala que debe permitirse a los ciudadanos planificar su sucesión, y por ello, un sistema de conflictos interno que, como ocurre con el nuestro, lo impida de forma injustificada al establecer unos requisitos muy rígidos, muy poco flexibles podría ser objeto de cuestionamiento ante el TJUE.

En realidad, y analizando de forma comparada ambos regímenes (el europeo y el interno español) parece evidente la existencia de una discriminación a los ciudadanos españoles, aquéllos cuya sucesión no presente ningún elemento de extranjería, frente a los demás y también frente a los extranjeros que residen en España, ya que a los primeros se les priva de los instrumentos de planificación sucesoria que concede el Reglamento y podría entenderse que de esta forma se conculcan los derechos inherentes a las libertades comunitarias.

IV. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico español no dispone de un verdadero sistema de Derecho interregional que permita ofrecer una respuesta previsible y evitar con ello la inseguridad jurídica a la que conduce una permanente judicialización de tales conflictos normativo/competenciales internos. Además, debe tenerse presente que la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione conflictualmente la dimensión de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, debido a que la determinación de cuál de los diferentes derechos civiles españoles deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos interregionales sino que surge también, y cada vez con más frecuencia, en supuestos internacionales o intraeuropeos.

Los esfuerzos del legislador interno deberían centrarse en dos objetivos: de una parte, sería conveniente mejorar las normas de implementación o aplicación interna de las normas europeas e internacionales, pues éstas, por su propia naturaleza, necesitan un acomodo en la legislación interna que permita su correcta aplicación.

En segundo lugar deviene prioritaria bien la elaboración de una ley de Derecho interregional o bien una modificación profunda de las respuestas conflictuales normativas de origen interno, pues la pluralidad normativa en el ámbito interno ha experimentado un crecimiento exponencial en las últimas décadas y la interacción entre los nuevos reglamentos europeos y el sistema interno de solución (difícilmente puede hablarse en realidad de «sistema») provoca una gran inseguridad jurídica a la hora de determinar la legislación aplicable.

El resultado final se traduce en una mayor complejidad normativa seguramente inevitable, fruto de la fragmentación del sistema de fuentes, adicionalmente incrementado porque las normas europeas no cubren todas las materias ni resuelven todas las cuestiones, y, por consiguiente, están llamadas a coexistir con las normas nacionales y las de fuente u origen convencional-internacional.

No existe, además, un sistema solución uniforme en los propios reglamentos europeos, aunque cabe afirmar que el legislador europeo posibilita que cada Estado pueda optar por la aplicación o no de dichos instrumentos normativos europeos para aportar respuesta a los conflictos de leyes internos.

El gran debate pendiente de solución se concreta en saber si por parte del legislador español se va a consolidar tal dualidad de sistemas conflictuales o si se va a optar por una alternativa legislativa interna que prevea una solución única tanto para los conflictos internos como para los internacionales.

¿Cómo cabe proceder para lograr la mejora de nuestro sistema de Derecho interregional o, en realidad, cómo articular un verdadero sistema, actualmente inexistente? Es evidente que el legislador estatal parece carecer de modelo o de criterio claro y coherente, porque *de facto* ha modificado el Título Preliminar del CC de forma puntual y sin un criterio normativo conflictual claro.

La realidad normativa actual pivota sobre un sistema claramente dual, distinguiendo entre el papel del legislador europeo para regular los conflictos de leyes internacionales y el papel del legislador estatal para regular los conflictos internos y para los que opta por un sistema mixto en el que se aplican en ocasiones las viejas soluciones del Código Civil y en otras se recurre a la *incorporación por referencia* de las soluciones previstas en las normas convencionales y/o europeas.

El legislador estatal debe decidir si opta por aplicar un sistema unitario de soluciones conflictuales mediante la extensión de las soluciones ofreci-

ISBN: 978-84-7777-740-3

das por los reglamentos europeos y los convenios internacionales a los conflictos de origen interno o si en cambio opta por mantener la dual situación actual.

Cuestión conexa a la anterior pero distinta será determinar si interesa o no proyectar sobre al ámbito de los conflictos internos el criterio de residencia habitual utilizado por el Derecho europeo para la determinación de la ley aplicable en los conflictos internacionales.

Y paralelamente habrá que analizar las repercusiones que estas opciones puedan tener sobre la función que desempeña en nuestro Ordenamiento la vecindad civil; en efecto, otra fundamental cuestión para el debate se concreta en el dilema de si es oportuno mantener «con ajustes» la vecindad civil como punto o criterio de conexión y respetar así mediante esa futura reforma el mantenimiento de la vecindad civil para los conflictos internos y el recurso a la residencia habitual para los conflictos internacionales.

Cabe afirmar que una opción de política legislativa viable sería mantener la aplicación de la vecindad civil para los conflictos de leyes internos o interregionales. Esta decisión deviene sin embargo cada vez más compleja, al haber optado ya el legislador estatal por un sistema mixto que combina inadecuadamente soluciones sustentadas en la incorporación por referencia de ciertas normas europeas e internacionales para la aplicación a algunos supuestos interregionales (tal y como se aprecia en los citados arts. 9.4, 9.6 y 9.7 CC) con el mantenimiento de las respuestas ofrecidas por el Código Civil para otros (arts. 9.3 y 9.8 CC).

En definitiva, debe sopesarse la necesidad de optar bien por modernizar el Capítulo IV del Título Preliminar, bien por dictar una Ley Especial sobre conflictos de leyes internos, o bien por incorporar al sistema interno y de manera generalizada las soluciones contenidas en los convenios internacionales y/o en los reglamentos europeos.

Tal labor normativa compete al legislador estatal, sin duda. No puede derivar de modificaciones legislativas parciales o sectoriales, que además van referidas a las relaciones privadas internacionales. Ha de replantearse el contenido del artículo 16 del Código Civil y su alcance actualmente, así como su sentido y fundamento, dadas las profundas diferencias del contexto normativo existente hoy, respecto al que existía en el momento en que se elaboró.

En línea con lo expuesto anteriormente, y de *lege ferenda*, cabría plantear que la futura reforma de la regulación de la vecindad civil y del propio sistema español de Derecho interregional, en línea con las previsiones conflictuales contenidas en los reglamentos europeos y en convenios internacionales, flexibilice los cauces para el cambio de vecindad civil, actualice los modos de adquisición, opción y recuperación de la vecindad civil y, en el ámbito conflictual, se posibilite en el ámbito sucesorio la *professio iuris* en

favor de la ley de la residencia habitual o de la vecindad civil del momento de otorgar testamento o del fallecimiento (y contemplando de forma excepcional y como cláusula de cierre la aplicación de la ley con la que el causante tuviera los vínculos más estrechos).

En materia matrimonial (caracterizada en la regulación interna vigente por la misma rigidez marmolea que caracteriza conflictualmente al ámbito sucesorio) deberían incorporarse los criterios de elección de la legislación europea a la ley aplicable al matrimonio entre españoles, con la especialidad de la preferencia de la vecindad civil frente a la residencia habitual en caso de elección para los conflictos internos.

Solo con una actuación normativa decidida y coherente por parte del legislador español será factible superar la complejidad añadida que este sector ofrece en la actualidad al operador jurídico y deberá servir para alcanzar mayores cotas de seguridad jurídica, imprescindible en el ámbito jurídico privado conflictual.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La nueva tecnología inteligente en la Administración

Esteban Arlucea Ruiz

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0001-8782-7737

Sumario. I. Introducción.—II. La compleja Administración interventora y proveedora: 1. Los acuerdos autonómicos de 31 de julio de 1981. 2. La normativización de la primera racionalización. De la LOAPA a la LPA.—III. El entorno actual.—IV. Aplicativos decisorios, transparencia y STS 1119/2025.—V. El motor europeo. ¿Nuevo efecto Bruselas?—VI. Reflexión final.—VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia conocida todo su transcurso ha sido fuente de descubrimientos y avances asociados a la idea de progreso, susceptibles de construir mejoras para la humanidad en su conjunto[1]. Lo consustancial a los mismos representaba su función de utilidad y de manejo por parte del ser humano. Desde que este se ha ido articulando en agrupaciones más o menos numerosas (hoy diríamos sociedades), esa tecnología se ha multiplicado en presencia, utilización y complejidad. Hoy, tras el primer cuarto del siglo XXI, la decisión humana última, el *Human on the Loop*, pretende ser iterativa.

Podemos hablar hasta el momento presente, de tecnologías manipuladas por la persona y al servicio de esta; es decir, controladas en todas sus dimensiones por el ser humano, donde su empleo queda supeditado a la labor del humano que está más o menos cercano, detrás. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado y singularmente a lo largo del presente, estamos conociendo el auge de otra nueva generación tecnológica antropomórfica que se fundamenta en una dimensión no física y que trata de emular la parte racional del cerebro humano con los conocimientos más uni-

[1] Ariel Gendler, M. (2021). «Internet, algoritmos y democracia», en revista *Nueva Sociedad,* n.º 294, pág. 37.

ISBN: 978-84-7777-740-3

versales posibles. Es lo que venimos conociendo desde 1956[2] como inteligencia artificial (IA, en adelante), esa manera de resolver cuestiones basada en el razonamiento lógico de una tecnología que autoaprende por sí sola[3] y donde el límite, al parecer, estará en el momento en que pueda tomar conciencia por sí misma. El momento de la cuarta revolución industrial[4].

Sin embargo, se ha de ser consciente de la paradoja en la que ya nos encontramos y que nos recuerdan Suleiman y Bhaskar cuando señalan el engaño peligroso en el cual fácilmente se puede caer polarizando dos realidades. De un lado, suponer que la tecnología por sí misma sea capaz de resolver los problemas sociales y políticos que nos acucian y en el futuro nos acuciarán[5]; de otro, entender que puedan resolverse sin ella[6]. Obviamente en el prudente equilibrio entre ambas tendencias no solo estará (como se dice) la virtud, sino un futuro amigable, inclusivo y —no se deje de tener presente— democrático y respetuoso con los derechos ciudadanos, aspectos poco compadecidos con ese *Estado nervioso* al que alude DAVIES[7] en

---

2 Nos referimos a la conocida como Conferencia de Dartmouth en la ciudad de Hanover (EE. UU.), financiada por el magnate Rockefeller. Aunque no se llegara a un acuerdo en torno a la denominación de la nueva ciencia en la cual venían trabajando los congregados, triunfó el de Inteligencia artificial sugerido por uno de sus organizadores, el profesor de matemáticas en el Dartmouth Collage, John McCarthy.

3 En concreto el Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y Consejo, del 13 de julio, que aprueba las normas armonizadas en materia de IA (*DOUE* del 12 de julio), la define en su art. 3.1 como sigue: «Sistema que está basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que para objetivos explícitos e implícitos, infiere de la información de entrada que recibe, la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales».

Adoptamos esta definición jurídica del reglamento europeo, pero al respecto puede señalarse que existen múltiples definiciones. Presno Linera las sitúa en torno a nada menos que cincuenta y cinco que «en general aluden al desarrollo de sistemas que imitan o reproducen el pensamiento y obrar humanos, actuando racionalmente e interactuando con el medio» («El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial: ¿garantía del mercado o defensa de los derechos?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 135/2025, pág. 28).

4 Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*, ed. Debate, Barcelona. Precisamente Klaus Schwab es el fundador y presidente ejecutivo del Foro Económico Mundial de Davos, cuya reunión anual de 2016 (la 46, celebrada entre los días 20-23 de enero) tuvo por tema cómo dominar la cuarta revolución industrial. La quinta, o *industria 5.0,* se presentaría como la de los cobots o robots colaborativos.

5 Se apunta a la virtualidad de la IA para encontrar la solución al adverso cambio climático dentro del sistema extractivo/productivo capitalista generalizado en el planeta [*Molly Taft* (2026), Las tecnológicas prometen que la IA nos salvará del cambio climático, pero seguimos esperando pruebas, en *Wired* del 18 de febrero].

6 Suleiman, M. y Bhaskar M. (2025). *La ola que viene. Tecnología, poder y el gran dilema del siglo xxi,* pág. 172, ed. Debate, Madrid.

7 Davies, W. (2019). *Estados nerviosos. Cómo las emociones se han adueñado de la sociedad*, pág. 52, ed. Sexto Piso, Madrid. Jorge Resina realiza un análisis de estas cuestiones focalizado en América Latina con reflexiones —a mi juicio— trasladables a un contexto geopolítico más amplio en *Sociedades enojadas: buscando las bases para nuevos acuerdos democráticos en América Latina*, edita Fundación Carolina.

el que la pulsión —dice— prima sobre la reflexión, y del que, en la actualidad, podemos encontrar sin esfuerzo múltiples ejemplos.

No se duda de que ya —con el estado actual de la IA, el *big data* y la biotecnología sintética— se generan impactos sistémicos y estructurales que afectan significativamente a nuestras sociedades[8]. Las tecnologías presentan efectos bifrontes, positivos y negativos. Tales impactos los estamos viviendo entre nosotros, aunque no seamos plenamente conscientes de ellos en el día a día. Podría afirmarse que, en la actualidad, a nivel global, son escasamente sintomáticos y silentes, pero algunos, ciertamente, ya están aquí. Es parte de su naturaleza que, entre otras características, viene determinada por la invisibilidad, la opacidad, la dificultad de ser fácilmente detectable. En mayo de 2019 aparecía en las redes un vídeo manipulado *(deepfake*) en el que su protagonista era la presidenta de la Cámara de Representantes de EE. UU., Nancy Pelosi[9]. La intencionalidad política del mismo era indudable y no representa el único ejemplo[10]. Moreno García nos recuerda recientemente que muchos algoritmos y automatizaciones se están utilizando sin dejar rastro, de forma ciertamente opaca y sin razonar ni explicar su lógica a la persona receptora de sus decisiones[11]. Una suerte de *lex informática* en el decir de Reidenberg[12]. Incluso hay quien ha llegado a afirmar que se asemeja por su importancia al descubrimiento del fuego[13].

A nivel de información general, ha aparecido el neologismo *infocalipsis* para designar ese momento en el cual la inflación informativa errónea o imprecisa interactúa en el ecosistema informativo en red haciendo harto complicado diferenciar la veracidad de la intencionada desinformación[14]. Todos somos conscientes de la anterior afirmación y, en mayor o menor medida, podemos alcanzar a imaginar algunas de sus consecuencias.

---

8 Vera Santos, J. M. (2025). «Libertad de información veraz y manipulación algorítmica». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 120, pág. 102.

9 <https://cnnespanol.cnn.com/2019/05/24/video-manipulado-en-el-que-nancy-pelosi-suena-borracha-se-ve-millones-de-veces-en-las-redes-sociales>.

10 <https://www.nytimes.com/es/2024/10/29/espanol/estados-unidos/rusia-china-iran-elecciones-interferencia.html>.

11 En «La transparencia de los algoritmos en la STS 1119/2025, del 11 de septiembre». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 133/2025, pág. 324.

12 En su trabajo «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology», publicado en *Texas Law Review*, vol 76, n.º 3, 1998. Realiza una equiparación entre la *lex mercatoria* medieval y la llamada por él *lex Informatica* de hoy día.

13 Me refiero a Ángeles Heras Caballero (Secretaria de Estado de Universidades, investigación, desarrollo e innovación de 2018 al 2020) en unas reflexiones al respecto publicadas en la revista *Boletic (revista de la asociación de profesionales de los cuerpos superiores de técnicos de la información en la administración),* n.º 84/2019, pág. 6.

14 Véase la obra de la periodista Nina Schick (2020). *Deepfakes: the coming Infocalipse*, editorial Twelve, New York.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Pues bien, toda esta tecnología viva y evolutiva (otra de sus características) presente entre nosotros se basa en una dimensión diferente, ya que se trata de ubicarla a la misma altura del hecho diferenciador del ser humano, su capacidad cognitiva cerebral y relacional. Es lo que se conoce como el tercer requisito para que un mero sistema informático pase a ser entendido como IA, su capacidad para aprender automáticamente y para usar estrategias basadas en la lógica, emulando así el funcionamiento de la inteligencia humana, que representa el modelo a replicar[15]. Y no es algo de unos pocos años a esta parte. Ya en 1957 el posterior nobel de economía de 1978, Alexander Simon (uno de los participantes en la Conferencia de Dartmouth), afirmó que ya en esa época existían máquinas que pensaban, aprendían y creaban y que en un futuro previsible el rango de problemas a acometer será similar al de la mente humana. Si bien todavía no estamos ante tal realidad, el marco del 2050-75 se baraja como escenario del mismo[16].

Los gobiernos y los principales organismos supranacionales son plenamente conscientes de esta nueva realidad que, en mayor o menor medida, se encuentra ya en nuestras sociedades. La OCDE se refiere a la IA como una de las fuerzas más transformadoras del presente siglo XXI[17] y cuando se habla de ella como elemento de transformación, todos coinciden en su naturaleza de proceso abierto a un futuro incierto donde, de momento, nadie se atreve a predecir su destino más probable, pues, en buena medida, es impredecible[18]. Y a día de hoy, esta incertidumbre respecto a sus implicaciones poco o nada se traslada a los receptores naturales de las mismas, como es la ciudadanía, cuando, como manifiesta Jeremy Hsu[19], en torno a un tercio de los expertos científicos ocupados en IA cree que podría provocar catástrofes significativas a lo largo de este siglo. Como ha señalado recientemente León XIV, «las IAs modernas están más cultivadas que construidas: sus desarrolladores crean una arquitectura sobre la cual la IA crece»[20].

---

15 Tahirí Moreno, J. (2024). «Una panorámica de los sistemas de IA desde la perspectiva del derecho administrativo». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 61, pág. 142.

16 Es famoso Ray Kurzweil, director de ingeniería en Google y autor, entre otros del libro *La singularidad está cerca: cuando los humanos trascendamos la biología* (ed. Lola books, 2021). En idéntico sentido, Bostrom, N. (2016). *Superinteligencia: caminos, peligro, estrategias*, ed. Teell, S.L. Este autor sueco recrea unos cuadros con diversas estimaciones en la emulación de la inteligencia humana (págs. 30 y ss).

17 OCDE (2025). *Gobernar con la IA: Panorama actual y hoja de ruta en las funciones centrales de gobierno,* ed. OCDE Publishing, París, pág. 19.

18 Innerarity, Daniel (2024). *IA y democracia*, ed. UNESCO.

19 «A third of scientists working on AI say it could cause global disaster», publicado en *New Scientist* del 20 de septiembre de 2022. Se trata del resultado de una encuesta realizada entre 327 investigadores en IA que concluye que *More than one-third of artificial intelligence researchers around the world agree that IA decisions could cause a catastrophe as bad as all-out nuclear war in this century*.

20 León XIV (2026). Carta encíclica *Magnifica Humanitas,* pág. 19.

II. LA COMPLEJA ADMINISTRACIÓN INTERVENTORA Y PROVEEDORA

La Administración pública moderna pretende en su origen (y aún hoy continúa representando su verdadera razón de ser) constituirse en una herramienta al servicio de la ciudadanía. Esta sencilla idea base puede ser objeto de variadas consideraciones que maticen el sentido primario que encierra, pero lo que es innegable en Estados democráticos de Derecho es que desde lo público no puede dejarse de lado las indeterminadas ideas de bienestar[21] y prosperidad del cuerpo social sobre el que se despliegan.

Históricamente, en efecto, han sido expresadas bajo diversas acepciones, todas ellas participantes de la misma idea basilar aludida y que necesariamente remiten a la expresión que se emplea en el presente epígrafe, intervención. Intervención y guía del modelo político que se trate de implementar desde los mismos poderes públicos.

Esa intervención tiene sus consecuencias. Entre ellas, la de erigirse en motor de políticas públicas traductoras, como mínimo, de los imperativos constitucionales que se les encomienda desde las respectivas constituciones y/o normas de superior jerarquía de sus ordenamientos. En el caso del reino de España no hay que dejar de observar la relevancia que al respecto adquieren los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas en que se distribuye territorialmente el poder político interno. No es el momento de indagar, mas sí insistir, en su significado de normas básicas del respectivo territorio (art. 147.1 CE), que, en cuanto tales, han de contener imperativamente, las competencias asumidas [art. 147.2.d) CE] en el marco de la Constitución, marco que, como el mismo Tribunal Constitucional ya ha destacado, escapa de los solos arts. 148.1 y 149.1 de la alta norma (*v. gr.* SSTC 94/1985, del 29 de julio, o 56/1990, del 29 de marzo, entre otras varias)[22].

Todas esas tareas abordadas desde lo público requieren una serie de presupuestos que parten de la asunción de plural información y datos. El necesario complemento de ambos no es sino la clasificación bajo el orden que se estime preciso a los efectos deseados por el ordenante. Son estas

---

21 Idea de bienestar que, como es bien sabido, dio origen precisamente a la expresión de estado de bienestar, que fuese definida lúcidamente en 1950 como aquella combinación especial de democracia, bienestar social y capitalismo, por T. H. Marshall en su obra *Ciudadanía y clase social* (editorial Alianza, Madrid, 2007).

22 Como cabe esperar, no solo la jurisprudencia constitucional se hace eco de tal posibilidad en nuestro ordenamiento constitucional. La doctrina igualmente hace hincapié en tal realidad directamente observable en el alto texto fundamental [por todos, Fernández Farreres, G. (1999). «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en la jurisprudencia constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 2, págs. 27-28].

ISBN: 978-84-7777-740-3

dos facetas de obtención de información y resolución en consonancia a la misma, las que han experimentado una sobresaliente evolución y significado al socaire de las nuevas tecnologías aplicadas.

Pero la complejidad social es el elemento caracterizador de las sociedades modernas donde inciden diversos actores públicos simultáneamente. En nuestro país interactúan al propio tiempo la administración europea, la nacional, la autonómica, la foral (en el caso del País Vasco) y la local. Esta enumeración más o menos extensa, pero delimitada, de actores se ve confrontada con grandes sociedades privadas (muchas veces denunciados oligopolios) de implantación mundial, sujetas a unas reglas de actuación opacas y ágiles que están omnipresentes en todos los aspectos del entramado productivo y social, en los ámbitos públicos, así como privados de la ciudadanía. La naturaleza de estos conglomerados (Microsoft, Meta, Google…) es la ausencia de transparencia con la que suelen actuar y la de sus productos vinculados a las nuevas tecnologías que confeccionan a la carta bajo parámetros (podríamos calificarlos a nuestros efectos de algoritmos) ciertamente desconocidos y, por lo tanto, incontrolables, pero con relevantes impactos en las sociedades[23].

Tales complejidades interactuantes condujeron a los constituyentes de la década de los setenta a tratar de diseñar una administración pública que, por encima de su esperada pluralidad, fuera, ante todo, eficaz. Poca duda hubo al respecto en esos momentos de crisis mundial en los que, además, repensar la administración heredada del sistema político anterior se imponía bajo el impacto de la nueva estructura territorial posible, aunque se hiciera escaso hincapié en ese momento de advertido inicio de la era tecno digital a esta. Recuérdese que el término informática solo es acuñado en un precepto de los 169 de la Carta Magna, el 18, como especial sector al que detener la vista en cuanto posible vulnerador de determinados derechos fundamentales[24]. Otras expresiones, hoy lugar común como la de IA acuñada en 1956, no se pueden ni siquiera entrever en el texto.

La descentralización político-administrativa posibilitada por el nuevo texto constitucional y ensayada en su versión administrativa con los reales decretos-leyes de creación de organismos preautonómicos en el Estado, anunciaba con escasas dudas, que la proliferación de administraciones resultaría el escenario al que enfrentarse en los años venideros. Prolife-

---

23 A modo de ilustrativo ejemplo, puede leerse la redacción del BBC Mundo correspondiente al 15 de febrero de 2017 titulado *7 grandes problemas que están causando los algoritmos en el mundo*: perturbación de mercados financieros, fomento de discursos de odio en internet, distribución de noticias falsas, aumento de la desigualdad y de la discriminación, destrucción de empleos, vulnerabilidad de internet y falta de ética.

24 Merino Gómez, G. (2019). «Nuevos desafíos en torno al *big data*», en *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n.º extraordinario.

ración no solo cuantitativa (las nuevas comunidades autónomas emergentes), sino igualmente, cualitativa, en desarrollo del marchamo social contenido en la Carta Magna. Y ante este desafío, la norma por excelencia, la ley de procedimiento administrativo del 17 de julio de 1958, vigente en tales momentos, que «debía responder al nuevo dinamismo social conforme a los hitos de la gerencia empresarial, imprimiendo agilidad y eficacia en sus relaciones[25]», pronto se reveló insuficiente y superada por los avances tecnocientíficos. Y no es que estuvieran ausentes de su articulado principios de nuevo y correcto cuño como los arts. 29.1 y 30.2 que, respectivamente, recepcionaban los principios de economía, celeridad y eficacia e incorporaban una nueva dinámica de trabajo «por medio de máquinas adecuadas, con vistas a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas», sino que, en pocos años, las administraciones y sus nuevas y complejas funciones adquirieron tal magnitud que dicho modelo devino inoperativo. Así lo vino a reconocer el propio legislador unas décadas más tarde. La misma exposición de motivos de su sucesora, la Ley 30/1992, se refiere al planteamiento limitado anterior, fuente de graves dificultades para la necesaria modernización del procedimiento administrativo[26].

La puesta en marcha del título VIII de la Constitución supuso un nuevo desafío en varios frentes. Como apunta Revenga Sánchez, al parecer el estado compuesto no es el mejor modelo para quienes apuesten por la tranquilidad, ni para cuantos aspiren a reglas de funcionamiento indiscutidas e inmutables[27]. Pronto se advirtió la necesidad de actuar en el frente organizativo ante la proliferación de nuevas administraciones, las autonómicas emergentes. A este fin, pactos autonómicos de 1981 y la ya reconvertida en ley del proceso autonómico de 1983, van a ser elementos fundamentales en este momento. La pauta la daba ya en este *supra* nivel constitucional su art. 103.1 al prescribir como principio general de la actuación de todo sector público, el de eficacia que, como se ve, recoge la idea de la legislación positiva anterior, pero esta vez llevándolo a su máximo rango y jugando —en el decir de Parejo Alfonso[28]— como mecanismo constitucional de realización del estado social. Vendría a ser, pues, la vía de implementación de los deberes constitucionales positivizados en el art. 9.2 CE.

---

25 Canellas Mas, A. (2010). «La reforma administrativa en España (1956-58)», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 148, pág. 196.

26 En el punto 5 de la EM.

27 Revenga Sánchez, M. (2013). «La evolución del estado autonómico hasta la STC 131/2010». En Agudo Zamora (coord.), *La evolución del estado autonómico y el papel de las Comunidades autónomas en la segunda década del siglo XXI*, pág. 13, ed. Centro de Estudios Andaluces, Sevilla.

28 En la Presentación del doble n.º 218-219/1989 de la revista *Documentación Administrativa*, pág. 9.

ISBN: 978-84-7777-740-3

1. Los acuerdos autonómicos de 31 de julio de 1981[29]

En su mismo preámbulo se destaca la finalidad de generalizar el proceso autonómico para lograr una distribución homogénea del poder, reconociendo las diversas peculiaridades de nacionalidades y regiones, idea pronta que sintetiza la visión del Informe de expertos sobre autonomías de mayo de 1981 sobre los efectos del empleo de un inmoderado ejercicio del principio dispositivo en cuanto a la racionalidad de la organización del Estado. No debe olvidarse, como tempranamente señalara Sánchez Agesta, que la Constitución no contenía ningún precepto explícito y cerrado de la autonomía[30] y que su título VIII es ciertamente complejo e indefinido. Trayendo nuevamente a la cita palabras de Revenga Sánchez, «un implante ingeniosísimo, una operación de cálculo político que combinó magistralmente lo que era menester decidir de inmediato y lo que convenía dejar para más adelante provisionalmente irresuelto y a la espera de ulteriores concreciones[31]».

En esos inicios de década, estaban ya vigentes las Comunidades autónomas de País Vasco (LO 1/1979), Cataluña (LO 2/1979), Galicia (LO 1/1981) y en avanzada tramitación parlamentaria el proyecto andaluz que culminará en la LO 6/1981, del 30 de diciembre; Canarias y Valencia habían depositado sus anteproyectos en abril y junio respectivamente. El resto del Estado se encontraba bajo fórmulas preautonómicas que mayoritariamente pretendían seguir la senda no solo autonómica, sino la vía de acceso rápida del art. 151 constitucional[32]. Este año —1981— también será el del intento de golpe de Estado[33] coincidente con el pleno de inves-

---

29 Traen causa del Informe de la Comisión de Expertos sobre autonomías territoriales, encargado por Calvo Sotelo apenas llegado a la Moncloa, compuesta, bajo la presidencia de García de Enterría, por De la Cuadra-Salcedo, Sosa Wagner, Cosculluela Montaner, T. R. Fernández, Sánchez Morón y Muñoz Machado. Todos expertos con ideas y tendencias políticas diversas —desde la UCD hasta el PSOE—, algunos incluso ministros de Administraciones Territoriales (Cosculluela en 1982, sucediéndole De la Quadra-Salcedo, 1982-85).

30 Discurso del 9 de junio de 1981 ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas intitulado *Los principios materiales de la autonomía en la Constitución de 1978*. Por otro lado, y a mayor abundamiento, no debe olvidarse que el TC ha señalado sin ápice de duda alguna que la Constitución no define qué sea la autonomía (FJ 3 STC 100/84, del 8 de noviembre).

31 *Op. cit.*, pág. 15.

32 Los pactos señalan al respecto que «con la excepción de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía, los restantes territorios se constituirán en Comunidades autónomas por la vía del 143 CE». El arreglo para con Valencia y Canarias, cuyos anteproyectos de estatuto se habían elaborado conforme a las prescripciones del 151, vino de manos de dos leyes del art. 150 CE, la LOTRAVA y LOTRACA («Simultáneamente al estatuto de autonomía de Canarias, se tramitará una ley orgánica, conforme a lo dispuesto en el art. 150 CE, que transferirá a la comunidad en el marco de lo establecido por el art. 149 CE… En lo que respecta al País valenciano, se procederá a la adecuación de las previsiones competenciales del estatuto de Benicasim según las fórmulas anteriormente señaladas...».

33 Por Orden PJC/125/2026, del 24 de febrero, se desclasifica cierta documentación relativa a dicho intento (*BOE* n.º 50, del 25 de febrero).

tidura en el Congreso del candidato ucedista a la presidencia del gobierno, Leopoldo Calvo-Sotelo, tras la dimisión de Adolfo Suárez en el cargo en enero de 1981.

El efecto emulación[34] y el cierre constitucional del título VIII CE mediante los respectivos estatutos de autonomía (ahora ya por la vía del art. 143 CE) originaron una proliferación del entramado administrativo-organizativo a la hora del ejercicio de las competencias asumidas[35], con duplicidades y solapamientos evidentes[36], y en su estructura interna.

Esta eclosión de nuevas administraciones paralelas a las centrales del Estado y a las locales, basadas en peculiaridades de diversa índole (unas veces fundamentalmente históricas, otras más bien territoriales), se ven alimentadas por un escenario político donde el mero regionalismo comienza una cierta marcha hacia pretensiones más nacionalistas, plasmando en sus proyectos de estatutos maneras acopiadas por los de las Comunidades que abren el marco autonómico y caracterizadas por unos sesgos imposibles o difícilmente constatables en otros territorios.

Estos pactos ordenadores que no refrendaron ni AP ni nacionalistas vascos ni catalanes, se referirán a lo más destacado desde la óptica de la eficacia racionalizadora político-administrativa:

— Contención en cuanto al número de consejerías de los ejecutivos autónomos a constituirse.
— Limitación del personal de libre designación para apoyo de los órganos políticos.
— Gestión ordinaria de los servicios de las CCAA por las diputaciones provinciales.
— Adopción de medidas en los estatutos tendentes a evitar la burocratización y a impedir la construcción de una administración periférica propia de la comunidad.
— La designación de determinados cargos directivos de entre los mismos funcionarios.

---

34 Martín Guardado, Sergio (2025). «La cuestión de la identidad en el estado de las autonomías: pluralismo *vs.* exclusión». En S. Martín Guardado (director), *Identidades y estado autonómico*, pág. 28, ed. Dykinson, Madrid.

35 Muñoz Machado ya lo señaló al poco de implantarse la Constitución en los siguientes términos: «el problema de la burocracia es seguramente uno de los más delicados que se van a plantear entre nosotros en la medida que se vaya avanzando en el proceso autonómico» (en *Documentación administrativa*, n.º 182/1979, pág. 4).

36 Ruiz Martínez, A. M.ª (2015). «Las duplicidades administrativas», en *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, n.º 154, págs. 128 y ss. Más recientemente y con el pulso que supuso para la Administración la gestión holística del COVID Benito Arruñada (2020) llegó a calificar de *gravemente disfuncional* dicho sistema organizativo («Autonomías: ¿para qué?», en *Voz populi* del 6 de septiembre de 2020).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Estas limitaciones organizativas obedecían, como se ha apuntado, al deseo de contención de una hiperestructuralización administrativa, inconveniente tanto en el plano económico cuanto en el de la racionalidad operativa. Lo que faltaba ya era materializar esta visión e ideas en una norma de general aplicación que recondujera el proceso autonómico en marcha. Esa pretendió ser la labor del proyecto de ley orgánica de armonización del proceso autonómico, LOAPA que resultó mermada en naturaleza y finalidad por el Tribunal constitucional en su sentencia 76/1983, del 5 de agosto.

2. La normativización de la primera racionalización. De la LOAPA a la LPA

Los pactos bilaterales señalados entre el gobierno de la UCD y el principal partido de la oposición, PSOE, precisaron su traslación al mundo jurídico. Inicialmente se trató de llevar a cabo tal función mediante un proyecto de ley que armonizara *ex ante* el llamado proceso autonómico, mediante el recurso legislativo a las leyes previstas en el art. 150.3 CE.

El anteproyecto se elaboró siendo ministro de Administración Territorial Martín Villa, publicándose en el *BOCCGG* del Congreso, el 7 de julio de 1982. Sus preceptos dedicados a la armonización estaban referidos casi en exclusiva a racionalizar organizativamente las nuevas administraciones políticas con fundamento en principios constitucionales de eficacia y eficiencia. Su naturaleza de orgánica era precisa para estar a la altura del rango de los estatutos de autonomía a armonizar.

No llegó a entrar en vigor como tal, ya que fueron interpuestos varios recursos previos de inconstitucionalidad[37] que, acumulados, originaron la sentencia del Pleno 76/83, del 5 de agosto, bajo la presidencia del magistrado García-Pelayo, que declaró que la misma no podría ser promulgada ni como orgánica ni como armonizadora, señalando inconstitucionales varios de sus preceptos. El resto subsistió como ley 12/1983, del 14 de octubre, del proceso autonómico.

Dentro de lo que el TC entendió que respetaba la Constitución se encontraba el título V referido a la reforma de la administración del Estado. Su clave, a los efectos de un correcto ejercicio constitucional de los principios de eficiencia y eficacia, se encontraba en su art. 30.b), el cual disponía la supresión de toda estructura de gestión que resultara innecesaria tras el despliegue autonómico, incardinado entre las dos estructuras administrativas que la bordeaban, la estatal y la provincial. España debía reorientarse hacia una Administración de nuevo cuño, moderna y eficaz, no solo

[37] Se trata de cinco recursos presentados el 2 de agosto de 1982, el 311, 313, 314, 315 y 316, promovidos por Gobierno y Parlamento vascos, Gobierno y Parlamento catalanes y 50 diputados. Fueron acumulados mediante ATC de fecha 18 de noviembre.

por imperativo de la Carta Magna, sino por necesidad de la gestión de la nueva situación que, en el plano europeo, se estaba paralelamente negociando desde que en julio de 1977 el nuevo primer gobierno democrático, con Suárez a su frente, solicitara formalmente la adhesión a las Comunidades europeas y ello se reflejara medio año más tarde en el nombramiento como ministro de Relaciones con las Comunidades europeas, sin cartera, a Calvo-Sotelo[38].

Sin embargo, el efecto de la referida STC 76/83 fue más allá de la sola declaración de inconstitucionalidad de su fallo. En términos de García de Enterría, contó con la virtud indiscutible de «reconvertir definitivamente la construcción y la estructura del sistema autonómico (…) hacia el campo objetivador y neutro de la construcción jurídica de un verdadero estado compuesto»[39] y eso también discurre necesariamente por una racional articulación de las diversas y convergentes esferas de poder. La necesidad de dicha articulación se instala como elemento de gestión que habrá de materializarse no solo orgánicamente, sino, además, dotando a tales entidades de la mejor tecnología disponible donde el reto de una complejidad socio-dotacional exponencial incrementa el riesgo de un colapso del modelo de convivencia. Y lo anterior, al amparo de una ley rituaria administrativa de finales de los cincuenta, era, simplemente, imposible, desbordada por los nuevos escenarios autonómico y europeo desde 1986. Su sucesora Ley 30/1992 «introduce reformas profundas que tienen en cuenta la multiplicidad de administraciones públicas, así como para ampliar y reforzar las garantías ciudadanas para la resolución justa y pronta de los asuntos», afirma su exposición de motivos, la cual en dicho sentido confiesa «abrirse decididamente a la tecnificación y modernización y a la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas». Sin embargo, el salto técnico (la generalización informática y hasta el internet de las cosas) acaecido desde este último tercio de siglo XX al primer cuarto de este siglo XXI, genera nuevos riesgos y nuevas posibilidades de actuación a los que la Administración y el Derecho deben sin duda enfrentarse y de las que deben servirse. Ciertos aspectos de la sociedad de internet se ubican entre tales riesgos y la sucesiva normativa siempre ha ido (y quizá no pueda ser de otro modo) por detrás de la realidad.

La derogada Ley 11/2007 introduce la idea general de actuación administrativa automatizada (que tomará cuerpo doce años más tarde) de una normativa sectorial como es la tributaria, de manos de la previa ley general tributaria[40] que en su sección 4.ª, capítulo I, título III, rubricada «Tecnologías informáticas y telemáticas», contenía un art. 96 dedicado a la actuación *de forma automatizada*. Las Leyes 39/2015, 40/2015, el Real-Decreto 203/2021,

38 Real-Decreto 135/1978, del 10 de febrero.

39 *El sistema autonómico español: formación y balance,* pág. 12.

40 Ley 58/2003, del 17 de diciembre.

ISBN: 978-84-7777-740-3

el Plan de digitalización de las administraciones públicas 21-25, la estrategia nacional de IA 2024 y la agenda España digital 2026, junto con el Reglamento (UE) 2024/1689, del 13 de junio significan el marco fundamental, que no exclusivo, del modelo de implementación de una nueva tecnología disruptiva en nuestras administraciones en diferentes grados, como una herramienta más para el logro de sus objetivos de una manera cada vez más eficiente, eficaz, integradora y, al propio tiempo, respetuosa para con los derechos fundamentales de la ciudadanía que, poco a poco, va alterando ya el paradigma de actuación basado en modelos de los años noventa del siglo pasado que denunciara hace tan solo unos pocos años Valero Torrijos[41].

III. EL ENTORNO ACTUAL

La moderna sociedad actual española vive inmersa en los contextos europeo y mundial que la rodean. Su Constitución inaugura un marco jurídico prestacional que se ve especialmente ratificado con ciertos derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[42] y demás plural normativa de esta. El Estado moderno difiere del estado liberal de siglos precedentes, pasando de un abstencionismo como regla de actuación, a un intervencionismo omnipresente que altera, en consecuencia, su estructura. Sus brazos, la Administración, cobran necesariamente fuerza e intensidad y los conceptos de coordinación, gestión, eficacia y eficiencia pasan a erigirse en pautas necesarias de actuación para el logro de los fines atribuidos. Tales principios se alimentan entre ellos creando redes inevitables y necesarias para la adopción de las mejores políticas y decisiones basadas en datos e información. Ello, ligado al incremento de velocidad, capacidad de almacenamiento computerizado y al desarrollo de nuevas técnicas, aboca a sistemas de IA como los más idóneos para la labor pública.

Los gobiernos y sus administraciones no están siendo ajenos a tal realidad. Pero es que, ni podían serlo, ni pueden. El genérico mandato de actuación que sobre ellos recae desde la norma suprema, esa promoción de condiciones y remoción de obstáculos a las que alude en términos suficientemente claros el art. 9.2, unido a su labor de motor (o comotor) en el desarrollo del estado social, llevan inexorablemente a la proactividad. Un Estado abstencionista es, bajo nuestra alta norma, sencillamente, inconstitucional; bajo el derecho de la Unión Europea en la que nos encontramos desde hace cuatro décadas, contrario a su derecho originario (art. 3 TUE).

---

41 Valero Torrijos, J. (2019). «Las garantías jurídicas de la IA en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 58, pág. 93.

42 *DOUE* serie C 83, del 30 de marzo de 2010, reconocida como parte del derecho originario de la UE por el art. 6 del Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007.

De ahí que surja el debate de cómo y hasta dónde avanzar en la interacción administración/ciudadanía. El cómo ya se ha esbozado, a salvo de lo que a continuación se desarrollará. El dónde es cuestión de dirección política que en estas páginas no se puede abordar.

Habida cuenta que el avance tecnológico (la vía que responde al cómo) es exponencial, como bien nos recuerda Cortina Orts[43], la ya actual capacidad de las herramientas basadas en las tecnociencias y demás tecnologías disruptivas plantea una gran cantidad de cuestiones para las que es necesario encontrar respuestas adecuadas, porque hablar hoy de administraciones públicas no es sino hablar ya de administración electrónica y automatizada en un sentido *lato*[44]. Pero, ante todo, la primera de ellas es tener claro su labor en el escenario de plurales interacciones que representa la sociedad actual. La pregunta que desde la ética nos plantea la autora es el *prius* de cualquier otra consideración, el previo al punto de arranque de las actuaciones públicas: «saber la diferencia entre hacer uso de sistemas inteligentes y delegar en esos mismos sistemas decisiones significativas para la vida de las personas».

La reflexión en torno a la disyuntiva anterior debe necesariamente estar acompañada de la idea de que no se debe hacer todo lo que se puede. Idea que si en otros ámbitos se tiene claramente interiorizada mediante interdicciones sancionables (en el ámbito del derecho penal por antonomasia), en el campo de la técnica no goza de la misma unanimidad. Incluso desde ciertos sectores se llega a ver como una quimera inviable contraria a la propia esencia infrenable de la evolución tecnológica[45]. De ahí que el Derecho en sociedades responsables (democráticas) deba actuar imponiendo códigos de conductas a sus actores. En nuestro caso, cómo no, también a la Administración como usuaria, pero también a la Administración como promotora y creadora.

En este ámbito de las decisiones autónomas o semiautónomas mediante el uso de la tecnología computerizada, el mundo, puede decirse, se está polarizando en varios bloques diferenciables, creando una suerte de imperios digitales desarrollados conforme a los respectivos modelos de gobernanza coherentes con sus compromisos ideológicos. Presno Linera clasifica dichos modelos en torno a la relación que subyace a ellos entre mer-

---

43 Cortina Orts, A. (2024). *¿Ética o ideología de la Inteligencia artificial?,* ed. Paidós, Barcelona, pág. 32.

44 Rivero Ortega, R. (2016). «La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015», en *Cuadernos de Derecho Local,* n.º 41.

45 En marzo de 2023 el Future of Life Institute, que vio la luz en 2015, *pedía ya una moratoria de al menos seis meses en el desarrollo de sistemas avanzados de IA* a la luz de la carrera en el desarrollo y efectiva implementación de sistemas de IA que nadie puede predecir (ni siquiera sus creadores), ni controlar de una manera suficientemente confiable. *Carta firmada por más de 1.000 expertos,* moratoria, sin embargo, no fue aceptada.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cado, Estado y derechos individuales y colectivos, advirtiendo, no obstante, que no se trata de modelos puros y que, en determinada medida, se encuentran comunicados e imbricados[46]. Tales macro marcos digitales (norteamericano, chino y europeo) ponen principalmente —aunque no exclusivamente— el acento en el ámbito social, el cual se alza como elemento a reforzar por antonomasia. El espacio europeo definido en sus normas constitutivas, así como por el Derecho de sus Estados miembro, se centra en la construcción de una economía social de mercado[47] (art. 3.3 de su tratado constitutivo) compatible con intervenciones estatales como la planificación económica general de nuestro 131.1 constitucional, donde los derechos y libertades de la ciudadanía se incorporan también como elemento diseñador del modelo. Muestra de ello resulta la palpable evolución desde la mera Comunidad Económica Europea a la Unión Europea de nuestros días, fundamentada, entre otros, en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad y derechos humanos (art. 2 TUE), en sintonía con el art. 10.1 CE. Estos valores, que sitúan en el centro de la configuración política y de su desarrollo a la persona individual y social, deben llevarnos al interrogante que se plantea el Grupo europeo sobre ética de la ciencia y nuevas tecnologías (EGE[48], en inglés) en 2018: *¿Cómo se deben rediseñar nuestras instituciones y leyes para que estén al servicio de las personas y de la sociedad y para hacer de esta un lugar seguro ante la aplicación de la IA?*[49]. Es decir, una IA puntera, segura y ética, como señaló en la época la comisaria de Economía y Sociedad digital, Mariya Gabriel, pues el conocimiento artificial que desarrolla esta herramienta no solo puede afirmarse que sea paralelo al humano, sino que compite directamente con este superándolo, pudiendo ser origen de realidades artificiales (*deepfakes*)[50] y de pensamientos y acciones inducidamente desinformadas, que han permitido a cierto autor[51] poder hablar ya de «democracias zombis» como ese estado en el cual la ciudadanía no hace sino mostrarse como espectadora de una actuación. Este conocimiento artificial algorítmico —como se ve— marca una diferencia histórica radical con respecto a lo acaecido en etapas históricas prece-

---

46 Presno Linera, M. A. (2025). «El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial: ¿garantía del mercado o defensa de los derechos?», *op, cit.,* pág. 15.

47 Expresión que se acuña por el economista ordoliberal alemán Alfred Müller-Armack en 1946 como un *tertium genus* entre dirigismo y liberalismo económico.

48 *European Group Ethics*, fundado en 1991 a instancias del presidente de la Comisión Europea, el francés Jacques Delors.

49 Declaración sobre IA, robótica y sistemas autónomos del 9 de marzo de 2018. Su texto puede verse en *La Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n.º 48/2018.

50 Fue famoso el primer vídeo elaborado con IA en marzo de 2022 por Rusia en el conflicto ucraniano en el que se puede ver al presidente Zelensky alentar a sus conciudadanos a deponer las armas frente al ejército ruso.

51 Runciman, D. (2019). *Así termina la democracia*, ed. Paidós, Barcelona, pág. 47.

dentes. Muy posiblemente el matemático persa del siglo IX del cual deriva el término, Al-Juarismi, nada podía predecir del estado actual de su método de cálculo.

La normativa vigente que representa el marco legislativo de la IA se encuadra en el objetivo de mejora de la gestión eficiente, en nuestro caso, referida al sector público, a través de la automatización de la gestión, de los procesos y del uso de la IA[52]. Esta aspiración no representa sino una de las encomiendas naturales de toda administración pública democrática. Ahora bien, se ha de tener presente en todo momento que estas nuevas tecnologías disruptivas no son técnicamente neutrales, de ahí el principio de neutralidad tecnológica. Como insiste Cortina Orts, creer lo contrario, sí es pura ideología[53]. Detrás de ellas existen los parámetros de su actuación y sus posibles sesgos son uno de los grandes caballos de batalla presentes en su concepción. Estas, en definitiva, fórmulas matemáticas en que consisten sus algoritmos, son ideados por sus creadores con una finalidad que difícilmente puede escindirse de una intencionalidad concreta subyacente. Sesgos que, en su versión no contenida, pueden aumentar la desigualdad y amenazar a la misma democracia[54], permitiendo —como ya apuntara Habermas en los años sesenta[55]— una *dominación* que vulnere el espacio público como condición estructural del pluralismo democrático. Por ello, el tema de la ética en dichas fórmulas algorítmicas es algo que no debe dejarse de lado, sobre todo cuando estas nuevas tecnologías ya están implantadas como herramientas de gestión social en algunas ocasiones de forma opaca sin explicar su lógica al afectado[56].

IV. APLICATIVOS DECISORIOS, TRANSPARENCIA Y STS 119/2025

El sector público ha incorporado ya ciertos aplicativos basados en algoritmos para la gestión de sus tareas. No es algo ausente del día a día de nuestra administración[57]. Por otro lado, es algo común en sociedades mo-

---

52 A destacar el Plan de digitalización de las administraciones públicas 21-25. El reto —señala en su introducción— se encuentra en poder desarrollar unos servicios públicos digitales más (…) eficientes.

53 *Op. cit.*, pág. 75.

54 O'Neil, C. (2018). *Algoritmos = armas de destrucción masiva*, ed. Capitán Swing, Madrid.

55 Habermas, J. (1986). *Ciencia y técnica como ideología*, ed, Tecnos, Madrid.

56 Moreno García, J. (2025), *op. cit*, pág. 324.

57 Cuadros sobre la aplicación de estas diferentes herramientas tecnológicas en las administraciones a un nivel europeo ordenadas por ciertos sectores relevantes, puede verse en Torrecillas-Salinas, C. *et al.* (2023). «¿Para qué sirve la IA en el sector público? Casos de uso y perspectivas de aplicación», en la obra colectiva dirigida por Eduardo Gamero Casado, *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, ed Tirant lo Blanch, Valencia.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dernas donde incluso se ha abordado la necesidad de una regulación estricta de los mismos. Estados Unidos, líder en innovación tecnológica, cuenta con su *Algorithmic Acountability Act,* Canadá con su *Directive sur la prise de décisions automatisées*.

En nuestro país coexisten ya varios aplicativos, algunos basados en algoritmos expertos[58] (*ruled based*, en inglés), otros basados en IA-*Deep Learning*[59]. Los más relevantes son el conocido como Bosco (bono social y cooperación) en cuanto aplicación decisoria fruto del Real-Decreto 897/2017, del 6 de octubre, y la Orden ETU/943/2017, igualmente de un 6 de octubre; VioGén, aplicación que desarrolla la ley orgánica 1/2004, del 23 de diciembre, sobre medidas de protección contra la violencia de género, en vigor desde 2007 y en la actualidad su revisión VioGén2; Minerva, desarrollada por orden HFP/55/2023, del 24 de enero, herramienta informática de análisis de riesgo de conflicto de interés que la Agencia Estatal de Administración Tributaria pone a disposición de todas las entidades decisorias, ejecutorias e instrumentales participantes en el Plan de recuperación, transformación y resiliencia (art. 4.1); y Baredi como medidora de grados de discapacidad, instaurada por Real-Decreto 888/2022, del 18 de octubre.

Algunos de ellos no son sino meros apoyos a la decisión a adoptar por el órgano competente; algún otro, en cambio, presenta una naturaleza decisoria que abre o cierra la puerta al ciudadano a la prestación correspondiente, exactamente la aplicación Bosco por la que las comercializadoras conceden o no el llamado bono social energético. Sin embargo, y con independencia de la fuerza coercitiva del resultado del aplicativo, la fuerza objetivamente racional de la propuesta que realizan estos algoritmos genera una suerte de intimidación al resolutor de forma que escasamente se adoptan acuerdos contrarios a aquélla; es por ello que una IA fiable y de vanguardia debe extremarse en perfilar adecuadamente su principio de equidad en la dimensión procedimental, no coartando la capacidad de oposición del órgano resolutor frente a las decisiones propuestas por aquélla[60].

Aplicaciones de software como las descritas operan en general dando una respuesta a una cuestión planteada de conformidad a la información que la alimenta. A mayor información —datos— se entiende que el pro-

---

58 En ellos las reglas prefijadas representan funciones que establecen una relación entre los ejemplos y las clases de decisión. Se expresan de la forma *If P, then Q* (Filiberto, Y. *et al.* (2011). «Algoritmo para el aprendizaje de reglas de clasificación basado en la teoría de los conjuntos aproximados extendida», en *DYNA. Revista de Ingenieros*, n.º 169, pág, 62.

59 *Sistema basado en redes neuronales artificiales que imitan el funcionamiento de las neuronas y mecanismos básicos del cerebro, intentando aproximarse a la forma de pensar humana.*

60 Directrices éticas de una IA fiable, de fecha 8 de abril de 2019, elaboradas por los 52 miembros del Grupo de expertos en IA constituido por la Comisión Europea en 2018.

grama proporcionará una mejor solución. En principio la regla anterior es sencilla y parece ser ajustada a la equidad y a la justicia. Ahora bien, pueden surgir problemas que la sola dinámica anterior difícilmente ayuda a revertir. El desconocimiento del contenido algorítmico en que descansan dichas aplicaciones, que se ha llegado a calificar como uno de los secretos mejor guardados de hoy en día[61], genera el gran problema en cuanto a la dificultad añadida de conocer la causa o causas en que se funda la resolución tomada. Pero no solo ello, sino lo que se ha dado en llamar la eticidad de los mismos es algo escasa o nulamente contemplado en su elaboración. A estos efectos, el desafío que planeta Cortina Orts de diseñar guías éticas para incorporarlas en los sistemas inteligentes de forma que estos actúen éticamente[62], de momento, representa una quimera que los sistemas democráticos habrán necesariamente que abordar de una manera decidida, no pareciendo suficiente el mero compromiso europeo adoptado en su Declaración de derechos y principios digitales del 2022[63] de «adopción de medidas para garantizar que la investigación en IA respete las normas éticas más estrictas» contenido en su capítulo III, por lo ambiguo e indefinido del mismo.

Innerarity subraya que cuantas más actuaciones y políticas públicas se justifiquen en datos, más trascendental será conocer los presupuestos que subyacen en la decisión de atender a unos y no a otros y a los sesgos que manifiestan. Es la cuestión de la transparencia de los códigos matemáticos del software a la que hay —como se ha apuntado líneas más arriba—, resistencia. La opacidad es uno de los riesgos de esta tecnología. Sin embargo, no debe olvidarse que la transparencia es en nuestro ordenamiento no solo un principio general de actuación de todas las administraciones en su labor de servicio objetivo de los intereses generales (y principio de aplicación inmediata *ope constituione* conforme señaló prontamente el Tribunal constitucional en su sentencia 18/1981, de 8 de junio), tal y como señala el art. 3.1 de la Ley 40/2015, sino que, sobre todo, representa un derecho recogido en el art. 105 del texto constitucional[64], desarrollado en la Ley 19/2013, de Transparencia. Derechos cuyo contenido en este ámbito se ha visto perfilado por la Carta de derechos digitales de julio de 2021, la cual, como ella misma establece en sus consideraciones previas, pese a carecer de carácter normativo, se presenta como documento *descriptor de derechos instrumentales o auxiliares de los constitucionales*[65]. En este sentido se contiene en sus apartados b y c de su punto XVII.6 el expreso

61 Cardon, D. (2018). *¿Con qué sueñan los algoritmos?,* ed. Dado, Madrid, pág. 102.

62 Cortina Orts, A. (2024), *op. cit.,* pág. 33.

63 *DOUE* serie C23, del 23 de enero de 2023.

64 Derecho subjetivo ordinario y no fundamental, como destaca la STS del 7 de febrero de 2023 (FJ 5).

65 Consideraciones previas de la Carta.

ISBN: 978-84-7777-740-3

derecho a la transparencia en relación a las administraciones[66]. Igual idea, aunque con el lenguaje de compromiso europeo, se expresa la Declaración europea de derechos y principios digitales para la década digital de diciembre de 2022[67].

Esta ausencia o deficiencia de transparencia puede ser originada por varias causas[68]. Sin embargo, solo una de ellas, la intencionada, es objeto de recriminación y la jurisprudencia se ha pronunciado poniendo freno a ella en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 1119/25, del 11 de septiembre. La sala tercera del Tribunal Supremo hubo de pronunciarse sobre una sentencia de la Audiencia Nacional del 30 de abril de 2024 que desestimaba el recurso de apelación presentado ante ella contra la sentencia del Juzgado Central de los Contencioso-Administrativo n.º 8 de Madrid, de fecha 30 de diciembre de 2021.

El núcleo decisorio de la resolución del alto tribunal descansa en el análisis del significado del conocimiento de los algoritmos informáticos (códigos fuente) en una sociedad digital democrática. La resolución de una controversia instada por una asociación[69] sirve de base al órgano judicial para establecer de forma clara la postura que en una sociedad cada vez más tecnologizada ha de ocupar la lucha contra la opacidad de las expresiones algorítmicas.

En las reflexiones que sustentarán el fallo favorable a la transparencia programática realiza la necesaria ponderación de intereses que están presentes constitucional y legalmente en la controversia: el derecho de acceso a la información detentada por los poderes públicos, sus límites y la interpretación de los mismos, la tutela de los intereses particulares de la ciudadanía, el derecho de propiedad sobre los productos intelectuales y el rol ciudadano en la fiscalización de la actividad pública. Es decir, trazabilidad, explicabilidad y auditabilidad.

A) La sentencia reflexiona sobre la importancia por su trascendencia, que este derecho adquiere en las democracias digitales. Ciertamente del

---

66 XVII.6.b): «Transparencia sobre el uso de instrumentos de IA y sobre su funcionamiento y alcance en cada procedimiento concreto y, en particular, acerca de los datos utilizados, su margen de error, su ámbito de aplicación y su carácter decisorio o no».

Por su parte, el apartado c) dispone: «Obtener motivación comprensible de las decisiones adoptadas en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes, tecnología empleada, así como de los criterios de aplicación de las mismas al caso».

67 Su capítulo III abarca el compromiso de velar por un nivel adecuado de transparencia en el uso de algoritmos e IA.

68 Martín Delgado las denomina jurídica, sociológica e intrínseca en su capítulo «Aplicación del principio de transparencia a la actividad administrativa-algorítmica», publicado en la obra colectiva dirigida por Eduardo Gamero Casado (2023), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 157.

69 Fundación ciudadana Civio.

mismo ya se hizo eco el constituyente a finales de los setenta y en un doble sentido como principio al cual ajustar su actuación la administración y en cuanto derecho constitucional no fundamental; no obstante, su significación se ha incrementado conforme la administración aumenta su incidencia en la sociedad (con la edificación de un verdadero estado social) y con tecnologías menos físicas y más virtuales basadas en complejos sistemas operativos no tangibles. Este es el proceder con la tecnología de sistemas informáticos. Insiste en la ya decana jurisprudencia del constitucional sobre la naturaleza de los derechos recogidos en la Carta magna: esta no consagra derechos y libertades meramente teóricos o ilusorios; los derechos de los que la ciudadanía se dotara en 1978 son reales y efectivos. Ello deriva a un estado *favor iuris,* donde sus restricciones han de ser concebidas e interpretadas limitadamente, como así, consecuentemente, se sanciona en la ley 19/2013, de transparencia. Es el principio de la transparencia algorítmica al que alude en el fundamento jurídico sexto del fallo que se comenta, derecho subjetivo ciudadano frente a la administración.

B) Como todo derecho, no es absoluto. El fallo no puede sino aludir a esta circunstancia que analiza en su fundamento jurídico séptimo. Ciertamente no es novedoso en su doctrina general, que aplica a la interpretación de los límites legales a dicha facultad de acceso documental contenidos en los arts. 12 y siguientes de la Ley y a la ponderación de intereses contrapuestos en liza. La formulación amplia del derecho de acceso configurado en nuestro ordenamiento impone que sus limitaciones hayan de aplicarse de una forma justificada y proporcionada.

C) Una ciudadanía en democracia es una ciudadanía con derechos. Como señala, limitables, pero derechos que nunca han de perder su recognoscibilidad. Inherente a la ostentación del derecho, figura su ejercicio efectivo. Ante la conculcación de este, la posibilidad de reacción —tutela— precisa el conocimiento del razonamiento mediante el cual esta se ha llevado a término. Lo contrario generaría indefensión en la esfera ciudadana. Su fundamento jurídico séptimo manifiesta expresamente esta cuestión: la motivación de los actos administrativos es igualmente predicable de las actuaciones administrativas automatizadas, lo cual no deja de ser plenamente coherente con la efectividad que se predica de la tutela judicial en el ordenamiento. En este sentido, es loable que el Tribunal haya consignado la equiparación de los actos sin distinción, declarando la sujeción de los amparados por estas decisiones automatizadas al que ha de ser omnipresente control jurisdiccional.

   Pero es que, como es en el asunto judicializado, la necesidad de fundamentación suficiente, adecuada y conveniente so pena de nulidad conforme al art. 35.1 de la ley 39/2015, se convierte en elemento de justicia material en la eficaz construcción del estado social. El aplica-

ISBN: 978-84-7777-740-3

tivo Bosco lo es para favorecer ayudas a determinados consumidores precarizados, los llamados consumidores vulnerables. El rechazo a la concesión de la ayuda que comunican las comercializadoras eléctricas al consumidor basado en la resolución Bosco, dificulta, si no impide, la efectiva recurribilidad del acto (FJ 8), de manera que el presunto consumidor vulnerable (económicamente) escasamente acomete la vía jurisdiccional para el amparo de sus derechos, siendo la vía más seguida la de las Juntas arbitrales de consumo con, en la práctica, nulos poderes efectivos de exigencia de fundamentación del rechazo comunicado al usuario/consumidor.

D) La actividad del poder público ha de ser fiscalizable por los administrados. Esta idea general establecida como principio en los párrafos 1 y 3 del art. 9 constitucional, es inmanente a todo estado democrático. El ciudadano y aún más el ciudadano interesado, ha de poder conocer la motivación de la actuación administrativa. Como no podía ser de otro modo, la sentencia insiste en esta idea basilar de todo estado democrático.

Estas reflexiones llevan al supremo Tribunal a fallar favorablemente a la pretensión del recurrente abriendo el camino a una línea jurisprudencial adaptada a los nuevos riesgos y desafíos que plantea la actual sociedad tecno-digital. La transparencia en las actuaciones del poder público ha de internarse en este mundo virtual hasta los nuevos elementos de adopción o de apoyo a la adopción de decisiones, pues la mera forma con la cual se toma la decisión no puede servir de elemento de desplazamiento de la fundamental prerrogativa del conocimiento de las razones internas que sostienen la decisión concernida. El algoritmo, el código fuente, la expresión en lenguaje informático de sus reglas, no puede convertirse en sustituto de la ley.

V. EL MOTOR EUROPEO. ¿EL NUEVO EFECTO BRUSELAS?

Obviamente Europa no se ha quedado al margen de esta realidad y aunque de momento no estemos en presencia de regulaciones agotadoras ni sistemáticas (de ahí la necesidad de normativa armonizadora como se titulará el reglamento de la UE 2024/1689) y todavía el *soft law* esté muy presente en esta temática, sí puede apreciarse el comienzo del abordaje de la misma desde una triple perspectiva: la ética, la técnica y el *hard law*[70]. Su labor es especialmente profusa a partir de mediados de la segunda década del presente siglo. A principios de 2017 el Parlamento insta a la Comisión a evaluar el impacto de la IA y a preparar una estrategia europea de regula-

70 Hernández Peña, J. C. (2023). «Organización y gobernanza de la IA: marco general», en Gamero Casado (director), *Inteligencia artificial y sector público…, op. cit.*, pág. 600.

ción[71]. A ello se suma igualmente el Consejo Europeo[72]. En 2019 se adoptan las Directrices éticas para una IA fiable[73], a comienzos del 2020 el Libro blanco sobre IA[74], en abril de 2021 la evaluación del impacto de la IA[75] y así un largo etcétera hasta el momento presente que, desde luego, no se cierra con el reglamento de IA de 2024[76] como, al poco de su publicación, señalara ya Manterelo[77]. Igualmente, la Unión ha trabajado en paralelo con otros organismos internacionales en la suscripción de acuerdos sobre la materia. Como ejemplo quizás más notable, permítasenos citar el Convenio del Consejo de Europa sobre la IA, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho suscrito el 17 de mayo de 2024 y firmado pocos meses más tarde (el 5 de septiembre) en nombre de la UE por la vicepresidenta de la Comisión, Vera Jourová, durante la Conferencia informal de ministros de justicia de los Estados miembros del Consejo de Europa celebrada en Vilna, Lituania.

Sin embargo, sí se puede afirmar que el citado Reglamento sobre IA 2024/1689, del Parlamento y Consejo de la UE, supone, en el momento presente, un hito fundamental de su estrategia digital, del cual se espera replique el efecto emulación, lo que se calificó como «efecto Bruselas[78]». Una normativa general no agotadora[79] que adopta un enfoque regulatorio horizontal[80] que cubre los variados impactos que la IA puede causar, ba-

---

71 Resolución del Parlamento europeo del 16 de febrero de 2017 (2018/C252/25), *DOUE* serie C 252, del 18 de julio de 2018.

72 En el Consejo del 19 de octubre de 2017 *el Consejo europeo ruega a la Comisión que, a principios de 2018, proponga un planteamiento europeo respecto de la IA*.

73 <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

74 COM (2020) 65 final, del 19 de febrero.

75 <https://artificialintelligenceact.eu/wp-content/uploads/2022/06/AIA-COM-Impact-Assessment-1-21-April.pdf>.

76 Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento y del Consejo, del 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA y se modifican ciertos otros reglamentos (*DOUE* serie L 1689, del 12 de julio de 2024). En el *DOUE* del 9 de octubre de 2025, serie L 2025-90802, se ha publicado una corrección de errores del reglamento.

77 Manterelo, A. (2024). «El Reglamento de Inteligencia Artificial: la respuesta del legislador europeo a los retos de la inteligencia artificial», pág. 58, en Cotino Hueso, L y Simón Castellano, P. (directores), *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial de la UE*, ed. Aranzadi S.A.U., Madrid.

78 Ortiz Laverde, S. M. (2025). «El efecto Bruselas y la ley de IA de la UE: ¿un nuevo estándar regulatorio para Latinoamérica?», en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n.º 16. No obstante, la paternidad del término se debe a Anu Bradford (*The Brussels Effect. How the European Union rules the world*, ed. Oxford Universitary Press, NY, 2020).

79 Deja al margen de su regulación por ejemplo el significativo tema de las responsabilidades. Igualmente entendiendo la dinámica europea de intervención subsidiaria y proporcional (art. 5.1 TUE), deja ciertos espacios a sus estados miembro. Formalmente la norma consta de 180 considerandos, 113 arts. y 13 anexos.

80 De Miguel Asensio, P. A. (2025). «Reglamento (UE) 2024/1689, de IA y derecho internacional privado», en *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 77, pág. 225. China es, por el contrario, ejemplo de enfoque, diríase, vertical, con regulaciones específicas para cada tipo de IA.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sada en el riesgo, que da forma jurídica a la idea de que no se debe hacer todo lo que se puede, una forma de asimilación del principio de precaución ante riesgos concebidos bajo diversa tipología (inaceptables, alto riesgo, riesgo limitado, mínimo), alineada con la Carta de derechos digitales del Gobierno de España (julio 2021) que la entiende como vehículo para alcanzar el bien común asegurando cumplir con el principio de no maleficiencia (apartado XXV). Es destacable, asimismo, la asunción por el legislador comunitario de sus limitaciones frente a la cambiante velocidad de la tecnología digital y a la capacidad del ser humano para ingeniar aplicativos al margen de la regulación vigente. Pero «¿Cómo regular algo que no deja de cambiar?», es el interrogante que se plantean ciertos autores[81] a la luz de las complejidades y dilaciones temporales que acarrea todo proceso legislativo europeo (entre año y medio y dos de media). El legislador ha sido consciente de ambas realidades, que trata de abordar bajo la técnica de los actos delegados en la Comisión prevista en el art. 290 TFUE, esto es, actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo delegante. Dicha delegación se contiene en el art. 7 RIA, el cual, como se acaba de destacar, faculta a la Comisión para, a través de esa figura jurídica, modificar el anexo III mediante la adición, modificación o supresión de casos de sistemas de IA calificados de alto riesgo (referidos en el cap. III, arts. 6 y ss. y dicho anexo), consultando previamente a los expertos designados por cada Estado. Tal delegación opera para un período de cinco años a contar desde el primero de agosto de 2024, prorrogándose tácitamente por iguales períodos salvo si el Parlamento o el Consejo se opusieren a tal prórroga. En todo momento se puede revocar la delegación.

Los objetivos que marca el Reglamento para la regulación de esta herramienta disruptiva se contienen en su art. 1: mejorar el funcionamiento del mercado interior, promover la adopción de sistemas de IA centrados en el ser humano y, en tercer lugar, prestar apoyo a la innovación.

A) Mejora del mercado interior. Es una concreción del art. 114 TFUE y, cómo no, es una manifestación del sentido originario de las Comunidades Europeas. Nada extraña, pues, que sesenta años más tarde, una norma tan significada como el comentado reglamento se manifieste como una regulación en pos de tal objetivo. Se trata de una normativa general para los estados miembro que, al propio tiempo, pretende ser fiel al principio de subsidiariedad, permitiendo espacios de decisión y adaptación a éstos (art. 62.1 RIA).

---

81 Corvalán, J. C. y Carro, M. V. (2024). «El RIA desde fuera de la Unión europea: impulsos reguladores desde otras partes del mundo y una visión desde Iberoamérica», pág. 87. En Cotino Hueso, L. y Simón Castellano, P. (directores), *Tratado sobre el Reglamento de IA…*, *op. cit*.

Mejora que es compatible y se trata de alcanzar, entre otras, mediante dos decisiones a saber. De un lado, estas disposiciones se aplican teniendo en cuenta el criterio territorial. Las mismas son de obligado cumplimiento a los sistemas de IA independientemente de su procedencia. De otro, y como viene siendo advertencia común de la doctrina, estas limitaciones y restricciones pueden lastrar la necesaria investigación en la materia, bien frente a ciertos estados, bien frente a grandes corporaciones[82]. La manera de abordar esta cuestión ha sido recoger una excepción en su ámbito de aplicación. Nos referimos a su art. 2.8 que declara su inaplicabilidad a la actividad investigadora. Sin embargo, el resultado de esta sí se encuentra plenamente sujeto a la norma.

B) Sistemas de IA centrados en el ser humano. Esta es una de las características más relevantes de este modelo europeo y que informa toda la norma. Una concreción de las directrices europeas para una IA fiable de 2019. No solo se presenta como una decisión legislativa al servicio de las personas, sino que, ante todo, se prohíbe o se sujeta a altas precauciones cuando los derechos fundamentales se pueden ver afectados más allá de lo estimado soportable. Es por ello que, a través del mecanismo de clasificación en riesgos, directamente interdicte ciertas prácticas de IA, las contenidas en su art. 5, y someta a rigurosos controles las calificables como de alto riesgo (art. 6 y anexo III), singularmente la omnipresente supervisión humana de estos últimos (el conocido anglicismo *Human in the Loop*, art. 14). No obstante, estas afirmaciones las entendemos perfectamente compatibles con la afirmación de algún autor de que el eje de la normativa sea la seguridad industrial[83], donde el liderazgo en su elaboración ha sido detentado por la Dirección general de mercado interior, industria, emprendimiento y pymes. Sería equivocado minusvalorar la relevancia de la protección de la ciudadanía relegar esta a un mero acompañamiento cuasi estético de la función económica ligada al mismo.

C) Apoyo a la innovación. Europa es plenamente consciente de los principales actores en esta tecnología que avanza cada día sin alcanzarse a ver plenamente el significado final de sus posibilidades. Y es, por ello, que las mismas han originado diversas corrientes de comprensión de la IA, desde las más simples ya en aplicación, hasta las solamente estimadas[84].

---

82 Alessandro MANTERELO (2024) señala que *no se puede entender el RIA sin tener presente el dominio de EEUU y China de los mercados de la IA* (en *La respuesta del legislador europeo a los retos de la IA, op. cit.,* pág. 54).

83 Manterelo, A. (2024). *La respuesta del legislador europeo a los retos de la IA, op. cit.*, pág. 56.

84 Seguimos *la clasificación de las múltiples propuestas,* de Arend Hintze.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> La IA es parte del futuro y parte de este discurrirá a su través; por ello, sus actores moldearán el porvenir a su conveniencia. Esta aseveración entendemos que consensua un generalizado acuerdo. Y en un modelo de IA humanista como el promocionado desde la EU, el desafío de esta es lograr la conciliación entre su visión como herramienta al servicio social y de la industria, sin obstaculizar los intereses económicos del viejo continente. La UE y sus gobiernos no solo son reguladores y usuarios, también desarrolladores e impulsores en un mercado en el cual se estima que para 2030 esta tecnología pueda contribuir con 19,9 billones de dólares a la economía mundial; nada más y nada menos que un 3,5% del PIB mundial[85]. Todo ello en un entorno de continuo movimiento fuertemente influenciado por visiones que atienden a otros modelos (EE. UU., Rusia, China…). Se trata de una tecnología en constante evolución.
>
> El legislador europeo ha pretendido atajar tal realidad desde una doble perspectiva que ha intentado compatibilizar. De un lado, plantea prácticas de IA prohibidas, incompatibles en el espacio europeo (con la excepción de fines militares, de defensa o de seguridad nacional) definidas en su art. 5. Otra segunda categoría de prácticas, las de alto riesgo, las define en su artículo siguiente, el 6. Tanto estas prohibiciones como las restricciones y limitaciones de las segundas, tratan de preservar los bienes explicitados en su primer precepto: salud, seguridad, derechos fundamentales, democracia, estado de derecho y medio ambiente. Es decir, una IA al servicio del ser humano y de sus sociedades, democrática y de conformidad a las reglas de derecho; dicho de otro modo, una IA sujeta a limitaciones y ética.
>
> Las restricciones que la anterior afirmación plantean pueden suponer, de otro lado, un lastre a sus avances innovadores. El legislador ha tratado que esta posibilidad no descabalgue a la UE del liderazgo al que aspira a alcanzar. La vía de la cual se ha servido ha sido excluyendo a la investigación antes de su puesta en servicio o introducción en el mercado —como se ha apuntado— de su ámbito de aplicación (art. 2.8). No queda claro en el RIA la viabilidad de su exportación a otros espacios territoriales de prácticas de IA prohibidas en su interior.

Toda esta tecnología novedosa en algunas de sus manifestaciones está al servicio de las administraciones públicas ya. Su implantación está siendo progresiva y decidida, y si bien es cierto que está procurando una aceleración en su actividad, redundando en una mayor eficacia, no lo es menos que, en ciertos ámbitos genera espacios dudosamente compatibles con ciertos derechos ciudadanos. El programa Bosco, de indudable utilidad,

---

85 International Data Corporation (2024). *The Global Impact of AI on The Economy and Jobs: AI will Steer 3.5% of GDP in 2030.*

puede incidir en determinadas ocasiones (como así lo hace) en situaciones de vulneración del derecho de tutela en sus versiones no solo judicial, sino también administrativa. La limitada justificación de sus resoluciones supone un hándicap al administrado a la hora de tratar de salvaguardar su derecho en liza, algo que se repite ante órganos de protección del consumidor que no cuentan con mecanismos *ad hoc* suficientes para valorar la corrección del acto final. Ello aboca a una deficiente salvaguarda de los derechos de la ciudadanía, convirtiéndose una mera herramienta al servicio de la mejora de la sociedad en un muro infranqueable limitador de sus aspiraciones. Que ello no sea así, está en manos del responsable humano encargado del servicio administrativo involucrado; ahora bien, la realidad está demostrado que ello no siempre sucede de tal manera por múltiples razones, de entre las cuales el predicamento de infalibilidad de tales sistemas innovadores y técnicamente «neutrales»[86], no es precisamente, la menor. Sin embargo, la regulación contenida en esta norma europea de primera generación será el marco de actuación general del sector público europeo. Es de esperar que en estas cuestiones la fuerza tractora de las normas europeas tenga su reflejo en varios espacios necesariamente compatibilizables: el nacional interno, el propio europeo y el extracomunitario. Todos ellos coadyuvando a perfilar mejor una herramienta de la cual mucho está por descubrirse, al servicio del progreso de la persona.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El sector público en su configuración y actuación no puede dejar de ser hijo de su tiempo. Dicho tiempo en la actualidad viene caracterizado por una serie de factores que lo constituyen y lo condicionan. No vale cualquier administración, no vale actuar de cualquier manera, no vale servirse de cualesquier herramientas de actuación. Por un lado, está el plural marco normativo; por otro, las posibilidades tecnológicas de las que servirse para alcanzar los fines asignados. Si bien pudiera sostenerse que los fines a alcanzar le vienen externamente determinados desde el ordenamiento, no siempre se puede afirmar lo anterior respecto a las tecnologías a aplicar para alcanzarlos. Es en este momento de la implementación de su actividad en el que puede decirse que goza de cierta soberanía. La Administración no es solamente usuaria de soluciones tecnológicas; entre su actividad también se cuenta la de fomento, promoción y creación de las mismas. Y estas van evolucionando hacia posibilidades de intervención cada vez más invasivas en las esferas privada y pública. Ciertos derechos fundamentales

86 El National Institute of Standards and Technology del Departamento de Comercio de EE. UU. (NIST) ha constatado más de cuarenta variedades o tipos de sesgos en los algoritmos [AA.VV. (2022). *Toward a Standard for Identifying and Managing Bias in AI*, ed. NIST Special Publication 1270, de 15 de marzo].

ISBN: 978-84-7777-740-3

de la ciudadanía pueden verse atacados por esta nueva manera tecnológica de actuar. Desde la intimidad, la protección de datos hasta las tutelas administrativa y judicial. Y lo mismo en cuanto a lo social, al espacio público, a la democracia como modelo de convivencia política. De ahí que no valga todo, que sea precisa una línea (ancha si se quiere) que determine el cómo actuar. Quizá porque seamos hijos de un humanismo cristiano desde la Escuela de Salamanca como destaca algún autor, no nos es lícito dejar de lado la cuestión del cómo en la gestión de lo público. Frente a otros grandes modelos alternativos como pudieran representar EE. UU. (líder en innovación) o China (líder en productividad), el europeo se erige frente a ellos tratando de aunar mercado, democracia y derechos, germinando una simbiosis sociopolítica que constituye el marco de encuadre de las llamadas tecnologías disruptivas emergidas. Este es el objetivo primario del RIA, la adopción de una IA centrada en el ser humano y que genere fiabilidad en este. Una IA para el ser humano, no contra él.

Las tensiones de este nuevo escenario son fáciles de adivinar. Algunas ya se han podido observar; otras se intuyen. No obstante, hoy en día quedan muchas que solo pueden ser calificadas de especulaciones, más o menos fundamentadas, pero, a la postre, especulaciones. Es lo que Suleiman y Bhaskar denominan el gran metaproblema del siglo presente: que una potente generación tecnológica conduzca a la humanidad a desenlaces distópicos[87]. En 1968 una película de impensable ciencia ficción para la época, 2001. *Odisea en el espacio*, de Kubrick, retrató fielmente la toma de conciencia de los algoritmos, materializados en el superordenador HAL *(Heuristic Algorihtm*) 9000. Ese algoritmo configurado de manera antropomórfica que simplifica la toma de decisiones y la resolución de problemas complejos (heurística) del cual, como en su modelo —el ser humano— se desconocen todas las derivaciones reales.

¿Dónde se encuentra el punto de equilibrio entre las loables eficiencia y eficacias administrativas y el reconocimiento biométrico en tiempo real, las categorizaciones igualmente biométricas para deducir determinadas características protegidas, la manipulación, la explotación de vulnerabilidades…? ¿Vale más una eficaz intervención que la salvaguarda de la intimidad personal? Podríamos proseguir con más interrogantes, pero no es el caso en esta humilde contribución. Sí, exponer el conflicto. No hay que olvidar que la IA no debe ser un fin en sí misma, sino un medio para favorecer la prosperidad de las personas y el bien común. Al menos desde 2019 está claro; así se estableció como directriz ética desde la misma Comisión Europea.

Nadie duda a estas alturas de que el uso de la IA en el sector público arrojará grandes beneficios, pero también una serie de riesgos. Los gobiernos con madurez digital son más abiertos, responsables, innovadores, participa-

87 Suleiman, M y Bhaskar, M. (2025). *Op. cit.,* pág. 19.

tivos y fiables[88]. Aún así, los riesgos para las sociedades democráticas están ahí pues afectan a los mismos cimientos constitucionales de las democracias liberales[89], existiendo una clara correlación entre el creciente uso de las tecnologías digitales y el aumento de la desconfianza en la política, de los movimientos populistas, del odio y de la polarización[90]. Los valores democráticos centrados en la ciudadanía son la mejor regla de actuación para no dejarse sucumbir por el seductor atractivo de la plataformización de lo público[91].

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARIEL GENDER, M. (2021). «Internet, algoritmos y democracia». *Revista Nueva Sociedad*, n.º 294.

BRADFORD, A. (2020). *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*. Ed. Oxford Universitary Press, Nueva York.

CANELLAS MAS, A. (2010). «La reforma administrativa en España (1956-58)». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 148.

CARDON, D. (2018). *¿Con qué sueñan los algoritmos?* Ed. Dado, Madrid.

CORTINA ORTS, A. (2024). *¿Ética o ideología de la IA?* Ed. Paidós, Barcelona.

CORVALÁN, J. R. y CARRO, M. V. (2024). «El RIA desde fuera de la UE: impulsos reguladores desde otras partes del mundo y una visión desde Iberoamérica». En COTINO HUESO, L. y SIMÓN CASTELLANO, P. (directores), *op. cit.*

DAVIES, W. (2019). *Estados nerviosos. Cómo las emociones se han adueñado de la sociedad*, ed. Sexto Piso, Madrid.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2025). «Reglamento (UE) 2024/1689, de IA y derecho internacional privado». *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 77.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1999). «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en la jurisprudencia constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes». *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 2.

FILIBERTO, Y. (2011). «Algoritmo para el aprendizaje de reglas de clasificación basado en la teoría de los conjuntos aproximados extendida». *DYNA, Revista de Ingenieros*, n.º 169.

GILLESPIE, T. (2010). «The politics of Platforms». *New Media&Society*, n.º 3.

HABERMAS, J. (1986). *Ciencia y técnica como ideología*. Ed. Tecnos, Madrid.

HERNÁNDEZ PEÑA, J. C. (2023). «Organización y gobernanza de la IA: marco general». En GAMERO CASADO, E. (director), *Inteligencia artificial…, op. cit.*

INNERARITY, D. (2024). *IA y democracia*. Ed. UNESCO, París.

LORENZ-SPREEN, P. *et al.* (2003). «A systematic review of worldwide causal and correlational evidence on digital media and democracy». *Nature Human Behaviour*, n.º 7.

---

88 OCDE (2025). *Gobernar con la IA: panorama actual y hoja de ruta en las funciones centrales de gobierno*, ed OCDE Publishing, París.

89 Vera Santos, J. M. (2025), *op. cit.*, pág. 87.

90 Lorenz-Spreen, P. *et al.* (2003). «A systematic review of worldwide causal and correlational evidence on digital media and democracy». *Nature human Behaviour*, n.º 7, pág. 83.

91 Gillespie, T. (2010). «The politics of Platforms», en *New Media & Society*, n.º 3, pág. 12.

ISBN: 978-84-7777-740-3

MARSHALL, T. H. (2007). *Ciudadanía y clase social*. Ed. Alianza, Madrid.
MARTÍN GUARDADO, S. (2025). «La cuestión de la identidad en el estado de las autonomías: pluralismo *vs* exclusión». En MARTÍN GUARDADO, S. (director), *Identidades y estado autonómico*. Ed. Dykinson, Madrid.
MATERELO, A. (2024). «El Reglamento de Inteligencia Artificial: respuesta del legislador europeo a los retos de la IA». En COTINO HUESO, L. y SIMON CASTELLANO, P. (directores), *Tratado sobre el Reglamento de IA de la UE*. Ed. Aranzadi, Madrid.
MERINO GÓMEZ, G. (2019). «Nuevos desafíos en torno al *big data*». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º extraordinario.
MORENO GARCÍA, J. (2025). «La transparencia de los algoritmos en la STS 1119/2025, del 11 de septiembre». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 133.
O'NEIL, C. (2018). *Algoritmos = armas de destrucción masiva*. Ed. Capitán Swing, Madrid.
ORTIZ LAVERDE, S. M. (2025). «El efecto Bruselas y la Ley de IA de la UE: ¿un nuevo estándar regulatorio para Latinoamérica?». *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n.º 16.
PRESNO LINERA, M. A. (2025). «El reglamento europeo de inteligencia artificial: ¿garantía del mercado o defensa de los derechos?». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 135.
REIDENBERG, J. (1998). «*Lex Informatica:* The Formulation of Information Policy Rules through Technology». *Texas Law Review*, n.º 3.
REVENGA SÁNCHEZ, M. (2013). «La evolución del estado autonómico hasta la STC 131/2010». En AGUDO ZAMORA, M. (coordinador), *La evolución del estado autonómico y el papel de las Comunidades autónomas en la segunda década del siglo xxi*. Ed. Centro de estudios andaluces, Sevilla.
RIVERO ORTEGA, R. (2016). «La administración electrónica en las leyes 39 y 40/2015». *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 41.
RUIZ MARTÍNEZ, A. M. (2015). «Las duplicidades administrativas». *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, n.º 154.
RUNCIMAN, D. (2019). *Así termina la democracia*. Ed. Paidós, Barcelona.
SCHICK, N. (2020). *Deepfakes: the coming Infocalipse*. Ed. 12, Nueva York.
SCHWAB, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Ed. Debate, Barcelona.
SULEIMAN, M. y BHASKAR, M. (2025). *La ola que viene. Tecnología, poder y el gran dilema del siglo xxi*, ed. Debate, Barcelona.
TAHIRÍ MORENO, J. (2024). «Una panorámica de los sistemas de IA desde la perspectiva del derecho administrativo». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 61.
TORRECILLAS-SALINAS, C. (2023). «¿Para qué sirve la IA en el sector público? Casos de uso y perspectivas de aplicación». En GAMERO CASADO, E. (director), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
VALERO TORRIJOS, J. (2019). «Las garantías jurídicas de la IA en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración». *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 58.
VERA SANTOS, J. M. (2025). «Libertad de información veraz y manipulación algorítmica». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 120.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Erosión competencial: manifestaciones y soluciones

Xabier Arzoz Santisteban

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
ORCID: 0000-0002-3976-4265

Sumario. I. Introducción.—II. La recentralización competencial: 1. Causas. 2. Formas.—III. La nivelación competencial.—IV. ¿Cómo abordar la erosión competencial? El reforzamiento de las garantías del autogobierno: 1. Racionalizar la distribución competencial. 2. Fortalecer la garantía política del autogobierno. 3. Fortalecer la garantía jurisdiccional del autogobierno.—V. Perspectiva de futuro.

I. INTRODUCCIÓN

Diversos trabajos académicos han abordado en los últimos años el fenómeno de la recentralización de competencias[1]. Particular envergadura tiene el estudio, publicado por el Gobierno Vasco en 2021 y elaborado por sus letrados, de casi setecientas páginas, titulado *La erosión silenciosa*, en el que se analizan catorce sectores[2]. Más allá del tratamiento especializado, la recentralización competencial es a menudo subrayada en el análisis doctrinal del funcionamiento de ciertas técnicas competenciales, de la regulación en ciertos sectores o de pronunciamientos jurisprudenciales específicos.

Quizás no haya mejor evidencia de que algo está ocurriendo que los testimonios de algunos magistrados constitucionales en el ejercicio de

[1] R. Máiz, F. Caamaño y M. Azpitarte, «The Hidden Counterpoint of Spanish Federalism: Recentralization and Resymmetrization in Spain (1978-2008)», *Regional and Federal Studies*, vol. 20, 2010, pp. 63-82; R. Máiz y A. Losada, «The Erosion of Regional Powers in the Spanish "State of Autonomies"», en F. Requejo y K.-J. Nagel (eds.), *Federalism beyond Federations – Asymmetry and Processes of Resymmetrisation in Europe*, Farnham, Ashgate, 2011, pp. 81-107; J. A. Ureña Salcedo, «La recentralización del Estado autonómico», en J. M. Baño León (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, CEPC, Madrid, 2016, pp. 1359-1378; L. Casado Casado, *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*, IEA, Barcelona, 2018.

[2] Gobierno Vasco (Departamento de Gobernanza Pública), *La erosión silenciosa*, IVAP, Oñati, 2021.

ISBN: 978-84-7777-740-3

su función jurisdiccional. Las expresiones «erosión» y «recentralización de competencias» comenzaron a aflorar en votos particulares formulados a sentencias del Tribunal Constitucional aprobadas a partir de 2014: sin duda, como parte de la retórica argumentativa en contra del criterio de la mayoría, pero reveladores de la percepción de la orientación de la jurisprudencia constitucional por quienes mejor deben conocerla en cada momento.

Así, en un voto particular formulado por la magistrada Adela Asua Batarrita y el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez a la STC 161/2014, de 7 de octubre[3], se concluía lo siguiente: «En definitiva, la Sentencia aporta un nuevo constreñimiento de las competencias ejecutivas autonómicas, que se añade a otros pronunciamientos recientes, los cuales, si no se corrigen, terminarán redundando en una erosión del sistema de distribución competencial establecido por la Constitución». En el voto particular formulado por la magistrada Asua Batarrita a la STC 93/2015, de 14 de mayo (esta última contó con dos votos particulares adicionales suscritos por sendos magistrados) se incluyó una consideración similar. Y en el voto particular formulado conjuntamente por la citada magistrada y el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 62/2016, de 17 de marzo (que cuenta con un voto particular adicional), apreciaron en la decisión de la mayoría «una preocupante erosión de las competencias legislativas autonómicas».

La expresión «recentralización» se utiliza con más profusión. Aparece ya en un voto particular formulado conjuntamente por la presidenta María Emilia Casas Baamonde y el magistrado Pablo Pérez Tremps a la STC 173/2005, de 23 de junio. Entones se prevenía frente a una comprensión del principio de supraterritorialidad, como pretendida garantía de la unidad de mercado, que podría conducir «a una recentralización de muchas materias, en especial de las de contenido económico, recentralización, como se ha visto, incompatible con el espíritu del constituyente y con la propia esencia del Estado de las autonomías».

Será en la década siguiente, no obstante, cuando, de prevenir frente a los riesgos de recentralización en ciertos pronunciamientos, se pase a afirmar su materialización efectiva. Así, en el voto particular formulado por el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos (al que se adhieren Asua Batarrita, Ortega Álvarez, Roca Trías y Valdés Dal-Ré) a la STC 170/2014, de 23 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Cataluña contra la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales: «creo advertir en la opinión en que se funda la Sentencia una reinterpretación del art. 149.1.1 CE en la línea, sobre la que ya he llamado la atención en otros votos particulares, de un proceso de recentralización de competencias en el Estado en detrimento de

[3] Este voto particular fue formulado juntamente con el magistrado Luis Ortega Álvarez.

las que tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía reservan a las nacionalidades y regiones».

En el voto particular formulado también por el magistrado Xiol Ríos a la STC 93/2015, de 14 de mayo (que cuenta con otros votos particulares, incluido el ya citado que utiliza la expresión «erosión»), se afirmaba encontrarse ante una mutación del contenido del art. 149.1.13 CE en el sentido no expreso «de avanzar en un proceso de recentralización que amenaza con tener severas consecuencias en nuestro sistema constitucional».

En el voto particular del magistrado Xiol Ríos a la STC 13/2019, de 31 de enero, afirma su «profunda preocupación por la deriva de la jurisprudencia constitucional, característica de los últimos años, favorable a la recentralización en materia de legislación civil a través de la preterición de los derechos civiles forales o especiales. […] El menoscabo de un elemento tan imprescindible como el reconocimiento y garantía constitucional del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, equiparado con el principio de su indisolubilidad (art. 2 CE), es el que ha provocado la reiteración de votos particulares que he suscrito en esta materia (SSTC 82/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio; 192/2016, de 16 de noviembre; o 133/2017, de 16 de noviembre), y que, sinceramente, desearía que quedara clausurada con el presente».

En este trabajo se realiza una aproximación al fenómeno de la erosión de las competencias autonómicas. Se comenzará diferenciando dos manifestaciones del fenómeno: por un lado, la erosión y la correlativa recentralización de las competencias asumidas por la generalidad de las comunidades autónomas; por otro, la nivelación de algunas asimetrías competenciales reconocidas en el bloque de la constitucionalidad. Posteriormente se identificarán las garantías normativas, políticas y jurisdiccionales del autogobierno que, a juicio del autor, deben ser reforzadas para contener esa erosión. Y se concluirá apuntando qué medidas resultan más urgentes.

II. LA RECENTRALIZACIÓN COMPETENCIAL

1. Causas

Si la autonomía se define como «la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto»[4], se puede aceptar como punto de partida que diversos factores pueden incidir en esa capacidad y que, por tanto, determinan el *quantum* real de autonomía.

[4] STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 7.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Algunas de esas causas parecen ser *universales*, si se puede utilizar ese adjetivo en este contexto. Es bien conocido que los tribunales constitucionales promueven de por sí la unidad política, pues para eso se crean. Ahora bien, la erosión a la que me quiero referir es la que va más allá de ese efecto mínimo que podría calificarse de «natural» o «intrínseco», aunque en la práctica sea difícil disociarlo de los efectos que se analizarán a continuación.

Una causa típica de la recentralización competencial son las crisis del Estado constitucional[5]. El tensionamiento del marco constitucional, por las razones que sean (económicas, sociales, de seguridad, etc.), repercute en la forma de ejercicio del poder y, con ello, en la dimensión competencial: es decir, en la decantación de la instancia de gobierno con capacidad y recursos para afrontar la crisis de que se trate.

La interdependencia económica internacional constituye de por sí un factor de presión constante en la centralización de las decisiones políticas en el nivel superior de decisión (de lo subestatal a lo estatal, de lo estatal a lo supranacional o internacional). La crisis económica es el momento sublime de manifestación de esa presión: conduce a la imposición de la uniformidad en las respuestas para afrontarla o bien a la centralización de la instancia competente para adoptarlas. En el caso español la crisis económica se identificó con cierta frivolidad como una crisis del Estado autonómico, sosteniendo la falta de sostenibilidad de este en términos económicos. La crisis financiera de 2008 redundó en el reforzamiento constitucional del principio de estabilidad presupuestaria y en una densa legislación estatal al respecto. Ello fue, a su vez, causa de nuevas formas de recentralización, a través de los mecanismos de supervisión del gasto de las comunidades autónomas y de las medidas que los órganos centrales del Estado pueden adoptar para sancionar las desviaciones de la estabilidad presupuestaria. La pandemia de la COVID-19 también tuvo repercusiones a este respecto, aunque la valoración final deba ser más matizada[6].

Otra causa general en el ámbito europeo es la penetración creciente del Derecho de la Unión Europea, que hace que se incremente la densidad de la legislación básica adoptada para implementar aquel y que, a su amparo, se tiendan a introducir formulas centralizadas de intervención, al socaire de la coordinación, la centralización de la recepción y transmisión de las solicitudes, etc.

---

5 Al respecto, en época contemporánea y en clave constitucional, puede verse M. Azpitarte Sánchez, «La erosión del Estado constitucional», en D. J. Liñán Nogueras y P. J. Martín Rodríguez (dirs.), *Estado de derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 345-364, y «Tres crisis europeas», en F. Balaguer Callejón (coord.), *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 43-64.

6 *Vid.* J. Ridao, *Derecho de crisis y Estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Ahora bien, la centralización no solo tiene causas externas, sino que también puede ser un *fenómeno en sí mismo*, endógeno por así decirlo: una tendencia del momento actual del Estado autonómico. Un Estado autonómico cuyos órganos centrales del Estado parecen querer recuperar protagonismo en el plano legislativo y ejecutivo. ¿Por qué quieren recuperar protagonismo? Resulta difícil dilucidarlo. La afirmación de que es una cuestión ideológica resulta obvia y no aclara nada.

Lo que en todo momento persigue la mayoría gobernante es asegurar la máxima efectividad de sus políticas públicas. El legislador estatal, sea de izquierdas o de derechas, ya ponga el acento —uno— en la liberalización de los mercados o en la competitividad económica o bien —el otro— en el desarrollo del Estado social, opta generalmente por regulaciones intensas. Unas veces se acude a unos títulos competenciales, otras a otros. Varían las prioridades y las preferencias temáticas, pero coincide la maximización de los títulos competenciales usados en cada caso. El proceso electoral puede producir una alternancia en la dirección política del Estado, pero no supone necesariamente la derogación o la modificación de las iniciativas regulatorias propiciadas por la fuerza política responsable anteriormente de la dirección del Estado. El alcance de las competencias estatales que se ejercen en las políticas normativas no genera un conflicto de relevancia ideológica que active la alternancia electoral propia de los sistemas democráticos[7]. El legislador estatal suele preservar el nivel de recentralización alcanzado por los anteriores, pese a su distinta orientación política: así, el legislador de derechas mantiene la Ley de dependencia, y el legislador de izquierdas mantiene la Ley de garantía de la unidad de mercado. Y puede ocurrir que la jurisdicción constitucional no controle algunas de esas leyes, puesto que no interviene de oficio. De esta forma, se consolidan y retroalimentan los avances competenciales estatales promovidos por orientaciones diversas en la dirección política del Estado: la distribución competencial termina estando, en la práctica, en manos de una supermayoría transversal, divergente en lo ideológico pero coincidente en el uso intensivo de los títulos competenciales[8].

Desde el segundo gobierno del presidente Aznar, con mayoría absoluta, se constata una práctica de legislar de manera completa, como si el

---

7 La dimensión política derivada del uso con mayor o menor amplitud de los títulos competenciales estatales deja de expresarse en el procedimiento legislativo estatal, en términos partidistas o, si se prefiere, mayoría vs. oposición, sino, en su caso, en la pugna con los intereses territoriales. Como se indicará más tarde, urge la integración adecuada de los intereses territoriales en el procedimiento legislativo estatal. Sobre estas cuestiones, *vid.* M. Azpitarte Sánchez, «La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado», *Fundamentos*, núm. 8, 2014, pp. 255-288, especialmente 265-270.

8 Azpitarte Sánchez, «La funcionalidad de la ley…», cit., p. 270, caracteriza así el resultado: «[…] la integración de la diversidad no se sostiene en la legitimidad que brota del procedimiento legislativo. Se apoya exclusivamente en la obligatoriedad de la norma, siendo irrelevante la calidad del procedimiento que la genera».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Estado autonómico no fuera más que una forma de descentralización administrativa. Para entonces ya se habían delimitado las condiciones de posibilidad de la legislación estatal. Si por un lado la jurisprudencia constitucional había permitido una concepción amplia de las bases y una noción expansiva de las competencias estatales en materia económica, por otro lado había puesto coto al dictado de normas interpretativas del texto constitucional, a la armonización preventiva de la legislación autonómica, así como al interés general y a la supletoriedad como fundamento de una legislación estatal con vocación general, y había aceptado con cierta amplitud el título competencial sobre normalización lingüística[9].

En todo ello puede verse la búsqueda por el Tribunal Constitucional, como actor político, de un cierto equilibrio: de un lado late la preocupación por no «desarmar» al Estado y garantizar su posición preeminente o superior, que puede considerarse preponderante en la primera década de actividad del Tribunal Constitucional[10]; de otro lado, la preocupación por no «vaciar» el contenido de la autonomía política, que se hará más perceptible en la segunda década. En cualquier caso, los mecanismos de recentralización no se estancaron o moderaron: si al principio de la jurisprudencia constitucional se argumentaba que era necesario no desarmar al Estado, luego se argumentaría que había que combatir las tendencias centrífugas, reales o imaginadas, mediante los instrumentos unitarios y centrípetos a disposición del legislador estatal[11].

El legislador estatal explotó la debilidad de los límites impuestos en torno a las bases y los títulos transversales y amplió el alcance de ambos tipos competenciales que siguieron penetrando en el espacio competencial autonómico. En ese proceso no encontró resistencia en el Tribunal Constitucional, que no desplegó doctrinas que sirvieran de contención efectiva. Algunas doctrinas constitucionales consolidadas en la primera etapa se corrigieron incluso para adaptarse a la orientación expansiva de las políticas

---

9 E. Cobreros Mendazona, «El Estatuto de Autonomía y el Tribunal Constitucional: síntesis de las líneas de interpretación de la jurisprudencia», en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, IVAP, Oñati, 1991, pp. 1624-1625.

10 *Ibid*. En la misma página el autor recogía una cita de F. Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 146 (también en *Obras completas*, CEPC, Madrid, 1997, vol. III, pp. 1899-1900), donde se reconocía que una serie de sus sentencias iniciales podrían calificarse de «moderadamente centralistas», justificándolo en que en aquella fase «una línea jurisprudencial abiertamente autonomista hubiese podido poner en peligro un Estado que, antes que autonomista, ha de continuar siendo un Estado». Para una crítica de la «jurisprudencia preventiva» que habría establecido desde un inicio el Tribunal Constitucional *vid.* B. Clavero Salvador («"Desde el principio": la quiebra jurisprudencial del autogobierno constitucional», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, 2019, pp. 116-134.

11 J. García Roca, «España asimétrica (descentralización territorial y asimetrías autonómicas: una especulación teórica)», en *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico*, INAP, Madrid, 1997, pp. 72-73.

estatales. Luego se expondrán algunas de ellas. Ahora interesa esbozar el contexto en el que se desarrollaron.

El año 2003 fue año récord en disposiciones estatales con rango de ley; también en el nivel de impugnación autonómica por razones competenciales. El eslogan seguido por la mayoría absoluta entonces existente podría haber sido: «Hay que legislar para cubrir enteramente las necesidades regulatorias de las comunidades autónomas que no tienen vocación de legislar». Existen comunidades autónomas que no parecen aspirar a tener leyes o políticas propias y que, por tanto, aceptan de buen grado cualquier regulación estatal que proporcione seguridad jurídica y les descargue de tareas regulatorias. Si, pese a su natural inclinación a conformarse con la legislación estatal, con independencia de su densidad normativa y condicionamiento efectivo de las políticas autonómicas, se oponen a ella, es siempre por razones político-ideológicas, nunca por la defensa de su autonomía política: no le reprocharán al legislador estatal que no les deje margen para diseñar sus propias políticas, sino que les obligue a aplicar políticas que no se corresponden con sus preferencias[12]. La consecuencia de la citada forma de legislar es la erosión competencial: la reducción del alcance jurídico y político de las competencias reconocidas por el bloque de constitucionalidad a las comunidades autónomas. En ocasiones se trata de cuestiones ejecutivas aparentemente menores, solo apreciables por los especialistas[13]; otras veces, de materias de mayor enjundia y proximidad al núcleo de las competencias autonómicas, como la asistencia social o la vivienda[14].

Si la producción normativa estatal alcanzada en 2003 puede considerarse un récord (89 iniciativas legislativas aprobadas), también lo fue la conflictividad por razones competenciales que generó: 19 disposiciones de rango legal fueron impugnadas en un total de 38 recursos de inconstitucionalidad, todos ellos menos uno interpuestos por alguno de los órganos legislativos y ejecutivos de las comunidades autónomas. En suma, un quinto de la producción normativa estatal de rango legal de 2003 fue impugnado por una media de dos comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional. En cambio, en los años 2022-2025 la cifra ha sido muy inferior. Sin duda, una mayoría absoluta en el Congreso asegura la gobernabili-

---

12 También ocurre lo contrario: comunidades autónomas combativas en defensa de su autonomía política que, llegado el momento, no combaten una determinada legislación estatal, pese a que no les deje mucho margen para hacer políticas propias o lo reduzca mucho, porque la dirección que imprime la ley estatal a esas políticas o la financiación que comporta («la zanahoria») coincide con sus preferencias o consideran que compensa la merma competencial. Todo ello también contribuye al deterioro de la autonomía efectiva.

13 V. J. Álvarez García, «La recentralización de competencias en el ámbito de la designación de las entidades de acreditación de los verificadores medioambientales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, 2015.

14 A. Quintiá Pastrana, «El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización», *RVAP*, núm. 109, 2017, pp. 225-267.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dad, pero sus efectos colaterales son propensión a la recentralización y, con ello, una litigiosidad competencial importante. No fue casual que, con el segundo gobierno del presidente Aznar, proliferaran las manifestaciones doctrinales sobre el deterioro de la autonomía, que a su vez alentaron las iniciativas de reforma de los estatutos vasco y catalán, que, como es conocido, depararon sendos fracasos[15].

Una segunda ola recentralizadora se inició en 2011. Ese año se constitucionalizó con gran precisión normativa (¡por primera vez un parámetro constitucional se llenaba de elementos cuantitativos![16]) el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), al amparo del cual se aprobó una densa legislación estatal,[17] restrictiva de las competencias autonómicas en materia económica y financiera y cuya constitucionalidad fue avalada por el Tribunal Constitucional[18]. Todas las comunidades autónomas acusarían su impacto[19], también las dotadas de competencias históricas. En las demás materias, el legislador estatal persistió en su vocación de legislación completa. Lo novedoso en esa segunda década del presente siglo es que la idea de que el Estado debía recuperar protagonismo encontró eco en determinados magistrados constitucionales: en no pocas ocasiones serían mayoritarios en el colegio de magistrados. La STC 31/2010, de 28 de junio, proyecta una sombra alargada sobre la jurisprudencia posterior. Tan importante como sus fundamentos jurídicos será, en la práctica, la visión sobre el Estado autonómico que revelan sus votos particulares.

Ello se manifiesta en los votos particulares que cinco magistrados fueron formulando a numerosas sentencias dictadas en materia competencial

---

15 En la ponencia sobre el autogobierno, suscrita por todos los partidos políticos representados en el Parlament de Catalunya salvo el Partido Popular, que inició el procedimiento de elaboración del nuevo estatuto, se denunciaba el uso extensivo por el Estado de las bases, las leyes orgánicas, las competencias transversales y el criterio de interés general o supraautonómico, así como la debilidad de los instrumentos de colaboración (*B.O. del Parlament de Catalunya*, núm. 366, VI legislatura, de 5 de diciembre de 2002, p. 11 y sigs.). En la doctrina, *vid.* E. Argullol, *Desarrollar el autogobierno*, Barcelona 2002; C. Viver Pi-Sunyer, «Finalmente, una amplia autonomía de baja calidad», *El País*, 6.9.2003, p. 11; E. Aja y C. Viver Pi-Sunyer, «Valoración de 25 años de autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, p. 87; M. Carrillo, «La conflictividad competencial», en *Vint-i-cinc anys d'Estatut d'autonomia de Catalunya: balanç i perspectives*, IEA, Barcelona 2005, p. 147.

16 Azpitarte Sánchez, «La funcionalidad de la ley…», cit., p. 288.

17 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

18 SSTC 215/2014, de 18 de diciembre, y 156/2016, de 22 de septiembre.

19 *Vid.* I. Urrutia Libarona, «Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias», en A. Nogueira López, M. I. Lois González, I. Diz Otero (coords.), *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 77-115; y P. Guerrero Vázquez, «Freno al endeudamiento autonómico y coerción estatal en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 23, 2016.

por el Tribunal Constitucional a partir de 2013 (reducidos a cuatro, después del fallecimiento del magistrado Luis Ortega Álvarez). El contenido de esos votos particulares podría entenderse como las discrepancias «naturales» entre una concepción que se toma en serio el principio de autonomía política, y una concepción cuya preferencia política se dirige al reforzamiento de la unidad, ampliando el espacio normativo de la legislación estatal y reduciendo correlativamente el de la legislación autonómica. Aunque ello sin duda existe, no es esa la novedad. Esta consiste en que un grupo de magistrados afirma atenerse a la doctrina constitucional consolidada en materia de distribución competencial, y otro grupo de magistrados (mayoritario a partir de 2013) no se considera vinculado por esa doctrina y reinterpreta de forma expansiva los títulos estatales[20]. En su afán por recuperar protagonismo para el Estado diversos magistrados constitucionales no se detienen ante la jurisprudencia constitucional consolidada. Hasta el punto de desviarse de los llamados superprecedentes, esto es, sentencias señeras de la jurisprudencia constitucional que había interpretado y desarrollado nuestro Estado autonómico de forma importante, por ejemplo, las SSTC 76/1983, de 5 de agosto, y 13/1992, de 6 de febrero, como luego se expondrá. En esos años, cabe recordar, todavía se enjuicia la constitucionalidad de leyes centralizadoras que provienen del segundo mandato de Aznar, como la Ley General de Subvenciones (STC 130/2013, de 4 de junio). En el espíritu de esa etapa encaja también la innecesaria activación jurisprudencial (si bien limitada) del principio de prevalencia en un sistema autonómico que había funcionado perfectamente sin él durante treinta y seis años[21].

---

20 Uno de los magistrados que formularon voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio, defendió en un trabajo académico esa aproximación y afirmó en relación con los títulos competenciales derivados del art. 149.1, apartados 13, 14 y 18, CE, en los que se fundamenta la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas: «No hay que contemplar estos títulos competenciales con resistencia cultural al cambio ni comparándolos, por ejemplo, con los que empleó el legislador al dictar la Ley 30/1992»; «Es necesario subrayar que no es útil considerarlos títulos competenciales con la perspectiva pasada de una jurisprudencia ya dictada por el Tribunal Constitucional. El juicio que se formula así comporta un juicio muy inseguro, porque el alto tribunal valora siempre la invocación de títulos que efectúa «*ex novo*» el legislador y los confronta en cada caso con la doctrina establecida, que nunca está petrificada sino que es marcadamente evolutiva y depende de las instituciones que se enjuician.- La primera y muy importante palabra en materia competencial corresponde por ello formalmente al legislador constitucional, que es quien efectúa la invocación concreta de los títulos en los que se ampara al dictar una ley, con el control posterior del Tribunal Constitucional respecto del caso». *Vid.* J. Rodríguez-Zapata Pérez, «La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos», *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, núm. 154, 2015, pp. 234, 236.

21 Las sentencias claves son SSTC 102/2016, de 25 de mayo (con voto particular de la vicepresidenta Asua Batarrita), 204/2016, de 1 de diciembre (con votos particulares de la vicepresidenta Asua Batarrita y el magistrado Santiago Martínez-Vares García), y 1/2017, de 16 de enero (con voto particular de la magistrada Asua Batarrita).

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. Formas

El listado de instrumentos o técnicas de la recentralización es sobradamente conocido para los expertos. Me permito recordar los principales, con algunos ejemplos:

a) *Reconstrucción de títulos competenciales estatales específicos.* «Hacienda general» dejó de ser solo un título competencial coordinador (de las haciendas autonómicas) para ser un título regulador, que se extiende al establecimiento del régimen jurídico de la ordenación del gasto en las distintas haciendas (STC 130/2013, de 4 de junio). La competencia estatal sobre «régimen aduanero» absorbió competencias ejecutivas de control de aspectos agroalimentarios previos a la exportación e importación (STC 74/2014, de 8 de mayo). La competencia estatal sobre «servicios meteorológicos» absorbió la función ejecutiva de medición de la calidad del aire, anteriormente y sin discusión alguna en manos de las comunidades autónomas, porque no se trataría de una tarea medioambiental sino de una tarea instrumental y transversal, al servicio de muy diversos objetivos, de análisis científico de la composición de la atmósfera (STC 62/2016, de 17 de marzo). En otros casos se trata simplemente de excluir la posible intervención autonómica[22].

b) *La interpretación amplia de los títulos estatales sobre las bases.* Se ha escrito mucho sobre la virtualidad y el carácter ilimitado de las bases. La propia expresión se ha quedado corta para una realidad multiforme[23]. El único criterio elaborado por la jurisprudencia constitucional a este respecto es el de no vaciamiento de la competencia autonómica, esto es, el *test* de la existencia de una posibilidad de desarrollo legislativo autonómico de las bases estatales.

El componente formal, que se le quiso imprimir a la noción de bases relativamente pronto (ley votada en Cortes por regla general, excepcionalidad del reglamento), no se ha respetado, ni por tanto se ha cumplido la capital finalidad pretendida con él, que a juicio del Tribunal Constitucional era ofrecer «garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas»[24].

En el plano práctico la expansión de las bases, fruto de esa interpretación amplia, no tiene límites. La expansión tiene varias dimensiones: entre

---

22 *Vid.* M. A. Cabellos Espiérrez, «En torno a la práctica desaparición de una competencia: El art. 149.1.6 CE y las especialidades procesales autonómicas», *RVAP*, núm. 93, 2012, pp. 103-124.

23 Me remito a X. Arzoz Santisteban, «¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación competencial?», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 23, 2016, pp. 201-234.

24 STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6.

otras, la extensión material, el alcance funcional y la amplitud de los instrumentos normativos para la formulación de lo básico[25]. Como ejemplo práctico del progresivo avance de la extensión material de lo básico, se puede comparar la extensión de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 con la de Procedimiento Administrativo Común de 2015. Como es sabido, la noción de «procedimiento administrativo común» del art. 149.1.18 CE presenta perfecta continuidad con la regulación del procedimiento administrativo contenida en la LPA de 1958. Y de hecho se aplicó como tal hasta 1992. Pues bien, en cada una de las dos leyes de procedimiento administrativo del periodo democrático se ha ampliado notablemente la regulación del procedimiento administrativo común; y lo mismo cabe decir de la regulación del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Las bases en esta materia y la regulación del procedimiento administrativo común conforman una normativa mucho más extensa en el Estado autonómico que la legislación completa de régimen jurídico y de procedimiento administrativo con que contaba el Estado centralista. Por si no fuera bastante, el Tribunal Constitucional *descubrió* en 2013 una nueva submateria competencial que no está mencionada en el art. 149.1.18: la de «los procedimientos administrativos comunes singulares» que se relaciona con la submateria «las actividades administrativas típicas» a la que tampoco alude la Constitución[26].

El efecto de la ampliación de las bases es la reducción correlativa de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo. Suele concebirse el ejercicio competencial en el ámbito de las materias objeto de la legislación compartida como un juego de suma cero: lo que el Estado absorbe con las bases no lo pueden regular las comunidades autónomas. Esta es solo una visión cuantitativa de la autonomía. Sin embargo, lo relevante es la dimensión cualitativa. No debe bastar con tener *alguna* posibilidad de desarrollo en cuestiones *accesorias*: este es el criterio que la jurisprudencia constitucional utiliza como indicio de que no se ha vaciado la competencia autonómica de desarrollo legislativo en la materia de que se trate, generalmente enjuiciando *cada* disposición estatal impugnada de forma aislada con la ayuda de dicho criterio y sin llevar a cabo un examen conjunto y cualitativo del margen de desarrollo restante[27]. Cuanto más am-

---

25 La jurisprudencia constitucional sobre las exigencias formales de las bases estatales fluctúa a lo largo del tiempo. Pronunciamientos contrarios al carácter formalmente básico de las órdenes ministeriales y que parecían definitivos se alternan con pronunciamientos favorables (en este sentido, STC 99/2022, de 13 de julio).

26 En la STC 130/2013, de 4 de junio, se alumbra un nuevo procedimiento administrativo común, el procedimiento administrativo subvencional, y se sienta un entendimiento, según el cual toda actividad típica de la Administración, que normalmente requiere un procedimiento formalizado, pasaría a englobar el concepto de procedimiento administrativo común.

27 SSTC 49/2013, de 28 de febrero, FJ 11; 103/2013, de 25 de abril, FJ 5; 156/2015, de 9 de julio, FJ 8; 68/2016, de 14 de abril, FJ 5; 84/2016, de 28 de abril, FJ 5; 99/2016, de 25 de

ISBN: 978-84-7777-740-3

plia sea la regulación básica estatal, menos margen de desarrollo quedará para el legislador autonómico. A partir de un punto este podrá adoptar quizás disposiciones aisladas de desarrollo legislativo sobre cuestiones más o menos accesorias, pero esas normas no permitirán estructurar una política propia, diferenciada de la de otras comunidades autónomas. Debido a su indefinición conceptual y a su aplicación casuística a cada norma estatal impugnada, sin efectuar en ningún momento una evaluación general del margen regulatorio resultante para las comunidades autónomas, el criterio del no vaciamiento no es un criterio eficaz para garantizar a estas un espacio normativo relevante.

c) *La expansión de los títulos competenciales horizontales*, esto es, la competencia para regular las condiciones básicas de la igualdad y las bases de la actividad económica (art. 149.1.1 y 13 CE).

En primer lugar, debe destacarse el uso expansivo del título estatal transversal por excelencia, el art. 149.1.13 CE, desde las SSTC 34/2013, de 14 de febrero, y 74/2014, de 8 de mayo, en dos sentidos: por un lado, de líneas directrices o criterios generales de ordenación, dicho título competencial ha pasado a amparar regulaciones pormenorizadas de subsectores completos aunque pertenezcan a la competencia exclusiva de las CCAA (denominaciones de origen, agricultura, vivienda), siempre que el sector como tal y no necesariamente la medida estatal en cuestión tenga incidencia en la economía[28]; por otro, la regulación estatal así construida ejerce un efecto de bloqueo o de parálisis del ejercicio de las competencias autonómicas, pues la simple adopción de medidas alternativas o adicionales de protección de situaciones de exclusión social (procedimientos de desahucio, pobreza ener-

---

mayo, FJ 7; 183/2016, de 3 de noviembre, FJ 6; 75/2018, de 5 de julio, FJ 6 D); y 68/2021, de 18 de marzo, FJ 6. Alguna sentencia roza el sarcasmo. Frente a una norma que en el contexto de la crisis financiera elevó a 20 o 25 horas (según el nivel de enseñanza) la carga lectiva de los profesores de educación no universitaria, la STC 26/2016, de 18 de febrero, FJ 6 b), aduce que la norma estatal es solo un mínimo y que las comunidades autónomas tienen la posibilidad de desarrollarla elevando la carga lectiva de los profesores (que era de por sí muy elevada). Asimismo, frente a la fijación estatal de la jornada general de trabajo efectivo en el sector público en treinta y siete horas y media semanales de promedio anual, la STC 99/2016 arguyó que «el precepto estatal no cierra ni la posibilidad de ampliar (*sic*) la duración fijada dentro de los topes permitidos, ni tampoco la determinación de los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezca». Esas son el tipo de posibilidades accesorias de desarrollo autonómico que salvan la constitucionalidad de regulaciones estatales muy intensas (en el mismo sentido, SSTC 54/2016, de 17 de marzo, FJ 2, y 66/2016 y 67/2016, ambas de 14 de abril, FFJJ 4 y 5, respectivamente).

28 El límite del ejercicio de la competencia transversal estatal es también el no vaciamiento de la competencia legislativa autonómica. Si bien no está del todo claro, parece que la jurisprudencia constitucional pone en este supuesto más énfasis en la necesidad de preservar la posibilidad de desarrollo autonómico cuando el título competencial transversal estatal incide en una competencia exclusiva autonómica, como la vivienda (STC 143/2017, de 14 de diciembre, FJ 21).

gética) se contempla como «interferencia», «pérdida de uniformidad», «ruptura de la coherencia» de la intervención estatal[29].

Sin asomo de ironía, algunas sentencias del Tribunal Constitucional explicitan una concepción meramente residual del alcance de la competencia autonómica tras la intervención de las bases: así, tras la intervención de las bases en materia económica, la competencia autonómica exclusiva en materia de vivienda quedaría reducida a los «instrumentos de fomento» (STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 18); tras la intervención de las bases en materia energética, la competencia autonómica compartida en materia energética o bien exclusiva en materia de consumo queda reducida a «medidas asistenciales» (STC 62/2016, de 17 de marzo, FJ 11).

En segundo lugar, algo similar ha ocurrido con el art. 149.1.1 CE[30]. Inicialmente era una cláusula de utilización limitada, puntual, pero con el tiempo ha alcanzado un protagonismo descomunal. Este título competencial conoce dos hitos de aceleración en su utilización: 2003 y 2020. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no ha avanzado en la construcción diferenciada del título competencial del art. 149.1.1 CE respecto al título relativo a la legislación básica. Más allá de algunas formulaciones genéricas, el art. 149.1.1 CE carece de un canon específico y solvente que permita diferenciar a ese título competencial.

Debido a la inexistencia de un canon especifico que lo encauce y refrene de alguna manera, el título competencial del art. 149.1.1 CE opera como un título transversal, que faculta al legislador estatal para desplegar una regulación intensa sobre la materia escogida y que le permite autorizar a su vez al Gobierno para su desarrollo reglamentario. Al amparo del art. 149.1.1 CE no solo se dictan «condiciones básicas», sino también regulaciones extensas y completas, tanto primarias como secundarias.

Mediante el art. 149.1.1 CE el legislador estatal ha colonizado en diversos grados tres materias específicamente reconocidas por el constituyente a las comunidades autónomas y unánimemente asumidas por estas: el urbanismo (STC 61/1997, de 20 de marzo), la asistencia social (SSTC 18/2016, de 4 de febrero, y 36/2016, de 3 de marzo) y la vivienda (STC 79/2024, de 21 de mayo).

También le ha permitido absorber ampliamente una materia que el constituyente tampoco reservó al Estado y que los Estatutos de Autono-

---

29 Así, la STC 93/2015, de 14 de mayo, aceptará la doctrina de la interferencia y constatará «un uso de la competencia autonómica en materia de vivienda que menoscaba la plena efectividad de la competencia estatal prevenida en el art. 149.1.13 CE, determinando, en consecuencia, su inconstitucionalidad y nulidad» (FJ 18).

30 Al respecto *Vid*. X. Arzoz Santisteban, «La confusión entre las condiciones básicas y lo básico», en T. de la Quadra-Salcedo Janini (coord.), *Els darrers desenvolupaments sobre la legislació bàsica*, IEA, Barcelona, 2026, pp. 81-118.

ISBN: 978-84-7777-740-3

mía atribuyeron unánimemente a las comunidades autónomas, como es la del deporte. Un ejemplo de la expansión del art. 149.1.1 CE es, justamente, la Ley del Deporte de 2022, pues puede ser comparada de forma ilustrativa con la de 1990.

La Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, basa en el art. 149.1.1 CE la mayor parte de sus 124 artículos, 18 disposiciones adicionales y 2 disposiciones finales: únicamente 17 artículos, apartados o subapartados (letras) se dictan al amparo de los arts. 149.1.2, 3, 6, 7, 17 y 30 CE. El contraste de esa Ley del Deporte (92 páginas del *BOE*) con la precedente Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (43 páginas del *BOE*) permite ilustrar la transformación de la comprensión de los títulos competenciales estatales operada en las últimas décadas.

En 1990, el Estado tenía que razonar en términos complejos la asunción de la regulación sobre una materia —el deporte— que los Estatutos de Autonomía atribuían a las comunidades autónomas. El preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte utilizaba varios argumentos para justificar desde el punto de vista competencial la regulación propiamente deportiva que contenía, esto es, la que no podía reconducirse a los títulos sobre educación, investigación, sanidad y legislación mercantil.

En lugar de esa farragosa argumentación, el legislador estatal adopta otra perspectiva: más de un centenar de preceptos se dictan ahora como condiciones básicas al amparo del art. 149.1.1 CE. El deporte ya no es una materia de competencia autonómica, aunque con una dimensión supraautonómica, ligada a las competencias de ámbito estatal e internacional; tampoco es una manifestación cultural cuya comunicación entre los distintos territorios deba ser garantizada por el Estado. Las disposiciones estatales sobre el deporte son ahora todas ellas condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos. Ahora bien, al amparo del art. 149.1.1 CE no solo se dictan «condiciones básicas», sino también regulaciones extensas y completas: una transformación de la que, ciertamente, existen numerosos supuestos, pero que la vigente Ley estatal del deporte ilustra a la perfección.

d) *La utilización del poder estatal de gasto para condicionar el ejercicio competencial de las comunidades autónomas*. La jurisprudencia constitucional ha aceptado el llamado «poder de gasto» del Estado, que le permite financiar actividades de fomento o políticas sociales, pudiendo establecer el régimen jurídico de las correspondientes subvenciones si tiene competencias sustantivas para ello, siempre que territorialice su gestión por las comunidades autónomas[31]. En su día fue criticada con un argumento muy sencillo: avalaba la desvinculación del poder de gasto estatal del sistema

31 STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8.

constitucional de distribución competencial[32]. Y de hecho es una doctrina que no acepta una construcción paralela respecto a las CCAA. Estas carecen de plena autonomía de gasto: no pueden otorgar ayudas con cargo a sus propios fondos si carecen de competencia o, pese a tenerla, si las bases estatales se lo impiden[33]. Esto tiene importantes consecuencias prácticas. Incluso las comunidades autónomas con convenio o concierto económico carecen de autonomía de gasto. Su autonomía financiera ha sido concebida de manera estrecha: no pueden regular las retribuciones del personal al servicio de sus Administraciones públicas ni decidir el endeudamiento de los entes locales[34].

El Tribunal Constitucional aceptó el poder de gasto estatal, pero era consciente de sus peligros. Entendió que, al margen de la distribución competencial, el Estado no podía condicionar el ejercicio competencial de las comunidades autónomas al amparo del poder de gasto estatal. Aunque el Estado pudiera decidir libremente en qué quería gastar sus fondos, ese poder de gasto no le facultaba para adoptar también las normas sustantivas de la correspondiente actividad de fomento con independencia del reparto competencial: si carecía de competencia sustantiva, estaba obligado a territorializar las ayudas. El presidente del Tribunal Constitucional Francisco Tomás y Valiente destacó en un escrito no jurisdiccional la importancia de esa sentencia, junto a la de la LOAPA (STC 76/1983, de 5 de agosto), para el Estado autonómico: «sentó cimientos claros sobre otro posible modo indirecto de alteración del orden competencial y de la autonomía financiera de Cataluña (y en hipótesis de otras Comunidades) a través de subvenciones estatales consignadas en determinados preceptos y partidas presupuestarias de las sucesivas Leyes de Presupuestos del Estado»[35].

No obstante, la doctrina de la STC 13/1992, de 6 de febrero, conoció una sorpresiva y notable ampliación en 2011. El Tribunal Constitucional le

---

32 G. Fernández Farreres, «La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, pp. 225-239; y C. Aymerich Cano, «Subvenciones y estado autonómico: crítica de la última jurisprudencia constitucional», *RVAP*, núm. 97, 2013, pp. 221-258. Sobre la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, *vid.* A. Torres Pérez, *La projecció de la potestad subvencional sobre la distribución competencial. Análisi de la práctica estatal*, IEA, Barcelona, 2011.

33 *Vid.*, por ejemplo, SSTS de 8 de marzo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:840 (con voto particular de dos magistrados), y de 21 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1770.

34 SSTC 148/2006, de 11 de mayo, y 171/2014, de 23 de octubre.

35 F. Tomás y Valiente, «La Constitución y el Tribunal Constitucional», en *La jurisdicción constitucional en España*, TC-CEPC, Madrid, 1995, pp. 26-27. La importancia de esa jurisprudencia, sistematizada en la STC 13/1992, de 6 de febrero, pero elaborada en numerosos pronunciamientos previos, en el proceso de construcción del Estado autonómico fue también destacada por el magistrado constitucional J. Leguina Villa en su trabajo «Autonomías y Tribunal Constitucional» (1991), recogido en ID., *Escritos sobre autonomías territoriales*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 148, 153-154.

ISBN: 978-84-7777-740-3

reconoció al Estado, al amparo del poder de gasto, la posibilidad de regular los «rasgos centrales» del régimen subvencional (objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica, beneficiarios y requisitos de acceso) aunque se tratara de una materia en la que no tiene competencia legislativa[36]. Esta nueva doctrina ha supuesto «una fuerte recentralización de la capacidad de acción del Estado *en cualquier materia* incluyendo la asistencia social, y vino a alterar *profundamente* el delicado equilibrio establecido en la STC 13/1992».[37] En suma, el poder de gasto estatal tiene capacidad para succionar competencias autonómicas de naturaleza exclusiva.

III. LA NIVELACIÓN COMPETENCIAL

El texto constitucional propiciaba amplios elementos de diferenciación en el Estado autonómico (nacionalidades, derechos históricos, lengua, vías de acceso a la autonomía, forma de elaboración de los Estatutos de Autonomía, principio dispositivo en cuanto a los niveles competencial e institucional, etc.). En la práctica la diferenciación resultante ha sido inferior a la que permitía la Constitución[38].

Las tradiciones del Estado unitario y la alianza entre la práctica de concertación de los dos principales partidos (a través de los pactos autonómicos de 1981 y 1992) y una teoría jurídica centralista han conducido a una homogeneidad mayor que la derivada del texto constitucional tanto de las competencias como de la naturaleza política de todas las comunidades autónomas, y a la desaparición o mitigación extensa de los elementos potencialmente diferenciadores. Las reformas estatutarias emprendidas en 2006 no alteraron esa realidad[39].

---

36 Línea jurisprudencial inaugurada en la STC 178/2011, de 8 de noviembre, y luego aplicada de forma reiterada: SSTC 36/2012, de 15 de marzo, 72/2012, de 16 de abril, 226/2012, de 29 de noviembre, 227/2012, de 29 de noviembre, etc. Las sentencias de 2012 contaron con un voto particular formulado por la magistrada Asua Batarrita. Recordemos que la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7, había considerado «constitucionalmente inaceptable» (*sic*) la posibilidad de que, al amparo de su poder de gasto, el Estado condicionara el ejercicio de competencias autonómicas exclusivas sin tener para ello título competencial alguno, incluido el del art. 149.1.1 CE.

37 T. De la Quadra-Salcedo Janini, «La protección social en el Estado autonómico», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 39, 2024, pp. 147-185, aquí 176, énfasis añadido.

38 F. Tomás y Valiente, *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, 1996, p. 205, reconoció explícitamente esa evolución, sin dejar de subrayar su completa constitucionalidad. Para otros autores, en cambio, «fue la primera mutación constitucional, esto es modificación solapada de la norma constituyente» (B. Clavero Salvador, «Reconocimiento de nacionalidad vasca interforal en la Constitución española», *La cuestión foral ayer y hoy*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, p. 68).

39 Como señaló J. Barnes, «Un Estatuto de Autonomía del siglo XXI», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 12, 2006, p. 15: «Órganos, procedimientos, técnicas, relaciones, fuentes y principios siguen atrapados en la vieja órbita gravitatoria del Estado centra-

La jurisprudencia constitucional ha contribuido decisivamente a ese resultado: «ha potenciado un principio de igualdad aplicado a las autonomías que bloquea el desarrollo de las mismas distinciones previstas o permitidas por la Constitución en consideración de los casos de nacionalidad como el País Vasco y Cataluña»[40]. Las principales diferencias competenciales han quedado circunscritas a hechos diferenciales acotados, como el régimen de concierto/convenio económico, la lengua, el derecho civil y la insularidad. Curiosamente, la importante nivelación competencial en ningún momento detuvo los mecanismos de recentralización: al principio era necesario no desarmar al Estado, luego era necesario combatir las tendencias centrífugas en el ejercicio de las competencias autonómicas.

Una fuente de asimetrías parecía mejor resguardada: la que deriva de los derechos históricos que ampara y respeta la disposición adicional primera de la Constitución. Según la jurisprudencia constitucional, los titulares de esos derechos históricos son los territorios históricos que integran el País Vasco y Navarra[41], ambas constituidas como comunidades autónomas, si bien la segunda como comunidad autónoma peculiar. No es el momento de exponer los requisitos constitucionales para la actualización de los derechos históricos, ni la jurisprudencia constitucional existente al respecto[42]. Basta constatar que, de conformidad con la disposición adicional primera de la Constitución, tanto el Estatuto de Autonomía del País Vasco como la LORAFNA incorporan diversas competencias «forales» o «históricas»[43].

Una forma de nivelación es aplicar el mismo canon de constitucionalidad al ejercicio de competencias constitucionalmente diferentes reconocidas a entidades territoriales distintas. La nivelación del canon de consti-

---

lista. Se han transferido competencias hacia las Comunidades Autónomas, sí, pero no han crecido, paralelamente, los mecanismos propios de un Estado compuesto. El proceso de reforma estatutaria en curso no es sino expresión de la misma lógica: la reforma es propia de un Estado centralista, como en la primera generación de Estatutos. Mimetizar aquel proceso es olvidar el punto de partida».

40 Clavero Salvador, «"Desde el principio"…», cit., p. 121.

41 SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 26; 31/2010, de 28 de junio, FJ 26; y 58/2019, de 12 de diciembre, FJ 4.

42 Dos síntesis al respecto, desde la perspectiva vasca y navarra, respectivamente, se pueden consultar en: J. L. Aurteneche Goiriena, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos históricos de los territorios forales: aspectos generales y proyección sobre las competencias estatutarias de raíz histórica», *Iura Vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 16, 2019, pp. 201-305, y J. A. Razquin Lizarraga, «La LORAFNA en los Tribunales: una valoración de la jurisprudencia», en R. Jimeno Aranguren (ed.), *La LORAFNA 40 años después: historia, balance y propuestas para una reforma*, Parlamento de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 507-538.

43 Arts. 3, 16, 17, 37.3 y 41 EAPV; arts. 45, 46, 48, 49, 50, 51 y 53 LORAFNA. En principio, las demás competencias serían «autonómicas», esto es, «no forales» o «no históricas».

ISBN: 978-84-7777-740-3

tucionalidad, practicada ya en otros ámbitos[44], ha alcanzado también a las competencias históricas. Examinarla desde la perspectiva navarra tiene especial interés. El acervo competencial navarro es más rico que el vasco en competencias históricas actualizadas mediante su incorporación a la LORAFNA, por lo que la nivelación, de existir, se puede apreciar allí con mayor claridad. Además, ese acervo competencial peculiar parecía políticamente mejor defendido que, por ejemplo, el vasco o catalán[45]. Sin embargo, desde 2011 en adelante las competencias navarras también se nivelan a la baja: la competencia relativa al régimen tributario navarro se nivela a la de su homólogo vasco, y otras se nivelan a los límites de las competencias autonómicas ordinarias (esto es, a los límites previstos en el art. 149.1 CE). La doctrina navarra señala una preocupante evolución de la jurisprudencia constitucional sobre las competencias históricas de Navarra, además de una interpretación más restrictiva de las demás competencias autonómicas con ocasión del control de sus disposiciones legislativas.

En 2014, Martín Razquin Lizarraga afirmaba que se estaba produciendo «un cambio muy notable, denunciado incluso por los votos particulares que aparecen ya en varias sentencias relativas a Navarra» y que él percibe en tres notas fundamentales: la asimilación de Navarra con las comunidades autónomas, la ineficacia de las cláusulas de salvaguardia establecidas en leyes estatales y la rebaja competencial en cuanto al convenio económico. Su estudio concluía señalando que «puede percibirse que en los últimos años parecen haber triunfado las tesis de los votos particulares a la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña y que se ha iniciado una tendencia hacia la recentralización territorial por obra del Tribunal Constitucional, apoyada además ahora por los nuevos amplios márgenes del artículo 135 y de la LOEPSF. Y en el caso de Navarra esa recentralización supone una relectura a la baja de las competencias históricas de Navarra e, incluso, su negación»[46].

Los pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional no han hecho más que acentuar la evolución desfavorable de la jurisprudencia relativa al régimen foral navarro. En 2022, José Antonio Razquin Lizarraga concluía

---

44 En la STC 225/1998, de 25 de noviembre, se decidió que, dado que todas las comunidades autónomas habían optado por establecer una Asamblea como la prevista para las comunidades de acceso inmediato a un mayor autogobierno, su organización institucional tenía por canon constitucional el mismo que la de las segundas: el definido en el art. 152.1 CE. Al uniformar el canon, la organización institucional autonómica quedaba uniformada *desde un principio*, en contradicción con el principio dispositivo. *Vid.* el voto particular del presidente Cruz Villalón.

45 Para Clavero Salvador («"Desde el principio"…», cit., p. 123), Navarra «juega con la ventaja de que se tiene a sí misma y se le considera como un caso no conflictivo con la integridad de España […] el planteamiento y el ejercicio de las autonomías navarra y andaluza sufren un acoso inferior de recursos centrales que los de la vasca y la catalana».

46 M. M. Razquin Lizarraga, «Límites de las competencias históricas de Navarra. El ejemplo de la función pública», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 58, 2014, pp. 44-45.

un estudio de la jurisprudencia constitucional relativa a Navarra con estas inequívocas frases:

> «En fin, esta visión evolutiva muestra un cambio desde una etapa inicial de reconocimiento de la peculiaridad y mayor ámbito competencial de las competencias históricas de Navarra, hasta una interpretación restrictiva de las competencias de Navarra en razón de la fuerza expansiva reconocida a los títulos competenciales estatales que excluyen o limitan las competencias de la Comunidad Foral, de suerte que la doctrina de la STC 140/1990, aunque recordada en muchas sentencias posteriores, pierde efectividad acarreando cierta asimilación al régimen común autonómico[47]; así como una interpretación más restrictiva de las competencias autonómicas dentro del criterio más centralista de la doctrina constitucional de la última etapa. Así, la preponderancia de las competencias económicas estatales (sobre todo ex art. 149.1.13 CE) conlleva una restricción de las competencias de Navarra, cuya autonomía financiera queda relegada a un plano procedimental y no sustantivo, por lo que la vinculación de Navarra es igual a la de las Comunidades Autónomas, como resulta de los límites en materia de retribuciones de los funcionarios (por todas, SSTC 148/2006 y 95/2015), la no flexibilización de las reglas de endeudamiento local (STC 171/2012) o la doctrina sobre los tributos no convenidos (SSTC 208/2012 y 110/2014). En suma, con algunas sentencias constitucionales saltan jirones del régimen foral.»[48]

Esta preocupación por la evolución de la jurisprudencia constitucional es compartida por otros autores. Negro Roldán, después de analizar detenidamente la doctrina del Tribunal Constitucional, llega al punto de aconsejar «una cuidadosa ponderación de en qué ocasiones haya de correrse el riesgo de acudir al TC a defender una competencia histórica, habida cuenta de la (al menos aparente) tendencia cada vez más restrictiva en la interpretación y aplicación de ese tipo de competencia histórica por parte de ese órgano de garantías constitucionales»[49]. La deferencia hacia las competen-

---

47 En particular, el autor critica las SSTC 208/2012, de 14 de noviembre, y 110/2014, de 26 de junio, que proscriben la creación unilateral por Navarra de tributos no convenidos, equiparando el sistema de Convenio Económico al de Concierto Económico; la STC 157/2021, de 16 de septiembre, que ancla la competencia de Navarra en materia de Derecho civil foral en la foralidad civil del art. 149.1.8 CE y no en la disposición adicional primera CE; y la STC 154/2017, de 21 de diciembre, que, respecto del régimen estatutario de los policías locales, no realiza un adecuado entendimiento de la competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de función pública.

48 J. A. Razquin Lizarraga, «La LORAFNA en los Tribunales…», cit., p. 536.

49 F. J. Negro Roldán, «La cuestión competencial en la LORAFNA», en R. Jimeno Aranguren (ed.), *La LORAFNA 40 años después: historia, balance y propuestas para una reforma*, Parlamento de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 390. Según Clavero Salvador, «"Desde el principio"…», cit., p. 124, «el País Vasco ha evitado que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre tal fundamentación en derecho histórico de la autonomía propia». Hay que recordar que el País Vasco renunció entre 1989 y 2011 a acudir al Tribunal Constitucional en defensa de su autonomía, si bien intervino en los recursos y conflictos promovidos por el Estado contra sus actuaciones y normas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cias históricas navarras parece estar declinando en la jurisprudencia constitucional.

La competencia tributaria es la joya de la corona de las competencias históricas. El instrumento que propicia la nivelación en este ámbito no es una legislación estatal expansiva, sino un ejercicio frecuente, casi sistemático, de la acción impugnatoria contra la normativa tributaria emanada sobre todo de los Territorios Históricos, aunque también de la Comunidad Foral de Navarra, en la jurisdicción constitucional y, sobre todo, en la jurisdicción contencioso-administrativa. Según una estimación doctrinal, la maraña jurisprudencial que rodea el devenir del concierto económico ascendía en 2024 a unas trescientas resoluciones judiciales, provenientes de todos los órganos jurisdiccionales del Estado español y algunos de la Unión Europea, mientras que las que afectan a su gemelo navarro, el convenio económico, se reducía a una décima parte[50]. De esta forma, «el Estado se erige en defensor de la uniformidad del sistema tributario, reduciendo a un carácter puramente formal el poder tributario de los territorios forales», a través de la interposición masiva de recursos. En suma, «los regímenes tributarios forales se soportan por el Estado central siempre que sean miméticos del sistema tributario estatal»[51].

IV. ¿CÓMO ABORDAR LA EROSIÓN COMPETENCIAL? EL REFORZAMIENTO DE LAS GARANTÍAS DEL AUTOGOBIERNO

En un estudio sobre la erosión competencial no sería suficiente quedarse en un diagnóstico técnico, sobre todo si es negativo. Urge reflexionar sobre las posibilidades de frenar la erosión competencial y mejorar el autogobierno. No es probable que el legislador estatal o la jurisprudencia constitucional se autorregulen o generen criterios para contener la recentralización y la erosión competencial. Necesitan incentivos desde fuera para dar tales pasos. En un Estado constitucional, los incentivos solo pueden venir avalados por el principio democrático. Rara vez se podrá acudir a mecanismos internacionales o supranacionales[52].

---

50 M. Aranburu Urtasun, *Convenio / Concierto. El sistema financiero y tributario de las Haciendas Forales*, IVAP, Oñati, 2024, p. 245. En otra obra, *Provincias Exentas. Convenio-Concierto: Identidad colectiva en la Vasconia peninsular (1969-2005)*, FEDHAV, Donostia-San Sebastián, 2005, pp. 139, 150, el mismo autor atribuye «intencionalidad política» a esa asimetría impugnatoria de disposiciones tributarias similares e incluso habla de «castigo político al Gobierno de la CAPV».

51 F. De la Hucha Celador, «Hacienda autonómica y hecho diferencial», *Estado autonómico y hecho diferencial de Vasconia*, Eusko Ikaskuntza, Donostia-San Sebastián, 2000, pp. 276, 286.

52 En la provincia italiana de Bolzano, dotada de autonomía legislativa y administrativa, se constata un grave deterioro acumulado de unas competencias que están garantizadas internacionalmente por los acuerdos concluidos entre Gruber y De Gasperi en 1946. La per-

La introducción de mecanismos de mejora del autogobierno requiere, sin duda, la reforma de la Constitución. El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 fue el gran intento de cambiar los modos de concebir y gestionar el Estado autonómico dominantes en la teoría jurídica y en la jurisdicción constitucional sin reforma constitucional (a la vez que intentaba recomponer la integración jurídica y política de Cataluña en España). El Tribunal Constitucional, no obstante, al verse obligado a «(re)reinterpretar» la reinterpretación del artículo 149.1 CE realizada por el Estatuto[53], dio al traste con las intenciones perseguidas por la reforma estatutaria: reforzó las líneas unitaristas de su jurisprudencia e incrementó la dependencia de todos los actores respecto a su monopolio interpretativo.

La doctrina constitucional se ha erigido, por tanto, en un conjunto densísimo de nociones, principios y valoraciones superpuestos a la Constitución. Para algunos autores, esa «jurisprudencia constitucional superpuesta a la Constitución» mutila o margina «dispositivos contenidos en la Constitución vigente, los de nacionalidad, derecho histórico, pacto estatuyente y título republicano»[54]. Sin duda, el texto constitucional es la «única verificación jurídica posible del pacto constituyente»[55]. Pero el del artículo 149.1 CE es un texto escueto, que, en comparación con el lenguaje modernizado de la mayoría de los estatutos de autonomía y la abundantísima y densísima doctrina constitucional, «aparece cada vez más pobre, más lejano en el tiempo, en una palabra, en una situación de desventaja en lo que a su misma legitimidad se refiere»[56].

La única forma de preservar el autogobierno consiste en completar y reforzar sus garantías normativas, políticas y jurisdiccionales. Los mecanismos de refuerzo que se indicarán a continuación no son elucubraciones teóricas, sino regulaciones que están perfectamente plasmadas en el sistema constitucional alemán. Con esto se quiere mostrar que, si hay voluntad, se pueden introducir mejoras concretas y probadas.

---

cepción sobre el debilitamiento de la autonomía legislativa de la provincia de Bolzano, atribuido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, ha motivado un reciente proyecto de reforma estatutaria a fin de *restaurar* los niveles de autonomía existentes en 1992 y que entonces fueron tenidos en cuenta a la hora de solucionar la controversia jurídico-internacional existente entre Italia y Austria (llevada ante la ONU en 1960), y de esta forma evitar que la República de Austria reproche de nuevo a la italiana el incumplimiento del citado acuerdo internacional. Al respecto, *vid*. E. Happacher y W. Obwexer, «La riforma dell'autonomia dell'Alto Adige-*Südtirol* tra ripristino delle competenze e sviluppo ulteriore», *federalismi.it*, núm. 26, 2025, pp. 34-59.

53 P. Cruz Villalón, «La dificultad del Tribunal Constitucional como garante de la autonomía territorial», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 39, 2009, p. 28.

54 Clavero Salvador, «"Desde el principio"…», cit., pp. 130-131.

55 M. A. Aparicio Pérez, «Los últimos cuarenta años de reorganización territorial de España», *Ius Fugit*, núm. 20, 2017, p. 40.

56 Cruz Villalón, «La dificultad…», cit., p. 27.

ISBN: 978-84-7777-740-3

1. Racionalizar la distribución competencial

Una amplia reforma de la distribución competencial no resulta viable desde el punto de vista político-constitucional; menos aún una nueva distribución competencial que reemplace a la actual. Debe optarse por objetivos concretos y limitados. Por eso, el título del apartado es «racionalización» y no «sustitución».

El objeto prioritario de una reforma racionalizadora debe ser la competencia estatal sobre las bases. Ante todo, se debe simplificar el listado de las materias sujetas a esa modalidad de legislación compartida, desagregando en la medida de lo posible submaterias que pasen al Estado o bien a las comunidades autónomas, de forma razonablemente equitativa. Esto se hizo en Alemania con ciertas competencias, para simplificar el funcionamiento del Estado federal y definir áreas de responsabilidad definida y exclusiva. Si no se redujeran por completo las materias sujetas a legislación compartida, se deberían introducir límites constitucionales expresos al contenido, naturaleza o alcance de las bases estatales, a todas o a algunas de las que quedaran después de la simplificación de tales títulos. Los límites pueden ser formales, materiales o estructurales: por ejemplo, solo principios, nunca funciones ejecutivas o nunca actos de gestión, nunca bases para comunidades autónomas específicas (ya sean peninsulares o insulares).

Lo anterior puede combinarse con modalidades flexibles de eficacia de determinadas bases estatales. Una posibilidad de mejora y preservación del autogobierno podría consistir en crear la categoría de las bases mejorables, para cierto número de materias, según el modelo acogido para el medio ambiente en el art. 149.1.23 CE. Otra modalidad podría ser la de bases desplazables por las comunidades autónomas y los territorios forales que quisieran desarrollar regulaciones y políticas propias: así podrían conciliarse las importantes diferencias entre las comunidades autónomas en términos económicos y demográficos y, sobre todo, de vocación y capacidad para el autogobierno. Esta es una modalidad introducida hace dos décadas en Alemania[57].

En segundo lugar, se deben introducir límites explícitos al uso del art. 149.1.1 CE[58] y al poder de gasto del Estado. Todo esto ya existe en Alemania. En 1994, por la presión de los *Länder*, que, a través del Cámara federal, tienen iniciativa para la reforma constitucional, se le dio una nueva

---

57 *Vid.* M. A. Cabellos Espiérrez, «Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 96, 2012, pp. 125-159, y T. de la Quadra-Salcedo Janini, «Las bases mejorables como garantía del autogobierno», y A. Arroyo Gil, «La legislación divergente en Alemania», ambos en T. de la Quadra-Salcedo Janini (coord.), *Els darrers desenvolupaments sobre la legislació bàsica*, IEA, Barcelona, 2026, pp. 51-80 y 138-160, respectivamente.

58 Me remito a las conclusiones de mi estudio «La confusión entre las bases y las condiciones básicas», cit., pp. 112-116.

redacción al título competencial federal equivalente a nuestro 149.1.1 CE, porque amenazaba con reducir las competencias de los *Länder*. En esencia, se hizo más difícil el recurso a ese título: de la uniformidad de las condiciones de vida en la federación se pasó a equivalencia; de un uso discrecional por la federación se pasó a exigirle a esta que justificara la necesidad de su legislación y se afirmó el carácter justiciable del título competencial; y, por último, en 2006 se circunscribió a diez materias (en realidad, fragmentos de materias desde la perspectiva de nuestro orden competencial). Por cierto, nueve de esas materias son en España competencia exclusiva o básica del legislador estatal; lo que implica que, en gran medida, esas condiciones de vida equivalentes están suficientemente garantizadas de antemano en España por una reserva competencial expresa.

Asimismo, la Constitución alemana ha sido reformada en varias ocasiones entre 1969 y 2014 para dar cobertura a la práctica de que la federación dedicara fondos a materias de la competencia exclusiva de los *Länder*: la última vez en materia de fomento de la investigación realizada por las universidades. Esas reformas no proporcionan habilitaciones genéricas al poder de gasto de la federación, solo habilitaciones tasadas.

2. Fortalecer la garantía política del autogobierno

El segundo nivel de intervención concierne el fortalecimiento de la garantía política del autogobierno. La carencia, en la Constitución, de técnicas suficientes de participación de las comunidades autónomas ha sido denunciada desde el primer momento[59]. Si no se quiere suprimir o simplificar el listado de las materias de legislación compartida o aceptar en su lugar la categoría de legislación estatal desplazable por las leyes autonómicas, la alternativa es configurar el Senado como una auténtica cámara territorial formada por representantes de las comunidades autónomas (preferiblemente de sus gobiernos autonómicos) que, entre otras funciones, deba aprobar *todas* las normas legales estatales en las materias de legislación compartida: la necesidad de un denominador común normativo y su alcance debe ser determinado por los dos niveles de gobierno.

Este era el modelo por el que se optó inicialmente en Alemania, y ha funcionado bien, al menos desde el punto de vista de la litigiosidad. Si una ley federal alemana cuenta con el consentimiento de casi todos los *Länder*, es difícil que estos luego la impugnen. Y es más probable que las leyes de los *Länder* respeten los términos establecidos en la ley federal. Si en Ale-

59 F. J. García Roca y P. Santolaya Machetti, «Consideraciones sobre las finalidades del Estado autonómico como institución», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 66, 1982, p. 154.

ISBN: 978-84-7777-740-3

mania se ha revisado dicho mecanismo, ha sido por la lentitud y, en ocasiones, el bloqueo que imponía al procedimiento legislativo al estar previsto para una larguísima serie de materias. En España, supondría exigir el consentimiento de un Senado auténticamente federal a la legislación estatal en, actualmente, unas doce materias, que, como he apuntado más arriba, deberían simplificarse, si no es posible suprimirlas por completo.

En Alemania la existencia de partidos políticos de ámbito nacional, representados como es lógico en la cámara de representación popular, no ha impedido que el *Bundesrat* como órgano legislativo de la federación, y los *Länder* como colectivo, trabajasen tenaz y eficazmente para mejorar sus garantías de participación y preservar su ámbito de decisión frente a la integración europea y el ejercicio de las competencias federales, promoviendo y consiguiendo, cuando era necesario, la reforma constitucional[60]. Con un auténtico Senado consciente de su papel no duraría mucho tiempo el insólito privilegio gubernamental de la suspensión automática de las normas y actos autonómicos impugnados ante el Tribunal Constitucional (art. 161.2 CE). A su vez, la naturaleza del Senado y su forma de elección son piezas fundamentales para determinar la composición del Tribunal Constitucional, como se expone a continuación.

3. Fortalecer la garantía jurisdiccional del autogobierno

Aunque se albergue cierto escepticismo sobre la capacidad efectiva de los órganos y procedimientos jurisdiccionales para garantizar el autogobierno, las garantías normativas y políticas son por sí solas insuficientes: sin la garantía objetiva e independiente que puede proporcionar una jurisdicción constitucional bien articulada no se pueden moderar las tendencias centralizadoras inevitables en todo Estado federal o compuesto. Por tanto, una reforma imprescindible es la de la participación de las comunidades autónomas en la designación de una parte de los magistrados del Tribunal Constitucional[61].

---

60 En 1992 se introdujo una nueva cláusula europea, el art. 23 de la Ley Fundamental, para ordenar la participación de los *Länder* en los temas europeos; en 1994 los *Länder*, tras una larga lucha, lograron la reforma del art. 72 de la Ley Fundamental para restringir el ejercicio de la competencia federal en el ámbito de la legislación concurrente y forzar un giro jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal; y, finalmente, en 2006 se llevó a cabo la mayor reforma del federalismo habida hasta la fecha, que si bien no se debía a la iniciativa de los *Länder*, sí contó con su apoyo mayoritario.

61 Para un estudio más amplio de la cuestión me remito a X. Arzoz Santisteban, «Un Tribunal Constitucional para un Estado Federal», en R. Punset Blanco y L. Tolivar Alas (coords.), *España: el federalismo necesario*, Editorial Reus, Barcelona, 2020, pp. 287-313. Ya M. Carrillo, «La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis», en el libro coordinado por él mismo *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 77 y ss.

La finalidad de la reforma debe ser mejorar la legitimación y la capacitación del Tribunal Constitucional en clave «autonómica». El criterio no puede ser tan simple (y disfuncional) como en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la República, que en su composición incluía «un representante por cada una de las Regiones españolas» (art. 122). No obstante, la procedencia territorial de los magistrados no es una cuestión irrelevante si se tiene en cuenta que el conjunto de las nacionalidades históricas «originarias», así como el conjunto de las comunidades autónomas con lengua cooficial, han estado infrarrepresentadas en la composición del Tribunal Constitucional[62]. Además de al equilibrio en la procedencia territorial, se debe atender al conocimiento experto y a la sensibilidad con el principio de autonomía. Es una carencia de la jurisdicción constitucional detectada también muy pronto, a la que no se ha prestado la debida atención, y que ofrece una clave imprescindible para comprender la evolución de su jurisprudencia[63].

Lo natural es que hubiera aflorado una convención constitucional, es decir, una práctica no escrita considerada vinculante por los actores políticos, como existe en otros Estados, de que la composición de la más alta magistratura debe ser plural en lo ideológico, lo cultural y lo territorial. En las últimas renovaciones se ha avanzado en la igualdad de género en la composición del Tribunal Constitucional, sin necesidad de reformar la LOTC, pero queda el ingrediente territorial y lingüístico-cultural.

La participación del Senado en el nombramiento de un tercio de los magistrados constitucionales no garantiza la participación mediata de las comunidades autónomas en la designación de los magistrados constitucionales, básicamente porque aquel no es, como es sabido, la cámara de representación territorial que debía haber sido. El procedimiento de selección de magistrados introducido en 2007 para remediar esa deficiencia del Senado, que superó en 2008 las tachas de inconstitucionalidad que se le dirigieron, solo ha sido aplicado en dos ocasiones (2010 y 2017) de forma completa, esto es, respecto a los cuatro nombramientos que le corresponde decidir

---

62 Del total de 72 magistrados constitucionales nombrados entre 1980 y 2026, el número acumulado de los procedentes de Cataluña, Galicia y País Vasco ha sido de 13 (18 %), idéntico al de los magistrados procedentes solo de Castilla y León (18 %), o solo de Andalucía (18%), y solo 2 menos que los de Madrid (15,3 %). Según el estudio de Muñoz y Rodilla (2026, p. 144), que se indica más tarde, el 35 % de las leyes autonómicas impugnadas por el gobierno central entre 1980 y 2023 procedían del País Vasco o Cataluña. Entre las comunidades autónomas, el País Vasco ocupa con Asturias la décima posición con dos magistrados en 46 años (2,8 %). El número acumulado de los magistrados procedentes de las seis comunidades autónomas con lengua cooficial ha sido de 20, lo que supone menos de un tercio del total de 72 magistrados (27,8 %), cuando su población acumulada supone el 41,3%.

63 El editorial del diario *El País* de fecha 12 de julio de 1980 (atribuido al periodista Javier Pradera Gortázar) celebraba la constitución del Tribunal Constitucional, si bien advertía de que «la ausencia de juristas identificados con los problemas de las comunidades autónomas empañó de alguna forma el acierto global en la formación del Tribunal».

ISBN: 978-84-7777-740-3

cada nueve años. Hasta la fecha ha tenido un impacto desigual y mejorable. En 2010 el procedimiento funcionó razonablemente bien y fueron propuestos veintidós candidatos (si bien el Senado se desvió de las propuestas autonómicas en uno de los cuatro nombramientos). En 2017, en cambio, la mayoría de los parlamentos autonómicos se limitaron a proponer los candidatos que las direcciones de los dos principales partidos estatales habían indicado previamente a sus grupos parlamentarios. Los parlamentos catalán y vasco se abstuvieron de participar en un procedimiento cuyo resultado estaba predeterminado. La renovación iniciada en diciembre de 2025 determinará el futuro de ese procedimiento.

Sin perjuicio de volver al espíritu de la reforma de 2007, que como se contiene en una norma de carácter legal, no da más de sí, en cuanto no puede alterar las previsiones establecidas en la Constitución, *de constitutione ferenda*, tomando como inspiración el sistema alemán de elección, la mitad de los magistrados debería ser elegida por un Senado que representase auténticamente a las comunidades autónomas, mediante un procedimiento que examinase la capacitación y experiencia de los candidatos, incluida la especialización y sensibilización en la defensa de la autonomía, en beneficio de todas las comunidades autónomas por igual.

Diversos estudios señalan que la ideología de los magistrados constitucionales influye en el sentido de la resolución de las controversias constitucionales, también en las de carácter territorial. Aunque no sea prevalente, es un factor relevante en muchas ocasiones[64]. Si se acepta esa influencia, parece que no puede mantenerse un sistema de elección de los magistrados constitucionales que no sea permeable a las visiones del Estado autonómico que encarnan los diversos poderes territoriales. Otros estudios van más allá y ponen de manifiesto que, en determinados escenarios, la ideología de los magistrados del Tribunal Constitucional es determinante ya sea en la formalización de las controversias territoriales o en su resolución. Un estudio español apunta como factores determinantes del resultado de las disputas tanto la alineación de la orientación ideológica mayoritaria del Tribunal Constitucional con la del gobierno central como su carácter conservador[65]. Y un es-

---

64 J. Lopez-Laborda, F. Rodrigo y E. Sanz-Arcega, «Consensus and dissent in the resolution of conflicts of competence by the Spanish Constitutional Court: the role of federalism and ideology», *European Journal of Law and Economics*, vol. 48, 2019, pp. 305-330; N. Garoupa y P. C. Magalhães, «Judicial Politics: the Constitutional Court», en D. Muro y I. Lago (eds.), *The Oxford Handbook of Spanish Politics*, Oxford: Oxford University Press 2020, pp. 258-275.

65 *Vid*. J.-J. Vallbé, D. Cetrà y M. Sanjaume-Calvet, *Tribunal Constitucional i poder central: una anàlisi empírica*, Paperclip 15, Institut d'Estudis de l'Autogovern, Barcelona, 2025. Por su parte, otro estudio español sobre el periodo 1989-2021 relaciona tres factores que incrementan la impugnación de leyes autonómicas por el gobierno central (no necesariamente el resultado): la prevalencia conservadora en el Tribunal Constitucional, las preferencias descentralizadoras de los gobiernos autonómicos y la alineación ideológica del Tribunal

tudio belga permite concluir que las impugnaciones promovidas por entes subestatales cuya ideología no está reflejada en la composición de la jurisdicción constitucional tienen menores tasas de éxito que las de los entes territoriales o los gobiernos federales cuya ideología sí está reflejada[66]. Aunque este tipo de estudios deben ser tomados siempre con cautela, coinciden en subrayar la importancia de la composición del Tribunal Constitucional y, por ende, de los procedimientos de selección de sus miembros.

V. PERSPECTIVA DE FUTURO

Las causas del deterioro de la autonomía son plurales. No están, sin duda, en la existencia de la jurisdicción constitucional, ni en la composición o en la forma de designación del Tribunal Constitucional[67], sino en un cúmulo de factores: las tendencias homogeneizadoras y centralizadoras de las instituciones centrales del Estado, la interdependencia económica internacional, la integración europea, la existencia de mayorías absolutas en las Cortes Generales, etc. Ahora bien, por su mera existencia, la jurisdicción constitucional no es garantía suficiente de la autonomía. Para mejorar su contribución, tienen que reforzarse las garantías normativas, políticas y jurisdiccionales del autogobierno.

Constitucional con el gobierno central. *Vid.* L. Muñoz y A. Rodilla, «A game of tug-of-war: regional laws before the Spanish Constitutional Court», *Territory, Politics, Governance*, 2026, vol. 14, pp. 131-149. Una de sus conclusiones es: «*ensuring a more balanced, more representative composition of the constitutional court might mitigate the impact of such partisan biases and enhance the perception of impartiality in constitutional adjudications*».

66 L. Dalla Pellegrina, J. De Mot, M. Faure y N. Garoupa, «Litigating Federalism: An Empirical Analysis of Decisions of the Belgian Constitutional Court», *European Constitutional Law Review*, vol. 13, 2017, pp. 305-346. Según este estudio, en el periodo 1985-2012 la región belga de Flandes (fusionada con la comunidad de lengua neerlandesa) obtuvo una tasa de éxito del 60 % ante la jurisdicción constitucional, mientras que la de la región de Valonia fue del 100 % y la de la comunidad francófona del 85 %; por su parte, la región de Bruselas y el gobierno federal tuvieron éxito en el 71 % y 63 % de los casos (*ibid.*, p. 318). «Éxito» para este estudio significa que al menos una disposición impugnada o parte de ella sea declarada inconstitucional. El estudio no aclara el origen de esa disparidad, que, a mi juicio, está relacionada con la composición del Tribunal Constitucional. En Flandes existe un sistema de partidos diferente al de los partidos políticos tradicionales belgas (conservadores, liberales y socialistas), y en el que dominan las fuerzas nacionalistas flamencas. Estas fuerzas no propusieron candidatos en la primera elección de magistrados constitucionales a principios de los años ochenta, que son vitalicios (hasta la edad de jubilación). Por primera vez, en enero de 2014 fue nombrada juez constitucional una candidata propuesta por los nacionalistas flamencos (Riet Leysen). Después ha habido más nombramientos en el mismo sentido.

67 Una conclusión similar en K. Rössler, «The Role of Constitutional Judges in Protecting Territorial Self-Government», en F. Requejo y M. Sanjaume-Calvet (eds), *Defensive Federalism*, Routledge, Londres, 2023, p. 170: «they may make an important contribution, as numerous examples cited in this chapter illustrate, but not all hopes should be only placed upon them».

ISBN: 978-84-7777-740-3

En este artículo se han esbozado varias líneas de mejora de esas garantías. Algunas exigen reforma constitucional, otras no: todas presuponen un cambio de actitud y todas son posibles si existe una voluntad consecuente. No son reformas audaces ni elementos propios de un ambicioso proyecto federalizante de reforma constitucional. El modelo de estructuración *regional* de España que, en el tardofranquismo, esbozó en 1973 el administrativista Cosculluela Montaner[68], en un trabajo que, visto en retrospectiva, presenta una asombrosa coincidencia con el diseño del Estado autonómico posterior y con varias líneas de la jurisprudencia constitucional territorial, partía explícitamente del postulado de la intervención mediata de las regiones, a través del Senado, no solo en el ejercicio de la potestad legislativa estatal, sino también en la designación de los jueces constitucionales, por entender que aquella cámara se debía articular como representativa exclusivamente de los entes regionales[69]. La Constitución tiene en estos dos planos interconectados carencias importantes en el diseño de procesos generadores de integración.

Dentro de las líneas de mejora señaladas, ¿cuál es más urgente? La inexistencia, en el sistema constitucional español, de mecanismos políticos y jurídicos alternativos de reforzamiento de la autonomía hace inaplazable que la composición del Tribunal Constitucional refleje las diversas aproximaciones al texto constitucional, al significado político y territorial del principio de autonomía y a la distribución competencial. La forma de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional que establece la Constitución, levemente matizada por el art. 16.1 LOTC desde 2007 por lo que se refiere a los cuatro magistrados que le corresponde designar al Senado, no contribuye a sacarle todo su partido como garantía jurisdiccional de la autonomía.

La solución pasa por configurar procedimientos de selección que, junto a otros criterios de capacitación y experiencia jurídica, valore específicamente la sensibilidad y el conocimiento especializado en asuntos autonómicos/federales de los candidatos. Si, además, se aspira a que el resultado de ese procedimiento responda a una lógica federal, un Senado que representara auténticamente a las comunidades autónomas debería nombrar a la mitad de los magistrados del Tribunal Constitucional con arreglo a procedi-

---

68 Luis Cosculluela Montaner fue colaborador cercano de Manuel Clavero Arévalo, ministro adjunto para las Regiones (1977-1979), que intervino tanto en la etapa de creación de los regímenes preautonómicos como de elaboración de la Constitución. Cosculluela participó en la Comisión de Expertos que elaboró el Informe sobre las Autonomías de 1981 que alentó la redacción de la LOAPA, y fue también ministro de Administraciones Públicas en el último gabinete de Leopoldo Calvo Sotelo (1982).

69 L. Cosculluela Montaner, «La región», en S. Martín-Retortillo y otros, *Descentralización administrativa y organización política*, tomo III, Alfaguara, Madrid, 1973, pp. 345, 419. Los colaboradores en estos volúmenes colectivos fueron insignes miembros de la Escuela del profesor García de Enterría.

mientos dotados de las características mencionadas y procurando una composición equilibrada.

Siguen siendo plenamente actuales las palabras con las que el profesor Edorta Cobreros Mendazona concluyó un modélico e inspirador trabajo de sistematización de la jurisprudencia constitucional competencial publicado hace veinticinco años:

> «Para finalizar, sólo resta auspiciar que, conjurado definitivamente el peligro de «desarmar» al Estado —en buena medida debido a la propia jurisprudencia constitucional, precisamente— y que tanto preocupaba a algunos, el sistema pueda evolucionar hacia fórmulas más flexibles, menos temerosas con las realidades autonómicas y con menores resistencias centrípetas; en definitiva, hacia fórmulas (propias) más o menos federalizantes. Pero ésta ya no es tarea a descargar ahora sobre los hombros del Tribunal Constitucional, evidentemente.»[70]

70 Cobreros Mendazona, «El Estatuto de Autonomía…», cit., p. 1643-1644.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Superar los retos de la cooperación transfronteriza: la creación de un instrumento europeo para el desarrollo y el crecimiento de las regiones fronterizas (BRIDGEforEU)

Addressing the challenges of cross-border cooperation: the establishment of a Border Regions' instrument for development and growth (BRIDGEforEU)

Géraldine Bachoué

Profesora titular de Derecho Público
Directora del Centre de documentation et de recherches européennes (CDRE)
Centro de excelencia Jean Monnet «Europe Droit & Action Publique» (EDAP)
Bayonne, Université de Pau et des pays de l'Adour (UPPA)
ORCID: 0000-0003-3353-2161

Resumen. La adopción conjunta por parte del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea del Reglamento «BRIDGEforEU» el 7 de mayo de 2025 marca el nacimiento de un nuevo instrumento destinado a facilitar, en cada frontera interior de la UE, la identificación y la resolución de los obstáculos a la cooperación transfronteriza. Este mecanismo, que supone un avance importante para simplificar la vida cotidiana de los territorios fronterizos de Europa, tiene por objeto superar los obstáculos burocráticos y físicos en las regiones fronterizas europeas compartidas entre los Estados miembros, con un principio clave: la decisión de eliminar o no un obstáculo recae, en última instancia, en las prerrogativas de las autoridades nacionales competentes. En el centro del proceso de resolución de los obstáculos a la cooperación transfronteriza se encuentran los futuros «puntos de coordinación» que cada Estado podría establecer a nivel nacional y/o local y regional, en concertación con sus vecinos, en su caso de forma compartida en una o varias fronteras. Los Estados que decidan no establecer puntos de coordinación deberán designar a las autoridades pertinentes encargadas de tratar los obstáculos a la cooperación transfronteriza en sus fronteras.

Palabras clave. Regiones fronterizas. Cooperación territorial europea. Obstáculos transfronterizos. Puntos de coordinación transfronteriza. Herramienta de facilitación transfronteriza.

Abstract. The joint adoption by the European Parliament and the Council of the European Union of the «BRIDGEforEU» Regulation on 7 May 2025 marks the launch of a new instrument designed to facilitate the identification and resolution of obstacles to cross-bor-

ISBN: 978-84-7777-740-3

der cooperation at every internal EU border. Representing a major step forward in simplifying daily life in Europe's border regions, the mechanism it establishes aims to overcome bureaucratic and physical barriers in European border regions shared between Member States, with one key principle: the decision on whether or not to remove a barrier ultimately rests with the competent national authorities. At the heart of the process for resolving obstacles to cross-border cooperation are the future «coordination points» that each Member State could establish at national and/or local and regional level in consultation with its neighbours, where appropriate on a shared basis across one or more borders. States that decide not to establish coordination points will have to designate the relevant authorities responsible for addressing obstacles to cross-border cooperation at their borders.

Keywords. Border regions. European territorial cooperation. Cross-border obstacles. Cross-border coordination points. Cross-Border Facilitation Tool.

Sumario. I. Introducción.—II. El contexto: la búsqueda de herramientas para superar los obstáculos transfronterizos.—III. El Reglamento «BRIDGEforEU» como respuesta a los desafíos transfronterizos actuales.—IV. Comentarios.

I. INTRODUCCIÓN

La última legislación de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación transfronteriza se centra en facilitar la vida cotidiana de los habitantes de las regiones fronterizas, permitiendo el acceso a oportunidades laborales, visitas a familiares y el disfrute de servicios públicos y actividades de ocio en el otro lado de la frontera. El propósito de este estudio es analizar el impacto del Reglamento (UE) 2025/925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de mayo de 2025, denominado «BRIDGEforEU»[1], como mecanismo para resolver uno de los desafíos actuales del Derecho público, en concordancia con las reflexiones generales del catedrático Edorta Cobreros Mendazona, a quien la presente contribución pretende rendir homenaje. Este estudio tiene como objetivo evaluar cómo el Reglamento (UE) 2025/925 busca facilitar la integración regional, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes de estas áreas, independientemente de su ubicación en la frontera.

Es pertinente la mención de que, desde hace varias décadas, las regiones limítrofes de la Unión Europea, que poseen una población superior a los 150 millones de habitantes y se extienden desde los Pirineos hasta las costas del Mar Báltico, se ven confrontadas por una serie de impedimentos que obstaculizan su progreso económico, social y cultural. A pesar de su considerable potencial de crecimiento y de integración, su desarrollo y las interacciones que se generan se ven comprometidos por disparidades jurídicas y administrativas, barreras lingüísticas, una oferta limitada de medios de transporte transfronterizos y una conectividad digital deficiente. Los desafíos en cuestión, entre otros, suponen obstáculos particulares a los que se enfrentan las regiones fronterizas, lo que conlleva una restricción de su capacidad de crecimiento socioeconómico y un acentuamiento de las disparidades territoriales.

En el contexto de inestabilidades económicas o situaciones de crisis, las regiones fronterizas tienen el potencial de ser las más seriamente afectadas. La crisis sanitaria provocada por el virus del SARS-CoV-2 ha puesto en evidencia los efectos adversos que las restricciones a la libre circulación de personas entre fronteras, impuestas por los Estados miembros, tienen sobre la economía de las regiones limítrofes. En efecto, el impacto económico

[1] Reglamento (UE) 2025/925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de mayo de 2025, relativo a un instrumento para el desarrollo y el crecimiento de las regiones fronterizas (BRIDGEforEU), *DO L*, 2025/925, 19.5.2025.

ISBN: 978-84-7777-740-3

negativo de tales medidas en dichas regiones ha sido más del doble de su incidencia media sobre el conjunto de regiones de la Unión en términos de pérdida de producto interior bruto. Este estudio ha puesto de manifiesto la imperativa necesidad de implementar un sistema que facilite la superación de las barreras transfronterizas identificadas.

En el contexto de los desafíos transfronterizos europeos, la Unión Europea se erige como la entidad más capacitada para proponer una solución efectiva. Se evidencia la complejidad que experimentan los Estados miembros al procurar resolver de manera autónoma los obstáculos y disparidades de índole jurídica o administrativa que tienen lugar en las fronteras internas de la Unión Europea. Estos desafíos potenciales podrían comprometer las interacciones y el desarrollo de las regiones fronterizas. Por consiguiente, se hace indispensable identificar estrategias que permitan superar los obstáculos identificados, mediante la implementación de un marco normativo claro y exhaustivo a nivel de la Unión Europea. Este marco debe fomentar la cooperación entre los Estados y facilitar la coordinación de sus esfuerzos.

A pesar de la posibilidad de que los Estados miembros hagan uso del marco establecido por el Reglamento BRIDGEforEU, el propósito es el de optimizar la vida en las fronteras interiores de la Unión, tanto en áreas rurales como urbanas. En el contexto del nuevo Reglamento, las disposiciones comunes establecidas por los Estados que optan por recurrir al marco normativo existente se erigen como un complemento a los instrumentos vigentes, proporcionando un marco adicional dotado de un mecanismo de facilitación transfronteriza.

En este sentido, el Reglamento BRIDGEforEU representa un avance significativo en la facilitación de la circulación de personas en la frontera, en consonancia con el resto del territorio europeo. La concepción de la iniciativa se enmarca en un enfoque metodológico destinado a proporcionar respuestas a los desafíos particulares a los que se enfrentan las regiones limítrofes. El propósito de la presente legislación es facilitar la cooperación transfronteriza en las regiones europeas. La iniciativa persigue dos objetivos primordiales: en primera instancia, fortalecer los vínculos entre las comunidades implicadas y, en segunda instancia, promover su desarrollo económico y social. El Reglamento tiene como objetivo fomentar la aparición de nuevas oportunidades de crecimiento económico, progreso social e intercambio cultural. Un análisis de tipo económico, financiado por la Comisión Europea, ha revelado que la eliminación de aproximadamente el 20% de los obstáculos actuales podría tener repercusiones económicas significativas[2]. La implementación de esta medida podría generar un efecto favorable en el ámbito de la economía, con la posibilidad de un in-

[2] Estudio de la Comisión Europea, «Quantification of the effects of legal and administrative border obstacles in land border regions», Informe final, 16.05.2017.

cremento en el producto interno bruto de hasta un 2 %. En el contexto de la dinámica en cuestión, se evidencia la posibilidad de que se genere un volumen de empleo que supere el millón de unidades en dichos entornos residenciales. La implementación de este Reglamento constituye un hito relevante en los esfuerzos emprendidos por la Unión Europea para fomentar el desarrollo regional y la cohesión económica, social y territorial, en conformidad con el artículo 174 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La iniciativa BRIDGEforEU refleja una intención explícita de fortalecer los vínculos entre las naciones europeas, promover la interconexión continental y fomentar una prosperidad compartida para todos los ciudadanos.

II. EL CONTEXTO: LA BÚSQUEDA DE HERRAMIENTAS PARA SUPERAR LOS OBSTÁCULOS TRANSFRONTERIZOS

El Reglamento BRIDGEforEU constituye el resultado de una profunda reflexión impulsada en 2015. La reflexión fue iniciada por la Presidencia del Consejo del Gran Ducado de Luxemburgo, y posteriormente desarrollada en el contexto de una evaluación transfronteriza llevada a cabo por la Comisión Europea con motivo del 25º aniversario de Interreg.

En primer lugar, durante la presidencia luxemburguesa del Consejo en el último semestre de 2015, se abordaron los desafíos de la cooperación transfronteriza y la imperativa necesidad de identificar soluciones para superar los obstáculos que enfrentaba. Esta problemática ha sido abordada en el Consejo de las Asuntos Generales del 17 de noviembre de 2015 y en la reunión informal de los ministros de la ordenación del territorio del 26 de noviembre de 2015. El presente estudio se ha llevado a cabo en el marco de una investigación encargada por el Estado de Luxemburgo a la denominada «Misión Operacional Trasfronteriza»[3], una entidad francesa que se especializa en la facilitación de la cooperación internacional. El presente estudio, de suma relevancia, ha examinado minuciosamente las necesidades de revisión del marco normativo vigente y ha propuesto la implementación de nuevos instrumentos jurídicos con el propósito de superar los obstáculos que impiden la cooperación transfronteriza. En el contexto del programa Agenda Territorial, se constituyó un grupo de trabajo dedicado a la identificación de soluciones innovadoras para abordar los desafíos transfronterizos. Este grupo, bajo la presidencia de los Países Bajos, inició sus actividades durante el período primaveral de 2016. La presente entidad ha sido encomendada con la tarea de llevar a cabo la evaluación de la propuesta concerniente a la implementación de un nuevo instrumento de cooperación transfronteriza. El

[3] Para descargar el estudio: <https://www.espaces-transfrontaliers.org/publications/cross-border-cooperation-obstacles-to-overcome/>.

ISBN: 978-84-7777-740-3

propósito de este programa consistía en desarrollar dicha propuesta con el fin de contribuir a la elaboración de una estrategia de cooperación transfronteriza eficaz y sostenible. El presente estudio aborda la labor llevada a cabo por el grupo de trabajo, compuesto por representantes de los Estados y expertos en cooperación, en la redacción de su informe. Dicho informe fue finalizado en junio de 2017, si bien los trabajos continuaron hasta diciembre de 2018.

En segundo lugar, la *Revista de la cooperación transfronteriza*[4] elaborada por la Comisión Europea en el otoño de 2015 con el propósito de evaluar los resultados de los programas Interreg en un período de 25 años, motivó a la Comisión a presentar, en septiembre de 2017, una comunicación titulada «Impulsar el crecimiento y la cohesión en las regiones fronterizas de la UE»[5]. El texto en cuestión manifiesta un reconocimiento hacia los avances logrados hasta la fecha para transformar dichas regiones, predominantemente periféricas, en zonas de crecimiento y apertura económica. Sin embargo, la comunicación, si bien hace referencia explícita a las labores del Grupo de Trabajo sobre un nuevo instrumento jurídico para la resolución de obstáculos, reconoce la existencia, sino la persistencia, de obstáculos de naturaleza jurídica. Los servicios anteriormente mencionados se hallan asociados a las áreas de salud pública, normativas laborales, tributación, fomento empresarial y disparidades entre marcos jurídicos nacionales y prácticas administrativas de países limítrofes.

Es pertinente señalar que, desde una perspectiva legal, resulta factible concebir, en el contexto europeo, un mecanismo destinado a superar los obstáculos que dificultan la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito transfronterizo. En el tercer párrafo del artículo 174 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea se reconoce que las regiones limítrofes enfrentan desafíos particulares. En consecuencia, la Unión está obligada a prestar una atención particular a dichas regiones cuando despliega y ejecuta sus acciones destinadas a fortalecer su cohesión económica, social y territorial. Con el propósito de alcanzar la meta anteriormente mencionada, el artículo 175, tercer párrafo, del Tratado, establece la viabilidad de emprender acciones específicas al margen de los fondos europeos señalados en el primer párrafo del mismo artículo 175. Desde una perspectiva jurídica, estos artículos delinean el marco legal que faculta a las instituciones de la Unión Europea para implementar las medidas pertinentes destinadas a optimizar las condiciones de ejecución de las acciones de cooperación territorial.

---

4 <https://interreg5.interreg-fwvl.eu/fr/revue-de-la-cooperation-transfrontaliere#>.

5 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Impulsar el crecimiento y la cohesión en las regiones fronterizas de la UE», 20 de septiembre de 2017, COM (2017) 534 final.

En este contexto, la Comisión Europea presentó su propuesta de Reglamento relativo a la creación de un mecanismo destinado a eliminar los obstáculos jurídicos y administrativos en un contexto transfronterizo, el 29 de mayo de 2018[6]. La normativa en cuestión ha sido objeto de un procedimiento legislativo ordinario en el ámbito de la Unión Europea. El propósito de la presente iniciativa radicaba en la implementación de un mecanismo destinado a extender, de manera limitada, la jurisdicción de un Estado miembro de la Unión Europea al territorio adyacente perteneciente a otro Estado miembro. En consecuencia, se ha determinado que, en circunstancias excepcionales y específicas, resulta factible implementar el Derecho derogatorio que implica la aplicación del Derecho del Estado vecino. No obstante, la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea suscitó de inmediato reservas por parte de ciertos Estados, quienes manifestaron preocupaciones respecto a posibles afectaciones a su soberanía nacional, despecho del carácter voluntario y derogatorio del mecanismo. A pesar de la aprobación del Parlamento Europeo, así como del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, la propuesta en cuestión ha sido finalmente denegada por el Consejo.

En el contexto de las negociaciones institucionales que obstaculizaban la adopción del texto legislativo, la Comisión Europea tomó la decisión en 2018 de implementar un sistema de asesoramiento, denominado «*b-solutions*»[7]. Tomando como punto de partida una muestra de casos situados en las fronteras interiores de la Unión Europea, un grupo de expertos en asuntos transfronterizos se ha encargado de llevar a cabo una exhaustiva evaluación de los obstáculos que se han encontrado en el camino. Además, se les ha encomendado la tarea de idear una solución pragmática, cuya implementación se encuentra incierta, ya que está supeditada a los actores implicados o a las autoridades legislativas o reglamentarias competentes. En virtud de los resultados obtenidos durante la fase experimental, la Comisión ha decidido proceder con la extensión del programa. Se ha destacado la relevancia de contar con un instrumento jurídico que permita afrontar los obstáculos a la cooperación transfronteriza, tal y como se evidencia en su informe de 2021 sobre «Las regiones fronterizas de la Unión Europea: espacios vivos de integración europea»[8].

---

6 Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de mayo de 2018, relativo a un mecanismo para superar los obstáculos jurídicos y administrativos en un contexto transfronterizo (Mecanismo Transfronterizo Europeo), COM(2018) 0373.

7 Informe de la Comisión Europea y la Asociación de Regiones Fronterizas Europeas, de 9 de diciembre de 2021, titulado «*B-solutions*: Solving Border Obstacles. A Compendium 2020-2021», Iniciativa *b-solutions*: eliminar los obstáculos fronterizos. Un compendio 2020-2021: <https://www.aebr.eu/projects/b-solutions/>.

8 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de julio de 2021, «Regiones transfronterizas de la UE: verdaderos laboratorios de la integración europea», COM(2021) 0393.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En 2022, un informe del Tribunal de Cuentas Europeo vuelve a poner sobre la mesa esta cuestión[9]. El año siguiente, Sandro Gozi, miembro del Parlamento Europeo, presentó un informe cuyo propósito era reactivar los esfuerzos destinados a la creación de un instrumento jurídico destinado a superar los obstáculos que dificultan la cooperación transfronteriza. El presente informe ha sido aprobado por el Parlamento Europeo[10]. La propuesta de Reglamento se fundamenta en los hallazgos de un estudio que sugiere que la combinación de medidas no vinculantes (conocidas como *soft law*) con la implementación de instrumentos jurídicos podría generar aproximadamente 123 mil millones de euros anualmente y más de un millón de empleos. En respuesta a esta situación, el Parlamento Europeo ha presentado una solicitud formal a la Comisión Europea, instándola a presentar una propuesta legislativa revisada en un plazo de tres meses. En paralelo, el Comité de las Regiones expresó su respaldo al proyecto en cuestión, mediante una declaración emitida en el mes de octubre del año 2023[11]. Sin embargo, se sugirió la implementación de ciertas modificaciones con el propósito de enriquecer el contenido y mejorar su aplicabilidad.

En respuesta a esta situación, la Comisión presentó el 12 de diciembre de 2023 una nueva propuesta modificada del Reglamento que establece un mecanismo de resolución de obstáculos, denominada «Facilitar las soluciones transfronterizas»[12]. La propuesta incluía la implementación de puntos de coordinación transfronteriza, cuya función sería la evaluación de toda solicitud presentada por los actores fronterizos concerniente a los obstáculos potenciales a la cooperación transfronteriza. En caso de obstáculo efectivo y en ausencia de un acuerdo de cooperación entre los Estados implicados, estos últimos tenían la facultad de invocar la herramienta de facilitación transfronteriza, de acuerdo con los procedimientos estándar voluntarios, con el propósito de solucionar los obstáculos administrativos y jurídicos en las regiones transfronterizas. Sin embargo, es pertinente señalar que este procedimiento estándar podría seguir representando una restricción significativa para ciertos Estados.

La consecución de un consenso entre el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo respecto al nuevo instrumento se ha demorado hasta el segundo semestre de 2024, durante la presidencia de Hungría. En el mes de enero del año 2025, la versión más reciente del texto

---

9 Informe espacial del Tribunal de Cuentas Europeo, «Apoyo de la UE a la cooperación transfronteriza con los países vecinos. Se ha prestado un apoyo valioso, pero la ejecución empezó con mucho retraso y es necesario resolver problemas de coordinación», 2022.

10 *Informe del Parlamento Europeo sobre los retos actuales y futuros en relación con la cooperación transfronteriza con los países vecinos,* 7.12.2023.

11 <https://www.cor.europa.eu/es/node/18241>.

12 *Propuesta de la Comisión para reforzar el mercado único abordando los obstáculos jurídicos y administrativos en las regiones transfronterizas de Europa,* 12.12.2023.

en cuestión fue aprobada tras la culminación de un proceso de negociaciones interinstitucionales. Una vez concluido el proceso de negociación que se extendió a lo largo de diez años, y en el que intervinieron la Comisión, el Parlamento Europeo y los Estados miembros, el Reglamento BRIDGEforEU fue finalmente aprobado en mayo de 2025[13]. El presente texto propone una medida que podría tener un impacto tangible en las regiones fronterizas, sin generar cargas superfluas para las administraciones nacionales y regionales.

III. EL REGLAMENTO BRIDGEforEU COMO RESPUESTA A LOS DESAFÍOS TRANSFRONTERIZOS ACTUALES

Después de tantas vicisitudes, el texto finalmente aprobado es el Reglamento (UE) 2025/925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de mayo de 2025 relativo a un instrumento para el desarrollo y el crecimiento de las regiones fronterizas (BRIDGEforEU). Se ha establecido un marco jurídico con el propósito de facilitar la determinación y la eliminación de los obstáculos transfronterizos. Dichos obstáculos tienen la capacidad de obstaculizar la implementación y el funcionamiento de toda infraestructura necesaria para las actividades transfronterizas, ya sean de naturaleza pública o privada[14]. Asimismo, pueden abarcar servicios públicos transfronterizos, particularmente cuando se proporcionan en una región específica de este tipo[15]. En el contexto de sus funciones, este servicio público se centra en un objetivo específico: promover la cohesión económica, social y territorial de la región. En virtud de la normativa mencionada anteriormente, se puede iniciar un procedimiento en caso de que se presente un obstáculo transfronterizo en un Estado miembro que haya optado por implementar un punto de coordinación transfronteriza. El Reglamento constituye un conjunto de disposiciones que delimitan la estructura y las obligaciones inherentes a los puntos de coordinación, así como las funciones de coordinación inherentes a la propia Comisión Europea.

De acuerdo con lo estipulado, el Reglamento en cuestión se aplicará a los obstáculos transfronterizos enfrentados en las regiones limítrofes compartidas por Estados miembros de la Unión Europea. En consecuencia, las regiones fronterizas entre Estados miembros y países terceros de la Unión Europea quedan excluidas del sistema[16]. Es preciso señalar que

---

13 Reglamento (UE) 2025/925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de mayo de 2025, relativo a un instrumento para el desarrollo y el crecimiento de las regiones fronterizas (BRIDGEforEU), *DO L*, 2025/925, 19.5.2025.

14 Artículo 3, párrafo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento.

15 Artículo 3, párrafo 1, apartado 1, letra b), del Reglamento.

16 Artículo 2, párrafo 2, del Reglamento.

ISBN: 978-84-7777-740-3

las fronteras en cuestión abarcan tanto los territorios terrestres como marítimos[17].

El Reglamento contiene disposiciones de notable relevancia, siendo la implementación de sistemas de coordinación transfronteriza entre Estados una de sus contribuciones más destacadas. Estos sujetos se ven confrontados a una encrucijada de naturaleza genuinamente determinante. La responsabilidad de determinar la implementación o no de las medidas, su ubicación geográfica a nivel nacional o regional, y su cantidad, recae en los actores involucrados. La determinación de la ubicación idónea de estos elementos, ya sea en todas las fronteras o únicamente en determinadas secciones de las mismas, recae en los sujetos anteriormente mencionados. Se ha de considerar que las partes implicadas cuentan con la facultad de estipular uno con el Estado miembro colindante. En el ámbito de la cooperación transfronteriza, la función de punto de coordinación puede ser encomendada a una entidad ya establecida o a una entidad que se constituya específicamente para este propósito. La finalidad esencial de la instancia de coordinación transfronteriza radica en la realización de deliberaciones con el sujeto que inició el expediente transfronterizo correspondiente. En este caso, el Estado miembro se enfrenta a la necesidad de realizar una segunda selección: o bien el punto de coordinación se encarga de gestionar el expediente, o bien lo deriva a una autoridad competente para su procesamiento. Es pertinente destacar que este procedimiento de designación debe llevarse a cabo de manera concomitante por parte del Estado.

Cada uno de los actores que conforman el territorio tiene la capacidad potencial de asumir el rol de iniciador de expedientes de carácter transfronterizo[18]. El sujeto que inicia el proceso se constituye como la parte involucrada que ostenta la responsabilidad de la elaboración del expediente[19]. En este contexto, se requiere que el autor describa y analice la zona geográfica en cuestión, examine la interacción transfronteriza y su contexto, presente el problema resultante de la barrera y, por último, argumente las razones por las cuales dicha barrera debe ser eliminada[20]. En el caso de que se considere pertinente su aportación, se le insta a señalar la presencia de un obstáculo compartido con el otro flanco de la frontera o a describir la existencia de un obstáculo análogo en otra frontera. En el ámbito de la gestión de obstáculos, el iniciador puede estar facultado para proponer un texto que busque establecer una excepción o una derogación al obstáculo en cuestión. Además, puede proporcionar una solución específica para superar la barrera identificada[21].

---

17 Artículo 2, párrafo 1, del Reglamento.

18 Artículo 3, párrafo 6, del Reglamento.

19 Artículo 7 del Reglamento.

20 Artículo 8, párrafo 1, del Reglamento.

21 Artículo 2, párrafo 2, del Reglamento.

A continuación, el Reglamento ofrece una descripción de las fases del examen del expediente[22]. La implementación de este proyecto se lleva a cabo mediante dos modalidades. En el caso de que se haya seleccionado el punto de coordinación transfronteriza, se procederá a su utilización. En caso contrario, se solicitará la intervención de la autoridad competente designada para tal fin. El procedimiento en cuestión, de naturaleza nacional, se prevé que se extenderá por un período comprendido entre tres y seis meses. Durante la evaluación del expediente, el instructor cuenta con un amplio espectro de opciones a su disposición. En el caso de que el solicitante considere que no posee la totalidad de los elementos necesarios para llevar a cabo la evaluación, tiene la facultad de requerir aclaraciones al individuo que inició el correspondiente procedimiento, o, en su caso, de archivar el expediente. Es pertinente destacar que el análisis en cuestión podría resultar en la ausencia de obstáculos transfronterizos. En el caso hipotético de que dicha barrera fuese constatada o identificada, particularmente si fuese atribuible a la jurisdicción adyacente, el instructor estaría facultado para establecer comunicación con el punto de coordinación transfronteriza de dicho Estado o con la autoridad competente de este.

Una vez realizado un análisis exhaustivo del expediente transfronterizo, el informe pericial debería proporcionar una recomendación pertinente[23]. La propuesta puede fundamentarse en un acuerdo internacional vigente, ya sea de carácter bilateral o multilateral, sectorial o multisectorial, que contemple un mecanismo destinado a superar los obstáculos transfronterizos entre los Estados miembros partes de dicho acuerdo. En ausencia de una disposición específica, la solución podría basarse en otros procedimientos previstos en el marco normativo del Estado miembro correspondiente. El Reglamento faculta la instauración de mecanismos *ad hoc* o la aplicación individual o conjunta con el Estado vecino de la herramienta de facilitación transfronteriza. Adicionalmente, se permite la opción de mantener la situación actual y archivar el expediente.

El presente estudio aborda el análisis de la innovación representada por la herramienta de facilitación transfronteriza, enmarcada como la segunda innovación del Reglamento, posterior a los puntos de coordinación. La implementación del instrumento es determinada por el punto de coordinación transfronteriza o la autoridad competente. La ejecución de la acción descrita en el párrafo anterior es determinada por la voluntad del sujeto en cuestión. La determinación es notificada al órgano de coordinación o a la autoridad competente o pertinente del Estado limítrofe, con el propósito de prevenir la instigación de procedimientos paralelos o duplicados que podrían originarse como consecuencia de un mismo impedimento. En el caso de que el

22 Artículo 9, párrafos 1 a 6, del Reglamento.

23 Artículo 9, párrafo 6, del Reglamento.

ISBN: 978-84-7777-740-3

obstáculo sea atribuible a una disposición o práctica administrativa, el punto de coordinación o la autoridad competente deberá contactar con el servicio responsable de dicha disposición o práctica administrativa. El propósito de este procedimiento es determinar si una modificación de la disposición administrativa o una evolución de la práctica administrativa permitirían superar el obstáculo, manteniendo el marco de lo factible. En el caso hipotético en el que el obstáculo en cuestión adoptara la forma de una disposición legislativa, el punto de coordinación o la autoridad competente estaría obligada a comunicarse con la autoridad responsable de dicha disposición, con el fin de evaluar si la implementación de una modificación, en forma de una excepción o una derogación a la disposición legislativa, resultaría en la superación del obstáculo en cuestión. Asimismo, sería pertinente evaluar la viabilidad de implementar medidas que propicien el inicio de un procedimiento legislativo modificativo. En última instancia, cuando se presentan expedientes transfronterizos relacionados con un mismo obstáculo transfronterizo ante los puntos de coordinación transfronteriza de dos Estados miembros adyacentes, resulta imperativo establecer una concertación entre dichos Estados.

El sujeto que inicia el procedimiento es notificado por escrito sobre su resolución en un plazo no superior a ocho meses a partir de la fecha en que se presentó el expediente transfronterizo. En el contexto de la gestión de la cooperación interinstitucional, se plantea la relevancia de la eficacia en la prestación de respuestas por parte del punto de coordinación. En caso de que este no logre proporcionar una respuesta dentro del plazo establecido, se procede con la clausura inmediata del correspondiente procedimiento. En consecuencia, se deduce que la respuesta, independientemente de su naturaleza, está inevitablemente motivada. Esta dinámica puede conducir a la aparición de un estado en el que el obstáculo persiste, sin resolverse de manera efectiva. Es pertinente señalar que dicha manifestación puede también producirse a través de una modificación de una disposición administrativa o una alteración en la práctica administrativa. La materialización de este fenómeno puede producirse a través de dos vías: la instigación de una nueva legislación o la enmienda de una disposición legal vigente. En los dos casos mencionados anteriormente, el punto de coordinación transfronteriza del Estado vecino también es informado. En el caso de que se tome la decisión de iniciar un procedimiento legislativo o de modificar una práctica administrativa que represente un obstáculo para la cooperación transfronteriza, se establecerá una estrecha coordinación entre el Estado miembro afectado por dicho obstáculo y el Estado vecino, de ser necesario, a través de una comisión mixta compuesta por representantes de las autoridades competentes y de los puntos de coordinación transfronteriza.

En última instancia, el legislador europeo determina las competencias de la Comisión Europea con el propósito de supervisar la aplicación del Reglamento a nivel de la Unión Europea y de brindar asistencia a los Estados

miembros, incluso en lo que respecta al fortalecimiento de capacidades. En el ámbito de sus competencias, la Comisión desempeña una función de coordinación. La presente investigación tiene como objetivo principal fomentar la interacción entre los distintos puntos de coordinación transfronteriza, a través del fomento o el estímulo de la cooperación. En el ámbito de sus funciones, la Comisión debería estar facultada para continuar implementando medidas de asistencia técnica, análogas a la iniciativa «*b-solutions*». El propósito de la presente investigación radica en esclarecer los objetivos que persiguen las medidas anteriormente mencionadas. A este respecto, se ha concluido que dichas medidas pretenden facilitar la coordinación transfronteriza, simplificar el establecimiento y la actualización de listados de puntos específicos, así como mantener un registro público unificado para los expedientes transfronterizos. En el ámbito de las políticas públicas, la Comisión se enfrenta al desafío de fomentar la implementación de soluciones alternativas para superar los obstáculos transfronterizos. Estas soluciones pueden abarcar diversos ámbitos, incluyendo procedimientos nacionales, acuerdos internacionales y mecanismos *ad hoc*. La capacidad de la Comisión para instigar la aplicación de estas medidas es un aspecto crucial para la eficacia de las políticas en cuestión.

IV. COMENTARIOS

La imagen del puente, empleada en la denominación del Reglamento europeo objeto de estudio, opera como una metonimia especialmente fructífera para la evaluación de la cooperación transfronteriza. Esta dinámica no se limita a una mera representación simbólica, sino que tiende a integrarse en los actuales dispositivos concretos de la acción pública europea. En efecto, el puente, que simboliza la unión y trascendencia de las divisiones geopolíticas, encarna la construcción de un espacio común. En el contexto de las políticas europeas, se ha convertido en un recurso conceptual de gran relevancia. La imagen en cuestión se enmarca en un contexto histórico particular, caracterizado por una aspiración de superar las divisiones que han afectado a Europa, particularmente en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial. El proceso de construcción europea se ha fundamentado históricamente en la noción de aproximación entre pueblos y territorios, con el propósito de transformar las fronteras en ámbitos de cooperación. En este sentido, los programas como Interreg han desempeñado un papel crucial en la facilitación de la implementación de proyectos conjuntos, actuando como un elemento aglutinador que impulsa la colaboración entre las regiones fronterizas. En este contexto, se presenta la iniciativa BRIDGEforEU, cuyo título mismo refleja la metáfora empleada. En el ámbito de la cooperación transfronteriza, el concepto «puente» trasciende una mera metáfora, constituyendo un mecanismo tangible orientado a superar los obstáculos jurídicos y administrativos que obstaculizan dicha coopera-

ISBN: 978-84-7777-740-3

ción. El propósito es evidente: facilitar la circulación fluida de los proyectos, los servicios y los actores entre los sistemas nacionales, a menudo heterogéneos. En este contexto, el puente trasciende su función simbólica de unión, convirtiéndose en un instrumento de traducción y articulación entre marcos regulatorios heterogéneos.

En el contexto del País Vasco franco-español, esta perspectiva encuentra una resonancia particularmente concreta. Si bien la delimitación entre la República Francesa y el Reino de España exhibe una apertura significativa, persisten disparidades de índole administrativa y jurídica. El caso del puente internacional de Santiago, que une Hendaya e Irún, ilustra de manera paradigmática esta dualidad. En primer lugar, cabe destacar que garantiza la continuidad física entre ambas orillas. En segundo lugar, no es suficiente para eliminar las discontinuidades institucionales que persisten entre ellas. En este contexto, se evidencia la pertinencia de implementar la lógica de BRIDGEforEU. En una región caracterizada por una alta movilidad diaria, ya sea de trabajadores fronterizos, usuarios de servicios públicos o de dinámicas económicas integradas, los «puentes» necesarios se inscriben también en un contexto administrativo. A modo ilustrativo, las disparidades en materia de derecho laboral, fiscalidad u organización de los transportes pueden constituir obstáculos tangibles. La metodología propuesta por BRIDGEforEU se centra en la identificación de los obstáculos pertinentes y la proposición de soluciones adaptadas, con el propósito de transformar la cooperación en un proceso más fluido y operativo. En efecto, el puente, en su calidad de *interface* activa, no se limita a establecer conexiones entre los elementos, sino que desempeña un papel primordial en la coordinación y armonización de estos. En el contexto particular del País Vasco, esta estrategia se implementa en sinergia con las iniciativas llevadas a cabo por actores relevantes como la Eurorregión Nueva-Aquitania Euskadi Navarra. La presente investigación tiene como objetivo principal proporcionar instrumentos adicionales que contribuyan a superar los obstáculos de carácter práctico que se presentan en los proyectos de carácter transfronterizo.

Sin embargo, esta evolución sugiere la necesidad de proporcionar una interpretación más matizada de la metáfora. Si bien que el puente facilite la conexión entre los territorios, no permite eliminar las disparidades que persisten entre ellos. Una exhaustiva evaluación de los componentes en cuestión revela una intrincada interrelación entre ellos, lo que sugiere una naturaleza compleja y multifacética. El tránsito de una aproximación simbólica a una metodología pragmática evidencia que la cooperación transfronteriza no se fundamenta exclusivamente en la voluntad política o en la proximidad geográfica, sino también en la aptitud para gestionar las discrepancias normativas. En última instancia, la incorporación de la noción de puente en un sistema como BRIDGEforEU representa una transformación notable, evidenciando la transición desde una metáfora descriptiva hacia un instrumento de acción pública genuino. En el contexto de la cooperación

transfronteriza del País Vasco franco-español, esta evolución permite una comprensión más profunda de los desafíos y oportunidades actuales de la colaboración entre las regiones. En efecto, el propósito actual trasciende la mera conexión entre regiones, buscando alcanzar una interacción funcional óptima entre ellas.

El nuevo Reglamento BRIDGEforEU se erige como un instrumento con el potencial de eliminar una de las principales causas del subdesarrollo de los distritos transfronterizos. En efecto, dichos obstáculos administrativos y jurídicos se caracterizan por su incremento, lo que repercute en la cooperación territorial, la movilidad y la prestación de servicios públicos transfronterizos. La implementación de mecanismos de coordinación transfronteriza y la aplicación voluntaria de las disposiciones del Reglamento deberían propiciar un diálogo más estructurado y fructífero entre las autoridades públicas, los ciudadanos y las empresas. La implementación de un diálogo estructurado se revela como un componente esencial para facilitar una comprensión más profunda y precisa de las dinámicas transfronterizas. En efecto, este enfoque metodológico posibilita la implementación de estrategias de desarrollo diferenciadas y adaptadas a las necesidades específicas de cada contexto.

El valor agregado del Reglamento radica en su capacidad para potenciar el alcance de otros instrumentos y fondos, así como para fomentar la sinergia entre ellos. La eliminación de las barreras fronterizas debería tener como resultado el incremento del impacto de los proyectos financiados por Interreg, cuya implementación a menudo se ve obstaculizada o comprometida por la burocracia o por las disparidades en las prácticas administrativas entre los Estados miembros. De acuerdo con el análisis realizado, se ha determinado que, en función de las regiones implicadas, los agrupamientos europeos de cooperación territorial (AECT) podrían desempeñar un papel más destacado en el contexto del nuevo Reglamento. En efecto, los AECT, gracias a su pericia y conocimiento exhaustivo de las realidades fronterizas, podrían desempeñar un papel activo en la identificación de obstáculos o ser designados como puntos de coordinación conjunta. Como se ha puesto de manifiesto en investigaciones previas, cabe destacar la relevancia de la aplicación de ciertos acuerdos bilaterales, tales como el Tratado de Aix-la-Chapelle, el del Quirinal o el de Barcelona. En el caso hipotético de una modificación de las fronteras, dichos acuerdos podrían experimentar una aceleración en su implementación. En virtud de lo dispuesto en el Reglamento, los puntos de coordinación transfronteriza se encuentran facultados para la transmisión de los expedientes a los órganos instituidos mediante acuerdos entre Estados miembros en materia de cooperación transfronteriza. Dichos órganos pueden ser considerados como autoridades competentes para la instrucción de los expedientes. En el contexto de esta hipótesis, se plantea la posibilidad de un incremento en la eficacia de las acciones llevadas a cabo por los grupos de trabajo temáticos y en la concienciación

ISBN: 978-84-7777-740-3

acerca de los desafíos de carácter transfronterizo durante los encuentros de naturaleza ministerial.

En el contexto actual, y a pesar de que la implementación del Reglamento está programada para junio de 2030, se evidencia la necesidad imperativa de establecer puntos de coordinación de manera expedita. Con el propósito de facilitar la implementación de las medidas en cuestión, se ha implementado un proyecto piloto[24]. El presente estudio tiene como objetivo principal analizar las implicaciones presupuestarias de la propuesta, la cual contempla la asignación de cuatro millones de euros del presupuesto europeo para los Estados miembros que opten por implementar dichos puntos de coordinación de manera expedita. El propósito de estos fondos radica en brindar asistencia a los Estados en el contexto de su designación inmediata, al tiempo que contribuyen a la reducción de las cargas administrativas que gravitan sobre los presupuestos nacionales y regionales, en el marco del escenario geopolítico contemporáneo caracterizado por su alta complejidad. La Comisión Europea ha puesto en marcha un primer proceso de solicitud de propuestas, en el que se han seleccionado ocho iniciativas, entre las que se encuentran las presentadas por Francia, Austria, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Portugal y Hungría.

El proyecto «BRIDGE-FR» tiene como objetivo implementar una arquitectura de coordinación a dos niveles en Francia. La presente arquitectura se caracteriza por la presencia de puntos regionales estratégicos a lo largo de seis fronteras: Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Suiza (aunque esta última no se encuentra involucrada en el dispositivo europeo), Italia y España. Asimismo, se prevé la implementación de un punto nacional centralizado con el propósito de garantizar la coherencia global del dispositivo y asegurar una coordinación interministerial eficaz.

De acuerdo con el análisis realizado, se ha determinado que los puntos de coordinación transfronteriza regionales serán dirigidos por los consejeros diplomáticos designados para colaborar con los prefectos regionales. En colaboración con los prefectos coordinadores y los secretarios generales para las áreas regionales, se ha establecido un sistema de coordinación que se enmarca en un contexto de colaboración estrecha con las entidades territoriales, las estructuras transfronterizas vigentes y las autoridades del país colindante. En el contexto de la gestión de fronteras, se propone así la creación de un punto de acceso único encargado de la recepción y evaluación de los informes de obstáculos, la gestión de situaciones resolubles a nivel local o regional, la organización de un comité de coordinación que involucre a las partes interesadas y la transmisión a nivel nacional de los casos que requieran la intervención interministerial.

---

24 <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/pppa/wp-call/2026/call-fiche_pppa-2026-bridgeforeu2_en.pdf>.

La coordinación nacional centralizada se erige como un mecanismo de suma relevancia, puesto que se encarga de identificar los obstáculos que aún no han sido resueltos. Este proceso no solo garantiza la colaboración interministerial, sino que también asegura la continuidad en la interlocución con la Comisión Europea. La implementación de este sistema será gestionada de manera conjunta por el Ministerio de Europa y Asuntos Exteriores, el Ministerio del Interior y la Agencia Nacional de Cohesión de Territorios, con el respaldo de la Misión Operativa Transfronteriza. La implementación de una plataforma nacional unificada para la gestión de obstáculos garantizará la supervisión y el rastreo de los expedientes. En el caso de que el bloqueo persista, la decisión de arbitraje podrá ser delegada al Comité Interministerial para la Cooperación Transfronteriza, presidido por el primer ministro. El presente estudio aborda el despliegue de un dispositivo de gobernanza, programado para implementarse antes del verano de 2026, concebido para proporcionar una dirección política y una coordinación fortalecida cuando múltiples ministerios se ven implicados.

Por parte de España, se impone la cautela[25]. Es innegable que el Reglamento despierta un interés significativo entre las comunidades autónomas españolas ubicadas en zonas montañosas y fronterizas. En el ámbito de las relaciones intercomunitarias, las entidades pirenaicas de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos (CTP), concretamente la Comunidad Foral de Navarra, el País Vasco, Aragón y Cataluña, han expresado en su declaración conjunta de 2025 una valoración predominantemente positiva respecto al reciente instrumento normativo de índole europea. La CTP manifiesta su complacencia ante la positiva evolución del Reglamento, que considera un instrumento de vital importancia para superar los obstáculos administrativos, jurídicos e institucionales que dificultan la cooperación transfronteriza en el espacio pirenaico. Estas regiones perciben el acuerdo como un factor de cohesión europea y desarrollo territorial integrado. Es pertinente señalar que la movilización regional también se ha evidenciado en el ámbito parlamentario. El Bloque Nacionalista Galego (BNG) ha presentado ante el Senado español una propuesta que insta a la creación de un centro de coordinación transfronterizo en el río Miño, ubicado en la frontera con el norte de Portugal. La presente iniciativa se encuentra indudablemente englobada dentro del marco normativo del Reglamento BRIDGEforEU. Pone de manifiesto la presión ejercida sobre el Gobierno central, instándolo a adoptar una postura firme y a involucrarse de manera proactiva en el presente asunto.

Sin embargo, si bien que las respuestas brindadas por el Gobierno español a las interrogantes planteadas por el Senado (el 23 de septiembre de 2025) y por el Congreso de los Diputados (el 29 de septiembre de 2025)

---

25 Se debe expresar el agradecimiento correspondiente al doctor Iban Larrandaburu por sus investigaciones referentes a la presente temática.

ISBN: 978-84-7777-740-3

evidencian una actitud favorable en sus principios, no obstante, dicha posición se encuentra supeditada a la definición de compromisos específicos que aún no han sido establecidos. Madrid reconoce la pertinencia del Reglamento y la importancia de disponer de herramientas eficaces para reforzar la cooperación transfronteriza y optimizar los servicios públicos compartidos. Los objetivos anteriormente mencionados se presentan como si estuvieran en consonancia con las prioridades de cohesión territorial que el gobierno de España ha defendido en el ámbito europeo. Sin embargo, es imperativo considerar ciertos indicios que aconsejan una moderación en las expectativas. El Gobierno ha expresado en reiteradas ocasiones su insistencia en el carácter voluntario del Reglamento, enfatizando que no existe ninguna obligación legal impuesta a los Estados miembros en lo que respecta a la implementación de puntos de coordinación transfronteriza. El análisis de los datos recabados evidencia que Madrid pone en relieve los instrumentos existentes, tales como los AECT, los programas Interreg o los mecanismos bilaterales con Portugal, sugiriendo una preferencia por el fortalecimiento de los marcos de gobernanza vigentes en lugar de una implementación expedita del nuevo mecanismo.

A la fecha, no se ha establecido un calendario, y el compromiso operativo concreto permanece por definir, especialmente en lo que respecta a la implementación del sistema BRIDGEforEU en el territorio español. Si las comunidades autónomas limítrofes depositan legítimas expectativas en BRIDGEforEU, la respuesta del Gobierno central español permanece, por el momento, en suspenso. En el ámbito de las relaciones internacionales, España ha expresado su aprobación respecto al principio del mecanismo en cuestión. Sin embargo, no se ha observado un compromiso general por parte de España en relación con el mecanismo en cuestión. Solo sabemos que el proyecto de la AECT Galicia-Norte de Portugal fue aprobado para la frontera hispano-lusa en el marco del programa BRIDGEforEU como mecanismo de cooperación institucional y administrativa[26]. Forma parte de los 15 aprobados a nivel europeo y se trata del único elegido a lo largo de la frontera entre España y Portugal en esta convocatoria. El objetivo es ofrecer respuestas prácticas y estructuradas a las personas que desarrollan su vida personal, educativa o profesional a ambos lados de la frontera. Pero, más allá de eso, las perspectivas concretas de aplicación del Reglamento en el lado español de la frontera continúan siendo inciertas. En consecuencia, resulta prematuro anticipar sus contornos.

El Reglamento BRIDGEforEU, a pesar de sus restricciones y de las dificultades evidentes de aplicación que se plantean en algunos Estados miembros, como España, tiene el potencial de generar un impacto significativo al

26 <https://www.xunta.gal/es/notas-de-prensa/-/nova/021860/comision-europea-apoya-creacion-punto-coordinacion-transfronterizo-eurorregion>.

fomentar la cooperación transfronteriza regional y liberar el potencial de los proyectos europeos y su impacto en las regiones. El sujeto en cuestión personifica, en efecto, el concepto de una Europa que ofrece soluciones concretas para toda la ciudadanía, una Europa capaz de hacer frente a los múltiples desafíos a los que se enfrenta actualmente. Es pertinente señalar que, en el momento de rendir homenaje al catedrático Edorta Cobreros Mendazona, un distinguido profesor que se ha destacado por su compromiso inquebrantable con el análisis y la respuesta a los desafíos contemporáneos del Derecho público, resulta oportuno abordar esta tarea con la debida modestia.

Una aportación al debate planteado en torno al (todavía) vigente sistema de normalización del euskera en las administraciones públicas vascas[1]

Peru Bazako, Josu I. Erkoreka

Sumario. I. Introducción.—II. La génesis del vigente modelo de capacitación lingüística del empleo público en Euskadi. La construcción del marco normativo y su evolución: 1. Antecedentes durante la II República. 2. El marco constitucional y estatutario: 2.1. El bloque normativo autonómico: 2.1.1. La etapa de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera (LNE). 2.1.2. La etapa de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (LFPV), y sus derivados sectoriales. Especial referencia a la cuestión de inconstitucionalidad (CI) rechazada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV): a) Las normas que configuran el sistema. b) Las claves del sistema y la mutación operada en relación con el Índice de Obligado Cumplimiento (IOC). c) La CI solicitada por UGT y rechazada por el TSJPV. 2.1.3. La etapa de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco (LEPV). 2.1.4. La interferencia de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE).—III. La jurisprudencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV a partir de 2021.—IV. La CI planteada por el TSJPV en relación con el art. 187.5 de la LEPV: 1. La providencia de 14 de noviembre de 2025. 2. El auto de 23 de diciembre de 2025.—V. Las iniciativas legislativas arbitradas para sortear los obstáculos planteados por la reciente jurisprudencia del TSJPV.—VI. Consideraciones finales.—VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto aproximarse al debate público suscitado durante el último quinquenio en torno a la normalización del uso del euskera en las administraciones públicas vascas desde la perspectiva de quienes participaron en su gestación y puesta en marcha.

El debate al que nos referimos se ha planteado, básicamente, en dos ámbitos concretos que, aun cuando se encuentran estrechamente relacionados entre sí, constituyen, en puridad, espacios diferenciados. El primero tiene que ver con los requisitos lingüísticos exigibles a los aspirantes

[1] El presente trabajo fue entregado el día 1 de abril de 2026.

ISBN: 978-84-7777-740-3

al empleo público; un extremo ampliamente regulado por la normativa autonómica desde los años ochenta del siglo pasado que ha devenido polémico a partir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) 152/2021, de 4 de mayo. El segundo se relaciona con la regulación del uso del euskera por, entre —y en el seno de— las administraciones públicas vascas y se ha suscitado al hilo de la inconstitucionalidad de un inciso del art. 6.2. de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE), que el Tribunal Constitucional (TC) declaró en su Sentencia 85/2023, de 5 de julio, y la subsiguiente anulación de doce preceptos del Decreto 179/2019, de 19 de noviembre, por parte del TSJPV, que fue el órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad (CI) ante el alto tribunal.

Quienes suscribimos este artículo hemos participado directamente en la gestación de ambos bloques normativos y nos ha parecido interesante hacer pública nuestra propia valoración en torno a la estentórea conversación pública que está teniendo lugar en Euskadi a propósito de su cuestionamiento judicial.

No nos anima el propósito de defender a ultranza el modelo que, hace ya casi cuarenta años, contribuimos a diseñar e implementar. Mucho menos aún la pretensión de apelar a los orígenes para aferrarse a ellos y obstaculizar la evolución, modificación o rectificación del sistema, pues nunca hemos sostenido que el modelo diseñado en los años ochenta del siglo pasado sea intangible[2] o que su evolución posterior no pueda ser enderezada o corregida. Tampoco reivindicamos una especial autoridad en la materia, más allá que la que pueda derivarse del hecho de haber participado personalmente en su configuración. Solo aspiramos a contribuir al debate social y jurídico planteado, aportando una perspectiva —la que proporciona el hecho de haber estado presente en sus orígenes— que, a nuestro juicio, no se ha hecho patente hasta la fecha. Y en más de una ocasión, hemos tenido la sensación de que el debate social planteado acusa una cierta falta de perspectiva.

2 De hecho, hace ya años que formulamos algunas sugerencias para retocar algunos aspectos del (todavía) vigente sistema de perfiles lingüísticos (PPLL) (Bazako Atutxa, P. (1996), 127-150). Véase, sobre todo, el apartado de Conclusiones donde se afirmaba que esta política pública, como todas «está para ser analizada periódicamente y, en su caso, modificada», por lo que proponía reflexionar, en concreto, sobre la posibilidad de revisar algunos aspectos de la norma entonces vigente.

II. LA GÉNESIS DEL VIGENTE MODELO DE CAPACITACIÓN LINGÜÍSTICA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EUSKADI. LA CONSTRUCCIÓN DEL MARCO NORMATIVO Y SU EVOLUCIÓN

1. Antecedentes durante la II República

Tras declarar el euskera, «como el castellano, lengua oficial del País Vasco», el art. 7 del Estatuto Vasco de 1936, habilitó a las instituciones autonómicas nacidas de su seno para «exigir el conocimiento del vascuence a todos los funcionarios que presten servicio en territorio de habla vasca[3], exceptuando aquellos que estuvieren actuando al tiempo de implantarse este Estatuto, los cuales serán respetados en la situación y en los derechos adquiridos»[4].

Sin embargo, la fecha en la que se aprobó esta norma[5], en plena guerra civil y con una buena parte del territorio vasco ocupado ya por el ejército rebelde, no dejó margen temporal para la aprobación de las normas que hubieran hecho posible el deseado propósito de normalizar el euskera en las administraciones públicas.

Pero antes de que se aprobara el Estatuto, los ayuntamientos —y las diputaciones— de Euskadi ya habían dado algunos pasos hacia la normalización del euskera en sus respectivas estructuras administrativas. Con arreglo a lo dispuesto el art. 1.e) del Real Decreto de 21 de octubre de 1924 sobre la adaptación del Estatuto municipal de 8 de marzo del mismo año a las especialidades del régimen económico vascongado, los ayuntamientos vascos estaban capacitados para exigir a sus empleados públicos «de cualquier clase», el conocimiento «de la lengua vulgar que se usa en dicha región». En el marco de esta disposición —y, en parte, también, de la amplia facultad que tanto las normas del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924 que la II República mantuvo vigentes, como la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, otorgaron a los municipios para el nombramiento, el cese y el régimen de sus funcionarios— algunos ayuntamientos de Euskadi empezaron a establecer requisitos lingüísticos para el acceso a determinadas plazas de

---

3 El último inciso de este artículo encomendaba a las Diputaciones la determinación «en sus respectivas provincias, [de] los territorios que, a los efectos de este artículo, deban considerarse como de habla vasca». Una referencia, tan clara como temprana, a la necesidad de vincular la condición bilingüe de los empleados públicos a la realidad sociolingüística de cada territorio.

4 También consideramos de importancia subrayar el claro llamamiento que la última frase del fragmento transcrito hace a la necesidad de operar con progresividad, si bien es verdad que el objetivo último era ambicioso, pues el precepto hablaba de exigir el conocimiento del euskera a «todos» los funcionarios que prestaran servicios en esos territorios.

5 Fue aprobada por las Cortes el día 1 de octubre de 1936, sancionada por la presidencia de la República el día 6 y publicada en la *Gaceta de Madrid* núm. 281, de 7 de octubre de 1936.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sus respectivas plantillas (Rodríguez Ranz, J.A. y Unanue López, J. (1994); Setién Díaz de Durana, A. (1999). Antes, por tanto, de que el Estatuto Vasco proclamara la oficialidad de la lengua vasca, su conocimiento ya estaba siendo exigido o valorado por algunos ayuntamientos y diputaciones para el acceso a ciertos empleos públicos, lo que da cuenta de la urgencia con la que muchas administraciones locales sentían la necesidad de capacitar lingüísticamente a sus empleados públicos, con el fin de atender con eficacia a una ciudadanía ciertamente bilingüe.

Sin que pueda hablarse, propiamente, de la existencia de un único sistema de normalización lingüística, ya que cada entidad estableció de manera totalmente autónoma los requisitos lingüísticos que acordó incluir en sus convocatorias de selección, del análisis conjunto de todas ellas se puede colegir que, durante aquel periodo, la capacitación lingüística del empleo público para el desempeño de sus funciones en euskera y castellano, se construyó, básicamente, aunque con ligeras modulaciones, sobre los mismos elementos que, medio siglo después, sirvieron para diseñar el sistema de perfiles lingüísticos (PPLL). Estos elementos fueron:

a) La adecuación del nivel de competencia lingüística exigible o evaluable en cada caso a la competencia comunicativa requerida para el puesto convocado, para lo que las convocatorias utilizan expresiones tan distintas como «poseer el vascuence», «conocer el vascuence», «conocer suficientemente el vascuence», «conocimiento suficiente teórico y práctico», o «conocimientos indispensables», entre otras.
b) La modulación temporal de la exigencia, que oscila entre una obligatoriedad inmediata, que se expresa a través de cláusulas como la de «condición indispensable para acceder a la plaza», y la diferida en el tiempo, en aquellos supuestos en los que se autoriza el acceso a los aspirantes no euskaldunes, aunque con la condición de que «habrán de adquirir los conocimientos indispensables» en un plazo determinado.
c) La distinción entre el conocimiento del euskera como requisito y su valoración como mérito.
d) La valoración del conocimiento como una «condición de preferencia» que solo opera en caso de «igualdad de condiciones».

Obviamente, todo ello se vino abajo tan pronto como el bando sublevado ganó la guerra e impuso sus reglas, que no solo no contemplaban la consideración del conocimiento del euskera en el acceso a la función pública, sino que, en ocasiones, llegaron a prohibir y hasta perseguir el uso social de la lengua vasca. La rigurosa depuración que el nuevo régimen llevó a cabo entre los funcionarios desafectos al mismo hizo el resto (entre otros, Ipiña Vidaurrazaga, A. (2017, I y II). El euskera, sencillamente, desapareció de la Administración pública y del lenguaje administrativo.

2. El marco constitucional y estatutario

El régimen de normalización lingüística que las instituciones vascas aprueban para las administraciones públicas de Euskadi tras el largo paréntesis franquista, se diseña, obviamente, en el marco de lo dispuesto en el art. 3 de la Constitución (CE) y el art. 6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) que, por haber sido ya objeto de numerosos y sólidos estudios, nos vamos a limitar a reproducir aquí, tan solo en aquellas partes que interesa tomar en consideración a los efectos de este trabajo.

Según dispone el art. 3 CE:

> «1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.
>
> 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.
>
> 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección».

Por su parte, el art. 6 del EAPV establece que:

> «1. El euskera, lengua propia del Pueblo Vasco, tendrá, como el castellano, carácter de lengua oficial en Euskadi, y todos sus habitantes tienen el derecho a conocer y usar ambas lenguas.
>
> 2. Las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma, teniendo en cuenta la diversidad sociolingüística del País Vasco, garantizarán el uso de ambas lenguas, regulando su carácter oficial, y arbitrarán y regularán las medidas y medios necesarios para asegurar su conocimiento.
>
> 3. Nadie podrá ser discriminado por razón de la lengua».

2.1. El bloque normativo autonómico

2.1.1. La etapa de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera (LNE)

La primera norma con la que las instituciones autonómicas nacidas del Estatuto de Gernika afrontan la regulación y subsiguiente concreción de los efectos que la cooficialidad del euskera produce en el empleo público vasco, es la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera (LNE), cuyo art. 14 establece lo que sigue:

> «1. A fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley, los poderes públicos adoptarán las medidas tendentes a la progresiva euskaldunización del personal afecto a la Administración Pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> 2. Los poderes públicos determinarán las plazas para las que es preceptivo el conocimiento de ambas lenguas.
>
> 3. En las pruebas selectivas que se realicen para el acceso a las demás plazas de la Administración en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se considerará, entre otros méritos, el nivel de conocimiento de las lenguas oficiales, cuya ponderación la realizará la Administración para cada nivel profesional».[6]

En aplicación de estas previsiones —y particularmente de los apartados 2 y 3— en los años que siguieron a la aprobación de la Ley, algunas administraciones empezaron a incluir en sus convocatorias de acceso a la función pública, cláusulas por las que se exigía, como requisito, el conocimiento del euskera o, en su caso, se valoraba, como un mérito más, entre otros, a tomar en consideración en el proceso selectivo. Pero la sorprendente reacción del Tribunal Supremo (TS) que, corrigiendo en este punto a la Audiencia Territorial de Bilbao —mucho más abierta a la aplicación de los preceptos de la LNE arriba transcritos con el fin de euskaldunizar el empleo público— sentó la disparatada doctrina de que era constitucionalmente ilícito, por contrario al principio de igualdad, no ya exigir el conocimiento del euskera en los procedimientos de acceso, sino incluso el mero hecho de valorarlo, como mérito, sin hacer lo propio al mismo tiempo y de la misma manera, con el conocimiento del castellano, forzó una ralentización del proceso de normalización lingüística de las administraciones públicas y provocó el absurdo efecto de obligar a estas a incluir en sus convocatorias una prueba simétrica a la de euskera, para valorar el conocimiento del castellano por parte de los aspirantes[7].

No vamos a pormenorizar aquí los detalles de lo que sucedió en este período, porque en su día fueron ya objeto de análisis tan críticos como certeros por parte de los profesores Cobreros y Agirreazkuenaga (Cobreros Mendazona, E., 1984 y 1988. Agirreazkuenaga, I., 1984)[8]. Valga recordar, sin embargo, un dato que puede ser interesante de cara a analizar con perspectiva la situación actual. Por razones que nunca fueron explicitadas, el TS

---

6 Interesa recordar que la Ley, ampliamente consensuada en el Parlamento vasco, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno —a la sazón Felipe González— ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el recurrente no hizo uso de la facultad conferida por el art. 161.2 de la CE, por lo que los preceptos impugnados no fueron suspendidos.

7 Como gráficamente señaló Cobreros, esta «cómoda, interesada y jurídicamente errónea interpretación» del TS dio lugar a la «anómala situación de que, a pesar de poseer la nacionalidad española, de haber cursado los estudios universitarios en centros españoles y de no tener una relación directa con las funciones a desarrollar, a un licenciado en Derecho se le va a realizar un dictado en castellano» (Cobreros Mendazona, E. (1988), 175).

8 Véanse igualmente los comentarios y valoraciones que ambos autores insertaron en su crónica anual sobre la normativa sobre el euskera publicadas en esta misma revista y, en particular, las relativas a los años comprendidos entre 1984 y 1987.

renunció a aplicar en aquellas sentencias[9] el art. 14 de la LNE arriba transcrito que, desde un punto de vista jurídico no podía soslayar, por tratarse de una norma vigente y directamente aplicable al caso. Prefirió hacer abstracción de su existencia y, sin plantear una CI, apreciar la vulneración del principio de igualdad a partir de un contraste personal y directo de las disposiciones y actos impugnados con los artículos 14 y 23.2 CE.

Hoy, transcurridos ya varios lustros, resulta chocante constatar que la situación que alumbró esta jurisprudencia del TS, era, después de aprobados la CE, el EAPV y la LNE, más restrictiva de cara a la euskaldunización del empleo público vasco, que la que cabía desarrollar en el marco del Estatuto municipal de 1924 —aprobado, como se sabe, en plena dictadura de Primo de Rivera— cuya adaptación a los territorios vascos autorizaba a los ayuntamientos a exigir a los empleados públicos «de toda clase», el conocimiento «de la lengua vulgar que se utiliza en dicha región».

Afortunadamente, la pronta intervención del TC puso freno a esta desatinada deriva. Su sentencia 82/1986, de 26 de junio, vino a resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LNE, salvando la constitucionalidad de su art. 14 y sentando una doctrina que desautorizaba de una manera radical el criterio formalista que durante los años anteriores había informado la jurisprudencia sentada por el TS. En uno de los pasajes que mayor interés revisten a los que efectos de este trabajo, el alto tribunal postulaba lo que sigue:

> «[…] de acuerdo con la obligación de garantizar el uso de las lenguas oficiales por los ciudadanos y con el deber de proteger y fomentar su conocimiento y utilización, nada se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionario o que, en general, se considere como un mérito entre otros (como expresamente se prevé) el nivel de conocimiento de las mismas: bien entendido que todo ello ha de hacerse dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Constitución española y sin que en la aplicación del precepto legal en cuestión se produzca discriminación». (FJ.14)

En un primer momento, no sabemos si por inercia o como efecto de un numantinismo ideologizado, el TS sigue aferrándose a la vieja doctrina, que reitera, aún, en algunas sentencias de fecha posterior al pronunciamiento del TC. Pero finalmente, forzado por el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que obliga a los jueces y tribunales a interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales y conforme a interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC, el TS cede y va incorporando paulatinamente a sus pronunciamien-

---

9 La jurisprudencia a la que nos referimos arranca con la STS de 25 de enero de 1984 (Ar. 204) y se mantiene firme y sin vacilaciones durante los años 1984, 1985, y buena parte de 1986.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tos la doctrina constitucional que declara lícita la exigencia —o, en su caso, valoración— de la condición bilingüe, a los aspirantes al empleo público[10].

Ahora bien, como el TC dejó claro en su sentencia que, pese a ser constitucionalmente lícita, la exigencia del euskera en el acceso al empleo público debe llevarse a cabo «dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la CE y sin que en la aplicación del precepto legal en cuestión se produzca discriminación», el TS se vio emplazado a determinar qué condiciones habían de concurrir en las convocatorias públicas para que la citada exigencia se mantuviera dentro de estos parámetros.

Inicialmente, el TS fue fijando para este fin unos criterios que, en general, propendían a circunscribir la validez jurídica de la exigencia del bilingüismo, a aquellos puestos de trabajo cuyas funciones incluyesen una relación directa con el público. Cabe citar como ejemplo, la sentencia de 17 de febrero de 1991 (Ar. 4113), donde el Tribunal da por buena la necesaria condición bilingüe exigida a los aspirantes en la convocatoria, con el argumento de que, dicha condición «no puede negarse respecto a las plazas de Policías Municipales obligados al trato directo con la totalidad de los vecinos del municipio». Con posterioridad, su jurisprudencia fue haciéndose más permeable a las consideraciones sociolingüísticas, llegando a asumir que, en municipios en los que existe «un uso extendido de la lengua vasca», el obligado conocimiento de ambas lenguas oficiales por parte de los empleados públicos no tiene como único y exclusivo objetivo el correcto desempeño de funciones de cara al público, sino que puede perseguir también, que la institución pública refleje lo más fielmente posible la realidad social a la que presta servicio.

Esta leve modulación recibe pronto el aval del TC que, en su Sentencia 46/1991, de 28 de febrero —variando en este punto el sentido de algún pronunciamiento suyo anterior en el que parecía optar por lo que se vino a conocer como el «bilingüismo objetivo del servicio»[11]—, incluye expresamente el dato de la «extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma», en el proceso argumental sobre el que apoya la declaración de constitucionalidad de la norma catalana que exige «*en todo caso*, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana, que resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente

---

10 Sobre las reticencias que jalonan el proceso nos remitimos a Erkoreka Gervasio, J. I. (1996-II), 251 y siguientes.

11 En la STC 76/1983, de 5 de agosto, el Alto Tribunal sostuvo (FJ 42) que el deber de conocimiento del euskera corresponde «a la Administración autonómica en su conjunto, no individualmente a cada uno de sus funcionarios», y postuló que la valoración del euskera en el acceso a la función pública «no tiene su fundamento en la implantación real de la lengua en cuestión, sino en la necesaria garantía del derecho a usarla, por lo que la frase final del apartado a) del artículo 32.2, «en función de la implantación real de la misma», ha de considerarse inconstitucional». Sobre este aspecto, véase igualmente, Erkoreka Gervasio, J. I. (1996-II), 244 y siguientes y singularmente el epígrafe titulado «Del bilingüismo objetivo del servicio a la condición bilingüe de los empleados púbicos».

su trabajo en la Administración autonómica». Si en el caso catalán resulta constitucionalmente legítimo exigir «en todo caso» un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana a todo el empleo público —viene a decir el alto tribunal— es, entre otras cosas, por la «extensión» que tiene su uso en todo el territorio de la Comunidad. De lo que *a sensu contrario* resulta que, si la implantación social de la lengua propia fuese inferior, quedaría comprometida la validez jurídica de una exigencia generalizada.

Por lo que respecta al contenido y alcance del art. 14.2 LNE, el TS optó, en un principio, por una interpretación estricta de la expresión «determinarán» que este precepto utiliza cuando habilita a los poderes públicos para determinar las plazas en cuya cobertura resulte preceptivo el conocimiento de las dos lenguas oficiales de la CAPV[12]. Según su interpretación, la forma verbal utilizada por la Ley, exigía una decisión previa e independiente de la Administración y en ningún caso simultánea o paralela al acto de la convocatoria, «para que, en su caso, y con el menor perjuicio posible, pueda ser objeto del control jurisdiccional a través de los oportunos recursos, de tal suerte que cuando se convoque una oposición para cubrir puestos en la Función Pública Vasca, los aspirantes —y los ciudadanos en general— sepan con antelación en cuáles de ellos será preceptivo el conocimiento de ambas lenguas, castellano y euskera» (STS 16 de mayo de 1989). La doctrina valoró positivamente estos pronunciamientos, ponderando, sobre todo, lo que tenían de garantistas y objetivadores (Cobreros Mendazona, E. (1988), 176, y Guaita, A. (1989), 150-151). Y aunque el TS cambió de criterio más adelante, llegando a sostener que bastaba, para dar satisfacción al art. 14.2 LNE, con la existencia de un informe elaborado *ad casum* en el momento mismo de la convocatoria e incluso con la inexistencia de un documento motivador expreso, siempre que el requisito figurase claramente en la convocatoria[13], lo cierto es que la doctrina fijada en aquellas sentencias exigía a las administraciones públicas un esfuerzo previo de objetivación, positivo y plausible, que no convenía arrinconar. Porque, como acertadamente denotase Cobreros, no resultaba fácil comprender «cómo en unas ocasiones se tenía en cuenta el conocimiento del euskera y para otros supuestos análogos no, o variaba según el momento (…) sin aparentes razones que justificasen tales disparidades, dando lugar a perniciosos agravios comparativos y restando credibilidad al sistema» (Cobreros Mendazona, E. (1988), 176). Es así como la administración vasca opta por reconducir la fijación de los requisitos lingüísticos de los empleos públicos, al momento de abordar la planificación general de los recursos humanos y el consiguiente

12 Véanse, entre otras, las SSTS de 23 de diciembre de 1987 (Ar.9704), 20 de julio de 1988 (Ar. 6088) y 16 de mayo de 1989 (Ar. 3698).

13 Véanse, por ejemplo, las SSTS de 20 de noviembre de 1989 (Ar. 8311); 16 de abril de 1990 (Ar. 4978); 20 de abril de 1990 (Ar. 8723); 22 de enero de 1991 (Ar. 329) y 8 de julio de 1991 (Ar. 5452).

ISBN: 978-84-7777-740-3

diseño de las plantillas del personal, dando por supuesto que esa era la alternativa más acertada para dotar de rigor al sistema, garantizando de manera objetiva el respeto a los arts. 14 y 23.2 CE y alejando, definitivamente, el fantasma de la discriminación y la arbitrariedad.

En ese marco surge el sistema de perfiles lingüísticos (PPLL), que se concibe como un instrumento indisolublemente ligado a las relaciones de puestos de trabajo, para asegurar, de acuerdo con lo que reclamaba la STC 82/1986, que la exigencia del conocimiento del euskera para el acceso al empleo público se llevase a cabo «dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los arts. 14 y 23 CE» y sin que se produzca discriminación.

Ya en las postrimerías de 1986, cuando —según hemos visto líneas arriba— no había tomado cuerpo todavía la doctrina jurisprudencial del TS, posteriormente corregida, que abogaba por la definición *in abstracto*, necesariamente previa y objetiva, de todos los puestos de trabajo de las administraciones públicas cuya cobertura requiriese el conocimiento de las dos lenguas oficiales de la CAPV, el Gobierno vasco dictó el Decreto 250/1986, de 25 de noviembre, que respondía plenamente a una vocación planificadora, al establecer, en su art. 6.2. que serían las relaciones de puestos de trabajo las que habían de incluir, «entre las características esenciales de los mismos, las relativas al conocimiento del euskara para el desempeño de la función». Aunque contó con una buena acogida en sede doctrinal[14], la conveniencia de alcanzar el mayor consenso social y político posible en torno a la normalización del euskera en las administraciones públicas aconsejó retrasar la aplicación de este Decreto que, en realidad, acabó siendo desplazada por la normativa que se cita en el epígrafe siguiente, antes de haber alcanzado su cumplimiento real y efectivo.

2.1.2. La etapa de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (LFPV) y sus derivados sectoriales. Especial referencia a la cuestión de inconstitucionalidad (CI) rechazada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV)

a) *Las normas que configuran el sistema*

La Ley de Función Pública Vasca (LFPV), consagró su título V, rubricado «De la Normalización Lingüística», a regular la euskaldunización del empleo público. El apartado constaba de tres artículos —97, 98 y 99— que, obviamente,

[14] Cobreros sostuvo que tanto el Decreto 250/1986 como el que ya se estaba esbozando en la Administración para completar sus previsiones, iban a tener «una importancia capital a la hora de desechar cualquier imputación de discriminación» y puso en valor la importancia de «una planificación realista que objetive al máximo el perfil lingüístico de cada puesto de trabajo» (Cobreros Mendazona, E. (1988), 178).

operaban dentro de los parámetros que, según hemos visto en el epígrafe anterior, venían siendo fijados por el TS tras la STC 82/1986. La regulación vino precedida de un importante esfuerzo de racionalización administrativa y de un trabajo, tan intenso como sincero, para la consecución del amplio consenso político que requería la aprobación de una norma de su importancia. Tras numerosas comparecencias y contrastes[15], el 17 de mayo de 1989, la Comisión de Instituciones e Interior del Parlamento vasco aprobó, con el voto favorable de PNV, PSE, EA y EE[16], una resolución en la que se establecían los principios básicos a los que debía ajustarse la planificación del uso del euskera en las administraciones públicas. Su contenido se trasladó fielmente después, tanto al articulado de la Ley como a su desarrollo reglamentario.

La LFPV supuso un importante paso adelante en la necesaria concreción del art. 14.2 LNE, en la medida en que añadió objetividad, rigor planificador y seguridad jurídica al proceso de normalización del euskera en las administraciones públicas vascas, dando por superada la etapa en la que los requisitos lingüísticos de los puestos de trabajo eran, con frecuencia, fruto de la improvisación o de la intuición. Sus previsiones son inmediatamente desarrolladas por el Decreto 224/1989, de 17 de octubre, por el que se regula la planificación de la normalización del uso del Euskera en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Estas dos normas —la LFPV y el Decreto 224/1989— constituyen el tronco central e inaugural de toda la regulación que se ha dictado con posterioridad en la ordenación de los PPLL, como herramienta nuclear del (todavía) vigente sistema de normalización del euskera en el empleo público vasco. En los años sucesivos se irían aprobando, por un lado, las normas que completarían las previsiones del Decreto 224/1989, cubrirían sus lagunas[17] y darían

---

15 Nos hemos referido más ampliamente a todos ellos en Bazako Atutxa, P. (1996), 132. El debate parlamentario tuvo como base el documento titulado «Principios Básicos para la planificación de la normalización del uso del euskara en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco», que el Gobierno presentó ante la Cámara en una comparecencia que tuvo lugar en la Comisión de Instituciones e Interior y la posterior Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario *Euskadiko Ezkerra* relativo a los «Principios básicos para la planificación de la normalización del uso del euskara en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma» (*Boletín Oficial Parlamento Vasco* de 13 de febrero de 1989).

16 En aquel momento, los grupos citados constituían el 81% del total de escaños del Parlamento Vasco.

17 Nos referimos al Decreto 264/1990, de 9 de octubre, por el que se restablecen criterios para la determinación de la preceptividad a los PPLL asignados a los puestos de trabajo; el Decreto 238/1993, de 3 de agosto, por el que se articulan diversas medidas para la aplicación del proceso de normalización del uso del euskera en las Administraciones Públicas Vascas; el Decreto 89/1994, de 15 de febrero, de modificación del Decreto por el que se articulan diversas medidas para la aplicación del proceso de normalización del euskera en las Administraciones Públicas Vascas y el Decreto 517/1995, de 19 de diciembre, por el que se articulan diversas medidas provisionales para la continuidad del proceso de normalización lingüística de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

ISBN: 978-84-7777-740-3

continuidad al sistema[18]. Y por otro, las normas que adaptarían el modelo, inicialmente diseñado para la estructura administrativa troncal —fuera esta, general, foral o local— a los diferentes sectores del empleo público, que requerían ordenaciones específicas: Educación, Ertzaintza Sanidad y Justicia[19].

b) *Las claves del sistema y la mutación operada en relación con el Índice de Obligado Cumplimiento (IOC)*

Dicho sintéticamente, el sistema diseñado a partir de la LFPV y el Decreto 224/1989 descansa sobre tres pilares: i) el PL, que está determinado por «los niveles de competencia en euskera necesarios para la provisión y el desempeño» de cada puesto de trabajo; ii) la fecha de preceptividad, que fija el momento a partir del cual «el cumplimiento del perfil lingüístico se constituirá como exigencia obligatoria para el acceso y el desempeño del correspondiente puesto»; iii) el índice de obligado cumplimiento (IOC), que determina el porcentaje de puestos de cada administración pública en que el cumplimiento del PL correspondiente constituye un requisito *sine qua*

---

18 Una vez concluido el primer periodo quinquenal de planificación, tanto el Decreto 224/89 como los dictados con posterioridad para completar sus previsiones fueron derogados y sustituidos por el Decreto 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi que, sin alterar sus fundamentos esenciales, incorporaba algunas medidas correctoras y complementarias. También este Decreto fue objeto de precisiones complementarias en los años siguientes. Véanse, por ejemplo, el Decreto 263/1998, de 6 de octubre, por el que se establecen, actualizan y ratifican las equivalencias del Certificado de Conocimiento del Euskera EGA y los Perfiles Lingüísticos del Profesorado; Decreto 64/2008, de 8 de abril, de convalidación de títulos y certificados acreditativos de conocimiento de euskera y adecuación de los mismos al Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas; Decreto 48/2009, de 24 de febrero, que modifica el anterior; Decreto 297/2010, de 9 de noviembre, de convalidación de títulos y certificados acreditativos de conocimientos del euskera y equiparación con los niveles del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas; Decreto 47/2012, de 3 de abril, de reconocimiento de los estudios oficiales realizados en euskera y de exención de la acreditación con títulos y certificaciones lingüísticas en euskera.

19 Sin pretensión de exhaustividad, ya que la normalización lingüística sectorial no constituye el objeto central de este trabajo, se puede fijar el origen del proceso de adaptación del modelo de perfiles lingüísticos a los distintos sectores del empleo público, en las siguientes normas: en el ámbito de la Ertzaintza, la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco (posteriormente modificada hasta en cinco ocasiones, hoy refundidas en el Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio) y el Decreto 30/1998, de 24 de febrero, por el que se regula el proceso de normalización del euskera en la Ertzaintza; en el ámbito de la Educación la Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Decreto 47/1993, de 9 de marzo, por el que se establecen criterios para la determinación de los perfiles lingüísticos y las fechas de preceptividad en los puestos de trabajo docentes; en el campo de la Sanidad, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi y el Decreto 67/2003, de 18 de marzo, de normalización del uso del euskera en Osakidetza-Servicio Vasco de Salud; y en el terreno de la Justicia, Decreto 117/2001, de 26 de junio, de medidas para la normalización lingüística de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

non para acceder al mismo y se calcula, en cada ámbito territorial, aplicando la siguiente fórmula:

Euskaldunes + (Cuasi-euskaldunes/2)[20].

Esta última pieza del sistema tiene por objeto ajustarlo al mandato estatutario de regular la cooficialidad «teniendo en cuenta la diversidad sociolingüística del País Vasco» (art. 6.2 EAPV).

El esquema descrito se complementa con una regla en virtud de la cual, cuando el PL no tenga carácter preceptivo, el conocimiento del euskera opera como mérito, con arreglo a un baremo que hace depender el peso de la valoración del perfil que tenga asignado cada puesto, de manera que el porcentaje es superior en los perfiles más elevados y viceversa (en los perfiles 1 y 2 oscila entre 5% y el 10% de la puntuación máxima alcanzable en el resto del proceso selectivo y en los perfiles 3 y 4, entre el 10% y el 20% de la misma cifra).

En fin, como el sistema descansa sobre el cimiento de la progresividad, se articula en el tiempo a través de periodos quinquenales de planificación, de manera que IOC se calcula sobre la base de la información suministrada por el censo o estadística de población o vivienda vigente al inicio de cada periodo de planificación. Ello permite ir adecuando el plan a la evolución sociolingüística de la comunidad a la que cada administración presta servicio.

Como se ve, el sistema incorpora a su diseño todos los elementos necesarios para garantizar la proporcionalidad de la exigencia del euskera y asegurar su adecuación a cada realidad sociolingüística: adecuación de las capacidades lingüísticas exigibles al nivel de competencia comunicativa requerido para cumplir con las funciones y tareas de cada puesto de trabajo; acomodación del plan a la realidad sociolingüística de la comunidad a la que cada administración presta servicio y progresividad acorde con la evolución que la citada realidad vaya a experimentar a lo largo del tiempo.

Ahora bien, llegados a este punto, interesa detenerse un momento y abrir un paréntesis para dar cuenta de la mutación que a lo largo de los años ha experimentado el IOC que, hace ya tres décadas, caracterizamos —en expresión que ha alcanzado notable éxito— como «una de las claves de bó-

---

20 La fórmula la fijó originariamente el Gobierno vasco en la creencia de que el debate parlamentario conduciría a rebajarlo, haciendo que el cálculo del IOC no incluyera a la mitad de los cuasi-euskaldunes, sino a la tercera o la cuarta parte. Sin embargo, apenas se planteó este debate en la Cámara, por lo que la fórmula inicial pasó a ser definitiva sin que ningún grupo parlamentario plantease objeción alguna. En el padrón y los censos de población del País Vasco, el colectivo de cuasi-euskaldunes está integrado por las personas que tienen un conocimiento pasivo o intermedio del euskera. Desde el punto de vista de la competencia lingüística, se sitúan a medio camino entre los euskaldunes (vascohablantes competentes) y los erdeldunes (monolingües en castellano u otra lengua).

ISBN: 978-84-7777-740-3

veda» del sistema[21]; una mutación que, en parte, se encuentra en el origen del debate social y político planteado en torno a la nueva doctrina del TSJPV en materia de PPLL.

El art. 7 del Decreto 224/1989 establecía que el IOC correspondiente a cada administración, constituía un porcentaje, que «en ningún caso» podía verse rebajado, pero que, sin embargo, podía ser superado, de manera excepcional, cuando se hubiere acreditado su cumplimiento «con antelación al final del periodo de planificación previsto». En cuyo caso, siempre a petición de la administración interesada, el Gobierno vasco podía autorizar, a propuesta de la Secretaría de Política Lingüística, «índices superiores».

Basta una lectura superficial de esta cláusula para advertir que estaba formulada en términos muy prudentes y que, probablemente con el fin de evitar su utilización ligera y caprichosa, sometía la eventual autorización de «índices superiores» a la tramitación de un procedimiento garantista que preveía la intervención del Gobierno vasco y de la Secretaría Política Lingüística. Se trataba de no cerrar la puerta a la posibilidad de que las administraciones más aventajadas pudieran avanzar con mayor velocidad, aunque sin abandonar, por ello, el rigor y la sensatez, ni perder de vista el mandato estatutario de regular la cooficialidad «teniendo en cuenta la diversidad sociolingüística del País Vasco» (art. 6.2 EAPV). No nos consta que durante el periodo en el que estuvo vigente, esta posibilidad de acceder a «índices superiores» se activase en alguna ocasión.

Pero tras mantenerse ocho años en vigor, esta previsión desapareció del sistema en virtud de la reforma introducida por el Decreto 86/1997, sin que su preámbulo, que solo hablaba de la inclusión de «algunas medidas correctoras complementarias», ofreciera la más mínima explicación para justificarlo. Su supresión suscitó un debate en torno a si, en el contexto de la nueva regulación, el IOC constituía una cifra inamovible que resultaba jurídicamente vinculante en todo caso y circunstancia, o solo establecía un umbral mínimo que podía ser superado en cualquier momento a voluntad de cada administración pública. Lo primero suponía que la desaparición de la cláusula que autorizaba a incrementar el IOC, de manera excepcional y en supuestos muy tasados, equivalía a prohibir todo incremento. Lo segundo que, la opción elevar el índice, antes rigurosamente acotada, quedaba ahora libre.

Nunca se aclaró oficialmente este extremo. Pero más allá de las opiniones doctrinales expresadas al respecto[22], la praxis administrativa ha ido poniendo de manifiesto que la inmensa mayoría de las organizaciones públicas a las que afecta el sistema han abrazado inequívocamente la segunda opción,

---

21 Erkoreka Gervasio, J. I. (1996-II), 279.

22 Etxebarria entiende que el porcentaje que expresa el IOC es «máximo» (Etxebarria Etxeita, I. J. (2024), 231) y, Urrutia, por el contrario, considera que es un «mínimo indisponible» (Urrutia Libarona I. (2025), 26).

haciendo que el porcentaje de puestos de sus respectivas plantillas a las que han asignado un PL preceptivo supere el IOC que legalmente corresponde a cada una de ellas en aplicación de la fórmula arriba reseñada[23]. Esta deriva —que, insistimos, es mayoritaria, entre las administraciones públicas— en ningún momento ha sido cuestionada por los informes que la Viceconsejería de Política Lingüística debe emitir caso por caso y, en alguna ocasión, incluso ha recibido el aval expreso del TSJPV[24]. Personalmente, nunca la hemos compartido porque, a nuestro juicio, no solo carece de base jurídica[25], sino que adultera la idea básica sobre la que se diseñó el modelo, que fue concebido, como se recordará, para operar en el marco de lo establecido por la STC 82/1986 y en coherencia con el mandato estatutario de atender a «la diversidad sociolingüística del País Vasco» que, a su vez, hunde sus raíces en aquella lejana disposición del Estatuto de 1936 que vinculaba la exigencia del conocimiento del euskera al «territorio de habla vasca». Si la obligada proporcionalidad del sistema descansa sobre tres elementos —el establecimiento de diferentes perfiles con el fin de adaptar los niveles de exigencia lingüística a las competencias comunicativas necesarias para desempeñar cada puesto de trabajo; los criterios de asignación de perfiles a los puestos de trabajo, que priorizan los que tienen asignadas funciones de carácter social o relacional; y

---

23 En respuesta a una solicitud de información registrada en el Parlamento vasco por el parlamentario Jon Hernández, del Grupo Mixto-Sumar (expediente 13/10/07/02/01063), el Gobierno vasco ha elaborado una tabla en la que se consigna, municipio a municipio, la diferencia entre el IOC que legalmente corresponde a cada uno de ellos en aplicación de la fórmula recogida en la norma vigente (art. 7 del Decreto 224/1989; art 11 del Decreto 86/1997 y art. 25 del Decreto 19/2024) y el realmente aplicado. El escenario resultante permite constatar que, la mayor parte de las administraciones públicas, entre las que se encuentran entidades gobernadas por formaciones políticas de todo signo político, el porcentaje real de plazas con PL preceptivo se sitúa por encima del IOC.

24 En su sentencia 549/2011, de julio de 2011, el TSJPV vino a postular que «no es obstáculo a la elevación del perfil lingüístico o a la fijación, en su caso, de la fecha de preceptividad, la superación del índice de obligado cumplimiento definido por el art. 11 del Decreto 86/1997 […] en cuanto se trata de un módulo que fija los objetivos porcentuales mínimos en cada periodo del Plan de Normalización».

25 No compartimos la tesis esgrimida por Urrutia Libarona, que defiende el carácter de mínimo indisponible del IOC en base a lo dispuesto en el art. 34.1 del Decreto 19/2024, de 22 de febrero, que, a su entender, prioriza, a estos efectos, «los objetivos fijados por cada entidad» en sus correspondientes instrumentos de planificación y sólo en segundo lugar y con carácter complementario, asume la necesidad de atender al IOC. (Urrutia Libarona, I. (2025), 26). A nuestro entender, cada uno de los dos parágrafos de este precepto se refiere a un aspecto diferente del sistema. Ambos se refieren a los puestos a los que corresponde asignar fecha de preceptividad, pero mientras el primero habla de «cuáles» deben ser esos puestos, que es algo que depende directamente del diseño planificador de cada administración pública, es el segundo el que alude al «porcentaje del número total de puestos de trabajo que deberán tener perfil lingüístico preceptivo». A nuestro juicio, la concreción del «cuáles», debería respetar en todo momento el límite del «cuántos» que en cada caso resulte de la aplicación del IOC. En cualquier caso, la interpretación de Urrutia sólo podría dar cobertura a los municipios cuyas RPTs contemplasen un porcentaje de preceptividades superior al derivado del IOC, con posterioridad a la entrada en vigor (9 de marzo de 2024). En ningún caso a los que hubieran superado ese umbral con anterioridad.

ISBN: 978-84-7777-740-3

el IOC— basta que falle uno de ellos para que el andamiaje se venga abajo y sus fundamentos queden cuestionados; pues difícilmente se puede sostener que el sistema es respetuoso con la realidad sociolingüística si la pieza básica que asegura esa adecuación es desconocida de manera mayoritaria o generalizada por parte de las administraciones públicas[26].

c) *La CI solicitada por UGT y rechazada por el TSJPV*

El Decreto 224/1989 —y, junto a él, lo que es más sorprendente, el Decreto 250/1986, dictado, como se ha visto, más de tres años antes— fue recurrido por el sindicato UGT ante el TSJPV. El recurso se interpuso antes de que el sistema empezara a desplegar sus efectos. Pero la sentencia de 23 de marzo de 1992, que puso fin al procedimiento, vino a desestimar punto por punto las alegaciones de la demanda y, obviamente, inadmitió, por extemporánea, la impugnación del Decreto 250/1986.

Interesa retener que, como los principales reproches que el recurso hacía al Decreto 224/1989 apuntaban a la posible inconstitucionalidad de algunos de sus contenidos que traían causa directa de los arts. 97, 98 y 99 de la LFPV, el sindicato recurrente solicitó al Tribunal el planteamiento de la CI en relación con estos tres preceptos. Dos eran, en concreto, las tachas de inconstitucionalidad que apreciaba la recurrente: la posible vulneración del principio de igualdad por parte de la normativa reguladora de los PPLL y la eventual contravención del principio de seguridad jurídica, en la media en que la nueva regulación pretendía ser aplicada, no solamente a quienes accedieran a la función pública con posterioridad a su entrada en vigor, sino también a los empleados públicos que ya estaban integrados en la misma en aquel momento. El TSJPV rechazó esta pretensión, considerándola improcedente.

Por lo que se refiere a la posible vulneración del principio constitucional de igualdad, el TSJPV trae a colación la doctrina fijada por el TC a propósito del art. 14 de la LNE, a la que añade el pronunciamiento específico que la STC 46/1991, de 28 de febrero, hace en relación con la exigencia del catalán para el acceso a la función pública de Cataluña.

Con respecto a la segunda cuestión, el Tribunal se hace eco de una reiteradísima jurisprudencia tanto del TC como del TS en relación con el alcance y contenido de la irretroactividad en relación con la noción de los derechos adquiridos, que no incluye a las meras expectativas de futuros derechos, y viene a desestimar también la pretensión de plantear la CI. En este punto la sentencia alude con acierto el contexto general en el que ha de enmarcarse el proceso de normalización lingüística de las administraciones pú-

---

26 También se han registrado algunos casos de asignación de perfiles superiores a los correspondientes a las competencias lingüísticas realmente necesarias para desempeñar satisfactoriamente algunos puestos de trabajo, pero se trata de un fenómeno puntual, que no ha alcanzado la dimensión de la práctica de superar el IOC.

blicas vascas: el de unas organizaciones en transformación y cambio permanente, llamadas a adaptar sus estructuras y modos de funcionamiento a las condiciones que en cada momento vengan exigidas por el cometido de servir con objetividad los intereses generales.

En fin, tampoco aprecia el Tribunal tacha de ilegalidad alguna en un Decreto que, según sus palabras «se mantiene dentro de los límites de la reserva de ley y de jerarquía de las normas»[27].

2.1.3. La etapa de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco (LEPV)

La necesidad de adaptar las previsiones de la LFPV a los requerimientos de la normativa básica dictada con posteridad a su entrada en vigor —y señaladamente, a las disposiciones del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)[28]— hizo que, tras varios intentos fallidos, el Parlamento Vasco aprobase finalmente la norma que se cita en el epígrafe.

Como su predecesora de 1989, la nueva Ley dedica todo un título —en este caso el XIII, que integra los artículos comprendidos entre el 187 y el 190— a regular la «normalización lingüística». En lo que concierne, propiamente, a la regulación de los requisitos lingüísticos de los puestos de trabajo de las administraciones públicas, su contenido no difiere en exceso de la que le precedió, pese al tiempo transcurrido —33 años— desde la aprobación de ésta. Es cierto que, a las disposiciones de 1989, algunos de cuyos pasajes se reproducen de manera textual en la nueva Ley, se añaden ahora algunos contenidos de nuevo cuño, relacionados, sobre todo, con la planificación lingüística que cada entidad debe abordar en su ámbito con el fin de ordenar un proceso que, pese a descansar sobre presupuestos comunes, ha de ser adaptado a las características particulares de cada caso concreto. Pero se trata, en buena parte, de normas que vienen a elevar a rango de ley prescripciones reglamentarias que ya se habían ido incorporando al sistema, a través de los sucesivos decretos de modificación del Decreto 224/1989 y, de manera muy especial, a través del Decreto 86/1997, de 15 de abril, que fue el último de esa cadena normativa que se aprobó con anterioridad a la modificación legislativa. Por lo demás, como se ha dicho, las bases del sistema —los PPLL, la fecha de preceptividad, la valoración del euskera como mérito en ausencia de preceptividad, etc.— se mantienen intactas en la nueva ley.

Poco más de un año después de su aprobación, la LEPV es desarrollada por el Decreto 19/2024, de 22 de febrero, de normalización del uso

---

27 La sentencia la analizamos más detalladamente en Erkoreka, J. I. (1996-II), 280-284.

28 El texto actualmente en vigor es el Texto Refundido aprobado mediante Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

ISBN: 978-84-7777-740-3

del euskera en el Sector Público Vasco, que deroga expresamente el Decreto 86/1997, de 15 de abril, dejando, con ello, patente, su vocación de entroncar con la cadena reglamentaria que, desde 1989 viene regulando el sistema de PPLL. Ahora bien, transcurridas ya casi tres décadas desde la aprobación de este último Decreto, el nuevo precepto no puede dejar de hacerse eco de algunas de las demandas y realidades que han aflorado desde entonces y de ponerse al día, incorporando a su articulado los importantes avances realizados a lo largo de los años en el ámbito de la convalidación de los PPLL con los títulos y certificados acreditativos del conocimiento del euskera y de su equiparación con los niveles del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas[29]. El Decreto avanza también en la flexibilización del sistema, imprimiendo una mayor asimetría al diseño de los PPLL con el fin de adecuarlos, de la manera más ajustada posible, a las necesidades comunicativas atribuidas a cada puesto de trabajo. Y desarrolla asimismo un notable esfuerzo de racionalización, integrando en un solo texto las regulaciones comunes relativas a los diferentes sectores del empleo público —Educación, Seguridad, Salud y Justicia— que, hasta entonces se encontraban dispersas en normas distintas. Por otra parte, el Decreto hace suyo también el desafío del uso del euskera al que nos referimos en el epígrafe siguiente, constatando en su preámbulo que «en la actualidad el objetivo fundamental radica en garantizar que el euskera sea lengua de servicio y lengua de trabajo de uso normal y general en sus actividades».

2.1.4. La interferencia de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE)

Algunos años después de que fuera aprobada la LFPV, empezó a ponerse de manifiesto que la capacitación lingüística del empleo público para el desempeño bilingüe de sus funciones no era suficiente para garantizar un uso real y efectivo del euskera que hiciera posible su plena normalización administrativa[30] y, con ello, la definitiva superación de su secular proscripción en el ámbito institucional. Ya en los años noventa del siglo XX, se puso en marcha una reflexión acerca de la necesidad de completar la regulación

---

29 Véanse el Decreto 297/2010, de 9 de noviembre, de convalidación de títulos y certificados acreditativos de conocimiento del euskera y equiparación con los niveles del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas y los Decretos 187/2017, de 4 de julio, y 65/2023, de 18 de abril, de modificación del anterior.

30 Aunque buena parte de las normas autonómicas aprobadas desde 1986 definían su objeto haciendo referencia al «uso del euskera», lo cierto es que apenas se ocuparon en dictar preceptos orientados a ordenar la utilización de las lenguas oficiales en y por las administraciones públicas. Como la prioridad, en aquel momento, era capacitar a la Administración para responder a la ciudadanía en la lengua oficial que cada particular eligiera, bien fuera mediante la selección de empleados bilingües o bien a través de la formación lingüística del personal que ya formaba parte de las plantillas, en aquella primera fase no se prestó excesiva atención a la regulación del uso, que siguió rigiéndose por las genéricas previsiones del art. 8 LNE.

sobre el conocimiento del euskera por parte de los empleados públicos, con normas y medidas que afrontasen con rigor el desafío del uso[31], mediante la adopción de medidas específicamente encaminadas a promoverlo. Esta reflexión arrancaba de la convicción de que tanto el mandato de «especial respeto y protección» que el art. 3.3 CE establece para las lenguas cooficiales del Estado[32], como la firme apuesta que la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias hace por el fomento del uso[33], única manera de contrarrestar los efectos adversos de una preterición lingüística secular, exigían a los poderes públicos la adopción de medidas que, más allá de las proclamas de reconocimiento formal, promoviesen la utilización efectiva de la lengua vasca, especialmente en el ámbito público, y que, desde esta perspectiva, la opción en favor de incentivar e intensificar el uso, incluso en exclusiva, de la lengua vasca por parte de las administraciones públicas no era —no podía ser— ni inconstitucional ni contraria al principio de igualdad, siempre que se respetase el derecho lingüístico individual del ciudadano a ser atendido en la lengua de su elección. La LNE, cuyo artículo 8 hacía una fuerte apuesta por el bilingüismo simétrico o de doble columna, había constituido un paso adelante en los albores del proceso de incorporación del euskera al espacio administrativo; un ámbito del que había estado ancestralmente excluido. Pero parecía llegado el momento de propiciar el acceso del euskera a la mayoría de edad, promoviendo su uso administrativo sin el obligado tutelaje de la lengua cooficial ya consolidada. Todo ello, por supuesto, desde el máximo respeto a la opción lingüística del ciudadano.

El TC ya había reconocido que «la utilización por los poderes públicos de una sola de las lenguas cooficiales puede hacerse indistintamente, por propia iniciativa o incluso a elección de los interesados, cuando así se regule, siempre que no se lesionen los derechos de ningún interesado que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada» (STC 82/1986, FJ 9). Pero más allá de la habilitación jurídica, en el fondo de esta reflexión latía una evidencia que en materia lingüística es esencial:

---

31 También los que suscribimos este artículo expresamos en aquella época la necesidad de empezar a priorizar «el uso del euskera respecto de la capacitación lingüística», para lo que anotamos la conveniencia de aprobar «unas directrices generales sobre el uso del euskera en las Administraciones Vascas» (Bazako Atutxa, P. (1996), 151.) Ver asimismo las amplias reflexiones sobre el uso administrativo del euskera que se hacen en los siguientes trabajos: Erkoreka Gervasio, J. I. (1996-I), 35-54; Erkoreka Gervasio, J. I. (2000), 97-112.

32 Ya en su sentencia 69/1988, de 19 de abril, el TC hablaba, de un «un compromiso o un deber que [se] impone a las instituciones y órganos autonómicos», que no constituye «una competencia en sentido propio, sino de un compromiso de promoción de la normalización lingüística, cuyo fundamento primero se encuentra en el art. 3.3. de la Constitución» (FJ 3).

33 La Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias fue aprobada en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992, ratificada por el Estado español en febrero de 2001 y publicado en el *BOE* núm. 222 de 15 de septiembre de 2001. Con respecto a ella ha dicho el TC que «se integra en el ordenamiento jurídico interno (art. 96.1 CE), sin perjuicio del valor interpretativo que le confiere el art. 10.2 CE» (ATC 166/2005, de 19 de abril, FJ 5).

ISBN: 978-84-7777-740-3

¿cómo se puede proteger o fomentar una lengua si no es mediante la adopción de medidas que estimulen y contribuyan a intensificar su uso real? ¿Dedicándole monumentos y museos?

El TC venía recordando desde muy temprano la necesidad de distinguir entre la competencia para regular «el estatus de oficialidad de una lengua autonómica» y la relativa al «fomento de su utilización», fruto de «un compromiso de promoción de la normalización lingüística» (entre otras, STC 69/1988, FJ 3). Pero ante esa nítida distinción, siempre nos ha embargado una duda a la hora de identificar la naturaleza de las medidas que se encuentran a caballo entre ambas categorías, en la medida en que pueden incidir en el estatuto jurídico de la oficialidad pero, en puridad, han sido concebidas con el propósito de promover y fomentar el uso normalizado de una lengua históricamente marginada, en la línea de lo que, años después, el propio TC vendría a caracterizar como medidas «tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra» (STC 31/2010, FJ 14). Como ese desequilibrio era evidente en el caso del euskera, por comparación con el castellano, se veía necesario impulsar, sobre todo a nivel municipal y de manera especial en las zonas sociolingüísticamente idóneas para ello, espacios en los que la lengua vasca pudiera ser utilizada con carácter exclusivo —el sistema de doble columna, cuando en ella concurren dos lenguas con tradiciones administrativas tan dispares, no propicia el acceso de la minorizada a su plena normalización— siempre que, como advertía el TC, «no se lesionen los derechos de ningún interesado que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada».

Este era, básicamente, el marco conceptual en el que se desarrollaba en Euskadi la reflexión sobre la necesidad de fomentar el uso del euskera a la que nos estamos refiriendo; un marco que, con posterioridad, sería objeto de importantes modulaciones por parte del TC, ante la necesidad de mantener una mínima coherencia con la paradójica doctrina del «equilibrio inexcusable» que, como se verá, fue esbozada por el alto tribunal en 2010, atenazado por el temor a que el fomento de las lenguas históricamente preteridas y fuertemente minorizadas en el ámbito administrativo, acabase marginando o eclipsando a la histórica, arraigada, mayoritaria, socialmente consolidada y constitucionalmente privilegiada lengua castellana[34]. Pero esto no ocurriría hasta tres lustros después.

---

34 Efectivamente, después de alumbrar la doctrina del «equilibrio inexcusable entre las lenguas cooficiales», a la que nos referiremos más adelante, el TC se vio en la necesidad de apostillar en relación con esta distinción que las medidas autonómicas encaminadas a fomentar el uso de las lenguas propias cooficiales estaban sujetas a límites. Dicho con sus palabras, «las medidas para garantizar el respeto y la protección de la lengua propia tienen límites pues ha de admitirse el riesgo de que las disposiciones que adopten las CC.AA. pueden afectar al uso de la otra lengua cooficial y, de ese modo, a la ordenación del pluralismo lingüístico». De ello extrae la conclusión de que «el fomento y promoción» de una lengua propia «como medida de normalización de una lengua minoritaria está sometida a límites»; uno de los cua-

Las medidas que ya entonces se estaban adoptando en este mismo sentido en el ámbito autonómico comparado, completaban un cuadro[35] que invitaba a iniciar, también en Euskadi, el camino que había servir para reorientar las políticas de normalización lingüística en la administración, trasladando el acento del conocimiento —que se encontraba ya más o menos encauzado a través del sistema de PPLL— al uso. En aquel momento, esta idea gozaba de un amplio consenso en la sociedad vasca y, al hilo de las medidas adoptadas por algunos ayuntamientos en esa dirección[36], el TSJPV había llegado también a hacerla suya en más de una ocasión[37]. Nadie ponía

---

les es «que las medidas adoptadas no han de afectar a la preservación del equilibrio entre las lenguas cooficiales, que impide atribuir carácter preferente a ninguna de ellas» (por todas, STC 11/2018, de 8 de febrero, FJ 4, en relación con el aranés.)

35 Hasta en las CC.AA. bilingües gobernadas por el PP se estaban adoptando medidas orientadas a estimular el uso de la lengua propia, dándole prioridad en el uso institucional; una prioridad que, sin embargo, en ningún caso suponía la preterición de la otra lengua oficial, especialmente, dicho en palabras del TC, en aquellos casos en los que el interesado «pueda alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada» (STC 82/1986). En Galicia, la Ley 5/1988, de 21 de junio, sobre el uso del gallego como lengua oficial de Galicia en las entidades locales, establecía en su art. 1 que todas las actuaciones relacionadas con el funcionamiento de los ayuntamientos se habían de redactar en gallego, sin perjuicio de que «puedan hacerlo además en la otra lengua oficial». Es cierto que la Ley llevaba la firma del socialista Fernando González Laxe. Pero cuando este cesó, en febrero de 1990, la norma se mantuvo en vigor durante la presidencia de Manuel Fraga Iribarne, cuya mayoría parlamentaria la incorporó, mejorada y ampliada, al art. 7 de la todavía vigente Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia. En las Islas Baleares, bajo el amparo de determinados artículos de la Ley 3/1986, de 19 de abril, de normalización lingüística —especialmente, los arts. 1.2.a), 6.1, 7, 8.2 y 9.1—, el Decreto 100/1990, de 29 de noviembre, firmado, como la Ley citada, por el presidente Gabriel Cañellas, del PP, apostaba por dar prevalencia al catalán —sin perjuicio, por supuesto, de los derechos lingüísticos de las y los ciudadanos— en el uso oral, en el uso interno, en la rotulación pública, en las relaciones institucionales, en las relaciones públicas, en las relaciones con los administrados y en los avisos y publicaciones de la Administración autonómica balear. Esta orientación de la política lingüística fue rectificada después, por otra mayoría del PP, mediante la Ley 9/2012, de 19 de julio, por la que se modifica la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. La ley fue recurrida de inconstitucionalidad por más de 50 senadores del Grupo Socialista, que fue mayoritariamente desestimada mediante la STC 165/2013, de 26 de septiembre.

36 Aunque el art. 8.2 LNE, abonado, al menos en el ámbito de lo escrito, al bilingüismo simétrico o de doble columna, no propiciaba, precisamente, un régimen de uso de las lenguas por parte de la Administración que enfatizara el fomento del euskera, confiriéndole un uso prioritario, algunas corporaciones locales de los municipios incardinados en las zonas de mayor extensión de la lengua vasca, también dieron pasos firmes en ese sentido.

37 Entre otras que dictó con fundamentaciones análogas, el Tribunal decía en su sentencia de 1 de febrero de 1992, a propósito de una norma municipal dictada al efecto que «… si bien pudiera colegirse de ello la intención de primar el euskera como vehículo idóneo de comunicación en las relaciones municipales y de potenciar su uso *ad intra* y *ad extra* de la corporación y del propio ente local, no cabe deducir de tal actitud consecuencias negatorias del castellano, percutoras de lo dispuesto en el art. 3 CE (…) la decisión de vivir y funcionar en euskera respetando los derechos lingüísticos individuales y colectivos constituye una pretensión legítima que no atenta contra el mandato constitucional ni rebasa el ámbito de actuación que determina el art. 6 del Estatuto de Guernica y deja a salvo el principio de igualdad de todos los españoles que proclama el art. 14 CE» (FD 3).

ISBN: 978-84-7777-740-3

en cuestión el hecho de que, si el Estado podía determinar legítimamente que la lengua de los procedimientos tramitados por su Administración General, incluidos los órganos de la misma que tuvieran su sede en una Comunidad Autónoma bilingüe, es el castellano, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos que residan en esa Comunidad a utilizar la lengua que sea cooficial en ella (art. 36.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, textualmente reproducido años después por el art. 15.1 de la Ley 39/2015, de 30 de octubre), las CCAA bilingües y los entes locales de su ámbito territorial podían igualmente establecer que, en sus respectivas administraciones, y de manera especial en aquellas que operasen en un escenario sociolingüístico dominado por la lengua propia cooficial, los procedimientos se tramitasen de manera preferente en esta lengua, dejando igualmente a salvo el derecho de la ciudadanía a optar, en cada caso, por la lengua oficial de su preferencia o, en palabras del TC, a «alegar válidamente su desconocimiento».

Tras años de experiencias puntuales, sobre todo en el ámbito municipal, es la LILE la que imprime rango legal a la posibilidad de que, en los ayuntamientos que así lo decidan, la gran mayoría de los documentos relacionados con el funcionamiento del gobierno municipal puedan ser redactados en euskera «siempre que no se lesionen los derechos de ningún miembro de la entidad local que puedan alegar válidamente el desconocimiento del euskera, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 10/1982» (art. 6.2). Los autores de este artículo, que participamos directamente en la redacción de ese precepto, conocíamos la legislación autonómica comparada en la materia, que ofrece ejemplos en los que se autoriza y/o prescribe el uso exclusivo de la lengua propia cooficial en la administración municipal con bastante más contundencia que lo previsto en la Ley vasca. Y no desconocíamos la normativa estatal de régimen local que autoriza a redactar todos esos documentos «en lengua castellana o en la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma» —es decir, no acumulativa, sino alternativamente, como acredita el uso de la conjunción disyuntiva «o»— con arreglo «a la legislación aplicable y a los acuerdos adoptados al respecto por la correspondiente Corporación»[38]. En este marco, nada podía impedir *a priori* que la legislación vasca incorporase esta previsión, que incluso era más garantista que la del Estado para con los miembros de la Corporación que no conocen el euskera, dado que ésta última no contempla, al menos de manera expresa, la posibilidad de «alegar válidamente su desconocimiento». Pese a todo, preferimos extremar la prudencia, reproduciendo textualmente un pasaje extraído de los FJ 9 y 10 de la STC 82/1986 —que habla de la imposibilidad de perjudicar los derechos de los interesados o de los ciudadanos «que pueden alegar válidamente el desconocimiento» de la lengua cooficial distinta del castellano— y añadiendo un «sin perjuicio», que hacía referencia a lo dispuesto

38 Art. 86.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

en la LNE, cuya constitucionalidad estaba expresamente salvada por el TC en la sentencia antes citada.

Entre otros, este precepto fue señalado por el Gobierno del Estado como portador de un contenido eventualmente inconstitucional. Constituida, al efecto, la Comisión Bilateral de Cooperación prevista en el art. 33 LOTC, acordó dar inicio a las oportunas negociaciones con el fin de resolver las discrepancias suscitadas[39]. Las negociaciones culminaron con un acuerdo en el que ambas partes[40] convinieron que este precepto «ha de entenderse y aplicarse en el sentido de que no establece obligación ni carga alguna respecto al hecho de alegar desconocimiento de la lengua, al objeto de poder ejercitar el derecho de opción entre el castellano y el euskera»[41]. Con lo que el Estado renunció a interponer el recurso y la norma continuó en vigor, aplicándose en los términos convenidos.

Tres años después de su aprobación, la LILE fue desarrollada en este punto mediante Decreto 179/2019, de 19 de noviembre, sobre normalización del uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales en las instituciones locales de Euskadi (DUE). Los partidos políticos Vox y PP interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos (RCA) contra algunos de sus preceptos, solicitando, el primero de ellos, el planteamiento de una CI en relación con el art. 6.2. El TSJPV accedió a la petición y el TC resolvió la cuestión a través de la sentencia 85/2023, de 5 de julio, que declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso «que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera»; justo la frase del art. 6.2. LILE que reproducía textualmente el pasaje de la STC 82/1986 en el que el alto tribunal definía el límite infranqueable que la constitucionalidad imponía a la utilización, en exclusiva, de las lenguas autonómicas cooficiales por parte de los poderes públicos.

Basta una leve comparación entre estas dos sentencias del TC para constatar el retroceso que ha experimentado su doctrina. Veámoslo: frente a la redacción original del art. 8.3 LNE, que preveía un uso exclusivo del euskera en el ámbito de la administración local de aquellos municipios en los que su «determinación sociolingüística» lo permitiese, la STC 82/1986 argumentaba (FJ 10) que la «exclusión del castellano no es posible porque se perjudican los derechos de los ciudadanos, que pueden alegar válidamente el desconocimiento de otra lengua oficial». Y anuló el precepto, en base a la «no existencia del deber de conocimiento del euskera en zona alguna del territorio del Estado» (art. 3.1 CE). Siguiendo esa pauta, el art. 6.2 LILE previó —para el ámbito administrativo exclusivamente interno, es de-

39 *BOE* núm. 180 de 27 de julio de 2016.

40 En representación de la parte vasca, el acuerdo de la Comisión fue firmado por uno de los autores de este artículo.

41 *BOE* núm. 41 de 17 de febrero de 2017.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cir, con un alcance más limitado— la posibilidad de que determinados documentos de las entidades locales puedan ser redactados en euskera, «siempre que no se lesionen los derechos de ningún miembro de la entidad local que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera». Su intención era clara: dejar patente que la ley no pretendía, como en su día hizo la redacción original de la LNE, ignorar el derecho de quienes «pueden alegar válidamente el desconocimiento» del euskera. Pero en este caso, la STC 85/2023 vino a decir que lo inconstitucional es, no ya ignorar el derecho de quienes «pueden alegar válidamente el desconocimiento» del euskera, como dijo en 1986, sino el hecho mismo de que tengan que alegar «válidamente el desconocimiento de la otra lengua oficial». Curiosa y paradójicamente, en 2023, el TC venía a declarar la inconstitucionalidad de una frase que el propio Tribunal había utilizado en 1986 como *ratio decidendi* para declarar la inconstitucionalidad de un precepto que preveía el uso exclusivo y excluyente de la lengua autonómica cooficial en determinadas administraciones locales. La involución es, pues, patente.

Se nos dirá que, entre ambas sentencias, se dictó la STC 31/2010, de 26 de junio, que es la que explica el cambio de criterio. Y así es. Lo explica, pero, a nuestro juicio, no lo justifica. No, al menos, en todos sus términos.

Como es sabido, esta sentencia, que puso fin al RI interpuesto por más de 50 diputados del PP contra el Estatuto de Cataluña de 2006, instituyó la —hasta entonces inédita— doctrina del «equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales», con el propósito de proscribir la «primacía» que el Estatuto atribuía a su juicio a la lengua catalana, otorgándole un «trato privilegiado» y prescribiendo para la misma un uso «preferente» o «prioritario» en las administraciones públicas y en los medios de comunicación social (FJ 14). De todo lo cual extraía la conclusión de que las instituciones públicas catalanas pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también con normalidad el castellano, «siempre que se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en su relaciones con la Administración pública» (FJ 23).

A nuestro juicio, esta doctrina resulta extremadamente chocante, pues no puede calificarse de otro modo el hecho de exigir un «equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales», cuando la asimetría —tanto real como legal— entre ellas es tan evidente que, más allá de las enormes diferencias que les separan en punto a su implantación social y a la normalización de su uso en la Administración pública, solo una, precisamente la mejor situada en ambos indicadores, es de obligado conocimiento para los ciudadanos lo que trae como consecuencia que únicamente en su caso se debe presumir que es conocida por toda la ciudadanía, con todas las conse-

cuencias que una presunción de este tipo entraña para la actuación de las administraciones públicas[42]. Por esos y otros motivos, la STC 31/2010 fue severamente criticada en este punto por gran parte de la doctrina, que vio en ella un paso atrás y una involución patente[43].

Pero, por si ello no fuera suficiente, la traslación de esta doctrina a la sentencia 85/2023, supuso una vuelta de tuerca adicional a la limitación que la STC 31/2010 había impuesto al uso administrativo de las lenguas autonómicas cooficiales, porque forzó su aplicación a «un supuesto distinto» al previsto en esta última y «en un contexto normativo y sociolingüístico bien diferente» (Arzoz Santisteban, X. (2024-II). La sentencia extrapoló al ámbito interno de las entidades locales —y más concretamente, al de la producción documental relacionada con el funcionamiento interno de la institución y en relación con un grupo muy concreto de destinatarios—, una doctrina originalmente formulada para las relaciones administrativas *ad extra,* es decir, para las relaciones con los ciudadanos y particulares en general. La regresión es tan evidente como su falta de motivación. Por otra parte, la STC 85/2023 hizo extensiva una doctrina esbozada alrededor de un texto jurídico en el que se declaraba expresamente la «preferencia» o «primacía» de la lengua propia con respecto al castellano, a un ámbito en el que no se hacía declaración alguna en ese sentido. Porque el art. 6.2 LILE no solo no atribuía al euskera preferencia o primacía alguna, sino que venía acompañada de una previsión —incluida en el art. 6.3— en la que se establecía que cuando las entidades locales optaran por utilizar solo una de las lenguas oficiales, debían «arbitrar los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en la otra lengua oficial pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que comporten a los ciudadanos una carga u obligación».

La literalidad de este último precepto pone claramente de manifiesto que quienes participamos en la redacción de la LILE conocíamos perfectamente la STC 31/2010 y que, con el propósito de no contravenir su doctrina sobre el «equilibrio inexcusable», acordamos reproducir textualmente en el articulado del proyecto, el pasaje de su FJ 23 en el que se define el umbral

---

42 La asimetría es tan evidente que, de hecho, el problema de constitucionalidad que el TC aprecia en el art. 6.2. LILE, ni tan siquiera puede plantearse cuando los órganos de la Administración periférica del Estado situados en el territorio de una Comunidad Autónoma bilingüe inician la tramitación de un procedimiento en castellano, siguiendo lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 39/2015. En tal caso, los ciudadanos afectados, pueden, por supuesto, en el ejercicio de su derecho de opción lingüística, formular sus escritos y hacer sus alegaciones en la lengua autonómica cooficial correspondiente, pero no pueden alegar válidamente el desconocimiento del castellano. Así lo declaró el TC en su sentencia 82/1986, cuando precisó que la posibilidad de alegar «válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada» sólo puede darse «respecto de la lengua distinta del castellano» (FJ 9).

43 Véase, por ejemplo, Milian y Massana, A. (2010), 131; Muro Mas, X. (2010), 141; Pla y Boix (2010), 144-147; Pons Parera, E. (2010), 148-152. Ver, asimismo, Urutia Libarona, I. (2021), págs. 194-201.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de la inconstitucionalidad, con el fin de dejar claro, por si cabía alguna duda, que la ley excluía lo que el TC viene proscribiendo desde 2010. Más aún, el acuerdo suscrito en la Comisión Bilateral de Cooperación, como ya se ha visto, decía con no menos claridad que la norma «ha de entenderse y aplicarse en el sentido de que no establece obligación ni carga alguna respecto al hecho de alegar desconocimiento de la lengua, al objeto de poder ejercitar el derecho de opción entre el castellano y el euskera».

Pero ni tan siquiera estas cautelas sirvieron para convencer al alto tribunal, que, como acertadamente se ha dicho, «reconstruye el programa normativo del precepto cuestionado» (Arzoz Santisteban, X. (2024-II), 2) haciéndole decir algo que, no solamente no dice, sino que, además, la propia norma establece expresamente que no se puede hacer.

La STC 85/2023 abre, también, otro frente inédito, cuando argumenta que el «desconocimiento» de la lengua utilizada por la Administración no puede ser el único motivo previsto en la ley para el ejercicio de la opción lingüística. El alto tribunal defiende aquí el derecho del vascoparlante a exigir la comunicación en castellano, no porque desconozca el euskera, sino porque, pese a conocerlo, prefiere hacer uso del castellano. Sin embargo, como acertadamente sostiene el voto particular, «el conocimiento del castellano ha estado, incluso de forma explícita, en la base de los razonamientos de este tribunal para configurar el régimen de cooficialidad y el derecho de todos los españoles a exigir el uso del castellano». Sin embargo —argumentan los magistrados discrepantes— ahora cambia de criterio, aunque «no aporta ningún argumento que de forma expresa y razonada justifique por qué se aparta ahora de esa doctrina».

Con todo, la sentencia resulta más problemática por la argumentación que desarrolla, ampliando la fuerza restrictiva de la doctrina sobre el «equilibrio inexcusable», que por el concreto contenido del fallo, pues la inconstitucionalidad del inciso anulado no tendría por qué alterar en exceso el funcionamiento interno de los ayuntamientos vascos que, ya antes de la aprobación de la LILE, contaban con el respaldo del art, 86.2 del ROF.

De entrada, la doctrina del equilibrio inexcusable ahora «ampliada», dio pie a que el TSJPV —en sus Sentencias 1797/2023, de 28 de septiembre, y 2294/2023, de 4 de octubre— proyectara su irrefrenable ímpetu anulador sobre nada menos que doce artículos o apartados del Decreto 179/2019, algunos de los cuales nada tenían que ver con la alegación del desconocimiento (Arzoz Santisteban, X. (2024-I), 380 y Zaldibia Luengo, P. (2025), 163-169); pronunciamientos que apenas han sido corregidos por la STS 911/2025, de 3 de julio, que solo estimó el recurso de casación en relación con uno de los preceptos anulados por el TSJPV. Se ha dicho, con razón, que algunos pronunciamientos de estas sentencias son contrarios a la doctrina constitucional e incluso a la del propio TS. En cualquier caso, se puede afirmar que algunos de los efectos que producen en el ámbito del uso oral de las lenguas

oficiales, resultan, cuando menos, chocantes. Los socorristas que prestan servicio en las playas de la costa vasca, por ejemplo, seguro que jamás pudieron imaginar que la práctica cotidiana de comunicar a los bañistas el estado de la mar a través de la megafonía, fuera a ser declarada inconstitucional por emitirse los mensajes primero en euskera y después en castellano.

La sentencia abre, además, otros focos de riesgo. Si el mero hecho de comunicar a la administración correspondiente el sentido en el que se ejerce la opción lingüística resulta inconstitucional, porque el TC lo considera una carga u obligación que constituye al interesado en sujeto activo, cabe preguntarse si es posible, en las administraciones públicas diferentes a la General del Estado, donde prima el castellano, una política lingüística de producción documental distinta a la de la doble columna. El TC dijo que sí en la Sentencia 82/1986. Pero parece que también en esto recula. Como advirtió el voto particular de la STC 85/2023, «Considerar que la mera solicitud supone una formalidad o condición que vulnera el art. 3.1 CE supondría acabar con el régimen de cooficialidad que este tribunal viene construyendo desde los años ochenta. Y a nivel práctico el resultado sería, necesariamente, el bilingüismo generalizado: si ni siquiera se puede exigir la solicitud del castellano, toda la documentación debe estar al alcance en las dos lenguas» (IV b).

Una vez expuestas las razones por las que consideramos que esta sentencia supone un gravísimo salto atrás, concluimos con una apostilla que, no por extrajurídica, es menos real: la sentencia fue dictada por un TC cuya composición se presenta con frecuencia en el entorno social, político y mediático, como mayoritariamente progresista. Y es posible que lo sea. Pero su aportación a la normalización lingüística del euskera no puede caracterizarse precisamente con ese adjetivo.

III. LA JURISPRUDENCIA DICTADA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (C-A) DEL TSJPV A PARTIR DE 2021

Otro factor de extraordinaria relevancia en el devenir del sistema de PPLL, es la jurisprudencia sentada durante el último quinquenio por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, en relación con la exigencia del conocimiento del euskera en las convocatorias de acceso al empleo público, que ha dado pie a un amplio debate social, político y mediático, en torno a la eventual existencia de una «ofensiva judicial contra el euskera».

No vamos a abordar ahora un estudio pormenorizado de esta jurisprudencia, que ha sido ya objeto de análisis por varios autores[44], alguno de los

[44] Esta jurisprudencia ha venido siendo objeto de seguimiento y análisis crítico por parte de las crónicas que algunos profesores universitarios publican con carácter periódico en las revistas de carácter especializado (Véanse, sobre todo, las —ya clásicas— crónicas anuales de Edorta Cobreros y, en concreto, las relativas a 2021, 2022, 2023 y 2024 publicadas en

ISBN: 978-84-7777-740-3

cuales no ha dudado en tacharla de regresiva, restrictiva o involutiva. Tampoco falta sin embargo quien, pese a reconocer la existencia de algún aspecto discutible en ella, no encuentra motivo alguno para hablar de una «ofensiva judicial contra el euskera»[45].

No resulta fácil exponer de una manera sintética el contenido de esta jurisprudencia, que está integrada por cerca de un centenar de resoluciones judiciales, cuyos pronunciamientos, preñados de matices —derivados, a veces, de la singularidad de cada supuesto y otras, de las diferencias existentes entre los *petita* de las demandas— no siempre resultan fáciles de ordenar y clasificar. Por otra parte, el hecho de que se haya dictado a lo largo de un lapso temporal en gran parte coincidente con el proceso de aplicación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que ha dado pie, también, a una notable litigiosidad, añade un grado adicional de dificultad a su estudio, en la medida en que, en este último caso, no siempre resulta fácil discernir en qué casos los pronunciamientos se encuentran condicionados —o, si se prefiere, contaminados— por el contexto de «excepcionalidad» en el que se desarrollan los procesos de consolidación y estabilización previstos en dicha ley, y en qué otros no[46].

Pero más allá de la hojarasca anecdótica[47], que en este caso es abundante, el principal aspecto a destacar de esta jurisprudencia es el hecho de

---

los números 122 (2022), 125 (2023), 128 (2024) y 131 (2025) de la *Revista Vasca de Administración Pública*, bajo el título «La normativa sobre el euskera publicada en…», y las crónicas legislativas del País Vasco que Iñigo Urrutia Libarona y Leixuri Urrutia Pujana publican semestralmente en la *Revista de Llengua y Dret, Journal of Language and Law,* y especialmente, las publicadas en los siguientes números: 78 (2022), 279-298; 79 (2023), 397-410; 80 (2023), 283-303; 81 (2024), 310-338; 82 (2024), 421-445;84 (2025), 342-362). Más allá de estas crónicas, se han publicado también algunos estudios de conjunto sobre esta jurisprudencia y sus efectos (entre otros, Etxebarria Etxeita, I. J. (2024), 221-273; Torre Díez, S. (2024), 415-429; Urrutia Libarona, I. (2025), 19-50.

45 Lopez Basaguren, Alberto: «Ofensiva judicial contra el euskera: una invención», *El Correo* (01.11.23), pág. 27.

46 Aunque hay sentencias como la del TSJPV 238/2025, de 6 de mayo, que postulan que «en tanto el régimen lingüístico de la función pública de la Comunidad Autónoma se encuentre en vigor, como ya queda dicho, la Administración autonómica viene sujeta a su cumplimiento, entre otras cosas, al convocar cualquier proceso selectivo de acceso, sin que se vislumbre cómo la Ley 20/2021 pueda eximirle de tal obligación» (FD 6), no han faltado resoluciones judiciales en las que, se han excepcionado los procesos de estabilización de la pauta según la cual, la exención prevista para los mayores de 45 años y aplicable al personal interino, no opera en el momento de la cobertura reglamentaria del puesto. Véase, por ejemplo, la sentencia 118/2024, de 24 de mayo, del Juzgado C-A número 2 de Donostia-San Sebastián, relativa a un proceso de estabilización, cuando señala que »si bien es cierto que esta exención no puede aplicarse en los procedimientos de acceso o ingreso a la función pública, sin embargo, estamos ante un supuesto especial, en la medida en que se trata, por un lado, de una convocatoria para la provisión mediante el sistema de concurso excepcional de plazas en procesos de estabilización» (FD 6).

47 Entre las sentencias dictadas en este periodo en materia de perfiles lingüísticos se registran resoluciones realmente llamativas, como la sentencia 652/2021, de 30 de diciembre

que una parte importante de las sentencias que se encuadran en ella —aunque no todas ellas, como se verá—, o inaplican la normativa reglamentaria en vigor en materia de política lingüística, o la aplican de manera defectuosa. Lo que, salvando las diferencias, recuerda aquella etapa en la que el TS inaplicaba injustificadamente la LNE en la resolución de los recursos interpuestos contra la valoración del euskera como mérito en los procesos de acceso al empleo público; actitud que el TC corrigió a través de su Sentencia 82/1986.

La resolución judicial que podría recibir la consideración de *leading case* en este ámbito, es la STSJPV 152/2021, de 4 de mayo (secc. 3.ª), que anula la convocatoria hecha pública por el Ayuntamiento de Irún para la cobertura de 12 plazas de policía local, en el punto en el que exige la necesaria acreditación del PL 2 para acceder a todas ellas. Tras ella, e invocándola de manera expresa, se dictó la STSJPV 84/2023, de 24 de febrero (secc. 1.ª), cuya fundamentación jurídica añadió unas consideraciones adicionales que han marcado también un precedente muy citado por las resoluciones posteriores. Analicémoslas con más detalle.

La sentencia 152/2021 se dicta como si el Tribunal se encontrase en 1987 y no se hubieran aprobado todavía la LFPV y el Decreto 86/1997. Ambas están derogadas en la actualidad, pero, en aquel momento, se encontraban plenamente vigente. Sin embargo, el Tribunal prefirió arrinconarlas y resolver el caso ponderando el cumplimiento del principio de proporcionalidad en contraste directo con el art. 23.2 CE. Como se ha visto en los apartados anteriores[48], durante más de tres décadas, los poderes públicos vascos habían desarrollado un importante esfuerzo con objeto de definir normativamente, primero, y plasmar, después, en los instrumentos de planificación, ordenación y gestión de recursos humanos, los criterios de objetividad y razonabilidad que, en el marco de lo dictaminado por la

---

del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Vitoria que, entre las razones justificativas que aduce para anular la remoción de una funcionaria interina que, una vez vencida la fecha de preceptividad, no había acreditado el PL asignado a su puesto de trabajo, observa que «el euskera ocupa la quinta posición de los idiomas más difíciles del mundo (en algunas listas aparece incluso el primero). La principal dificultad de esta lengua es que no comparte ninguna conexión con ningún otro idioma, ya que ha evolucionado a lo largo del tiempo de forma aislada a lo que se añade la complejidad de su estructura y un vocabulario cuyas palabras cambian de significado al adicionarse uno de los cientos de sufijos, prefijos e influjos que se dan en esta lengua» (FD 3) o la sentencia 214/2022, de 29 de julio, del mismo Juzgado, que anula una base del procedimiento de selección convocado por la Academia Vasca de Policía y Emergencias para la creación de una Bolsa de interinos de Policías Concretos, que se emite ayuna de la más mínima motivación, al limitarse a decir que las normas vigentes la exigencia del conocimiento del euskera como requisito de admisión «deja fuera del acceso a la Bolsa a todo aquel que no pueda acreditar dicho nivel y que podría ocupar legalmente determinados puestos de trabajo por lo que dicha exigencia supone un trato discriminatorio».

48 Véase, sobre todo el epígrafe II.2.1. del presente trabajo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

STC 82/1986, habían de servir para concretar, con seguridad jurídica, cuántos y qué concretos puestos de cada Administración pública vasca habían de ser desempeñados por personas bilingües. Y en ese contexto se diseñaron, entre otros, los diferentes PPLL, los criterios para su asignación a cada puesto y hasta el IOC. Se trataba —como se recordará— de poner fin al casuismo y la improvisación que reinaron en la primera etapa, arbitrando un marco normativo y una serie de instrumentos de planificación que contribuyeran a ahuyentar definitivamente el espectro de la arbitrariedad y la discriminación, en la medida en que suministraban un cauce claro, riguroso y conceptualmente sólido para que, a través de él, se pudiera materializar, en cada administración pública, la aplicación de los principios recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. Pero el Tribunal prescinde de todo ello, en una patente contravención del principio *iura novit curia*. Podía haber examinado a fondo el marco normativo y planificador aplicable al caso y concluir que, no solo no sirve de cauce idóneo para la aplicación de los citados principios constitucionales, sino que los vulnera, acordando, en consecuencia, anularlo o, en su caso, plantear la oportuna cuestión de constitucionalidad. Alternativamente, podía, también, haber concluido, tras el pertinente examen, que el marco diseñado es irreprochable desde el punto de vista jurídico, pero es su aplicación al caso la que se desvía de los principios constitucionales, disponiendo su inmediata anulación. Lo que no podía hacer era prescindir del citado marco —que, recordémoslo, estaba en vigor— y operar al margen del mismo. Sin embargo, es precisamente esto último lo que hace. Y avanzando por esa vía, el TSJPV anula la convocatoria con el argumento de que todas las plazas incluidas en la convocatoria tenían un PL vencido, pese a que «no es necesario que todos los agentes de la policía municipal conozcan el euskera para garantizar a los ciudadanos su derecho a relacionarse con la administración utilizando esa lengua. Sería suficiente con que uno de los integrantes de cada pareja y alguno de los agentes que atienda al público conozcan el idioma».

El pasaje transcrito, suscita de inmediato sorpresa, preocupación y controversia entre los profesionales de la normalización lingüística. Hagamos abstracción ahora de la simpleza con la que invade la potestad organizativa de la corporación local, al aludir a la pareja de la policía local dando por supuesto que es ese —el de la pareja— el único modelo organizativo posible en el ámbito del servicio público policial e ignorando el hecho de que la organización de este servicio está fuertemente condicionada por factores como los turnos, las bajas, las vacaciones o los días de libre disposición. El TSJPV sabía, porque así debía constar en el expediente, que el conocimiento del euskera era obligatorio para el 65% de los policías locales de la plantilla y no para «todos los agentes», como afirma en su FD 5. Y, si no lo sabía, debía saber, además, que el «universo» sobre el que opera el IOC que regulaba el Decreto 86/1997, no es el conformado por las plazas vacantes incluidas en una convocatoria determinada, sino el conjunto de la plan-

tilla de la administración. Pero hace abstracción de todo ello y circunscribe su mirada a la convocatoria, para desmarcarse de lo establecido en la normativa vigente y hacer su propia y particular ponderación de la proporcionalidad, en la que solo toma en consideración los perfiles asignados a las plazas incluidas en la misma.

Como se ha visto en el epígrafe II.2.1.2. b), son muchas las administraciones públicas de Euskadi que están aplicando en sus respectivas organizaciones índices de preceptividad que superan en varios puntos lo establecido en la norma vigente. Ya hemos expresado nuestro punto de vista en torno a la legalidad, pertinencia y oportunidad de esa deriva. Irún es uno de los numerosos municipios vascos en los que se registra ese fenómeno. En la actualidad (VII periodo de planificación), el IOC que habrían de observar sus instituciones locales es del 51,37%. Sin embargo, el Ayuntamiento tiene asignada preceptividad vencida al 72,7% de los puestos. La tasa real de la preceptividad se sitúa, en consecuencia, 21,33 puntos por encima del legal. Aunque tanto la fecha en la que se publicó la convocatoria (2018) como aquella en la que se dictó la sentencia (2021), estaban situadas en el VI periodo de planificación, la diferencia entre la tasa real y la legal no sería entonces muy diferente a la actual. El Tribunal podía haberse tomado la molestia de comprobarlo y, tomando como base esa diferencia, incluso llegar sostener —quizás, pues nos movemos en términos hipotéticos— la existencia de una valoración desproporcionada del euskera en la convocatoria, pero no prescindiendo de la normativa autonómica vigente, algo que ningún operador jurídico puede hacer, sino haciendo uso de ella y aplicando sus preceptos. Pero era más cómodo ahorrarse indagaciones y centrarse exclusivamente en los datos resultantes de la convocatoria, para aplicarles el juicio de proporcionalidad que la inspiración del momento dictó al Tribunal, aunque ello supusiese ignorar el esfuerzo de normación, objetivación y planificación llevado a cabo durante años para dar forma al sistema.

La sentencia fue recurrida en casación, pero el TS (Sala 3) inadmitió el recurso mediante auto de 20 de julio de 2023. También fue inadmitido el recurso de casación autonómica mediante auto de 13 de octubre del mismo año. Una vez firme, esta resolución del TSJPV dio pie a un importante debate social y político, con gran eco mediático. Pero más allá de la polémica, marcó una pauta a la que, en los meses siguientes, se fueron sumando numerosos juzgados de lo contencioso[49].

---

49 Mediante auto 58/2022, de 1 de marzo, el JCA número 3 de Vitoria-Gasteiz, hasta llega a utilizarla como base para acceder a la suspensión cautelar de una cláusula de la convocatoria hecha pública por la Academia Vasca de Policía y Emergencias para la formación de una bolsa de agentes interinos de policía local, haciendo uso de la técnica del *fumus boni iuris*. Que la cuestión planteada ante el Juzgado fuera similar a la resuelta por esta sentencia (aunque en realidad no lo fuera más que de una manera muy remota) dio pie al magistrado titular a considerar, sin más, que la demanda gozaba de una apariencia de buen derecho.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Por su parte, la sentencia 84/2023, de 24 de febrero (secc. 1.ª), conoce, en apelación, la convocatoria hecha pública por la Fundación *Uliazpi* —organismo autónomo dependiente de la Diputación Foral de Gipuzkoa (DFG)— para la cobertura de 34 plazas de cuidador-a, de las cuales, 32 (el 94%) tenían asignado un PL vencido. El Juzgado de instancia había considerado que ello «es acorde con el índice de obligado cumplimiento que vincula a la Administración […] pues es necesario para cumplir con el IOC que la DFG tiene asignado para el periodo de planificación 2018-2022»[50]. Pero el TSJPV revoca la sentencia, arguyendo que la convocatoria otorga un peso desproporcionado al conocimiento del euskera, discriminando a los no vascohablantes. Mas, para llegar a esta conclusión, toma nuevamente como referencia el «universo» de las plazas incluidas en la convocatoria impugnada y no —como exigía el sistema vigente— el conjunto de la plantilla. A su juicio, es «esa desproporción entre aspirantes (100% de los euskaldunes *vs.* 5,88% de los castellanoparlantes) la que marca el cariz discriminatorio por razones lingüísticas de las bases recurridas»[51]. Pero en este caso, al contrario de lo que hizo en la Sentencia 152/2021, el Tribunal no desprecia olímpicamente la vigente normativa sobre PPLL, sino que opera con ella, aunque lo haga de una manera incorrecta. Condicionado, sin duda, por las alegaciones de las partes y por el contenido de la sentencia de instancia —que se explaya largamente en torno al IOC y su aplicación al caso— opta por incorporar este elemento a su argumentación, aunque no lo haga con acierto. A su juicio, el IOC «no puede trasladarse a las bases de la convocatoria de acceso al punto de sacrificar […] el derecho de los recurrentes amparado por el artículo 23.2 y concordantes de la Constitución». Dicho así, no parece fácil de objetar. Ahora bien, para llegar a ese punto argumenta que el IOC se proyecta sobre todo el periodo quinquenal de planificación, por lo que debe alcanzarse «gradualmente y no mediante la OPE correspondiente a una sola de las anualidades». Además —añade— su incorporación a las convocatorias «no es el único medio adecuado para conseguir el objetivo de normalización […] hay otros, la movilidad o traslados, los planes de formación, cuya articulación corresponde a la Administración». En todo caso —concluye— la Administración no puede «trasladar el mencionado objetivo a una convocatoria asignando al 94% de las plazas convocadas un determinado perfil lingüístico en euskera con fecha de preceptividad, para así alcanzar o aproximarse al índice de referencia, con la consecuencia de imponer a todos los aspirantes tal requisito en menoscabo del derecho de acceso al empleo público de quienes no acreditan el conocimiento lingüístico requerido».

---

50 Sentencia 112/2022, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Donostia-San Sebastián.

51 Es habitual que las resoluciones del TSJPV confronten, en sus respectivos derechos, a los aspirantes vascoparlantes con los castellanohablantes. La dicotomía, sin embargo, es incorrecta, porque todos ellos son castellanohablantes. La confrontación, en su caso, se produciría entre bilingües y monolingües.

Es posible —no lo sabemos con certeza— que *Uliazpi* hubiera podido gestionar mejor los aspectos que la sentencia cita como «alternativas», aunque es poco probable que la convocatoria impugnada no hubiera venido precedida por el correspondiente concurso interno de traslados, como exige la ley, o que el organismo autónomo no se hubiera acogido a los cursos de euskaldunización que el IVAP promueve entre los empleados públicos desde la época en la que los firmantes de este artículo tuvimos el honor de dirigirlo. En cualquier caso, la normativa de perfiles no incluye previsión alguna que limite la libertad de las administraciones públicas para distribuir las convocatorias, a lo largo del quinquenio, de la manera que consideren más conveniente. Y, con arreglo a la lógica del sistema, es perfectamente posible que, dependiendo de una serie de factores que pueden cambiar notablemente entre unas y otras organizaciones administrativas —el tipo de puestos de trabajo, el nivel de euskaldunización de la plantilla en el momento inicial, el porcentaje de plazas vacantes o el porcentaje de funcionarios bilingües que se jubilan, entre otros— los objetivos lingüísticos que una administración ha de alcanzar a lo largo del periodo se traduzcan en convocatorias que, un año incluyen el 0% de las plazas bilingües y, al año siguiente, el 100%. O viceversa, por supuesto. Una oscilación que, de existir, podría perfectamente obedecer a algo tan inocuo desde el punto de vista de la sombra de la discriminación, como la jubilación, en un mismo año, de dos o más empleados euskaldunes.

La sentencia no pone en cuestión el hecho de que el puesto de cuidador-a «por sus funciones y relación del empleado con los usuario y familiares», requiera el conocimiento de las dos lenguas oficiales. Lo que reprocha a la Administración es el hecho de trasladar «el mencionado objetivo a una convocatoria asignando al 94% de las plazas convocadas un determinado perfil lingüístico en euskera con fecha de preceptividad». Y no solo aprecia desproporción entre el total de plazas convocadas y el porcentaje de ellas que tiene PL vencido, sino que también lo hace «entre el índice de referencia (póngase el del 65,2% o el efectivamente aplicado) y el porcentaje (casi del 94%) de las plazas convocadas a que se ha extendido tal requisito de acceso».

La sentencia, como se ve, está más trabajada y mejor argumentada que la 152/2021. Pero al igual que esta, como también se ve, el Tribunal se equivoca, al centrar su foco en la convocatoria. Es más, cuando reduce el efecto *zoom* para ampliar la perspectiva y contrastar el peso porcentual que las plazas con PL preceptivo tienen en la convocatoria con los parámetros establecidos con carácter general para procurar la proporcionalidad de la exigencia de euskera en las convocatorias públicas, lo hace de una manera errónea, comparando el «índice de referencia» con el porcentaje de plazas de la convocatoria en el que el euskera es preceptivo[52], en lugar de examinar, como

[52] Esta incorrecta manera de operar será seguida con posterioridad en un elevado número de sentencias, que creen dar cumplimiento al IOC, o satisfacer el objeto para el que fue concebido, al comprobar si el porcentaje en el que se expresa se ve reflejado en cada concreta

ISBN: 978-84-7777-740-3

a nuestro juicio debería, si el IOC está correctamente calculado y aplicado. Porque ninguna norma impone —ni es exigencia inexorable de los arts. 23.2 y 103.3 CE— que el porcentaje que refleja el IOC deba verse reflejado necesariamente, en el número de plazas con euskera preceptivo que se incorpora a todas y cada una de las convocatorias.

Ahora bien, junto a estas sentencias, que han marcado un rumbo al que, con las modulaciones derivadas de la singularidad de cada caso, se han sumado con posterioridad varias decenas, que se aferran a los mismos postulados con una contumacia y una beligerancia crecientes[53], se registran un conjunto de resoluciones dictadas a partir de enero de 2024 en relación con los procesos de estabilización y consolidación convocados por el Go-

convocatoria. En este sentido, se han llegado a dar casos como el del auto de 21 de marzo de 2024 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Bilbao que, accediendo a la solicitud de aclaración/rectificación formulada por la parte actora, corrigió su fallo, en el que acordaba la anulación de una convocatoria que asignaba PL preceptivo al 88,6% de las plazas convocadas, añadiéndole un punto adicional, en el que reconocía al recurrente, como situación jurídica individualizada, la facultad de exigir a la administración «convocar las referidas plazas atendiendo, en lo que a la exigencia de PL preceptivo se refiere, el índice de preceptividad establecido en el Plan de Normalización del Uso del Euskera, VI periodo de planificación (2018-2022), esto es, el 46,47%».

53 El debate público y la fuerza de las alegaciones realizadas por las administraciones públicas ha contribuido probablemente a que, sobre todo a partir de mediados de 2024, algunas de las sentencias dictadas en esta materia hayan hecho un esfuerzo adicional para afinar, reforzar y hasta exacerbar su argumentación, aunque sin corregirla, ni apearse del planteamiento básico que hemos criticado en este trabajo; es decir, desde la consideración de que, digan lo que digan la normativa autonómica y la planificación administrativa derivada de la misma, el TSJPV se reserva el derecho a realizar, caso por caso, su propio juicio de proporcionalidad, siguiendo criterios y valoraciones propios que, o desprecian lo dispuesto en las normas y planes que configuran el sistema de PPLL o seleccionan *ad libitum* aquellos de sus contenidos que interesan en cada momento para afianzar la posición prefijada por el Tribunal. Entre otros muchos, porque la casuística se puede extender *ad infinitum* cabría citar como ejemplo, la STSJPV 421/2024, de 22 de noviembre (secc. 1.ª), que descalifica el empeño de la administración en alegar la normativa autonómica y la planificación administrativa, arguyendo que, con ello, «lejos de atender a la dimensión constitucional del derecho» reconocido en el art. 23.2 CE, «no es que anteponga los poderes de auto-organización administrativa al derecho de acceso a la función pública en condiciones igualdad […] sino que hace tabla rasa de ese derecho» (FD 5). También es interesante la STSJPV 265/2025, de 8 de mayo (secc. 1.ª), donde el Tribunal sostiene que «No es la validez de los Planes de normalización […] o la aplicación de cualquiera de ellos en orden al cálculo del llamado índice de preceptividad o de obligado cumplimiento […] lo que debe discutirse en este procedimiento […] sino la proyección de tales previsiones en las bases de la convocatoria recurrida y consiguientemente su relevancia constitucional en el *status* jurídico de la aspirante», y arremete contra lo que califica como «el automatismo que comportaría la aplicación de los índices de preceptividad previstos en los Planes de normalización en las convocatorias para la provisión de las plazas vacantes o de nueva creación», o su aplicación en las convocatorias «en porcentajes que, ajustándose o no a tales índices, no cohonesten con el derecho de igualdad en el acceso al empleo público, al punto de subordinar su ejercicio a potestades discrecionales de auto-organización». Como se ve, el Tribunal pasa de ignorar la normativa de PPLL, a despreciarla como un vano intento de encorsetar el ejercicio de un derecho fundamental en el estrecho margen que resulta del ejercicio de la potestad administrativa de organización.

bierno vasco, en las que se aprecia una correcta intelección y aplicación del sistema de PPLL por parte del TSJPV (secc. 2.ª). En uno de los principales fundamentos de derecho de esta línea jurisprudencial, que se repite textualmente en diferentes resoluciones, se hace una precisión aclaratoria que sintoniza plenamente con la crítica que hemos formulado en este artículo a las otras sentencias del TSJPV. Según la sentencia 28/2024, de 19 de enero, el «error» de los recurrentes radica en pedir la aplicación del IOC «al porcentaje de plazas perfiladas en unas determinadas Escalas y Cuerpos entre las ofertadas por la Orden recurrida, cuando el contraste de legalidad debe establecerse con el porcentaje en el total de la plantilla de la Administración General de la Comunidad Autónoma. Es decir, la reiterada alegación de infracción del derecho constitucional al acceso al empleo público sin discriminación alguna debe sostenerse desde la perspectiva del conjunto de plazas que componen la RPT, y no puede segmentarse para las plazas convocadas al amparo de la Ley 20/2021, porque lo contrario supone ignorar la manera en que el art. 23.2 CE ha sido desarrollado por las normas propias de la Comunidad Autónoma».

Como se ve, la sección 2.ª no solo entiende —en abierto contraste que lo postulado por las otras secciones— que la normativa de PPLL ha sido aprobada como instrumento y cauce para la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y no para hacer «tabla rasa» de ellos, sino que sostiene, además, que «no corresponde» a la convocatoria «la definición de los perfiles lingüísticos de las plazas ofertadas», ya que, ni ese es su objeto, ni la autoridad que la formula «tiene competencia para ello».

Así pues, contra lo que pueda parecer desde una mirada simplista, el TSJPV no tiene una posición única en relación con el sentido y la aplicación del sistema de PPLL. En su jurisprudencia se registran, cuando menos, dos planteamientos diferentes, si bien es verdad que el citado en último lugar solo es defendido por una de las tres secciones que conforman la Sala de lo C-A del TSJPV y se ve reflejado en un número inferior de resoluciones.

Los intentos llevados a cabo hasta la fecha para conseguir un pronunciamiento en casación —sea del TS o de la sección de casación del propio TSJPV— que ponga fin a la perplejidad que generan pronunciamientos tan abiertamente contradictorios como los que hemos visto, han sido infructuosos. Pese al esfuerzo desarrollado en tal sentido por la representación letrada de algunas administraciones, los órganos llamados a resolver los recursos de casación interpuestos, en ningún caso han considerado acreditada hasta la fecha, la existencia de un interés casacional objetivo. El resultado de todo ello es que los planes de normalización lingüística de muchas administraciones públicas se encuentran cuestionados y bloqueados, con los graves perjuicios que ello genera en el uso administrativo del euskera y sin que a corto plazo quepa vislumbrar una salida fácil al entuerto generado.

ISBN: 978-84-7777-740-3

No parece, por otro lado, que la eventual reconducción de las desviaciones registradas en algunas administraciones en torno al IOC —y a las que nos hemos referido en el epígrafe *2.2.1.2.b*)— pueda contribuir a enderezar la situación dado que, como se ha visto, el TSJPV no está destacando precisamente por su interés en procurar una aplicación ortodoxa del IOC.

IV. LA CI PLANTEADA POR EL TSJPV EN TORNO AL ART. 187.5 DE LA LEPV

El Decreto 19/2024, de 22 de febrero que, como hicimos notar, es —al menos hasta la fecha— el último de la cadena iniciada con los Decretos 25/1986 y 224/1989, ha sido objeto de dos recursos contencioso-administrativos. En ambos se ha solicitado al tribunal el planteamiento de la CI respecto del art. 187.5 de la LEPV, del que presumiblemente derivarían los preceptos del citado Decreto —los arts. 6.1 y 3, 12, 22 y 34— que han sido objeto de impugnación. Como se recordará, también el recurso que UGT interpuso 35 años atrás contra los dos primeros Decretos de la cadena reguladora de los PPLL formuló una solicitud similar, que fue rechazada por el TSJPV. En este caso, sin embargo, el Tribunal ha optado por acoger la petición y plantear la CI mediante Auto de 23 de diciembre de 2025.

La Cuestión no ha sido resuelta en el momento en el que se da por concluido el presente trabajo, pero el análisis de las resoluciones del TSJPV que están en la base de su planteamiento pone al descubierto, a nuestro juicio, graves lagunas y deficiencias que a continuación pasamos a exponer.

1. La providencia de 14 de noviembre de 2025

La providencia citada en el epígrafe, que fue dictada en cumplimiento del art. 35.2 de la LOTC para dar audiencia a las partes, incluye algunas inexactitudes y acusa una confusión conceptual que no podemos pasar por alto, toda vez que anticipan una toma de posición que el Tribunal va decantando y completando a lo largo de su proceso decisorio. La forzada conexión que establece en sus párrafos iniciales con la CI planteada casi cinco años atrás en relación con el ar. 6.2 de la LILE permite apreciar ya una cierta disposición a entrelazar dos asuntos esencialmente diferentes, que no tienen entre sí más vínculo que el hecho de que ambas están relacionadas con la incidencia de las lenguas oficiales en el ámbito de la administración pública, dado que una se refiere al régimen de uso de la lengua propia cooficial y la otra a la exigencia de su conocimiento para el acceso al empleo público. Pero el resumen que a renglón seguido se hace del planteamiento que la parte actora formula en el recurso no contribuye precisamente a disipar esta impresión inicial. En efecto, dice la providencia que

> «Se razona por la actora […] que el Reglamento impugnado y la Ley de la que dimana impiden, con la exigencia del conocimiento del euskera, el

> acceso en condiciones de igualdad a los empleos y cargos públicos excluyendo al castellano y con ello vulnerando la Constitución […]».

La referencia que en el pasaje transcrito se hace a la eventual «exclusión» del castellano, tenía sentido en el debate sobre el uso de las lenguas, en la medida en que la decisión de utilizar solo una de ellas podía implicar la exclusión de la otra, pero carece de la más mínima justificación en el debate sobre la exigencia del euskera en el acceso al empleo público porque, en este caso, nunca se excluye —ni se podría excluir— al castellano que, como se ha ocupado de recordar en decenas de ocasiones el TC, es la única lengua cuyo conocimiento está garantizado en todo caso por expreso mandato constitucional (art. 3.1). Cuando se exige el conocimiento del euskera para el acceso al empleo público, no se excluye el castellano, que todos los aspirantes tienen obligación de conocer. Tan solo se determina que, además del castellano, cuyo conocimiento se presupone a todos los aspirantes, el acceso a la plaza convocada requiere, también, la acreditación de determinadas competencias comunicativas en la otra lengua oficial.

La caracterización que inmediatamente después se hace del Decreto impugnado y de LEPV, como «parte del desarrollo normativo de la normalización lingüística», un proceso en el que, según la tesis del Tribunal, ambas normas tendrían como antecedente a la LILE, de manera que «si el paso anterior fue el fijar el euskera como lengua de uso en la Administración Local el siguiente, este, es el de regular las condiciones de acceso al empleo público exigiendo el euskera en todo caso», es rigurosamente inexacta. Como se ha expuesto en el apartado II.2.1.4, el orden lógico y cronológico al que se ajustó en Euskadi la secuencia de hechos a la que alude la providencia, fue exactamente el contrario. Dejando al margen ahora el precedente de la LNE, que se ocupó tanto del conocimiento como del uso, lo cierto es que, contra lo que afirma el Tribunal, primero —en 1986, aunque sobre todo a partir de 1989— se abordó la exigencia del conocimiento y solo unos años más tarde empezó a aflorar la preocupación por el uso; una preocupación que, andando el tiempo daría pie a una regulación que, a nivel legislativo, arrancó —aunque solo para la administración local— con la LILE.

Las cosas sucedieron como acabamos de describir, pero es que, además, no hubiera sido lógico que lo hicieran de otra manera, porque habría sido absurdo regular el uso del euskera en la administración sin antes asegurar que ésta cuenta con un mínimo de efectivos lingüísticamente capacitados para poner en práctica lo regulado. De manera que, para cuando se aprobó la LILE, el sistema de PPLL llevaba en vigor más de tres décadas, con el consiguiente despliegue de las medidas previstas para la euskaldunización de las plantillas, bien fuera a través de la selección o bien apoyándose en la formación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Así pues, la LEPV no tiene como precedente a la LILE, que perseguía un objeto completamente distinto, sino a la LFPV, a cuya estela da continuidad, reproduciendo textualmente algunos de sus artículos.

A esta inexactitud en que incurre la resolución, le sigue de inmediato otra, no menos grave: la providencia sostiene que el régimen establecido en la LEPV, al regular las condiciones de acceso al empleo público, lo hace «exigiendo el euskera en todo caso», de manera que, en las relaciones de puestos de trabajo, «figure necesariamente un perfil lingüístico y una fecha de preceptividad». Más adelante se reitera en esta posición, aseverando que los preceptos del Decreto impugnados «exigen el conocimiento del euskera a todo el personal público como requisito ineluctable de acceso». Ya hemos visto en el apartado II.2.1.2.b) que esta afirmación no se corresponde con la realidad porque, uno de los principales rasgos del sistema de PPLL consiste, precisamente, en disociar el perfil asignado a un puesto de trabajo de su efectiva exigibilidad, que evoluciona en consonancia con la realidad sociolingüista en la que opera cada administración.

Sobre la base de estos presupuestos —que, como se ve, oscilan entre la inexactitud y la falsedad— la resolución relaciona una batería de sentencias del TC y del TS[54], aunque sin analizar su contenido —es decir, limitándose a citar el número y el año— que toma como base para anticipar una posición en relación con la solicitud formulada por *Vox*: «la aparente inconstitucionalidad del art. 187.5 de la LEPV». Eso sí, la providencia concluye con una breve argumentación, que se incorpora al texto de manera resumida para justificar ante las partes, de cara a que puedan formular sus propias alegaciones, por qué considera la Sala que la batería de sentencias enumeradas «*prima facie* ponen de manifiesto la contravención por parte del art. 187.5».

La argumentación, que la Sala «se limita a resumir», no va mucho más allá de una invocación del principio de proporcionalidad, al que considera la «pieza clave de todo el sistema [de cooficialidad lingüística]». Dice así:

> «Es el principio de proporcionalidad que ha de dirigir la aplicación de una y otra lengua de modo que ninguna quede relegada y principio, equilibrio *(sic),* que ha de estar presente no solo el funcionamiento de los poderes públicos sino también en la selección del personal y en el derecho de los ciudadanos a acceder a esos puestos, al empleo público en general. Ese equilibrio en la convivencia ordenada de ambas lenguas exige que la utilización por los poderes públicos de una u otra y que, más concretamente en cuanto al caso atañe, de *la exigencia del euskera para la provisión de puestos de trabajo no sea absoluta* sino que consideren factores como la importancia que en el puesto de trabajo tenga el uso de la lengua,

54 Cita, en concreto, y en este orden, las SSTC 82/1986, 84/1986, 31/2010, 337/1994, 253/2005, 270/2006, 165/2013, las SSTS 11868/1990, 3608/1987 y 3798/2018.

> la frecuencia y características de las relaciones que se mantienen en el desempeño de ese puesto con los ciudadanos y con otras entidades. Esa proporcionalidad, ese equilibrio, que es lo constitucionalmente exigible, en la medida en que facilita *que no se exija el conocimiento del euskera en todos los puestos de trabajo* es lo que va a permitir el acceso al empleo público de aquellos ciudadanos que legítimamente desconocen o no utilizan dicha lengua respetando así, desde la proporcionalidad, el art. 23 CE». (Las cursivas son nuestras)

Como se puede observar, tampoco la argumentación que aporta la providencia despeja las dudas que suscitan la inexactitud y hasta falsedad de los presupuestos sobre los que se apoya.

Invocar genéricamente el principio de proporcionalidad no aporta mucho, ciertamente, porque este es un principio fundamental del derecho público que lejos de operar, exclusiva o prioritariamente, en relación con el régimen de convivencia de las lenguas oficiales, se proyecta sobre todos aquellos ámbitos en los que la actuación de los poderes públicos limita o constriñe los derechos, libertades e intereses de los ciudadanos. El principio de proporcionalidad, esto es innegable, reviste una notable importancia en el caso analizado. Pero es preciso afinar un poco más para defender con solvencia la inconstitucionalidad de una norma. Y no basta, desde luego, con una mera apelación a lo ocurrido con el art. 6.2 de la LILE porque el objeto de esta norma nada tiene que ver con el que persigue el art. 187.5 LEPV, por mucho que ambos preceptos guarden relación con el régimen de cooficialidad de las lenguas. Porque es cierto —más bien una obviedad— que el principio de proporcionalidad ha de ser respetado tanto por las normas que regulan uso de las lenguas oficiales por parte de las administraciones públicas como por las que establecen los requisitos lingüísticos de acceso al empleo público, pero es igualmente cierto que ese principio ha de ser respetado, siempre, cuando la administración ejerce la iniciativa normativa (art. 129 de la Ley 39/2015), o cuando dicta cualquier acto restrictivo de derechos y que, incluso a la hora de ser aplicado en el terreno estrictamente lingüístico, opera de muy diferente manera en cada uno de los dos casos citados.

A partir de esta orfandad argumentativa, inquieta de manera especial el hecho de que, a estas alturas, la Sala siga sosteniendo que el artículo controvertido plantea el conocimiento del euskera como una exigencia «absoluta» que opera para «todos los puestos de trabajo». E inquieta, no ya porque pueda poner al descubierto la ignorancia del Tribunal sobre un aspecto nuclear del régimen de PPLL, sino porque, la persistencia en el mantenimiento de esta «inexactitud», unida al empeño en asociar, bajo un mismo enfoque jurídico, dos cuestiones tan diferentes como la regulación de los requisitos lingüísticos para el acceso al empleo público y el régimen de uso de las lenguas, permite abrigar la sospecha de que lo que persigue la Sala

ISBN: 978-84-7777-740-3

es sembrar la confusión para conseguir que el TC haga extensiva a la LEPV la doctrina fijada en relación con el art. 6.2 LILE y alcanzar, así, la misma conclusión: la declaración de inconstitucionalidad.

2. El auto de 23 de diciembre de 2025

Pese al esfuerzo argumental que desarrolla la representación letrada del Gobierno vasco para corregir las inexactitudes y disipar los equívocos que aquejaban a la providencia de 14 de noviembre de 2025 —no conocemos las alegaciones realizadas por la recurrente—, la Sala persiste en algunos de ellos y matiza otros, pero sin que los matices incorporados a su razonamiento le impidan elevar a definitiva la posición favorable al planteamiento de la CI que ya dejaba traslucir en aquella. Con todo, conviene anotar desde un principio que el auto lleva adjunto un voto particular, cuyo firmante se muestra contrario al planteamiento de la CI «por considerar que este precepto en concreto no ocasiona desequilibrio alguno respecto al castellano».

De entrada, el auto vuelve a reproducir la —incorrecta— caracterización de la LEPV como una secuela o continuación de la LILE, argumentado que «si el paso anterior, esto es, el iniciado con la Ley 2/2016 fue fijar el euskera como lengua de uso en la Administración Local el siguiente, este, el regulado por la Ley de Empleo Público y su desarrollo reglamentario es el de regular las relaciones de puestos de trabajo y las condiciones de acceso al empleo público». Una secuencia fáctica que, en un chocante ejercicio de sobreabundancia, reitera, de nuevo, más adelante, cuando da por sentado que:

> «si con la Ley de 2016 se pretendía que el euskera fuese la lengua de trabajo, la lengua usual, la de utilización ordinaria, por defecto, en el ámbito administrativo municipal, tanto en las relaciones *ad intra* como en aquellas otras que se desarrollan ad extra, el siguiente paso, pero prácticamente coetáneo, debía ser el que todos los puestos tuviesen asignado un nivel de conocimiento del euskera. Lógicamente si las relaciones de comunicación interpersonal se deben articular primordialmente en euskera será necesario que los empleados y cargos públicos de la estructura organizativa pública tengan unas habilidades tales que les permitan su utilización con cierta solvencia».

Obviamente, este empeño en identificar ambas leyes como dos piezas sucesivas de un mismo designio normativo, no es inocuo; tiene un corolario: como «ambos textos legales se encuentran íntima y causalmente relacionados» y responden a «un mismo proyecto de actuación» —argumenta la Sala— el hecho de que la LEPV y el Decreto impugnado hayan entrado en vigor antes de que se hubiese dictado la STC 85/2023, significa que sus re-

dactores no pudieron «considerar durante su elaboración el criterio del TC». De lo que cabe concluir que incorporaron a su texto contenidos que el alto tribunal vino a declarar inconstitucionales.

La Sala considera este razonamiento como nada menos que uno «de los hitos de nuestra argumentación». Pero es una argumentación con pies de barro. En primer lugar, porque, como hemos dejado patente a lo largo del presente trabajo, no es correcta la secuencia que describe. Como ya se ha dicho, el orden cronológico —y también lógico— en el que ocurrieron las cosas fue exactamente el contrario. Pues no responde a la lógica, por mucho que la Sala insista en ello, que las normas impongan el uso administrativo de una lengua que el grueso de la plantilla desconoce. Lo normal y racional es lo contrario, que es lo que, con mejor o peor fortuna, se hizo —o se está haciendo— en Euskadi.

Pero es que, además, tampoco es correcto afirmar que, cuando se aprobó la LEPV no fuera conocida la doctrina constitucional sobre el «equilibrio inexcusable» en el uso de las lenguas oficiales que la STC 85/2023 hace suya. Es cierto que esta sentencia exacerba la citada doctrina, imprimiéndole, como se ha visto, una vuelta de tuerca adicional. Pero en sí misma, esta doctrina era muy anterior: arrancó con la STC 31/2010 y, desde entonces, el alto tribunal la había invocado también, cuando menos, en las SSTC 165/2013, de 26 de septiembre, y 11/2018, de 8 de febrero. El problema, por tanto, no radica en que los redactores de la LEPV no conocieran esta doctrina, que nos consta que la conocían, sino en que ninguno de ellos pensó que una doctrina concebida para el régimen de uso de las lenguas se pudiera extrapolar con tanta ligereza a un ámbito tan distinto, desde todo punto de vista, como el de los requisitos de acceso al empleo público.

Después de estas consideraciones iniciales, el auto entra ya a analizar el contenido del art. 187.5 LEPV a efectos de acotar las razones de su posible inconstitucionalidad. Sostiene la Sala que «la exigencia de que todos los puestos de trabajo deban contar con un perfil asignado es un supuesto que no ha sido tratado de forma específica hasta el momento» por el TC; una afirmación que, sin ser incorrecta, ha de ser matizada. Como se sabe, el sistema de PPLL solo rige en la CAPV[55]. Y no resulta inexacto afirmar que, como tal, este sistema no ha sido impugnado ante el alto tribunal por el hecho de que «todos los puestos de trabajo deban contar con un perfil lingüístico asignado». Pero tan cierto como esto es que el TC no solo ha conocido, sino que ha validado la constitucionalidad de otros sistemas que, haciendo uso de una terminología diferente, instituyen sistemas tanto o más exigen-

55 Con la excepción de la Comunidad Foral de Navarra, donde rige un sistema de PPLL semejante, aunque sujeto a una normativa diferente, que no es la que analizamos en este trabajo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tes que el de perfiles a la hora de fijar los requisitos lingüísticos de acceso al empleo público. La ya repetida STC 46/1991, por ejemplo, postuló que «resulta constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana» (FJ 3); dando por bueno un modelo —el de exigir, con carácter generalizado, un cierto conocimiento de la lengua autonómica cooficial para acceder al empleo público— que, además de en Cataluña se encuentra en vigor también, en Galicia[56] y en la Comunidad Valenciana[57]. Y así se lo recuerda el voto particular cuando observa que «el precepto sobre el que se cuestiona su constitucionalidad está implantado en la CAPV desde hace muchos años y que ya fue validado por el TC respecto a la normativa catalana —aún más exigente respecto al conocimiento de la lengua cooficial en la función pública— ya señalada». Pero el auto desconoce este dato. Y lo hace para, argumentando nuevamente a partir de la proporcionalidad —que es el salvoconducto que le permite entroncar este caso con el de la LILE— concluir que «tampoco podrá exigirse el conocimiento de la lengua cooficial respecto de todos los puestos»; algo que contradice lo que el alto tribunal respaldó expresamente en el caso de Cataluña, pero que estaba de sobra en este caso porque no es eso, como se sabe, lo que persigue la LEPV.

A partir de aquí, el auto empieza a desarrollar el centro de su argumentación que, curiosa y sorpresivamente, ya no da por supuesto que el art. 187.5 LEPV exija, utilizando sus propias palabras, «el conocimiento de la lengua oficial respecto de todos los puestos». Ahora admite que no es así y empieza a proyectar sus dudas de constitucionalidad sobre el hecho de que el precepto cuestionado, siguiendo la ruta iniciada por la LFPV, 33 años atrás, disponga asignar un PL a cada puesto de trabajo, con independencia de que este sea preceptivo o no. Lo inconstitucional sería, según este nuevo planteamiento, no ya exigir un cierto conocimiento del euskera para acceder a todos los puestos de trabajo —que es lo que el TC dio por bueno en el caso de Cataluña— sino el hecho mismo de asignarles un PL con independencia de que este sea preceptivo o no. Su razonamiento es el siguiente:

> «Es muy importante destacar que la asignación de un perfil lingüístico a todos y cada uno de los puestos implica determinar el nivel de conocimiento de la lengua cooficial que le corresponde a cada uno de ellos y que esta asignación no es inocua. Si fuese inocuo, intranscendente, irrelevante, no se pondría, no haría falta. Se asigna con la finalidad de, en un determinado momento activarlo, hacerlo efectivo mediante la fecha de preceptividad, esto es, el momento desde el que pasa a ser una obligación exigible».

56 Art. 51.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de Empleo Público de Galicia.

57 Art. 62.1.g) de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana.

A juicio de la Sala la mera asignación de PL a un puesto de trabajo constituye

> «un elemento objetivamente disuasorio para quienes aspiran a acceder al empleo público y son castellanohablantes. No es necesario esperar a que se determine una fecha de preceptividad por cuanto que ese momento va a llegar, aunque se ignore cuándo. Se impone un requisito que objetivamente disuade».

Para el Tribunal, según se ve, como la asignación generalizada de PPLL a todos los puestos no puede ser algo irrelevante, sin trascendencia ni efecto alguno, solo puede interpretarse como una suerte de amenaza latente y disuasoria sobre los aspirantes al empleo público, los cuales, ante la posibilidad, no hipotética sino real, de que, en algún momento, la afilada cuchilla de la preceptividad caerá sobre el cuello de quienes ocupen las plazas inicialmente convocadas sin ella, optarían por inhibirse y renunciar al empleo público. Esta novelesca interpretación del sistema de PPLL, tropieza, sin embargo, con dos objeciones. La primera es que, en principio, la preceptividad solo sobreviene en la medida en que lo permita la evolución del IOC; una magnitud que, como cabe imaginar, no cambia drásticamente cada año y que, en una sociedad como la vasca, con un fuerte índice de inmigración, no es previsible que —al menos a corto plazo— vaya a experimentar súbitos incrementos cualitativos. Y la segunda, que no es cierto que la asignación de un PL sin preceptividad pretenda ser algo inocuo. Basta leerse el art. 187.6 LEPV —es decir, el apartado inmediatamente posterior al cuestionado— para comprobar que no es así, ya que, según dispone este precepto, cuando el perfil asignado no sea preceptivo, «servirá exclusivamente para determinar la valoración que, como mérito, habrá de otorgarse al conocimiento del euskera». No hace falta atribuirle propósitos ocultos para constatar que el acto de asignación tiene, por sí mismo, un sentido positivo y claro.

El auto considera que este hecho —la asignación de un PL a todos los puestos de trabajo— constituye «un supuesto de novedoso planteamiento» que suscita dudas de constitucionalidad. No creemos necesario insistir en que el modelo no tiene nada de novedoso, dado que lleva en vigor más de 35 años y durante este tiempo viene aplicándose de manera pacífica e ininterrumpida en todas las administraciones públicas vascas y en todos los sectores del empleo público. Es más, en la única ocasión en que se solicitó el planteamiento de una CI, el TSJPV lo rechazó, argumentando que su articulado no planteaba duda de constitucionalidad alguna.

En cualquier caso, la Sala emprende a partir de ese momento el análisis de las sentencias que a su juicio sustentarían sus dudas de constitucionalidad. A continuación, relacionamos esas sentencias y aportamos, en relación con cada una de ellas, las razones por las que consideramos que no

ISBN: 978-84-7777-740-3

son aplicables al caso o no pueden ser utilizadas en el modo en que lo hace el Tribunal:

La sentencia 85/2023, de 5 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del art. 6.2. de la LILE. Ya hemos señalado que, a nuestro juicio, la doctrina que fija esta sentencia, que se refiere al régimen de uso de las lenguas cooficiales por parte de la Administración, no resulta de aplicación en este caso, porque el art. 187.5 LEPV no guarda relación alguna con el uso administrativo de las lenguas, sino con el conocimiento de las lenguas autonómicas cooficiales para el acceso al empleo público y el desempeño de funciones en su seno. De ahí, que los pasajes de la sentencia que cita el auto, construidos en torno a expresiones como «uso prioritario», «uso normal» o «desequilibrio injustificado y desproporcionado del uso del castellano» —todos, como se ve, alusivos al «uso»— resulten de imposible traslación al caso que nos ocupa. Sin embargo, el auto persiste en el empeño de sostener que se trata de «distintas facetas de una misma realidad», porque «el mismo principio de proporcionalidad, el que las medidas adoptadas con relación a una lengua no supongan impedir el uso de la otra es lo que justifica también el considerar desproporcionada la asignación de un perfil lingüístico a todos y cada uno de los puestos».

Pero como ya hemos señalado líneas arriba, el principio de proporcionalidad, que es un principio general del derecho público que la administración ha de observar siempre que ejerce la iniciativa normativa y dicta actos restrictivos de derechos e intereses, no puede ser el banderín de enganche que justifique la automática y mimética traslación de una pauta, concebida para un ámbito concreto, a otro completamente distinto. Porque el principio de proporcionalidad será «el mismo», como dice el auto —sin demasiado rigor, por cierto, dado que, como tal principio, obviamente, siempre es el mismo—, pero su aplicación requiere una adaptación a las características de cada supuesto concreto. Y en el concreto ámbito al que se refiere el auto, es el propio TC el que desautoriza la traslación que pretende la Sala. En el caso de Cataluña, que es donde aplicó por primera vez la doctrina del «equilibrio inexcusable» en el uso de las lenguas oficiales (STC 31/2010), ha considerado «constitucionalmente lícito exigir en todo caso un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana» para el acceso al empleo público (STC 46/1991). Es decir, mientras el TC considera compatible exigir a una administración el uso proporcionado y equilibrado de las lenguas oficiales y, autorizarle, al mismo tiempo, a exigir el conocimiento de la lengua autonómica cooficial para todos sus empleados públicos, sin que ello afecte al principio de proporcionalidad, la Sala defiende que lo primero impide, en el caso de Euskadi, exigir el conocimiento del euskera a un porcentaje de empleados públicos acomodado a la realidad sociolingüística de cada territorio. El voto particular ya observa que, de la sentencia 85/2023 «no se infiere que no se puede imponer tampoco que todos los puestos del sector público

vasco estén perfilados, por lo que nada atañe a este debate». Pero la mayoría firmante no lo toma en consideración.

STC 82/1986, de 26 de junio

Se trata, como se sabe, de la sentencia que dio respuesta al RI interpuesto contra la LNE. Como vimos en el epígrafe II.2.1.1, esta sentencia corrigió (FJ 14) la restrictiva doctrina instaurada en los años anteriores por el TS en relación con las condiciones en las que las administraciones vascas podían exigir y/o valorar el conocimiento del euskera en el acceso al empleo público, y sentó las bases sobre las que tres años después, en 1989, la LFPV diseñó el sistema de PPLL. Lo lógico hubiera sido que, una vez puesto a citar esta sentencia, el auto, que se refiere a un artículo de la LEPV que regula los requisitos lingüísticos para el acceso al empleo público, tomara como referencia su FJ 14, que es, en concreto, el que aborda esa cuestión. Sin embargo, la Sala presta más atención al FJ 10, que se refiere al uso del euskera en el ámbito administrativo. Y una vez más, se ve forzada a extrapolar a aquel ámbito, lo que el TC postula en relación con este último, lo que la conduce a desarrollar una argumentación bastante tortuosa que, en este caso, además, deja traslucir una cierta impronta ideológica.

> «De este apartado inferimos —dice el auto— que si no puede establecerse la utilización exclusiva del euskera ni siquiera en aquellos supuestos en los que la realidad sociolingüística del municipio mostrase que es prácticamente la única lengua que se utiliza, tampoco será necesario que todos los puestos tengan asignado un perfil, sino que bastará con los necesarios para atender la demanda vascoparlante pero podrán y deberán reservarse otros para que la lengua española pueda cumplir con su importante misión natural y constitucional».[58]

La Sala no aclara por qué, una vez más, se empeña en hacer esta extrapolación desde el terreno del uso al del requisito lingüístico, pero no parece infundado sospechar que si procede de esa manera es porque prefiere alcanzar la conclusión a la que el alto tribunal llega en el FJ 10 de la STC —la declaración de inconstitucionalidad de un inciso de la ley impugnada— que aquella a la que llega en el FJ 14, donde salva la constituciona-

---

58 La STC 82/1986 decía que la inconstitucionalidad del art. 8.3 de la LNE se producía por «infracción de lo dispuesto en el art. 3.1 de la Constitución en relación con la no existencia del deber de conocimiento del euskera en zona alguna del territorio del Estado». Pero no dice que este precepto cumpla misión constitucional alguna. Sin embargo, el auto alude a «una importante misión natural y constitucional» de la lengua española, que no especifica en qué consiste exactamente, pero que, a su juicio, es la que justificaría el hecho de que en un municipio en el que el euskera es «prácticamente la única lengua que se utiliza», la administración municipal deba reservar algunas plazas a personas que desconocen la lengua vasca.

ISBN: 978-84-7777-740-3

lidad de la norma, aunque admitiendo la posibilidad de que en su aplicación se produzcan desviaciones que, por supuesto, podrían ser objeto de impugnación. De ahí que se apresure a afirmar que, al igual que el precepto sobre el uso de las lenguas que el FJ 10 de la STC 82/1986 declaró parcialmente inconstitucional, la norma del art. 187.5 LEPV es «programática»; lo que, a su juicio, permitiría unir a ambas en torno a un destino común, por mucho que se refieran a cuestiones distintas y, en consecuencia, declarar de inmediato su inconstitucionalidad «sin aguardar a que se materialice». La Sala entiende en relación con la norma cuestionada que «su aparente potencialidad no es tal, sino que efectivamente se trata de una norma sometida a condición, pero con una efectividad real inmediata; está facultada para inmediatamente ser aplicada y el art. 187.5 disuade con su mera existencia» a presentarse a los procesos de selección a quienes desconocen el euskera. A partir de este razonamiento, la forzada equiparación entre ambos supuestos no se hace esperar. Si el artículo 8.2 LNE, argumenta la Sala, «conducía a la desaparición (*sic*) del castellano», el art. 187.5 conduce «a la lesión del art. 23 CE al impedir en unos casos y disuadir en otros a los castellanohablantes[59] de acceder al empleo público».

Sin embargo, una vez alcanzada esta conclusión, el auto gira el foco y centra la mirada en el FJ 14 que es, como hemos dicho, el que aborda específicamente la cuestión relativa a la exigencia del euskera como requisito para el acceso al empleo público. Pero en este caso, curiosamente, se limita a reproducir el art. 14 de la LNE y el texto del citado FJ, para retomar sorpresivamente la —falsa— tesis de que el art. 187.5 exige el conocimiento del euskera a todos los aspirantes y argumentar que, como su constitucionalidad solo sería posible «en tanto que no son todos los puestos sino parte de ellos los que exigen el conocimiento del euskera», el precepto sería inconstitucional porque «no puede fijarse perfil lingüístico en todos los puestos».

Repárese, más allá del desconcierto, en el sutil manejo de las palabras. La LNE y el FJ 14 de la STC 82/1986, según la Sala, solo reconocen la constitucionalidad de una regulación en esta materia, si «no son todos los puestos sino parte de ellos los que exigen el conocimiento del euskera». El art. 187.5 LEPV no lo hace. Establece que todos los puestos deben tener asignado un PL, pero no que en todos los casos ese perfil deba ser preceptivo. Mas el auto ignora este matiz y cierra su argumentación afirmando que «no puede fijarse perfil lingüístico en todos los puestos». Como si asignación de PL y asignación de preceptividad fuesen lo mismo y a pesar de que una línea antes ha dejado claro que no lo son. Este sorprendente vaivén

59 El Auto se empeña en calificar de «castellanohablantes» a los aspirantes al empleo público que desconocen el euskera. Pero el término, como ya se ha dicho, es incorrecto porque, en virtud de la obligación constitucional de conocer el castellano, todos los aspirantes lo son, con la diferencia de que algunos de ellos, además, son también vascohablantes.

argumental, con alegaciones que desaparecen y reaparecen según el contexto, suscita la duda de si la Sala está confundida o si lo que persigue es sembrar la confusión.

STC 84/1986, de 26 de junio

La invocación de esta sentencia, que se hace a los solos efectos de recordar lo que postula a propósito de la inexistencia de un deber general de conocimiento de las lenguas autonómicas cooficiales equivalente a la que el art. 3.1 CE establece en relación con el castellano, la aprovecha el auto para reiterar la —falsa— tesis de que el art. 187.5 LEPV exige a todos los aspirantes el conocimiento del euskera, equiparando asignación de perfil con asignación de preceptividad. Una vez más, el confuso manejo de los conceptos no deja claro si el auto se confunde o quiere confundir. He aquí sus palabras:

> «El establecimiento de un perfil lingüístico a todos y cada uno de los puestos realmente implica la exigencia, la obligación, de todos los aspirantes a su cobertura de conocer la lengua cooficial aun cuando se trate de puestos en los que no va a ser precisa su utilización o esta vaya a ser residual o inexistente y se lesione por ello el principio de proporcionalidad».

A estas alturas, es sobradamente conocido que la «exigencia» del euskera para acceder a un puesto de trabajo, no deriva del «establecimiento de un perfil lingüístico», como se afirma en el pasaje transcrito, sino de la asignación de preceptividad. Pero ahí queda plasmada la afirmación.

STC 107/2003, de 2 de junio

Se trata de una sentencia referida —esta vez sí— a un supuesto de acceso al empleo público. Pero la concreta cuestión que en ella se aborda nada tiene que ver con los requisitos lingüísticos, sino con la valoración de la experiencia derivada de la previa prestación de servicios en la Administración. No se entiende por qué ha decidido la Sala traerla a colación, porque TC ha dictado sentencias que sí abordan, de manera específica la relación existente entre los requisitos lingüísticos y los principios de mérito y capacidad (valga por todas, la STC 46/1991). Pero el breve pasaje con el que el auto remata la extensa cita de su FJ 4, no resulta menos desconcertante. El auto extrae, sin argumentación específica, la conclusión de que la asignación de PL a todos los puestos contraviene el principio de proporcionalidad «y además va a permitir que el euskera, en los puestos a los que no se les asigne perfil, sea objeto de valoración como mérito». Y decimos que resulta desconcertante, porque no queda claro qué es lo que persigue, en concreto, con la referencia que hace a la valoración del euskera como mérito. Cuando líneas atrás argumentaba que la asignación generalizada de

ISBN: 978-84-7777-740-3

PPLL a todos los puestos no podía ser algo intranscendente y sin propósito concreto, parecía desconocer, como hemos hecho notar, que existía el art. 187.6 LEPV. Más adelante, al resumir la STC 82/1986, extraía la conclusión de que, según la doctrina sentada en la misma, «no puede fijarse perfil lingüístico en todos los puestos y sí puede reconocerse como mérito el conocimiento del euskera». Y en este apartado, parece querer dirigirle algún reproche, al vincular la referencia al mérito con la acusación de contravenir el principio de proporcionalidad, haciendo uso del adverbio «además». Pero todo queda sumido en una espesa nebulosa de difícil interpretación.

STC 270/2006, de 13 de septiembre

Aunque la Sala sostiene que esta sentencia analiza «un supuesto similar» y «muy próximo» al que es objeto de análisis en el auto, a nuestro juicio no es así porque lo que en ella se aborda es un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno del Estado contra el Decreto 117/2001, de 26 de junio, de medidas para la normalización lingüística de la Administración de Justicia en la CAPV, lo que significa que la cuestión controvertida no era si el contenido material de la regulación autonómica contravenía la CE, sino si la CAPV era o no competente, al amparo de las cláusulas subrogatorias del EAPV para establecer la obligatoriedad de que determinados puestos de las plantillas correspondientes a los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, incorporen como requisito esencial para su provisión un determinado nivel de conocimiento del euskera.

La existencia misma del conflicto lleva a la Sala a afirmar, en apoyo de sus tesis, «que la asignación de perfiles no es algo inocuo ni que solo se pueda impugnar la fijación de los mismos una vez que haya fecha de preceptividad, sino que es materia eficaz y efectiva desde su origen». Pero se trata de una afirmación precipitada e infundada, porque si el Gobierno del Estado promovió el conflicto al que se refería la sentencia que cita, no fue porque la regulación controvertida vulnerase los arts. 14 y 23.2 CE o abordase la materia en términos incompatibles con el principio de proporcionalidad, sino porque consideraba que el Gobierno vasco carecía de competencia para hacerlo. Luego es evidente que la norma era recurrible por ese motivo, con independencia de cual fuera su contenido material. No es, pues, correcto, afirmar que el mero planteamiento del conflicto acredite algo sobre la constitucionalidad de su contenido material.

El auto infiere de la sentencia, que «no se pueden fijar perfiles a todos y cada uno de los puestos, sino que hay factores que van a determinar a qué puestos se puede atribuir un perfil y cual haya de ser el que le corresponde». Y así es. Pero la Sala parece desconocer que, como se trataba de personal integrante de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, nos hallábamos ante una competencia compartida, por lo que la re-

gulación autonómica debía respetar —también respecto de los requisitos lingüísticos— los parámetros fijados por la regulación estatal en la materia (la LOPJ y, en su caso, los correspondientes Reglamentos Orgánicos). Y tanto la sentencia que cita como la STC 253/2005, de 10 de octubre, señalaron que, además de lo prescrito en los arts. 14 y 23.2 CE, las normas autonómicas debían tener en cuenta que el requisito lingüístico a exigir en cada caso solo podía establecerse «cuando de la naturaleza de las funciones a desempeñar se derive dicha exigencia», que era la dicción literal que el art. 530 LOPJ consagraba a ese objeto. Pero esta limitación específica solo opera como parámetro de constitucionalidad en el caso del personal al servicio de la Administración de Justicia, por lo que su invocación no es correcta en el caso del art. 187.5 LEPV, que, en principio, no se aplica a ese personal, más que con carácter supletorio y en los supuestos en que así lo determine su normativa específica (art. 5e) LEPV) y, como se ha visto ya, en materia lingüística, este personal cuenta con una regulación propia y específica, fruto del ejercicio conjunto de una competencia compartida por parte del Estado y de la CAPV. También esto lo advierte el voto particular del auto, en el que se recuerda que la sentencia citada como presunto respaldo del auto se refiere a «la normalización lingüística en la Administración de justicia, lo que tiene incidencia en una competencia exclusiva del Estado (149.1.5 CE), que impide que puedan extraerse las mismas conclusiones». A lo que añade —nuevamente sin éxito— el inapelable argumento de que «no tiene ni puede tener el mismo alcance el conocimiento del euskera en la Administración de justicia de la CAPV que en el sector público vasco».

STC 31/2010, de 28 de junio

Se trata de la sentencia que resolvió el RI interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra el Estatuto de Cataluña de 2006. El auto cita dos FFJJ de esta sentencia: el 15 y, suponemos que el 22, ya que, en este segundo supuesto, no lo especifica. En el primer caso, creemos, sin embargo, que el FJ que en realidad quiere invocar no es el 15, que se refiere a la utilización por el texto estatutario de los conceptos de «pueblo aranés» y «ciudadanos de Cataluña», sino el 14, que se ocupa del artículo 6 del Estatuto en el que se regulan la lengua propia y las lenguas oficiales.

La referencia al FJ 15 (en realidad 14) suscita cierta perplejidad, porque se limita a señalar que «viene a recoger lo mismo que terminamos de exponer en el anterior apartado». Ocurre, sin embargo, que lo último que el auto dice en el apartado inmediatamente anterior es que «no se pueden fijar perfiles a todos y cada uno de los puestos de trabajo» y el FJ 15 de la STC 31/2010 no se refiere al conocimiento de las lenguas oficiales por parte de los empleados públicos, sino al uso. De hecho, es esta sentencia del alto

ISBN: 978-84-7777-740-3

tribunal la que inaugura la doctrina del «equilibrio inexcusable entre las dos lenguas igualmente oficiales» (FJ 14) que, ciertamente exacerbada, desemboca en la STC 85/2023. No resulta fácil comprender, pues, qué es lo que el auto quiere decir exactamente con esta confusa referencia.

Tampoco resultan más diáfanos el sentido y finalidad de la referencia al FJ 22 que, entre otros, se refiere a los apartados 3 y 4 del art. 33 del Estatuto de Cataluña, en los que se regula el conocimiento del catalán por parte de personal funcionario que presta servicio en ámbitos competenciales de titularidad del Estado: Jueces, Magistrados, Fiscales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, encargados de Registro Civil, personal al servicio de la Administración de Justicia, y personal de la propia Administración General del Estado radicada en Cataluña, con respecto a los cuales se dice que deben acreditar «que tienen un nivel de conocimiento adecuado y suficiente de las lenguas oficiales, que los hace aptos para ejercer las funciones propias de su cargo o su puesto de trabajo». La Sala se limita a señalar que los términos en los que se expresa «no afectan al supuesto que se plantea en este Auto». Y en eso estamos de acuerdo; no afectan. Lo que sorprende son las razones que aduce el auto para justificar esta consideración. Dice la Sala que, en los citados preceptos del Estatuto de Cataluña —se supone que a diferencia de lo que hace el art. 187.5 LEPV— «no se está exigiendo a todos los empleados públicos el conocimiento de la lengua. En segundo lugar, tampoco se está asignando a todos los puestos la obligación de conocer la lengua cooficial. Y, en tercer lugar, el hecho de ingresar en una plantilla debiendo conocer o pudiéndose valorar como mérito la lengua cooficial no presupone que se vaya a ocupar un puesto respecto del que el conocimiento de la lengua cooficial sea una exigencia imprescindible». No creemos necesario precisar que, una vez más, se atribuye a la norma cuestionada un contenido falso, pues ni exige el conocimiento del euskera a todos los empleados públicos, ni asigna a todos los puestos «la obligación de conocer la lengua oficial». Nada decimos sobre el tercer elemento que cita como diferencia porque ignoramos qué quiere decir exactamente, cuando sostiene que «el hecho de ingresar en una plantilla debiendo conocer» una lengua cooficial, no debería presuponer que «se vaya a ocupar un puesto respecto del que el conocimiento de la lengua cooficial sea una exigencia imprescindible». Pues la lógica dicta más bien lo contrario.

Más asombrosa resulta aún la referencia que el último inciso de este apartado hace a la STC 46/1991, para sostener que se le pueden hacer extensivas las consideraciones transcritas en el sentido de que se trata de un supuesto diferente al previsto en el auto, porque la norma vasca establece requisitos lingüísticos más rigurosos y exigentes que los previstos en el término de comparación. Nada, sin embargo, más lejos de la realidad. Como se recordará, esta sentencia dice que, en el caso de Cataluña, dada «la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comuni-

dad Autónoma», resulta «constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana, que resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración autonómica» (FJ 3). Algo que, por cierto, la STC 31/2010 viene a ratificar casi 20 años después. Lo que el alto tribunal avala en estas resoluciones es, por tanto, algo más riguroso y exigente que lo que establece el art. 187.5 LEPV. Permite que se exija un cierto conocimiento del catalán «en todo caso», mientras que el art. 187.5 LEPV solo prevé la asignación de perfiles lingüísticos a todos los puestos de trabajo; perfiles que, sin embargo, solo alcanzarán la condición de requisitos de exigencia cuando se les otorgue fecha de preceptividad. Y esto último, en principio, va asociado a la realidad sociolingüística del ámbito territorial en el que opera cada Administración.

Muy gráficamente, el voto particular recuerda que la previsión de la ley catalana no está contenida en la legislación vasca «lo que denota una opción legislativa y una sensibilidad distinta en el caso del País Vasco, a tenor de la realidad y del mapa sociolingüístico de su territorio», que es lo que hace que la exigencia del conocimiento de la lengua propia tenga en Euskadi «un menor alcance» que en Cataluña. Su alegación, sin embargo, a nuestro juicio incontestable, no ha parecido convencer a la mayoría.

STC 165/2013, de 26 de septiembre

Esta sentencia pone fin al RI interpuesto por más de 50 senadores del Grupo Socialista contra la Ley 9/2012, de 19 de julio, de las *Illes Balears* por la que se modificaba la Ley autonómica de función pública, incidiendo, entre otros aspectos, en el régimen de exigencia del catalán para el acceso al empleo público. En ella, el alto tribunal se apoya en la STC 46/1991. Pero del análisis de esta sentencia, el auto extrae la conclusión de que «lo que se infiere es que no cabría exigir el conocimiento de la lengua en todos los puestos de trabajo», dando a entender que es esto lo que persigue el art. 187.5 LEPV. Como se ha visto, sin embargo, lo que ocurre es justamente lo contrario. La STC 46/1991 respalda la exigencia del catalán «en todo caso» y el art. 187.5 LEPV solo la prevé para aquellos supuestos en los que al PL asignado se le ponga fecha de preceptividad.

El voto particular intenta abrir los ojos a los firmantes del auto, recordando que el contenido material del precepto cuestionado lleva en vigor «un importante número de años (desde 1989)», sin que «hasta ahora haya existido problema de constitucionalidad sobre el extremo que aquí nos ocupa». Y concluye constatando que el legislador vasco «ha hecho un uso y una opción de política legislativa prudente sobre la exigibilidad del euskera en el acceso al empleo público, a diferencia de lo que ha sucedido en otros puntos del territorio nacional». Pero tampoco en este caso logra su objetivo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

V. LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS ARBITRADAS PARA SORTEAR LOS OBSTÁCULOS PLANTEADOS POR LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TSJPV

El debate social y político suscitado en torno a las resoluciones dictadas por el TSJPV durante el último lustro en torno a la normalización del euskera en la Administración pública, ha dado pie a que las dos formaciones políticas que más críticas se han mostrado con las posiciones del Tribunal, hayan formulado y registrado en el Parlamento vasco, sendas iniciativas legislativas. En orden cronológico, estas iniciativas son:

— Proposición de Ley del grupo parlamentario EH Bildu de modificación de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco[60].
— Proposición de Ley del grupo parlamentario Nacionalistas Vascos, de medidas para la normalización lingüística por la que se modifica la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco[61].

Grosso modo, ambas persiguen sortear los obstáculos crecientemente insalvables que la reciente jurisprudencia del TSJPV está poniendo al proceso de normalización del euskera en las administraciones públicas, modificando de manera sustancial las bases legales del sistema vigente desde los años ochenta del siglo pasado, hoy recogidas en el título XIII de la LEPV, para lo que plantean reforzar —aunque a través de cauces bien diferentes— las facultades reconocidas a las entidades locales para adaptar el modelo a la realidad sociolingüística de cada municipio y a la situación particular de cada institución.

No vamos a analizar en detalle el contenido de las iniciativas, porque, aun cuando ambas han sido tomadas en consideración por el pleno de la Cámara[62] y se han celebrado ya las comparecencias de expertos acordadas por los grupos parlamentarios, en el momento en el que se da por concluido este trabajo no resulta fácil adivinar cuál puede llegar a ser el contenido del texto que finalmente apruebe el Parlamento tras la oportuna tramitación. En cualquier caso, podemos adelantar que la conveniencia de redefinir el papel que debe tener cada Administración pública en esta materia, que es un punto en el que convergen ambas iniciativas, ya lo planteamos como punto de reflexión hace 30 años, «con el fin de posibilitar que estas tengan una autonomía real para decidir el índice de preceptividad de su institución, en función de unos parámetros generales y de las ne-

60 Registrada el 10 de junio de 2025 y publicada en *Boletín Oficial del Parlamento Vasco* de 10.10.25 (número de expediente 13\09\02\02\00005).

61 Registrada el 20 de junio de 2025 y publicada en el *Boletín Oficial del Parlamento Vasco* de 10.10.25 (número de expediente 13\09\02\02\00007).

62 En sesión plenaria celebrada el 2 de octubre de 2025.

cesidades de uso y ritmos que considere adecuados» [Bazako Atutxa, P. (1996), 151]. Y, en coherencia con ello, algunos lustros después, promovimos, como principales impulsores que fuimos de la LILE, en sede gubernamental, la incorporación a su texto del art. 7, que atribuye a las entidades locales y municipios de Euskadi, competencias en materia de euskera y, particularmente (apartado 1) para «la planificación de su normalización en los servicios y actividades que correspondan a su esfera de atribuciones».

Con todo, conviene hacer notar que ambas se registraron con anterioridad al planteamiento de la CI a la que nos hemos referido en el epígrafe V; dato este ciertamente relevante de cara a calibrar lo que puedan ser las modificaciones a introducir en el texto de las iniciativas presentadas durante su tramitación parlamentaria, pues no es lo mismo redactar un texto legal para sustituir a otro sobre el que pende, como una espada de Damocles, una CI, que hacerlo sin ese condicionante. Pues a nadie se le oculta que la resolución que dicte el TC en ese asunto podría ser decisiva de cara a la constitucionalidad del texto que finalmente apruebe el Parlamento.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Si tuviéramos que representar en una tabla de coordenadas la evolución que ha experimentado en Euskadi el proceso de normalización del euskera en las administraciones públicas, dibujaríamos una línea ascendente cuyo punto final ocuparía un punto más elevado que el de arranque. La situación actual, pese al tortuoso proceso vivido en el pasado y las incertidumbres que hoy pesan sobre ella, es claramente mejor que la que se registraba en los albores de los años ochenta del siglo pasado.

Ahora bien, esa línea, no tendría un trazado recto, sino quebrado; porque a lo largo del mismo no han faltado altibajos, frenazos, redundancias y contrastes.

Entre las redundancias, cabe reseñar el hecho de que la ralentización que la restrictiva jurisprudencia del TS impuso, en los años ochenta, al impulso inicial que las administraciones imprimieron a la normalización del euskera en su seno, esté reproduciéndose en este último quinquenio y, salvando las diferencias, haciendo uso del mismo argumento: la presunta desproporción de la valoración otorgada al conocimiento del euskera en el acceso al empleo público.

Entre los contrastes, se podría citar el diferente papel que ahora están desempeñando en ese choque el TSJPV y el TC. Hace cuatro décadas, fue el TS el que hizo de rémora, corrigiendo al TSJPV e imponiendo una doctrina tan equivocada como perniciosa, que se mantuvo firme hasta que fue enmendada por el TC a través de la Sentencia 82/1986. Y algún tiempo después, el TSJPV, se sirvió de la doctrina constitucional para fre-

ISBN: 978-84-7777-740-3

nar en seco el intento de UGT de plantear una CI contra los primeros decretos de perfiles.

En el escenario actual, el guion ha cambiado, pero el papel de los actores citados es, también, ligeramente distinto. La oposición judicial a las más recientes políticas de normalización lingüística, no surge del TS, sino del propio TSJPV, que es el que ha alumbrado la —en nuestra opinión, incorrecta— jurisprudencia a la que hemos hecho referencia en el apartado III de este trabajo. Y, al contrario de lo que hizo en 1991, ha planteado ya dos CCII contra otras tantas leyes autonómicas, apoyándose en un razonamiento que, en el caso de la más reciente, hemos analizado críticamente en el epígrafe IV. Por lo que se refiere al TC, solo podemos decir que, a falta de conocer aún el modo en el que vaya a resolver la CI recientemente planteada en torno al art. 187.5 LEPV, las señales emitidas a través de la STC 85/2023, que ha llegado hasta el extremo de declarar la inconstitucionalidad de un inciso de la LILE que era reproducción literal de un pasaje extraído de su propia jurisprudencia, no permiten abrigar la esperanza de que hoy vaya a desempeñar el papel que representó en 1986. Pese al marchamo «progresista» que señala a la mayoría de sus miembros en sede social, política y mediática, lo cierto es que la principal aportación de aquella sentencia consistió en restringir las condiciones previamente acordadas por el Gobierno Vasco con un Gobierno español del Partido Popular en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación. Una actuación que no se mantuvo precisamente en sintonía con la etiqueta que le acompaña.

El análisis en perspectiva permite también apuntar como chocante, el hecho de que mientras el proceso de normalización del euskera en la Administración pública ha sido y es objeto de una intensa judicialización, que provoca frenazos cíclicos, no se tenga conocimiento de que la exigencia del conocimiento de lenguas extranjeras que, desde 1986, está presente en la práctica totalidad de las convocatorias destinadas a cubrir plazas en los Cuerpos Superiores del Estado[63] haya suscitado controversia social o conflicto judicial alguno. Resulta ciertamente paradójico que, para el acceso a un empleo público, el obligado conocimiento de una lengua cooficial suscite más oposición y conflicto —tanto social como judicial— que el de una lengua extranjera.

---

63 Durante varios lustros, el conocimiento de lenguas extranjeras (mayoritariamente del francés y del inglés, con preponderancia de este último), se ha venido evaluando en los procedimientos de acceso a los Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado, mediante la realización de pruebas obligatorias y eliminatorias. Desde que el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, aprobó, en 2021, unas orientaciones para el cambio en materia de selección que, entre las medidas a adoptar para combatir la lentitud y excesiva duración de los procesos selectivos, planteó «la sustitución, siempre que sea posible, del ejercicio de idiomas por el requisito de la certificación del nivel correspondiente del marco común europeo de referencia para las lenguas», la prueba ha sido sustituida en algunos casos, por la presentación del documento correspondiente.

Por lo que se refiere al ámbito político-institucional hay que precisar que, cuando en el debate político y en el discurso mediático que aspira a influir sobre él, se alude al consenso histórico trabajosamente construido en torno al régimen jurídico del euskera, y vigente desde 1982, se ignora, con frecuencia —sea por desconocimiento o por alguna otra razón— que la normativa presuntamente consensuada ha sido recurrida ante los tribunales y cuestionada públicamente en más de una ocasión por parte de actores que, directa o indirectamente, habían participado en la construcción del consenso.

Nos parece plausible la idea de abordar una revisión de la normativa vigente que, tras los años transcurridos desde su entrada en vigor y los cíclicos embates de la jurisprudencia, puede estar acusando una cierta fatiga de materiales. Y compartimos, por supuesto, la conveniencia de hacer descansar la eventual reforma sobre el más amplio consenso social y político posible; que es, por cierto, lo que se hizo en 1982 y en 1989, aunque ahora, además, el consenso a alcanzar debería tener en cuenta el impacto que está produciendo en la sociedad vasca el importante proceso de inmigración al que está asistiendo Euskadi, que no es precisamente irrelevante desde el punto de vista sociolingüístico. Pero no podemos dejar de alertar sobre el riesgo de confundir el consenso en una especie de salvoconducto que permita *per se* eludir todo tipo de encontronazos. Ya hemos visto que la LNE fue recurrida de inconstitucionalidad por parte del Gobierno central, a la sazón en manos del PSOE. También hemos visto que la UGT intentó, sin éxito, tumbar los preceptos de la LFPV relativos a la normalización lingüística, al solicitar al TSJPV el planteamiento de una CI. Pero tampoco se debe pasar por alto el hecho de que, a lo largo de las largas décadas en las que se ha mantenido en vigor la normativa fruto del consenso que tan enfáticamente se pondera, el dialogo público se ha visto salpicado en numerosas ocasiones por descalificaciones y propuestas de revisión del sistema de PPLL que cuestionaban su validez e idoneidad, acusándolo de generar discriminación. Aunque nunca se han materializado en iniciativas firmes o en reformas concretas, estos debates incidían periódicamente en la opinión pública —sobre todo en periodos electorales[64]— inoculando en la sociedad

64 Uno de los ejemplos más recientes puede ser la incorporación por parte del PSE a la campaña electoral que precedió a las elecciones autonómicas de septiembre de 2016 de una abrupta denuncia contra la capacidad del sistema pactado años atrás por el propio partido, para garantizar la igualdad y evitar la discriminación en el acceso al empleo público junto con una propuesta para revisar el sistema de PPLL. En los meses previos al inicio de la campaña —el 14 de julio— su candidata a Lehendakari presentó un documento sobre *Euskera y Política y lingüística* que convirtieron en uno sus principales baluartes de su oferta política para la nueva legislatura. En el acto de presentación se hicieron afirmaciones como la de que «los perfiles lingüísticos atribuidos a cada puesto público son hoy un obstáculo para el acceso a la Administración de un amplio sector de la ciudadanía que no domina el euskera». Los ecos del debate se pueden espigar en la prensa que dio cobertura a los actos de precampaña y campaña. Ver, a título de ejemplo, «El euskera obligatorio entra en la campaña», *El País*, 17.09.16; BASABE, Mikel: «Mendía miente», *Noticias de Gipuzkoa*, 05.08.16.

ISBN: 978-84-7777-740-3

la percepción, real o ficticia, de que, más allá de las puntuales desviaciones que ocasionalmente se pudieran producir, el modelo de perfiles, tal y como estaba diseñado, era irracional, excluyente, discriminatorio e injusto.

En fin, tampoco podemos dejar de expresar un cierto escepticismo ante la posibilidad de que, visto lo visto, un cambio legislativo vaya a aliviar las dificultades que en el momento actual afronta el proceso de normalización del euskera en las administraciones públicas. Si el TSJPV sigue obviando la normativa autonómica dictada *ad hoc*, para hacer prevalecer, caso por caso, su propia concepción sobre el modo en el que han de aplicarse en cada uno de ellos los principios recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, podría ser —dependiendo, obviamente, de lo que vaya a ser su contenido último— que las reformas impulsadas nos acabaran conduciendo a la melancolía. Y, por otra parte, parece oportuno esperar a que se pronuncie el TC ante la CI recientemente planteada en torno al art. 187.5 LEPV, para anticipar lo que este TSJPV podría llegar a hacer si, tras una eventual reforma, constatara, a instancias de *Vox* o sin su impulso, que el obstáculo para seguir avanzando en su dinámica actual procede, nuevamente, de una norma aprobada por el Parlamento vasco. Recuérdese que la hipotética derogación de este precepto por una Ley posterior no tendría por qué impedir el pronunciamiento del TC en torno a su constitucionalidad. Y que, en los últimos años, el TSJPV ha planteado ya dos CCII contra otras tantas leyes del Parlamento vasco relacionadas con la normalización del euskera en la Administración.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. (1984). «El euskera discrimina al castellano a juicio del Tribunal Supremo. La igualdad lingüística efectiva a debate». *Revista Vasca de Administración Pública* (9), IVAP, 245-265.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. (1988). «Dos autos como paradigma de la ideología judicial sobre el euskara». *Revista Vasca de Administración Pública* (21), IVAP, 145-150.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. (1989). «La exigencia del euskara en el acceso a la función pública: jurisprudencia y planificación normativa». *Revista Vasca de Administración Pública* (25), IVAP, 109-118.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2024-I). «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Segundo semestre de 2023». *Revista de Llengua i Dret/ Journal of Language and Law* (81), Escola d'Administració Pública de Catalunya, 372-380.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2024-II). «Las consecuencias de la confusa doctrina constitucional sobre el "equilibrio inexcusable" entre las lenguas oficiales: a propósito de la STC 82/2023, de 5 de julio». *Blog Revista de Llengua i Dret* (16 de mayo de 2024).

BAZAKO ATUTXA, P. (1996). «La ley de la función pública vasca: desarrollo normativo. Sectores sin planificación: sanitario y Ertzaintza», *Revista Vasca de Administración Pública* (44), IVAP, 127-151.

COBREROS MENDAZONA, E. (1984). «Cooficialidad lingüística y discriminación por razón de la lengua». *Revista Española de Derecho Administrativo* (42), Civitas, 461-485.

COBREROS MENDAZONA, E. (1988). «La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al conocimiento del euskara en el acceso a la Función Pública». *Revista Vasca de Administración Pública* (22), IVAP, 173-178.

COBREROS MENDAZONA, E. (2022). «La normativa sobre el euskera publicada en 2021». *Revista Vasca de Administración Pública* (122), IVAP, 371-374.

COBREROS MENDAZONA, E. (2023). «La normativa sobre el euskera publicada en 2022». *Revista Vasca de Administración Pública* (125), IVAP, 181-195.

COBREROS MENDAZONA, E. (2024). «La normativa sobre el euskera publicada en 2023». *Revista Vasca de Administración Pública* (128-I), IVAP, 159-173.

COBREROS MENDAZONA, E. (2025). «La normativa sobre el euskera publicada en 2024». *Revista Vasca de Administración Pública* (131), IVAP, 95-100.

ERKOREKA GERVASIO, J. I. (1996-I). «Euskara Euskal Administrazioetan; erabilera arautzeari aurpegi emateko bideak». *Eleria. Euskal Herriko Legelarien Aldizkaria* (0), Eusko Ikaskuntza, 35-54.

ERKOREKA GERVASIO, J. I. (1996-II). «Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de funciones públicas». *Revista Vasca de Administración Pública* (44, II), IVAP, 237-284.

ERKOREKA GERVASIO, J. I. (2000). «Euskararen erabilera Administrazio Publikoaren barne harremanetan». *Eleria. Euskal Herriko Legelarien Aldizkaria* (6), Eusko Ikaskuntza, 97-112.

ETXEBARRIA ETXEITA, I. J. (2024). «La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi». *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* (32), 221-273.

GUAITA, A. (1989). *Lenguas de España y artículo 3 de la Constitución*, Civitas, Madrid.

IPIÑA VIDAURRAZAGA, A. (2017-I). *La depuración de las empleadas y empleados municipales durante la Guerra Civil y la dictadura franquista (1936-1976).* IVAP, Oñati.

IPIÑA VIDAURRAZAGA, A. (2017-II). *Represión y terror franquista en la Diputación de Bizkaia, fusilamientos y depuración (1936-1976).* Pamiela, Iruñea.

LOPEZ BASAGUREN, A. (2023). «Ofensiva judicial contra el euskera: una invención». *El Correo* (01.11.23), 27.

MILIAN Y MASSANA, A. (2010). «El régimen de las lenguas cooficiales. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio». *Revista Catalana de Dret Públic* (número extraordinario. Especial sentencia del TC 31/2010), 131-138.

MURO MAS, X. (2010). «Valoración de los aspectos relativos a la lengua en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña». *Revista Catalana de Dret Públic* (número extraordinario. Especial sentencia del TC 31/2010), 139-143.

PLA Y BOIX, A. M. (2010). «El régimen lingüístico en la sentencia 31/2010, de 28 de junio». *Revista Catalana de Dret Públic* (número extraordinario. Especial sentencia del TC 31/2010), 144-147.

PONS PARERA, E. (2010). «La lengua en la sentencia de 28 de junio de 2010». *Revista Catalana de Dret Públic* (número extraordinario. Especial sentencia del TC 31/2010), 148-152.

ISBN: 978-84-7777-740-3

RODRIGUEZ RANZ, J. A., y UNANUE LÓPEZ, J. (1994) *Hizkuntz politika, Autonomia eta Euskal Administrazioa. Hizkuntz eskakizunak Gipuzkoako toki Administrazioan II. Errepublikaren garaian.* IVAP, Oñati.

SETIEN DIAZ DE DURANA, A. (1999). *Hizkuntz Eskakizunak Bizkaiko Toki Administrazioan II Errepublikaren garaian,* IVAP, Oñati.

TORRE DIEZ, S. (2024). «Situación jurisprudencial actual de la implementación del euskera como lengua de las administraciones públicas vascas y valoración de la misma». *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* (32), Bilbao, 415-427.

URRUTIA LIBARONA, I. (2021). «¿Nuevos paradigmas en la interpretación jurídica de la doble oficialidad lingüística?». *Revista Vasca de Administración Pública* (121), IVAP, 171-220.

URRUTIA LIBARONA, I. (2025). «El euskera en la encrucijada: regresión jurisprudencial y nuevas bases jurídicas para la normalización del euskera». *Revista Llengua y Dret/Journal of Language and Law* (83), Escola d'Administració Pública de Catalunya, 18-50.

URRUTIA LIBARONA, I. y URRUTIA PUJANA, L. (2022). «Ocho sentencias recientes que cuestionan la planificación lingüística vasca». *Revista de Llengua y Dret, Journal of Language and Law* (78), 179-198.

URRUTIA LIBARONA, I. y URRUTIA PUJANA, L. (2022). «Creciente judicialización de la planificación lingüística vasca». *Revista de Llengua y Dret, Journal of Language and Law* (79), 397-410.

URRUTIA LIBARONA, I. y URRUTIA PUJANA, L. (2023). «El principio de proporcionalidad en las exigencias de conocimiento de las lenguas cooficiales para el acceso a las funciones públicas y en la contratación pública». *Revista de Llengua y Dret, Journal of Language and Law* (80), 283-303.

URRUTIA LIBARONA, I. y URRUTIA PUJANA, L. (2024). «Análisis de las sentencias del TSJPV que anulan varios artículos del Decreto 179/2019 sobre normalización lingüística en las instituciones locales de Euskadi y propuestas de futuro». *Revista de Llengua y Dret, Journal of Language and Law* (81), 310-338.

URRUTIA LIBARONA, I. y URRUTIA PUJANA, L. (2024). «El futuro de los perfiles lingüísticos en las Administraciones públicas vascas: un análisis de la jurisprudencia y el nuevo decreto de planificación lingüística». *Revista de Llengua y Dret, Journal of Language and Law* (82), 421-445.

URRUTIA LIBARONA, I. y URRUTIA PUJANA, L. (2025). «Entre la igualdad formal y la protección de las lenguas minorizadas: la judicialización del euskera e iniciativas legislativas». *Revista de Llengua y Dret, Journal of Language and Law* (84), 342-362.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La transmisión de la responsabilidad sancionadora en la fusión de sociedades por absorción: la unidad económica como centro de imputación y su proyección procedimental

(Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2021, Banco Santander I, y de 14 de enero de 2026**,** Banco Santander II)

Margarita Beladiez Rojo

Magistrada del Tribunal Supremo

Sumario. I. Planteamiento.—II. Doctrina del Tribunal Supremo: 1. La STS de 25 de noviembre de 2021, caso Banco Santander I: la transmisión sustantiva de la responsabilidad sancionadora: A) La sistematización de la jurisprudencia previa. B) La proyección de la jurisprudencia europea. C) La aplicación al caso. D) La incidencia del régimen de resolución bancaria. 2. La STS de 14 de enero de 2026, caso Banco Santander II: la articulación procedimental de la transmisión: A) La sistematización de la doctrina sustantiva. B) La jurisprudencia constitucional y europea. C) La proyección procedimental de la doctrina sustantiva. D) La aplicación al caso y la doctrina jurisprudencial fijada.—III. Alcance y fundamento de la doctrina del Tribunal Supremo: 1. La unidad económica como centro de imputación; 2. El derecho de defensa de la unidad económica.—IV. Cuestiones pendientes.

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de este comentario son dos sentencias de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2021 (rec. ord. 345/2020) y de 14 de enero de 2026 (RC 7985/2022), dictadas a raíz de una reestructuración empresarial —la absorción del Banco Popular Español por el Banco Santander— y referidas a la transmisión de la responsabilidad sancionadora de la entidad absorbida a la entidad absorbente.

La fusión por absorción —regulada, cuando se cometieron las infracciones, por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y hoy por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio— integra una o varias sociedades en otra preexistente, que las sucede a título universal. La absorbida se extingue sin liquidación y la absorbente no

ISBN: 978-84-7777-740-3

adquiere solo su patrimonio: se subroga en el conjunto de sus relaciones jurídicas y ocupa la posición que aquélla tenía.

Esta subrogación opera sin dificultad en el plano patrimonial y en el de las relaciones civiles y mercantiles. La cuestión se complica cuando entre las consecuencias jurídicas que penden de la absorbida figura la responsabilidad por una infracción administrativa. En el Derecho administrativo sancionador rige el principio de personalidad de las sanciones que impone el artículo 25.1 CE. Este principio se aplica a las personas jurídicas, aunque de forma distinta a como se aplica a las personas físicas, según viene afirmando el Tribunal Constitucional desde la STC 246/1991 y ha reiterado la STC 179/2023, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TC:2023:179).

La cuestión que se suscita es si la subrogación universal propia de la fusión alcanza también a la responsabilidad sancionadora de la absorbida, o si el principio de personalidad de la sanción se opone a ello. La Sala Tercera la ha resuelto atendiendo a la continuidad de la actividad económica y no a la identidad formal de la persona jurídica. Ese criterio se apoya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha elaborado un concepto funcional de empresa como unidad económica, al margen de las modificaciones organizativas o societarias que puedan producirse.

La STS de 25 de noviembre de 2021 resuelve un recurso contencioso-administrativo dirigido contra un Acuerdo del Consejo de Ministros que sancionó a Banco Santander, como sucesor de Banco Popular, por una infracción muy grave de la legislación de prevención del blanqueo de capitales [artículo 51.1.a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril]. La infracción se había cometido por Banco Popular. La fusión por absorción se produjo después, y la sanción recayó ya sobre Banco Santander. La entidad recurrente sostuvo que sancionarla por hechos de Banco Popular vulneraba los principios de responsabilidad personal y culpabilidad, pues con la absorción había desaparecido la sociedad que cometió la infracción. La cuestión sobre la que la sentencia se pronuncia es si la responsabilidad sancionadora por una infracción cometida por la entidad absorbida puede imputarse a la absorbente, o si la extinción de aquella impide esa imputación.

La STS de 14 de enero de 2026 resuelve un recurso de casación en un supuesto de hecho análogo, pero plantea una cuestión distinta. El Banco de España había seguido contra Banco Popular un procedimiento sancionador por infracciones de la legislación de disciplina de las entidades de crédito [artículos 4.e) y 5.e) de la Ley 26/1988, de 29 de julio]. Durante su tramitación se produjo la fusión por absorción, de modo que Banco Popular quedó extinguido antes de que se dictara la resolución. Las sanciones se impusieron a Banco Santander, sin haberle conferido un trámite de audiencia propio tras la fusión. La entidad recurrente alegó, entre otros motivos, que, al no haber sido oída en el procedimiento, se le había causado indefensión. La cuestión que la sentencia resuelve, fijada como de interés casacional obje-

tivo en el auto de admisión de 1 de junio de 2023, es si la sucesión sobrevenida durante el procedimiento obliga a retrotraer las actuaciones y abrir un trámite de audiencia autónomo a la entidad absorbente, conforme al artículo 24 CE y a los artículos 53 y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ambas sentencias abordan una misma cuestión —la transmisión de la responsabilidad sancionadora en los supuestos de sucesión empresarial— desde vertientes distintas: la STS de 2021, en su vertiente sustantiva; la STS de 2026, en su vertiente procedimental. La segunda confirma la doctrina de la primera y parte de ella para resolver la cuestión de interés casacional.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. La STS de 25 de noviembre de 2021, Banco Santander I: la transmisión sustantiva de la responsabilidad sancionadora

La sentencia de 25 de noviembre de 2021 desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Banco Santander, SA y confirma la sanción impuesta a esta entidad por una infracción muy grave del artículo 51.1.a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, originariamente atribuida al Banco Popular Español, SA. Esta sentencia aborda la transmisión de la responsabilidad sancionadora a la entidad absorbente recogiendo la jurisprudencia anterior sobre la materia, confrontándola con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y proyectándola sobre la fusión de Banco Popular con Banco Santander, sin desatender la incidencia que sobre el caso tuvo el régimen de resolución bancaria.

A) Sistematización de la jurisprudencia previa

En el fundamento jurídico segundo, la Sala expone la línea jurisprudencial consolidada en la materia. Parte de la sentencia de 18 de abril de 1994 (recurso de apelación 328/1991; ECLI:ES:TS:1994:17258), dictada en un supuesto de absorción entre mutuas, en la que se afirmó que la sociedad absorbente había de satisfacer las sanciones pecuniarias debido a que no había existido liquidación de la absorbida. Continúa con la sentencia de 14 de febrero de 2007 (recurso de casación 17/2005; ECLI:ES:TS:2007:1022) —que también afectaba a Banco Santander como absorbente—, en la que se declaró que «la absorción de una sociedad por otra supone que el patrimonio que se transmite, activo y pasivo, engloba las sanciones ya impuestas o que puedan imponerse». El criterio rector se enuncia en la sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casa-

ISBN: 978-84-7777-740-3

ción 1973/2014; ECLI:ES:TS:2015:5531): «el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de [*sic*] la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas», pues lo contrario conduciría a «la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil». Cierran el recorrido las sentencias de 23 de noviembre de 2016 (recurso 1003/2015; ECLI:ES:TS:2016:5129) y de 15 de marzo de 2017 (recurso de casación 2078/2014; ECLI:ES:TS:2017:1186), que reiteran la doctrina y destacan la nota de la continuidad voluntaria del comportamiento empresarial en los procesos de fusión.

B) La proyección de la jurisprudencia europea

El Tribunal Supremo apoya su razonamiento en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en supuestos de sucesión empresarial. El Tribunal de Justicia ha construido un concepto funcional de empresa, que la identifica con la unidad económica que desarrolla la actividad y no con la persona jurídica que ostenta su titularidad. De ahí que las modificaciones jurídicas u organizativas —entre ellas la fusión por absorción— no determinen, por sí solas, la aparición de un sujeto nuevo exento de responsabilidad. Cuando la actividad económica continúa, la responsabilidad sigue a la unidad que la desarrolla. La Sala invoca en este sentido la STJUE de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros / Comisión (C-125/07 P, ECLI:EU:C:2009:576), sobre el principio de responsabilidad personal y la posibilidad de sancionar a una entidad que no es la autora material cuando, desde el punto de vista económico, existe identidad entre las entidades sucesivas; la STJUE de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros (C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775), sobre la irrelevancia de los cambios jurídicos u organizativos cuando persiste la identidad económica; y la STJUE de 5 de marzo de 2015, Modelo Continente Hipermercados (C-343/13, ECLI:EU:C:2015:146), que proyecta ese criterio sobre las sanciones administrativas al declarar que la transmisión universal del patrimonio en la fusión por absorción comprende la obligación de pagar las multas impuestas por infracciones de la sociedad absorbida. La transmisibilidad sancionadora a la entidad absorbente no contradice, por tanto, los principios estructurales del Derecho administrativo sancionador: deriva de una concepción funcional de la empresa, asentada en el Derecho de la Unión, que vincula la responsabilidad a la actividad económica y no a la persona jurídica que circunstancialmente la asume.

C) La aplicación al caso

El fundamento de Derecho segundo, apartado 5, aplica esta doctrina al caso. La fusión por absorción del Banco Popular por Banco Santander se

inscribió el 28 de septiembre de 2018 [por error la sentencia lo fecha el 28 de abril de 2019]. Con ella se transmitió a la absorbente el patrimonio de la absorbida, conforme al artículo 22 de la Ley 3/2009 y al artículo 19.1.a) de la Directiva 2011/35/UE. El Banco Santander adquirió ese patrimonio y continuó la actividad del Banco Popular. Concurre, pues, la continuidad económica que la doctrina exige. El Tribunal Supremo concluye que la responsabilidad sancionadora se transmite a la absorbente. Frente a la objeción de la recurrente, que veía en ello una vulneración del principio de responsabilidad personal, la Sala razona que ese principio se asienta en una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas (Fundamento de Derecho segundo, apartado 4). Con esta afirmación, la Sala está admitiendo que en las personas jurídicas opera una modulación del principio de responsabilidad personal derivada de la distinción entre autoría y responsabilidad, como expresamente reconoce en el fundamento de Derecho II.2, con cita de la STS de 20 de septiembre de 1996. Por ello, esta doctrina se construye tomando como punto de partida la diferente naturaleza de las personas físicas y jurídicas, lo que determina que, en estos supuestos, la responsabilidad y la personificación formal no vayan necesariamente unidas.

D) La incidencia del régimen de resolución bancaria

El fundamento jurídico tercero examina de modo autónomo la alegación de la recurrente por la que aduce que sancionar al adquirente contraviene los objetivos del Reglamento (UE) 806/2014 y de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en la medida en que ese régimen persigue que un tercero acuda a hacerse cargo de la entidad inviable y la sanción operaría como un desincentivo. Junto a ello sostenía también la entidad recurrente que la reestructuración de Banco Popular había sido forzosa, impuesta por las autoridades, y no fruto de un acuerdo voluntario. El Tribunal Supremo rechaza estas alegaciones. La Sala sostiene que la resolución bancaria, a diferencia de la liquidación concursal, que conlleva la extinción de la entidad de crédito, es un procedimiento administrativo dirigido a mantener la continuidad de sus funciones esenciales, y el instrumento empleado en el caso —la venta del negocio mediante la transmisión de las acciones de Banco Popular a Banco Santander— no extinguió la personalidad jurídica de la entidad resuelta, sino que la mantuvo para asegurar esa continuidad. Si la resolución bancaria preservó la actividad de Banco Popular en lugar de extinguirla, no puede sostenerse que quebrara la continuidad económica; antes bien, la garantizó, de modo que el régimen de resolución bancaria no se opone a la transmisión de la responsabilidad sancionadora, sino que refuerza la continuidad en que esta se asienta. Tampoco atribuye relevancia a que la reestructuración se impusiera por una norma legal y no se decidiera por los particulares, como precisaron las dos sentencias de 13 de marzo de 2019. Por tales razones, la Sala rechaza la alegación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. La STS de 14 de enero de 2026, caso Banco Santander II: la articulación procedimental de la transmisión

La sentencia de 14 de enero de 2026 desestima el recurso de casación interpuesto por Banco Santander SA contra la sentencia de la Audiencia Nacional que había confirmado la imposición de dos sanciones por infracción de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, originariamente atribuidas al Banco Popular Español, SA. La cuestión planteada en casación tenía como objeto determinar la posición en el procedimiento sancionador de la entidad absorbente; en particular, si la omisión del trámite específico de audiencia tras la fusión vulneraba su derecho de defensa garantizado en el artículo 24 de la Constitución.

A) La sistematización de la doctrina sustantiva

En el fundamento jurídico sexto, apartado A), la sentencia expone con detenimiento la jurisprudencia consolidada sobre transmisión de la responsabilidad sancionadora en supuestos de sucesión empresarial. Parte de la sentencia de 18 de abril de 1994 —ya examinada en el epígrafe anterior—, en la que se sentó el criterio inicial de que la absorbente había de satisfacer las sanciones de la absorbida cuando no media liquidación. Esta doctrina se desarrolla después en la sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación 1973/2014; ECLI:ES:TS:2015:5531) y en las dos sentencias de 13 de marzo de 2019 (recursos de casación 631/2018; ECLI:ES:TS:2019:815 y 635/2018; ECLI:ES:TS:2019:814), en las que se afirma que la sucesión opera también cuando la actividad económica desarrollada por la entidad infractora es continuada por la sociedad resultante de la fusión, incluso en los casos en que la entidad infractora mantiene formalmente su personalidad jurídica, pero ha dejado de existir desde el punto de vista económico. En la STS de 25 de noviembre de 2021 esa línea alcanza su formulación más acabada para los supuestos de fusión por absorción, y se completa con la STS de 25 de abril de 2023 (recurso de casación 1297/2022), que establece que la transmisión alcanza también a las sanciones impuestas por infracciones de organización interna o de gobierno corporativo, y no solo por la actividad bancaria en sentido estricto.

B) La jurisprudencia constitucional y europea

La sentencia completa la doctrina jurisprudencial con dos referencias adicionales que merecen examen separado. La primera, a la STC 179/2023, de 11 de diciembre, que resolvió el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de 25 de noviembre de 2021. El Tribunal Constitucional desestimó el amparo y declaró que el criterio de la «identidad económica sustancial», como fundamento de la transmisión de la responsabilidad por infracción entre personas jurídicas, no es contrario al principio de culpabilidad y

personalidad de las sanciones del artículo 25.1 CE. Añade que esos principios son aplicables a las personas jurídicas, aunque no del mismo modo que a las personas físicas, con cita de la doctrina consolidada desde la STC 246/1991. Con ello, la doctrina sustantiva del Tribunal Supremo recibe respaldo expreso del Tribunal Constitucional.

La segunda referencia es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia reitera las resoluciones ya invocadas por la STS de 25 de noviembre de 2021 —las STJUE ETI y otros, de 11 de diciembre de 2007 (C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775, Gran Sala), Erste Group Bank y otros / Comisión, de 24 de septiembre de 2009 (C-125/07 P, ECLI:EU:C:2009:576), y Modelo Continente Hipermercados, de 5 de marzo de 2015 (C-343/13, ECLI:EU:C:2015:146)— y amplía el elenco con dos pronunciamientos posteriores. El primero, la STJUE Skanska Industrial Solutions y otros, de 14 de marzo de 2019 (C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204), dictada en materia de responsabilidad civil por los daños derivados de un cártel, que traslada a ese ámbito el concepto funcional de empresa elaborado en materia sancionadora y declara que la responsabilidad se imputa a la empresa entendida como unidad económica, con independencia de las personas jurídicas que la integren. El segundo, la STJUE Sumal, de 6 de octubre de 2021 (C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, Gran Sala), que reitera el carácter funcional del concepto de empresa y precisa que la imputación de responsabilidad puede dirigirse a cualquiera de las entidades que integran una unidad económica cuando exista un vínculo funcional suficiente con la actividad en cuyo marco se cometió la infracción. De esta jurisprudencia se deduce la regla según la cual la personalidad jurídica, en sí misma considerada, no constituye el dato determinante para identificar al sujeto responsable.

C) La proyección procedimental de la doctrina sustantiva

El núcleo argumental se encuentra en el apartado B) del fundamento de Derecho sexto. El razonamiento parte de la jurisprudencia de la Sala que sostiene que la entidad absorbente responde de la infracción en cuanto continuadora de la misma actividad económica en cuyo seno se cometió. De esta jurisprudencia la sentencia deduce que, al no surgir un sujeto nuevo de imputación, la fusión por absorción no altera la relación jurídico-sancionadora ya existente, sino que se limita a operar un cambio en la persona jurídica que la asume. La sucesión se proyecta, por tanto, sobre una relación válidamente constituida, sin que tenga relevancia, a estos efectos, la circunstancia de que sea titular de la actividad económica una persona jurídica distinta.

D) La aplicación al caso y la doctrina jurisprudencial fijada

Una vez expuesta la doctrina aplicable, la sentencia examina si la imposición de las sanciones a Banco Santander vulneró su derecho de de-

ISBN: 978-84-7777-740-3

fensa. El Tribunal Supremo señala que el cauce a través del cual la entidad absorbente puede invocar la lesión de su derecho de defensa no es el de su propia falta de intervención formal en el procedimiento, sino el de la vulneración del derecho de defensa de la unidad económica que tiene a su cargo, que se canalizaba en el procedimiento a través de la sociedad absorbida —Banco Popular— en cuanto entidad que en aquella fase ostentaba su titularidad. La indefensión que Banco Santander podía invocar era, por tanto, la padecida por Banco Popular durante la sustanciación del procedimiento sancionador.

La Sala constata que la recurrente no formuló queja en ese sentido. No alegó que durante la tramitación del procedimiento sancionador se hubiera impedido a Banco Popular conocer los cargos, acceder al expediente o formular alegaciones; no denunció, en definitiva, que durante la tramitación se le hubiera causado indefensión. Su queja se circunscribió a la ausencia de un trámite singularizado de audiencia tras la fusión, fundada exclusivamente en su condición de nueva titular de la unidad económica.

Con apoyo en estas consideraciones, el Tribunal Supremo concluye que la falta de un trámite autónomo de audiencia a Banco Santander tras la inscripción de la fusión no constituye la omisión de una garantía procedimental esencial, ni determina la necesidad de retroacción de actuaciones. En el fundamento de Derecho séptimo fija la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, en los supuestos de sucesión empresarial por absorción, la imposición de una sanción a la entidad absorbente por hechos imputados a la sociedad absorbida no exige la concesión de un trámite autónomo de audiencia a la sucesora, ni la omisión de tal trámite determina, por sí sola, la vulneración del derecho de defensa, siempre que la unidad económica haya tenido oportunidad real y efectiva de alegar y defenderse a través de la entidad originaria.

III. ALCANCE Y FUNDAMENTO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. La unidad económica como centro de imputación

Las dos sentencias comentadas fundamentan la transmisión de la responsabilidad sancionadora en la continuidad de la unidad económica. El centro de imputación es la organización económica que desarrolla la actividad, y no la persona jurídica que en cada momento es titular de ella. Este criterio procede, como se ha indicado, del concepto funcional de empresa elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Derecho de la competencia.

Las infracciones aquí enjuiciadas se sitúan en la legislación de prevención del blanqueo de capitales y de disciplina e intervención de las entida-

des de crédito, y no en el Derecho de la competencia, que es donde el criterio de la unidad económica se forjó. Por eso su empleo en este ámbito ha sido discutido (Rebollo Puig, M., *Responsables de las infracciones administrativas*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, p. 152). A mi juicio, sin embargo, lo que determina su aplicación no es la materia en que la infracción se comete, sino la concurrencia del dato que el propio criterio exige: la permanencia de la entidad económica pese al cambio de la forma societaria. En la fusión por absorción, la unidad económica que desarrollaba la actividad subsiste en la entidad absorbente, y de esa continuidad se sigue la transmisión de la responsabilidad.

El Derecho sancionador no reprocha la mera infracción de una norma, sino la conducta de quien estaba en condiciones de cumplirla y no lo hizo. Cuando la norma se dirige a una actividad económica, su destinatario real es la organización de medios que la desarrolla, no la forma jurídica que la personifica. Es esa organización la que está en condiciones de cumplir o de infringir, porque es ella la que actúa en el mercado. La persona jurídica es el modo en que esa organización se presenta en el tráfico y adquiere derechos y obligaciones, pero la conducta reprochable —la decisión, la omisión— se produce en el seno de la organización, no en la forma que la personifica. Por eso, cuando la forma jurídica cambia, pero la organización permanece, el destinatario del reproche no ha variado: sigue siendo la misma actividad económica, la que soportaba el deber y la que ha de responder de su incumplimiento.

En el supuesto enjuiciado se sanciona a una persona jurídica, Banco Santander, distinta de la persona jurídica que era titular de la entidad económica cuando se cometió la infracción, Banco Popular. Si nos atenemos exclusivamente a quién era el titular de la entidad económica en aquel momento, podría parecer que se vulnera el principio de personalidad de la sanción, que fue la tesis que Banco Santander sostuvo en su recurso. Las sentencias comentadas rechazan, como se ha indicado, esta conclusión, al entender que en estos supuestos no responde un tercero distinto de quien cometió la infracción, sino la misma unidad económica en cuyo seno se produjo, aunque integrada ya en otra estructura societaria. El Tribunal Supremo afirma que el cambio de la persona jurídica titular no altera la imputación, como tampoco la alteran un cambio de denominación o de composición accionarial. La Sala sostiene que el centro de imputación se extingue con la desaparición de la organización económica, que requiere la liquidación, esto es, «la desaparición intelectual de su centro de imputación de responsabilidad» (sentencia de 23 de noviembre de 2016, recurso contencioso-administrativo núm. 1003/2015, ECLI:ES:TS:2016:5129, FJ 7). Resulta, por tanto, que como en la fusión por absorción no hay liquidación, la organización se integra en la absorbente, y con ella la infracción que le es imputable.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En esa misma línea ha de entenderse la exigencia de culpabilidad. El Derecho sancionador no admite la responsabilidad objetiva o sin culpa, ni siquiera cuando el responsable es una persona jurídica (STC 76/1990). Ahora bien, la culpa de la persona jurídica no es la misma que la de la persona física. En esta, la culpa tiene un sustrato subjetivo: el conocimiento y la voluntad, o la negligencia, de quien actúa. Por ello los principios de culpabilidad se le aplican, como advierte la STC 246/1991, FJ 2, de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Su culpabilidad se construye, por tanto, sobre un dato objetivable: la infracción de los deberes de cuidado y de organización que el ordenamiento impone a quien desarrolla la actividad reglada. Es culpable la organización cuya disposición de medios, controles y procedimientos no responde a la diligencia que esa actividad exige, y de cuyo defecto resulta la infracción.

El reproche se predica, así, de la organización, y no de la persona jurídica que en cada momento la personifica. Cuando la organización subsiste en la entidad absorbente, subsiste con ella el defecto que fundamentó el reproche, de modo que a la absorbente no se le imputa una culpa ajena, sino la de la organización que asume.

Establecido que el centro de imputación es la unidad económica, se comprende por qué el fundamento patrimonial resultaba insuficiente. La jurisprudencia anterior había anclado la transmisión en un fundamento de orden patrimonial: la sanción se transmitía como un elemento más del pasivo que la absorbente recibía con el patrimonio de la absorbida (sentencia de 14 de febrero de 2007, recurso de casación 17/2005, ECLI:ES:TS:2007:1022). Ese fundamento explicaba la transmisión de la sanción ya impuesta, que es un crédito integrado en el pasivo, pero no servía para los supuestos en los que la infracción no había sido aún sancionada al tiempo de la fusión, pues una sanción futura no es un pasivo en sentido propio.

Así sucedió en los dos expedientes enjuiciados en las SSTS Banco Santander I y II: la fusión se inscribió el 28 de septiembre de 2018, y las sanciones se impusieron a Banco Santander cuando Banco Popular ya se había extinguido —las del Banco de España por resolución de 26 de octubre de 2018, y la del blanqueo por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2019—, de modo que al tiempo de la fusión los procedimientos seguían en tramitación y la sanción era todavía una eventualidad.

El fundamento de la continuidad económica hace depender la transmisión de la permanencia de la organización que cometió la infracción, de manera que la responsabilidad pasa a la entidad absorbente por la subsistencia de esa organización, con independencia de que la sanción se hubiera impuesto ya o estuviera aún por imponer. Por eso, desde la sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación 1973/2014), la doctrina funda la transmisión de la responsabilidad en la continuidad de la unidad económica.

Este criterio ha sido recogido, además, por el legislador sectorial. El artículo 61.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, dispone que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que cometan las infracciones «o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos». Esta previsión expresa en el ámbito de la competencia, ausente en la legislación aplicable a los casos comentados, suscita la cuestión de si la transmisión respeta la reserva de ley que impone el artículo 25.1 CE. La determinación de los sujetos responsables está reservada a la ley y queda sujeta a la prohibición de interpretación extensiva que amplíe el círculo de tales sujetos (Cano Campos, T., *Sanciones administrativas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018, marg. 1820). La legislación de disciplina bancaria designa como responsable a la entidad de crédito infractora (artículo 1 de la Ley 26/1988), y guarda silencio sobre la suerte de esa responsabilidad cuando la entidad se extingue por fusión y la actividad continúa en otra. Otro tanto ocurre en la legislación de prevención del blanqueo de capitales: su artículo 55 regula la exigibilidad de la responsabilidad en supuestos de cese de actividad y de disolución con liquidación, pero no contempla la transmisión a la entidad absorbente en la fusión. La legislación administrativa carece, además, de una previsión análoga a la del artículo 130.2 del Código Penal, que traslada la responsabilidad a la entidad resultante de la transformación, fusión, absorción o escisión. Sobre esa ausencia, se ha sostenido que la transmisión exige una ley que expresamente la contemple, de modo que, a falta de ella, vulneraría el principio de legalidad de las sanciones (Rodríguez Cembellín, D., *Potestad sancionadora y grupos de empresas*, tesis doctoral, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2023, p. 368).

Esa objeción no resulta, sin embargo, plenamente convincente. La reserva de ley exige, ciertamente, que la determinación del responsable tenga cobertura legal suficiente; pero, en los ámbitos aquí examinados, es la propia ley la que lo define, identificándolo por la actividad que desarrolla, no por la forma jurídica que en cada momento la asume. Así, la legislación de blanqueo considera sujeto obligado a quien desarrolla las actividades que enumera, y hace recaer las obligaciones sobre la persona jurídica por cuya cuenta se prestan los servicios (artículo 2 de la Ley 10/2010). La de disciplina bancaria, por su parte, designa responsable a la entidad de crédito que infringe las normas de ordenación y disciplina (artículo 1 de la Ley 26/1988), entendiendo por tal a quien recibe del público depósitos u otros fondos reembolsables y concede crédito por cuenta propia (artículo 1 de la Ley 10/2014). El criterio de la unidad económica no añade un responsable que la ley no contemple. Cuando la actividad persiste en la entidad absorbente, declararla responsable es aplicar la ley, no crear un responsable nuevo. Por ello, a mi juicio, no quiebra la reserva de ley del artículo 25.1 CE.

La identidad económica sustancial como fundamento de la transmisión ha sido avalada por el Tribunal Constitucional. La STC 179/2023 deses-

ISBN: 978-84-7777-740-3

timó el amparo interpuesto contra la STS de 25 de noviembre de 2021 y declaró que ese criterio no contradice el principio de personalidad del artículo 25.1 CE.

2. El derecho de defensa de la unidad económica

Como se ha señalado en el epígrafe 2 del apartado II, la STS de 14 de enero de 2026, Banco Santander II, no discute ya si la responsabilidad se transmite —cuestión que tiene por resuelta— y centra su examen en las consecuencias procedimentales de esa transmisión. La cuestión que el Tribunal Supremo examina en esta sentencia es qué ocurre cuando la sucesión empresarial se produce mientras el procedimiento sancionador se tramita: ¿debe retrotraerse lo actuado para conferir a la entidad que va a ser sancionada un nuevo trámite de audiencia? En el caso enjuiciado, la absorción de Banco Popular se produjo estando ya el procedimiento concluso —se habían evacuado los trámites de alegación y prueba y estaba pendiente tan solo la resolución—, por lo que el problema suscitado era si en esos supuestos había que conceder un trámite de audiencia específico a la entidad absorbente, esto es, a Banco Santander. La omisión de este trámite fue uno de los motivos alegados en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora, al entender que la falta de audiencia vulneraba el derecho de defensa de la entidad absorbente.

El Tribunal Supremo rechaza esta queja. La sentencia, como se ha indicado, considera que el titular del derecho de defensa es la unidad económica, que es el centro de imputación, y no la persona jurídica que en cada momento ostenta su titularidad. Esta concepción determina que la entidad absorbente no llega al procedimiento como un interesado nuevo, sino que se subroga en la posición de la absorbida y por ello se sitúa en su mismo lugar. Si la sucesión se produce con el procedimiento todavía en curso, la entidad absorbente se incorpora a él en el estado en que se halle, ocupa la posición que tenía la absorbida; el derecho de defensa de la unidad económica se ejerce entonces sin merma, ya por la entidad originaria, ya por la absorbente una vez incorporada. Si la sucesión sobreviene con el procedimiento concluso, como en el caso enjuiciado, ese ejercicio se ha consumado a través de la entidad originaria. En uno y otro supuesto, el derecho que la garantía del artículo 24 CE protege es el derecho de defensa de la unidad económica, y queda satisfecho cuando esta tuvo oportunidad real y efectiva de alegar, conforme a los artículos 53 y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

IV. CUESTIONES PENDIENTES

Las dos sentencias Banco Santander I y Banco Santander II fijan el régimen de la sucesión en la responsabilidad sancionadora cuando la fusión por absorción comporta continuidad plena, esto es, cuando la absorbente continúa en su integridad la actividad de la entidad extinguida. Ambas descansan en la continuidad de la unidad económica como centro de imputación. Fuera de ese supuesto, el régimen de la sucesión suscita numerosas cuestiones. Algunas las resuelve ya el criterio de la unidad económica; otras quedan pendientes del desarrollo de la jurisprudencia. Me limito a aludir a ellas sin entrar en su estudio, ya que ello excedería del objeto de este trabajo.

La primera se refiere al grado de continuidad de la unidad económica que se exige para que la responsabilidad sancionadora se transmita. El criterio fijado por el Tribunal Supremo es «la permanencia de una entidad económica y empresarial», o, en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas (STS de 16 de diciembre de 2015, recurso de casación 1973/2014, recogida en la de 25 de noviembre de 2021). El mero cambio de denominación, la reorganización interna o el cambio de titularidad no quiebran esa permanencia, de modo que no modulan la responsabilidad, que se transmite íntegra a la sucesora. La modulación de los principios de culpabilidad y personalidad requiere, según la Sala, que se constate una quiebra parcial de la continuidad económica y empresarial, y no se sigue del solo hecho de la reorganización o del cambio de titularidad. En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo apreció que la empresa adquirida por un nuevo grupo seguía siendo la misma unidad económica pese a esos cambios, y le imputó la responsabilidad sin atenuación por ese concepto, casando la sentencia de instancia que la había excluido. La única modulación que admitió fue la derivada del cese voluntario en la conducta infractora, ajeno a las vicisitudes societarias.

Falta por precisar cuándo se produce la pérdida de continuidad que hace que la responsabilidad, en lugar de atenuarse, deje de transmitirse. Es decir, el punto en que ya no existe continuidad económica y falta, por tanto, el centro de imputación al que transmitirla. Su determinación corresponde al desarrollo casuístico de la jurisprudencia.

Una segunda cuestión, en buena medida ya resuelta, atañe a la subsistencia del infractor. Se plantea cuando la unidad económica pasa a otra entidad, pero la persona jurídica que cometió la infracción sigue existiendo. El Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad se transmite a quien continúa la actividad económica cuando el infractor, aun conservando su personalidad jurídica, cesa en el ejercicio de la actividad que motivó la infracción y la traspasa a otra entidad, pues entonces «aunque no haya dejado de existir jurídicamente sí lo ha hecho económicamente» (SSTS de 13

ISBN: 978-84-7777-740-3

de marzo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:814 y 815, sobre la sucesión de antiguas cajas de ahorros por los bancos a los que traspasaron su negocio). Por el contrario, si el infractor subsiste y mantiene su actividad, y el cambio se reduce a la titularidad o al control, responde él, sin que la responsabilidad se traslade al adquirente. Por ejemplo, el caso Banesto, que subsistió con personalidad jurídica propia como filial del grupo Santander tras su adquisición en 1994; mientras la conservó, era a Banesto a quien correspondía responder de sus infracciones, y solo su absorción por fusión en 2013, con la consiguiente extinción, transmitió la responsabilidad a la absorbente (sobre esta cuestión, véase Pemán Gavín, J. M., *Derecho sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, Iustel, Madrid, 2022, p. 100). En ambos casos es la continuidad de la actividad la que determina quién responde.

Permanece abierto, en cambio, el fraccionamiento de la unidad económica, propio de la escisión, la segregación o la transmisión de una rama de actividad. La organización en cuyo seno se cometió la infracción no continúa entonces íntegra en una sola entidad, sino que se divide. Caben varias situaciones: que la entidad originaria se extinga y sus partes se integren en entidades distintas, o que la originaria subsista y segregue una parte que se transmite a otra. En estos supuestos, la actividad que soportaba el deber de responder se reparte entre varias entidades, cada una de las cuales continúa una porción de ella.

La regla jurisprudencial sostiene que responde quien continúa la actividad en cuyo seno se cometió la infracción; pero esa regla presupone una sola entidad continuadora, ¿qué ocurre cuando son varias las que prosiguen sendas partes de la actividad dividida? ¿Cuál de ellas responde? ¿En qué medida responde cada una? El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre este supuesto, y el legislador no ha establecido una regla general; solo algún ámbito sectorial ofrece un modelo expreso. En el de los seguros, para la escisión, la sanción se hace exigible a la entidad beneficiaria en función del «porcentaje del patrimonio adquirido» (artículo 201 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras). La medida del reparto de la responsabilidad sancionadora en el fraccionamiento de la unidad económica está aún por determinar.

El criterio de la continuidad de la unidad económica da una respuesta clara cuando la infracción se comete en el desarrollo de la actividad económica de la organización. La respuesta es más dudosa cuando la infracción pertenece al ámbito del gobierno corporativo y se vincula a un órgano societario que se extingue con la fusión. Así ocurrió en la STS de 25 de abril de 2023 (recurso de casación 1297/2022), relativa a la aprobación de los informes de remuneraciones de los consejeros del Banco Popular: la infracción no se producía propiamente en la actividad económica de la entidad,

sino en la aprobación de unos informes por su consejo de administración, que desapareció con la fusión. El Tribunal Supremo mantuvo la transmisión, pero la sostuvo atendiendo también a la condición de la absorbente como sucesora universal de la entidad infractora. Cómo se articulan, en esta clase de infracciones, la continuidad de la unidad económica y la sucesión universal es otra cuestión que la jurisprudencia no ha precisado todavía.

Junto a la multa, la legislación sectorial prevé para la entidad sanciones no pecuniarias; por ejemplo, en el ámbito bancario, la amonestación pública y la revocación de la autorización de la entidad (artículo 97 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). En la STS de 25 de noviembre de 2021 la sanción impuesta a la entidad absorbente y confirmada por la Sala comprendía multa y amonestación pública. La sentencia, sin embargo, no razonó sobre esta última: ciñó su análisis a la transmisión de la responsabilidad y a la cuantía de la multa.

La transmisibilidad de estas sanciones no pecuniarias dista de ser pacífica, y la cuestión se complica cuando la sanción no se agota en un reproche, sino que afecta al título que habilita a la entidad para operar, como la revocación de la autorización. Cabe plantear si el criterio de la continuidad de la unidad económica, que explica la transmisión de la multa, alcanza también a esta clase de sanciones. Un argumento invita a dudarlo: la autorización para ejercer la actividad es un título que el ordenamiento otorga a la persona jurídica, y no a la unidad económica, que carece de personalidad; extinguida la persona jurídica titular, podría sostenerse que el título se extingue con ella, sin que la entidad absorbente, que opera con autorización propia, suceda en él. En esta línea, se ha propuesto distinguir, a efectos de su repercusión sobre la entidad sucesora, entre la amonestación, que se agotaría en la infractora, la pérdida de la autorización, cuyo derecho no se transmitiría a la sucesora, y las inhabilitaciones, reputadas intransmisibles (Rebollo Puig, M., *Responsables de las infracciones administrativas*, cit., pp. 158-159).

Otro sector, en cambio, admite la transmisión también de estas sanciones, si bien con requisitos más estrictos que los de la multa y condicionada a la identidad de los socios de la entidad infractora y de la sucesora (Rodríguez Cembellín, D., *Potestad sancionadora y grupos de empresas*, cit., pp. 375 y ss.). En esa dirección apunta la escasa regulación existente: la Ley de Auditoría de Cuentas transmite las sanciones de baja o de incompatibilidad cuando en la sucesora participan los mismos socios (artículo 83.2). Un criterio semejante inspira las prohibiciones de contratar con el sector público, que no tienen naturaleza de sanción (artículo 71.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). La cuestión, sobre la que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado, queda también pendiente.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Zuzenbidearen espektro dualista; hots, xalo izatearen garrantzia

Joxerramon Bengoetxea Caballero

Zuzenbidearen Filosofiako Katedradun
Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-4511-4023

Aurkibidea. I. Hitzaurrea.—II. Sarrera moduan: *Hillsborough Law*.—III. Zuzenbidearen espektro dualaren teoria azalduz.—IV. Zuzenbidea nola jorratu.—V. Arrazoi praktikoa Hillsborough lege proiektuan.—VI. Eremu dualtasuna: Bat-Zuzenbidea eta Bi-Zuzenbidea.—VII. Amaiera: sartu Bi-Zuzenbidea.—VIII. Erreferentziak.

I. HITZAURREA

Laguna eta maixu eredugarri dudan Edorta Cobrerosi dedikatzen diodan ekarpen honetan Zuzenbidea irudikatzeko eta ulertzeko saio batera gonbidatu nahi zaitut, irakurle. Cobreros irakaslea administrazio Zuzenbideko ikerlari eta aztertzaile fina eta zorrotzatzat jotzen du juristen komunitateak; bere lana ezagutzen duen edonor Cobrerosen bi ezaugarriek harritzen dute etengabe: apaltasuna eta zehaztasuna. Bere erizpen juridikoa hain neurtua da eta hain fin kalibratua ezen Zuzenbidearen deskribapen zuzen eta sendotzat jo daiteke. Baina zuhurtziaz gehituko luke segituan gaia eztabaidagarria izan daitekeela eta bere azterketa ezin dela autoritatetzat hartu. Hortxe datza bere handitasuna hain zuzen ere. Edorta on hutsa da, berba tronpati bat erabiliko dut bere ezaugarri hau deskribatzeko: kandidutasuna.

Gaztelerazko *cándido* hitza inozo bezala euskaratu ohi da. Alta, *candidus* latinezko jatorria zuritasun distiratsua adierazten du, alegia, makulagabekotasauna. Handik frantsesez Voltairek emandako adiera, garbitasun eta ontasun ezaugarrietatik gertu, baina oraindik ingenuidade ukitu batekin. Gaztelerazko ingenuidade horrek batzuetan baldar edo takto[1] (ukimen) gutxikoaren zentzua ere badakar. Baina hau ez da kasua, urrundik ere, omentzen dugun gizon gozo eta maitagarriarekin (*amable*). Edorta ez da kandido erderazko

[1] Takto (*tactfulness*) bi zentzu nagusietan: ukitzea eta zuhurtzia-adimena. Ez da ausazko ukimena gizakiaren zentzu zailenetakoa dela robotikan errepikatzeko (ikus, Perla Maiolino, «The science of human touch and why its so hard to replicate in robots», The Conversation, 2025-12-10). Ukimena ere adimen mota bat da.

ISBN: 978-84-7777-740-3

zentzuan; ez du inozokeri konturik inolaz ere, eta ez da maliziaren zentzua ezagutzen ez duenik; aski jabetuta baitago munduan, eta Zuzenbide munduan batez ere, malizia eta maltzurkeria gutxien espero den goi mailako instantzietan topa daitekeela eta ez bakarrik maila apalenetan, ohikoa litzatekeenaren kontrara. Horregatik ez nuke inolaz ere esango Edorta *candide* denik frantsesezko zentzuan, ez delako *naifa* edo *ingenuo*, edozein gauza sinestekoa, ezta aginte batek gauza hori esaten duenean ere. Edorta ingelesezko zentzuan da *candid*. *Candour* ingeleraz hartu duen esangura berezia du: zintzotasuna, xalotasuna, egiaren zale.

II. SARRERA MODUAN: *HILLSBOROUGH LAW*

Public Office (Accountability) Bill (306 2024-26) lege proiektua ekarri nahi dut nire aitzinsolasarekin zubia egiteko, ekarpen honen tesi nagusia aurkeztu baino lehen[2]. Araudi horren helburua da aginte publikoei betebehar berezi ezartzeko, hain zuzen ere xalotasun edo *candour* handiz jokatzeko, gardentasunez eta zintzotasunez (*to act with candour, transparency and frankness*). Publikoa tronpatzeko edo informazioa estali edo ezkutatzeko aginte publikoek erabiltzen dituzten trikimailuak zigortzeko proposamena ere dakar lege proiektuak. Horretarako, ohituran oinarritutako tipoa (*common law offence*) ezabatu eta legezko tipo penala ezartzeko asmoa du (teknikoki *to create an offence*).

Kargu publikoek kontuak emateko Lege Proiektua (Bill), estaldurak gelditzeko diseinatua dago, eta funtzionario publikoei «xalotasun betebeharra» ezarriko lieke. Proposamenak agintari eta funtzionario publikoak akatsen erantzule bihurtu nahi ditu. Hillsborough, Sheffieldeko futbol estadioan 1989an zapalketa hilgarri bat gertatu zen, 97 futbol zaleren heriotza eragin zuena. Ikusi zen poliziaburuek (MI5ek) narrazio faltsuak zabaldu zituztela hondamendiari buruz, Liverpool futbol taldeko zaleei errua egotziz eta ikertzaileen hutsegiteen frogak ezkutatuz. Ez zuten behar bezala informatu erasoa egin zuen suizidari buruz eta estali zuten Liverpooleko *fans*-ek ez zutela inolako ardurarik izan hondamendian. Lege-proiektua hirugarren irakurketan, House of Lords, Goiko Ganberara heldu baino lehen, eten egin da, desados-

[2] Proposamenaren izena osorik hauxe da: *A Bill to Impose a duty on public authorities and public officials to act with candour, transparency and frankness; to make provision for the enforcement of that duty in their dealings with inquiries and investigations; to require public authorities to promote and take steps to maintain ethical conduct within all parts of the authority; to create an offence in relation to public authorities and public officials who mislead the public; to create further offences in relation to the misconduct of persons who hold public office and to abolish the common law offence of misconduct in public office; to make provision enabling persons to participate at inquiries and investigations where the conduct of public authorities may be in issue; and for connected purposes*. Proposamena David Lammy, Lord Chancellor edo justizia ministroak aurkeztu zuen Beheko Ganbaran (House of Commons).

tasun baten aurrean: legeria inteligentzia agenteei, zerbitzu sekretuei, osorik aplikatzea ala Gobernuak nahi duen bezala, salbuespenak onartzea segurtasuna publikoa arriskuan dagoenean.

Bistan da lege proiektuak erpin asko dituela. Politikoki Keir Starmer lehen ministroaren gobernuak sinesgarritasuna gal dezake Legea ez badu erdiesten, edo deskafeinatua ateratzen bazaio. Hillsborough eta gero beste eskandalu batzuk izan dira ikertzaileen (polizien, inteligentzia zerbitzuen) akats eta estaltze maniobrengatik (Post Office, Grenfel Tower *fires*, besteak beste), alegia xalotasun eta zintzotasun faltagatik. Kriminologiatik eta Zuzenbidearen soziologiatik ere aztertzekoa litzateke joera korporatibistek eragiten dituzten estaldurak eta estigmazio prozeduren dinamika (*fans, hooligans*…). Gako juridikoak ere badaude: Zuzenbide penaletik adibidez *Common Law* gaitz edo hoben bat nola tipifikatzen den, zerbitzu sekretuen salbuespenak tipoa erabat ezabatu edo bakarrik erantzukizun penala desagerrarazten duten, adibidez.

Administrazio Zuzenbidetik ere galderak sortzen dira, hala nola zeintzuk diren xalotasun betebeharra duten kargu publikoak eta zein arlotan kokatzen diren. Esate baterako, Cobreros lankideak hain landua duen osasun arloan obligazio hura noraino zabaltzen den, edo herritarren eskubidea nola gauzatzen den administrazioen aurrean eta nola kontrola daitekeen helegite sistema baten bitartez. Konstituzio Zuzenbidearen ikuspegitik ere gai interesgarriak sortzen dira: legegintzaren bidea Komunetan, *reading* edo irakurketa (parlamentu-eztabaida) desberdinak eta emendakinak proposatzeko aukerak edo eztabaidak eteteko erabakiak, Gobernuaren prerrogatiba dena. *Lord*-etan ere emendakinak aurkezteko gobernuak dituen prerrogatibak, etab.

Baina nire asmoa testu honetan ez da arauak sortzen dituen arazo interesgarri horiek eztabaidatzea. Xalotasun edo *candour* ezaugarria da labur aipatu nahi dudana, arrazoi praktikoaren arlotik sortzen den arau bat, aldarrikapen bat, eremu juridikoaren araua bilakatzeko bidaia malkartsua nolakoa den erakusteko asmoz. Arrazoi praktikoaren eremuan kokatzen dira bai morala, baita politika eta baita Zuzenbidea ere. Guztiek erantzuten diote galdera komun bati: Zer egin behar da? Orokorrean edo kasu zehatz batean zein da portaera bidezkoa? Zer arrazoiak dauden modu batean edo bestean jokatzeko, edo jokabide bat bidezkotzeko? Eremu edo foro berezia dute etikak, politikak eta Zuzenbideak. Etikaren ikuspegitik xalotasun eta zintzotasun obligazioa erabateko lotura indibiduala da: egia esan behar dugu, ezin dugu beste inor kaltetu egia estaliz edo ezkutatuz, are gutxiago egia esateko eta ikerketak zintzotasunez eta profesionaltasunez jarduteko zin egin badugu. Kasu horretan zin egitea deontologikoa bera hautsiko genuke, eta gainera egiari zor diogun lotura ere apurtuko genuke. Etika araugilearen korronte eta moral positiboaren bertsio gehienetatik, erregelaren utilitarismo bera barne, gezurra esatea, egiari desleial izatea, gaitzesten da. Presuntzio handia dago gezurraren aurka.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Politikatik edo moraltasun politikotik, berriz, ardura publikoa duten agintarien edo funtzionarioen aldetik, xalotasun eta zintzotasun betebeharra ezbaian egon daiteke. Utilitarismo, errealismo edota pragmatismo ikuspegitik, xalotasunak bide eman diezaioke, baldintza batzuetan, interes publikoaren kontzepzio oso segurtasun zale bati, xalo izatearen emaitza agintari publikoen higadura sortuko bada. Horra gobernu britaniarraren jarrera lege proiektuarekin: ondo zehaztu behar da zein kasutan bidezkotua egon daiteke inteligentzia zerbitzuek egia edo egitate adierazgarriak estaltzea. Torturaren inguruko eztabaidan onartuko ez genukeena, alegia tortura erabiltzea informazio bat lortzeko, zergatik bilakatu behar da onargarri agintariek edo ikerlari ofizialek salatutako, ikertutako, epaitutako edo kondenatutako pertsonak errugabetzen dituen informazioa estaltzeko?

Positibismo juridikoak Zuzenbidearen eremura mugatzen du arauaren baliozkotasuna: beste eremuek ez dute baliozkotasun hori baldintzatzen. Iusnaturalismoarentzat, aski jakina da, baliozko izateko arauak arrazoi praktikoaren onargarritasuna beharrezkoa da. Azkenik errealismo juridikoarentzat, paperean lege bezala existitu edo kontzientzietan existitzea ez da erabakigarria araua praktikan ez bada aplikatzen, operadoreek ez badute beharrezkotzat jotzen. Asko soiltzen ari gara, baina gure bidaian abiatzeko mapa kontzeptual honekin molda gaitezke. Lege proiektua ez bada lege bilakatzen ondorioztatu ahal dugu agintariek, arduradunek, ikerlari ofizialek (poliziek, fiskalek), ez dutela xalo izateko betebehar juridikorik? Legegileak onetsi arte, *Aldizkari Ofizial*ean jasotzen den arte, positibistek dioten bezala, ez dela Zuzenbiderik?

III. ZUZENBIDEAREN ESPEKTRO DUALAREN TEORIA AZALDUZ

Hillsborough lege proiektua Zuzenbidean nola kokatu aztertzeko uste dut komenigarria dela nire Zuzenbidearen teoria nondik doan azaltzea. Argitaratu berri den monografian (Bengoetxea, 2026) garatutako teoriaren muina dakarkit ekarpen honetan, Cobreros irakasle eta lankideari euskaraz eskainiz. Dualtasun baten gainean eraikita dago: Bat-Zuzenbidearen espektroa eta Bi-Zuzenbidearen espektroa. Pausoka azaldu behar naiz. Goazen bada urratsez urrats.

Ba al dago ezer Zuzenbidea denaren eta Zuzenbidea ez denaren artean? Erdikoa baztertzen duen dikotomia —*tertium non datur*— saihestezina al da? Bere bizitza akademikoan, Patrick Glenn kanadiarra zenak, *Munduko Tradizio Juridikoak* liburu apurtzailearen egileak, pentsamendu juridiko bitarra gainditu nahi izan zuen beti, hots, «ez dago Zuzenbiderik Estatuak positiboki legeztatu ez badu» dioen postulatua; beste hitzetan, «Zuzenbidea da Estatuak positiboki ezarri duena eta ez badu ezarri, ez da Zuzenbide». Glennek etengabe ohartarazi gintuen mendebaldeko aurreiritzi honen aurka. Baina mendebaldeko dikotomia zorrotz hau gaindi dezakegu eskema ez-bitarra be-

sarkatuz? Zuzenbidearen eta ez-Zuzenbidearen arteko eremua edo espektroa aztertu beharra ikusten dut, diskurtso juridikoaren eta pentsamendu juridikoaren bi dimentsio bereiziz, Bat-Zuzenbidea eta Bi-Zuzenbidea. Bata, tresna eta iturrietan oinarritua —positibismo juridikoak bultzatzen duena—, eta bestea, ideietan oinarritua, Zuzenbide naturalaren ikuspegia. Arrazoimen praktikoa, arauak eta erakundeak, Estatuaren baitan eta Estatutik, kultura juridiko konparatuen ikuspegitik, ia-Zuzenbide edo Zuzenbide-gisako dei diezaiokegun araugintza-sistema ororen azpian topatuko ditugu bi izari hauek: Bat-Zuzenbidea eta Bi-Zuzenbidea.

Dikotomia bitarren legea baino haratago joateak, Patrick Glennek zioen bezala, Legea pentsatzeko modua aldatzea ekarriko du, logika ez-bitarra hartzera behartuz: logika bitarrean Zuzenbidea eta ez-Zuzenbidea erabat bereizgarri dira, tartean ez dago ezer, Zuzenbidea ez dena ez-Zuzenbidea da. Aldiz, espektro bezala ulertzen badugu, logika ez-bitarra jarraituz Zuzenbidea dena bera mailakagarri izan daiteke, eta Zuzenbidetik kanpokotzat jotzen ditugun arauak Zuzenbidera ekar daitezke kasu batzuetan, eta halaber gerta liteke Zuzenbidetzat jotzen den arau bat baliozko ez izatea Zuzenbidetik kanpoko arau batekin talka egiteagatik.

Logika modala bitarrean holaxe ulertzen da:

$$A = A$$

(berdintasun edo *identitatea legea*, alegia A da A eta ez beste gauza bat)

$$A \neq \neg A$$

(beste moduan esanda: *desberdintasuna legea*, A eta ez A desberdinak dira)

$$\neg(A \wedge \neg A)$$

Honi lotuta *kontraesana ezaren* legea: (ezin da izan aldi berean A araua eta bere ukazioa, ez A) eta handik ondorioztatzen da *alternatiba ezaren* legea:

$$A \vee \neg A$$

(araua dago ala ez dago, hirugarren aukerarik ez: *tertium non datur*).

Araua bada bere ukazioa ezin da (A bada ez A ezin da)

$$A \rightarrow \neg \neg A$$

Horregatik esaten dugu dikotomikoa dela mendebaldearen zientziaren pentsamendu eta metodoaren oinarrian eta jatorrian dagoen arrazoi logikoaren legea. Ondo ulertu ba dut, fisika kuantikoak sortu ohi dituen erreakzioak handik ere badatoz, bitartasun dikotomikoa apurtzen duelako. Arlo prakti-

ISBN: 978-84-7777-740-3

koan logika bitarrak ez du hain argi funtzionatzen, ez da hain erabat aplikatzen. Logika lauso, zirriborrotsu eta ez-bitarrak esploratu behar direlarik. Halako formula izango genuke:

$$\neg (A \vee \neg A) \rightarrow A \wedge \neg A \vee A \vee \neg A$$

(ezin behartu araua ala bere ukazioaren artean hautatzera zeren egon daitezke biak batera baina izan leike bakarrik araua eta bakarrik bere ukazioa dena aldi berean).

Bitartasun dikotomikoaren kontrara ez-bitartasuna bikoiztasuna bezala uler daiteke, alegia latinerazko dualidadea. Zuzenbidearen teoria nagusiak kontraste honen arabera uler daitezke: monismo juridikoa —eta batez ere iuspositibismoa, baina neurri batean iusnaturalismoa ere— dikotomiko eta bitarra den bitartean pluralismo juridikoa eta errealismo juridikoa ez-bitarra da, duala, are gehiago espektro bat onartzen du. Ez dut inolaz ere ukatu nahi dikotomien interesa. Hona Zuzenbidearen gogoetan eragina izan duten dikotomia batzuk: David Hume eskoziarraren Izana/Behar Izana (*Is/Ought*), John Searle kaliforniarraren gertakari gordinak / erakunde gertakariak (*brute facts / institutional facts*) edo Niklas Luhmann alemaniarraren bidezko/bidegabe (*Recht/Unrecht*) edo bere Sistema/Ingurua (*System/Environment*)[3]. Beste dikotomia interesgarriak dira, adibidez, Durkheim-en Elkartasun Organikoa / Elkartasun Mekanimoa, Sumner Maine-ren Status/Kontratua, edo Tönnies-en Komunitate/Gizarte (*Gemeinschaft/Gesselschaft*).

Bereizketa bitarrak oso didaktikoak dira, eta are gehiago espektro zabal bateko muturretan aurki daitezkeen tipo idealak bezala ulertzen baditugu. Ez hainbat elkar ukatzen edo elkar baztertzen diren kategoria bitarrak bezala ulertuta, hirugarrena ukatuz. Genero ikaskuntzan ez-bitarra ere handik doa, ez bata ez bestea edo bata edota bestea batzuetan.

Nire ustetan interes handiko bikoizketak edo bikoiztasunak honako dualidadeak leudeke: Neil MacCormick nire maisuaren Arau emale / Arau erabiltzaile (*norm giver / norm user*) bereizketa, HLA Hart oxfordarraren lehen mailako erregelak / bigarren mailako erregelak (*primary rules / secondary rules*), Reichenbach zientzialariaren aurkikuntza eremua / bidezkotze eremua (*context of discovery / context of justification*), Ronald Dworkin iusfilosofo liberalaren printzipioak eta politikak (*policies/principles*), Simon Roberts Zuzenbidearen antropologoaren ordenua eta gatazka (*order/dispute*), Genova eskolan Guastini edo Crisafulli bezalako juristek landutako bereizketa xedapenen eta arauen artean, Bat-Zuzenbidearen espektroa osatzen duena (iturri ofizialen eremua). Bidezko izatearen aldarrikapena Zuzenbidearen kontzeptuan kokatzea Robert Alexy iusfilosofo habermaszaleari aitortzen zaio, Zuzenbide positiboak bidezko eta zilegizkotasuna berez dakarrela alegia.

[3] Niklas Luhmann, *Sociology of Law* (1980).

Horrela bada filosofia praktikoaren eremu desberdinak *kontinuum* batean leudeke, bikoiztasun juridiko-etikoa Zuzenbidearen izaeran dago, hortaz *dual nature of law*. Eraginkorra oso. Baina akaso nire Bat-Zuzenbidea / Bi-Zuzenbidea dualtasunaren teoriatik gertuen dagoen konstrukzioa Daniel Kahneman psikologoarena da System 1 (bat-batekoa) eta System 2 (razionala).

MacCormicken bereizketa da nire abiapuntua, *Institutions of Law* (2007) liburuan garatutakoa. Zuzenbidearen teorikoak gara eta aldi berean partehartzaileak, eta gure esperientziak eta ikuspuntuak (teorikoa eta praktikoa) nahastu eta elkarreraginez dihardugu, ulermen hermeneutikoa garatuz: Zuzenbidea gure teoriatik hausnartu, praktikatu eta praktikatik berriz teoria egokitu, baina beti ere barneko ikuspegitik. Horrek ez du esan nahi Zuzenbidea kritikatu ezin dugunik, baina kritikatzen dugunean barrutik ari gara, beste alternatiba egokiagoa proposatuz, eta Zuzenbidearen diskurtsotik irten gabe. Gure Zuzenbide ideala ezin dugu landu gure Zuzenbide errealaren esperientziarik gabe. Ezagutzen ditugu beste Zuzenbide motak eta erkatzen ditugu guk barneratuta dugun gure Zuzenbidearen ikuspegitik, gurearekiko erreferenteak bilatuz, ezin dugu egin *in abstracto*, Zuzenbidearen kontzeptu unibertsala edo neutro bat erabili.

Sistema anitzetan, polizentriko edota federaletan erkaketa hura naturala da eta Europa halako sistema da eta horregatik europar Zuzenbidea lantzen dugunean, gehienetan gu gatozen Zuzenbidetik asimilatzen dugu, eta horregatik komeni da beste estatuetako juristek dakarten aurrekontzepzio hermeneutikoarekin kontrastatzea (Gadamer-en *Vorverständnis*). Europar Batasunaren Zuzenbide neutralik ez dago, laborategietan kasuz kasu lantzen da ulermen berezia, ikuspegi desberdinak kontrastatuz. Luxemburgeko Justizia Auzitegia halako laborategia litzateke. Europar Batasuneko sistema juridikoa, Bat-Zuzenbidean kokatzen dena, iturrietatik dariona baina konstrukzio teoriko batean sistematizatzen dena aztergai bilakatzen da kasu judizial bakoitzean. Bat-Zuzenbide hori erabiliko dugu kasua ebasteko, baina ez diogu *tabula rasa* batetik heltzen, gure Zuzenbidearen aurrekontzeptuetatik baizik. Eta gure aurre-kontzeptzioetan Zuzenbidearen baloreak sartzen dira, kultura juridikoaren elementuak, printzipio orokorrak eta filosofia politikoa, ezin gara lotura kultural horietaz erabat askatu. Elementu horiek Bi-Zuzenbidean kokatzen dira. Eta bai iturrien eremuko sistema juridikoaren eraikuntza eta bai horri buruz dakarzkigun ideiak, baloreak, filosofia praktikoaren printzipio edo abiapuntuak arrazoi instituzionaletik lantzen ditugu.

Zuzenbidea erakundeen emaitza da eta aldi berean Zuzenbidea erakundeez osatuta dago; Zuzenbideak erakundeak sortzen eta arautzen ditu edo erakundeak Zuzenbidetik sortzen dira. Zuzenbidea bera eratutako praktika da, instituzionala. Baina erakundeen emaitza den *Zuzenbidea* eta erakundeen sorburua den *Zuzenbidea* desberdinak lirateke. Logika ez-bitarra behar dugu hemen: A Zuzenbidea —→ erakundea— → ¬ A Zuzenbidea.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Zuzenbidea da xedapenetan jasoak dauden arauen multzoa. Arauok erakunde sozial, ekonomiko eta politikoen barruan arrezagutzen dira eta gizarteak oro har baliozkotzat eta lotesletzat hartzen ditu. Galdetu eta arakatu beharko zen erakunde sozialek erakunde ekonomikoek edo erakunde politikoek arauok zergatik aintzat hartzen eta onesten dituzten, eta erantzuteko beste mota bateko diskurtsoa erabiliko dute, landuago, garaiago, funtsezkoagoa. Hortaz, Zuzenbidea da, era berean, arau eta erakunde horien barneko eta inguruko diskurtso erreflexiboa. Eta arauok sistema batean berreraikitzen dira, albait koherente den sistema batean. Zuzenbidearen beste kontzepzio bat da hau. Arauek eta erakundeek gizarte ordenatua bermatzea dute helburu, eta gatazkak sortzen direnean arauek eta erakundeek gatazkak *bide*ratu eta antolatzen dituzte, ordena eta bake soziala berrezartzeko.

Zentzu horretan, Zuzenbidea erakunde erreflexiboa da. Gutako bakoitza, gizarteko kide, arau erabiltzaile eta herritar aktibo garen aldetik, arrazoi instituzionalaren praktiken partaide gara, erakundeetan murgilduta. Lege-adituak, soziologoak eta gizarte-filosofoak ez dira salbuespena, arau erabiltzaileak diren aldetik, eta horrek gure eginkizuna bereziki zalantzan jartzen du, zaila egiten zaigulako urruntasuna hartzea, Zuzenbidea kanpoko ikuspegitik begiratzea, behar bada arauak bai, solte hartuta, behar bada Zuzenbide sistema bat ideologia batetik helduta, baina Zuzenbidearen aurre-kontzepzioaz askatzea nekez lortuko dugu, erakunde sozialetatik datorkigulako arauen eta arau-juridikoen ulermena. Praktika horiek aztertzen, deskribatzen, teorizatzen ari gara, baina gu geu horien parte gara, hobetzen ahalegintzen gara, edo kritikatzen, eta hori egiten dugunean praktika dialektikoei ekiten diegu, Zuzenbidearen eremuan parte hartuz. Horregatik, sartuta gaude Bi-Zuzenbidetik ezin garelako irten, edo nekez ahalko dugu. Bat-Zuzenbidea ikuspegi kritikotik eta kanpoko perspektibatik (*external point of view*) behatu eta aztertzea lortuta ere Bi-Zuzenbidearen espektrotik arakatuko dugu, ezinbestean, kultura juridikotik.

Gutxi gorabehera, hiru jurista kategoria desberdin daude, Zuzenbideari buruzko hiru diskurtso tekniko edo zientifiko desberdin, eta, era berean, hiru motatako lege-adituak edo legelari akademikoak. Zuzenbide pribatuko zein publikoko diziplina dogmatikoetako jurista batzuk hurbilago daude legegileengandik, aktore antzezleengandik, legegileengandik, tratatugileengandik, abokatuengandik, administratzaileengandik, epaileengandik, eta harreman funtzional eta instrumentala dute aktore horiekin, sortzen eta birsortzen dituzten arauak hobetzen laguntzen dute, Zuzenbidegintzaren partaide dira. Interes praktiko eta arauemaile bati jarraitzen diote.

Beste jurista batzuek, interpretazio- eta analisi-diziplinetatik abiatuz, interes handiagoa dute diskurtsoan, hitzartze ekintzetan (*speech acts,* Searle 1969) eta testuinguru komunikatiboetan, edo arrazoi instituzionalak aipatzen dituen suposizio sakonetan, Zuzenbidearen praktika sozial eta instituzionalen esanahian. Praktika komunikatibo horien ulermen hermeneutikoa bilatzen dute.

Hala ere, hirugarren jurista-talde batek, soziojuridikoek, bereziki aztertzen ditu ondorio eta inpaktu sozialak, erreklamazioetan, lege-arauen pertzepzioetan, haren sortzaile autoritarioetan eta jardunetan parte hartzen duten edo gatazketan parte hartzen duten hartzaileetan, eta alderdi horiek enpirikoki aztertzen ditu.

Diskurtso juridikoak erregulatzailearen, epailearen eta lege-adituen arteko elkarrekintza erakusten du, eta pragmatikoki, Zuzenbidea hobetu eta eraberritu egiten da hiru aktore mota horien arteko komunikazioaren bidez, erakundeen eta juristen elkarrizketaren garrantzia azpimarratuz. Baina jurista hauek, praktiko, teoriko eta soziologikoak, Zuzenbidearen zati bat besterik ez dira. Jendartearekiko elkarrizketa ere funtsezkoa da. Arauak erabiltzen ditugun hiritarrok, arau berriak proposatzen ditugun eta erakundeetan parte hartzen dugunok Zuzenbidea ere osatzen dugu, eta Zuzenbidea hobetzea dugu helburu, ez sistema juridikoa bereziki interesatzen zaigulako, baina bai gure bizimodua eta gizartea hobetzeko tresna bezala ikusten dugulako.

Ekonomia eta teknologia bezala erregulazioa ere ditugun helburuak eta baloreak babestu eta gauzatzeko bide egokitzat jotzen dugu. Adibidez, noraino exijitu diezaiokegu administrazio publikoari duen informazioa publiko egiteko edo funtzionarioei eta kargu publikoei xalotasunez dakiten guztia aitortzeko ikerketa prozesuetan. Gure baloreak eta berauen balioa, asmo pragmatikoak, kalkulu soziologikoak modu diskurtsibo batean orekatuko ditugu eta adostasunik zabalena erdiesten saiatuko gara erregulazioa proposatzeko orduan. Arrazoi praktikoaren dimentsio asko jokoan daude: etika, politika, ekonomia morala, Zuzenbidea. Erregulazioa Zuzenbidearen iturri tresna batean dator, lege forma hartuz, xedapen-arau guztiekin. Bat-Zuzenbide ofiziala.

IV. ZUZENBIDEA NOLA JORRATU

Baina Zuzenbide horren sorburuan arau moralak, politikoak, etikoak daude, ez dira desagertzen Zuzenbide ofiziala, arau juridikoa sortzen denean, eta arau horiek ulertzeko erabiliko ditugu, gure Zuzenbideari buruzko ezagutza, filosofia eta kontzepzioarekin batera. Horiek denak Bi-Zuzenbidean kokatzen ditut, kultura juridikoaren espektro zabala osatzen dute. Jurista teoriko edo ikerlari sozio-juridiko garen aldetik prest egon behar dugu barne-ikuspegi bat hartzeko, dogmatika juridikoaren ikuspegia eta praktika juridikoan lan egiten duten legelarien, epaileen, abokatuen edo Zuzenbide penaleko edo Zuzenbidearen beste edozein adar bateko aditu baten lekuan jartzeko (Friedman, 1969, hauen barneko ikuspuntua deitzen die *internal legal culture*). Halaber herritar baten lekuan ere jarri beharra dago, arau erabiltzailearenean, zeinak legearen eraikuntza eta berreraikitze batean oinarritzen erreklamazioak aldarrikatzen baititu, *external legal culture*. Horrela, behetik gora, *Zuzenbide gordinaren* edo *erabaki instituzionalen* datu zatikatuak, egituratu

ISBN: 978-84-7777-740-3

gabeak eta askotan kontrajarriak, osotasun potentzialki arrazional, koherente eta sistematiko baten osagaitzat hartuko, hortik eraiki eta interpretatuko, eta hortik berreraikiko ditugu. Arau baten berreraikitze arrazional batek, erabakiak hartzeko erabiltzen den edozein arau praktikok, azalduko du nola konpondu nahi duen arazo praktiko jakin bat bizi-munduan (*Lebeswelt, lifeworld,* Habermas, 1996), jendearen espektatiben arabera, arazoak konpontzeko moduari eta erakundeetan erabakiak hartzeko moduari dagokienez. Dialogo xaloak konfiantza dakar, eta erakundean eta erakundeen artean gertatzen denean arrazoi praktiko instituzionala garatuz doa.

Instituzioen barruan egiten den praktika dialektiko horrek arrazoi instituzionala dakar. Arrazoinamendu juridikoa auzitegien eta legegileen moduko arrazoinamendu praktikoaren adibide bat da, kasu berezi bat, Alexyk aspaldi azaldu bezala[4]. Ohiko erabiltzaileen praxiak edo praktikak eratzen du. Arrazoi instituzionalak biltzen ditu eragile, erabiltzaile eta jartzaile horiek testuinguru instituzional ezberdinetan hartzen dituzten erabaki ugari eta askotarikoak. Erabaki praktikoak, egin behar denari buruzko erabakiak dira, jarduteko modurik onena zein den erabakiak, nola erabaki behar den erabakiak, nola eta zer aukeratu behar den erabakiak, helburu komunak lortzeko lankidetzan aritu behar den ala ez, eta abar. Instituzio motak, formala zein informala izan, erabaki mota berezia zehaztuko du, baina kasu guztietan erabakiak justifikatu egin beharko dira arrazoi «onak» emanez. Arrazoi ontzat hartzen dena, berriz ere, erakunde motaren eta erakunde hori txertatuta dagoen sistema sozial eta kulturalaren araberakoa izango da. Horretan datza arrazoi praktiko instituzionala.

V. ARRAZOI PRAKTIKOA HILLSBOROUGH LEGE PROIEKTUAN

Halakoak dira hain zuzen ere Hillsborough lege proiektuaren inguruan hartutako eta hartu beharreko erabakiak. Agintari publikoei xalotasuna eskatu ahal zaie agintearen atal guztietan? Eta funtzionario publikoei ere bai, berdin, gutxiago ala gehiago? Xalotasuna noraino heldu behar da? Gardentasuna eta zintzotasuna baino gehiago al da? Xalotasunez jarduteko betebeharra nola, non eta noiz ezarri? Ikerketa egiteko orduan? (*inquest, enquiry, investigation, research?*) eta ikerketari buruz galdetzen zaienean ere? Erakunde eta prozesu publikoetan, epaiketa judizialetan noraino eta zein ondoriorekin? Parlamentuetako batzordeetan noraino eta zein ondoriorekin? Egia eta Berradiskidetzeko Batzordeetan edo antzeko auzitegi publikoetan? Medioen aurrean, adibidez prentsaurrekoetan, medioei ematen zaien elkarriz-

[4] Alexy (2019: 48): «Legal discourse is a special case of general practical discourse because it is committed to statute, precedent, and legal dogmatics. These commitments represent the real dimension of legal discourse or argumentation. The ideal dimension comprises general practical argumentation».

ketetan? Agintari publikoei jokabide etikoari eusteko neurriak nola sustatzen dira? Informatzeko, informazioa emateko obligazioa zenbaterainokoa da?

Mugak edo salbuespenak ere aztertu beharko dira. Pertsonen datuak eta duintasuna muga izan daitezke? Eta susmoa badago informazioa eskatzen duenak iruzur, edo okerrago, pertsonen kontrako erasoa egiteko erabiliko duela, eta halako kasuetan salbuesten al da xalotasun betebeharra? Luze jarrai genezake halako arrazoi praktikoaren galderak egiten eta erantzunak nahiko orokorrak izango dira, ezinbestean, baita Zuzenbide mailara xedatuko diren erantzunak ere, ezin zehatzagoak izan kasu eta supuesto guztiak barne bilduz. Printzipio orokorren moduko erantzunak izango dira, ziurrenik, xedatuko direnak. Behin xedatuta Zuzenbidezko arauak aterako ditugu hortik, eta sistema juridikoan integratuko, gainontzeko arauekiko harremanetan, baina arazo praktikoak sortzen direnean, kasu zehatzen aurrean arau horiek aplikatu beharreko kasuetan, printzipio orokorretara heldu beharko gara, eta handik atzera edo gorago, printzipio horien atzean dauden baloreetara, eta legea proposatu eta eztabaidatzeko orduan erabili diren arrazoietara, legearen aurrekari eta zioetara, eta proiektua inspiratu duen etikara, filosofia praktikora, moraltasun politikora eta ekonomia politikora, ideologiara, Zuzenbidearen kontzeptura.

Agintarien edo funtzionarioen jokabide desegokietara bagoaz, galderak berriro ugaltzen zaizkigu. Delituak sortzen edo tipifikatzen badira legearen bitartez zehaztasun maila areagotu beharko da, adibidez frogatzen denean botere publiko batek —erakundeek beren arduradunen bitartez— eta funtzionario publiko batek herritarrak engainatu dituela nola definituko dugu engainua? Eta adimen artifiziala erabili bada informazio/desinformazio jokabidean? Nola exijituko zaio xalotasuna logaritmoari? Doloaren hedadura eta sakontasuna zehatu beharko da. Jokabide okerra erakundea babesteko egiten bada norberaren interesa lortzeko baino? Eta segurtasun eta ordenu publikoa babestearren egia bihurritu edo ezkutatu egin dela alegatzeak leunduko al du ardura penala? Hemen Zuzenbide penalaren printzipio orokorrak erabili beharko dira, eta hauek filosofia juridikoa, politiko eta etika erabiliko dira, eta bestelako arrazoiak Bi-Zuzenbideko kultura juridikoaren dimentsioan kokatzen direnak (Bengoetxea, 2025: Ch. 1).

Hillsborough lege proiektuaren kasuan delitua sortu baino lehenago, jokabide gaizto eta oker hauek, *wrongs* eta *torts* bezala jorratu izan dira *Common Law* ikuspegitik, baina lege bidezko delituen mailara pasatzean, alegia tipifikatzean hauen jorraketa juridikoa ere eraldatzen da. Hemen Bi-Zuzenbidean kokatzen diren elementuak eta arrazoiak agertzen dira: zertan da *Common law* izariaren ulermena gaitzen aurrean, gaitza morala eta etikoa, kaltea sortu izanak hartzekoduna den biktima bat eta arduradun den kaltegile bat ekartzen ditu auzira. Ia-ia Zuzenbide pribatuko arazo bat bezala jorratuko dena, eta hemen berriro kultura juridikoaren dimentsioak erabiltzen ditugu, zer da Zuzenbide pribatua eta zer publikoa? *Common law* kal-

ISBN: 978-84-7777-740-3

tea legean jasotako delitu bilakatuz Zuzenbide pribatutik publikora pasatzea dela esaten badugu, agian Zuzenbide penalaren kultura berezi bat, unibertsala ez dena, erabiltzen ari gara. Frantziar kultura juridikoan esate baterako Zuzenbide pribatuan geundeke arlo penalean. Kontzepzio horietatik ulertuko dugu problematika juridikoa, Bat-Zuzenbidean topatzen ditugun xedapen-arauetatik eta Bi-Zuzenbidetik, batzuetan kontzienteki, beste batzuetan oharkabean edo bat-batekotasunean darabilkigun aurre-kontzepzio kulturaletatik.

Berreraikuntza arrazionalaren metodoa (*rational reconstruction*) ez da axiologikoki hutsa edo neutroa. Osotasun sistematiko eta koherente baten existentzia ikergai gisa postulatzea *partie prise* bat da, hautu bat egiten delako, gutxienez ikuspuntu kognitibotik. Hala eta guztiz ere, metodoak aukera ematen du edozein ordenuren berreraikitze teorikoa, analisi-objektu gisa, era nahiko urrunduan eta desinteresatuan egiteko, eta urruntze pertsonal hori, distantzia hartzea, lagungarria da, ez bakarrik jurista edo analista garen aldetik moralki arbuiagarriak diren erakundeei edo are bidegabeak diren arau-aginduei aurre egiten diegunean, baina baita teorikoak baliotsu eta laudagarritzat jotzen diren legeen analisiari ekiten diogunean ere. Ez da soilik metodo arrazional bat, baizik eta berreraikuntza kritiko eta sortzailea Bat-Zuzenbidea eta Bi-Zuzenbidea erabiliz.

VI. EREMU DUALTASUNA: BAT-ZUZENBIDEA ETA BI-ZUZENBIDEA

Bat-Zuzenbidean iturri idatzietan jasotako xedapen guztiak biltzen dira, erkidego-gizarte jakin batean leku eta une jakin batean baliozkotzat jotzen direnak, legelariek eta, idealki, herritarrek erkidego horretan partekatzen duten ezagutze-arau baten arabera (*rule of recognition,* Hart 1961). Zuzenbidea izango litzateke lege-xedapen horien eta beste arau batzuen bertsio sistematizatua, berreraikia, ez nahitaez xedapen gisa idatzia, eta ez nahitaez erkidego horrena bakarrik. Bat-Zuzenbidea gainazaleko arau positibo baliozko guztien metaketa da; Bi-Zuzenbideak, berriz, Zuzenbidearen ulermen zabalagoa, sakonagoa edo garaiagoa eskatzen du, kultura juridikoaren ideiatik hurbilago dagoena. Ez dut alegazio ontologiko berezirik egiten Zuzenbidearen bi eremu eta bi ideia horien existentziari buruz[5]; biek errealitate instituzionala dute, eta egintza instituzional gisa existitzen dira legelarien eta (batzuen, ez guztien) erabiltzaile normalen gogoan.

Nik dakidala, nobedadea da hain termino xumeetan, Bat eta Bi, bereiztea, baina uste dut jurista guztiek bereizketa uler eta onar dezaketela, nahiz eta eroso ez sentitu hain bereizketa soil eta sinplifikatuarekin, sofistikazio

[5] Ez dut Alexy jarraitzen eztabaida honetan, bere Zuzenbidearen izaera dualaren teorian bat erreala, bestea ideala.

gabekoa ia-ia[6]. Bat/Bi-Zuzenbidearen bereizketa lotuta dago, baina ez dator bat xedapen/arau bereizketarekin. Xedapenak eta arauak dimentsio ontologiko desberdinak dira: lege-xedapenak lege-iturrietatik datozen tresna juridikoen testu gisa daude, eta aldizkari edo izendegi ofizialetan argitaratzen dira. Arau juridikoak, aldiz, subjektibitate arteko esangura gisa existitzen dira, xedapenen interpretaziotik sortutako eta erkidego jakin batean partekatutako eraikuntza mentalak dira. Horrela, bada, bai lege-xedapenak bai arauak Bat-Zuzenbidean kokatuta leudeke Zuzenbidegintzari eta aplikazio juridikoari ekiten zaienean abian jartzen den lehengai arautzaile gisa; ordenamendu juridikoak, berriz, Bi-Zuzenbidetik egiten diren sistematizazioak dira, eta mota guztietako arauak eta forma juridikoak erabiltzen dituzte, Bat-Zuzenbidean identifikatutakoak barne, edo hauek nagusiki, baina beste arau praktiko, printzipio, balio batzuekin batera, Hillsborough lege proiektuaren adibidearekin ikusi bezala.

Normalean, aplikatu beharreko lege-xedapenen ulermena zuzena da, espontaneo eta problematika gutxikoa, eta Bat-Zuzenbidearen aplikazioa ia automatikoa da, ohikoa. Aditu-Sistema programa batek edo AA sinple batek Bat-Zuzenbidean funtziona lezake eta aplikazio automatizatua nahiko leuna eta eraginkorra izango litzateke kasu askotan. Baina beste batzuetan ezin dugu ziur jakin Zuzenbidezko araua zehazki zein den. Legegileak berak ere ezin du jakin, ezta ados jarri ere, atzera begira, zein arau juridiko onartu zuen. Agian ez datoz bat beren forma eta formulazio konkretuari dagokionez. Tresna juridikoa, legea, onartutakoan idatzitako eta argitaratutako xedapena izango da eskura dagoen aztarna eta euskarri objektibo bakarra, baina xedapenaren testua argia ez denez, anbiguoa, lausoa, zalantzazkoa, zehaztugabea, amaiera irekikoa, abstraktua denez interpretatu beharko da tentuz eta kasuz. Arazoa heuristikoa da. Gogoeta zehatzagoa, deliberatiboa eskatzen da. Sistema automatizatuek edo adituek ez dute ezertarako balioko hemen, AAk behar bada prezedenteetan erabilitako zioetatik elikatuko da eta proposamen bat botako du, baina horrek ere deliberazio berritua eskatuko digu. Kasu zailetan Bat-Zuzenbide xedapen eremu edo bilduma antzua bihurtzen da, non araua bera ez bada desagertu, erabat kolokan dagoen, non ordenamendu juridiko osoa arakatu eta sistematizatu behar den, eta non sistema juridikotik haratago, honen azpian, edo gainetik, arrazoimen praktikoa, arrazoi instituzionala eta kultura juridikoa —filosofia politikoa, etika, ekonomia politikoa— mobilizatu beharra egon daitekeen, are gehiago sistema konplexu, anitz eta polizentrikoetan. *Enter Law 2*!

---

6 Lasaitzen nau *Thinking, Fast and Slow* (2011) liburuan Daniel Kahneman zenak bereizitako System 1 eta System 2 buru bizitza azaltzeko, agente batek bizkor eta arin intuitiboki pentsatu eta besteak astiro deliberatuz, bi sistemen arteko erlazioak etengabe daudela.

ISBN: 978-84-7777-740-3

VII. AMAIERA: SARTU BI-ZUZENBIDEA

Ezinbestekoa zaigu Zuzenbidearen maila kulturalean sartzea, non zientzia juridikotik, dogmatika juridikotik, kultura juridikotik, tradizio juridikotik, ordenamendu juridikotik, kontzientzia juridikotik, ideologia juridikotik, historia juridikotik eta Zuzenbidearen eta justiziaren filosofietatik datozen diskurtsoek funtzionatuko duten. Legelariek, juristek, abokatuek eta epaileek, erakunde eta arlo guztietan, erregela edo arauaren formulazioa proposatuko dute, eta Bi-Zuzenbide eremuko baliabideetara joz erabakiko dute. Akaso ez dute hori aitortuko eta itxura emango dute erabaki judiziala eta Zuzenbideko erabakiak Bat-Zuzenbidearen aplikazio zuzena dela, bestelako injerentziarik gabe. Baina *lawfare* bera ere epaileen zirkuluetatik, Botere Judizialetik ukatu egiten da, soziologikoki hautemangarria den bitartean (Bengoetxea 2024). Behar bada argumentu hauek ez dira erabakien bidezkotze formalean azalduko, baina bidezkotze eremuak ez du azalpen eremua agortzen, ezta estaltzen ere (Bengoetxea & Lonardo, 2026). Zuzenbidearen dualtasun honek eragin eta ekarri handia eduki dezake hainbat arlotan. Hasteko epaileek beraiek aldarrikatzen duten aplikazio judizialaren inpartzialtasuna eta neutraltasuna ezbaian jartzen du. Bidezkotze eremua ere iraultzen du. Zuzenbidearen irakaskuntza bera ere, alegia Zuzenbide ikasketak egituratuta dauden modua, kolokan jartzen du. Bi-Zuzenbideko elementuetan ikasleak trebatzeak gero eta garrantzi handiagoa hartuko du, Bat-Zuzenbidearen eremua AAren domeinua bilakatuko denez.

Arauen interpretazio eta eraikuntza ezberdinek ikuspegien arteko talkak ere isla ditzakete, juristek Zuzenbidearen ideia arautzaile jakin bat partekatuko baitute sistema gisa, baina ideia hori premisa dibergenteez elikatu daiteke. Eztabaidak eta, *kultura-gerrak* hitza ausardiaz erabiltzeko, iturri askotatik sortzen dira, batzuk erabaki judizialen ideologia dibergenteekin lotuak, beste batzuk meta-etikarekin lotuak, hala nola kognitiboen eta ez-kognitiboen arteko dikotomiarekin, eta beste batzuk antropologia filosofikoarekin, Sowellen dikotomia bezala, giza izaerari buruzko ikuspegi hertsi eta mugatu *versus* ireki eta mugagabeen artean[7]. Nolanahi ere, Bi-Zuzenbidearen espektroak ez du kasu zaila erabakitzen, legelariek, moralistek eta politikariek interpretazio kontrajarrien alde borrokatzen direnean eta beren interpretazio hobetsiak justifikatzen dutenean jo dezaketen esparrua bihurtzen da. Bai, gerra kulturalak sartuta daude Zuzenbide munduan, ez da gaurko kontua. Zeri helduko gatzaizkio?

---

7 Filosofia politikoaren dikotomia honek, giza izaerarekiko jarreretan oinarriturik, hertsatuagoak edo askeagoak, arrazoimen praktikoaren, justiziaren, berdintasunaren eta boterearen izaerari buruzko eztabaida endemikoen zergatia azaldu nahi du (Sowell, 2002). Teoria honek ez du zerikusirik, hala ere, Wrblewski zenak 70eko eta 80ko hamarkadetan kontrastatu zituen erabaki judizialen eta interpretazio juridikoaren ideologiekin, lotutakoa (formalismoa) eta aplikazio askea (eszeptizismo araua, egitatezko eszeptizismoa, *Freirechtsfindung, uso alternativo del diritto*). Wróblewski zuhurrak (1992) dikotomiak saihestu zituenez eta hirugarren bide bat identifikatu zuen: erabaki legezko eta razionala, *Legal and Rational* decision.

VIII. ERREFERENTZIAK

ALEXY, Robert, 2019, «Law's Dual Nature», 1 *Ordines.*

BENGOETXEA, Joxerramon, 2024: «Lawfare, Slapps como episodios de un stress-test de la Justicia en España», 111 *El Cronista.*

BENGOETXEA, Joxerramon, 2025, *Will the EU Survive Populist Nationalism? The Erosion of Legal Integrity and Democratic Governance in Europe Traced from Oñati*, Eliva Press, Chisinau.

BENGOETXEA, Joxerramon, 2026, *The Dual Spectrum of Law. Nordic Sketches on European Legal Culture*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle.

BENGOETXEA, Joxerramon & Luigi LONARDO, 2026, «Quality of the Judgments of the Court of Justice: Coherence, Efficiency, and the Context of Explanation», in Loxa, Alezini and Luigi Lonardo (eds), *The Reasoning of the Court of Justice of the EU: A Normative Assessment*, OUP, Oxford, Ch 2.

FRIEDMAN, Lawrence, 1969, «Legal Culture and Social Development», 4 *Law & Society Review*, 29-44.

GADAMER, Hans Georg, 1960, *Wahrheit und Methode.*

GLENN, Patrick, 2014, *Legal Traditions of the World*, OUP, Oxford (1st edition 2000).

GLENN, Patrick, 2005, «Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions», *50 McGill L.J. 863.*

HABERMAS, Jürgen, 1996, *Between Facts and Norms*, MIT Press, Cambridge, Mass.

HART, HLA, 1961, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.

KAHNEMAN, David, 2011, *Thinking Fast and Slow*, Penguin.

MacCORMICK, D. Neil, 2007, *Institutions of Law*, OUP, Oxford.

SEARLE, John, 1969, *Speech Acts. Cambridge: Cambridge University Press.*

SOWELL, *Thomas, 2002, A Conflict of Visions. Ideological origins of political struggles*, New York.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, 1992 *The Judicial Application of the Law*, Dordrecht.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Una reflexión sobre las filtraciones en los procesos constitucionales

Ignacio Borrajo Iniesta

Catedrático de Derecho Administrativo. Letrado del Tribunal Constitucional

Sumario. Proemio.—I. Publicidad y secreto en la actividad del Tribunal Constitucional.—II. El deber de sigilo: A) Jueces y magistrados. B) Magistrados del Tribunal Constitucional. C) Letrados del Tribunal Constitucional.—III. Reflexiones finales.

PROEMIO

Son muchas las enseñanzas que me ha deparado, a lo largo de los años, la lectura de la obra de mi colega y amigo Edorta Cobreros. En ellas destaco los estudios, amplios y ponderados, sobre la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en distintos contextos: la Unión Europea, la prisión provisional, los servicios públicos, con especial fundamento en sus libros *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* (Civitas, 1998), *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (Iustel, 2015) y *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (Boletín Oficial del Estado, 2020).

Acogiéndome a su bonhomía, le ofrezco en el momento de su jubilación unas reflexiones relacionadas con esa cuestión respecto a un tema que, en España, oscila entre la consternación y el esperpento. Pues en nuestro país se da la circunstancia de que los procesos judiciales, cuanto más secretos son declarados por las leyes, más publicidad reciben por parte de los medios de comunicación y las redes sociales. El epicentro de esta paradoja son los sumarios penales, como es sabido: investigaciones judiciales que son solemnemente declaradas secretas por la Ley de enjuiciamiento criminal[1]

[1] Dice así el art. 301 LECrim (complementado por los arts. 301 *bis*, 302 y 681 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de enjuiciamiento criminal, versión 2026 (https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036): «Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. —El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corre-

ISBN: 978-84-7777-740-3

y cuyas diligencias son aireadas diariamente ante la opinión pública, mediante documentos y vídeos que permiten al público escudriñar las actuaciones íntegramente, así como los datos allegados por la policía, guarden o no relación con los hechos indagados. En la actualidad, se siguen no ya juicios paralelos, sino instrucciones infamantes que mantienen una tradición inquisitorial grabada en nuestro país durante siglos y que, por desgracia, no se corrige simplemente publicando leyes en el *BOE*. En otro plano se mueven las filtraciones procedentes de litigios o causas. En estas líneas ofrezco un análisis jurídico referido a las filtraciones en los procesos constitucionales, que en alguna ocasión han tenido repercusiones de gran alcance, cuya historia está pendiente de escribir.

I. PUBLICIDAD Y SECRETO EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a su Ley Orgánica[2], en su indeclinable función de intérprete supremo de la Constitución Española[3].

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no establece disposiciones específicas sobre la publicidad y el secreto de las actividades del Tribunal: por ende, hay que estar a las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) y de la Ley de enjuiciamiento civil (2000), a las que se remite el art. 80 LOTC, en particular en todo lo relativo a la «publicidad y forma de los actos» y la «deliberación y votación». Sin olvidar que las leyes que rigen la actuación de los Tribunales del Poder Judicial solo se aplican al Tribunal Constitucional de manera supletoria, y únicamente en la medida en que no contradigan lo dispuesto en su Ley Orgánica rectora ni sus principios inspiradores, tal y como ha precisado la jurisprudencia constitucional[4].

---

gido con multa de 500 a 10.000 euros. —En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. —El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo».

Véase Jaime Campaner Muñoz: *Publicidad y secreto del proceso penal en la sociedad de la información*, Dykinson, 2019; VV. AA.: *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018; Carlos María Romeo Casabona: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos: especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, 2004; Rafael Rebollo Vargas: *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecs, 1996; Antonio del Moral García, Jesús María Santos Vijande: *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, 1996.

2 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, versión 2024 (https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709), en adelante LOTC.

3 Sentencia *Jiménez de Parga y Cabrera y otros diez magistrados constitucionales* (STC 133/2013, de 5 de junio, FJ 6).

4 Sentencia Magaz Álvarez (STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 5).

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en materia de publicidad un régimen bifronte, en consonancia con el mandato constitucional (art. 120 CE)[5]:

1. Las «actuaciones judiciales» son públicas, como regla general; sin perjuicio de las excepciones que prevean las leyes de procedimiento y las que acuerden los Tribunales, mediante resolución motivada por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, limitando el ámbito de la publicidad y acordando el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones (art. 232 LOPJ). Asimismo, son públicas las sentencias y demás resoluciones que dictan los órganos judiciales, acompañadas de los votos particulares que se hubiesen formulado (art. 266 LOPJ, en concordancia con los arts. 206 y 260).
2. Sin embargo, la ley establece una regla general de secreto en todo lo relativo a las «deliberaciones de los Tribunales». También es secreto «el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre la publicación de los votos particulares» (art. 233 LOPJ).

Esta «antigua y venerable norma» (STS, Sala II, 6725/2003, de 30 de octubre, recurso 325-2002, FJ 14) se encuentra establecida por la ley «para salvaguarda de la independencia judicial» (ATS, Sala II, 4762/1994, de 22 de junio, recurso 1327-1993). La doctrina ha precisado que esta regla pretende asegurar que en las deliberaciones, cada magistrado se expresa con total libertad y «sin atender a la posible presión que pudiera suponer el conocimiento de su particular intervención en el debate de la Sala[6]». El control de lo resuelto por los tribunales, tanto por parte de los órganos superiores en sede de recurso como por parte de la opinión pública y la comunidad jurídica, se hace sobre lo resuelto en la correspondiente sentencia y sobre las razones expuestas en ella para fundamentarlo, así como, en su caso, en los votos particulares. Y el control queda deferido a un momento posterior, cuando la decisión ya ha sido adoptada, evitando el riesgo de interferencias que pudieran perturbar la serenidad del debate interno en sala y los juicios paralelos.

---

5 Artículo 120 CE: «1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública».

Véase Juan José López Ortega: «Información y justicia: la dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones», en VV. AA.: *Justicia y medios de comunicación*. 2007, págs. 93-136; Carlos Prat Westerlindh: *Relaciones entre el poder judicial y los medios de comunicación: los juicios paralelos*, Tirant lo Blanch, 2013.

6 Luis Vacas García-Alós y Gervasio Martín Martín: *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*. 2008, pág. 652.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En el mismo sentido, la Ley de enjuiciamiento civil distingue tajantemente entre las actuaciones judiciales, orales o escritas, y las deliberaciones de los tribunales colegiados: las actuaciones son públicas, especialmente cuando son orales; sin perjuicio de que determinadas vistas puedan ser celebradas a puerta cerrada o de que todo o parte de los autos pueda ser declarado reservado (arts. 138, 140 y 141 LEC). Por el contrario, las «deliberaciones de los tribunales colegiados son secretas. También lo será el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley sobre publicidad de los votos particulares» (art. 139 LEC).

Finalmente, la Ley rectora del Tribunal Constitucional incorpora dos normas de especial relevancia. En primer lugar, pone de relieve que la función de los magistrados del Tribunal conlleva un deber de «reserva»; deber tan esencial que su incumplimiento puede justificar la suspensión y el cese de quien lo quebrante (arts. 23 y 24 LOTC). En segundo lugar, habilita al Tribunal para que adopte «las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones» (art. 88.2 LOTC).

La doctrina ha subrayado que el deber de reserva es capital para el recto funcionamiento de la función jurisdiccional, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular: la revelación, por parte de los magistrados constitucionales, de datos o noticias conocidas en el ejercicio del cargo o la difusión de sus opiniones, o las de sus colegas, sobre futuras resoluciones del alto Tribunal sería «una conducta que podría tener graves repercusiones en el ámbito político y de la opinión pública y que sin duda alteraría la "calma jurídica" que debe presidir la función judicial para garantizar su imparcialidad e independencia[7]».

Por consiguiente, en los procesos constitucionales existe una gradación entre publicidad y secreto que se puede sintetizar así:

1. Las sentencias son públicas, con una publicidad reforzada de raíz constitucional. Esa misma publicidad se aplica a los autos, en especial cuando contienen doctrina[8].
2. La publicidad no atañe a la documentación ajena a los actos del proceso, como pueden ser los informes elaborados por los letrados al servicio del Tribunal Constitucional: «los informes que realizan los letrados y letradas del Tribunal en el marco de los procesos consti-

---

7 Eduardo Espín Templado: «Artículo 23», en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. 2001, pág. 348.

8 Art. 164.1 CE; arts. 86, aps. 2 y 3, y 99.1.b LOTC; art. 266 LOPJ; sentencia Magaz Álvarez (STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 6). Véase Pablo Salvador Coderch: «Las Sentencias del Tribunal Constitucional deben publicarse íntegras: comentario a la STC, 1ª, 114/2006, 5.4.2006», *InDret* (2006).

tucionales son ajenos a la documentación jurisdiccional y, por esa razón, quedan fuera de las actuaciones jurisdiccionales a las que pueden tener acceso las partes en el procedimiento constitucional[9]».

3. Las vistas orales ante el Tribunal son públicas (arts. 85.3 y 80 LOTC).
4. También lo son sus actuaciones, aunque su difusión queda limitada a las partes y a cualquier persona que acredite un interés legítimo; sin perjuicio de aquellos escritos y documentos que consten en los autos que hayan sido declarados reservados por el Tribunal o que sean secretos, conforme a las leyes[10]. Son secretos, por imperativo legal, los datos necesarios para asegurar la garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, o 127/2003, de 30 de junio); para atender el específico deber de tutela de los menores (litigios relativos a su filiación o custodia: SSTC 7/1994, de 17 de enero, o 144/2003, de 14 de julio; procedimientos de adopción o desamparo: SSTC 114/1997, de 16 de junio, o 94/2003, de 19 de mayo; expedientes en que aparecen acusados de hechos delictivos: STC 64/2011, de 16 de mayo, FJ 4); y, con carácter general, los indicados por la legislación de protección de datos personales[11].
5. Las deliberaciones del Tribunal son secretas. También son secretos los resultados de las votaciones, sin perjuicio de la emisión de votos particulares (arts. 233 LOPJ, 139 LEC, 80 LOTC). El secreto de las deliberaciones incluye los debates orales celebrados a puerta cerrada por los magistrados que forman el Tribunal (en Pleno, Sala o Sección) sobre los asuntos sometidos a su jurisdicción; así como las

---

9 Auto Encarnación Espinosa Jaén (ATC 8/2024, de 5 de febrero, *BOE* 22/03/2024, FJ 3). La resolución aclara que tampoco les alcanza el deber de transparencia institucional: «Estos informes, de uso estrictamente interno a la labor del Tribunal, tampoco son documentación accesible en aplicación de lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley de transparencia), ya que quedarían dentro de las previsiones del art. 18 de dicha disposición legal, concerniente a las causas de inadmisión. Este precepto, en su apartado 1 b), establece que se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes "[r]eferidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas". —En este caso, y sin perjuicio de que el procedimiento de solicitud de la información requerida no se ajuste a las previsiones de la Ley de transparencia, ha de desestimarse la solicitud efectuada mediante otrosí, en el escrito de reposición porque el documento requerido se clasifica como de apoyo a la toma de decisiones de la Sección en relación con la admisibilidad del recurso de amparo» (ATC 8/2024, FJ 3).

10 Arts. 80 y 88.2 LOTC, 234 y 235 LOPJ, 140 LEC.

11 Reglamento general de protección de datos (RGPD, Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/679, de 27 de abril de 2016) y la Ley de derechos digitales (LODD, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales). Véase la STC 96/2012, de 7 de mayo, FFJJ 6-11, en el contexto de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, arts. 7 y 8.

ISBN: 978-84-7777-740-3

ponencias, notas internas y demás documentación elaborada para preparar o dar cumplimiento a las deliberaciones orales y que no forma parte de las actuaciones procesales[12], haya sido distribuida con antelación o en el momento mismo en que se celebra la reunión, o bien tras su finalización.

II. EL DEBER DE SIGILO

El secreto de las deliberaciones de los tribunales, así como de las votaciones que las culminan, se garantiza mediante distintas previsiones legales. Unas explicitan deberes de orden profesional o deontológico; otras imponen responsabilidades a quienes infringen el secreto debido, tanto de carácter disciplinario como penal.

Atendiendo a la técnica normativa seguida por la Ley rectora del Tribunal Constitucional, parece conveniente exponer primero el régimen de los magistrados de la carrera judicial y, luego, el de los magistrados constitucionales y los letrados.

A) Jueces y magistrados

La Ley Orgánica del Poder Judicial no se limita a declarar secretas las deliberaciones de los Tribunales, como vimos (art. 233 LOPJ). Añade que los jueces y magistrados «no podrán revelar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones» (art. 396 LOPJ).

Estos deberes se encuentran respaldados mediante la conminación de sanciones disciplinarias y penales. Si un juez o magistrado revela hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de esta, comete una infracción disciplinaria (arts. 417.12 y 418.8 LOPJ)[13]. La falta es muy grave si la revelación causara algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona; si no causara perjuicio, la infracción es grave. La primera puede ser sancionada con suspensión, traslado forzoso o separación del servicio; si la falta es grave, con multa (de 501 a 6.000 euros). La

[12] Veáse el auto Encarnación Espinosa Jaén (ATC 8/2024, de 5 de febrero, *BOE* 22/03/2024, FJ 3).

[13] Respectivamente: «12. La revelación por el juez o magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de este, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona» y «8. Revelar el juez o magistrado y fuera de los cauces de información judicial establecidos, hechos o datos de los que conozcan en el ejercicio de su función o con ocasión de esta cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del artículo 417 de esta ley».

ley matiza que la falta grave se comete al revelar hechos o datos «fuera de los cauces de información judicial establecidos».

La jurisprudencia ha precisado que un juez que concede una entrevista a un periódico, haciendo declaraciones sobre las vicisitudes de una instrucción penal concreta de la que él es responsable, comete la falta de revelación de hechos. Es indiferente que los medios de comunicación hayan difundido con anterioridad datos relacionados con esa misma causa, «pues una cosa es que personas ajenas al proceso en curso puedan intuir por rumores o filtraciones indebidos lo que ocurre en el proceso, y otra muy diferente que se exponga a la opinión pública, mediante una comunicación realizada a un medio de gran difusión, por el máximo responsable de la investigación, lo que personalmente está haciendo en el proceso, ya que mediante esta actuación se atribuye plena verosimilitud a las noticias[14]». La libertad de expresión no protege esa comunicación al público: se trata de una persona que desempeña una potestad pública, la jurisdiccional, para cuyo ejercicio la ley «impone un especial deber de sigilo» (art. 396 LOPJ: STS citada, FJ 8). Por el contrario, dar información de datos obrantes en el proceso mediante resoluciones, dictadas en ejercicio de potestades judiciales, no constituye infracción disciplinaria alguna[15].

Los jueces y magistrados pueden cometer faltas profesionales cuando llevan a cabo una actividad jurisdiccional en sentido estricto; pero también pueden ser sancionados disciplinariamente por conductas realizadas fuera de la actividad jurisdiccional, siempre relacionadas con su condición de juez o que quebrantan los deberes propios de su cargo. Cuando el art. 416 LOPJ dispone que las faltas de los jueces y magistrados son cometidas «en el ejercicio de sus cargos» significa, por supuesto, cuando actúan jurisdiccionalmente; pero también cuando se hallan en una situación en la que están ostentando su cargo, como era el caso (artículos publicados en la prensa por un juez). El elemento típico común a todas las infracciones consiste en que la conducta que las constituye exterioriza un incumplimiento de alguna de las obligaciones o deberes que integran el estatuto profesional de los jueces y magistrados[16].

La infracción del deber judicial de sigilo, cuando es particularmente grave, acarrea sanciones penales[17]. Aunque los delitos relacionados con el descubrimiento y revelación de secretos forman una frondosa selva, de una

---

14 STS, Sala III, 23 de marzo de 1998, caso Miguel Moreiras, recurso 765-1996, FJ 7.

15 STS, Sala III, 12 de febrero de 2007, recurso 30-2003, FJ 7.

16 STS, Sala III, 14 de julio de 1999, caso Joaquín Navarro Esteban, recurso 617-1998, FFJJ 5 y 6; asimismo, STS de 23 de enero de 2006, recurso 18-2003.

17 STS, Sala II, 26 de diciembre de 2006. Esta responsabilidad se ha puesto notoriamente de manifiesto en el caso del fiscal general del Estado (STS, Sala II, 1000/2025, de 9 de diciembre de 2025, causa especial 20557-2024), que puede consultarse en Wikipedia (https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_del_Fiscal_General_del_Estado).

ISBN: 978-84-7777-740-3

sistemática y tipicidad cuestionables[18], en el Código Penal vigente destaca una figura: el delito de violación de secretos (art. 417 CP). Incurre en las penas previstas en ese precepto la autoridad o funcionario público que «revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados». Las penas dependen de si resultara, o no, grave daño para la causa pública o para tercero; así como si se tratara de secretos de un particular. Su contenido oscila entre unas penas mínimas de multa (doce a dieciocho meses) e inhabilitación especial para empleo o cargo público (uno a tres años) en el caso más leve; prisión (uno a tres años) e inhabilitación especial para empleo o cargo público (tres a cinco años), si resultara grave daño; y prisión (dos a cuatro años), multa (doce a dieciocho meses) y suspensión de empleo o cargo público (uno a tres años), cuando los secretos revelados son de un particular.

La jurisprudencia enseña que las informaciones protegidas penalmente no son todas las que abarca el deber general de sigilo, protegidas en principio por el régimen disciplinario; sino aquellos «hechos conocidos en atención al cargo u oficio que, sin haber recibido la calificación formal de secretos, son, por su propia naturaleza, reservados[19]». El núcleo del tipo delictivo, sin embargo, consiste en revelar «secretos».

La bibliografía suele hacer alusión a los secretos oficiales[20]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo deja claro que se encuentran protegidos penalmente, además, todos los datos que han sido declarados secretos o reservados por una disposición con rango legal. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 584/1998, de 14 de mayo, por ejemplo, confirmó la condena por revelación de secretos impuesta a un funcionario de la Tesorería General de la Seguridad Social que había filtrado a terceros los datos de una empresa atinentes a sus relaciones con dicha Administración. En el caso, la naturaleza reservada o no divulgable de los datos revelados venía

---

18 Carlos María Romeo Casabona: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. 2004, pág. 24 y sigs.

19 SSTS, Sala II, 14 de mayo de 1958, 13 de julio de 1999, 22 de junio de 2001, 22 de diciembre de 2006, 10 de diciembre de 2008.

20 Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Véase Luis Manuel Miranda López: *Secretos de estado y transparencia: la difícil convivencia entre el poder y el Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2025; *idem: Secretos de Estado, seguridad o transparencia: un estudio de Derecho comparado*, Congreso de los Diputados, 2025; Gonzalo Quintero Olivares: *Los secretos de estado y la libertad de información*, Tirant lo Blanch, 2020; Norberto Bobbio: *Democracia y secreto*, Fondo de Cultura Económica, 2013; Susana Sánchez Ferro: *El secreto de Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; Helen Wilkinson Morera de la Vall: *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, 2006; VV. AA.: *Justicia administrativa y secretos de Estado - Giustizia amministrativa e segreti di Stato*, II Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, 2000; Blanca Lozano: *La desclasificación de los secretos de Estado*, Civitas, 1998; y, *Last but not least*, Luis María Díez-Picazo: *Sobre secretos oficiales*, Civitas, 1998. Así como las referencias en la nota 1.

dada por la Ley general de la Seguridad Social[21]: precepto que prohíbe expresamente la cesión o comunicación a terceros de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones recaudatorias encomendadas a la Tesorería General de la Seguridad Social[22].

El delito de violación de secretos (art. 417 CP) puede, según las circunstancias del hecho, aparecer en concurso con otros tipos delictivos: así los diversos delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 198 y 197 CP), la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial (art. 466.2 CP), la infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 y cc. CP) o las negociaciones prohibidas (art. 442 CP); o con otros delitos más genéricos. Así, en la medida en que se hiciera entrega del texto de las ponencias o de la documentación complementaria preparada para la deliberación de un tribunal, se produciría además una infidelidad en la custodia de documentos (art. 415 CP). De lo que no cabe duda es de que filtrar a la prensa datos reservados constituye un delito de violación de secretos, cuando la gravedad de la acción no justifica limitarse a medidas de carácter disciplinario[23].

B) Magistrados del Tribunal Constitucional

El estatuto de los magistrados constitucionales se encuentra regulado directamente por la Constitución y, en su desarrollo, por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[24]. Aquella dispone que «[l]os miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato» (art. 159.5 CE). La Ley rectora del Tribunal completa esta idea en sus arts. 22 a 26:

1. El primero precisa que los magistrados del Tribunal Constitucional «ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece».

---

21 Art. 11 de la Ley 42/1994, de 20 de diciembre; en la actualidad, art. 77 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (o art. 66 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

22 STS, Sala II, 584/1998, de 14 de mayo de 1998, recurso 1871-1997, FJ 7.

23 STS, Sala II, 866/2008, de 1 de diciembre de 2008, recurso 181-2008.

24 Sentencias Elección de magistrados constitucionales por el Senado (STC 49/2008, de 9 de abril, FFJJ 7.a y 10) y Mazón Costa contra el Tribunal Constitucional (STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 5).

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. Los artículos 23 y 24, por su parte, regulan los supuestos de cese y suspensión de los [m]agistrados en términos congruentes con los principios de inamovilidad, imparcialidad y dignidad de la función.
3. Finalmente, el art. 26 LOTC dispone que «[l]a responsabilidad criminal de los [m]agistrados del Tribunal Constitucional solo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».

En esta materia, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no llama a ninguna norma supletoria (art. 80 LOTC). Hay que estar, pues, a los reglamentos que pudiera acordar el Pleno del Tribunal (art. 2.2 LOTC), que no ha dictado ninguno en esta materia a día de hoy.

Del conjunto normativo al que acaba de aludirse se desprende que los magistrados del Tribunal Constitucional tienen un deber genérico de atender con diligencia los deberes de su cargo (art. 23.1.5 LOTC). Entre esos deberes, la ley resalta uno en particular: mantener «la reserva propia de su función» (art. 23.1.6 LOTC), que incluye sin duda el deber de sigilo.

El cumplimiento de estos deberes es supervisado por el propio Pleno del Tribunal, que en último extremo puede acordar la suspensión y el cese del magistrado que deje de atender con diligencia los deberes de su cargo, en general; o que, en particular, viole la reserva propia de su función (arts. 23.2 y 24 LOTC). Esta regulación rige plenamente el estatuto de los magistrados constitucionales, lo que vuelve inoperante el régimen disciplinario previsto para los jueces y magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aunque nada impide que el Pleno tome en cuenta las previsiones de los arts. 417.12 y 418.8 LOPJ, como criterios técnicos o de experiencia, para valorar los perfiles o la gravedad de la conducta en que un magistrado constitucional hubiera podido incurrir.

Es indudable que se trata de una regulación abierta, basada en el entendimiento común que unos juristas de reconocido prestigio y larga trayectoria profesional (art. 159.2 CE) tienen de los deberes propios del cargo de miembro del Tribunal Constitucional. Pero cualquier duda acerca de la constitucionalidad de una descripción sintética de tales deberes, aun cuando su infracción acarree una consecuencia tan gravosa como es la privación del cargo, es insostenible: la jurisprudencia constitucional ha admitido que las leyes pueden utilizar conceptos jurídicos indeterminados para tipificar infracciones susceptibles de sanción disciplinaria, y aun penal. Más concretamente, ha declarado la validez de la normativa de la función pública que establecía como infracción muy grave, susceptible de acarrear la separación del servicio, la «falta de probidad»[25].

25 STC 50/1983, de 14 de junio, FJ 2.

El sigilo que deben guardar los magistrados constitucionales abarca todos los aspectos de su función. Es una manifestación de los deberes de discreción y reserva que deben observar los titulares de cualquier cargo jurisdiccional sobre los asuntos sometidos a su decisión, deberes que sirven al derecho fundamental que ostentan los ciudadanos a un proceso equitativo enunciado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y a un proceso justo según el art. 24 CE.

Así lo expuso claramente el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de marzo de 2003, que resolvió una petición de cese del presidente por una conferencia y un artículo de opinión en la prensa. Su consideración jurídica 2 se hizo eco de las SSTEDH de 24 de febrero de 1997, caso Haes y Gijsels contra Bélgica; de 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi contra Italia; y de 28 de octubre de 1999, caso Wille contra Liechtenstein; así como de las SSTC 46/1998, de 2 de marzo, FJ 5, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 9.

El sigilo debe ser observado con especial diligencia cuando atañe a materias que la ley ha declarado secretas, como son las deliberaciones del Tribunal en cualquiera de sus formaciones (Pleno, Sala o Sección) y como son el resultado de las votaciones (art. 80 LOTC y art. 233 LOPJ, como vimos).

La revelación a terceros ajenos al Tribunal Constitucional de los pormenores de las deliberaciones constituiría, sin duda, un quebrantamiento de la reserva propia de la función de magistrado. Infringiría una prohibición clara y tajante de la ley, que declara secretas las deliberaciones de cualquier Tribunal colegiado. Y pondría en peligro principios constitucionales de indudable relevancia, como son la independencia del Tribunal Constitucional, la imparcialidad de sus magistrados y la serenidad de sus deliberaciones, que son instrumento necesario para asegurar el recto e imparcial ejercicio de la justicia constitucional y elementos imprescindibles del derecho a un proceso justo o con todas las garantías[26].

El secreto resultaría quebrantado, desde luego, si se revelasen los pormenores de los debates orales mantenidos en el Pleno, la Sala o la Sección. La revelación puede revestir mayor o menor gravedad, según su contenido: una descripción genérica, una referencia a los temas tratados, la postura adoptada por distintos magistrados, identificados o no, los argumentos expuestos por unos u otros, etc.

También habría vulneración del deber de sigilo si lo que se revelase fuera el contenido de las ponencias presentadas para la deliberación, o cualquier otra documentación ofrecida por los magistrados a la deliberación del

26 Art. 6 CEDH; arts. 24 y 161 CE. SSTEDH Ruiz Mateos c. España, 26 de junio de 1993, §§ 54-59; Rodríguez Valín c. España, 11 de octubre de 2001, § 19; AATC 80/2005, de 17 de febrero, FJ 5; 394/2006, de 7 de noviembre, FFJJ 4 y 5; 40/2011, de 12 de abril, FJ 2.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Tribunal o que fuera generada luego, como consecuencia de las deliberaciones llevadas a cabo: el «deber de confidencialidad no afecta tan solo al desarrollo de las reuniones formales del Tribunal. Se extiende, por el contrario, a todos los contenidos del expediente (…) cuya difusión pudiera implicar un menoscabo de los principios» constitucionales relevantes[27].

En atención al alcance y efectos de las revelaciones, el magistrado podría incurrir asimismo en responsabilidad criminal (arts. 23.1.7 y 26 LOTC). Como se apuntó al esbozar el régimen común de jueces y magistrados, el tipo penal de mayor relevancia sería el delito de violación de secretos (art. 417 CP), complementado en su caso con el de infidelidad en la custodia de documentos, el descubrimiento y revelación de secretos atinentes a la intimidad y las restantes figuras concomitantes previstas por el Código Penal vigente.

C) Letrados del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional está asistido por letrados, en los términos que dispone el art. 97 LOTC. Sin embargo, a diferencia de los magistrados, su estatuto jurídico no viene establecido en el texto de la Ley Orgánica, salvo en sus rasgos esenciales; es preciso estar a lo dispuesto en los reglamentos del Pleno que desarrollan en este punto la Ley rectora del Tribunal. Reviste especial importancia el Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional (en adelante, ROP)[28].

Los letrados del Tribunal Constitucional, tanto de carrera como de adscripción temporal, desempeñan las funciones de estudio, informe o asesoramiento que se les encomienden en las materias de las que conoce el Tribunal (art. 44.2 ROP). El desarrollo de estas funciones explica que tengan conocimiento de los asuntos que se someten a la deliberación en sala, así como de las ponencias de autos y sentencias, los informes y la demás documentación que sirve de soporte para las discusiones. Incluso, en función de las circunstancias, determinados letrados pueden llegar a conocer algunos pormenores de la deliberación acaecida entre los magistrados, en la medida necesaria para colaborar en los estudios que resultan adecuados para facilitar el debate del Tribunal o para revisar la documentación aneja a la deliberación de la Sección, de la Sala o del Pleno.

Los letrados se rigen «por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el presente Reglamento y en las demás normas y reso-

---

27 STS, Sala II, 887/2008, de 10 de diciembre de 2008, recurso 655-2008, FJ 1.III: en el caso, se trataba de la filtración de unos exámenes durante un procedimiento de selección de funcionarios.

28 Acuerdo de 5 de julio de 1990, versión de 2018: art. 44 y concordantes. Puede consultarse en https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Paginas/Default.aspx

luciones dictadas por los órganos de gobierno del propio Tribunal. Tendrán el carácter de normas supletorias, en lo que sean aplicables, las contenidas en la legislación vigente para el personal al servicio de la Administración de Justicia y, en su caso, en la legislación en materia de función pública» (art. 51 ROP).

El régimen disciplinario de los letrados está previsto detalladamente en los arts. 84 a 91 del Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional. El quebrantamiento del «deber de reserva o sigilo» constituye una falta grave; salvo que conlleve el quebrantamiento del «deber de secreto», que es considerada una falta muy grave (art. 86 ROP, apartados 2.d y 1.c, respectivamente). Por ende, revelar cualquier dato relativo a las deliberaciones del Tribunal, que han sido declaradas secretas por la ley (arts. 80 LOTC y 233 LOPJ, como vimos), constituiría una infracción muy grave, susceptible de cualquiera de las sanciones siguientes: pérdida de remuneraciones por más de treinta días, suspensión o separación (art. 87 ROP). Durante la tramitación del procedimiento se podría acordar la suspensión provisional del letrado afectado (art. 89 ROP).

En los supuestos más graves, los letrados podrían incurrir en responsabilidad criminal. Los tipos penales son los mismos que resultan de aplicación a los magistrados, pues todos ellos son delitos susceptibles de ser cometidos por cualquier autoridad o funcionario público. En particular, el delito de violación de secretos lo comete la «autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados» (art. 417 CP), como examinamos antes, lo que sin duda comprende a los letrados del Tribunal Constitucional.

III. REFLEXIONES FINALES

1. El Tribunal Constitucional actúa jurisdiccionalmente sometido a un principio de publicidad, que se aplica con especial intensidad a sus sentencias. También son públicas las vistas orales que pueden celebrar el Pleno y las Salas y las actuaciones que dan cuerpo a los procesos constitucionales. El Tribunal puede declarar reservadas todo o parte de sus actuaciones.

2. Sin embargo, las leyes declaran que son secretas las deliberaciones del Tribunal, en cualquiera de sus formaciones: Pleno, Salas y Secciones. Son igualmente secretos los resultados de las votaciones, sin perjuicio de la emisión de votos particulares (arts. 80 LOTC, 233 LOPJ y 139 LEC). El secreto incluye los debates orales entre los magistrados, así como las ponencias, notas internas y demás documentación que sirve de soporte de la deliberación o se produce a consecuencia de ella. Además, la ley prohíbe revelar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que se haya tenido conocimiento en el ejercicio de funciones jurisdiccionales (arts. 80 LOTC y 396 LOPJ).

ISBN: 978-84-7777-740-3

3. Estas previsiones legales se encuentran respaldadas mediante la conminación de sanciones disciplinarias y penales. Además, el Tribunal Constitucional está habilitado por su Ley Orgánica para adoptar las medidas necesarias para preservar el secreto establecido por las leyes (art. 88.2 LOTC). Hasta ahora solo han sido adoptadas medidas de seguridad para proteger los datos personales que utiliza el Tribunal, tanto en su vertiente jurisdiccional como gubernativa.

4. Los magistrados del Tribunal Constitucional tienen el deber de mantener la reserva propia de su función. Su cumplimiento es supervisado por el Pleno del Tribunal, que en último extremo puede acordar la suspensión y el cese del magistrado que viole dicha reserva (arts. 23.1.6, 23.2 y 24 LOTC). La revelación a terceros ajenos al Tribunal Constitucional de datos o hechos atinentes a sus deliberaciones constituiría, sin duda, un quebrantamiento de la reserva propia de la función de magistrado. También podría constituir un delito de violación de secretos (art. 417 CP), en función del alcance y efectos de la revelación efectuada. Su instrucción y enjuiciamiento correspondería, en este último caso, a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 26 LOTC).

5. Los letrados al servicio del Tribunal Constitucional tienen, asimismo, el deber de respetar el secreto de las deliberaciones del Pleno, las Salas y las Secciones. El quebrantamiento del deber de secreto es considerado una falta muy grave (art. 86.1.c ROP), susceptible de cualquiera de las sanciones siguientes: pérdida de remuneraciones por más de treinta días, suspensión o separación (art. 87 ROP). Durante la tramitación del procedimiento se podría acordar la suspensión provisional del letrado afectado (art. 89 ROP). En los supuestos más graves, los letrados podrían incurrir en responsabilidad criminal como autores de un delito de violación de secretos (art. 417 CP). Su instrucción y enjuiciamiento se atendrían al fuero común de la justicia penal.

6. La prevención de las filtraciones está, en la actualidad, confiada a la probidad de magistrados y letrados (y demás personal al servicio del Tribunal) y a la normativa aprobada por el Tribunal para proteger los datos personales. El carácter especializado de esta normativa, así como las insuficiencias de la legislación de enjuiciamiento criminal y de los procedimientos disciplinarios vigentes para llevar a cabo una investigación eficaz de eventuales filtraciones, son factores que podrían hacer aconsejable que el Tribunal hiciera uso de su potestad reglamentaria[29], en particular para adoptar las medidas necesarias para preservar el secreto de sus deliberaciones establecido por la ley.

---

29 Arts. 2.2 y 96.2 LOTC. Véase Patricia Rodríguez-Patrón: *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Iustel, 2005.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos

José Luis Burlada Echeveste

Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

Sumario. I. Introducción.—II. Actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.—III. Actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio: 1. Planteamiento general. 2. Incompetencia jerárquica y nulidad de pleno derecho. 3. Falta de atribución de la potestad a la Administración. 4. Investidura del titular del órgano, inexistencia o falseamiento del presupuesto fáctico habilitante.—IV. Actos de contenido imposible: 1. Actos en que exista una imposibilidad material o física de cumplimiento. 2. Actos de contenido indeterminado, ambiguo o ininteligible. 3. Actos de contenido contradictorio o carente de lógica. 4. Actos con falta de sustrato jurídico que determina su imposible realización.—V. Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de esta.—VI. Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.—VII. Actos dictados con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.—VIII. Actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. —IX. Supuestos de nulidad de pleno derecho tipificados en leyes especiales.

I. INTRODUCCIÓN

En los actos administrativos, la regla en cuanto a las categorías de invalidez es inversa a la de los actos jurídico-privados. Mientras que en el Derecho Civil la nulidad de pleno derecho es la regla general respecto de los actos que vulneren las normas imperativas (art. 6.3 CC), en el Derecho Administrativo la regla general es que los actos administrativos que infrinjan el Ordenamiento Jurídico son meramente anulables, siendo únicamente nulos de pleno derecho[1] cuando incurran en alguna de las causas legalmente ta-

[1] Sobre la categoría de la nulidad, resulta fundamental el estudio de M. Rebollo Puig: «La nulidad en Derecho Administrativo (consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales)», *Justicia Administrativa,* núm. 44, 2009, págs. 5 a 39. Sobre la revisión de oficio, *vid.* F. López Menudo: «La revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad», *RAP,* núm. 217, enero-abril de 2022, págs. 13 a 52.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sadas. Se trata de supuestos de infracción del Ordenamiento Jurídico especialmente graves. Dada la identidad del tenor de los artículos 47.1 LPAC[2] y 217.1 LGT[3], la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las causas de nulidad de los actos tributarios y de los actos administrativos resulta susceptible de ser estudiada como una unidad. Conforme a lo establecido en el artículo 217.1 LGT[4], puede declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria[5], así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en unos supuestos tasados, que son fiel reproducción de los que contemplaba el artículo 62.1 LRJPAC de 1992.

II. ACTOS QUE LESIONAN LOS DERECHOS Y LIBERTADES SUSCEPTIBLES DE AMPARO CONSTITUCIONAL

El artículo 62.1.a) LRJPAC de 26 de noviembre de 1992, en su versión originaria, sancionó con nulidad de pleno derecho los actos «que lesionen[6] el *contenido esencial* de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»[7]. Evidentemente, la LPA de 1958 no contemplaba este su-

---

2 Precepto que reitera —salvo el matiz de redacción del apartado *g*— lo dispuesto previamente por el artículo 62.1 LRJPAC, de 26 de noviembre de 1992.

3 Únicamente se diferencia del art. 47.1 LPAC en que mantiene la antigua expresión de la LPA de 1958 de «para ello» («procedimiento legalmente establecido *para ello*») en el apartado e) y la expresión de la LRJPAC de 1992 de «rango legal» (apartado g).

4 Recuerda Lucas Durán («Jurisprudencia reciente sobre la nulidad de pleno derecho en materia tributaria», *Revista Técnica Tributaria,* núm. 131, oct.-dic. 2020, págs. 157-158) que, al amparo del artículo 217.1 LGT, pueden declararse nulos de pleno derecho todo tipo de actos dictados por la Administración tributaria, ya procedan del ámbito de la gestión, inspección y recaudación, como de la revisión administrativa o de la potestad sancionadora.

5 Como expone Martínez Lafuente («La nulidad de pleno derecho en materia tributaria», *Carta Tributaria, Revista de Opinión,* números 65-66, 2020, pág. 6), la actual LGT (art. 217) mantiene la tradición de la anterior LGT de 1963 (art. 153) de regular en un mismo precepto la revisión de oficio con la mención de los supuestos de nulidad de pleno derecho, a diferencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que regula de forma separada los casos de nulidad de pleno derecho (art. 47) y la revisión de oficio (art. 106).

6 Como señala García Luengo (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos,* ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 180), la lesión de un derecho fundamental no se refiere solo a la privación, sino que se extiende también a las actividades que menoscaben, impidan o dificulten el ejercicio de un derecho fundamental, incluyendo también las irregularidades procesales que puedan dañar el contenido de dichos derechos.

7 Únicamente determina la nulidad de pleno derecho la lesión de los derechos y libertades tutelables en amparo, esto es, los reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, así como la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución (art. 53.2 CE).

Recuerda Lavilla Rubira («Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», en *Administraciones Públicas y Ciudadanos* (VV. AA. —coordinador Pendás García—, ed. Praxis, Bar-

puesto de nulidad. Su introducción mediante la LRJPAC[8] se debió al nuevo marco constitucional nacido de la Constitución de 1978.

El tema más polémico del precepto se refería a la utilización de la expresión lesión del «contenido esencial» de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo constitucional, pudiendo haber empleado expresiones ya recogidas en la legislación y que eran técnicamente más claras como «violaciones de los derechos y libertades» (art. 41 LOTC), o actos «que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona» (art. 6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona), y cuya sanción era la nulidad (art. 55 LOTC). En realidad, como apunta Trayter, el contenido esencial del derecho es un límite a las disponibilidades del legislador, resultando de difícil aplicación a la actuación administrativa. En efecto, el artículo 53.1 de la Constitución dispone que «solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial,* podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». El concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido caracterizado por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 11/1981, de 8 de abril (FJ 8)[9], a propósito del derecho de huelga, a través de las dos vías complementarias siguientes: como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea

---

celona, 1993, pág. 501) que durante la tramitación parlamentaria (enmiendas números 104 del Congreso de los Diputados y 61 del Senado, presentadas respectivamente, por los grupos parlamentarios de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya y Mixto) del Proyecto de LRJPAC se pretendió la extensión del supuesto a todos los derechos comprendidos en el citado Capítulo II. Sin embargo, como apunta el autor, esto resultaba contrario con el ámbito delimitado por la STC 114/1984. Además, su extensión a derechos como el de la propiedad privada (art. 33 CE) hubiese conducido a una ampliación excesiva del espacio correspondiente a la nulidad de pleno derecho, que podría comprender una importante porción de los actos dictados en el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Durante la tramitación parlamentaria se postuló también la solución contraria. Lavilla Rubira («Nulidad...», ob. cit., pág. 498) explica que llegó a proponerse en ambas Cámaras la no inclusión de esta causa de nulidad. Lo cierto es que el rechazo de estas enmiendas resultaba forzoso, pues la doctrina científica (García de Enterría y Fernández Rodríguez: *Curso de Derecho Administrativo I,* ed. Cívitas, 5.ª edic., 1989, pág. 605), el Tribunal Constitucional (así, STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4), el Consejo de Estado (por ejemplo, Dictamen de 31 de julio de 1985 —núm. 48.032—) y el Tribunal Supremo (por todas, STS de 26 de abril de 1989) habían considerado nulos de pleno derecho, no obstante el silencio de la LPA de 1958, los actos administrativos que hubiesen lesionado los derechos fundamentales.

8 Chinchilla Marín («Nulidad y anulabilidad», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (VV.AA., directores: Leguina Villa y Sánchez Morón), ed. tecnos, Madrid, 1993, pág. 196) no entendió, con razón, por qué en el ámbito de los actos administrativos se despojaba a los ciudadanos de «una parte» de esa *especial protección* [a la que aludía el Preámbulo de la LRJPAC], pues, según la Constitución y la interpretación que de ella había hecho el Tribunal Constitucional, aquélla se extendía al ejercicio *pleno* del derecho fundamental y no solo a su contenido esencial.

9 Dice la Sentencia que «el concepto jurídico indeterminado de contenido esencial del derecho se constituye en un límite infranqueable *para el legislador*».

ISBN: 978-84-7777-740-3

recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales»; y «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos». De ese modo, «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». Toda esta elaboración jurisprudencial se ha realizado para determinar si el legislador, al elaborar una norma, ha incidido o no en el contenido esencial del derecho, pues si lo ha hecho aquella disposición resultará inconstitucional[10].

En esta misma idea insistió Leguina Villa al afirmar que la limitación del «contenido esencial» contradecía «la doctrina creada sobre el particular por el Tribunal Constitucional, y que parece apoyarse, tomándola a prestamo, en una distinción —contenido esencial y no esencial— que solo tiene sentido dentro de las medidas de protección directa que la propia Constitución dispensa *frente al legislador* a los derechos y libertades constitucionales (art. 53.1 de la Constitución)[11]». Y añade que el contenido esencial «funciona frente a los poderes normativos, concretamente frente al legislativo. Pero aquí estamos hablando de actos administrativos ilegales, y, entonces, de lo que se trata de ver es cuál es la sanción. Cualquier ataque que proceda de la Administración y que lesione un derecho fundamental en su totalidad, en cualquiera de sus partes, en cualquiera de sus facultades, determina la nulidad según la doctrina del Tribunal Constitucional[12]».

---

10 «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, I,* ed. Cívitas, Madrid, 1993, pág. 834. Por tanto, como señaló Xiol Ríos («Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», en *Estudio de la L.R.J. de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, I* (VV.AA.), Cuadernos de Derecho Judicial, vol. II, C.G.P.J., 1994, pág. 222), la expresión «contenido esencial» del derecho fundamental que la Constitución emplea en el artículo 53.1 CE se refiere al legislador, a quien se impone como límite infranqueable en la regulación de su ejercicio. Los intentos de trasponer la noción de contenido esencial de los derechos fundamentales como garantía frente a otros poderes tropezaban con notables dificultades.

11 En el *prólogo* a *La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,* ed. tecnos, Madrid, 1993, citado por Beladíez Rojo: «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *RAP*, núm. 133, 1994, pág. 172.

12 *El Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común,* ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1993, pág. 66 (citado por Rodríguez Márquez: *La Revisión de Oficio en la Nueva Ley General Tributaria. ¿Una vía para solucionar los conflictos entre Administración y contribuyentes?*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 125).

Todos estos argumentos llevaron al Legislador de 1999 a introducir mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, una modificación de la redacción del artículo 62.1.a) LRJPAC[13], ampliando y extendiendo la nulidad a cualquier tipo de *lesión* de los derechos fundamentales, sin hacer distinción alguna entre lesión del contenido esencial o del contenido adicional[14]. El precepto

---

La limitación tampoco resultaba coherente pues, como señaló Chinchilla Marín («Nulidad…», ob. cit., págs. 197-198), «el quebrantamiento de un derecho fundamental no es fraccionable: o se vulnera o no se vulnera, con independencia de que las facultades afectadas por la vulneración formen parte del contenido esencial o del contenido adicional de aquél».

13 Sobre esta causa de nulidad, *vid.* A. Boto Álvarez: «Actos administrativos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio», *RVAP,* núm. 96, mayo-agosto de 2013, págs. 19-71.

14 Señala Lucas Durán («Jurisprudencia…», ob. cit., págs. 160 y ss.) que los derechos fundamentales vulnerados por actos de la Administración tributaria son, en esencia, el derecho a la igualdad (art. 14 CE), los derechos a la intimidad, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE) y las garantías reconocidas en relación con la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión (art. 24 CE), así como respecto del procedimiento sancionador (art. 25 CE). Pueden darse otros supuestos marginales, como el relativo al art. 19 CE, en la medida en que determinados beneficios fiscales pueden restringir la libre circulación de personas en territorio nacional. En relación a la prohibición de trato desigual recogida en el art. 14 CE (igualdad ante la ley en el ámbito tributario: si el obligado tributario es gravado de forma distinta a otro por circunstancias inherentes a su persona —sexo, nacimiento, raza, religión, etc.—, se estaría vulnerando la igualdad referida en el art. 14 CE), el autor destaca que no puede confundirse con el principio de igualdad tributaria del artículo 31.1 CE. Y esto porque la vulneración de los principios del último precepto no permite instar el procedimiento de revisión del art. 217 LGT al amparo del apdo. 1.*a)* (*vid.* SSTS de 18 de mayo de 2020 —rec. 1665/2019 y 2596/2019—, y 28 de mayo de 2020 —rec. 2503/2019—). Un ejemplo de vulneración del art. 14 CE es la STS de 16 de julio de 2020 (rec. 810/2019), que, apoyándose en la STJUE de 3 de septiembre de 2014 (C-127/12), declara nula una liquidación del ISD girada por la AEAT en 2012 a una persona no residente en España, que devino firme al haber sido consentida antes de haberse dictado la Sentencia del TJ. El TS declara que la liquidación devino nula de pleno derecho por lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (art. 217.1.a) LGT), «pues no otro efecto cabe aplicar a un acto administrativo basado en una ley que, … consagra una situación de diferencia de trato discriminatoria entre los residentes y los no residentes (con quebrantamiento del artículo 14 de la CE)». En relación al segundo ámbito indicado (derechos contenidos en el art. 18 CE), un supuesto típico es la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido, pues la Administración tributaria puede irrumpir en el domicilio constitucionalmente protegido de un sujeto para obtener pruebas referidas a sus obligaciones tributarias. Como es sabido, a falta de consentimiento del titular, debe obtener autorización judicial (*vid.* SSTS de 10 de octubre de 2019 —rec. 2818/2017— y 7 de julio de 2020 —rec. 641/2018—); de manera que si no lo hace, el acto administrativo resultará nulo de pleno derecho. En lo que concierne a los derechos reconocidos en los arts. 24 y 25 CE, resultará difícil que se produzca una lesión en el caso del derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, pues la indefensión administrativa (omisión del trámite de audiencia, defectos en las notificaciones, etc.) no supone con carácter general —salvo en el ámbito sancionador— una vulneración con relevancia constitucional y susceptible de amparo con fundamento en el artículo 24 CE. Agoués Mendizabal (*La revisión de oficio de los actos administrativos en el marco del principio de buena administración,* ed. Aranzadi, 2024, págs. 108 y ss.) expresa —con arreglo a la doctrina del CE y la jurisprudencia del TS— que el derecho a la tutela judicial efectiva solo ex-

ISBN: 978-84-7777-740-3

afecta a los actos que lesionen de un modo grave y manifiesto los derechos fundamentales[15].

III. ACTOS DICTADOS POR ÓRGANO MANIFIESTAMENTE INCOMPETENTE POR RAZÓN DE LA MATERIA O DEL TERRITORIO

1. Planteamiento general

El artículo 47.1.b) LPAC declara nulos de pleno derecho los actos «dictados por órgano *manifiestamente* incompetente por razón de la materia o del territorio». La LPA de 1958 en su artículo 47.1.a) recogía como uno de los supuestos de nulidad de los actos el que fueran dictados «por órgano manifiestamente incompetente». Al respecto, la jurisprudencia siguió dos caminos distintos para determinar cuándo existía o no ese vicio radical de legalidad.

Una primera línea jurisprudencial consideró que la concurrencia de nulidad de pleno derecho requería que la falta de atribuciones al órgano que dictó el acto se debía dar a conocer de una manera patente, clara, notoria y ostensible e incluso grave (entre otras, SSTS de 2 de junio de 1964, 22 de septiembre de 1987 y 15 de diciembre de 1989). La utilización de este criterio provocó cierta inseguridad pues lo que para un operador jurídico puede

---

cepcionalmente puede referirse a una actuación administrativa. Solo cuando se produce un resultado que cierre el paso a la posterior vía revisora de la Jurisdicción, o que no permita la reversión del mismo, «podría aceptarse hipotéticamente que desde el plano de la actuación administrativa pudiera producirse la lesión de ese derecho; o bien en los supuestos del procedimiento sancionador por la extensión al mismo de las garantías del proceso penal» (con cita de la STS de 30 de mayo de 2003 —rec. 7572/1998— y del Dictamen del CE 33/2006, de 26 de enero de 2006). La indefensión se relaciona también con la falta de notificación y con la notificación irregular (Dictamen del CE 1054/2023, de 5 de octubre de 2023). Recuerda la autora (*idem,* pág. 112) que en el Dictamen 1/2023, el CE ha señalado que el art. 25 CE veda la aplicación de un régimen de infracciones y sanciones que ha sido declarado contrario al DUE por el TJUE, procediendo, en consecuencia, declarar la nulidad de pleno derecho de las sanciones impuestas en el Derecho interno por concurrir la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 217.1.a) LGT, en razón de la improcedente aplicación de un régimen sancionador que vulnera el art. 25.1 CE, al haber sido declarado por el TJUE contrario al DUE. Así, en relación con el incumplimiento de la obligación de presentar el modelo 720, las SSTS de 4 de julio de 2022 (rec. 6410/2019), 6 de julio de 2022 (rec. 6202/2019) y 1 de septiembre de 2022 (rec. 7172/2020), declaran la nulidad de los acuerdos sancionadores por el incumplimiento por el contribuyente de sus obligaciones declarativas relativas a sus bienes o derechos situados en el extranjero. Han afirmado «la obligación de inaplicar la norma nacional que fundamenta la resolución sancionadora, como efecto de la primacía del Derecho de la Unión Europea y la STJUE de 27 de enero de 2022».

15 Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General.* Tomo XII. *Actos administrativos y sanciones administrativas,* 2.ª edic., *BOE,* 2017, pág. 194.

ser una infracción clara de las reglas de competencia, apreciable de inmediato sin necesidad de especiales esfuerzos, puede no serlo para otro. Todo depende —dicen García de Enterría y Fernández Rodríguez— de quién sea el intérprete y de cuáles sean sus conocimientos[16].

Así, y como reacción a la interpretación anterior, un buen número de sentencias consideraron que solo poseían el carácter de infracción manifiesta las incompetencias por razón de la materia y el territorio, pero no por razón de la jerarquía o grado, pues el artículo 53.2 de la LPA[17] establecía que si el vicio consistiera en incompetencia, la convalidación podría realizarse por el órgano competente, cuando fuese superior jerárquico del que dictó el acto convalidado, doctrina jurisprudencial que, en consecuencia, sanciona con nulidad de pleno derecho la incompetencia por razón de la materia o del territorio (al considerarla siempre manifiesta) y con simple anulabilidad la incompetencia jerárquica, siempre que el acto no hubiera sido convalidado[18]. De ahí que afirme Trayter que la única interpretación correcta es que las incompetencias por razón de la materia o del territorio siempre constituyen una infracción *grave* (manifiesta) que deben dar lugar a la nulidad radical del acto[19].

2. Incompetencia jerárquica y nulidad de pleno derecho

Pese a la omisión legal, la doctrina subraya que las incompetencias jerárquicas, cuando sean graves (esto es, cuando la distancia entre el órgano que dictó el acto y quien legalmente tenía atribuida la competencia es grande), deben ser sancionadas con la nulidad de pleno derecho. Así, señala Parada que la «incompetencia manifiesta» no queda reducida en la versión jurisprudencial a los supuestos de incompetencia por razón de la materia y del territorio, pues incluye la incompetencia jerárquica, pero limitadamente a

---

16 *Curso de Derecho Administrativo I,* ed. Civitas, 21.ª edic., 2024, pág. 696. Como señala Muñoz Machado (*Tratado…,* ob. cit., pág. 196), a la nota de que la incompetencia sea manifiesta añade la jurisprudencia una valoración sobre la gravedad de la misma. Determinar cuándo la vulneración es grave requiere un examen jurídico de la actuación normalmente. Respecto de la apreciación del carácter manifiesto de la infracción, existe una tendencia doctrinal favorable a que baste con la valoración que pueda hacer un ciudadano medio.

17 Después el art. 67.3 LRJPAC y actualmente el art. 52.3 LPAC.

18 Así, por ejemplo, SSTS de 1 de octubre de 1986, 29 de noviembre de 1986, 27 de septiembre de 1988, etc.

19 «Las causas de nulidad...», ob. cit., pág. 837.

Inciden también en la noción de la gravedad, Beladiez Rojo («La nulidad…», ob. cit., pág. 174), Lavilla Rubira («Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», ob. cit., pág. 505) y Santamaría Pastor (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos,* ed. IEA, 2.ª edic., Madrid, 1975, pág. 331). Este último señala que «la noción «manifiesta» debe ser entendida, no como evidencia del vicio, sino como una alusión indirecta y metafórica a la gravedad».

ISBN: 978-84-7777-740-3

los casos de incompetencia grave, la que tiene relevancia para el interés público o para los administrados, y que no es solo la que aparece de modo patente y claro[20].

3. Falta de atribución de la potestad a la Administración

El proceso de distribución de competencias en el seno de una administración pública comienza con la atribución a la Administración en cuanto persona jurídica de una determinada potestad, atribución que tiene que ser realizada previamente por una norma. Si esa norma previa habilitante falta, si ha perdido vigencia o si es inaplicable en un caso concreto, el órgano administrativo implicado en el mismo será manifiestamente incompetente para actuar, ya que lo es, incluso, la persona jurídica a la que pertenece[21].

La competencia es la medida de potestad atribuida a cada órgano, de forma que no puede haber competencia si no hay previamente una potestad que repartir. Mucho más lo será si la potestad no solo no se ha otorgado, sino que se ha negado formal y expresamente, como ocurre en el caso de las leyes prohibitivas (por ejemplo, prohibición de contratar con quienes adolecen de falta de capacidad —art. 71 LCSP—). La falta de potestad es, pues, el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos[22].

4. Investidura del titular del órgano, inexistencia o falseamiento del presupuesto fáctico habilitante

Hay otro aspecto de la competencia que afecta no a su distribución sino a su ejercicio: el de la investidura del titular del órgano. Si esta investidura no existe, si el titular del órgano está actuando en su propio y exclusivo beneficio o si la investidura ha terminado, la sanción es también la de nulidad

---

20 Parada, R., *Derecho Administrativo I. Parte General,* ed. Marcial Pons, 13.ª edic., Madrid, 2002, pág. 192. Este autor recalca que los casos de flagrante y grave incompetencia jerárquica no pueden ser convalidados, «como, por ejemplo, si un Director de un Instituto de Enseñanza Media expide un título de doctor o un Ministro acuerda la separación definitiva de un funcionario, sanción que está claramente reservada al Consejo de Ministros».

Siguen también este criterio de diferencia de rango del órgano que dictó el acto y el de aquél que, según el ordenamiento jurídico, debió dictar la resolución, para calificar la infracción cometida de grave y nula de pleno derecho, Santamaría Pastor (*La nulidad...,* ob. cit., pág. 329), Beladiez Rojo («La nulidad y la anulabilidad…», ob. cit., pág. 173) y García de Enterría y Fernández Rodríguez (*Curso… I,* ob. cit., pág. 712).

21 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso... I,* ob. cit., págs. 711-712.

22 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso... I,* ob. cit., págs. 711-712, exponiendo que la usurpación de funciones no administrativas es también un caso claro de falta de potestad, determinante de incompetencia manifiesta (decidir cuestiones civiles, penales, laborales, etc., que corresponden privativamente a los Tribunales de las jurisdicciones respectivas).

de pleno derecho. La misma sanción lleva aparejada también la inexistencia de los presupuestos fácticos (por ejemplo, un nombramiento hecho para una plaza ya cubierta es nulo de pleno derecho) o su falseamiento esencial (por ejemplo, se finge ser doctor en Derecho en el nombramiento de Catedrático de una Universidad)[23]. En todos estos casos, hay una situación de incompetencia, cuya calificación como manifiesta y determinante, por tanto, de nulidad de pleno derecho, dependerá de la esencialidad del presupuesto de hecho omitido o falseado, cuestión que solo podrá decidirse definitivamente caso por caso, a la vista de la norma que atribuye el poder y teniendo en cuenta la intensidad del conflicto, los intereses en juego y la trascendencia general del vicio cometido respecto del sistema mismo y del orden general que dicho sistema crea[24].

IV. ACTOS DE CONTENIDO IMPOSIBLE

El artículo 47.1.c) LPAC declara como actos nulos de pleno derecho «los que tengan un contenido imposible»[25]. Es el reflejo en el ámbito administrativo del principio general recogido en el artículo 1.272 del Código Civil, que prohíbe que sean objeto de contrato «las cosas o servicios imposibles», en cuanto que la imposibilidad de contenido viene a ser una imposibilidad de cumplimiento[26]. Se trata de una causa que ya se encontraba prevista en idénticos términos por el párrafo b) del artículo 47.1 LPA. La única diferencia, no de contenido pero sí de forma, es que en la LRJPAC se recogió como un supuesto autónomo o individualizado mientras que antes también se incluían en el mismo apartado los actos constitutivos de delito. La interpretación habitual que se da a este precepto es la de conceder a la imposi-

---

23 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *idem*.

24 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., págs. 713-714.

25 A juicio de Bocanegra Sierra (Voz «Revisión de oficio y recurso de lesividad», en *Diccionario de Derecho Administrativo II* —director: S. Muñoz Machado—, ed. iustel, 2005, pág. 1695), resulta razonable la previsión de la nulidad absoluta porque el acto que no puede ser ejecutado materialmente tampoco puede obligar, desde un punto de vista jurídico, evitando así posibles sanciones derivadas de la falta de ejecución. Y añade que la imposibilidad solo podrá ser medida con un criterio exclusivamente subjetivo cuando la obligación a cumplir sea personalísima; en el resto de los casos habrá de utilizarse un criterio objetivo, en el sentido de que solo es imposible el cumplimiento de un acto cuando nadie está en disposición de hacerlo efectivo.

26 Chinchilla Marín, C., «Nulidad...», ob. cit., pág. 201.

En este sentido, en la STS de 19 de mayo de 2000 (rec. 647/1995) se ha declarado que «el acto de contenido imposible expresa una situación que es trasunto en el ordenamiento jurídico-administrativo del supuesto contemplado en el artículo 1.272 del Código Civil para los contratos». Esta Sentencia, como expone Tovillas Morán («Nulidad de pleno derecho por acto tributario de contenido imposible», *Nueva Fiscalidad,* núm. 3, julio-septiembre de 2022, pág. 168), es el *leading case* en relación con la calificación de un acto administrativo como de contenido imposible.

ISBN: 978-84-7777-740-3

bilidad «un contenido material o físico[27], no jurídico[28], ya que la imposibilidad jurídica equivale pura y simplemente a la ilegalidad en general»[29].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2000 (rec. 647/1995)[30], después de señalar que «la nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado», ofrece una formulación general:

> «Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma *total y originaria,* a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encie-

---

27 Expone Muñoz Machado (*Tratado…,* ob. cit., pág. 198) que la imposibilidad material puede consistir en que el destinatario del acto no puede llevar a efecto sus determinaciones, ya sea por razones físicas, psíquicas, de orden técnico, o porque, dado el contenido del acto, nadie podría llevarlo a la práctica. El ejemplo más evidente es el de los actos cuyo cumplimiento depende de condiciones meteorológicas que no están al alcance del destinatario, o el de los actos inadecuados a la realidad física sobre la que recaen.

Parada (*Derecho Administrativo I*, ob. cit., pág. 192) expone que, supuesto que el contenido de los actos puede hacer referencia a las personas, a los objetos materiales y al elemento o situación jurídica, se alude a una imposibilidad por falta del sustrato personal (nombramiento de funcionario a una persona fallecida); por falta del sustrato material, como cuando la ejecución de lo que el acto impone es material o técnicamente imposible; y por falta del sustrato jurídico, como pudiera ser el caso de la revocación de un acto administrativo ya anulado.

28 Es una idea fundamental en la que insisten la doctrina, el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo. Así, Bocanegra Sierra (*Lecciones sobre el acto administrativo,* ed. Cívitas, Madrid, 2002, pág. 175) señala que la imposibilidad jurídica comportará normalmente la sanción de mera anulabilidad, pues imposible jurídicamente es cualquier acto administrativo dictado con infracción del Ordenamiento Jurídico. En parecidos términos, Santamaría Pastor (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos,* ob. cit., pág. 343) y García-Trevijano Fos (*Los actos administrativos,* ed. Cívitas, 2.ª edic., Madrid, 1991, pág. 404).

Ya el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1965 había señalado que «si no se piensa en la imposibilidad de hecho, se incurre, en cierta manera, en la negación de la sustantividad de este motivo de nulidad de pleno derecho». En los Dictámenes del CE números 2340 y 2341, de 26 de septiembre de 2002, se afirma que «como este Consejo tiene reiteradamente señalado, debe tratarse de una imposibilidad material, ideal o lógica, sin que tenga cabida la llamada imposibilidad legal, es decir, la pura o simple ilegalidad».

En fin, el Tribunal Supremo también declara que «la imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA)» (STS de 19 de mayo de 2000). Véanse también las SSTS de 15 de abril de 2004, 2 de noviembre de 2004 (rec. 130/2002), 3 de diciembre de 2008 (rec. 219/2004, FJ 5), 11 de abril de 2013 (rec. 2200/2010, FJ 4), 2 de febrero de 2017 (rec. 91/2016), etc.

29 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 696, con cita del Dictamen del CE de 13 de mayo de 1963. Igualmente Xiol Ríos: «Nulidad...», ob. cit., pág. 224, con cita de la STS de 27 de marzo de 1984, si bien matiza que la jurisprudencia equipara a la imposibilidad material aquellos supuestos en los que «falta el sustrato jurídico» (STS de 24 de noviembre de 1991).

30 *Vid.* también las SSTS de 3 de diciembre de 2008 (rec. 219/2002) y 11 de abril de 2013 (rec. 2200/2010).

rran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado *en algunos casos* la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de este[31]».

Sistematizando los diferentes supuestos[32], son de contenido imposible:

1. Actos en que exista una imposibilidad material o física de cumplimiento

Esa imposibilidad tiene que ser de carácter *originario*[33] (así, por ejemplo, la concesión de un caudal de agua que el canal de donde se toma no lleva ni puede llevar: Dictamen del CE de 9 de febrero de 1961). La imposibilidad sobrevenida (muerte posterior del funcionario sancionado, destrucción del edificio que se había ordenado restaurar, etc.) no entraña ningún vacío de legalidad, sino simplemente la ineficacia del acto[34].

---

31 El Dictamen del CE número 349/2002, de 4 de abril de 2002, se pronuncia en parecidos términos.

32 Tovillas Morán («Nulidad de pleno…», ob. cit., págs. 163 y ss.) sistematiza diferentes supuestos de nulidad de pleno derecho de actos tributarios de contenido imposible en los siguientes grupos: a) Acto tributario de contenido imposible debido a la inexistencia de personalidad jurídica propia del sujeto pasivo de la obligación tributaria (así, por ejemplo, Dictamen del CE 1443/2013, de 9 de julio de 2015: se considera nula la liquidación de un pago fraccionado por resultar un acto de contenido imposible, pues tanto en el momento del devengo de la obligación de efectuar el pago fraccionado como en el momento de la notificación del procedimiento de comprobación limitada, la sociedad potencialmente obligada había quedado legalmente extinguida); b) Acto tributario de contenido imposible por anulación del acto o negocio jurídico de carácter extrafiscal que sirve de sustrato al nacimiento de la obligación tributaria (Dictámenes del CE 154/2019, de 21 de marzo de 2019; 155/2019, de 27 de marzo de 2019; y 156/2019, de 11 de abril de 2019, relativos a la inexistencia de una ganancia de patrimonio sujeta a gravamen por el IRPF como resultado de la declaración de nulidad del negocio jurídico previo —compraventa de bienes inmuebles—); c) Acto tributario de contenido imposible por anulación del acto tributario que sirve de presupuesto jurídico del acto tributario posterior (Dictamen del CE 984/2016, de 19 de enero de 2017, que atribuye a la providencia de apremio la condición de acto de contenido imposible al exigirse por la vía de apremio una deuda tributaria anulada con anterioridad); d) Acto tributario de contenido imposible por defunción del obligado tributario previa al devengo de la obligación tributaria (Dictamen del CE 158/2019, de 30 de mayo de 2019: exigencia de deuda tributaria a la hija del contribuyente que había repudiado la herencia); e) Acto tributario relativo a la adjudicación de bienes siguiendo la normativa sobre el procedimiento de recaudación de contenido imposible por inexistencia física del bien o falta de titularidad del bien objeto de adjudicación (Dictamen del CE 1004/2018, de 28 de febrero de 2019: nulidad del acto de adjudicación de una plaza de garaje tras un procedimiento de apremio, cuando no quedaba ninguna plaza de garaje por asignar; Dictamen del CE 557/2019, de 24 de octubre de 2019: subasta por la AEAT de un bien que no pertenecía a la entidad ejecutada).

33 Que la imposibilidad sea originaria supone, como señala Bocanegra Sierra (*Diccionario...,* ob. cit., pág. 1695), «que exista ya en el momento de dictar el acto; en otro caso, estaríamos ante ejemplos de ineficacia sobrevenida».

34 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 696. Un ejemplo de inadecuación a la realidad física es el Dictamen del CE 982/2013, de 30 de enero

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. Actos de contenido indeterminado, ambiguo o ininteligible[35]

Es el caso, por ejemplo, de la imposición de una sanción pecuniaria sin concretar su cuantía[36]. La indeterminación del contenido del acto imposibilita su ejecución y eficacia práctica, incurriendo en un vicio de nulidad radical. El contenido del acto ha de ser, pues, determinado o al menos determinable sin necesidad de dictar otro acto administrativo[37].

3. Actos de contenido contradictorio o carente de lógica

Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, «otra clase de imposibilidad que entra dentro del tipo legal es la de carácter ideal o lógico[38]». La llamada imposibilidad lógica o ideal es producto de una contradicción interna del acto que determina su carencia de lógica interna[39].

---

de 2014: adjudicación de una finca inexistente; pues, a pesar de haber tenido acceso al Registro de la Propiedad y constar en el Catastro, no existía como realidad física (Picón Arranz: *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Configuración legal y aplicación práctica,* ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pág. 162).

35 Como recuerda la STS de 3 de diciembre de 2008 (rec. 219/2004), «la jurisprudencia ha equiparado *en algunos casos* la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de este (sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985)». Igualmente SSTS de 2 de noviembre de 2004 (rec. 130/2002), 17 de enero de 2005 (rec. 201/2002) y 12 de febrero de 2006. «En algunos casos», recalca la STS de 2 de febrero de 2017 (rec. 2620/2015). Y esto porque, según expone Picón Arranz (*Las causas…,* ob. cit., pág. 164), implica una interpretación extensiva del precepto, contraria a las exigencias jurisprudenciales que insisten en su apreciación prudente y restringida. Un ejemplo de este supuesto es la STS de 29 de julio de 1986 (rec. 733/1983), referida a un acto administrativo que ordenó realizar unas obras en unos inmuebles de propiedad privada por motivos de salubridad y habitabilidad, sin concretar las deficiencias de los inmuebles ni las obras necesarias para subsanarlas.

36 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *idem.*

37 García-Trevijano Fos, J. A., *Los actos...,* ob. cit., págs. 404-405. Trayter («Las causas...», ob. cit., pág. 847) ofrece, entre otros, los siguientes ejemplos tomados de la jurisprudencia: el acto por el que se aprueba el Proyecto de Ordenación de una manzana con la condición de que en una finca «se subsanen las deficiencias o se realicen nuevas alineaciones», sin especificar nada más (STS de 7 de julio de 1976: ordenación de la Manzana de la calle Meléndez Valdés), o la resolución que ordena «aplicar la sanción correspondiente por construcción abusiva» (STS de 9 de mayo de 1985: demolición de edificio en Talavera de la Reina).

38 *Curso... I,* ob. cit., pág. 696.

39 Santamaría Pastor, J. A., *La nulidad…,* ob. cit., pág. 347.

El Dictamen del CE de 1 de abril de 1965 se refiere a este caso, al «que puede denominarse ideal», y que se produce «cuando dentro de un acto se aprecie que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea». Puede decirse, «en buena doctrina, que el acto administrativo en cuestión resulta de imposible contenido». Según el Dictamen del CE 603/2019, de 24 de julio de 2019, la imposibilidad ideal surge cuando la estructura lógica del acto está defectuosamente conformada al existir dentro de la misma elementos contradictorios. Y, así, declarada extinguida una autorización por el transcurso del tiempo, no es posible desde un punto de vista lógico o ideal, retirar del mundo jurídico un acto que ya ha desaparecido.

4. Actos con falta de sustrato jurídico que determina su imposible realización[40]

Un acto es jurídicamente imposible cuando contradice clara y terminantemente el ordenamiento Jurídico, no por cualquier causa, sino por faltar los presupuestos del propio acto[41]. No obstante, en la práctica, la distinción entre este supuesto de nulidad por imposibilidad manifiesta y otros vicios de ilegalidad no es sencilla[42].

---

40 Xiol Ríos, J. A., «Nulidad...», ob. cit., pág. 222; Trayter, J. M., «Las causas...», ob. cit., pág. 847. Sería, por ejemplo, el supuesto analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1986 (moción de censura a un concejal), en donde se analiza la legalidad del acuerdo del Alcalde impidiendo la votación para censurar a un concejal «pues esa posibilidad solo está prevista en la Constitución (art. 113) para el Gobierno, y permitir esa votación… daría lugar precisamente a un acto cuyo contenido resulta imposible de llenar conforme al Ordenamiento vigente».

41 Lado-Castro Rial, C., Saucedo Delgado, A., y Vizcaíno Calderón, M., *Manual de Revisión de Actos en Materia Tributaria (Libro conmemorativo del 125 aniversario de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado)* —VV.AA.—, ed. Ministerio de Justicia-Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 227. Como ejemplo de imposibilidad jurídica cita Cosculluela Montaner (*Manual de Derecho Administrativo, I*, ed. Thomson-Cívitas, 14.ª edic., Madrid, 2003, pág. 358) el nombramiento para una plaza funcionarial ya cubierta.

Según el Dictamen del CE 603/2019, de 24 de julio de 2019, la imposibilidad jurídica tiene lugar cuando el acto contradice de manera clara y terminante el ordenamiento jurídico al faltar los presupuestos del propio acto.

El Dictamen del Consejo de Estado 2865/2000, de 19 de octubre de 2000, se refiere a un caso de imposibilidad jurídica: «la Administración dictó una resolución reconociendo el derecho de reversión sobre unos bienes que están afectos aún hoy día al servicio público ferroviario. Dicha afectación es la que justificó su expropiación. Es claro que dicha resolución, la del Gobernador Civil de Jaén de 23 de junio de 1992, carecía del presupuesto fáctico y jurídico preciso para el reconocimiento del derecho de reversión. Este no podía nacer porque faltaba el hecho mismo determinante de su existencia, como es la desvinculación de los bienes expropiados respecto del fin para el que lo fueron. Hay, por tanto, que apreciar la existencia de una imposibilidad jurídica en la resolución de 23 de junio de 1992, que es de tal gravedad que puede ser incardinada, sin violencia, en el apartado *b)* del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958».

42 Un ejemplo de ello es el Dictamen del CE 155/2018, de 1 de marzo de 2018. El acto cuya nulidad se pedía era una declaración de responsabilidad subsidiaria basada en el art. 43.1.b) LGT, que tiene como presupuesto ser administrador de una sociedad, cuyas deudas se le derivan. En el caso, el nombramiento como administradora había sido declarado *nulo de pleno derecho* por sentencia firme de un Juzgado de lo Mercantil (posterior a la declaración de responsabilidad). Por tanto, como afirma el CE, la responsable nunca había sido administradora, faltando uno de los presupuestos de hecho del acto: el acuerdo de declaración de responsabilidad subsidiaria es un acto de contenido imposible porque se basó en un nombramiento que nunca existió. Se pregunta B. Araujo Arce («Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la doctrina del Consejo de Estado», en *Derecho Administrativo* —Directores: E. Ortega Burgos y F. Pastor Ruiz—, ed. Tirant lo Blanch, 2021, págs. 50-51) si esto es, en realidad, un supuesto de imposibilidad jurídica. «La diferencia estribaría en que la cualidad de ser o no administrador se encuadra como presupuesto de hecho del acto, por más que dependa de actos jurídicos (nombramiento y aceptación). Pero inevitablemente, en la medida en que es así, este tipo de supuestos difuminan hasta cierto punto la barrera entre la imposibilidad jurídica y la imposibilidad material».

ISBN: 978-84-7777-740-3

En cualquier caso, advierten García de Enterría y Fernández Rodríguez que «en rigor, en todos estos casos más que de actos nulos de pleno derecho habría que hablar de actos inexistentes, ya que, normalmente, la imposibilidad de contenido se traduce en imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno[43]».

V. ACTOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN PENAL O DICTADOS COMO CONSECUENCIA DE ESTA

La LRJPAC de 1992 introdujo dos rectificaciones concretas en la definición del supuesto que describía el artículo 47.1.b) LPA[44]. La nulidad de pleno derecho se refiere, no al delito, sino a la infracción penal en general, lo que comprendía también las faltas[45]. Además, el precepto aclara que se incluyen en el supuesto[46] no solo los actos que en sí mismos constituyan infracción penal[47], sino también aquellos otros cuya producción haya sido

---

43 *Curso... I,* ob. cit., pág. 697. En este sentido, entiende Mellado Ruiz («Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos», en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público* (Director: E. Gamero Casado), vol. 2, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 1868-1869) que la afirmación general de que los actos administrativos contaminados por un vicio de nulidad radical son totalmente ineficaces (en el sentido de que en la práctica no producen ningún resultado o consecuencia), solo es correcta cuando se predica de los actos de contenido imposible, es decir, aquellos actos en los que la declaración que formula la Administración, por razón de su contenido, no puede materializarse en la realidad práctica, y, por tanto, es empíricamente comprobable que no producen efectos. Los actos cuyo contenido es, en sí, imposible, no son realmente actos (porque carecen de contenido), pero la presunción de validez genérica atribuida a la Administración obliga a su predeterminación como nulos de pleno derecho. A su juicio, no son actos viciados, sino inexistentes.

En cambio, Picón Arranz (*Las causas de nulidad…*, ob. cit., págs. 166-167) matiza esta conclusión, pues si el acto administrativo goza de una mínima apariencia de tal y, por tanto, se presume válido y eficaz, sería demasiado arriesgado afirmar que no produce efectos por el hecho de no poder ejecutarse en la práctica por imposibilidad de su contenido.

44 Que consideraba nulos de pleno derecho los actos «*constitutivos* de delito».

45 Como advierte Picón Arranz (*Las causas…,* ob. cit., pág. 170), eliminadas las faltas de nuestro ordenamiento jurídico-penal, este supuesto afectará a los actos administrativos que, por sí mismos, encajen en alguna conducta tipificada como delito en el Código Penal o en las leyes penales especiales (por ejemplo, si un funcionario emite una certificación falsa).

46 Los Dictámenes del CE 3.251/98, de 1 de octubre; y 960/2015, de 19 de noviembre, declaran que la concurrencia de esta causa de nulidad únicamente puede apreciarse cuando el acto dictado sea constitutivo de infracción penal, es decir, cuando el acto sea *per se* un acto delictivo o en los casos en que en el procedimiento administrativo se haya cometido algún delito, cuya comisión influencie la resolución finalmente adoptada.

47 Como señala Picón Arranz (*Las causas…,* ob. cit., págs. 170 y ss.), la norma exige que el acto constitutivo de delito sea un acto administrativo. Si el acto delictivo emana de un particular, aunque se produzca en el seno de un procedimiento administrativo y tenga efectos jurídico-públicos, nunca podrá declararse su nulidad aplicando el primer inciso del art. 47.1.d) LPAC.

posible como resultado de una infracción penal antecedente[48]. Esta segunda rectificación —reclamada por la doctrina[49]— resulta, a juicio de García de Enterría y Fernández Rodríguez, «plenamente acertada (...). La inclusión en el tipo legal de nulidad de pleno derecho de los actos que se dicten como consecuencia de una infracción penal es, por lo demás, plenamente coherente con la posición que la propia LPAC, siguiendo también la huella de la anterior LPA, adopta al regular el recurso de revisión, que, según precisa el actual artículo 125, es procedente contra las resoluciones en cuya adopción «hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme», así como contra las dictadas «como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme[50]».

---

48 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 629. Señala Picón Arranz (*Las causas…,* ob. cit., pág. 176) que, en la práctica, esta causa de nulidad entra en escena fundamentalmente en dos delitos: el delito de falsedad documental y el delito de cohecho. En el primer caso, no importa quién es el autor del delito (la Administración, el interesado o un tercero); lo decisivo es que el delito de falsedad esté declarado por sentencia penal firme y que esté conectado causalmente con el acto administrativo. Un ejemplo de autoría de tercero es la STS de 9 de mayo de 2012 (rec. 230/2011), en que se declaró la nulidad de pleno derecho de una Orden que mandó expedir la Carta de sucesión en el título nobiliario de Marqués, pues para su otorgamiento fue presupuesto necesario la presentación de cinco partidas eclesiásticas declaradas falsas en sede penal. La falsificación de la documentación se llevó a cabo por los abogados del beneficiario del título nobiliario.

Explica Martínez Lafuente («La nulidad…», ob. cit., pág. 17) que, en el ámbito tributario, este supuesto de nulidad (art. 217.1.d) hace referencia a la coincidencia del acto de liquidación con la comisión de un delito (*v. gr.* cuando concurran los delitos de falsedad o de coacciones); suele aparecer cuando se contrasta la Sentencia penal sobre delito contra la Hacienda Pública con actos de gestión tributaria relacionados con aquella.

49 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso... I,* 5.ª edic., 1989, ob. cit., pág. 601.

50 *Curso... I,* ob. cit., pág. 698.

Expone Picón Arranz (*Las causas…,* ob. cit., pág. 174) que el elemento fundamental de este supuesto de nulidad no tiene que ver con el autor del delito, sino con la relación de causalidad entre el ilícito penal y el acto administrativo posterior. Hay que analizar la influencia concreta que el delito ha tenido en el acto administrativo, de manera que solo si esta es determinante de su contenido procederá su nulidad. La relación de causalidad, a efectos de la declaración de nulidad del acto, exige la concurrencia de dos circunstancias: a) El acto administrativo debe estar «decisivamente influido y preparado» (STS de 15 de abril de 2004, rec. 7249/1999) por el delito que le precede temporalmente en el procedimiento administrativo; es decir, se exige que el contenido del acto administrativo cuya nulidad se cuestiona haya sido «determinado esencialmente por elementos constitutivos de delito» (STS de 9 de mayo de 2012, rec. 230/2011). Igualmente, el Dictamen del CE 1742/2011, de 23 de febrero de 2012, entiende que los actos nulos por este motivo «tienen como presupuesto una conducta delictiva, es decir, en cuya elaboración ha sido causa determinante dicha conducta delictiva». b) La rigurosidad del nexo causal ha de ser tal que «sin el delito cometido no se hubiera producido el acto» (Dictámenes del CE 176/2015, de 16 de abril; 1742/2011, de 23 de febrero de 2012; 2121/2005, de 9 de febrero de 2006; etc.).

ISBN: 978-84-7777-740-3

La infracción penal antecedente ha de tener, en todo caso, una relación *directa* con el acto administrativo posterior para poder predicar la nulidad absoluta de este por ese motivo, de forma que sea realmente determinante de su adopción[51].

Expone Beladíez Rojo que esta causa de nulidad procede no solo cuando el acto administrativo sea constitutivo de una infracción penal (lo que puede suceder tanto porque el acto constituya en sí mismo una infracción penal, o porque ordene realizar una conducta tipificada como delito[52]), sino también cuando se dicte a consecuencia de esta (por ejemplo, licencia otorgada mediante cohecho). A su juicio, en este último caso, el acto, aisladamente considerado, puede ser perfectamente conforme a Derecho, pero si se ha cometido un delito para su consecución, ese acto será nulo de pleno derecho[53] (por ejemplo, se da dinero a un funcionario con el fin de que conceda la licencia con mayor rapidez, licencia que, aunque en sí misma, es perfectamente ajustada a la legalidad, será nula de pleno derecho por haber sido otorgada como consecuencia de una infracción penal)[54].

---

51 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 698. Igualmente González Rivas: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992* —junto a González Pérez y González Navarro—, ed. Cívitas, Madrid, 2000, pág. 358.

52 González Pérez y González Navarro (*Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, ed. Thomson-Civitas, 4.ª edic., Madrid, 2007, pág. 1742) incluyen también dentro de los actos constitutivos de infracción penal los actos que ordenan la comisión de una infracción penal.

Un ejemplo claro de esta modalidad lo ofrecen Lado Castro-Rial, Saucedo Delgado y Vizcaíno Calderón (*Manual...,* ob. cit., pág. 230): una orden ilegal de entrada en un domicilio que se ejecuta posteriormente con la comisión de un delito de allanamiento de morada.

53 Respecto a esta cuestión, con mejor criterio, Picón Arranz distingue entre actos reglados y discrecionales. En los actos reglados (por ejemplo, otorgamiento de una licencia a quien cumple con todos los requisitos exigidos por la ley, pero entregando una suma de dinero al funcionario público competente para acelerar el proceso de otorgamiento), al margen de las responsabilidades penales por el delito de cohecho, entiende el autor que no cabría declarar la nulidad de la licencia, pues esta se hubiera otorgado igualmente. La solución es distinta en el caso de los actos discrecionales (por ejemplo, un procedimiento de concurrencia para obtener la adjudicación de un contrato de obra pública, con varios licitadores, entregando uno de ellos una suma de dinero al órgano administrativo encargado de la adjudicación —delito de cohecho—, consiguiendo que se le adjudique el contrato de obra). En estos casos, «en principio, se habrá de presumir que estamos ante un acto nulo de pleno derecho por haber sido dictado como consecuencia de un delito» (*Las causas…,* ob. cit., pág. 175).

54 «La nulidad...», ob. cit., págs. 175-176. Muñoz Machado (*Tratado…,* ob. cit., pág. 202) expone que es más fácil que la sentencia penal pueda pronunciarse sobre la invalidez de los actos administrativos en el caso de los actos constitutivos de infracción penal, en el que el acto correspondiente será necesariamente nulo de pleno derecho por determinación del art. 47.1.d), de manera que la decisión sobre este extremo del tribunal penal solo supondrá la aplicación de la legalidad administrativa en el marco de un proceso punitivo, lo que es común (asuntos tributarios, medioambientales y urbanísticos, y otros muchos en los que los

Los dos problemas básicos que suscita la aplicación de esta causa de nulidad son dos: a) la existencia de prejudicialidad penal, y b) la vinculación de la sentencia dictada por el orden penal. Respecto a la primera cuestión, se plantea el problema de si es obligatorio el que, con carácter previo a decretarse la nulidad de pleno derecho del acto en vía administrativa, deba haber sido declarada por la jurisdicción penal la infracción penal[55]. Así se viene entendiendo tanto por la redacción del precepto como por el principio de prejudicialidad penal que se encuentra contemplado en el artículo 10.2 LOPJ, que afirma que «... la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca[56]». No obstante, García de Enterría y Fernández Rodríguez mantienen que «para poder declarar la nulidad de pleno derecho de un acto por este motivo no parece que sea necesario que el Tribunal penal declare que se ha cometido un delito. Tal declaración puede ser imposible cuando el autor muera antes de dictarse

---

tipos penales se integran mediante remisiones a la legalidad administrativa), que en el caso de los actos dictados como consecuencia de una infracción penal. Estos últimos no tienen por qué ser necesariamente objeto de enjuiciamiento en el proceso penal, e incluso pueden no llegar a ser conocidos por el tribunal que está enjuiciando el delito.

Como subraya Araujo Arce («Las causas…», ob. cit., pág. 51), cuando el acto es consecuencia de una infracción penal, existe una dificultad que no se plantea cuando el acto constituye infracción penal en sí mismo, pues resulta complejo saber hasta qué punto existe o no esa relación de causalidad. El CE (así, Dictamen 175/2015, de 13 de mayo de 2015) toma en consideración dos criterios para valorar si un acto es «consecuencia» de una infracción penal: «por un lado, si el beneficiado por el acto en cuestión tenía intención de defraudar o de adquirir con engaño, dolosamente y a sabiendas, un derecho o favor; por otro lado, si cabe apreciar un nexo causal «riguroso» entre la infracción y el acto administrativo». Esto último se concreta en el Dictamen del CE 649/2019, de 26 de septiembre de 2019, en que sin el delito no se hubiera dictado el acto («Tampoco se aprecia la existencia de un nexo causal «riguroso» entre la falsedad documental y las liquidaciones practicadas, pues no es evidente que las mismas no se hubieran dictado aunque no se hubiera cometido el delito de falsedad documental»). Añade que esta formulación tiene en mente a un delincuente ajeno a la Administración, que pretende obtener de ella un acto favorable. Y esto plantea la cuestión de quién puede cometer el delito que funda la nulidad. El CE ha admitido tanto supuestos en que la conducta delictiva es del personal al servicio de la Administración, como los casos en que es del administrado. El ejemplo paradigmático del primer caso es el acto constitutivo de prevaricación, mientras que el del segundo es el acto favorable dictado porque el interesado acredita unos requisitos —que no concurren— mediante documentos falsificados. Un supuesto intermedio es el del acto dictado mediante cohecho que analiza el Dictamen 175/2015, puesto que el delito involucra tanto a personas integradas en la Administración como ajenas a esta.

55 No basta con que exista Sentencia penal, sino que esta debe ser firme (Sánchez Morón: *Derecho Administrativo. Parte general,* tecnos, decimosexta edic., 2020, pág. 570). Igualmente la STS de 26 de noviembre de 2008 (rec. 1988/2006).

56 Es decir, el órgano judicial que esté conociendo del asunto «debe suspender el procedimiento remitiendo a la jurisdicción penal. Solo una vez resuelta podrá continuar el procedimiento hasta la sentencia» (Muñoz Machado: *Tratado…,* ob. cit., pág. 200).

ISBN: 978-84-7777-740-3

la sentencia penal o sea inimputable o no sea habido, circunstancias todas ellas que no tienen por qué impedir las consecuencias estrictamente administrativas de su acción, si esta es, en efecto, una acción antijurídica y está tipificada como delito en las Leyes penales[57]».

El artículo 47.1.d) LPAC exige que los actos «sean *constitutivos* de infracción penal o se dicten como *consecuencia de esta*». Es decir, el presupuesto de aplicación de esta causa de nulidad es que se haya producido un delito, y, por tanto, la acción no ha de ser solo típica y antijurídica sino también culpable. Habría que determinar, de acuerdo a la normativa procesal y la praxis forense, si el Juez penal en la resolución en la que *exonera de penalidad* establece la presencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, o simplemente existe una exoneración de la penalidad para el responsable. En la primera hipótesis, la Administración ya contaría con base jurídica suficiente para declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo[58]. En la segunda hipótesis (un ejemplo sería la muerte del sujeto antes de ser condenado) no existe ningún obstáculo para que la propia Administración o los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, como señala Ayala Muñoz, puedan determinar si hubo o no infracción penal, pero a los *solos efectos* de declarar la nulidad del acto[59].

En cualquier caso, esta materia se ha visto afectada, como dice García de Enterría[60], al alterar el Tribunal Constitucional la situación existente en materia de cuestiones prejudiciales en la jurisdicción penal. El artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que: «*Por regla general,* la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende

---

57 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., págs. 700-701. Igualmente Picón Arranz: *Las causas…*, ob. cit., pág. 178.

58 Garberí Llobregat y Buitrón Ramírez (*Revisión e impugnación de actuaciones tributarias (1)* —VV.AA., director: Garberí Llobregat—, ed. Bosch, Barcelona, 2006, pág. 33) señalan que, para declarar la nulidad de una actuación administrativa, bastaría con que existiese, por ejemplo, «un auto de sobreseimiento libre dictado al amparo del art. 637.3.º LECrim (esto es, los casos en que se reconoce la comisión del delito pero se considera a los responsables exentos de responsabilidad criminal)».

59 *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (VV.AA.), ed. Thomson-Aranzadi, 4.ª edic., Cizur Menor, 2008, pág. 455. El CE exige para que se pueda declarar la nulidad por esta causa que la existencia del delito que la fundamenta haya sido declarada en una condena penal firme (véase el Dictamen 1751/2006, de 2 de noviembre de 2006), como consecuencia de la prejudicialidad penal (arts. 10.2 LOPJ y 4 LJCA). Sin embargo, como indica el Dictamen 175/2015, de 13 de mayo de 2015, «en ocasiones y de modo excepcional se ha apreciado esta causa de nulidad aun sin sentencia penal condenatoria». Esto ocurre en «ciertos casos en los que, siendo la conducta típica y antijurídica, el presunto autor del delito murió antes de que se dictase la sentencia, o fue declarado inimputable» (Dictamen 1217/2005, de 8 de septiembre de 2005).

60 Seguimos su estudio, «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 98, 1998, págs. 231 a 249.

a resolver, *para solo el efecto de la represión,* las cuestiones civiles y *administrativas prejudiciales* propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación». Es la cuestión prejudicial incidental, atrayente en favor de la jurisdicción penal o no devolutiva. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha dispuesto una excepción a esa jurisdicción atrayente del juez penal, en estos términos: «Sin embargo, si la cuestión prejudicial *fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia,* el Tribunal de lo criminal *suspenderá* el procedimiento hasta *la resolución de aquélla por quien corresponda,* pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente». El régimen abierto por este precepto (la llamada «cuestión prejudicial devolutiva», puesto que implica devolver la jurisdicción para resolver al órgano jurisdiccional competente por razón de la materia o a título principal como presupuesto de la posterior Sentencia penal), según el cual el juez penal debe abstenerse de pronunciarse sobre la cuestión prejudicial cuando esta «fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia», remitiendo su resolución previa al juez civil o contencioso-administrativo, aunque formulada en términos imperativos por la Ley, se interpretó siempre como una mera facultad, la cual, además, se llegó a aplicar muy raramente. Lo que interesa analizar es el régimen que resulta de la declaración formal que hacía el artículo 62.1.d) LRJPAC [hoy, art. 47.1.d) LPAC]. Aparentemente, hay una remisión de la Ley administrativa a la Ley penal, de modo que cabría entender que resulta alterado el régimen de la prejudicialidad expuesto: la Sentencia penal produciría fuerza de cosa juzgada en el ámbito material del Derecho Administrativo, de forma que a este le correspondería solo constatar este efecto como definitivo y extraer sus consecuencias definitivas. Esta hipotética operatividad automática de un delito formalmente declarado respecto a la validez de un acto administrativo como producto o consecuencia de ese delito, dice García de Enterría, sufrirá una trascendental rectificación por varias Sentencias del Tribunal Constitucional, que anularon sentencias penales que habían declarado la existencia de un delito, por no haber respetado la regla del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la primera de las Sentencias (STC 30/1996, de 26 de febrero), la jurisdicción contencioso-administrativa competente a título principal (en concreto, la AN, aunque la sentencia no era firme pues se hallaba recurrida ante el TS) había reconocido el derecho al ejercicio profesional de dentista, mientras que la jurisdicción penal, competente a título prejudicial incidental, había calificado de delictivo ese ejercicio. El recurso de amparo se dirigió frente a esta Sentencia. El Tribunal Constitucional lo estima y revoca la sentencia penal. A juicio del TC:

> «Tratándose, pues, de una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual *se había incoado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo,* es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma pro-

ISBN: 978-84-7777-740-3

> cesal [art. 4 L.E.Crim.], el Tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia (cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del artículo 3 L.E.Crim. se tratara). Lo que pudo haber hecho es, bien haber reconocido valor prejudicial vinculante a la Sentencia de la Audiencia Nacional, bien, al menos, haber suspendido el procedimiento penal hasta tanto hubiera ganado firmeza dicha Sentencia, pero, en cualquier caso, lo que nunca debió haber hecho, sin infringir el derecho a la tutela, es haber ignorado los efectos prejudiciales de aquella Sentencia administrativa, violentando su pronunciamiento, pues la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 de la Constitución no es incondicionada, sino que ha de efectuarse con arreglo a las normas de competencia entre los distintos órganos jurisdiccionales y de procedimiento preestablecidas».

Por eso, tras anular la Sentencia penal, ordena «retrotraer las actuaciones al momento anterior de dictar Sentencia, a fin de que... se proceda a dictar la Sentencia que en Derecho proceda *teniendo en cuenta el contenido de la Sentencia de 23 de noviembre de 1992, de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional».*

Esta doctrina se reitera en las SSTC 50/1996, de 26 de marzo; 91/1996, de 27 de mayo; y 102/1996, de 11 de junio. Salvo en esta última Sentencia, el Tribunal Constitucional se enfrentó con un caso límite: la jurisdicción contencioso-administrativa, competente a título principal, se había pronunciado formalmente en la cuestión administrativa del delito de usurpación de funciones en un sentido opuesto a como el Tribunal penal, por vía de prejudicialidad, había calificado la situación. En el caso de la STC 102/1996, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo no se había pronunciado aún, aunque había abierto un proceso en el que iba a pronunciarse. A juicio de García de Enterría, «lo relevante es que el Tribunal Constitucional ha entendido que el planteamiento de la cuestión devolutiva en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa procedía, no por razón de ese *prior tempore* en que esta había actuado, sino por los propios términos del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que para nada considera tal prioridad[61], sino solo que «la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia», y nada más. Y que no deferir al juez contencioso-administrativo una cuestión de Derecho Administrativo determinante de la punibilidad supone una infracción al artículo 24 de la Constitución»[62]. Y añade que debe plantearse cuestión prejudicial devolutiva en los términos del artículo 4 LECrim en los nuevos campos penal-administrativos que ha abierto el nuevo Código Penal, ámbitos cuya complejidad jurídico-administrativa es manifiesta, apuntando dos principios: «1.º) Que, si con posterioridad a la

---

61 No obstante, hay que subrayar que el TC señala expresamente que «... una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual *se había incoado ya* el pertinente proceso contencioso-administrativo» (véase *infra*).

62 «La nulidad...», ob. cit., pág. 241.

Sentencia penal condenatoria, se obtuviese una Sentencia contencioso-administrativa de la que resultare que la supuesta ilegalidad administrativa, de la que la jurisdicción penal partió no es tal (...) esta Sentencia contencioso-administrativa será título suficiente y decisorio para promover un recurso de revisión de la Sentencia penal (...). 2.º) El caso más importante, con todo, es el de la declaración de nulidad de actos administrativos como consecuencia de la Sentencia final condenatoria, según el artículo 62.1.d) de la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común. Aquí habría que distinguir según el contenido del juicio penal. Es posible que este se produzca en virtud de categorías que son propias y exclusivas del sistema jurídico penal (por ejemplo, detenciones ilegales y secuestros, homicidio, torturas, hurto, extorsión, rebelión, delitos contra la libertad individual, etc.); en estos supuestos, el juez penal enjuicia y decide a título principal y no prejudicial, de modo que los hechos de las respectivas Sentencias no podrán ser contradichos (y ni siquiera conocidos) por la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero hay otros supuestos en que el juez penal, para llegar a la conclusión de la Sentencia, debe hacer estimaciones prejudiciales del orden jurídico-administrativo inequívocamente tal. Ya hemos apuntado a ejemplos manifiestos, como todos los del Título XVI del Libro II del Código Penal, «delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio artístico y del Medio Ambiente», delitos en que la Ley penal —«en blanco», en este caso— ha debido remitirse a ilícitos administrativos regulados por la Ley administrativa material; la estimación del juez penal tendrá que ser, pues, necesariamente, de carácter prejudicial». Añade este ilustre autor que en estos supuestos resultará aplicable la nueva regla jurisprudencialmente establecida por el Tribunal Constitucional; resultando siempre posible que «como la declaración de nulidad de los actos administrativos resultantes deberá declararse por la propia Administración, según la técnica de la revisión de oficio (art. 102 LRJPAC y su referencia al art. 62, que hemos visto que declara nulos de pleno derecho a los actos administrativos constitutivos de delito), esta declaración administrativa de nulidad de oficio, consecuencia de la Sentencia penal y, naturalmente, posterior a ella, sea impugnable directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, abriendo, aunque sea *a posteriori,* el conocimiento de esta jurisdicción». En esa impugnación —continúa García de Enterría—, la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la que tiene la competencia principal por razón de la materia, podrá decidir sin limitaciones sobre si la ilicitud administrativa se ha producido o no, según las reglas materiales del Derecho Administrativo que a ella solo toca interpretar y resolver. En este juicio no estará vinculada en absoluto por la estimación prejudicial, que del Derecho Administrativo, haya hecho el juez penal, incidentalmente, dada la falta de fuerza de cosa juzgada de esta estimación, únicamente relevante «para solo el efecto de la represión», como precisa sin equívoco el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y concluye que «la jurisprudencia constitucional expuesta desautoriza definitivamente el posible intento de interpretar el ar-

ISBN: 978-84-7777-740-3

tículo 62.1.d) de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común como una hipotética remisión en blanco de la Ley administrativa a la Sentencia penal, que implicaría una pérdida de la competencia a título principal por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, de las cuestiones de Derecho Administrativo resueltas, por vía prejudicial incidental, por la jurisdicción penal[63]».

El problema, como ya se ha señalado, es que el Tribunal Constitucional condiciona su doctrina a la existencia previa de un recurso contencioso-administrativo[64]. Gimeno Sendra[65] nos da la interpretación auténtica. Considera que deberían ser objeto de tratamiento devolutivo y excluyente las acciones susceptibles de ser subsumidas en un concurso aparente de leyes, tanto penales, como civiles o administrativas, es decir, cuando una determinada acción reciba simultáneo reproche y de la misma naturaleza por el Derecho Penal y por el Derecho Civil o Administrativo, lo que sucedería en aquellos casos en que el Código Penal de 1995 procedió a convertir en ilícitos penales lo que hasta entonces eran ilícitos administrativos o civiles. Y señala, sin ánimo exhaustivo, que deberían ser tratadas como cuestiones prejudiciales devolutivas y excluyentes del artículo 3 LECrim los delitos de adopción de acuerdos sociales «abusivos» o de infracción del derecho a la información o de voto de los artículos 291-293, el delito de plagio del artículo 270, el de usurpación de patente o de modelo de utilidad o marcas de los artículos 273 y ss., el de desvío de subvenciones públicas del artículo 308.2, el delito de tráfico ilegal de mano de obra de los artículos 312 y 313.1, los delitos de construcciones no autorizadas o no autorizables en suelos protegidos o no urbanizables del artículo 319, los delitos contra el patrimonio histórico del artículo 321, los delitos ecológicos de los artículos 325 y ss., los delitos contra la fauna y flora especialmente protegida de los arts. 332 y ss., determinados delitos de riesgo y contra la salud pública, el delito de usurpación de funciones del artículo 403 y el de tenencia de armas prohibidas o sin licencia de los artículos 563 y 564 CP. Y, en lo que aquí interesa, subraya que para aplicar la doctrina de la STC 30/1996 tiene que estar incoado el correspondiente proceso contencioso-administrativo: «En todos estos casos, si se hubiera incoado el pertinente proceso civil o administrativo, debiera, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 LECrim y de

---

63 «La nulidad...», ob. cit., págs. 241-243.

Esta doctrina, como resalta el autor, resultaría especialmente aplicable en el delito de prevaricación, pues el elemento objetivo del delito, la resolución injusta o arbitraria, es una cuestión exclusiva del Derecho Administrativo.

64 Con todo, el razonamiento jurídico de García de Enterría es impecable porque el artículo 4 LECrim en ningún momento exige que esté interpuesto un recurso contencioso-administrativo.

65 *Derecho Procesal Penal,* ed. Colex, 1.ª edic., 2004, págs. 197 y ss. (el autor fue el Ponente de la STC 30/1996).

la doctrina de la STC 30/1996, suspenderse el proceso penal hasta tanto el Tribunal del orden jurisdiccional competente determine la correspondiente cuestión prejudicial[66]».

El segundo problema —apuntado más atrás— que plantea el artículo 47.1.d) LPAC (antes, art. 62.1.d) LRJPAC) es el de la vinculación de la sentencia dictada por el orden penal. A los órganos del orden jurisdiccional penal les corresponde determinar si los hechos son constitutivos de delito, pero no deben extender su pronunciamiento a la nulidad del acto administrativo. Es competencia de la Administración y de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo realizar la declaración de nulidad del acto y para ello deberán apreciar, teniendo en cuenta la declaración de delito efectuada por el Juez penal, si el acto administrativo incurre en el vicio de nulidad de pleno derecho, es decir, si en sí mismo es constitutivo de infracción penal o si se ha dictado como consecuencia de esta[67].

No obstante, advierte Muñoz Machado que la práctica centenaria sobre la aplicación de la LECrim arroja como resultado que los preceptos en cuestión (arts. 3 y 4 LECrim) apenas se han empleado. La autosuficiencia de la jurisdicción penal, incluso después de la Constitución, se ha exacerbado. A pesar de la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los actos administrativos constitutivos de delito, cuando son enjuiciados por el orden jurisdiccional penal, suelen ser valorados también en las sentencias que resuelven la causa, en las que se declara expresa o implícitamente la nulidad del acto[68].

La declaración de que un acto es constitutivo de infracción penal ha de ocurrir siempre en la jurisdicción penal, siendo este pronunciamiento necesariamente previo a la anulación del acto administrativo. Esta segunda decisión, como indica Muñoz Machado, debería corresponder siempre a la propia Administración autora del acto, en vía de revisión de oficio del ar-

---

66 *Idem,* pág. 198. Además, Gimeno Sendra recuerda que el Tribunal Supremo mantiene la tesis de que el artículo 10.1 de la LOPJ «ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4 de la decimonónica LECrim» (SSTS de 24 de julio de 2001, 29 de octubre de 2001 y 27 de septiembre de 2002), por lo que «esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional» (STS de 29 de octubre de 2002). En la práctica forense, y debido a la restrictiva interpretación que efectúa el TS de las cuestiones devolutivas, han permanecido estas circunscritas, en cumplimiento de la doctrina del TC, al delito de intrusismo (STC 805/2001, de 29 de octubre).

67 Garrido Mora, F., *Comentarios a la Ley General Tributaria, II* (VV.AA., coordinador: Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros), ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 1475; Ayala Muñoz, J. M., *Régimen...,* ob. cit., pág. 455; Lado Castro-Rial, C., Saucedo Delgado, A., y Vizcaíno Calderón, M., *Manual...,* ob. cit., pág. 232; Bocanegra Sierra, R., *Lecciones...,* ob. cit., pág. 176.

68 *Tratado…,* ob. cit., pág. 201.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tículo 106 LPAC; o, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa en vía de acción de nulidad o, si procede, a través del recurso de revisión[69]. Sin embargo, en la práctica son muchos los casos en los que esa declaración de nulidad subordinada a los resultados de la sentencia penal resulta innecesaria porque ya ha sido formulada por esta última. Se produce en estos casos una extensión de la jurisdicción penal más allá de su dominio propio ordinario, lo que, sin embargo, a su juicio, se justifica porque, además de imponerlo razones de economía procesal y seguridad jurídica, es una consecuencia básica de la nulidad radical el efecto *erga omnes* de la misma y la posibilidad de ser apreciada de oficio por cualquier órgano jurisdiccional[70].

---

69 En esta misma idea insiste Rebollo Puig («El control de la Administración por la jurisdicción penal», *RVAP,* núm. 115, sep.-dic. 2019, págs. 161 y ss.), señalando que en los preceptos del CP dedicados a la prevaricación, cohecho, expropiaciones ilegales, etc., no hay ninguna alusión a tales declaraciones de nulidad. Más bien, del art. 3 LECr puede inferirse lo contrario al permitir a los jueces penales adentrarse en las cuestiones administrativas «para solo el efecto de la represión», no para ningún otro como sería el de la nulidad del acto.

La STS (Sala de lo Penal) 277/2018, de 8 de junio de 2018 (*vid.* Bauzá Martorell: «El Juez penal no puede anular contratos administrativos constitutivos de delito», *Observatorio de contratación pública,* 19/11/2018) retoma los razonamientos de García de Enterría y, con cita de la STC 102/1996, de 11 de junio, en su FJ 15, señala que el Tribunal penal debe limitar sus pronunciamientos extrapenales a los casos en que está expresamente habilitado por el legislador, como es el supuesto de las demoliciones en los delitos contra la ordenación del territorio (el art. 319 CP habilita al Juez penal a ordenar la demolición de una edificación, cuya licencia es constitutiva de delito —prevaricación, cohecho, etc.—). Afirma que «No cualquier efecto extrapenal conectado con el delito se puede ventilar en el proceso penal. Las pretensiones no penales (civiles, laborales, administrativas) vinculadas al delito tienen cabida en el proceso penal tan solo cuando una ley confíe su conocimiento al orden jurisdiccional penal». Y añade que «el artículo 3 LECrim habla de la competencia del Juez penal para conocer de cuestiones de orden administrativo *a los solos efectos de la represión.* Podrá decidir también sobre el fondo a otros posibles efectos no penales cuando una norma le atribuya esa competencia específica. No en casos distintos». No obstante, Rebollo Puig («El control…», ob. cit., pág. 164) mantiene una postura prudente, pues tras señalar que el TS, en el caso, no entendió que la jurisdicción penal pudiera declarar la nulidad de los contratos administrativos, esto se produjo, «sobre todo, porque quien la había pedido era la propia Administración a la que no considera legitimada para ejercer esa pretensión», concluyendo que «no parece que esta STS suponga una ruptura con la jurisprudencia anterior en la que solo introduce matizaciones».

70 *Tratado...,* ob. cit., pág. 201. No obstante, reconoce que estas declaraciones simultáneas de existencia de delito y de anulación de los actos correspondientes plantean problemas jurídicos relevantes. Es inaceptable que pueda anularse por la jurisdicción penal directamente un acto administrativo cuando los posibles interesados o beneficiarios del mismo no han tenido oportunidad de participar en el procedimiento, por lo que la resolución directa sobre la legalidad del acto les produce indefensión. En estos casos, la anulación debería dejarse a la vía de la revisión de oficio que permite una participación de los terceros interesados. En fin, puede ocurrir que no exista una declaración de nulidad por parte del Tribunal penal, pero que el acto administrativo quede automáticamente sin efectos como consecuencia de la decisión del Tribunal penal (las sentencias que imponen condenas de inhabilitación a un funcionario producen el efecto de las condiciones resolutorias sobre el nombramiento de los mismos, que queda inmediatamente sin efecto sin necesidad de declaración expresa —*vid.* SSTS de 29 de junio y 5 de octubre de 2004, 13 de febrero de 2006 y 23 de noviembre de 2007—).

VI. ACTOS DICTADOS PRESCINDIENDO TOTAL Y ABSOLUTAMENTE DEL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO

En la actualidad, el artículo 47.1.e) LPAC recoge como actos nulos de pleno derecho «los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido[71] o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados».

El precepto legal configura el supuesto por relación a la total y absoluta inobservancia del procedimiento[72]. Si bien su aplicación tradicional por la jurisprudencia se atiene a la literalidad de la norma, y esa línea se mantiene en la actualidad[73], coexiste con tal línea otra que aborda aquella aplicación desde una posición —indudablemente influida por la doctrina— más matizada, conforme a la cual no solo la absoluta inobservancia, sino también la omisión de trámites esenciales[74] del procedimiento

---

71 La STS de 9 de junio de 2011, a propósito del artículo 217.1.*e)* LGT, ofrece una síntesis de las distintas líneas jurisprudenciales de la noción «actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello».

72 Paradigma de la ausencia total de procedimiento es la ausencia de expediente administrativo. Así, la STS de 4 de febrero de 1999: «el ayuntamiento aprobó los actos recurridos sin expediente alguno y, por tanto, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Concurre, pues, en dichos actos la causa de nulidad del apartado c) del artículo 47 de la LPA».

El supuesto en que se da plenamente esta causa encaja con la figura de acto inexistente en el ordenamiento jurídico francés, que aquí se considera como vicio de nulidad de pleno derecho a efectos, en su caso, de recurso (L. Cosculluela Montaner: «El procedimiento administrativo común. Vicios procedimentales», *Revista española de Derecho Administrativo,* núm. 228, jul.-sep. de 2023, pág. 12).

73 Así, SSTS de 18 de enero de 1984, 23 de mayo de 1989, 10 de octubre de 1991, 18 de marzo de 1996, 28 de abril de 2000, 12 de marzo de 2002, etc. *Vid.* también el Dictamen del Consejo de Estado núm. 901/2004, de 3 de junio de 2004.

74 La omisión del trámite de audiencia merece una mención especial. Cosculluela Montaner («El procedimiento…», ob. cit., págs. 14 y ss.) revela el trasfondo del art. 105.c) CE, referido a la audiencia del interesado. En el Proyecto de Constitución, la enmienda del Diputado López Rodó solicitaba incluir en la letra c) la audiencia del interesado, lo que no aceptó la ponencia. El Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas recogía el mandato en los siguientes términos: «c) La ley regulará el procedimiento a través del cual los actos administrativos deban producirse, sin que en ningún caso pueda omitirse el trámite de audiencia del interesado». Finalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado dio al precepto la redacción actual: «La ley regulará… c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, *cuando proceda,* la audiencia del interesado». Por eso —concluye el autor—, la LPC de 1992 no incluyó específicamente la ausencia del trámite de audiencia del interesado entre los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la ausencia de este trámite debe incluirse, en su caso, entre los vicios de anulabilidad del acto administrativo, siempre y cuando la inclusión de este trámite procedimental fuera de aplicación en el procedimiento correspondiente y hubiera causado indefensión por haber perdido los interesados posibilidades de defensa de sus intereses al no haber tenido la oportunidad de presentar alegaciones previas a la decisión de la Administración Pública. No obstante, precisa el autor que en los procedimientos sancionadores la omisión del trámite de audiencia

ISBN: 978-84-7777-740-3

(a tenor de su configuración u orden normativos específicos), provoca la nulidad[75].

La doctrina subraya que la expresión legal hay que referirla a la omisión de los *trámites esenciales* integrantes de un procedimiento determinado, sin los cuales ese concreto procedimiento es inidentificable[76]. Muñoz Machado recuerda que la determinación de estos supuestos en la jurisprudencia es muy casuística. Incluso dentro de un mismo género de infracciones (por ejemplo, omisión de un informe), la valoración que hace la jurisprudencia no es siempre idéntica, pues mientras unas sentencias anulan actos por la falta de informes preceptivos, otras convalidan esa omisión si se han producido otros equivalentes o no se han reducido indebidamente las garantías de los interesados (STS de 29 de septiembre de 2005, con sistematización de varios supuestos). En definitiva, para determinar cuándo la omisión de un trámite concreto da lugar a la nulidad del acto, debe conjugarse no solo la relevancia que pueda tener ese trámite sino también sus repercusiones sobre los derechos del interesado y asimismo la medida en que la decisión administrativa final hubiera sido distinta de haberse cumplido[77].

Naturalmente, también hay nulidad de pleno derecho en aquellos casos en que la Administración ha observado un procedimiento, pero no el concreto procedimiento previsto por la Ley para ese supuesto[78]. Así, por

---

del interesado se considera siempre vicio de nulidad de pleno derecho, si causa indefensión (*vid.* en este sentido, SSTS de 11 de julio de 2003 y 9 de junio de 2011).

75 Así, SSTS de 1 de febrero de 1989, 30 de noviembre de 1993, 18 de noviembre de 1996, 10 de febrero de 1997, etc.

76 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 701. Insiste en esta misma idea Xiol Ríos: «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», ob. cit., pág. 226.

77 *Tratado…,* ob. cit., pág. 205. Igualmente, Cosculluela Montaner: «El procedimiento…», ob. cit., pág. 12.

78 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *idem.* Asimismo TRAYTER: «Las causas de nulidad...», ob. cit., pág. 855.

Así, según la STS de 21 de octubre de 2008 (rec. 109/2006) «la norma se refiere a la absoluta falta del procedimiento legalmente establecido y no a cualquier otro, y por tanto *si la Administración utilizó no el procedimiento legalmente establecido y sí otro, es claro, que concurre esa falta absoluta respecto al procedimiento establecido*». Precisamente, como advierte Bocanegra Sierra (*Lecciones...,* ob. cit., pág. 177), con cita de la STS de 1 de febrero de 2000, un supuesto frecuente de acto administrativo dictado tras la tramitación de un procedimiento distinto al requerido por el Ordenamiento Jurídico, es el del acto contrario a otro anterior que pretenda su revisión de oficio sin seguir este procedimiento.

En el ámbito tributario, la STS de 2 de julio de 2018 (rec. 696/2017) ha entendido que la utilización de un procedimiento tributario previsto en la LGT (verificación de datos) en lugar del que exigía la investigación (comprobación limitada), determina la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones y, por tanto, la prescripción de las obligaciones tributarias por no entenderse interrumpidas por un procedimiento viciado de nulidad radical (*vid.,* asimismo, SSTS de 28 de noviembre de 2019 —rec. 2532/2017—, 6 de febrero de 2020 —rec. 4489/2018—, etc.).

ejemplo, cuando se contrata por concierto directo y lo que procede legalmente es la subasta (Sentencias de 30 de septiembre de 1964 y 5 de enero de 1968), o cuando se permuta sin más un bien municipal de propios (Sentencia de 18 de febrero de 1964), o cuando se adjudican directamente plazas vacantes que legalmente procedía sacar a oposición (Sentencias de 10 de febrero de 1968)[79].

La expresión legal hay que referirla también al aparente cumplimiento del procedimiento que merezca igual calificación que la omisión[80].

VII. ACTOS DICTADOS CON INFRACCIÓN DE LAS REGLAS ESENCIALES PARA LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Este supuesto legal, como dicen García de Enterría y Fernández Rodríguez, no es sino una especificación del tipo anterior (actos dictados con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido), cuyo concreto alcance ayuda a interpretar[81]. Para que legalmente proceda la calificación de nulidad de pleno derecho del acto de un órgano colegiado no se requiere la omisión total del procedimiento establecido por las normas para la integración de la voluntad del colegio, como voluntad distinta e independiente de sus miembros; basta al efecto que se hayan infringido las reglas esenciales de ese procedimiento[82]. Se trata de un vicio de nulidad que ya estaba contemplado en los artículos 47 LPA de 1958 y 153 LGT de 1963. La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que los actos dictados por los órganos colegiados son nulos de pleno derecho cuando vulneran las reglas de convocatoria, composición, quorum y votación[83].

---

79 Los ejemplos han sido tomados de García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 702. *Vid.,* asimismo, a Santamaría Pastor (*La nulidad de pleno...,* ob. cit., pág. 371, nota 104), que ofrece un amplio elenco de supuestos tomados de la jurisprudencia.

80 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 701, con cita de las SSTS de 26 de enero de 1994 y 21 de mayo de 1997.

81 Como expone Santamaría Pastor (*La nulidad...,* ob. cit., pág. 373) esta causa de nulidad tiene una esencia formal.

Parada (*Derecho...,* ob. cit., pág. 196) señala que la inclusión de este supuesto dentro de la nulidad de pleno derecho se justifica por la gran importancia que en la organización administrativa tienen los órganos colegiados.

82 *Curso... I,* ob. cit., pág. 703. Igualmente Garrido Mora: *Comentarios...,* ob. cit., pág. 1477; y Ayala Muñoz: *Régimen...,* ob. cit., pág. 457.

83 En la línea ya apuntada por Santamaría Pastor: *La nulidad...,* ob. cit., págs. 378 y ss.

Dice la STS de 15 de marzo de 1991 que «para una correcta elaboración de la voluntad individual —antecedente preciso de la colegiada de un órgano administrativo—, el sujeto necesita previamente percatarse de cuál sea el objeto o la materia sobre la que ha de manifestarse, seguido de un proceso intelectual reflexivo propio de aquél, empleando, bien sus propios conocimientos y vivencias o los que otros le suministren con las garan-

ISBN: 978-84-7777-740-3

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991 ECLI:ES:TS:1991:15671) recoge de forma clara cuáles son las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados[84]:

> «a) Las reglas que regulan la *convocatoria* de los miembros componentes del órgano colegiado; en cuanto que estos han de conocer con la antelación temporal suficiente, que la norma expresamente determina, para disponer lo necesario en orden a asegurar su asistencia física a las sesiones de aquél, así como para trabar exacto conocimiento del objeto o materia de la que se ha de tratar en cada sesión, máxime cuando por la naturaleza de aquélla son precisos conocimientos, asesoramientos o estudios para hacer un análisis reflexivo de la cuestión que se ha de someter a su consideración, b) Las reglas que determinan la *composición* del órgano colegiado, tales como las que se refieren a su Presidente, Secretarios y Vocales, tanto en su número como calidad y circunstancias de los mismos; estando ello en relación con lo referente a la nominación individual de las personas físicas que asisten con tal carácter a las sesiones de que se trata, c) Las reglas que determinan la forma en que ha de hacerse la *Orden del día,* referente a las materias que se han de tratar en cada sesión del órgano, que exigen que esta sea lo suficientemente clara para que los miembros que lo componen, se decidan a asistir a las mismas y tengan previo y concreto conocimiento de lo que en cada sesión se va a tratar, d) Las reglas que establecen la formación del *quorum de asistencia y votación,* para lo que es preciso consignar en el acta de

---

tías precisas; pues solo a través de dicho proceso intelectual, el sujeto puede llegar a trabar conocimiento de las posibles soluciones jurídicamente correctas y escoger, con plena autonomía y libertad, entre las que considere pertinentes al caso, y, así manifestar su individual voluntad, que contrastada, a través de la debida deliberación, con la de los otros miembros componentes del Órgano administrativo, produzca mediante la oportuna votación, la formación de la común voluntad de este último originadora de un acto simple del mismo».

84 Es preciso determinar la trascendencia de la regla omitida, sus repercusiones en las garantías de los administrados y sus consecuencias para la decisión final (Muñoz Machado: *Tratado…*, ob. cit., pág. 205). En efecto, no toda violación de las reglas señaladas en esta importante Sentencia determina la nulidad del acto colegial, sino que es preciso que el vicio imputado sea decisivo en la formación de la voluntad del órgano, por lo que el vicio procedimental debe matizarse en cuanto a su calificación como tal en cada supuesto. La violación por omisión de una regla procedimental del órgano colegial no tiene efecto anulatorio del acto colegial si no ha tenido influencia esencial en la formación de la voluntad del órgano que conforma el acto administrativo resultante (Cosculluela Montaner: «El procedimiento…», ob. cit., pág. 18).

Según la STS de 5 de abril de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:2450):

> «Siendo la nulidad de pleno derecho excepcional en nuestro Derecho Administrativo —la regla general es la anulabilidad— ha de subrayarse que la aplicación de los mencionados preceptos, en cuanto se refieren a los órganos colegiados, exige que la norma vulnerada sea «esencial», concepto este que ha de entenderse en un sentido funcional lo que implica la necesidad de que la infracción haya tenido trascendencia bastante como para poder alterar el resultado final en que cristaliza la voluntad del órgano colegiado».

cada sesión el número de convocados, el de asistentes y el de votantes, y, cuando sea preciso, la calidad de todos ellos, e) Las reglas que se refieren a la *deliberación* de los asistentes, en relación con cada tema de la Orden del día y su *votación*».

Con arreglo a la doctrina y jurisprudencia existentes al aplicarse la anterior normativa (LPA y LRJPAC), resultaban reglas esenciales las siguientes[85]:

a) *Convocatoria de los miembros componentes del órgano colegiado.* Según la anterior LRJPAC, estos debían conocer, con la antelación mínima de 48 horas la convocatoria[86], conteniendo el orden del día[87] de las reuniones, así como la referencia de los temas a tratar[88] (art. 24.1.a) LRJPAC; hoy, art. 19.3.a) LRJSP), con el fin de disponer lo necesario en orden a asegurar su asistencia física a las sesiones del Órgano colegiado, así como para tener exacto conocimiento del objeto o materia de la que se ha de tratar en cada sesión (STS de 15 de marzo de 1991)[89]. Basta que alguno o algunos de los miembros del órgano no hubieran sido convocados en forma legal para inferir que esa convocatoria no ha sido efectuada en forma, con vulneración de las normas que regulan esa necesaria actuación, corriendo la carga de la prueba en contrario a cargo de la Administración (STS de 15 de marzo de 1991).
b) *Constitución del órgano.* El artículo 17.2 LRJSP establece que para la válida constitución del órgano, «se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente[90] y Secretario o en su caso, de quie-

---

85 Como apunta Parada (*Derecho...,* ob. cit., pág. 196) los órganos colegiados se rigen por sus reglas específicas y a falta de ellas por la normativa básica establecida —entonces— en los artículos 22 a 28 LRJPAC, reglas de las que hay que partir para determinar cuáles son las que pueden ser consideradas esenciales y cuya falta determina la nulidad.

86 La STS de 13 de enero de 1997 estima que el hecho de no haber convocado una Asamblea con la antelación de 15 días que exigían las normas reguladoras «carecía de efectos anulatorios ya que no impidió al acto cumplir su fin, ni consta que produjese indefensión a los miembros de la Asamblea».

87 Como dicen las SSTS de 16 de mayo de 1977 y 19 de diciembre de 1989, «ha de acompañar a la convocatoria el orden del día, lo que delimitará los asuntos a tratar, siendo nulo el acuerdo adoptado sobre asunto no incluido en aquél, salvo caso de urgencia».

88 Como pone de manifiesto la STS de 24 de noviembre de 1993, es causa de nulidad el no encontrarse a disposición de los miembros del órgano la documentación necesaria para el desarrollo de la sesión y en el tiempo previsto en la Ley.

89 *Vid.,* en la actualidad, el artículo 17.3, párrafo 2.º, LRJSP.

90 La STS de 28 de enero de 2003 (rec. 7575/1999) indica que puede ocasionar la nulidad de su resolución cuando no actúa como Presidente del mismo aquél a quien legalmente corresponde, dada la trascendencia de sus funciones en la deliberación y formación de la voluntad del órgano.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros»[91]; pudiendo preverse «una segunda convocatoria y especificar para esta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano» (art. 17.3 LRJSP). Por tanto, si se incumplen estos requisitos, se estará desvirtuando la celebración de la sesión, la deliberación y toma de acuerdos y, por tanto, la propia voluntad del órgano colegiado, acarreando la nulidad de pleno derecho del acto administrativo (STS de 15 de marzo de 1991)[92].

c) *Quorum de asistencia y de votación.* Por lo que respecta al primer aspecto, se debe de estar a lo expresamente previsto en las normas específicas aplicables a cada órgano, con la advertencia de que el *quorum* de asistencia «no solo ha de alcanzarse en el momento inicial de la sesión, como base para que el Presidente pueda declararla abierta por estar debidamente constituido el órgano colegiado, sino que ha de mantenerse durante todo su transcurso y ello no solamente atendiendo al tenor literal del precepto sino también a su razón de ser. La opinión contraria [considerar que es suficiente con conseguir el *quorum* al inicio de la sesión] reduciría la exigencia que se examina a una mera solemnidad inaugural, carente de trascendencia y utilidad» (STS de 18 de febrero de 1983). Respecto al segundo aspecto, normalmente la normativa exige que haya una mayoría simple que apoye el acuerdo para que este sea aprobado, aunque también puede pedirse la unanimidad[93].

---

91 Es determinante de la nulidad la circunstancia de que los miembros del órgano carezcan de una cualidad normativamente exigida, como, por ejemplo, la ausencia de condición de funcionario de uno de los miembros de un Tribunal Calificador que conforme a la normativa reguladora debía ostentar tal cualidad (STS de 1 de julio de 1993).

92 Trayter, J. M., «Las causas...», ob. cit., pág. 858. *Vid.,* asimismo, SSTS de 22 de noviembre de 2017 (rec. 159/2017) y 18 de diciembre de 2017 (rec. 194/2017).

93 Trayter, J. M., «Las causas...», ob. cit., pág. 860.

En relación a la votación, la STS de 17 de febrero de 1992 (rec. 1013/1990) señala que «cuando el artículo de los Estatutos del Consejo apelante a que la Sentencia se refiere dispone que los acuerdos de la Asamblea se tomarán por mayoría absoluta de los «asistentes», esto no puede interpretarse en sentido distinto del que no solo demanda su literalidad sino un método de hermenéutica cualificadamente lógico, que no es otro que el de exigir esa mayoría respecto de los miembros asistentes no a la válida constitución de la misma, sino a la «votación» de que, en concreto, se trate, estuvieran o no antes y después de esta presentes en la Asamblea sin tomar parte en aquélla, ya que es, precisamente, la votación lo más esencial y siempre decisivo para que se forme la voluntad colegial».

Y la STS de 19 de febrero de 2008 (rec. 43/2006) se refiere a la infracción del régimen de mayoría de votos. «En la Asamblea General de 7 de octubre de 2003 en un total de 98 votos, presentes o representados, una nueva redacción de los Estatutos se aprobó por 63 votos a favor (29 presentes más 34 representados) y 35 en contra (16 presentes más 19 representados), sin ninguna abstención, no alcanzando los 73,5 que serían los ¾ de los votantes. En principio, no hay duda de que se ha producido la infracción del régimen de mayoría *que determinaría la nulidad de pleno derecho,* prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, al prescindirse de las

d) *Votación, acta y otros asuntos causantes de la nulidad.* Trayter expone que deben respetarse las reglas previstas para el ejercicio del derecho al voto y para la redacción del acta por el Secretario. El artículo 24.1.c), apartado 2, LRJPAC (hoy, art. 19.3.*c)* LRJSP), prohibía abstenerse de votar a «quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados», regla cuyo desconocimiento puede provocar la nulidad del acuerdo. Es necesario, además, que el Secretario levante un acta en la que conste de forma clara el número de asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, el contenido de los acuerdos adoptados, además de otras cuestiones. La importancia de una correcta redacción del acta ha sido destacada por la jurisprudencia, pues «la constancia del número de miembros asistentes... no solo sirve para comprobar el quorum y el número de votos positivos o negativos sino más bien para que se pueda controlar la validez de la asistencia y de las votaciones, en orden a posibles responsabilidades en que podrían incurrir cada uno de sus miembros» (STS de 15 de marzo de 1991). Pueden considerarse nulos de pleno derecho los actos de representación de un órgano colegiado carente de potestad expresa para actuar o la sustitución del Presidente sin observar las reglas previstas —entonces— en el artículo 23.2 LRJPAC[94].

VIII. ACTOS EXPRESOS O PRESUNTOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LOS QUE SE ADQUIEREN FACULTADES O DERECHOS CUANDO SE CAREZCA DE LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA SU ADQUISICIÓN

Es la segunda de las innovaciones realizadas por el artículo 62 LRJPAC de 1992 en relación con el texto del anterior artículo 47 LPA de 1958. Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, la construcción de este nuevo tipo de nulidad absoluta está en relación con la posición adoptada por la LRJPAC sobre el silencio positivo[95]. La LRJPAC optó por la línea jurispru-

normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados».

94 Trayter, J. M., «Las causas...», ob. cit., pág. 861. *Vid.,* actualmente, el art. 19.2 LRJSP.

95 Lucas Durán («Jurisprudencia…», ob. cit., pág. 179) expone que es extraño que pueda aplicarse esta causa de nulidad en el ámbito tributario «más allá de poder apreciarse en relación con beneficios fiscales expresa o presuntamente reconocidos». Las SSTS de 15 de mayo de 2011 y 7 de julio de 2012 se refieren a casos de obtención por silencio administrativo positivo de una exención de las tasas portuarias, declarando que si la Administración quiere revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable, «debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102 o instar la declaración de lesividad».

ISBN: 978-84-7777-740-3

dencial[96] que quiso resolver la tensión entre seguridad jurídica (por silencio

---

96 En efecto, como apuntan estos autores (*Curso de Derecho Administrativo I*, ed. Thomson Civitas, duodécima edic., 2004, pág. 604), con anterioridad a la LRJPAC, el silencio positivo planteaba el problema de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por ese medio en los supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho. A este respecto se fueron perfilando tres líneas jurisprudenciales: una primera entendió, en obsequio a la *seguridad jurídica*, que, producido el silencio, el proyecto quedaba aprobado en sus propios términos como si hubiera recaído un acto expreso en ese sentido (así, por ejemplo, SSTS de 24 de febrero de 1961, 3 y 31 de octubre de 1963, 2 de julio y 3 de noviembre de 1964 y 20 de mayo de 1966); una segunda, más sensible a la *legalidad* que a la seguridad jurídica, consideró que, siendo el silencio creación de la Ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohibía, por lo que concluyó que el silencio suple al acto expreso, pero solo dentro de los límites de la Ley y hasta donde esta permite (así, las SSTS de 3 de octubre de 1963, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1964, 18 de marzo de 1970, etc.); finalmente, una tercera, encontró un punto intermedio entre las dos anteriores, aceptando, en principio, la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho (así, las Sentencias de 24 de diciembre de 1964, 23 de junio de 1971, 7 de noviembre de 1972 y 2 de abril de 1975). Este proceso de decantación jurisprudencial fue interrumpido por la reforma de la Ley del Suelo realizada en 1975, que optó por la segunda de las alternativas, al afirmar que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los planes, proyectos, programas y, en su caso, de las normas subsidiarias de planeamiento», solución que el Reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978 aplicó también al silencio aprobatorio de los planes. Y más tarde, el artículo 242.6 del TR de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio) estableció que: «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico» (en la actualidad, *vid.* el art. 11.3 *in fine* del RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). No obstante, esta opción legal —recuerdan García de Enterría y Fernández Rodríguez—, en defensa a ultranza de la legalidad urbanística, que sacrifica la seguridad jurídica, ha sido matizada por la jurisprudencia que, sin apartarse de la solución impuesta por la Ley, ha precisado que la aplicación de la misma «requiere que previamente haya constancia de aquella imposibilidad legal y de que los hechos que la determinan sean notorios, inconcusos y trascendentales» (S. de 20 de junio de 1980), por lo que cuando «no aparece como indiscutible que lo pretendido vulnere frontalmente las Ordenanzas Municipales... mal podría admitirse la doctrina de la manifiesta ilegalidad de lo pedido como límite a la actuación de la técnica autorizatoria del silencio administrativo positivo en materia de licencias municipales de la construcción» (S. de 7 de octubre de 1980).

En el año 2009, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión del silencio administrativo positivo en materia de urbanismo; primero, respecto de las licencias y, más tarde, en cuanto a los planes urbanísticos. La STS de 28 de enero de 2009 (recurso de casación en interés de la Ley) resuelve cualquier duda al establecer como doctrina legal, tras la reforma de la LRJPAC por la Ley 4/1999, la tesis tradicional de que no es posible la obtención *contra legem* de licencias urbanísticas por silencio positivo. En cambio, las SSTS de 27 de abril de 2009 y 30 de septiembre de 2009 han llegado a la conclusión contraria respecto a los planes de urbanismo, declarando la aprobación de la modificación de un plan general municipal por silencio positivo, incluso cuando su contenido sea ilegal.

La Sentencia de 28 de enero de 2009, tras recoger la evolución legislativa en esta materia a partir del artículo 178.3 TRLS de 1976, establece en el *Fallo* que: «el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo... son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administra-

se obtiene todo lo pedido) y legalidad (solo puede obtenerse por silencio aquello que hubiera podido otorgarse legalmente por resolución expresa), situando en la nulidad de pleno derecho el límite infranqueable de los efectos estimatorios de la falta de resolución en plazo[97].

García de Enterría y Fernández Rodríguez exponen que la preocupación del legislador por establecer este límite a los efectos estimatorios del silencio positivo apareció reflejada no solo en el Preámbulo de la LRJPAC, en el que la explicación del nuevo régimen legal del silencio positivo se conectó expresamente con el artículo 62.1.f), sino también, y sobre todo, en el hecho de que este hubiese limitado el alcance del tipo legal a los actos *favorables*[98], desentendiéndose pura y simplemente de los actos de gravamen viciados en sus requisitos esenciales. Junto a los casos de silencio positivo, razones de coherencia son las que con toda probabilidad llevaron a extender el tipo legal surgido desde la preocupación apuntada de poner un límite a los efectos estimatorios de la falta de resolución en plazo a los actos expresos

---

ciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística».* En la práctica, esto supone, como dice Muñoz Machado (*Tratado…,* ob. cit., pág. 207), que no es preciso seguir ningún procedimiento especial de revisión, basta con que el órgano administrativo competente así lo declare.

Por el contrario, las SSTS de 27 de abril y 30 de septiembre de 2009 mantienen que, a diferencia de lo que sucede en materia de licencias, con relación a los instrumentos de planeamiento no existe la norma con rango de ley que impida su aprobación por silencio *contra legem*. Sobre estas cuestiones, véase a José Antonio Razquin Lizarraga: «La aprobación de los planes de urbanismo por silencio administrativo positivo *contra legem*», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2010.

97 *Curso... I,* ob. cit., pág. 704. En efecto, como precisan estos autores (*Curso… I,* 2004, pág. 610), producido el silencio positivo, sus efectos son los mismos que los que se derivarían de una resolución expresa. Apuntan Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach (*Acto y procedimiento administrativo,* ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 217-218) que la inclusión de esta causa de nulidad de los actos presuntos es consecuencia de que estos son considerados actos administrativos (art. 43.3 LRJPAC). Con este supuesto de nulidad, ante todo, quiere darse respuesta a la tensión que se produce entre la seguridad jurídica y la legalidad, cuando el administrado que carece de los requisitos esenciales para la adquisición de una determinada facultad o derecho, lo obtiene por silencio administrativo positivo. Este problema —añaden— se plantea porque, tal y como se encuentran regulados los actos presuntos, estos se producen, con carácter general, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, una vez vencido el plazo máximo otorgado a la Administración sin que se haya notificado resolución expresa (art. 43.1 LRJPAC), por lo que si dicho acto presunto es contrario al Ordenamiento Jurídico, la Administración no podrá desconocerlo considerándolo como un acto inexistente y dictando un acto expreso posterior desestimatorio (solo cabe acto posterior expreso confirmatorio: art. 43.4.a) LRJPAC), sino que deberá eliminarlo, en caso de nulidad, de acuerdo con el procedimiento de revisión establecido para los actos nulos de pleno derecho (art. 102 LRJPAC).

98 Esta causa se refiere al «supuesto de actos administrativos que supongan un efecto favorable para los ciudadanos, y en este sentido ha de entenderse que se refiere a actos que afecten a la adquisición de derechos por estos últimos y no por la Administración» (Dictámenes del CE 3650/2003, de 22 de enero de 2004; 1275/2008, de 25 de septiembre de 2008; y 440/2011, de 19 de mayo de 2011).

ISBN: 978-84-7777-740-3

que adolecieran de igual carencia en cuanto a los requisitos esenciales determinantes de la adquisición de las facultades o derechos correspondientes[99].

El tipo legal así construido tiene su centro de gravedad en la determinación de cuáles son los *requisitos esenciales*[100], cuestión que solo puede resolverse *caso por caso*[101]. García de Enterría y Fernández Rodríguez postulan que «el concepto de requisito *esencial,* unido al propio carácter de la nulidad absoluta, obliga a excluir cualquier generalización del mismo y a centrar la interpretación del concepto en los presupuestos de hecho que, en cada caso, deban concurrir necesariamente, en el sujeto o en el objeto, de acuerdo con la norma concretamente aplicable, para que se produzca el efecto adquisitivo en esta previsto» (por ejemplo, estar en posesión del título académico de Licenciado en Derecho sería un requisito esencial para ser nombrado funcionario del Cuerpo de Abogados del Estado)[102].

---

99 *Curso… I,* duodécima edic., 2004, ob. cit., pág. 636.

100 Advierte Picón Arranz (*Las causas…,* ob. cit., pág. 199) que el requisito esencial no se identifica solo con el requisito necesario (STS de 6 de mayo de 2009, rec. 1511/2006), sino que, además, debe ser especialmente significativo e ir indisociablemente unido a la naturaleza del derecho o facultad adquirida (SSTS de 26 de noviembre de 2008 —rec. 1988/2006—, 5 de diciembre de 2012 —rec. 6076/2009— y 28 de abril de 2015 —rec. 2089/2013—). La carencia del requisito esencial debe ser total, incontrovertible (STS de 16 de enero de 2015, rec. 5212/2011) y notoria (Dictamen del CE 1176/2017, de 15 de marzo de 2018), es decir, apreciable de forma indubitada, sin que quepa lugar a dudas (así, es un requisito esencial para el ejercicio de la Abogacía tener el título de licenciado o graduado en Derecho).

101 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 704. La doctrina es unánime en señalar que la noción de «requisitos esenciales» es un concepto normativo indeterminado que solo puede determinarse de forma casuística. Por todos, Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach: *Acto...,* ob. cit., pág. 217.

Agoués Mendizabal (*La revisión…,* ob. cit., pág. 140) resume la doctrina del CE (Dictámenes 1.511/2011, de 13 de octubre; 1536/2011, de 20 de octubre; 840/2014, de 23 de octubre; y 753/2015, de 24 de septiembre): La esencialidad presupone que ha de tratarse de un requisito que objetivamente el interesado no puede llegar a cumplir en ningún momento, por tratarse de un hecho acontecido invariable que elimina cualquier posibilidad de subsanación, y que no precisa, para constatar su carencia, de la interpretación de norma jurídica alguna. La esencialidad de los requisitos debe: i) referirse al *sujeto* que realiza o al *objeto* sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o una facultad en el sujeto, como sucede en los nombramientos y las concesiones, o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como ocurre en el caso de las autorizaciones; y iv) quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén, directa e indisociablemente, ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate.

102 *Curso… I, idem.* En este punto, la doctrina se halla dividida, pues mientras que para unos autores los requisitos esenciales se refieren solo a las condiciones del sujeto, para otros abarcan también el objeto sobre el que recaiga la actividad. En este último sentido, González Pérez y González Navarro (*Comentarios...,* ob. cit., pág. 1752) y González Rivas (*Comentarios...,* ob. cit., pág. 360): «Es necesario que el requisito exigido pueda calificarse como esencial, bien se refiera a las condiciones del sujeto o al objeto sobre el que recaiga la actividad». Cosculluela Montaner (*Manual…,* ob. cit., pág. 359) indica que: «La forma en que lo expresa, sin embargo, atiende a la circunstancia subjetiva de que el interesado carezca de

En cualquier caso, es claro que la carencia de los requisitos esenciales debe ser incontrovertible para que pueda predicarse la nulidad de pleno derecho del acto afectado, ya que, de otro modo, se abriría una brecha en el sistema legal que terminaría por desnaturalizar esta figura[103].

González Pérez y González Navarro entienden, atendiendo a los términos que emplea la norma, que el acto debe suponer el *nacimiento* del derecho o facultad (por ejemplo, otorgamiento de una concesión), no pudiendo aplicarse a aquellos actos que no den lugar al nacimiento del derecho o facultad, sino que únicamente remueven el obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente (por ejemplo, una licencia, según la concepción tradicional)[104].

---

los requisitos esenciales para su adquisición. De esta suerte la nulidad no solo alcanza a las facultades o derechos contrarios o no previstos en el ordenamiento jurídico, sino también a todos los casos en que estando previstos se requiere la concurrencia en el peticionario o destinatario del acto de ciertos requisitos esenciales y este no los tiene».

En cambio, Villar Palasí y Villar Ezcurra (*Principios de Derecho Administrativo, II,* Universidad Complutense de Madrid, 3.ª edic., Madrid, 1993, pág. 154) mantienen que la expresión «requisitos esenciales» «viene referida al destinatario del acto y no al mismo. No se trata, por consiguiente, de qué acto infrinja más o menos gravemente el ordenamiento jurídico... sino de que el particular no cumpla con los requisitos «esenciales» para la adquisición de un derecho o una facultad». Parada (*Derecho Administrativo I,* ob. cit., pág. 197) señala que: «No basta, pues, que el acto sea contrario al ordenamiento, sino que además se ha de dar la ausencia de determinadas circunstancias subjetivas en el beneficiado por el acto, cuya determinación, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, habrá que acometer caso por caso. Tal sería, por ejemplo, el nombramiento como funcionario de quien no tiene la titulación adecuada, aunque haya superado las correspondientes pruebas de selección».

El Dictamen del CE 3584/2002, de 23 de enero de 2003, apunta que «cuando el artículo 62.1, letra f, de la LRJ-PAC, señala que son nulos de pleno derecho «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», el referido pronombre «se» hace referencia al sujeto de derecho y no al objeto de derecho, por lo que, en suma, lo que se ha de indagar es si el adquirente del derecho tenía, o no, los requisitos que personalmente eran necesarios para poder adquirir las facultades que le han sido transmitidas». Y el Dictamen del CE 166/2010, de 22 de abril, mantiene que, para que pueda aplicarse la causa del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, debe apreciarse la ausencia de una circunstancia de orden fáctico o jurídico predicable del sujeto que adquiere facultades o derechos mediante la resolución contraria al ordenamiento jurídico.

En cambio, hacen referencia a los presupuestos que deben concurrir en el sujeto o en el objeto, los Dictámenes 1.511/2011, de 13 de octubre; 1536/2011, de 20 de octubre; 840/2014, de 23 de octubre; 753/2015, de 24 de septiembre; etc.

103 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso... I,* ob. cit., pág. 705. El Consejo de Estado ha aplicado una interpretación muy estricta de esta causa de nulidad, con la preocupación de evitar que se desnaturalice su auténtico alcance (Dictámenes de 27 de enero de 1994 y 22 de febrero de 1996, recaídos en los expedientes números 1.519/1993 y 351/1996, respectivamente). Igualmente, Dictámenes del CE números 319, de 23 de mayo de 2002; y 384, de 24 de abril de 2003.

104 *Comentarios...,* ob. cit., pág. 1725. Igualmente González Rivas: *Comentarios...,* ob. cit., pág. 360; y Lado Castro-Rial, Saucedo Delgado y Vizcaíno Calderón: *Manual...,* ob. cit., pág. 243.

ISBN: 978-84-7777-740-3

IX. SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO TIPIFICADOS EN LEYES ESPECIALES

La enumeración de los supuestos de nulidad de pleno derecho se cierra en el artículo 47.1.g) LPAC[105] con una cláusula general[106], conforme a la cual se contempla como causa de nulidad radical «Cualquier otro [caso] que se establezca *expresamente* en una disposición con *rango de ley*»[107]. Hay que advertir con Bocanegra Sierra que la legislación especial utiliza a menudo el término nulidad como sinónimo de mera anulabilidad, lo que obliga a un análisis cuidadoso y restrictivo de la legislación sectorial, en cada caso, que tenga en cuenta las exigencias institucionales de la seguridad jurídica[108].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2024 (rec. 199/2023), en relación con el supuesto *g)* del artículo 217.1 LGT (art. 47.1.g) LPACAP), alumbra una doctrina revolucionaria para los casos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Como expone Edorta Cobreros Mendazona, la Sentencia dilucida la posible aplicación o no de la revisión de oficio a una actividad tributaria afectada por la declaración de inconstitucionalidad de la ley que le servía de soporte y que ha acarreado la rectificación de la previa interpretación del Alto Tribunal con respecto a los actos de aplicación de una ley posteriormente declarada inconstitucional, «(declaración de inconstitucionalidad y correlativa nulidad de pleno derecho efectuada por el Tribunal Constitucional sin condicionalidad ni restricción algunas, conviene precisar) y que, a partir de ahora, considera que sí son nulos de pleno derecho [como incardinables en la cláusula final abierta tanto del artículo 47.1,g) LPACAP como del artículo 217.1.g) LGT: cualquier otro supuesto "que se establezca expresamente en una disposición con rango

---

105 Observa Muñoz Machado (*Tratado…,* ob. cit., pág. 208) que se trata de un cajón de sastre con el que el legislador acepta que la relación que establece el art. 47.1 LPAC no es ninguna sistematización o codificación de todas las causas de nulidad de los actos administrativos. Uno de los defectos de la lista es la ambigüedad y la amplitud de algunos de sus apartados, lo que supone que es difícil encontrar otras hipótesis diferentes que no quepan dentro de los conceptos que el precepto emplea. La mayor parte de las demás normas que recogen algún supuesto de nulidad son reiterativas o dan una redacción parcialmente diferente del mismo concepto (por ejemplo, los arts. 51 y 52 TRLRL utilizan las mismas causas de nulidad previstas en la LPAC en relación con la formación de la voluntad de los órganos colegiados).

106 Sobre los demás supuestos específicos de nulidad establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, véase a García Luengo: «Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común», *RAP,* núm. 159, sep.-dic. de 2002.

107 Como apunta Garrido Mora (*Comentarios…,* ob. cit., pág. 1479), rige aquí el principio de reserva de ley, no pudiendo el Reglamento incorporar nuevos supuestos de nulidad.

La redacción no es idéntica a la de la LRJPAC, que decía *in fine:* «de rango legal».

108 *Diccionario…,* ob. cit., pág. 1697.

de ley" y que el Tribunal Supremo, tras largo razonamiento, ahora considera deducible de los artículos 39.1 y 40.1 LOTC], aunque con los límites establecidos en los artículos 164.1 CE y 40.1 LOTC, por lo que respecta a los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales. Nulidad de pleno derecho, pues, de los actos previos de aplicación de una ley declarada inconstitucional (si en el fallo del Tribunal Constitucional no se incorpora condicionalidad alguna al respecto)[109]».

109 Edorta Cobreros Mendazona, en el *Prólogo* a la monografía de Carmen Agoués Mendizabal: *La revisión de oficio de los actos administrativos en el marco del principio de buena administración,* Aranzadi, 2024.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Estado de Derecho y nuevas tecnologías. Reflexiones en torno a la nueva versión de la *checklist* de Estado de Derecho de la Comisión de Venecia[1]

Rafael Bustos Gisbert

Catedrático Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (UCM)
Miembro suplente de la Comisión de Venecia
ORCID: 0000-0002-3393-2002

Sumario. I. La *checklist:* contexto y elementos básicos.—II. La actualización aprobada en diciembre de 2025.—III. Nuevas tecnologías y poderes privados en la *checklist:* una aproximación novedosa a la IA y el Estado de Derecho.—IV. Poderes privados, nuevas tecnologías y Estado de Derecho.—V. Poderes públicos, nuevas tecnologías y Estado de Derecho.—VI. Conclusión: obligaciones positivas de regulación y derecho a un *digital due process*.

I. LA *CHECKLIST:* CONTEXTO Y ELEMENTOS BÁSICOS

Como es bien conocido, la Comisión de Venecia es un órgano consultivo del Consejo de Europa cuya función esencial es asesorar a sus Estados miembros (que exceden claramente el ámbito europeo al incluir países americanos, asiáticos y africanos) en la garantía de la democracia a través del Derecho[2]. En esa labor, desarrollada durante ya más de 30 años, la Comisión ha focalizado su actividad en la garantía de dos objetivos esenciales

1 El presente trabajo se inserta en el marco del Proyecto de Investigación Fortalecimiento del Estado de Derecho a través de la inteligencia artificial (fAIr-LAW), PID2024-157561NB-I00 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

2 La bibliografía sobre la Comisión de Venecia es muy amplia. Véanse con carácter general: J. Jowell, «The Venice Commission: Disseminating Democracy through Law», *Public Law,* n.º 24, 2001, pp. 675 y ss y W. Hoffmann-Riem, «The Venice Commission of the Council of Europe: Standards and Impact», *International Journal of European Law,* n.º 25, 2014, pp. 579 y ss. En castellano véase. P. Craig, «Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia», *TRC,* n.º 40, 2017, pp 79 y ss., y P. Biglino Campos, «La Comisión de Venecia y el Patrimonio Constitucional Común», *RGDC,* n.º 28, 2018, pp. 1 y ss. Más recientemente, para un tratamiento más detallado en castellano, el trabajo colectivo dirigido por J. M. Castellà Andreu, M. Montobbio y S. Granata-Menghini, *Estado de Derecho, democracia y globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario*, Madrid, CEPC, 2022

ISBN: 978-84-7777-740-3

del Consejo de Europa: la democracia y el Estado de Derecho. En ese contexto hemos de situar la *checklist* de Estado de Derecho pues se trata de un documento esencial para el trabajo de la Comisión[3]. Para ello debemos apuntar algunos elementos básicos respecto al modo de su elaboración y actualización, sus caracteres básicos y su finalidad.

En cuanto a su elaboración, debemos comenzar destacando, que la primera versión de la Checklist aparece sin apenas desarrollo en el anexo al informe sobre Estado de Derecho adoptado en 2011[4]. El anexo es extremadamente breve (apenas página y media) y el informe también es muy parco. Ello puede sorprender en la medida en que el tema abordado (el Estado de Derecho) desde un punto de vista general) pareciera merecer un análisis mucho más detallado. La brevedad, y la inclusión de una *checklist* como anexo, se explica a partir de las dificultades encontradas por los ponentes del informe para concretar mínimamente un concepto de Estado de Derecho compartido por todos los miembros de la Comisión. En ese proceso de búsqueda de consenso se puso de manifiesto lo difícil que era hacer compatibles, por una parte, las diferentes tradiciones jurídico-culturales (ejemplificadas en el informe bajo los términos *rule of law*, *prééminence du droit* y *Rechtstaat* además de las procedentes del este de Europa) y, por la otra, las específicas formas en las que el concepto se despliega en cada uno de los Estados. Estas dificultades llevaron a que, una vez constatadas, el método de trabajo de los ponentes no se centrara en tratar de elaborar en abstracto el contenido de la categoría «Estado de Derecho» sino que, al contrario, la metodología se focalizó en acordar qué preguntas debía plantearse quien quisiera evaluar cuál es el estado de salud del Estado de Derecho en un determinado tiempo y lugar. Esto es, adoptando el punto de vista normalmente utilizado por la Comisión (evaluar si una determinada normativa es conforme con los principios del Estado de Derecho), el método consistió no tanto en buscar respuestas compartidas (que no eran idénticas en función de la tradición cultural concreta y de las peculiaridades de cada Estado), como en identificar las preguntas necesarias. A partir de tales preguntas se pudo dotar de una estructura mínima al informe y, simultáneamente, elaborar la primera *checklist.*

La actualización en 2016 supone un cambio cualitativo en el contenido de la *checklist,* pero no en la filosofía subyacente[5]. Se prescinde de hacer un informe específico de Estado de Derecho (manteniendo pues el aprobado en 2011), pero se desarrolla en profundidad la lista de preguntas formuladas y se les suman notas explicativas en cada capítulo, así como un

---

3 Sobre la *checklist* en concreto, véase A. Drzemezewski, «The Council of Europe and the Rule of Law», en *Human Rights Law Journal,* vol. 37, 2017, pp 179 y ss.

4 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Rule of Law,* CDL-AD(2011)rev, adoptado en la sesión de 25-26 de marzo.

5 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Rule of Law Checklist,* CDL-AD(2016)007, adoptada en la sesión de 11-12 de marzo.

anexo con las fuentes de las que se han extraído los estándares utilizados para su redacción. De este modo el Estado de Derecho aparece configurado a partir de 5 capítulos (Legalidad, Seguridad Jurídica, Prevención del abuso de Poder; Igualdad ante la ley y No Discriminación y Acceso a la Justicia) subdivididos en apartados y se anexan dos «retos» para el Estado de Derecho (Corrupción y Conflictos de Interés y Tratamiento de Datos y Vigilancia).

Esta versión muestra una concepción de Estado de Derecho no solo formal, sino también sustancial[6] en la que se pretende ofrecer una guía para la evaluación de la salud del Estado de Derecho en un determinado momento y en un concreto país. Para ello no se ha de proceder como en una *checklist* tradicional (simplemente «rellenando casillas» al modo de una «lista de la compra») sino que se ha de realizar una valoración no tanto de las respuestas concretas a las preguntas, como de todas las contestaciones globalmente consideradas y solo a partir de la guía ofrecida por las notas explicativas. Es decir, no existe una sola respuesta correcta a las preguntas pues las fórmulas de resolver las cuestiones pueden ser muy diferentes. De lo que se trata es de que globalmente las preguntas formuladas reciban una respuesta satisfactoria después de haber realizado un examen conjunto de todos los apartados de la propia *checklist*.

La *checklist* así concebida se ha convertido un instrumento con cuatro características básicas. En primer lugar, es un instrumento *vivo*: las diferentes versiones responden a la necesidad de permanente actualización a partir de la experiencia de la propia Comisión y de la aparición de nuevas necesidades en los Estados miembros. No se tratará de redefinir contenidos sino de concretar los ya incluidos ante condiciones cambiantes y nuevos retos. En segundo lugar, es un instrumento *consensuado*: fue aprobado por unanimidad (y adoptado por otros órganos del Consejo de Europa) con un procedimiento de elaboración inclusivo y transparente de acuerdo con los estándares mantenidos por la propia comisión. En tercer lugar, es un instrumento *aceptado* no solo por los órganos políticos y legales europeos, sino también más allá de Europa. En cuarto lugar, es un instrumento *útil*. Utilidad en varios sentidos: a) Condensa el trabajo de la Comisión desde 1990 (utilidad *codificadora*); b) establece un punto de referencia general para la Comisión de Venecia en la discusión y aprobación las opiniones sobre proyectos específicos de los Estados y los informes generales aprobados por la Comisión (utilidad *metodológica*); c) ofrece una guía para la evaluación por diversos acto-

[6] Sobre la conocida tensión entre un concepto solo formal (*thin*) y un concepto también sustancial (*thick*) al definir el Estado de Derecho véase el trabajo de P. CRAIG, «Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An analytical Framework», publicado en *Public Law*, 1997, y la posición de lord Bingham of Cornhill, *The Rule of Law*, Penguin, Londres, 2011. En España es clásica la aproximación de Elías Díaz defendiendo un concepto sustancial de Estado de Derecho en plena dictadura en *Estado de Derecho y Sociedad democrática* (1.ª ed, 1966), Taurus, Madrid, 2010.

ISBN: 978-84-7777-740-3

res (no solo de la Comisión) respecto al respeto del Estado de Derecho en un determinado tiempo y lugar (utilidad *evaluadora)*.

En definitiva, el concepto de Estado de Derecho manejado no es solo un eslogan político, sino que tiene un contenido jurídico específico que ha de ser respetado.

II. LA ACTUALIZACIÓN APROBADA EN DICIEMBRE DE 2025

La actualización de la *checklist* comentada en este estudio se pone en marcha a raíz de Declaración de Reikiavik en mayo de 2023 en la que se pedía el fortalecimiento de la Comisión de Venecia y, expresamente, se sugería dar mayor visibilidad y estatus a la *checklist.* Puestas en marcha las consultas para su actualización, se constituye en el seno de la Comisión un Grupo de trabajo compuesto por 11 miembros, bajo la presidencia de Kaarlo Tuori que había sido *rapporteur* en las dos versiones anteriores. El grupo de trabajo, auxiliado por la secretaría de la Comisión, trabajó durante aproximadamente 18 meses a partir de las contribuciones de un amplísimo elenco de instituciones estatales e internacionales y fue finalmente aprobado en el plenario de diciembre de 2025[7].

El nuevo texto claramente mantiene el espíritu y la estructura básica del aprobado en 2016. La introducción es más breve, pero se han desarrollado los contenidos significativamente en al menos tres sentidos.

En primer lugar, se ha procedido a una reestructuración de la *checklist.* El texto mantiene los cinco capítulos conformadores de la anterior versión e introduce dos nuevos capítulos. Uno relativo a *checks and balances* y otro atinente a *constitucional review*. Igualmente, se han reestructurado algunos subepígrafes para o bien desarrollar la materia (así el capítulo sobre prevención del abuso de poder se ha reorganizado ahora en tres apartados relativos a garantías generales, procedimentales y lucha contra la corrupción), o bien para simplificar la estructura (así ha ocurrido en el capítulo relativo a acceso a la justicia). La introducción de los dos nuevos capítulos ha sido resultado de un largo debate sostenido dentro y fuera de la Comisión, sin embargo, no se trata de una novedad radical. Ambos elementos estaban ya presentes en las versiones anteriores, pero se ha optado por darles mayor visibilidad en cuanto se consideran esenciales para la defensa del Estado de Derecho.

En segundo lugar, los Retos para el Estado de Derecho han cambiado respecto a 2016. Los considerados en la anterior versión como retos (protección de datos y lucha contra la corrupción) han sido incorporados como

---

7 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *The Updated Rule of Law Checklist,* CDL-AD(2025)002, adoptada en la sesión de 12-13 de diciembre.

elementos de la *checklist* y se han introducido dos nuevos retos. Por una parte, los derivados de la reinstauración del Estado de Derecho tras las derivas iliberales en algunos de los Estados miembros imponiendo una obligación de respeto a las normas de Estado de Derecho también cuando se pretende recuperarlo. En este sentido la *checklist* ofrece la guía básica que las medidas restaurativas han de respetar. Por la otra, se introduce la educación en los valores del Estado de Derecho como un nuevo reto. El objetivo perseguido es claro: la salud del Estado de Derecho requiere la adecuada formación de la sociedad tanto en el valor Estado de Derecho, como también en los derechos humanos y la democracia. Educación que ha de desarrollarse en dos dimensiones: la educación jurídica a todo profesional del Derecho y la educación ciudadana en esos valores. La creación de una cultura compartida en esos valores aparece pues como un requisito esencial para preservar la salud del Estado de Derecho.

En tercer lugar, en su versión actualizada la *checklist* adquiere además un nuevo rasgo que sumar a los ya expuestos más arriba y apunta a una utilidad hasta ahora no buscada en este texto. En este sentido la *checklist* puede convertirse en una verdadera herramienta de defensa activa del Estado de Derecho frente a amenazas y regresiones. Adquiere pues una dimensión *proactiva* en la defensa del Estado de Derecho.

Se han identificado aquellos aspectos que han servido (o faltado) para afrontar crisis del Estado de Derecho. Se ha aprendido de los errores y se ha tratado de reformular o realizar nuevas preguntas que permitan identificar rápidamente tendencias regresivas. Igualmente, se han formulado preguntas frente a las nuevas amenazas (y oportunidades) tecnológicas para evitar su uso contra los valores propios del Consejo de Europa. Todo ello, sin adoptar un concepto rígido de Estado de Derecho, pero sí profundizando en sus aspectos sustantivos y aumentando su alcance a sujetos y cuestiones antes excluidos a la vista de la incapacidad de una aproximación exclusivamente formal para defender el Estado de Derecho.

Pero la defensa del Estado de Derecho, y en este punto la inclusión de un apartado final sobre educación ciudadana es importante, es una cuestión también cultural y responsabilidad no solo de los poderes públicos, sino de la sociedad en su conjunto. Responsabilidad que alcanza en especial a los juristas cuyo compromiso con los valores del Estado de Derecho ha de ser indubitado y adquirido desde su más temprana formación, pero, sobre todo, de los ciudadanos libres en nuestras sociedades democráticas. La *checklist,* como tantos otros instrumentos del Consejo de Europa, ha de ser considerada un «instrumento vivo» y para ello sus contenidos han de popularizarse en el sentido de ser conocidos y entendidos no solo por los expertos, sino también por los ciudadanos.

Por supuesto, asentar esta «cultura» de Estado de Derecho (y de democracia y derechos humanos) requiere no solo educación, sino también

ISBN: 978-84-7777-740-3

normas jurídicas que limiten la actuación de los poderes públicos y, ahora podemos decir, privados. No basta solo prácticas informales ni se puede confiar ciegamente en la madurez de nuestras sociedades. A establecer el perímetro de lo aceptable en el marco del Estado de Derecho se dirige (como se ha dirigido siempre) la actualización de la *checklist.* Que sin duda tendrá que actualizarse dentro de unos años de nuevo.

III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PODERES PRIVADOS EN LA *CHECKLIST:* UNA APROXIMACIÓN NOVEDOSA A LA IA Y EL ESTADO DE DERECHO

Quizás el aspecto en el que la actualización de la *checklist* resulte más relevante es consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías, por un lado, y del crecimiento en importancia y poder de los nuevos actores privados, por el otro. Sin duda ambos procesos, diferentes en cuanto a su naturaleza, están profundamente interconectados[8] tal y como tuvieron ocasión de debatir algunos de los miembros del Grupo de Trabajo en Madrid durante un seminario en el CEPC[9].

Así se destaca en la introducción cuyo párrafo 13 literalmente sostiene:

> «Desde 2016, también se han producido rápidos avances tecnológicos que afectan a algunos fundamentos básicos del Estado de derecho, como pueden ser la independencia judicial o la rendición de cuentas a título individual de quienes se encargan de tomar decisiones. Otro aspecto relacionado con la digitalización y que requiere respuestas desde el punto de vista del Estado de derecho es el aumento del poder de los agentes privados, entre otros, las plataformas digitales. El hecho de que los avances tecnológicos y este aumento de poder, especialmente en el ámbito digital, suelan tener repercusiones transfronterizas dificulta aún más su control mediante los instrumentos propios del Estado de Derecho».

Este punto de partida suscita una serie de cuestiones previas que conviene aclarar como premisas del tratamiento que la Comisión hace de ambas cuestiones.

La primera cuestión es de naturaleza terminológica, pero no es menor. En concreto debía optarse por el concreto término utilizado para designar

---

8 Sobre el tema es profundamente esclarecedor, O. Pollicino, «Potere Digitale» (voz), en *Enciclopedia del Diritto, I Tematici, Potere e Costituzione*, a cura di M. Cartabia y M. Ruotolo, Giuffrè, Milán, V, 2023, pp. 410 y ss.

9 Este fue uno de los ejes del seminario precisamente organizado por la Comisión de Venecia en colaboración con el CEPC titulado «Private Powers and Rule of Law», en enero de 2025, cuando la actualización de la *checklist* estaba ya en marcha. Un resumen de las conclusiones puede consultarse en el blog del CEPC: Bustos Gisbert, Rafael (january 7, 2025) *Seminar Private Powers and Rule of Law: conclusions.*

las transformaciones tecnológicas que estamos viviendo. Se podría haber utilizado los términos inteligencia artificial (en adelante, IA) que es, sin duda, el que mejor designa la actual revolución tecnológica, pero ello hubiera excluido a desarrollos tecnológicos que no puedan calificarse como IA (por no reunir los requisitos de autonomía y capacidad de adaptación exigidos para que un sistema pueda considerarse IA). Igualmente, se podría haber optado por el término tecnologías «digitales», pero este habría excluido tecnologías que no son solo digitales (por ejemplo, las de naturaleza híbrida) o desarrollos como la computación cuántica que no puede considerarse técnicamente como digital. En ese contexto parece razonable la opción de la *checklist* por utilizar el término «nuevas tecnologías» en cuanto aparece como el significante más inclusivo de los posibles. Pero, apuntando que bajo tal título se incluyen tecnologías que distan de ser verdaderamente «nuevas» como es la relativa al tratamiento de datos que aparecerá englobada bajo el mismo, aunque tenga ya más de 50 años de existencia y sea muy discutible que pueda ser considerada una tecnología «nueva».

Una segunda cuestión que la Comisión de Venecia debía plantearse respecto a ambos procesos radicaba en decidir si debían ser tratados como un «nuevo reto» o si, por el contrario, deberían incorporarse al conjunto de la *checklist* de manera transversal. La respuesta es clara en favor de la segunda opción debido no solo a su importancia, sino, sobre todo, a la necesidad de proceder a una adaptación general del Estado de Derecho a estas nuevas necesidades a través de la formulación de las preguntas pertinentes en los diferentes pilares que conforman la estructura del Estado de Derecho en la concepción defendida en el documento objeto de comentario. Sin embargo, como veremos, el grado de transversalidad adoptado es diferente con respecto a ambos procesos.

Debe subrayarse en este punto que la aproximación realizada es muy novedosa. Los textos normativos (de *soft* y *hard law*), y la mayoría de los estudios doctrinales[10], hasta ahora han adoptado una perspectiva no centrada en el efecto de las nuevas tecnologías en el Estado de Derecho sino en algunas de sus manifestaciones que aparecían como relevantes cuando se abordaban otras cuestiones. Así encontramos textos normativos (y reiteramos que nos referimos tanto a textos vinculantes como a textos de nor-

10 Debe apuntarse como excepción la intención de una aproximación global a la idea de Estado de Derecho en cuanto «reto constitucional» en el libro editado por Micklitz, H.-W.; Pollicino, O. *et al.*: *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society,* Cambridge, 2022. Y muy especialmente resultan precursoras las aproximaciones realizadas por M. Hernández Ramos, *El impacto de la inteligencia artificial en el derecho constitucional*, CEPC, Madrid, 2025, y por N. A. Smuha, *Algorithmic Rule By Law*, Cambridge, 2025. Estos dos últimos autores optan por una aproximación muy similar a la de la Comisión al abordar la cuestión de la IA de manera transversal en los distintos principios que conforman el concepto Estado de Derecho. En el caso del profesor Hernández Ramos, además, toma como referencia precisamente la versión de la *checklist* de 2016.

ISBN: 978-84-7777-740-3

matividad débil) reguladores de las condiciones de diseño, comercialización, uso y supervisión de productos de IA, textos relativos a su incidencia en los derechos fundamentales, en la democracia o en la justicia. Incluso en el Parlamento. Pero nunca un tratamiento global en el concepto de Estado de Derecho. Esta es, a nuestro juicio, una virtud de la actualizada *checklist* que ha de ser destacada.

Una tercera cuestión es la relativa al alcance de las obligaciones dimanantes del Estado de Derecho para los poderes privados y la definición de estos. Sin embargo, esta cuestión, a nuestro juicio requiere ser examinada juntamente con las peculiaridades introducidas por los cambios tecnológicos. Por lo que se examinará de manera conjunta con estas en el siguiente apartado.

IV. PODERES PRIVADOS, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y ESTADO DE DERECHO

Respecto al tratamiento de los poderes privados aparentemente se incluye solo un apartado dentro del primer capítulo referido al principio de legalidad, aunque, como enseguida veremos, se va a manifestar en otras partes del texto especialmente cuando se trata la cuestión de las nuevas tecnologías. Debe notarse que en la anterior versión de la *checklist* también existía un apartado en este mismo capítulo, pero se refería solo a «actores privados a cargo de tareas públicas» y cuyas «acciones y decisiones tienen en los ciudadanos ordinarios un impacto similar a las de las autoridades públicas». Este apartado contenía solo una pregunta en la que se pretendía poner de relieve que, en los casos de prestación de funciones públicas por entidades privadas, estas deberían estar sometidos a requisitos derivados del Estado de Derecho de «forma comparable» a como lo están las autoridades públicas. El tratamiento de la cuestión en la versión actualizada bebe de este punto de partida, pero cambia radicalmente tanto en cuanto a la perspectiva como en cuanto al contenido. De este modo se introduce el apartado 3 en el capítulo relativo al principio de legalidad bajo el título «Garantía del Estado de derecho en cuanto a la actividad de los agentes privados». La pregunta general que abre este apartado marca claramente distancias con el planteamiento de la anterior versión del texto pues, además de a actores privados que desempeñan tareas públicas, se dirige a aquellos agentes privados «que, debido a su posición dominante en un sector concreto, puedan emprender acciones o tomar decisiones con una incidencia similar a la de las autoridades públicas». Con esta formulación se establece el ámbito de aplicación de la *checklist* respecto a los actores privados pues no se refiere a cualquier agente, sino a aquellos en los que concurre la doble condición de «dominar un sector concreto» y de afectar la vida de los ciudadanos «con una incidencia similar» al poder público. Estamos pues hablando de actores privados que se asemejan, en cuanto a la extensión e intensidad del poder ejercido, a las autoridades públicas.

El apartado se articula en un total de seis preguntas donde se diferencia con claridad las dirigidas a poderes privados en general y las referidas, más en concreto, a los vinculados al diseño y comercialización de sistemas de IA.

Respecto a los primeros, se pretende que los actores privados (que obviamente incluyen a los grandes tecnológicas, pero no solo pues se extenderá a otros como grandes entidades financieras, farmacéuticas, empresas de seguridad global, etc.) no solo cumplan los requisitos concretos de Estado de Derecho, sino también de respeto a los derechos humanos, garantía de rendición de cuentas democrática y judicial, así como la defensa frente a su injerencia en los procesos públicos de decisión. Como bien se sostiene en las notas explicativas, el Estado de Derecho busca controlar la acumulación excesiva de poder, con independencia de su origen. Si las entidades privadas son capaces de acumular un poder equiparable al Estado, dicho poder privado «debe estar igualmente sujeto a una regulación adecuada por parte de un poder legislativo elegido democráticamente y a una supervisión eficaz por parte de los tribunales», sin dejarlo todo en manos de la libertad contractual o las fuerzas del mercado (párr. 29).

Pero los redactores de esta versión de la *checklist* son conscientes de que la irrupción de la IA tiene un efecto multiplicador del poder de aquellos agentes privados cuyas áreas de actividad se centran en el desarrollo y comercialización de sistemas de IA. Por ello, este apartado formula tres preguntas cuya finalidad principal es la imposición por los poderes públicos de un marco de gobernanza para los proveedores privados de IA que incluya evaluaciones de riesgos y de impacto, la garantía de la responsabilidad de los poderes privados por los daños causados por los sistemas de IA y la creación de mecanismos independientes de supervisión y rendición de cuentas por el uso de la IA. La idea subyacente es la creación de un sistema de autorización y supervisión de la comercialización de aquellos sistemas de IA que puedan socavar los principios fundamentales del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

Nótese, y esto es de una importancia digna de ser muy destacada, que en la nota explicativa de las preguntas dirigidas a los proveedores de sistemas de IA (párr. 30) se introduce una distinción a menudo olvidada y de una enorme importancia para tratar correctamente la cuestión de la sujeción de la IA a las exigencias del Estado de Derecho[11]. Nos referimos a la idea bá-

11 La cuestión de las fórmulas de sujeción de los poderes privados a obligaciones derivadas del Estado de Derecho es de enorme complejidad. En el nuevo contexto tecnológico son de indudable utilidad los trabajos de G. Resta, «Potere Privato e Regolazione» (voz), en *Enciclopedia del Diritto, I Tematici, Potere e Costituzione*, a cura de M. Cartabia y M. Ruotolo, Giuffrè, Milán, V, 2023, pp 1008 y ss, y C. Pinelli, «Il Costitutzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati», *Economía Pubblica,* 1/2023, pp. 115 y ss. En castellano resulta de obligada lectura Balaguer Callejón, F. *La Constitución del Algoritmo*, Fundación Manuel Jiménez Abad, Zaragoza, 2022.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sica de que las obligaciones derivadas del Estado de Derecho respecto de las nuevas tecnologías (en particular, la IA) son diferentes según se dirijan a los poderes públicos y a los poderes privados (incluso aunque estos ejerzan poderes equiparables a los públicos). Respecto a los poderes públicos el respeto a las exigencias del Estado de Derecho se extiende a toda su actividad con independencia de que estén utilizando sistemas de IA o no. Esto es, deberán formularse obligaciones específicas garantizadoras de que los poderes públicos respetan los requisitos del Estado de Derecho cuando utilicen sistemas de IA. Pero la sujeción a tales exigencias no cambia en absoluto. Simplemente se plantean nuevos problemas.

Por el contrario, cuando se trata de poderes privados lo que se hace es identificar qué *nuevas* obligaciones pesan sobre los poderes privados respecto a todo el ciclo de vida de un sistema de IA de cuyo diseño y comercialización son responsables. Es en el contexto de estas nuevas obligaciones donde cobra sentido la creación de un nuevo marco de gobernanza que garantice la rendición de cuentas (democrática y política) relativa al respeto del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos por parte de los poderes privados dedicados al desarrollo y comercialización de herramientas de IA. En el apartado de la *checklist* objeto de comentario se tratan solo las obligaciones de los poderes privados. Pero, no conviene olvidarlo, tales exigencias generan la imposición de *obligaciones positivas* sobre los poderes públicos en relación a la creación del marco de gobierno y responsabilidad de los agentes privados.

Además de este apartado, el sometimiento a obligaciones de los poderes privados derivadas del Estado de Derecho se aborda en otros lugares a lo largo del texto. Dos, al menos, deben ser destacados.

Se refiere el primero al capítulo relativo al principio de igualdad. A diferencia de otros apartados específicos relativos a las nuevas tecnologías incluidos en la *checklist* (véase *infra*), en el caso del apartado 5 (titulado «Igualdad, no discriminación y nuevas tecnologías») del capítulo referido al principio de igualdad no se distingue con claridad si las preguntas incluidas se refieren a obligaciones de poderes públicos o de poderes privados. La explicación, a nuestro juicio, se encuentra en la peculiar naturaleza del principio de igualdad que se despliega tanto en relaciones jurídico-públicas, como en relaciones jurídico-privadas. Esto es, el principio de igualdad y no discriminación se aplica tanto a relaciones verticales (Estado/ciudadano) como a relaciones horizontales (entre sujetos privados). Como bien se apunta en el párrafo 100: «Velar por el derecho a la igualdad y a la no discriminación requiere que todas las partes, agentes privados incluidos, tengan en cuenta las repercusiones del uso de los sistemas de IA. Tanto el uso público como privado pueden acabar teniendo efectos discriminatorios». Por ello, las preguntas suscitadas por las nuevas tecnologías son las mismas, si bien las respuestas podrán ser diferentes. En tal sentido no es ocioso recordar que

el principio de igualdad no impide la diferencia de trato. Sino solo la diferencia de trato que no esté suficientemente justificada. Y el grado de justificación exigido no será el mismo cuando se requiere a un poder público y a un agente privado. Es en tal sentido significativo que el párrafo 99 explícitamente apunte que esta obligación de justificar la desigualdad de trato genere «un incremento de las obligaciones de dichos sistemas para explicar, en la medida de lo posible, cómo han llegado a una determinada conclusión».

En cuanto al contenido de las preguntas con carácter general se plantea la garantía del respeto al principio de no discriminación en el «uso» de las nuevas tecnologías. Uso, pues, tanto por los poderes públicos como por sujetos privados. De ahí se derivan una serie de garantías relevantes respecto a la igualdad relativas a: (i) el acceso a las nuevas tecnologías; (ii) la interdicción de sesgos durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA; (iii) la puesta en marcha de recursos frente a los sistemas de IA; y (iv) los criterios para autorizar el uso de sistemas de IA. Estos cuatro grandes campos implicarán el desarrollo de obligaciones específicas tanto para los agentes privados (la interdicción de barreras de acceso o la inclusión de mecanismos de corrección de sesgos en el diseño e implementación de sistemas de IA), como para los poderes públicos (sobre todo en relación a la garantía del derecho a un recurso y a la autorización de sistemas de IA). En resumen, cabe destacar que las *nuevas* obligaciones de los poderes privados residen, por un lado, en la clara formulación del principio de responsabilidad por daños de los agentes privados por los efectos discriminatorios de sus sistemas de IA y, por el otro, en la apuesta por introducir el principio de no discriminación desde el diseño del sistema de IA y en todas las fases de su ciclo de vida. Dos elementos que se antojan claves para garantizar la no discriminación generada por poderes privados cuando se utilizan dichas nuevas tecnologías tanto por autoridades públicas como por los ciudadanos.

En el texto, además, se apuntan obligaciones específicas de poderes privados en el capítulo de la *checklist* titulado «Checks and Balances». Como hemos apuntado, dicho capítulo no existía en las versiones anteriores siendo introducido *ex novo* en la actualización, si bien algunos de sus contenidos pueden rastrearse en las versiones anteriores. En lo que aquí interesa, conviene subrayar el apartado segundo titulado: «Garantía del marco jurídico del espacio cívico». En este apartado se aborda el aseguramiento de la libre deliberación pública a través de los derechos de libertad de expresión, reunión y asociación. Precisamente abordando la libertad de expresión se incluye una pregunta relativa al pluralismo en los medios de comunicación y establece una obligación específica para las plataformas digitales con «una incidencia social significativa» de respeto al Estado de Derecho. De este modo, las plataformas digitales con incidencia social significativa se consideran poderes privados en el sentido expuesto en el apartado 3 del principio de legalidad y, por tanto, sometidas a las obligaciones derivadas del Estado de Derecho. Ello justifica, y así se específica en el párrafo 87, el

ISBN: 978-84-7777-740-3

establecimiento de un marco de responsabilidades para garantizar ese respeto. Marco que (i) puede incluir requisitos legales respecto a los términos de uso de la propia plataforma; (ii) impone un sistema de evaluación y mitigación de riesgos para la garantía del respeto a los derechos humanos, a la equidad en el ejercicio de la libertad de expresión y a la participación en el debate público; (iii) exige mecanismos de moderación de contenidos; y, en fin, (iv) obliga a la creación de autoridades reguladoras independientes, (v) sujetas a control judicial posterior, pudiendo utilizarse también mecanismos de mediación.

Como conclusión general puede apuntarse que la aproximación de la Comisión de Venecia a la cuestión de las nuevas tecnologías y los poderes privados se asienta en la formulación de reglas específicas para que en el ciclo de vida de los sistemas de IA se respete el Estado de Derecho, los derechos humanos y la democracia. Dichas reglas se garantizan a través de la imposición a los poderes públicos de obligaciones positivas de regulación de la actividad de los poderes privados. Regulación que se refiere fundamentalmente a la creación de un sistema de gobernanza de la producción, comercialización y despliegue de sistemas de IA por parte de poderes privados capaz de asegurar los principios del Estado de Derecho. Ello implica no solo un diseño institucional determinado (órganos independientes de garantía), sino también los principios sustantivos específicos y los procedimientos para asegurar su cumplimiento. Junto a estas obligaciones impuestas al poder público para regular el comportamiento de los poderes privados, se introducen cláusulas de efecto directo sobre los agentes privados (que no necesitarían la intermediación regulatoria de los poderes públicos) en materia de igualdad y de garantía de la libre deliberación pública.

En el caso de los poderes públicos el objeto de la aproximación de la *checklist* se dirige a otros objetivos. Por un lado, determinar el alcance de sus obligaciones regulatorias de la actividad de los sujetos y privados y, por el otro, establecer bajo qué condiciones los poderes públicos pueden usar las nuevas tecnologías de manera conforme con el Estado de Derecho, los derechos humanos y la democracia. A ello dirigimos el análisis en el siguiente apartado.

V. PODERES PÚBLICOS, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y ESTADO DE DERECHO

Como se apuntaba más arriba, la estrategia seguida en la *checklist* para abordar la cuestión de las nuevas tecnologías (en particular, la IA) es transversal. Esto es, examinar en cada principio en que sea pertinente el modo en que se ha de abordar la utilización de esas herramientas por los poderes públicos. Eso no impide que se aborde tanto de manera global (con un subapartado), como de forma concreta (con nuevas preguntas en un subapartado más general).

Los principios en los que se aborda son Legalidad, Seguridad Jurídica, Abuso de Poder, Igualdad y Acceso a la Justicia. Es significativo que en 5 de los 7 principios fundantes del Estado de Derecho en la *checklist* el tratamiento de las nuevas tecnologías sea incluido.

La referencia a las nuevas tecnologías en el *principio de Legalidad* se realiza a través de la inclusión del subapartado 9, titulado «Cumplimiento de la ley y nuevas tecnologías». La pregunta general que abre esta sección resulta enormemente amplia para dar cabida a todas las cuestiones suscitadas que pueden resumirse en tres grandes aspectos. Se refiere el primero al respeto al derecho a la protección de datos de acuerdo con la legalidad vigente en el país. Atañe el segundo a las garantías aplicables frente al uso de nuevas tecnologías en materia de vigilancia e interceptación masiva de datos por parte de los poderes públicos. Finalmente, el tercero se centra en el contenido y la garantía del cumplimiento de la regulación de la IA.

Este último aspecto es sin duda de una enorme importancia para la coherencia del sistema de aplicación de los requisitos derivados del Estado de Derecho a la IA pues lo que viene a hacer es, por una parte, concretar las obligaciones positivas de los poderes públicos respecto al régimen jurídico de la IA de manera que constituye el complemento imprescindible de las formuladas con respecto a los poderes privados y, por la otra, establecer reglas específicas para el desarrollo y uso de sistemas de IA por los poderes públicos.

En el primer sentido, las obligaciones regulatorias del Estado deberán abordar una serie de cuestiones mínimas como son (i) la suficiente protección de los datos utilizados para diseñar sistemas de IA; (ii) el establecimiento de los procedimientos para autorizar el uso de IA; (iii) la existencia de autoridades independientes y eficaces para la garantía del cumplimiento de las normas jurídicas nacionales e internacionales relativas a la IA.

Respecto a las obligaciones de los poderes públicos cuando utilizan IA apunta varias prescripciones generales: (i) la obligación de que el uso de sistemas de IA por los poderes públicos esté prevista en la ley; (ii) la creación de procedimientos para la autorización de su uso, (iii) el establecimiento de requisitos técnicos mínimos (mencionándose en este punto los de transparencia y fiabilidad); (iv) la institucionalización de mecanismos de supervisión para asegurar la rendición de cuentas y la responsabilidad y (v) la articulación de remedios accesibles y eficaces frente a la violación de derechos humanos como consecuencia del uso de la IA por los poderes públicos (que será concretada específicamente cuando sea utilizada por la administración de justicia). Concluye con una recomendación relativa a la conveniencia de realizar pruebas de la IA antes de su implantación por los poderes públicos en entornos normativos seguros (*sandboxes*).

Respecto al *principio de Seguridad Jurídica* el destinatario de las preguntas son las autoridades públicas y solo de manera refleja los poderes priva-

ISBN: 978-84-7777-740-3

dos. La *checklist* opta por incluir también un apartado específico en el que se subraya que los sistemas de IA usados por las autoridades públicas han de cumplir con el nivel de seguridad jurídica exigible en todo caso a los poderes públicos. El motivo aparece con claridad en el texto. La seguridad jurídica implica que los ciudadanos sean capaces de prever cómo se va a aplicar la ley y, así, puedan anticipar las consecuencias de sus actos y no se incumplan sus legítimas expectativas.

Para ello los sistemas usados por los poderes públicos deberán cumplir requisitos específicos en lo referido a (i) ser informado del uso de la herramienta; (ii) tener la certeza de la adecuación a Derecho del resultado; y (iii) prever los resultados ofrecidos por la herramienta. Para cubrir estos requisitos las herramientas usadas por los poderes públicos deberán cumplir una serie de requisitos técnicos y ofrecer suficientes garantías. Respecto a los requisitos técnicos se enumeran: (i) fiabilidad (abarcando los de solidez, precisión, rendimiento y correcto tratamiento de los datos); (ii) ciberseguridad (seguridad y protección); y (iii) transparencia (explicabilidad e interpretabilidad). Respecto a la garantía del cumplimiento de estos requisitos implica que dichos sistemas sean auditables y certificados. Debe subrayarse que el significado concreto conferido a cada uno de estos requisitos técnicos se especifica en las notas de la propia *checklist.*

La *checklist* aborda en el *principio relativo a la Prevención del abuso de Poder* la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos desde una óptica tanto sustantiva, como procedimental y con una particular atención a la prevención y lucha contra la corrupción. A diferencia de los anteriores, no incluye un apartado específico sobre nuevas tecnologías o IA, sino que se incluye dentro de las preguntas referidas a las garantías procedimentales aplicables a esta nueva realidad en el marco de la obligación de rendición de cuentas jurídica y política de los poderes públicos. De este modo, se introduce una pregunta específica para asegurar el principio de *accountability* cuando los poderes públicos utilizan herramientas de IA como base para la adopción de decisiones. Dicha pregunta impone que se cumplan las siguientes obligaciones: (i) explicación de las razones por las que el sistema de IA opta por una solución concreta, pues solo si el ciudadano puede entender dichas razones podrá hacer las reclamaciones pertinentes ante las autoridades; (ii) determinación de la responsabilidad (pública o privada) por los daños causados por un error en el sistema; (iii) concreción de qué elementos de la decisión son atribuibles a la voluntad humana (de la persona encargada de la decisión) y cuales al sistema. Con ello lo que se pretende es satisfacer las tres caras de la *accountability* como principio esencial del Estado de Derecho cuando se utiliza IA en los procesos de decisión públicos: transmitir y explicar los motivos de la decisión; identificar los sujetos responsables y establecer los mecanismos para hacerla efectiva.

Ya hemos tenido oportunidad de apuntar algunos de los elementos destacados por la *checklist* en lo referente al *principio de Igualdad y no discriminación*. Subrayábamos más arriba cómo en este principio se dedica un subapartado específico que va simultáneamente dirigido a poderes privados y a poderes públicos. Conviene ahora simplemente sumar dos consideraciones a lo ya apuntado. En primer lugar, ha de subrayarse que en el caso del uso de herramientas de IA por parte de los poderes públicos su sujeción al respeto del principio de igualdad y no discriminación será mucho más estricto que el exigido a los poderes privados. Así, en el caso de los poderes públicos el canon para la justificación suficiente de un trato desigual será mucho más exigente, así como se reducirá el ámbito de los objetivos considerados legítimos. Por ello las cautelas exigidas para los sistemas de IA para respetar la igualdad en el acceso a las tecnologías, en los mecanismos para evitar sesgos discriminatorios durante el ciclo de vida de la IA y para la autorización del uso por los poderes públicos de herramientas de IA serán mucho mayores que las aplicadas a los poderes privados. Algo parecido se puede decir respecto a los recursos frente al uso de un sistema de IA que suponga un trato desigual o discriminatorio. Si bien tienen que existir recursos tanto frente a las decisiones de un poder privado, estos pueden no ser los mismos ni tener el mismo alcance cuando el responsable de la decisión discriminatoria no sea un poder privado, sino una autoridad pública.

En segundo lugar, debe destacarse que la última de las preguntas es un caso concreto de no discriminación que afecta directamente a los poderes públicos, pero con un efecto reflejo en los poderes privados como consecuencia de la regulación exigida. En este supuesto la garantía de la igualdad y no discriminación se refiere a la que ha de existir entre los contendientes electorales durante los procesos electorales. Se trata de evitar que a través del uso de IA se puedan menoscabar la igualdad de oportunidades de los contendientes electorales para lo que se exige una normativa pública que impondrá obligaciones concretas de los poderes digitales y muy en concreto de las plataformas digitales en la misma línea que la apuntada *supra* respecto a la garantía de un espacio libre de deliberación pública.

El último principio en el que la IA recibe un tratamiento significativo en la *checklist* es el *principio de Acceso a la Justicia* cuyo nuevo subapartado 4 se titula «Tecnologías digitales en el sistema judicial». Nótese que en este apartado se ha sustituido el término «nuevas» tecnologías por «tecnologías digitales». Posiblemente, se pretende aquí destacar que en el ámbito de la justicia solo las herramientas de IA fundadas en tecnología digital constituyen el ámbito de aplicación ante la ausencia, al menos todavía, de tecnologías híbridas o de programación cuántica utilizables en justicia.

Este subapartado cumple una doble tarea en el seno del esquema utilizado por la Comisión de Venecia. Por una parte, es la aplicación en concreto

ISBN: 978-84-7777-740-3

de las obligaciones derivadas del Estado de Derecho para los poderes públicos al utilizar sistemas de IA en un concreto sector (la justicia) y, por la otra, establece las orientaciones específicas del uso de sistemas de IA en el ejercicio de la función jurisdiccional en relación con su efecto sobre el derecho a un juicio justo. En este sentido se introduce en la tercera de las preguntas del subapartado la obligación de que la ley diferencie entre el uso de tecnologías digitales dirigidas a una mejor gestión del poder judicial de aquellas dirigidas a ayudar a los jueces a evaluar los hechos y a aplicar las leyes a los casos concretos. Con esta distinción, procedente del Reglamento UE de IA, se diferencian pues dos planos.

Respecto al primero, en el que se reiteran principios apuntados antes en la *checklist,* se pretende asegurar que el uso de la IA por el poder judicial: (i) esté establecido por la ley; (ii) garantice la adecuada protección de los datos en cuanto que se tratarán de datos especialmente sensibles y vinculados a la actuación del poder judicial; (iii) se oriente a la mejora en la eficacia y funcionamiento del poder judicial y la mejor tutela de los derechos de los ciudadanos, así como al incremento de la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia; y (iv) asegure el cumplimiento de los requisitos generales del uso de los sistemas de IA por los poderes públicos por lo que habrá de ser un uso transparente, explicable y sujeto a la supervisión de órganos independientes.

En lo atinente al segundo, se pretende establecer las bases del modo en el que los sistemas de IA pueden asistir el ejercicio de la función jurisdiccional. Esto es, los requerimientos que han de cumplirse para que los usos de las herramientas digitales sean respetuosos del derecho a un juicio justo. Tales requerimientos según la *checklist* serían:

i) Centralidad humana: la decisión final siempre ha de ser de un juez y no puede basarse solo en la recomendación del sistema de IA, prohibiéndose una decisión totalmente automatizada de manera que la responsabilidad final recaiga en el juez para lo que será necesario que todas las recomendaciones del sistema sean plenamente trazables y explicables pues de lo contrario no podría garantizarse ni la eficacia de supervisión humana (por el juez), ni la eventual responsabilidad (del juez) por los eventuales daños causados.
ii) Requisitos específicos de la IA en justicia: el sistema de IA ha de respetar requisitos específicos relativos a:

    a) el respeto a los derechos humanos de naturaleza tanto sustantiva (en especial la no discriminación) como, sobre todo, procesal (los derechos a la motivación de las sentencias, no sufrir indefensión y presunción de inocencia) en cualquier recomendación realizada por el sistema de IA para lo que requerirán específicas evaluaciones previas y posteriores de riesgo e impacto;

b) la independencia judicial asegurando la debida participación de los miembros del poder judicial en todas las decisiones relevantes acerca del proceso de implementación y evaluación de herramientas de IA;
c) exigencias técnicas cualificadas en relación con transparencia (aquí el deber de motivación se vinculará necesariamente a la explicabilidad de la herramienta), seguridad, robustez (adecuación y confiabilidad) e interoperabilidad.

iii) Gobernanza de la IA en Justicia: Un sistema de gobernanza específico en el seno del poder judicial transparente e independiente (y que a su vez respete la independencia judicial) con una serie de características mínimas en las que el órgano encargado de tal gobernanza ha de:

a) disponer de la documentación relativa a las opciones básicas del diseño, las fuentes de los datos utilizados, la forma en que adopta las decisiones y las limitaciones conocidas del sistema;
b) gozar de competencias de auditoría periódica de los sistemas implementados con herramientas de evaluación previa y posterior del funcionamiento del sistema de IA;
c) actuar con completa transparencia para que la información y sus recomendaciones sean accesibles al público de manera que se garantizara la plena rendición de cuentas;
d) asegurar que las herramientas de IA en este campo no sean implementadas directamente, sino que han de ser previamente probadas y evaluadas en entornos seguros de prueba en el seno del propio poder judicial.

iv) Remedio judicial: el derecho a recurrir frente al uso de la IA en justicia ha de garantizar suficientemente los derechos de defensa y por tanto ha de abarcar:

a) la decisión de implementar ese concreto sistema de IA en el ejercicio de la función jurisdiccional;
b) el diseño técnico del sistema de IA autorizado;
c) la pertinencia de su uso en un caso concreto;
d) la recomendación específica realizada por el sistema en el caso concreto.

VI. CONCLUSIÓN: OBLIGACIONES POSITIVAS DE REGULACIÓN Y DERECHO A UN *DIGITAL DUE PROCESS*

Como se ha tenido ocasión de explicar, la *checklist* actualizada de Estado de Derecho procede a un tratamiento global de los problemas planteados por la IA desde una visión no solo formal sino sustancial del Estado de

ISBN: 978-84-7777-740-3

Derecho y, por tanto, vinculada a los principios de democracia y respeto a los derechos humanos.

La base de este tratamiento global va a ser la distinción, por una parte, entre poderes privados y poderes públicos y, por la otra, la relativa a la eficacia inmediata o mediata de las obligaciones dimanantes del Estado de Derecho. La mayoría de las obligaciones dirigidas a los poderes privados y algunas de las impuestas a los poderes públicos van a tener una eficacia mediata porque requerirán una regulación específica. Pero algunas de las obligaciones serían accionables directamente tanto respecto a los poderes privados (muy singularmente en relación con el respeto al principio de igualdad o las garantías mínimas de un debate público libre) como, sobre todo, a los poderes públicos.

De este modo ha de usarse el concepto de obligaciones positivas del Estado. Obligaciones positivas que con carácter general comprenden (en su dimensión sustantiva) en primer lugar, «la obligación de establecer un marco legislativo y reglamentario de protección» y, en segundo lugar, «la obligación de adoptar medidas operativas para proteger a determinadas personas del riesgo de sufrir un trato contrario» al derecho protegido.

En otros términos, la *checklist* impone el deber de aprobar una legislación adecuada[12] para impedir afectaciones al Estado de Derecho como consecuencia de la IA. Se plasma en un doble plano: una regulación sustantiva (principios y derechos que han de ser respetados) y una regulación de garantía (mecanismos para hacer aplicables esos principios en particular un sistema de gobernanza de la IA que se sume al existente respecto a la gobernanza de datos). Estas obligaciones positivas serán particularmente duras e incluso podrán actuar como obligaciones directas de los poderes privados cuando afectan a aspectos particularmente relevantes para el Estado de Derecho en su vertiente «sustantiva». En la *checklist* se observa en la garantía del proceso deliberativo democrático (tanto en el espacio público como en los periodos electorales o la referencia al respeto a la deliberación democrática en el proceso parlamentario) y en la garantía del principio de igualdad y no discriminación (susceptible de aplicación directa a los sujetos privados).

Junto a ello se regulan las obligaciones de respeto al Estado de Derecho en el uso de herramientas de IA por los poderes públicos. Implica adaptación de los principios a la realidad digital sobre todo a través de la inclusión de requisitos técnicos capaces de asegurar ese respeto y la garantía de seguridad jurídica y de *accountability* de los poderes públicos. La *accountability*, además, es tanto democrática como jurídica. Ambos elementos exi-

12 Téngase en cuenta que resulta irrelevante que «legislación adecuada» proceda de instancias supranacionales o nacionales. Lo relevante es que sea plenamente eficaz.

gen la puesta en marcha de una estructura institucional de gobernanza del uso de IA en los diferentes poderes del Estado capaz de hacer cumplir tales exigencias derivadas del Estado de Derecho. De ahí surge una triple gobernanza: la de los datos, la de la IA y la de cada poder del Estado en la implantación de sistemas de IA por los poderes públicos.

En ese marco se desarrolla lo que parte de la literatura académica define como el *digital due process* como elemento esencial de la garantía del Estado de Derecho. Con este concepto se hace referencia a la obligación de que tanto en la regulación como en el uso de la IA por los poderes públicos se garantice la plena aplicación de la ley. Como es conocido, el concepto de debido proceso tiene una dimensión procesal (si se quiere, judicial) pero también extraprocesal. En su vertiente extraprocesal básicamente implica la sujeción al ordenamiento jurídico en la actuación de los poderes públicos y la interdicción de la arbitrariedad. En su vertiente procesal implica la inclusión de los derechos necesarios para recibir un juicio justo. La *checklist* intenta satisfacer ambas dimensiones. En particular, el papel del *judicial due process* en la garantía del Estado de Derecho es esencial. Así que el uso de la IA por la justicia ha de ser particularmente respetuoso.

A nuestro juicio, el derecho al debido proceso digital en la jurisdicción puede ser la matriz de la que extraer y construir las garantías de un uso respetuoso con el Derecho y no arbitrario de las nuevas tecnologías. De la *checklist* se extrae, al menos, una doble dimensión. Por un lado, implica el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia para impugnar las decisiones (públicas o privadas) adoptadas directamente o sobre la base de las recomendaciones de herramientas digitales (derecho a un remedio judicial ante la IA)[13]. Por el otro, será un derecho ejercitable en el seno del proceso judicial lo que impone requisitos específicos para el uso de la IA por la justicia. Requisitos a partir de los cuales se podrán construir los elementos básicos para enjuiciar si el uso de la IA realizado por otros poderes (públicos o privados) es o no respetuoso de los principios del Estado de Derecho.

Si tuviéramos que concluir en una frase las exigencias impuestas por el Estado de Derecho a los poderes públicos para regular (su propia actividad y la de los poderes privados) y usar la IA podríamos afirmar que tal uso *ha de estar prevista en una ley* (para lo que deberá cumplir determinados requisitos incluyendo nuevos marcos de gobernanza y nuevas garantías) *que impida situaciones de discriminación o de lesión de derechos* (lo que implica regulación de todo el ciclo de vida de un sistema de IA), *satisfaga la segu-*

13 Nótese en este punto que el derecho al remedio judicial puede verse ampliado si finalmente se impone la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas no solo en su vertiente sustancial, sino también en su vertiente procesal, esto es como «la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva sobre las alegaciones» de violación de un derecho o elemento esencial del Estado de derecho. Pero este desarrollo dista de estar claro ni en la normativa aplicable ni en el propio texto de la *checklist*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

ridad jurídica (que implica requisitos de previsibilidad, seguridad, robustez y confiabilidad de los sistemas de IA), *asegure la existencia de un espacio público libre y robusto* (lo que tiene consecuencias para el respeto también privado de la integridad del debate público y de los procesos electorales) y *evite la arbitrariedad de las autoridades públicas* (lo que implica consecuencias en términos de transparencia, rendición de cuentas, trazabilidad, explicabilidad y responsabilidad por daños de los sistemas de IA) *a través de la plena garantía del derecho a un recurso judicial* (en el que se exigirán unos requisitos cualificados de respeto al ordenamiento jurídico).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Uniformidad y diferenciación en Derecho local: a propósito de la organización y las competencias de los municipios*

Eloísa Carbonell Porras

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén
ORCID: 0000-0003-1127-1730

Sumario. I. Planteamiento. —II. La organización y el funcionamiento de los municipios: previsiones iniciales de la LBRL y su evolución. 1. El amplio reconocimiento de la potestad de organización municipal como punto de partida. 2. Los regímenes especiales: remisión al legislador autonómico. 3. Los municipios de gran población: una potestad de organización más limitada que en los municipios de régimen común. 4. Los Ayuntamientos de Barcelona, Madrid y otras capitales autonómicas. —III. Las competencias municipales. 1. Los criterios para la determinación de las competencias del artículo 2 LBRL. 2. Nuevas exigencias en la determinación de las competencias municipales propias con la LRSAL. 3. La expresa incorporación del principio de diferenciación en 2023. —IV. A modo de conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

El año pasado se llevaron a cabo diferentes actos conmemorativos de los cuarenta años de aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que adecua nuestro régimen local a la Constitución de 1978, superando reformas parciales anteriores. Fue una Ley con alta calidad técnica que poco a poco ha ido perdiendo como consecuencia de reformas no siempre suficientemente medidas y en ocasiones con graves deficiencias e incoherencias[1]. No es extraño que hayan sido fre-

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Generación de Conocimiento 2022 del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 titulado «Entidades Locales y movilidad sostenible», con referencia PID2022-141071OB-C22, del que soy Investigadora principal, que se integra en el Grupo PAIDI SEJ-630: «Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico» (APCI), que coordino en la Universidad de Jaén.

1 Recientemente Parejo Alfonso, L. (2025), «La filosofía del régimen local básico de 1985 y su temprana, parcial, pero decisiva, desvirtuación», en *Cuadernos de Derecho Local QDL68. Pasado, presente y futuro de los gobiernos locales en España. 40 aniversario de la Ley de Bases de Régimen Local*, p. 14 ss. analiza los principales caracteres de Ley, y subraya que la STC 214/1989, de 21 de diciembre, alteró significativamente el enfoque inicial.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cuentes las propuestas destinadas a aprobar una nueva normativa básica de régimen local, aunque las dificultades políticas para alcanzar el suficiente consenso para ello no aventuren que tal reforma pueda llevarse a cabo. La LBRL pretendió dar respuesta a una regulación que salvaguardara los intereses locales y la autonomía local, que debe garantizar el Estado para todo el territorio nacional, en el nuevo modelo de organización territorial y las competencias que corresponden a las CCAA. Precisamente uno de los aspectos que mayores críticas ha suscitado ha sido la excesiva homogeneización de la regulación, que dejaba escaso margen para que las CCAA, en el ejercicio de su potestad para el desarrollo normativo de lo básico, la adaptaran a las peculiaridades de las Entidades locales de su territorio. Este planteamiento está además estrechamente vinculado con la pretendida «estatutorización» del régimen local, que defiende la «interiorización» también respecto de municipios y provincias, y que supondría, en cierta medida, poner fin al «carácter bifronte del régimen local»[2]. No es este tema el que ahora interesa, pues está claro que el Tribunal Constitucional ha defendido en todo momento que el artículo 149.1.18 de la Constitución ampara la competencia estatal en la materia, sino reflexionar sobre la pretendida uniformidad de nuestro régimen local. El debate al respecto ya está presente en el preámbulo de la LBRL, que subraya:

> «resurge aquí la vieja polémica entre uniformismo y diversidad en la organización local, en modo alguno resuelta con los intentos frustrados de tipificación de regímenes locales (que sólo suponen una estéril flexibilización del uniformismo), sólo que ahora transmutada en la tensión entre los valores constitucionales de unidad y autonomías (de las nacionalidades y regiones y de los entes locales). La resolución adecuada a esa

[2] Principales defensores de este planteamiento y sumamente críticos con la uniformidad de nuestro régimen local son Font i Llovet y Velasco Caballero. El primero ha argumentado que «el Estatuto es el tipo normativo adecuado para determinar con garantía los elementos definidores de la autonomía local, debido a que es la única norma capaz de imponerse al mismo tiempo al legislador estatal y al autonómico» (Font i Llovet, T. «La reconstrucción de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los Estatutos», en *Anuario de Gobierno Local 2003*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut, de Dret Públic, 2004, p. 40). Por su parte, Velasco Caballero, F. defiende una nueva distribución de competencias entre Estado y CCAA que surge de la aprobación de los nuevos Estatutos de autonomía y provoca «una situación de notable asimetría competencial» (*Derecho local. Sistema de fuentes*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 113). Además de otros trabajos de los dos autores sobre esta cuestión, merece la pena ahora referirnos a algunas más recientes como Font i Llovet, T. (2011), «Uniformidad y diferenciación en las instituciones autonómicas y locales en España: Aquiles y la tortuga», en *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (coord. por López Menudo, F.), Iustel, p. 1217 ss.; y, con Vilalta Reixach, M. (2024), «El Gobierno local a los 40 años de la Ley de Bases de Régimen Local. Diferenciación, autonomía local y retos territoriales», en *Anuario del Gobierno Local 2024*, dedicado a *Los Gobiernos locales en las nuevas dinámicas europeas*, p. 11 ss.; así como Velasco Caballero, F. (2020), «Municipios urbanos *versus* municipios rurales: homogeneidad y diversidad en el régimen local», en *Anuario de Derecho Municipal 2019,* n.º 13, p. 13.

> tensión exige desde luego la constricción del marco general a lo estrictamente indispensable para satisfacer el interés nacional, pero también, desde luego, una específica ponderación, según su valor constitucional relativo de las exigencias recíprocas del interés autonómico y el estrictamente local. De esa ponderación resulta que, si en lo que trasciende a la conformación de la organización territorial (procesos de alteración de municipios y creación de nuevos entes territoriales), debe primar el interés autonómico, no sucede lo mismo en el plano de la organización interna de las entidades locales; plano en el que procede reconocer la primacía del interés de la acomodación de aquella a las características específicas de estas».

La redacción inicial de la LBRL consagra ampliamente la potestad de organización local, fija una organización municipal básica mínima, reconoce la especialidad del concejo abierto y de los municipios de Madrid y Barcelona, y prevé que las CCAA aprueben regímenes especiales, en los términos que veremos. Pero la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local que, como es sabido, introduce el nuevo Título X, también se refiere al rígido y excesivo «uniformismo» del régimen local español, «contemplando a todos o la mayor parte de los municipios, con independencia de su demografía y complejidad, como organizaciones merecedoras de un tratamiento jurídico uniforme». El mismo planteamiento está presente en el *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local de 2005*, que destaca la necesidad de una más clara diferenciación del sistema de gobierno local, incrementando la potestad de autoorganización, y reivindica el principio de subsidiariedad y diversidad en la concreción de las competencias municipales en línea con el principio de proximidad. Tales consideraciones se han mantenido con posterioridad de manera continuada en diversos documentos. Por ejemplo, el informe *Las reformas y propuestas de reforma de la legislación local en España, 1999-2022,* señala la importancia de «dar contenido material al principio de diferenciación en la regulación local» (pág. 14) y superar una excesiva uniformización en la ordenación de las competencias locales incorporando los principios de subsidiariedad y de diferenciación (págs. 25-26). Y los estatutos de autonomía aprobados en este siglo también han acogido estos planteamientos. Por ejemplo, el artículo 88 del Estatuto de Cataluña de 2006: «Las leyes que afectan al régimen jurídico, orgánico, funcional, competencial y financiero de los municipios deben tener en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión que tienen»; el artículo 98.2 del de Andalucía de 2007: «la ley de régimen local tendrá en cuenta las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión de los distintos entes locales»; el artículo 85 del de Aragón de 2007: «La actividad de las entidades territoriales aragonesas se desarrollará bajo los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y diferenciación»; o el artículo 53. 2 del de Extremadura de 2011: «en el marco de la legislación bá-

ISBN: 978-84-7777-740-3

sica del Estado, la Comunidad Autónoma regulará el régimen jurídico de las entidades locales de Extremadura, teniendo en consideración las diferentes características de las mismas y su diversa capacidad de gestión competencial». De esta forma, resulta clara la voluntad del legislador estatutario de la necesidad de valorar la realidad de las diferentes entidades locales en un país como España que cuenta con 8132 municipios, 50 provincias y 11 islas. También en 2023 el principio de diferenciación se ha incorporado formalmente al artículo 25. 6 LBRL como se verá. Pero otra cuestión es que todo esto se ajuste a la realidad y que nuestra legislación no haya previsto amplias posibilidades para su adecuación a la diversidad de municipios existentes. Y este es precisamente el objeto de esta colaboración. No obstante, no pretendo referir todos los ámbitos en los que nuestro Derecho local ha permitido o posibilitado amplias diferencias de régimen jurídico como sucede con el sistema electoral[3], la realidad de las provincias y las islas[4], la foralidad[5], las especialidades para Cataluña[6], los Ayuntamientos de Ceuta y

---

3 Como es sabido la población municipal se tiene en cuenta en la LOREG para determinar el número de concejales a elegir y el sistema para hacerlo (arts. 179 y 184), así como para presentación de candidaturas (art. 187). T. Font i Llovet y A. Galán Galán, «Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización», en *Anuario del Gobierno Local 2014*, en particular pp. 39-43, critican el uniformismo en el régimen electoral y proponen su interiorización.

4 En 1987 el artículo 25 TRRL estableció, con el carácter de norma básica, que el territorio español se divide en cincuenta provincias, y así continúa siendo en la actualidad. Pero resulta obvio que el régimen jurídico de los territorios históricos vascos, las comunidades autónomas uniprovinciales, incluida la Foral de Navarra, e incluso las mancomunidades interinsulares canarias han sido desde 1983, con la Ley del Proceso Autonómico y los primeros Estatutos de Autonomía, muy distinto del propio de las provincias de régimen común. Igualmente son claras las diferencias de régimen jurídico de Cabildos y Consejos Insulares por disponerlo así los Estatutos de Autonomía de los dos archipiélagos. Pero, además, con apoyo en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), las CCAA que cuenten con un sistema institucional propio han podido configurar a las comarcas como entidades equivalentes a las provincias como he expuesto con detenimiento en Carbonell Porras, E. (2016), «Replanteamiento sobre las provincias: del pretendido reforzamiento de su posición institucional a una posible mutación constitucional», *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, pp. 105 ss.

5 Disposiciones adicionales segunda y tercera de la LBRL y adicionales primera y segunda de la LRSAL.

6 Dos son las peculiaridades fundamentales que se contemplan inicialmente: una, en la disposición adicional cuarta LBRL para para facilitar la constitución de las comarcas; otra, con la sustitución de los planes provinciales de obras y servicios por un plan único (art. 2 del Real Decreto 2115/1978, de 26 de julio, sobre transferencias de competencias de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Interior, Turismo, Actividades Molestas, Insalubres Nocivas y Peligrosas y Transporte), plan único que además canaliza la cooperación económica del Estado. Más reciente es el Real Decreto-ley 15/2023, que ha añadido a la LBRL las disposiciones adicionales séptima y décimo octava, está última relativa al personal funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional en Cataluña. La séptima se titula «derechos históricos de Cataluña» y dispone que «las previsiones de esta Ley se aplicarán respetando en todo caso la posición singular en materia de sistema institucional recogida en el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Ca-

Melilla[7], entre otras generales[8]. Aunque esto ya evidencia que no puede hablarse de uniformidad de nuestro régimen local sin matices, seguidamente se intenta mostrar, por un lado, que la organización municipal no ha sido tan uniforme como se dice con apoyo en la redacción inicial de la LBRL, sus reformas y las posibilidades de desarrollo autonómico; y, por otro lado, que la atribución de competencias también ha podido realizarse sobre la base de las diferencias en su capacidad de gestión. Así, a mi juicio, lo ha admitido la legislación básica de régimen local desde 1985 aunque, por razones diversas, no siempre se hayan concretado las previsiones normativas al respecto.

---

taluña, así como las competencias exclusivas y compartidas en materia de régimen local y organización territorial previstas en dicho Estatuto, de acuerdo con el marco competencial establecido en la Constitución y en especial en el Estatuto de Autonomía de Cataluña». Font i Llovet, T. (2025), «El Gobierno local en España a los cuarenta años de la Ley de Bases de Régimen Local. Retos de futuro», *Cuadernos de Derecho Local QDL, 68. Pasado, presente y futuro de los gobiernos locales en España. 40 aniversario de la Ley de Bases de Régimen Local*, p. 25, ha señalado «la importante carga política y simbólica de esta norma: por primera vez aparece en la legislación básica estatal de carácter general una regla específica para Cataluña "con nombre y apellidos"». Aunque un análisis detenido de esta disposición excede de los propósitos de este trabajo, no son claras las consecuencias reales más allá del simbolismo político pues quizá solo pretenda compensar la ausencia de referencia expresa al régimen comarcal de Cataluña, que sí hizo la disposición adicional tercera LRSAL a la Comunidad Autónoma de Aragón. Sobre esta nueva disposición adicional séptima, véase Font i Llovet, T., y Vilalta Reixach, M. (2023), «La reforma "urgente" del régimen local: diferenciación y derechos históricos de Cataluña», *Anuario del Gobierno Local. Democracia y reformas del poder local*, pp. 29 ss. Por otro lado, esta nueva disposición adicional decimoséptima se ha invocado en el preámbulo de la Ley 3/2026, de 12 de marzo, de modificación de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (Decreto Legislativo 2/2003), en relación con el régimen jurídico aplicable a Arán, para puntualizar que la legislación de régimen local «solo debe aplicarse a Arán y al Consejo General de Arán en ausencia de regulación específica, respetando, en todo caso, la posición singular de Arán y de acuerdo con la legislación propia de su régimen especial». En todo caso, se trata de una entidad territorial singular, integrada por la agrupación de *terçons* según la Ley 1/2015, de 5 de febrero, del régimen especial de Arán, con un altísimo grado de interiorización de acuerdo con el Estatuto, que se rige por la Ley 1/2025, las normas que la desarrollan y las normas aprobadas por las instituciones aranesas y, supletoriamente, por la normativa común a las administraciones públicas catalanas y las normas aplicables a los entes locales de Cataluña».

7 Se trata de dos municipios que no se integran en ninguna Comunidad Autónoma lo que ya supone una peculiaridad respecto de los demás. Y esto es así antes y después de la aprobación de que las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo, aprobaran sus Estatutos de Autonomía y con independencia de que institucionalmente se relacionen directamente con el Estado como las Comunidades Autónomas. Son dichos Estatutos los que regulan la organización y el funcionamiento de las instituciones de las Ciudades Autónomas, que no se rigen por la legislación de régimen local como reconoce la disposición adicional cuarta LRSAL.

8 No se valoran otros preceptos de la LBRL que hacen referencia a la población municipal en diversas cuestiones como en relación con la iniciativa popular (art. 70 bis), el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales y del personal a su servicio (artículo 75 *bis*), los cargos públicos con dedicación exclusiva (art. 75 *ter*), el personal eventual (artículo 104 *bis*) , así como otra previsiones en diferentes normas como la LHL.

ISBN: 978-84-7777-740-3

II. LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MUNICIPIOS: PREVISIONES INICIALES DE LA LBRL Y SU EVOLUCIÓN

1. El amplio reconocimiento de la potestad de organización municipal como punto de partida

En 1985 se estableció una regulación básica mínima de los ayuntamientos que subsiste: todos cuentan con alcalde, pleno, tenientes de alcalde (art. 20) y comisión especial de cuentas (art. 116). Además, en los de más de 5.000 habitantes, existe la comisión de gobierno local, órgano que podrán crear los de menor población por acuerdo plenario o en su reglamento orgánico. Inicialmente, correspondía a los municipios completar esta mínima organización que había establecido el legislador básico. Esta regla, que implicaba la aplicación preferente de la normativa municipal sobre la legislación autonómica de régimen local, fue declarada inconstitucional en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, al no ajustarse al reparto de competencias del artículo 149.1.18 CE[9]. Pero resulta evidente que el margen que la legislación básica deja al legislador autonómico es amplio, aunque, con buen criterio a mi juicio, la opción mayoritaria ha sido no incidir imperativamente en la organización municipal. En efecto, con carácter general, las leyes autonómicas se han limitado a regular una organización complementaria a disposición de los municipios, a los que se reconoce amplia capaci-

[9] Es importante recordar el amplio reconocimiento de la potestad de organización municipal que realizó la LBRL al disponer, en el artículo 20.c), que el resto de los órganos, complementarios de los básicos, «se establece y regula por los propios Municipios en sus Reglamentos orgánicos, sin otro límite que el respeto a la organización determinada por esta Ley». De este modo, la organización municipal complementaria que pudiera prever la legislación autonómica se aplicaría en todo aquello no previsto en el reglamento orgánico, prelación de fuentes en materia de organización y funcionamiento que se deducía del artículo 5.A). Con ello, el legislador de la época intentaba buscar el equilibrio entre uniformismo y diversidad ponderando el interés autonómico y el estrictamente local y de esa ponderación resultó que, en lo que trasciende a la organización territorial como en los procesos de alteración de municipios y creación de nuevos entes territoriales, debe primar el interés autonómico, pero no sucede lo mismo en el plano de la organización interna de las Entidades Locales, en el que hay que reconocer la primacía del interés local para la acomodación de aquella a las características específicas de estas. Así lo afirmó con claridad la Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de Administración Local, sobre la posición ordinamental del ROF, publicada en el *BOE* núm. 24, de 28 de enero de 1987. Sin embargo, la STC 214/1989 consideró inconstitucional esta articulación normativa por contradecir el orden constitucional de competencias que deriva del artículo 149.1.18 CE, al relegar a la legislación autonómica a un segundo plano respecto de los reglamentos orgánicos municipales. A mi juicio, el reconocimiento constitucional de la autonomía local, especialmente relevante en la organización, pudiera haber sido valorado por el Tribunal Constitucional para llegar a otra conclusión, que mantuviera, en ese ámbito, la prevalencia de la normativa local, pero lo que importa retener ahora es que el legislador básico de 1985 fue mucho más respetuoso con la potestad de organización de los municipios de lo que será después, especialmente en 2003 con el régimen de los municipios de gran población. Sobre la potestad de autoorganización en la LBRL y la incidencia de la STC 214/1989, puede verse Parejo Alfonso, L. (2025), «La filosofía…», p. 39 ss.

dad para decidir si efectivamente la incorpora en sus propios reglamentos orgánicos[10]. Esta opción, sumamente respetuosa con la autonomía local, se alinea con el artículo 6.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, que «sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la Ley», reconoce a las entidades locales un amplio poder para «definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz».

Con la Ley 11/1999, de 21 de abril, la comisión de gobierno pasa a denominarse Junta de gobierno local y se prevé, también para los municipios de más de 5.000 habitantes, las comisiones de pleno, órganos para el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del pleno, el seguimiento de la gestión del alcalde, la junta de gobierno y los concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al pleno. Esta Ley también reforma el artículo 46 LBRL para valorar el tamaño de los municipios en el régimen de las sesiones ordinarias plenarias: una al mes en los municipios de más de 20.000 habitantes; cada dos meses en los de población entre 5.001 y 20.000 habitantes; y cada tres en los de hasta 5.000 habitantes.

En esta etapa inicial, la potestad de organización está ampliamente reconocida tanto por el legislador estatal básico como por el autonómico. No obstante, la efectiva plasmación de esta potestad en los municipios es limitada y los reglamentos orgánicos municipales frecuentemente se limitan a incorporar la organización complementaria prevista en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, el conocido ROF. Pero se trata de una opción plenamente coherente con la autonomía loca que no «obliga» a regular si no se desea.

---

10 Buena muestra de ello es el artículo 47 de la primera ley autonómica, la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, pues estableció que «el ayuntamiento, en ejercicio de su autonomía organizativa, puede crear otros órganos municipales complementarios, respetando en todo caso la organización básica determinada por las leyes», y en los mismos términos se pronuncia el artículo 49 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña. Este planteamiento se mantiene en otras leyes autonómicas como el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, que reconoce que las «entidades locales definen por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pueden dotarse, con objeto de poder adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz»; o el artículo 9 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura: «El municipio, en uso de sus potestades de autoorganización como manifestación puntual de la autonomía municipal, determinará la organización de su Administración y fijará las estructuras administrativas propias y, en su caso, de su sector público institucional, con la finalidad de salvaguardar el pleno ejercicio de sus competencias y garantizar una gestión pública eficaz y eficiente de los recursos públicos».

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. Los regímenes especiales: remisión al legislador autonómico

Respecto de los regímenes especiales, la LBRL mantiene la vigencia de los de Barcelona y Madrid (disposición adicional sexta) sobre los que después volveremos, y regula el concejo abierto en el artículo 29. Este régimen resultaba inicialmente de aplicación obligatoria a los municipios de menos de 100 habitantes, aunque se reforma por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, para admitir que se constituyan en ayuntamientos con plenos integrados por tres concejales. De esta forma, se modificó una regla básica que ha supuesto un mayor margen para los municipios pues se organizan en concejo abierto aquellos que así lo consideren[11].

Por otra parte, el artículo 30 LBRL remite a la legislación autonómica, «en el marco de lo establecido en esta Ley», el establecimiento de regímenes especiales para municipios pequeños o de carácter rural y para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de las actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes, si bien el artículo 9 LBRL, precisa que «las normas de desarrollo de esta Ley que afecten a los municipios, provincias, islas u otras entidades locales territoriales no podrán limitar su ámbito de aplicación a una o varias de dichas entidades con carácter singular, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley para los regímenes municipales o provinciales especiales». Ambos preceptos se analizan en la STC 214/1989, que pone de relieve que el artículo 30 tiene «carácter meramente descriptivo y ejemplificativo de los posibles supuestos de municipios susceptibles de ser sometidos, por la Ley autonómica, a un régimen especial, sin que suponga ni una constricción al legislador autonómico para establecer tal régimen especial, ni tampoco una limitación a fijarlos, puesto que, por la propia cláusula final con la que se cierra la enumeración, deja un amplísimo margen de discrecionalidad y creatividad a la legislación de la Comunidad Autónoma»; y que el artículo 9 «no supone (…) la imposición de un uniformismo generalizado en el ejercicio de las competencias autonómicas, ni la imposibilidad de regímenes locales especiales, sino que tan sólo veda el establecimiento de regímenes locales de carácter singular, es decir, con aplicación limitada a determinadas y concretas Entidades locales individualizadas por la propia norma». La doctrina ha realizado una

---

11 Este cambio afectó especialmente a la Comunidad Autónoma de Aragón pues la progresiva pérdida de población en muchos municipios había provocado una ampliación del concejo abierto incluyendo a municipios no acostumbrados a esta forma de gobierno y, por ello, con dificultades en su aplicación. De hecho, en 1985 solo contaba con 10 municipios sujetos a este régimen, pero eran 143 en 2007. Para solventar este problema se aprueba la Ley 9/2009, de 22 de diciembre, que sujetaba al concejo abierto solamente a los municipios con menos de 40 habitantes. Esta ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno de la Nación por vulneración del artículo 29 LBRL, aunque la reforma de 2011 determinó la pérdida sobrevenida de objeto en este punto (STC 210/2014).

interpretación restrictiva del margen de regulación de los regímenes especiales que la LBRL permite[12]. Sin embargo, cabe entender que lo que el legislador básico excluye es el establecimiento de un régimen especial para una concreta entidad local sin razones objetivas que lo justifiquen, pero no excluye regímenes especiales para los municipios que reúnan unas determinadas características que justifiquen particularidades, incluso si se trata de un único municipio como sucede con las capitales autonómicas. Con este alcance, las leyes autonómicas prevén la adopción de regímenes especiales para los municipios pequeños, los de carácter rural, los monumentales, los industriales, de montaña, los pesqueros, los turísticos… En los últimos tiempos, por la vinculación con los problemas de despoblación, se ha prestado atención a los municipios pequeños y de carácter rural, pues la realidad muestra que las previsiones legales no se han traducido en la efectiva aplicación de normas jurídicas sustancialmente diferentes de las que rigen con carácter general[13]. Pero se trata de meras declaraciones legales que no se han traducido en la efectiva implementación y, si en algún caso se han adoptado, no resulta sencillo su localización. En realidad, durante años la pretensión principal al respecto ha sido la reforma de la planta municipal para suprimir a los más pequeños. Pero en los últimos años se produce un cambio radical como consecuencia de la preocupación por la despoblación en el mundo rural. Buena muestra de ellos es que el Gobierno se planteó añadir un nuevo título a la LBRL relativo a la organización de los municipios de menor población o en riesgo de despoblación, pretensión hoy abandonada[14].

---

12 Por ejemplo, Alonso Mas, M.ª J. (2005), «Comentario al art. 9», en *Comentarios a la ley Básica de Régimen local*, en M. J. Domínguez Zaballos, Thomson-Civitas, 2005, p. 224-225, crítica el precepto que parece pretender que las normas locales sean uniforme de modo que el legislador básico impide que las CCAA establezcan regímenes singulares para uno o varios municipios y provincias; en términos parecidos, Bueno Armijo, A., «Comentario al artículo 9», en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, dirigida por M. Rebollo Puig y coordinada por M. Izquierdo Carrasco, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, tomo I, p. 199.

13 Por ejemplo, la Ley 7/1999, de 9 de abril, de administración local de Aragón (art. 58), la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León (art. 77), la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de régimen local de la Región de Murcia (art. 50), o la Ley 2/2003, de 11 marzo, de administración local de Madrid (art. 42), que prevén la aprobación de reglamentos orgánicos tipo, de modelos-tipos de actas, acuerdos, ordenanzas, plantillas y otros documentos municipales, así como otras posibles medidas que simplifiquen su gestión. Recientemente, Cataluña ha aprobado la Ley 8/2025, de 30 de julio, del estatuto de los municipios rurales.

14 Concretamente se trata del «anteproyecto de ley de régimen de organización de los municipios de menor población o en riesgo de despoblación, de medidas de modernización administrativa y de mejora de las relaciones de colaboración de las administraciones públicas», de 10 de enero de 2022, aunque esta idea parece hoy definitivamente abandonada. La falta de competencia del Estado para regular un régimen especial para municipios pequeños y rurales es, a mi juicio, razón suficiente para ello. De este tema me he ocupado en diversos trabajos, especialmente en «Los municipios pequeños: entre la supresión y la revitalización», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2022*, 13/2023, y en «Los municipios pequeños en la LBRL: previsiones iniciales y evolución», *Revista de Estudios Locales. CUNAL,* 288, mo-

ISBN: 978-84-7777-740-3

No sucede así con los municipios que son capital de la Comunidad Autónoma pues son diversas las leyes que establecen especialidades, como tendremos ocasión de comprobar.

3. Los municipios de gran población: una potestad de organización más limitada que en los municipios de régimen común

La aprobación de la Ley 57/2003, que incorpora a la LBRL un nuevo título X, dedicado los municipios denominados de gran población supone un cambio significativo al establecer un régimen organizativo que profundiza en la pretensión de «parlamentizar» el gobierno local, configurando el pleno como el órgano de debate y control y potenciando las funciones ejecutivas del alcalde y la junta de gobierno local[15]. Este régimen se aplica directamente a los que cuentan con más de 250.000 habitantes, y a los de más de 175.000 que sean capital de provincia, y puede extenderse, a solicitud del municipio y previa intervención de la asamblea legislativa, a los que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas, sea cual sea su población, así como los que cuenten con más de 75.000 habitantes, si presentan circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales. Inicialmente surgió un especial afán por considerarse municipios de gran población que motivo que la mayoría de las CCAA adoptaran las medidas necesarias para ello. Resultado de este proceso, que hoy está superado, la realidad muestra que ni todos los municipios que se rigen por este título pueden considerarse realmente de gran población, ni los municipios con mayor número

nográfico sobre l*os 40 años de Ley de Bases de Régimen local: una mirada a cuatro décadas de autonomía local*, 2025, p. 69 ss., También puede verse, entre los más recientes, Bermejo Latre, J. L. (2025), «Los pequeños municipios en el régimen local: el caso particular de Aragón», pp. 69 ss y Cofrades Aquilué, L. (2025), «Informe sobre el régimen jurídico de los pequeños municipios: consideraciones preliminares para una nueva regulación en Aragón», p. 179 ss, ambos en *Anuario Aragonés del Gobierno Local,* núm. 15.

15 Así lo puso de relieve la doctrina. Puede verse Galán Galán, A. (2003), «El régimen especial de los municipios de gran población», en *Anuario del Gobierno Local 2003*, p. 143 ss, que, no obstante, señala que se mantiene la uniformidad lo que se manifiesta al menos en: la gran extensión del ámbito de aplicación del régimen especial; la atribución al régimen especial del carácter de legislación básica y, por tanto, uniforme; y el incremento en la densidad de las bases estatales (pp.174-175). También, entre otros, Vilalta Reixach, M. (2025), «Regímenes jurídicos especiales de las grandes aglomeraciones urbanas. Balance de los 40 años de la LBRL», en *Cuadernos de Derecho Local QDL68. Pasado, presente y futuro de los gobiernos locales en España. 40 aniversario de la Ley de Bases de Régimen Local*, p. 495 ss., critica su rigidez por cuanto la organización prevista en el Título X de la LBRL se aplica de manera uniforme a todos los municipios incluidos en su ámbito de aplicación (p. 498), y Velasco Caballero, F. (2023), «Municipios de gran población, veinte años después», en *Cuadernos de Derecho Local QDL63,* dedicado a *Las transformaciones de la ciudad y su derecho. Una reflexión sobre el papel de las grandes ciudades,* p. 33 ss.

de habitantes quedan sujetos a dicho régimen[16]. Así sucede con los Ayuntamientos de Barcelona y de Madrid, que no se rigen por el título X, lo que merece algo más de atención.

En todo caso, resulta paradójico que la organización básica en un municipio con menos de 5.000 habitantes sea mínima y, consecuentemente, el margen para el legislador autonómico de desarrollo, pero, sobre todo, para la potestad de organización municipal sea amplísimo; pero, si se trata de un municipio de gran población, se imponga, al menos en teoría, una organización básica más extensa y rigurosa, limitando tanto al legislador autonómico como al propio municipio. Otra cosa muy distinta es que no tenga sentido ni sea conforme al principio de eficacia y eficiencia que un municipio pequeño opte por organizarse en distritos o en crear las comisiones de pleno.

4. Los Ayuntamientos de Barcelona, Madrid y otras capitales autonómicas

Dos años después de que la LBRL reconociera la vigencia del régimen especial de Barcelona se aprobó la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña que preveía la actualización de ese régimen especial mediante una Comisión integrada por representantes de la Generalidad y del Ayuntamiento de Barcelona, que culmina con la aprobación de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la carta municipal de Barcelona. Esta Ley instituye un régimen especial para Barcelona que, en algunas cuestiones, en particular en lo organizativo, contradecía lo previsto en la LBRL. Para solucionar esta incompatibilidad, la disposición transitoria primera de la carta dispuso que «el régimen general de organización y funcionamiento municipal entrarán en vigor y serán aplicables, cuando proceda, de acuerdo con lo que determine la Ley de Bases de Régimen Local». Sin perjuicio de todas las críticas que esta forma de proceder merezca, lo cierto es que la Ley 11/1999, de 21 de abril, añadió un nuevo párrafo 3 a la disposición adicional sexta para posibilitar que las leyes de las respectivas comunidades autónomas, a instancia municipal y respetando el principio de autonomía local, «actualicen» los regímenes especiales de Madrid y Barcelona. Se trata, por tanto, de una modificación de la legislación básica de régimen local para «actualizar» un régimen municipal especial que se establece por una Ley autonómica aprobada unos meses antes. Por otra parte, en 2006, las Cortes Generales aprueban la Ley 1/2006, de 13 de marzo, del régimen especial del municipio de Barcelona, que no entra en la organización de su

[16] Por ejemplo, son municipios de gran población algunos con menos de 75.000 habitantes como Cuenca o Mérida, pero no lo son otros con mucha mayor población como sucede en Cataluña, en la que el único municipio sujeto al Título X de la LBRL es L'Hospitalet de Llobregat, que superó los 250.000 habitantes en 2007. Puede verse Carbonell Porras, E. (2009), «Los municipios de gran población, cinco años después», en *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 20, marzo de 2009, 33 páginas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ayuntamiento, pues se refiere a su participación en materias de competencia del Estado. Esta Ley, además, aclara que, del régimen de organización de los municipios de gran población, únicamente se aplica la posibilidad de que el alcalde delegue la convocatoria y presidencia del pleno en uno de los concejales[17].

En relación con el Ayuntamiento de Madrid, el artículo 6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, se refiere a una ley votada en Cortes Generales que determine las relaciones entre las instituciones estatales, autonómicas y municipales, en el ejercicio de sus respectivas competencias. Lo mismo dice el artículo 40 de la Ley 2/2003, de 11 marzo, de administración local de Madrid. De esta forma, el legislador autonómico renuncia al establecimiento de un régimen municipal especial similar al de Barcelona, que actualizara el de 1963, remitiendo la regulación a la Ley aprobada en Cortes Generales. Los partidos políticos no consiguieron alcanzar un consenso para su aprobación, ni siquiera cuando el mismo partido gobernaba la Nación, la CA y el Ayuntamiento. En consecuencia, en 2003, el municipio con mayor población de España quedó plenamente sujeto al nuevo Título X de la LBRL. Pero será por poco tiempo. Tres años después, aprobada la ley especial de Barcelona, resultaba políticamente insostenible que continuara pendiente la ley de Cortes Generales prevista en el Estatuto madrileño y se aprueba la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y de régimen especial de Madrid. Esta ley regula las peculiaridades de la Villa de Madrid en cuanto capital del Estado y sede de las instituciones generales, pero también el gobierno y la administración municipal, aplicándose, en lo no regulado en la misma, la legislación estatal básica en materia de gobierno y administración local, y, en su caso, en la legislación autonómica de desarrollo. De esta forma, el régimen de los municipios de gran población de la LBRL no se aplica directamente ni Madrid ni a Barcelona. Con este alcance la disposición adicional quinta de la LRSAL se refiere a su aplicación a los Ayuntamiento de Madrid y Barcelona, pero «sin perjuicio de las particularidades de su legislación específica y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera». Como en tantas ocasiones el enigmático inciso «sin perjuicio» supone, en lo esencial, la aplicación preferente de lo dispuesto en las leyes reguladoras de sus regímenes especiales.

Además, varias CCAA han aprobado normativas relativas a las capitales autonómicas. En lo esencial, se trata de leyes que regulan la capitalidad y las relaciones interadministrativas, la financiación y, en algún caso, las com-

[17] Inicialmente la disposición transitoria cuarta de la Ley 57/2003, ya había establecido que el régimen de los municipios de gran población no era de aplicación al de Barcelona. La Ley 1/2006 admitía que pudieran nombrase miembros de la junta de gobierno local a personas que no son concejales, aunque, como es sabido, esta posibilidad fue declarada inconstitucional por la STC 103/2013, de 25 de abril.

petencias[18]. Incluso en ocasiones se ha entrado en su organización para reproducir el Título X de la LBRL[19]. En la medida en que estas regulaciones se limitan a repetir la LBRL podrá salvarse su constitucionalidad aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las *leges repetitae*[20]. Pero no

---

18 Pueden verse las leyes 4/2002, de 25 de junio, del estatuto de la capitalidad de la ciudad de Santiago de Compostela; 8/2007, de 13 de abril, del estatuto de la capitalidad compartida de las ciudades de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife; la Ley 16/2019, de 8 de abril, del estatuto especial de capitalidad de la ciudad de Eivissa, o Ley 7/2015, de 31 de marzo, por la que se regula el estatuto de capitalidad de la Ciudad de Mérida. Por otra parte, entran a regular las competencias las leyes de capitalidad de Palma de Mallorca (Ley 23/2006, de 20 de diciembre), Zaragoza (Ley 10/2017, de 30 de noviembre) o Logroño (Ley 2/2025, de 23 de marzo).

19 Así sucede con Pamplona (disposición adicional decimosexta de la Ley Foral de Administración local, añadida por Ley Foral 11/2004), Palma de Mallorca o Zaragoza.

20 Como es sabido, el Tribunal Constitucional (SSTC 136/2024, de 5 de noviembre, 65/2020, de 18 de junio, 44/2019, de 27 de marzo, entre otras muchas) se refiere a dos supuestos distintos que reciben diferente solución. Uno se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la CA. En ese caso, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto, de modo que la reiteración, para ser admisible desde el punto de vista constitucional, deberá dar satisfacción a dos condiciones: «(i) que la reproducción de las bases estatales tenga como finalidad hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias propias; y (ii) que la reproducción de la normativa básica sea fiel y no incurra en alteraciones más o menos subrepticias de la misma». El otro supuesto tiene lugar cuando la reproducción se realiza en materias en las que la CA carece de competencias y, en tal caso, se produce la inconstitucionalidad, con independencia de la compatibilidad o incompatibilidad entre la regulación autonómica controvertida y la dictada por el Estado, pues al legislador autonómico le está prohibido reproducir la legislación estatal que responde a sus competencias exclusivas. Respecto de las leyes autonómicas de capitalidad nos encontramos con el binomio bases estatales y desarrollo autonómico lo que, de entrada, salvaría la inconstitucionalidad de la repetición, otra cosa muy distinta es que se cumplan las dos condiciones a que se refiere la jurisprudencia constitucional. Pero, salvo error, no se ha denunciado ante el TC su inconstitucionalidad, con la excepción del artículo 14.1.u) Ley de capitalidad de Zaragoza, que atribuía al Gobierno de Zaragoza «la formación de la voluntad del Ayuntamiento como socio único en las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza, asumiendo las funciones de la junta general». La STC 137/2018, de 13 de diciembre, lo declara inconstitucional por vulneración de los artículos 85.ter.3 y 123.1.k) LBRL que reconocen la competencia del pleno para la aprobación de los estatutos societarios y la determinación de sus órganos de dirección. Por otra parte, la generalizada aceptación de la repetición de la legislación estatal básica en la autonómica de desarrollo ocasiona no pocos problemas cuando la primera es modificada. No se trata ahora de entrar en la aplicación en tales casos del principio de prevalencia y la complejidad de esta cuestión (véase por todos M. Rebollo Puig, «En busca de la prevalencia perdida», en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, coordinado por José M.ª Baño León, CEPC, Madrid, 2017, p. 1581 ss), pero parece evidente que no se ha conseguido el fin perseguido al aceptar la repetición: hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la CA. De este problema en el caso de la Ley 5/1997, de administración local de Galicia, que no ha sido reformada con posterioridad en relación con la organización municipal, da cuenta detallada L. Míguez Macho, «Organización municipal y autonomía en España. El caso del municipio gallego», en *Dereito,* vol. 25, núm. extra, 2016, pp. 167-196.

ISBN: 978-84-7777-740-3

siempre es así. De nuevo, la diversidad de regulaciones también se ha producido respecto del régimen de los municipios de gran población.

III. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

1. Los criterios para la determinación de las competencias del artículo 2 LBRL

La concreción de las competencias locales corresponde al legislador estatal o autonómico de acuerdo con los criterios constitucionales y estatutarios de reparto competencial en las distintas materias, tomando en consideración los intereses locales presentes en cada caso. Con esta intención, el artículo 2.1 LBRL dispone que el legislador estatal o autonómico debe asegurar a municipios, provincias e islas «su derecho intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda», como mínimo, en las materias a las que se refieren los artículos 25 y 26 LBRL. Lo relevante ahora es subrayar que este artículo 2 establece unos criterios y principios que deben valorarse: por un lado, «las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local»; y, por otro lado, «los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos», según la redacción original. La LARSAL modifica el inciso final, que ahora se refiere a los «principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», lo que no constituye una novedad sustancial[21]. En todo caso, es importante retener que las «características de la actividad pública» y «la capacidad de gestión» de los municipios son criterios legalmente establecidos desde 1985. El precepto está en línea con el artículo 4.3 de la Carta Europea de Autonomía Local, que dispone que el ejercicio de las competencias debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos y que la atribución a otra autoridad tendrá en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía. Y el artículo 25.3 LBRL, en su redacción original, reitera que la determinación de las competencias de los municipios, que corresponde a la Ley, debe realizarse «de conformidad con los

[21] La inclusión de una expresa referencia a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que es la obsesión del legislador de 2013, no puede calificarse como novedad pues son de aplicación en el ámbito local desde la reforma del artículo 135 CE, de 27 de septiembre de 2011, y la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por otra parte, se ha sustituido la «máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos» por una referencia a los principios de proximidad, eficacia y eficiencia, modificación que tampoco resulta especialmente trascendente como ha señalado Míguez Macho, L. (2014), «Las competencias locales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, en *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, n.º 47, 513-548, p. 526.

principios establecidos en el artículo 2». La propia legislación básica de régimen local tiene en cuenta la naturaleza de la actividad y la capacidad del municipio al establecer en el artículo 26 los servicios obligatorios según la población. Pero el legislador sectorial, tanto estatal como autonómico, ha ignorado sistemáticamente estos criterios generales. De hecho, con frecuencia, se alude genéricamente a las competencias de las entidades locales, sin diferenciar al municipio, menos aún, valorar su capacidad de gestión según la concreta actividad pública[22].

2. Nuevas exigencias en la determinación de las competencias municipales propias con la LRSAL

La LRSAL modifica la LBRL con la confesada intención de clarificar las competencias locales, evitando las duplicidades con las de otras administraciones públicas y poner en valor nuevamente la idea de una administración, una competencia, aunque, como es sabido, la reacción de las CCAA y del Tribunal Constitucional ha provocado que a día de hoy la efectividad de la reforma sea limitada[23]. Pero estos fines se incorporan también al artículo 25 LBRL. Por un lado, cambia la redacción del apartado 3, que mantiene la exigencia de una ley en la concreción de las competencias municipales y la necesidad de evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; y suprime la remisión que realizaba la redacción original a los criterios del artículo 2, aunque lógicamente subsiste la necesidad de valorar las características de la actividad pública en cuestión y la capacidad de gestión del municipio. Se trata, por tanto, de una modificación con escasa trascendencia. Por otro lado, se añaden dos nuevos apartados: uno, el 4, que exige que la Ley se acompañe con «una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las administraciones públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad» y

---

22 Para comprobarlo puede verse el *Código de legislación de régimen local*, que, bajo la dirección de L. Cosculluela Montaner, elaboramos M. Rebollo Puig, M. López Benitez y yo misma, que ha publicado la editorial Civitas en sucesivas ediciones desde 1988 hasta 2004. En las anotaciones al artículo 25 LBRL se reproducen los preceptos de las leyes estatales relativos a las competencias municipales y en las realizadas a los artículos equivalentes de las leyes autonómicas de régimen local los de las leyes sectoriales autonómicas. Ni en unas ni en otras se establecen diferencias por las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión, en muchos casos, ni siquiera se distingue entre las atribuciones de municipios y provincias al aludir genéricamente a las competencias de las Entidades locales.

23 De esta cuestión me he ocupado en Carbonell Porras, E. (2023), «Las competencias locales diez años después de la LRSAL», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 19, pp. 8 ss., https://doi.org/10.24965/reala.11192

ISBN: 978-84-7777-740-3

prevea la «dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las administraciones públicas»; Otro, el 5, para exigir que la Ley que determina la competencia garantice «que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra administración pública». También se exige que los proyectos de leyes estatales se acompañen del informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que acredite el cumplimiento de estos criterios[24]. La constitucionalidad de estas previsiones se fundamenta en los principios constitucionales que rigen el gasto público. Además, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación flexible que salva la ley autonómica atributiva de competencia que aisladamente considerada suponga un incremento del gasto si persigue «ahorros correlativos en cualesquiera otros ámbitos de su competencia» (SSTC 41/2016, 18/2022 o 37/2022).

Acceder a los informes y memorias que teóricamente deben acompañar a las leyes no es sencillo y no es frecuente que se hagan referencias en las exposiciones de motivos, pero no hay duda alguna que el legislador continúa sujeto al cumplimiento de los criterios generales del artículo 2 LBRL, y debe atribuir las competencias teniendo en cuenta las características de la actividad pública y la capacidad de gestión del municipio. Aunque algunas leyes han comenzado a incorporar diferencias en atención a la población municipal, lo cierto es que no es la regla general, sino la excepción[25].

---

24 El Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género ha añadido una nueva competencia al listado del artículo 25, concretamente la letra o), relativa a las «actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como contra la violencia de género». No se hace referencia al referido informe, sino únicamente a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que establece cuantías específicas destinadas a las entidades locales dirigidas a implementar el Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Tampoco en la atribución de la nueva competencia de la letra p), —«promoción y participación en comunidades ciudadanas de energía y comunidades de energías renovables que permitan contribuir a la obtención de beneficios medioambientales, económicos o sociales en los municipios donde operan, así como el impulso de actuaciones de transición energética tales como la eficiencia energética, la electrificación y el fomento del autoconsumo»— realizada por el Real Decreto-ley 7/2026, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Plan Integral de Respuesta a la Crisis en Oriente Medio, se alude al informe del Ministerio de Hacienda ni al principio de diferenciación que, desde 2023, se ha incorporado al artículo 25.6 LBRL como se verá. Tampoco parecen tener en cuenta los criterios atributivos de competencias la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que impone a todas las entidades locales (aunque prevé que los municipios de menos de 10 000 habitantes compartan el sistema), el deber de disponer del sistema interno de información que dicha ley regula en cumplimiento de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; ni la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circula o la Ley 9/2025, de 3 de diciembre, de movilidad sostenible.

25 Sirva como muestra, en la legislación estatal, la obligatoriedad de disponer de un plan de movilidad sostenible que Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición

3. La expresa incorporación del principio de diferenciación en 2023

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, de medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, modifica nuevamente la LBRL. En lo que ahora interesa, su preámbulo, se refiere al cumplimiento del objetivo de apoyar a las ciudades pequeñas en su prestación de servicios públicos que implica, por un lado, «la inclusión del principio de diferenciación en la atribución de competencias a los municipios, en términos de ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local a los efectos de promover las adaptaciones o medidas que procedan en tal sentido»; y, por otro lado, la previsión de sistemas de gestión colaborativa dirigidos a garantizar los recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales en los municipios de menos de 20.000 habitantes[26]. El principio de diferenciación se incorpora en el nuevo apartado 6 del artículo 25, que es del siguiente tenor:

> «Con carácter previo a la atribución de competencias a los municipios, de acuerdo con el principio de diferenciación, deberá realizarse una ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local, dejando constancia de tal ponderación en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencial, ya sea en su parte expositiva o en la memoria justificativa correspondiente».

---

energética exige en los municipios de más de 50.000 habitantes, y que la Ley 9/2025, de 3 de diciembre, de movilidad sostenible, rebaja a los municipios de más de 20.000 habitantes. En un buceo por la legislación autonómica puede deducirse que en algunas, como Valencia o Andalucía, no se establecen diferencias por el tamaño de los municipios. Sí he encontrado alguna ley autonómica que lo hace como en Galicia (las Leyes 1/2026, de 5 de febrero, del clima; y Ley 6/2025, de 23 de diciembre, de protección de la salud de las personas menores y prevención de las conductas adictivas, respecto de municipios de más de 20.000 habitantes); Baleares (Ley 4/2025, de 18 de julio, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo mediante proyectos residenciales estratégico en relación con municipios de más de 10.000, de más de 20.000 y Palma); Aragón (Ley 4/2024, de 28 de junio, del sistema de protección civil y gestión de emergencias, respecto de los de más de 20.000) o La Rioja (Ley 2/2023, de 31 de enero, de biodiversidad y patrimonio natural, en relación con los de más de 5.000 habitantes). Pero lo usual es referirse a las competencias de los municipios de forma general y, por tanto, común para todos ellos.

26 La reforma se vincula con el Componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), «Modernización de las Administraciones Públicas», aunque tiene un contenido variado en el que no siempre se aprecia ni la relación con el Plan ni la urgencia y extraordinaria necesidad. Así sucede con la rebaja a 4.000 habitantes para crear un nuevo municipio, que se explica por la pretensión política de permitir la segregación de Usánsolo/Usansolo del municipio de Galdácano/Galdakao como he puesto de manifiesto en Carbonell Porras, E. (2023), «Una prospettiva dalla Spagna, a dieci anni dalla LRSAL», en (2023), *Istituzioni del federalismo*, n.º 4, *Bilanci e prospettive a dieci anni dalla legge Delrio*, entre otros cambios. En todo caso, el referido Real Decreto-Ley ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (recurso n.º 1863-2024, providencia de admisión de 23 de abril de 2024. *BOE* n.º 103, de 27 de abril).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Las novedades sustantivas respecto de los criterios del artículo 2 LBRL son limitadas, pues, otra vez, se exige que, antes de atribuir una competencia, se realice una «ponderación específica de la capacidad de gestión» del municipio, lógicamente valorando la materia de que se trate, aunque ahora se califica expresamente como principio de diferenciación[27]. Sí es nueva la exigencia de «dejar constancia» de esta ponderación «en el instrumento jurídico que realice la atribución competencial, ya sea en la parte expositiva o en la memoria justificativa correspondiente», pero este inciso suscrita numerosas dudas: ¿a qué instrumento jurídico se refiere?, ¿está excluyendo o matizando la exigencia de ley en la determinación de las competencias municipales propias del artículo 7.2 y el propio artículo 25? (…) No parece que esa sea la intención del legislador, y la reserva a la ley en esta cuestión subsiste. De este modo, la «ponderación específica de la capacidad de gestión» del municipio con la motivación requerida debe constar en parte expositiva de la Ley o en la memoria justificativa que la acompaña. Si se opta por lo primero, las exposiciones de motivos de las leyes deberían incluir la justificación de la diferente atribución de competencias a los municipios y así se conocería con facilitad lo que no sucede si se opta por hacerlo en las memorias que las acompañan, que son de acceso limitado. Pero, en todo caso, si el legislador sectorial ha prescindido de manera generalizada de aplicar los criterios del artículo 2 LBRL, no encuentro razón alguna para aventurar que ahora sí va a atender a la diferenciación prevista en el artículo 25.6 LBRL. De hecho, ningún cambio se aprecia en las leyes atributivas de competencias a los municipios aprobadas en los dos últimos años, que desde luego no incluyen la pretendida ponderación en sus exposiciones de motivos.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las líneas que anteceden se ha puesto de manifiesto la tensión entre uniformidad y diferenciación en la organización y las competencias de los municipios con un repaso a la legislación estatal básica y su evolución.

En relación con lo primero, en 1985 la LBRL establece una organización municipal básica, que se completaba por la potestad de organización de los municipios, limitando a la normativa autonómica de desarrollo. Aunque este planteamiento inicial fue considerado contrario al reparto de

27 El informe *Las reformas y propuestas de reforma de la legislación local en España, 1999-2022,* dirigido por T. Font i Llovet y coordinado por D. Santiago Iglesias y M. Almeida Cerreda, editado en junio de 2022 por la Fundación Democracia y Gobierno Local y la Diputación de Barcelona, propone «introducir expresamente en la legislación básica (…) los principios de subsidiariedad y de diferenciación, de cara a orientar y condicionar al legislador ordinario, estatal y autonómico, en la tarea de asignación competencial a los entes locales» (p. 26).

constitucional de competencias en la STC 214/1989, lo cierto es que el legislador autonómico se ha mostrado sumamente respetuoso con la autonomía local en su vertiente organizativa. En consecuencia, los municipios cuentan con una amplísima capacidad para dotarse de la organización que más se ajuste a sus necesidades. Además, una interpretación integradora de los artículos 9 y 30 LBRL reconoce a las CCAA la posibilidad de establecer regímenes especiales, que, no obstante, se limitan a contemplarlos en su legislación, sin que hayan sido objeto del oportuno desarrollo o concreción. Un cambio tendencial se produce, probablemente como consecuencia de la obtención de un escaño al Congreso de los Diputados por la Agrupación de Electores «Teruel existe» en las elecciones de 2019, cuando la preocupación por la despoblación y la ruralidad se eleva a primera línea política. El Gobierno incluso pensó en incorporar a la LBRL un nuevo título centrado en los municipios pequeños, aunque parece claro que la competencia al respecto corresponde a las CCAA, que tampoco se han mostrado especialmente activas al respecto. En realidad, el interés político no ha estado en estos municipios, con escasa influencia política, sino en los de mayor población. Así se comprueba en el proceso previo que llevo a la aprobación de la reforma de 2003 y la incorporación a la LBRL de título XL, y el afán inicial de cualquier municipio que cumpliera los requisitos previstos para ello de regirse por ese título. En todo caso, resulta incoherente que estos municipios encuentren más limitada su potestad de organización que los que cuentan con menos de 5.000 habitantes. Y, para colmo, los dos municipios con mayor población de España, Madrid y Barcelona, no se rigen por ese título, sino por su propia normativa en una muestra más de las contradicciones del sistema, con independencia de que, a mi juicio, sea razonable un amplio reconocimiento de la potestad de organización. Además, las CCAA también han aprobado, incluso antes de la reforma de 2003, regímenes especiales, aunque centrados en los municipios capital autonómica o en los municipios turísticos en aquellas CCAA con un impacto significativo de este sector. De esta forma, a mi juicio, cabe concluir que no es contrario a la legislación estatal básica que las CCAA establezcan regímenes especiales para los municipios que lo requieran como significativamente sucede con los pequeños, los rurales y aislados. Las posibilidades al respecto son amplias y variadas, pero no ha existido voluntad política para hacerlo.

Respecto de las competencias, desde la aprobación de la LBRL resulta exigible que la ley sectorial que las concrete, además de asegurar al municipio su derecho a intervenir en los asuntos que afecten a sus intereses, valore las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión del municipio. Por tanto, el legislador sectorial ha podido establecer diferencias competenciales con arreglo a estos criterios, que son objetivos y perfectamente compatibles con la autonomía local, aunque no se haya hecho así. Desde este planteamiento general, poco añade la refe-

ISBN: 978-84-7777-740-3

rencia al principio de diferenciación que ahora se incluye en el artículo 25 LBRL. No se ha hecho así antes y mucho me temo que tampoco se hará ahora.

En todo caso, lo que sí me parece claro es que la pretendida uniformidad de nuestro régimen local es muy relativa, y sólo en parte imputable al legislador estatal básico.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La independencia del juez ordinario y la legitimidad del juez constitucional

Marc Carrillo

Catedrático emérito de Derecho Constitucional
Universitat Pompeu Fabra

Sumario. I. Independencia y responsabilidad del juez: dos principios constitucionales inescindibles.—II. El Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno de la magistratura: ¿también garante de su independencia y responsabilidad?—III. La instrumentalización del poder judicial: el llamado *lawfare*.—IV. El principio de independencia judicial en la Unión Europea.—V. Sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional: 1. El debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional: A) De Marbury *v.* Madison a Kelsen: dos culturas jurídicas parcialmente opuestas. B) Justificación y límites de la legitimidad de la justicia constitucional. 2. Los elementos en que se fundamenta el juicio sobre la ley y otros actos de los poderes públicos: A) Sobre la calidad de los jueces y las reglas de funcionamiento del Tribunal Constitucional. B) Sobre el juicio de validez constitucional de la ley y el recurso de amparo. 3. Las fragilidades.

La independencia judicial y el principio de constitucionalidad constituyen una de las señas de identidad del Estado de Derecho. Pero no son los únicos que permiten definir ese concepto. La ley como expresión de la voluntad popular democráticamente expresada en elecciones libres, la división de poderes, la adecuación de los poderes públicos al principio de legalidad y la garantía de los derechos como límite al poder, son los restantes elementos integrantes en los sistemas democráticos.

Si bien las fragilidades institucionales que se exponen en las líneas que siguen tienen por objeto examinar algunos de los déficits que, preferentemente, afectan tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional en el caso español, no se rehúye subrayar algunos de los que también conciernen al proceso de integración europea, dadas las negativas experiencias que ofrecen algunos de los Estados miembros de más reciente incorporación sobre su más que relativa sujeción al principio de la independencia judicial.

ISBN: 978-84-7777-740-3

I. INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ: DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INESCINDIBLES

Los problemas planteados en el marco de la Unión Europea por las controvertidas decisiones legislativas adoptadas en Polonia y Hungría hace ya unos años, sobre la organización de su respectivo Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional, han puesto de manifiesto que la garantía de la independencia de los jueces es un tema que interesa y preocupa a la Unión Europea (UE), tanto a sus órganos de decisión ejecutiva como de control jurisdiccional.

Se trata de dos casos en los que el principio constitucional de independencia ha sido cuestionado. Por supuesto, no son los únicos ni los motivos coinciden siempre. El respeto a la independencia judicial se ha planteado también y por razones diversas en otros Estados miembros de la Unión Europea (por ejemplo, Italia o España) en relación con la organización y los proyectos de reforma del Poder Judicial. Así, en Italia con una reforma de la Justicia[1] que es interpretada a una parte de los jueces como un acto de hostilidad del Gobierno Meloni a una judicatura que es considerada como desafecta al Ejecutivo de extrema-derecha. La reestructuración del Consiglio de la Magistratura, desdoblándolo en dos Consejos diferentes (de jueces y de fiscales), a los que se añade la creación de una Alta Corte Disciplinaria, que es considerada como una propuesta hostil y despreciativa para con la independencia de los jueces, y un primer paso para la subordinación de los fiscales al poder político. El sentido de dicha reforma, que ha sido justificada por la necesidad de poner fin al poder de las corrientes asociativas en el seno de la magistratura, se interpreta como la expresión de una clara voluntad de desplazar la acusación pública fuera del ámbito jurisdiccional. Por otra parte, la sustitución de carácter electivo de los miembros integrantes del Consiglio por un sistema de sorteo es interpretada como «la negación del principio constitucional del gobierno autónomo del Poder Judicial y es un acto de desconfianza en las capacidades de gestión del propio estatuto de los magistrados[2]». En el trasfondo de esta iniciativa de reforma constitucional se ha querido «(…) identificar una concepción elemental de la democracia, según la cual la única fuente de legitimación del poder es el voto popular, de modo que no hay espacio para la separación de poderes y para la independencia de la magistratura[3]».

---

1 En el momento de revisar este texto, el referéndum celebrado los días 22 y 23 de marzo, supuso el rechazo de la reforma propuesta por el Gobierno Meloni con el 53,24% de votos negativos frente al 46,76%.

2 Ferrajoli, L. «Italia: inconstitucional contrarreforma de la justicia». *Jueces para la Democracia* n.º 114, diciembre de 2025, p. 145 (publicado en *Il Manifesto, de 7 de diciembre de 2025;* traducción de Perfecto Andrés Ibáñez). También, como un intento de neutralizar la autonomía del CSM: Della Morte, M., «La riforma non s'ha da faré», *Corriere del Mezzogiorno,* 5/III/2026, p. 2-3.

3 Ibídem, p. 146.

Precisamente también este mismo punto de la reforma italiana relativo a la composición del futuro CSM por la vía de un sorteo, ha sido interpretado como el aspecto más discutible en la medida, porque desde la perspectiva representativa resulta incompatible con el reconocimiento de la diversidad de cultura y pluralismo jurisdiccional existente en el seno de la magistratura italiana. Y desde un examen funcional, parece evidente también que el sorteo puede dar acceso a magistrados que no disponen de la misma capacidad para resolver los asuntos que competen al CSM[4].

En España, el foco de la controversia se centra, especialmente, en el papel que al respecto correspondería ejercer al Consejo General del Poder Judicial, dado el amplio catálogo de competencias que le atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Sobre todo, atendida su contrastada pasividad, cuando no inacción en el ejercicio de la potestad disciplinaria, ante las denuncias planteadas a causa de la instrumentalización política ejercida sobre los jueces, tanto externa como también la generada *ad intra.* Protagonizada, en este caso, por comportamientos de algunos jueces y tribunales que se suelen identificar en el seno de la opinión pública, bajo la denominación de *lawfare,* al objeto de describir un modo de proceder jurisdiccional directa o implícitamente motivado por fines políticos[5]. El otro tema que suscita especial controversia, en la medida que puede condicionar la actividad del juez y su concepción de los mandatos constitucionales de independencia y responsabilidad *ex* artículo 117.1 CE, es el sistema de formación y selección de los futuros jueces, a través de la modalidad del turno libre de acceso a la judicatura. Un método desde determinados ámbitos de la doctrina *iuspublicista,* de la propia judicatura y del debate político, es considerado como inadecuado para un sistema democrático del siglo XXI.

Pues bien, ¿de qué hablamos cuando se apela al principio de independencia judicial? Independencia significa sometimiento exclusivo del juez a la ley aprobada por el Parlamento. La independencia vertebra el estatuto constitucional del juez. Es un principio que identifica a la función jurisdiccional.

En los sistemas regidos por el sistema del *Civil Law*, la independencia judicial significa ausencia de jerarquía[6]. Es la garantía constitucional atribuida

---

4 Azzariti, G. «La riforma costituzionale dell'ordinamento della giustizia affidata al caso», en: *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il Consiglio superiore della magistratira, tra modello constitzionale e prospettive di riforma (A cura di Elena Malfatti e Roberto Romboli).* Consulta *online,* Genova 2025, pp. 169-173.

5 El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal, fue presentado el 25 de mayo de 2025. Actualmente *sigue el* íter *parlamentario*.

6 Díez-Picazo Giménez, I. «Artículo 117.1». Comentarios a la Constitución española (dir., Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde). Fundación Wolters Kluwer. Tribunal Constitucional. Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 646-670.

ISBN: 978-84-7777-740-3

al juez por la que dispone de libertad para interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución y la ley, sin constricciones provenientes de otros poderes públicos o instancias privadas. Esta libertad desaparece y deviene en arbitrariedad si la función del juez es condicionada por el Poder Ejecutivo o el Legislativo y el juez no responde a ello con su rechazo. Y, desde luego, dicha libertad también se evapora cuando es el propio juez quien, en su función jurisdiccional, se desliza por la pendiente del mero subjetivismo a expensas de la norma que debe interpretar y aplicar al caso.

Por esta razón, la libertad interpretativa no significa que el juez pueda actuar a su libre albedrío. Su capacidad de decisión es libre pero no puede ignorar la jurisprudencia de los tribunales superiores sobre la Constitución el Derecho de la Unión y la ley. Si discrepa de la misma es necesario que se esfuerce en argumentar su disidencia mediante los procedimientos previstos. En este sentido, y de acuerdo con el *status* que la Constitución otorga a la justicia constitucional reiterado por el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), el juez constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, resulta coherente con el principio de independencia que el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) prescriba que la Constitución «vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Sentado lo cual, la garantía de la independencia judicial exige, además, que las convicciones morales e ideológicas del juez han de quedar fuera del ejercicio de la función jurisdiccional. En este preciso ámbito, el juez carece de libertad de expresión. Cuando accede a su actividad privada la recupera, pero mientras mantenga el servicio público lo ha de hacer con la debida autocontención, en especial cuando se trate de asuntos que por su naturaleza su imparcialidad pueda quedar comprometida[7].

Más concretamente, en la función jurisdiccional su actuación queda limitada a garantizar el derecho a la tutela judicial de las personas que ha de traducirse en: proteger el derecho de acceso a la justicia, de acuerdo con un procedimiento previamente fijado por la ley y, finalmente, en el derecho de la persona a obtener una resolución judicial dictada conforme a Derecho. Por tanto, en el ámbito de la actividad de carácter jurisdiccional el juez representa al Estado y de él solo cabe esperar la exteriorización de los argumentos jurídicos en los que se apoye su resolución.

---

7 Carrillo, M. «Los Tribunales de Justicia y sus obligaciones informativas». *Revista del Poder Judicial*. Noviembre, Madrid, 1999, pp. 183-198; «La libertad de expresión de los jueces», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* n.os 55-57, Madrid, mayo-junio de 2025, pp. 16-27.

El juez interpreta el Derecho de acuerdo con las reglas jurídicas, que son la base de su independencia. Por el contrario, no puede emitir juicios de valor ni expresar o actuar conforme a sus convicciones personales. Lo cual, como es del todo obvio, no significa que el juez aparezca como un ser aislado o impermeable al contexto social en el que desarrolla su servicio público. Su profesionalidad en ningún caso puede ser identificada con de una especie de sacerdote del Derecho, encerrado en su torre de marfil e impermeable al conflicto de intereses propio de toda sociedad abierta. Aunque pretenda negarlo, al igual que cualquier otro ciudadano, el juez dispone de ideología. Es depositario de una formación cultural y jurídica y de convicciones políticas y sociales. Ahora bien, ello no puede ser un obstáculo ni tampoco puede mediatizar el ejercicio de la función jurisdiccional. El único parámetro al que está sujeto son los principios de constitucionalidad y legalidad. Principios que le obligan a resolver los conflictos jurídicos conforme con las reglas del Derecho. Es la garantía no solo de su independencia sino también de su responsabilidad. Porque ambos son dos principios constitucionales inescindibles (art. 117.1 CE).

Vayamos con la responsabilidad y descendamos al contexto judicial español de los últimos tiempos. A modo de ejemplo, puede resultar ilustrativo para ello evocar el contexto en el que se desarrolló el acto de apertura del año judicial celebrado en el 5 de septiembre de 2025 en el Tribunal Supremo, las militantes invocaciones del sectores del ámbito político y mediático en favor de la independencia de los jueces, que se entendía alevosamente vulnerada y, en contraste, el escasísimo debate que suscitó, el escaso por no decir el nulo énfasis puesto en el principio constitucional de la responsabilidad judicial.

El tema venía precedido de las —entonces— recientes declaraciones del presidente del Gobierno en TVE a principios de septiembre, en las que manifestaba su inquietud por la actitud de una minoría de la judicatura que parecía moverse por razones de orden político: «hay jueces haciendo política y políticos que tratan de hacer justicia[8]», y que serían respondidas por una —en este caso concreto— por una vehemente presidenta del Tribunal Supremo (que a la vez, preside el órgano de gobierno de los jueces) afirmando que eran «inoportunas y rechazables», y apelando a la independencia judicial: «[E]n un Estado de derecho como el nuestro, toda actuación judicial tiene lugar en el cauce de un proceso, que se desarrolla con todas las garantías de audiencia y defensa, y es susceptible de ser revisada por otros Jueces imparciales e independientes[9]». A modo de compensación de esa acendrada defensa del cuerpo judicial, se permitió reconocer de rondón la obviedad que; «[T]ambién nosotros debemos responder por nuestra actua-

8 *eldiario.es,* de 2 de septiembre de 2025.

9 *elnacional.cat,* de 5 de septiembre de 2025.

ISBN: 978-84-7777-740-3

ción y el ordenamiento jurídico dispone de los instrumentos necesarios para exigirnos esa responsabilidad cuando proceda[10]».

A raíz de este episodio, además de la recurrente apelación al respeto al principio de independencia, como fundamento esencial del Estado de Derecho y un atributo del estatuto jurídico del juez (art. 117.1 CE), no mereció similar atención su ineludible complemento, que no era otro que el principio de responsabilidad judicial, también reconocido en el citado artículo 117.1 de la Constitución. De hecho, se mencionó muy poco en el escaso debate jurídico en la prensa diaria. Un principio que la presidenta ha de tener presente que también compete tutelar y garantizar al CGPJ por ella presidido, en el ejercicio de potestad disciplinaria. Por ello, merece la pena referirse a la íntima relación que presenta el binomio integrado por ambos principios constitucionales, como señas de identidad institucional de todo juez que se tome en serio la Constitución. Porque el uno no se entiende sin el otro.

La responsabilidad. La sujeción a la ley es la base de la responsabilidad del juez. No se trata, por supuesto, de una responsabilidad política sino estrictamente jurídica: ya sea en el orden penal, por la comisión de un delito o falta; administrativa, por el incumplimiento o la omisión de sus deberes legales derivados del *status* jurídico que afecta al juez y en el civil, para resarcir de los eventuales daños producidos cuando en el desempeño de sus funciones haya incurrido en dolo o culpa, si bien esta responsabilidad no le podrá ser exigida directamente por los particulares, sino solo por el propio Estado en vía de regreso, según lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 296.2 y 417.5 LOPJ).

En consecuencia, que el juez esté sujeto a un régimen de responsabilidad jurídica forma parte de la lógica del Estado de Derecho. La ausencia de responsabilidad sería la negación de su independencia y abriría la puerta a la mera impunidad. Porque la independencia judicial no puede ser concebida como una patente de corso. Un resultado indeseable al que, por el contrario, parece conducir la recurrente y unilateral apelación a este principio constitucional, que habitualmente se produce en los pedestres debates sobre cuestiones judiciales que se producen en determinados ámbitos políticos y medios de comunicación, sin excluir, también, en alguna que otra ocasión, valoraciones reduccionistas de procedencia académica expresadas en los *media*. Las hemerotecas relativas al caso ya evocado de la apertura del año judicial de 2025 ofrecen ejemplos ilustrativos.

Finalmente, y sin que sea preciso que la Constitución se refiera expresamente, la condición de juez independiente y responsable conlleva a su vez la de ser imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Lo que comporta que, desde una perspectiva objetiva, el juez debe ser un tercero

10 *elnacional.cat,* de 5 de septiembre de 2025.

equidistante ante las partes; y, subjetivamente, que el juez debe mostrar una apariencia de neutralidad que le obliga a mantener una total desvinculación con los intereses particulares de las partes[11].

Sentadas estas consideraciones elementales sobre los principios de independencia y responsabilidad judicial, ¿qué sentido tiene hoy apelar hoy en España a la responsabilidad judicial? No hay duda, que en el contexto judicial de los últimos tiempos tiene todo el sentido del mundo. Por ejemplo: en modo alguno resultó responsable la actitud de grupos de jueces y magistrados manifestándose con toga incluida ante las puertas de diversos Tribunales Superiores de Justicia en contra de la entonces Proposición de ley de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Como jueces en ejercicio no podían olvidar y, sin embargo, lo hicieron con especial ostentación, su deber legal de no «dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicos que no tengan carácter judicial, excepto aquéllas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial» (art. 395.1.º LOPJ).

También, respecto de la hoy ya vigente Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, resultó radicalmente irresponsable, el pronunciamiento sobre su validez constitucional emitido en un artículo de prensa diaria por parte de un magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo[12]. Sin que sirviese como causa justificativa, invocar en su favor el ejercicio de una presunta libertad de expresión fuera de la actividad jurisdiccional, de la que claramente carecía en un tema de incuestionable trascendencia política y jurídica. Porque la presencia de jueces en activo en los medios es altamente contraproducente. De llevarse a cabo, lo ha de ser con extrema prudencia y contención. El juez activista se sitúa en las antípodas del principio de res-

---

11 Jímenez Asensio, R., *Imparcialidad Judicial y Derecho al juez Imparcial*. Aranzadi-Thompson. Navarra, 2002, pp. 57 y ss.; Bachmaier Winter, L., *Imparcialidad Judicial y Libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional*. Thompson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 19-42.

12 En un artículo publicado en la edición de 31 de enero de 2024 del diario de Madrid *La Razón*, titulado «Jueces de piel fina» este conspícuo magistrado que responde al nombre de José Luís Requero, habitual colaborador de este rotativo, sobre un amplio catalogo de temas de actualidad política y jurídica, opinaba sobre la entonces Proposición de Ley de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña afirmaba lo siguiente: «Son legión los que alertan de la barbaridad de la ley de amnistía, tanto por lo que tiene de infame como su letalidad jurídica: para sus coautores el Estado de Derecho queda en leyes aprobadas formalmente por las Cortes y que convalidará un Tribunal Constitucional formado, según el lenguaje periodístico-vulgar, por una mayoría progresista y una minoría conservadora; en el lenguaje culto, por siete jueces gubernamentales y cuatro constitucionalistas».

ISBN: 978-84-7777-740-3

ponsabilidad. La discrepancia jurídica y no de otro tenor de un juez o tribunal respecto de la obra del legislador, no dispone de otra vía de expresión que su planteamiento razonado mediante la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Por las mismas razones de orden disciplinario tampoco fue, precisamente, un ejercicio de responsabilidad institucional, nada menos que la convocatoria y realización de una huelga de jueces y magistrados, con presencia pública ante las puertas del Tribunal Supremo. Un paro de la actividad en protesta dirigida contra la iniciativa legislativa del Gobierno de introducir reformas en la organización del Poder Judicial, entre otros aspectos, en lo relativo a la modificación del —por otra parte— anacrónico y vigente sistema de acceso a la judicatura por el turno libre.

La afrenta institucional no solo al Gobierno sino, sobre todo, al Estado llevada a cabo por estos servidores públicos fue muy grave. No hay que olvidar que los jueces, como miembros en activo del servicio público de la Justicia carecen del derecho de huelga. Ello, naturalmente, sin perjuicio de las luces y sombras que, como todo proyecto normativo, pueda presentar dicha iniciativa gubernamental y sobre las cuales tanto las asociaciones profesionales como el Consejo General del Poder Judicial y, sobre todo, las Cortes Generales, disponen de vías para pronunciarse. En el Estado democrático, los jueces no pueden arrogarse, como así lo hicieron, la condición de *lobby* corporativo.

II. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA MAGISTRATURA: ¿TAMBIÉN GARANTE DE SU INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD?

El principio de independencia judicial se plantea tanto frente a todos los poderes públicos del Estado como frente a los particulares. La formulación constitucional de sus garantías constitucionales acostumbra a articularse a través de: 1) la reserva de ley formal para la regulación del estatuto jurídico de los jueces (derechos y deberes, reglas de incompatibilidad, inamovilidad, etc.) y, además, es habitual que la regulación de dicho estatuto, como es el caso español, esté reservado a una ley orgánica; 2) en algunos Estados de la UE (Francia, Italia, España, Portugal), la Constitución establece específicamente un órgano de gobierno de los jueces (el Consejo de la Magistratura) desvinculado del Parlamento y del Gobierno (en España, históricamente, la administración de la organización del Poder Judicial había corrido a cargo del propio Gobierno, a través del Ministerio de Justicia), que debe decidir sobre la formación jurídica y las formas de reclutamiento de los jueces, el nombramiento para acceder a los diversos cargos de jurisdiccionales, el régimen sancionador, etc.; y 3) en su condición de independiente el juez ha de ser al mismo tiempo responsable; como se ha señalado, la responsabi-

lidad jurídica del juez puede ser exigida en el triple ámbito civil, administrativo y penal. Por tanto, un amplio catálogo de competencias que sitúan a estos órganos constitucionales en una posición muy relevante en la estructura constitucional del Estado.

Las reglas establecidas para su composición han sido objeto de controversia, sobre todo por la necesidad de evitar que sus decisiones sean adoptadas por criterios de oportunidad política y al margen de reglas objetivas sobre el estatuto de los jueces. En Italia, el artículo 104 de la Constitución de 1948 diseñó una composición mixta: bajo la presidencia formal del propio presidente de la República, y además de los miembros natos, 2/3 de sus integrantes son elegidos por los propios jueces y el tercio restante por el Parlamento. En Francia, el artículo 65 de la Constitución de 1958 prescribe también una composición mixta de magistrados, fiscales y personalidades de prestigio reconocido que no formen parte de las carreras judicial o administrativa designadas por el presidente de la República y por los presidentes de las Cámaras. En Portugal el artículo 218 de la Constitución de 1976 también adopta el criterio mixto, con miembros elegidos por el presidente de la República (2) y los 14 restantes elegidos a partes iguales por la Asamblea Nacional y los jueces.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en España es también de composición mixta. Así lo determina el artículo 122.3 CE: además de la singularidad de que sea el presidente del Tribunal Supremo quien a su vez presida el órgano de gobierno de los jueces, los veinte miembros que lo integran nombrados por el Rey, lo son 12 elegidos *entre* (no se dice *por*) jueces y magistrados de todas las categorías judiciales en la forma que lo establezca una ley orgánica y los 8 restantes propuestos a partes iguales por el Congreso y el Senado por mayoría de 3/5 de sus miembros. Como es sabido, la primera regulación sobre la composición de Consejo fue la prevista en la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, que regulaba específicamente el CGPJ y no abordaba toda la ordenación jurídica del Poder Judicial. En las misma se establecía que los jueces y magistrados serían también nombrados por los miembros de la carrera judicial: «Los vocales del Consejo General de procedencia judicial eran elegidos por todos los Jueces y Magistrados que se encuentren en servicio activo» (art. 12).

Transcurridos los primeros años de configuración de las instituciones democráticas y de vida política regida por las reglas del Estado de Derecho, los inicios de la década de los años ochenta pusieron de manifiesto que una parte de los miembros del Poder Judicial heredado íntegramente —sin depuración alguna— de la dictadura, seguía anclado en una cultura jurídica y política tributaria del pasado, poco permeable a los valores democráticos. Una hipoteca que pesaba sobre el nuevo órgano de gobierno de los jueces, cuestión que no resultaba irrelevante, si se atiende al amplio catálogo de competencias de decisión sobre su estatuto jurídico. Ello incitó a que, con

ISBN: 978-84-7777-740-3

ocasión de la nueva regulación completa del Poder Judicial adaptada ya a la Constitución, que derogaba la ley de 1870, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, las Cortes Generales decidiesen modificar la regla de elección de los miembros del CGPJ, al objeto de dar mayor presencia al Parlamento y, por tanto, a los representantes de la sociedad civil, en la propuesta de nombramiento de los vocales del Consejo.

De acuerdo con el artículo 567.1 y 2 LOPJ, la vigente regulación de la composición del Consejo introduce una regla de elección de origen parlamentario[13], por la que los veinte vocales son designados por el Rey a propuesta de las Cortes Generales (10 por cada una de las Cámaras) que, de acuerdo con la Constitución, 12 han de ser de procedencia judicial (jueces y magistrados) y 8 corresponden a juristas de reconocida competencia y con más de quince años de experiencia profesional. Un requisito, de la competencia, que cabe deducir que las Cortes Generales han evaluado previamente que han acreditado al candidato.

La constitucionalidad de esta reforma fue cuestionada hasta el punto de dar lugar a un recurso de inconstitucionalidad. En su STC 108/1986, de 29 de julio, el Tribunal Constitucional avaló la validez constitucional de la reforma: dado que la literalidad del artículo 122.3 de la Constitución en ningún caso prescribía que los doce vocales habían de ser de procedencia judicial, debiesen ser elegidos también entre sus pares («por los jueces»).

Para el juez constitucional pareció evidente que el legislador orgánico, si respetaba la procedencia profesional de los candidatos propuestos (12/8), podía optar por otra sistema de elección sin que ello supusiese una contradicción con el precepto constitucional. En consecuencia, la elección parlamentaria de la propuesta de los vocales resultaba una opción tan válida como la que inicialmente había previsto la primera ley orgánica de 1980 (la elección de los 12 vocales de procedencia judicial también por los propios jueces). La declaración de validez constitucional de la reforma legal no fue obstáculo para que el propio Tribunal alertase en su sentencia al legislador del riesgo de parlamentarización del Consejo, por la influencia que podían ejercer los partidos políticos en el futuro.

En el fondo del debate de la reforma legislativa latían dos concepciones sobre la lógica que había de presidir las reglas reguladoras de la composi-

---

13 «1. Las veinte personas Vocales del Consejo General del Poder Judicial serán designadas por las Cortes Generales del modo establecido en la Constitución y en la presente Ley Orgánica, atendiendo al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. 2. Cada una de las Cámaras elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez Vocales, cuatro entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión y seis correspondientes al turno judicial, conforme a lo previsto en el Capítulo II del presente Título. En dicha elección, cada una de las Cámaras garantizará el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres de forma que entre las diez personas vocales se incluya como mínimo un cuarenta por ciento de cada uno de los sexos».

ción del Consejo. Por un lado, la anterior a la reforma, que no la concebía sin que una clara mayoría de sus integrantes tuviesen la condición de jueces: el órgano de gobierno había de ser una institución que, por la naturaleza de sus atribuciones, había de ser gestionada por sus propios pares, los miembros de la magistratura, como los sujetos más capacitados para conocer, discernir y, en definitiva, resolver las cuestiones relativas a la carrera judicial. Era consustancial a este órgano constitucional que su gobierno perteneciese al ámbito exclusivo de sus propios protagonistas, los jueces. El reproche a esta concepción entendía que la misma traslucía una idea del Consejo concebido como un cuerpo al margen del resto de los órganos del Estado, como un ámbito reservado a los miembros de la Magistratura. La suspicacia de corporativismo estaba presente, a la que, si duda, se añadía las reservas ante una judicatura que, especialmente en sus órganos superiores, en aquella época no se mostraba muy permeable a los valores y principios democráticos.

Desde la perspectiva de la lógica que motivó la reforma de la elección a propuesta de los vocales por las Cámaras legislativas, el argumento esencial consideraba como esencial que no solo los jueces, sino también los representantes de la sociedad representada en las Cortes Generales, tuviesen capacidad de decisión sobre la composición del órgano de gobierno —que no de autogobierno— de los jueces. La razón no era otra que evitar la tendencia a concebir el al Consejo como un estamento autónomo, como un cuerpo a parte del resto de las instituciones del Estado. Si no se quiere crear un órgano de decisión sobre los asuntos concernientes al Poder Judicial y sus miembros, de innegable relevancia para el funcionamiento del Estado, separado del principio de legitimación democrática, resultaba también necesaria la participación del Parlamento en su elección[14].

El CGPJ se configuró en la Constitución de 1978 como un órgano constitucional autónomo, tanto del Gobierno como del Parlamento. Conviene subrayar que fue voluntad constituyente que fuese un órgano de gobierno, que no de autogobierno: una premisa a no olvidar y que justifica la presencia de representantes de otros órganos constitucionales en la organización de su diseño institucional. No forma parte del Poder Judicial ni tampoco es su representante. En otro orden de cuestiones, la función de gobierno de los jueces forzosamente ha de ser exterior al momento jurisdiccional, un ámbito este en el que jueces y magistrados no pueden recibir instrucción alguna por parte del CGPJ acerca de como deben ejercer la función constitucional que les ha sido encomendada. En este sentido, el gobierno del Poder Judicial ha que quedar delimitado al perímetro que marcan los temas directamente vinculados al estatuto jurídico de los jueces. Razón por la cual, la

14 López Guerra, L. «Encuesta sobre el Poder Judicial». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 50, Madrid, 2022, p. 71.

ISBN: 978-84-7777-740-3

adopción de decisiones derivadas del ejercicio de las funciones que corresponden al CGPJ debe quedar a extramuros de cualquier veleidad de orden político o de oportunidad. Y es en este terreno donde cobra todo el relieve las reglas que definen su composición.

Porque en los años transcurridos desde que entró en funcionamiento, el balance que ofrecido por la actividad del CGPJ no ha sido nada positivo. Tanto el riesgo de alentar el *corporativismo judicial*, como el peligro de la *parlamentarización* en el ejercicio de competencias han sido una realidad lacerante para la calidad democrática del sistema constitucional español. Su trayectoria institucional no se compadece con el objetivo para el que había sido creado. En demasiadas ocasiones, ante la crítica a resoluciones adoptadas o comportamientos irregulares de los miembros de la magistratura, el Consejo ha actuado más preocupado en la cerrada defensa del principio de independencia de los jueces, sin reparar, a su vez, en examinar si la forma de proceder del juez se atenía al principio de responsabilidad. Tampoco se adecua el *modus operandi* del CGPJ estrictamente subordinado a una dinámica *parlamentarizada*; es decir, siguiendo «a pies juntillas» la lógica de las mayorías y minorías políticas existentes en las Cortes Generales, especialmente en el Congreso. Y ello no es una cuestión baladí, dado el amplio catálogo de competencias que le atribuye la LOPJ [arts. 592 (Pleno) y 602 (Comisión Permanente)] sobre el gobierno de los jueces: nombramiento para altos cargos jurisdiccionales, régimen disciplinario, informe sobre anteproyectos de ley referidos al Poder Judicial, selección y formación de los miembros de la carrera judicial, etc. Los efectos del corporativismo y la politización sobre la gestión de estas materias no pueden otra cosa que demoledores para la institucionalidad del Poder Judicial.

La responsabilidad sobre este déficit institucional es compartida por los partidos políticos. Además, en los últimos años el Consejo ha sido objeto de una clara y obscena instrumentalización por parte de la derecha conservadora, impidiendo nada menos que a lo largo de cinco años su renovación. Finalmente, en junio de 2024 fue renovado con el acuerdo de los dos partidos mayoritarios de ámbito estatal (Partido Socialista y Partido Popular) con la insólita mediación de la Comisaria europea de Justicia.

III. LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL: EL LLAMADO *LAWFARE*

Con anterioridad ya se ha expuesto la premisa sobre la que giran esta primera parte sobre la que se sostiene la reflexión acerca del Poder Judicial: la independencia y la responsabilidad judicial son reconocidos como dos principios esenciales del Estado de Derecho, que son exigibles frente a todos los poderes del Estado, incluido —por supuesto— el Poder Judicial, y también frente a los particulares, ya sean personas físicas o corporaciones

privadas. Independencia y responsabilidad no son un derecho subjetivo del ciudadano, son dos principios que informan el funcionamiento del Poder Judicial. Aunque ambos son atributo del juez, en ningún caso pueden ser concebidos como un derecho subjetivo del juez.

Una premisa importante a retener: es difícil que cualquier tema sometido al poder jurisdiccional de los tribunales quede inmune a la influencia externa de poderes, públicos o privados. Las influencias pueden ser morales, políticas o ideológicas de los propios jueces. Cuestión distinta es la capacidad de influir de forma abusiva o forzada, en un procedimiento judicial con propósitos políticos. Se trata de una patología institucional existente en los países más diversos, y no solo en aquellos que no respeten las reglas básicas del Estado de Derecho, sino también en aquellos que, como evoca J. L. Hernández, citando a Collot y a Tushnet[15] practican, un constitucionalismo abusivo o autoritario. Este comportamiento es conocido como *lawfare*. En Derecho penal se identifica con un uso abusivo del proceso criminal para controlar al poder político. En Derecho Constitucional es asimilado al abuso de Derecho.

No es un concepto jurídico: el *lawfare* carece de un contenido normativo específico. El origen de este tipo de estas prácticas abusivas puede provenir de los partidos políticos y otros sujetos privados o también desde el propio ámbito del Poder Judicial. En este caso mediante actuaciones procesales no fundamentadas, que responden a criterios de oportunidad carentes de fundamentación jurídica suficiente. Pero, como con razón ha subrayado Bacigalupo, desde un punto de vista jurídico las prácticas de *lawfare* solo tienen relevancia cuando constituyen un delito de prevaricación: es decir, cuando un juez, con pleno conocimiento del sentido de su decisión, dictase una resolución injusta. De no concurrir la comisión de este tipo delictivo esta práctica judicial puede ser, sin duda, cuestionada o, incluso, socialmente rechazada pero no será susceptible de sanción legal[16].

Como ya se ha expuesto anteriormente casos de esta naturaleza o que se aproximan a supuestos de instrumentalización externa o interna del Poder Judicial ofrecen algunos ejemplos especialmente preocupantes. Además de lo ya citados, pueden adjuntarse prácticas irregulares como fue el caso de la instrucción judicial llevada a cabo por el juez de la Audiencia Nacional García Castellón en el procedimiento judicial seguido contra dirigentes del proceso secesionista desarrollado en Catalunya, que

---

15 Hernández, J. l. «*Lawfare* y constitucionalismo abusivo». *El Blog. Revista de Derecho Público*. 13/4/2024; Collot, P. A. *Le constitucionalisme abusif en Europe*. Ed. Mare et Martin, 2023; Tushnet, M. «Autoritarian constituvcionalism». *Cornell Law Review,* Vol. 100, 2015, pp. 391-462.

16 Bacigalupo, M. «Sobre el concepto de *lawfar*e y otras nociones emparentades (y su utilidad para el análisis jurídico y político». *Temas para Debate. Sistema*. n.º 352, abril de 2024, pp. 24-26.

ISBN: 978-84-7777-740-3

mantuvo procesalmente inactivo durante años y, de forma sorpresiva, decidió reactivarlo de forma simultánea a las modificaciones legislativas que se iban produciendo durante el íter legislativo de la entonces Proposición de Ley de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña; o la creación de una Comisión de investigación parlamentaria con la pretensión de examinar las actuaciones de los jueces, instando a la obligación de que los mismos comparezcan ante el órgano parlamentario, lo cual resultaba del todo improcedente, dado que el control disciplinario de la actuación de los jueces corresponde al CGPJ y no a las Cortes Generales, sin perjuicio del deber de información sobre el funcionamiento de la Justicia que anualmente corresponde realizar a su presidencia en comparecencia ante el Parlamento; o los insultos proferidos en las redes sociales por el magistrado de lo mercantil, Ruiz de Lara contra el presidente del Gobierno al que injuriaba con expresiones como *psicópata compulsivo*, cuando, por el contrario, la legislación procesal prohíbe a los jueces dirigir expresiones de halago de reproche a otras autoridades del Estado[17]; la respuesta de la Comisión Disciplinaria del CGPJ no fue otra que resolver el archivo del expediente sancionador incoado. Sin olvidar el mantenimiento durante años de instrucciones judiciales iniciadas, con el único apoyo probatorio de informaciones extraídas de recortes de prensa. O, en fin, el deferente comportamiento procesal de algunos órganos judiciales en supuestos que acreditan un abusivo empleo de la acción popular (art. 125 CE) por parte de entidades de origen heterogéneo, cuya acusación carece de una nula o, a lo sumo, una etérea conexión con el interés público tutelado[18], entidades que han hecho de la acción popular su sola razón de existir.

Mención especial merece, por supuesto, la insólita condena al fiscal general del Estado, dictada en la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo 1000/2025, de 9 de diciembre, por revelación de secretos de la intimidad de un particular por parte de autoridad o funcionario público (art. 198 CP), fundada únicamente en una genérica prueba indiciaria, basada en simples suposiciones, con flagrante abstracción de las pruebas exculpatorias presentadas en la vista oral. En una causa penal con un origen fáctico basado en una mentira, reconocida en la propia sede judicial del caso, por el autor de la fechoría, un alto cargo de la Comunidad Autónoma de Madrid. Y todo ello, adobado, además por la sorprendente y supina ignorancia sobre la naturaleza constitucional del derecho fundamental de los periodistas al secreto profesional (art. 20.1.d CE), mostrada por el presidente del tribunal juzgador, el magistrado Martínez Arrieta, en su patética intervención

17 Leer el artículo en *El País*.

18 Mena, J. M. «La acción popular». *El País,* 5/6/2025, p. 24; Fernández de Buján y Fernández, A. «La acción popular en el debate público», *El Cronista del Estado Social y Democráico de Derecho,* n.º 121, Madrid, 2026, pp. 62-73.

ante un periodista que comparecía como testigo que, al invocar su derecho a no identificar la identidad de una fuente informativa, no se le ocurrió otro comentario que responderle con prepotente y grotesco desparpajo que eso constituía una «amenaza al tribunal» (*sic*)[19].

Estos casos constituyen una muestra que no pretende ser exhaustiva de casos de uso de la actividad jurisdiccional que presentan indicios de aplicar criterios interpretativos más próximos a razones de oportunidad metajurídica cuando no claramente instrumentalizadores. En algunos casos de procedencia externa al Poder Judicial y en otros, incluso, desde el mismo seno del propio órgano judicial. Comportamientos que lo sitúan en el territorio del *juez político* al que se se refería Tomás y Valiente evocando la reflexión de Dieter Simon, cuando afirmaba: «El juez político es el abominable usurpador del trono que hasta hace poco era ocupado por el juez neutral[20]», para, por su parte añadir que «[E]l juez político cree que su misión es actuar (…), con manos limpias frente a los desmanes de quienes no las tienen así. Lo cual es cierto cuando procesa en términos de Derecho, pero sin que ello deba convertirse el juez en justiciero, en perseguidor espontáneo de males universales, como si él fuese el único puro y todos los demás, en especial quienes desempeñan otros poderes del Estado, tuviesen siempre las manos sucias[21]». Así lo que escribía el que fuera presidente del Tribunal Constitucional en un texto editado en 1996, ahora hace treinta años de su asesinato por ETA en su despacho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

IV. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea no vive ajena a la garantía del principio de independencia judicial, como uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, que debe preservar que se cumpla en los Estados miembros (arts. 2 y 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y art. 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). O, como mínimo, se puede afirmar que lo intenta a través de sus instituciones, en especial, a través de la labor del Tribunal de Luxemburgo.

En los últimos años Hungría (2010) y Polonia (2015) y algún que otro Estado miembro más de la UE han sido protagonistas negativos, por compor-

---

19 Solanes Mullor, J. «¿Licencia para mentir? Cómo el Tribunal Supremo convierte el secreto profesional en sospecha». *InDret,* 1-2026, pp. 547-571; Andrés Ibáñez, P. «El Fiscal juzgado y condenado "en casa del herrero"». *El País,* 11 de diciembre de 2025, p. 13; Cuadra-Salcedo de la, T., «La verdad, toda la verdad y nada más que la verdad», *El País,* 15 de diciembre de 2025, p. 13.

20 Simon, D., *La independència del juez.* Ariel, Barcelona, 1975, p. 107.

21 Tomás y Valiente, T., *A orillas del Estado.* Taurus, Madrid ,1996, p. 143.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tamientos y la adopción de decisiones de disposiciones contrarias a la independencia judicial. Hasta el punto de que no hace mucho tiempo, la UE se vio en la tesitura de iniciar un procedimiento para aplicar a Polonia el artículo 7 del TUE por violación grave de los principios del artículo 2 TUE sobre el respeto al principio de independencia judicial, en tanto que garantía del Estado de Derecho. Sería preciso un cambio de mayoría política en el Sejm (cámara baja) para que ese procedimiento no prosiguiese, tras el triunfo en de las últimas elecciones legislativas de una formación política europeísta, una circunstancia que permitió el acceso del liberal Donald Tusk a primer ministro. Ello permitió a la presidenta de la Comisión Europea, la señora Ursula von der Leyen, para comunicar al nuevo jefe de gobierno la decisión de la Comisión de retirar el expediente sancionador que había instruido contra el ultraconservador Gobierno anterior del partido Ley y Justicia, un partido especialmente euroescéptico, caracterizado por la beligerancia de intervenir sobre la composición del Tribunal Constitucional y condicionar la independencia de los jueces. Tanto el caso polaco como el caso húngaro han sido ejemplos evidentes de instrumentalización del Poder Judicial por el poder político, circunstancia esta que sigue estando lejos de desparecer en el caso del Gobierno húngaro del populista Vicktor Orban. No obstante, cabe esperar que la situación pueda cambiar tras sus derrota en las últimas elecciones legislativas de abril de 2026, tras 16 años de gobierno autoritario.

El principio de independencia judicial interesa y ocupa a la Unión Europea, aunque esta carezca de poder judicial propio y, por tanto, que la organización y funcionamiento del Poder Judicial sea competencia de los Estados miembros. Se trata de un principio que ha sido incorporado al acervo comunitario a través de la labor pretoriana de los propios jueces europeos. De hecho, el principio de independencia judicial está vinculado al discurso constitucional europeo[22]. Ello ha permitido que, sin perjuicio de la intervención de los Consejos de la Magistratura allí donde están previstos o de los propios gobiernos europeos, las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del Derecho de la Unión hayan tenido ocasión de pronunciarse y fijar una doctrina sobre aspectos básicos del estatuto del Poder Judicial: el régimen disciplinario, la calidad de las resoluciones judiciales, la organización de la carrera judicial, la presidencia de los tribunales, el sistema de asignación de casos, el traslado de jueces, la gestión de los tribunales, el tráfico de influencias y el corporativismo[23].

Esta jurisprudencia trae causa de la aplicación del procedimiento de la cuestión prejudicial (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

22 Bustos Gisbert, R., *Independencia judicial e integración europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022, p. 347.

23 Ibídem, p. 336.

Europea), que ha institucionalizado al juez nacional como juez, a la vez, de la Unión Europea en el marco de sus competencias. Desde esta doble condición de juez nacional y juez europeo, la independencia judicial es un requisito imprescindible requerido para plantear la cuestión prejudicial. Así lo pone de relieve la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) de 27 de febrero de 2018 (Caso: Asociación Sindical de Jueces Portugueses) que ha establecido la jurisprudencia sobre las garantías de la independencia judicial que los Estados de la UE han de cumplir respecto de sus propios jueces. La independencia de los miembros de los órganos judiciales es *conditio sine qua non* para el ejercicio del derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 19.1 del TUE. De esta manera, dicho artículo del Tratado de Lisboa aparece como un doble parámetro de control tanto de las normas europeas como de las nacionales, siempre que su invocación acredite una relación directa con el Derecho de la UE. La consecuencia es importante: la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se adentra en un ámbito que hasta ahora solo estaba reservado a la autonomía institucional de los Estados miembros (la legislación procesal y la regulación del sistema judicial).

Se trata de un ejemplo importante de la evolución del Derecho Constitucional en el ámbito de la UE, que afecta al funcionamiento de uno de los poderes del Estado. De esta forma, las diversas sentencias de la Corte de Luxemburgo referidas a Polonia, Hungría, Rumanía o la citada sobre Portugal, han examinado disposiciones nacionales que conciernen al estatuto de los jueces (el nombramiento y separación en el cargo, el salario, la jubilación, o la organización judicial en su conjunto [STJUE Caso Land de Hesse, de 9 de julio de 2020; STJUE, Caso Repubblika (Malta), de 20 de abril de 2021], etc.).

Se trata de sentencias que ponen de relieve la importancia de la invocación del principio de independencia judicial vinculada al artículo 19.2 del TUE: sin duda, estamos ante una interpretación audaz por parte del Tribunal de Luxemburgo. Y no es casual que en algunos de estos casos haya sido un hecho decisivo la advertencia para Polonia y Hungría de aplicación del artículo 7 TUE (retirada de su derecho de voto en las instituciones de la UE) por graves amenazas a los principios del Estado de Derecho. Parece evidente que el artículo 19.2 TUE se ha convertido en una obligación para los Estados miembros a fin de garantizar el cumplimiento del principio de independencia judicial. Al mismo tiempo, es una forma de hacer aplicable el artículo 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que reconoce el derecho a la tutela judicial por parte de un juez que debe ser independiente e imparcial[24].

[24] Torres Pérez, A. «From Portugal to Poland: the Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 27, 2020, pp. 105-119).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sin embargo, tampoco hay que lanzar las campanas al vuelo. Porque esta interpretación sostenida por el TJUE no ha frenado la oposición mostrada por algunos de los Estados más disfuncionales en el proceso de integración europea (últimamente, Rumanía y Hungría), sobre todo este último, un verdadero caballo de Troya en el seno de la Unión. Una oposición fundada, como señala Mier Galera en dos argumentos: el primero, por el que se afirma que la organización del poder judicial es una competencia exclusiva del Estado, razón por la cual la intervención de la jurisdicción europea incurre en *ultra vires,* ignorando los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (art. 5 TUE); y el segundo, que entiende que con esta interpretación el TJUE pretende imponer un modelo uniforme de separación de poderes que resulta incompatible con el pluralismo constitucional de los Estados miembros[25].

V. SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La justicia constitucional ha ocupado una posición decisiva en el esquema institucional diseñado por el modelo constitucional después de 1945. Tanto en Europa donde se optó ya en el periodo de entreguerras por el modelo kelsesiano de justicia concentrada, como en los sistemas que responden al modelo difuso de *common law,* la valoración sobre el cumplimiento de las exigencias acerca de los requisitos propios del Estado de Derecho, no pueden ignorar el modo como se ejerce el juicio de validez de la ley por el juez constitucional.

En España, el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1978, tanto por la categoría jurídica mayoría de los magistrados que lo integraron en sus primeras décadas, como por la relevancia y calidad de sus resoluciones, fue calificado en sus primeros años fundacionales como la *joya institucional de la corona.* No es nada seguro que tal evaluación puede matenerse en la actualidad.

Desde una perspectiva general, pero con especial énfasis en el caso particular del juez constitucional español, el objeto de las páginas que siguen tiene por objeto exponer una síntesis sobre el debate acerca de la legitimidad de la justicia constitucional, asimismo, sobre los elementos que en que se fundamenta el juicio sobre la ley y otros actos de los poderes públicos y, finalmente, las fragilidades que presenta en su funcionamiento[26].

---

25 Mier Galera, D. *La independència judicial y el desafio populista.* Tirant lo Blanch, València, 2025, pp. 459-350.

26 Esta parte del artículo tiene su origen en la ponencia presentada por el autor en la *Table Ronde International de Justice Constitutionnelle* los días 12 y 13 de septiembre de *2025,* que anualmente organiza l'Institut Louis Favoreu en l'*Université Aix-Marseille,* en Aix-en-Provence.

1. El debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional

A) De Marbury *v.* Madison a Kelsen: dos culturas jurídicas parcialmente opuestas

En el capítulo 78 de *El Federalista* aparecido en 1788 y redactado por Hamilton se expusieron las claves de lo que deberían ser los aspectos esenciales del *judicial review*: «(…) ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido». Al objeto de justificar la intervención judicial para decidir sobre la validez constitucional de ley, Hamilton afirmaba que: «La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces». Asimismo, subrayó que ello no equivalía a «la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se haya en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última [la Constitución] de preferencia a las primeras [las leyes][27]».

Pero el momento fundacional comienza el 24 de febrero de 1803 con la célebre y tantas veces invocada sentencia la Corte Suprema de los Estados Unidos 5 US 137, del caso Marbury *v.* Madison que por primera vez no aplicó una ley federal por ser contraria a la Constitución de 1787. Un caso cuyo contenido material era de escasa relevancia en aquel momento, pero que mucho tiempo después sería el origen de una cuestión decisiva para Estado liberal democrático y de la Teoría de la Constitución: la relación entre el legislador democrático y la justicia constitucional. De momento fue un caso aislado en el que el juez constitucional iniciaba el ejercicio de un poder contra-mayoritario.

Habrían de transcurrir más de cincuenta años hasta que en 1857, la sentencia de la Corte Suprema 60 US 393 (1857), en el caso Dred Scott *v.* Sandford, sin citar, por cierto, el precedente de Marbury *v.* Madison, también dejó de aplicar una ley federal por ser inconstitucional. Se trataba de una —por otra parte— infame decisión judicial que legitimaba la existencia de la esclavitud. Era el preludio de la guerra civil (1860-1864) y de la posterior aprobación de la XIV enmienda a la Constitución americana que formalmente suprimió aquella infamia para la condición humana, pero no la segregación racial que fue mantenida hasta la segunda mitad del siglo XX con la aprobación de las leyes de derechos civiles en la presidencia de J. F. Kennedy y aplicadas en el controvertido y bélico mandato del tejano J. B. Johnson.

De hecho, en la primera mitad del siglo XIX el precedente de Marbury era una decisión aislada en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Resultaba signi-

[27] A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*. FCE, México, 1994.

ISBN: 978-84-7777-740-3

ficativo el dato que cuando Alexis de Tocqueville explica el control judicial de ley *La démocratie en Amérique*, en ningún momento hace referencia al precedente jurisprudencial de 1803. Para encontrar una primera remisión al caso Marbury como precedente de una sentencia habrá que esperar a 1887, al caso Mugler *v.* Kansas US 623 (1887), que lo hizo de forma tangencial en un *obiter dicta*. Finalmente, será en 1895, en el caso Pollock *v.* Farmers'Loan & Trust Co., 157 US 429 (1895), cuando la Corte la invocó de forma expresa[28].

En el sistema europeo regido por el *civil law* la creación del control judicial de ley respondió a una cultura jurídica distinta de la versión americana del *common law*. Es bien conocida, la aportación de Kelsen a la creación del Tribunal Constitucional en la Constitución de Austria de 1920, y la influencia en la Constitución republicana española de 1931: se trataba de un control de constitucionalidad concentrado en una jurisdicción especial y no en la jurisdicción ordinaria.

La preocupación por controlar los excesos del legislador a fin de proteger la Constitución ya apareció en alguna ocasión durante el siglo XIX. Seguramente, un ejemplo ilustrativo lo ofrece Condorcet, en relación con el proyecto de Constitución girondina de 1793. Se trataba de evitar la expropiación de la soberanía de la nación por parte de los representantes del Poder Legislativo. Para ello, este proyecto constitucional articulaba un complejo procedimiento de apelación a la ciudadanía al objeto de que la asamblea legislativa modificase la ley cuestionada. Pero, en ningún caso se proponía el control judicial[29].

En la Europa del siglo XIX y hasta la aparición del modelo kelseniano, la ley era la fuente principal del ordenamiento jurídico y la justicia administrativa la vía para el control judicial del Gobierno. Salvo el control político derivado de las elecciones, la ley quedaba excluida de todo tipo de fiscalización. La consolidación de la democracia en la Europa occidental después de 1945 quedará vinculada a la generalización de la justicia constitucional: tanto para asegurar la garantía de los derechos fundamentales, como para organizar la distribución del poder político en los sistemas federales y similares. En la actualidad, en el complejo contexto de integración política de la Unión Europea, la expansión de las Cortes constitucionales puede suponer, en principio, un signo de fortalecimiento del Estado de Derecho frente a los abusos de la mayoría política a través de la ley.

---

28 Tomo estos datos del excelente trabajo de: M. Ahumada Ruiz, «Marbury *versus* Madison doscientos años (y más) después». *Fundamentos 4/2006: La rebelión de las Leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Junta General del Principado de Asturias. Oviedo, 2006; pp. 114-115.

29 Prieto Sanchís, L. «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional». *Fundamentos 4/2006: la rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*. Junta General del Principado de Asturias. Oviedo, 2006, p. 66.

¿Cuáles han sido las razones europeas para rechazar el modelo del *judicial review*? Frente al clásico repertorio en apoyo de control judicial, que sostiene que cuando los jueces interpretan la Constitución no crean Derecho, sino que siempre son capaces de asumir el *self restraint*, la respuesta europea ha sido la siguiente: 1) reconocer al juez la capacidad para examinar la validez de la ley altera el principio de separación de poderes y coloca al juez en una posición de supremacía frente al legislador; y, 2) de esta forma, el *judicial review* compromete al juez en el conflicto político.

Como ha señalado Ahumada Ruiz, en Europa la cuestión decisiva no era negar el control de la ley sino, más bien, por qué había de corresponder al Poder Judicial[30]. La creación en Europa de un órgano constitucional *ad hoc* para llevar a cabo el control de la ley respondió a la necesidad de otorgar capacidad para decidir sobre los vicios de forma y de contenido material de la ley y adoptar una decisión sobre su validez constitucional. En ese contexto, la jurisdicción constitucional, en cierta forma puede ejercer una función de naturaleza legislativa cuando declara la inconstitucionalidad o, en su caso, decide acerca de la nulidad de la ley. Así como también sobre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de la sentencia, o de nulidad diferida, a fin de que sea el legislador disponga de tiempo para rectificar sobre los motivos de inconstitucionalidad, etc.

Parece evidente que tampoco el modelo europeo de justicia constitucional concentrada ha disipado las dudas acerca de su legitimidad. Porque, a la postre, siempre se trata de un colegio de juristas que no forma parte del Poder Judicial, pero que actúa como un órgano de carácter jurisdiccional y dispone de la última palabra sobre la validez de la ley expresión de la soberanía popular.

Hecha esta constatación, ¿cuáles son las razones que permiten justificar su existencia? Las más importantes: asegurar la supremacía de la Constitución como fuente principal del ordenamiento jurídico frente a los excesos de la ley de la mayoría política; asegurar la garantía extraordinaria de los derechos, cuando el Poder Judicial los ignora y abandona su condición de ser el ámbito natural de tutela de la libertad; la resolución de conflictos territoriales en los estados de estructura federal o similar y, por supuesto, ser una vía de relación con la jurisprudencia derivada de los tribunales internacionales. Así lo acreditan el balance que se puede hacer de la experiencia que ofrecen los principales tribunales constitucionales.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal ha actual como un guardián del proceso político democrático y de la concepción de la Constitución como la síntesis de un consenso de valores. El recurso de amparo ha sido

30 Ahumada Ruiz, M. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Thomson/Civitas. Navarra, 2005, p. 250.

ISBN: 978-84-7777-740-3

una vía de democratización de los ciudadanos y de compromiso con el Estado de Derecho frente al pasado totalitario.

En Italia, donde la Corte Costituzionale apareció al inicio como un *outsider* del sistema constitucional, tuvo hubo que superar las reticencias del Poder Judicial y de otros poderes de la nueva República, para después ejercer un papel relevante por la *auctoritas* jurídica de una buena parte de sus miembros y la calidad de sus sentencias. Teniendo en cuenta que la Constitución fue promulgada en 1948, la Corte no dictó su primera sentencia hasta 1956. En efecto, en sus inicios institucionales tuvo que afrontar las reservas jurídicas de diverso orden: por un lado, de la vieja cultura legalista conservadora y, por otro, de la desconfianza de la izquierda marxista de la época, muy reticente ante la institución del Tribunal Constitucional. Entre los retos que ha debido superar cabe señalar, la depuración de la legislación del periodo fascista, subrayar el valor vinculante de la Constitución, pacificar las relaciones con el Poder Judicial (Corte de Casación y Consejo de Estado), y asegurar la prevalencia del Derecho comunitario (doctrina Granital, 1984)[31], etc.

En Francia, el Conseil Constitutionnel ha adquirido un especial relieve después la reforma constitucional de 2008 que introdujo la *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC). Sin duda, la reforma reforzó el valor normativo de la Constitución de 1958. Asimismo, que con este control *a posteriori* de la validez constitucional de la ley el ciudadano francés dispone de una específica vía procesal —ciertamente, a través del filtro del Conseil d'État y de la Cour de Cassation— para la garantía de sus derechos. Por otra parte, no hay duda, que el Consejo es un actor jurídico importante en las relaciones entre Derecho y política[32],

Por su parte, en Portugal, el Tribunal Constitucional, seguramente es de los citados el que dispone de mayores competencias. En las siempre delicadas relaciones entre democracia y justicia constitucional, el tribunal portugués ha ejercido un papel especialmente decisivo a anular algunas leyes de contenido socioeconómico de la Asamblea de la República, adoptadas durante la crisis financiera de 2008 que afectó especialmente a este país.

El caso del Tribunal Constitucional español es muy significativo para justificar el control sobre el legislador. Tras la aprobación de la Constitución de 1978, hay pocas dudas que en el plano institucional del naciente sistema democrático, como ya se ha apuntado, el Tribunal fue considerado como «la joya de la corona», la institución positivamente valorada por la *autorictas* de

---

31 Tega, D. «El Tribunal Constitucional italiano: un balance de su trayectoria y retos actuales». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 53, Madrid, 2024. pp. 132-146.

32 Bonnet, J. «Los retos del Consejo Constitucional: controversias francesas sobre la justicia constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 53, Madrid, 2024, p. 158.

sus primeros magistrados y de su primera jurisprudencia. Al igual que en el caso alemán, en las primeras décadas, ejerció una función pedagógica para difundir los valores democráticos y garantizar los derechos y libertades, frente a un Poder Judicial muy ligado entonces a la cultura jurídica y política de la dictadura franquista. Por otra parte, en esa primera época resolvió de forma razonable los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, pesar del carácter deliberadamente genérico del sistema de distribución de competencias basado en el principio dispositivo diseñado por la Constitución. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo de las decisiones adoptadas en los últimos años, por un lado, por la pérdida de prestigio jurídico de la mayoría de sus miembros, tanto en el ámbito de la academia universitaria como en la carrera judicial, y de otro por la politización de una buena parte de sus magistrados.

B) Justificación y límites de la legitimidad de la justicia constitucional

En los sistemas políticos liberal-democráticos estables el establecimiento de la justicia constitucional ha estado vinculada a la evolución del Estado democrático. Su legitimidad institucional deriva de la Constitución normativa, que otorga a la jurisdicción constitucional la función de garantizar su jerarquía frente a los abusos del legislador y su aplicación por los jueces. Asegurar la división de poderes, la protección de los derechos y libertades y la distribución territorial del poder político en los estados políticamente descentralizados (federales, regionales…), justifica la existencia de la justicia constitucional.

No obstante, en oposición a este consenso sobre la necesidad de la justicia constitucional se sigue planteando la eterna pregunta: ¿cuáles son las razones por las que un colegio de juristas puede llegar a anular una decisión del legislador democrático? Este interrogante nos sitúa ante el tema esencial de la Teoría de la Constitución: la relación entre justicia constitucional y democracia[33] que se identifica en la objeción democrática formulada por el Parlamento autor de ley a la que se opone la decisión del juez constitucional que cuestiona su validez; o, en el mismo sentido, la llamada dificultad contra-mayoritaria atribuida a la jurisdicción constitucional, a la que se refería A. Bickel[34].

Tanto en los sistemas de control constitucional de la ley basados en el *judicial review* de corte norteamericano como también en los organizados en la Europa continental de control concentrado de la ley de inspiración kelseniana, es habitual alertar acerca del peligro que puede suponer depositar

33 Ferreres Comella, V. *Justicia constitucional y democracia*. CEPC. 2.ª ed. Madrid, 2007.

34 Bickel, A, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University. New Haven, 1962, p. 16.

ISBN: 978-84-7777-740-3

en un colegio de juristas la decisión definitiva acerca de la validez constitucional de la ley. Una decisión que lógicamente puede ser contraria a la voluntad expresada por el legislador soberano en deliberación democrática desarrollada en una cámara legislativa: el llamado gobierno de los jueces al que se refería Edouard Lambert en 1921[35].

En la doctrina anglosajona, la defensa del *judicial review* fue sostenida, entre muchos otros, por R. Dworkin. En su conocida teoría del juez Hércules, este autor sostenía que en las controvertidas y profundas cuestiones de moralidad política que filósofos, políticos y responsables de las instituciones han discutido durante siglos, los ciudadanos han de aceptar las decisiones de una mayoría de jueces[36]. En un sentido radicalmente opuesto, ha destacado con especial virulencia el rechazo al control judicial de la ley defendido, sobre todo, por J. Waldron para quien el control de la ley por un pequeño grupo de jueces es una institución anormal en el sistema constitucional estadounidense: el sistema constitucional del *judicial review* de la ley es vulnerable desde una doble perspectiva, en primer lugar, porque no proporciona un medio para que la sociedad examine los problemas reales que se plantean en el caso *sub iudice* cuando los ciudadanos discrepan sobre sus derechos, sino que distrae la atención sobre temas secundarios relacionados con los precedentes (*stare decisis*) y la interpretación constitucional. En segundo lugar, es políticamente ilegitimo desde la perspectiva de garantía de los valores democráticos, porque otorga preferencia al voto mayoritario de un grupo de jueces que no han sido elegidos y que no rinden cuentas ante nadie[37].

En un sentido opuesto, los argumentos que se exponen en el debate doctrinal en Europa para defender el control judicial de la Constitución y, específicamente, del modelo europeo de control de constitucionalidad, están vinculados a la propia historia política del viejo continente. Desde esta perspectiva, es dato muy relevante la existencia de diversos estados europeos organizados de acuerdo con el principio de descentralización política: estados federales (Alemania, Austria, Bélgica) o regionales (Italia, España) dotados de parlamentos que ejercen la potestad legislativa reconocida por la Constitución nacional. En este contexto, el sentido de la justicia constitucional, además de operar de garante de la normatividad de la Constitución y de los derechos y libertades de las personas, ha sido también decidir sobre la

---

35 Lambert, E. *El gobierno de los jueces*. Tecnos, Madrid 2010 (traducción al castellano del original en francés: *le gouvernement des juges et la lutte contra la legislation sociale aux Etats-Unis*).

36 Dworkin, R. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge. Harvard University Press (MA), p. 74.

37 Waldron, J. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar por mayoría decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI, ed. Buenos Aires, Argentina, 2018, p. 60.

titularidad de la competencia entre dos legisladores que la reclaman para sí mismos. Es decir, la justicia constitucional concebida también como un tribunal para resolver conflictos territoriales.

El otro ámbito, especialmente decisivo para justificar la existencia de la justicia constitucional es, efectivamente, su condición de ser la jurisdicción de la libertad, en los términos empleados por en su momento por M. Cappelletti. En Europa, la garantía de los derechos y libertades frente a la ley o en relación con una sentencia del Poder Judicial ha dado sentido a la existencia de una jurisdicción específica frente a los abusos del legislador mayoritario y frente a la resolución adoptada por un órgano judicial que ignora la Constitución.

Por supuesto, para encontrar una explicación a ello la historia europea ocupa un papel muy relevante: frente al pasado totalitario del periodo de entreguerras, después de 1945 la jurisdicción constitucional aparece como garantía extraordinaria de los derechos fundamentales de la persona frente a los otros poderes del Estado y también, frente a los particulares en las más diversas relaciones económicas y sociales.

El recurso directo y abstracto contra la ley en varios sistemas constitucionales y el incidente de inconstitucionalidad en Italia, así como el recurso de amparo en Alemania y España, o la QPC francesa, permiten enjuiciar la obra del legislador democrático o la sentencia del juez ordinario si es o no conforme a la Constitución racional normativa. Que ahora es considerada como una norma de Derecho positivo dotada a su vez de una importante carga axiológica, que pone a prueba el alcance y los límites de la interpretación y la argumentación jurídica.

Parece evidente, por tanto, que aceptar que la jurisdicción constitucional controle la validez de la ley constitucional supone también asumir los contrapesos democráticos. Sigo en lo esencial el planteamiento propuesto por Ferreres Comella[38]. Obviamente, el poder del Tribunal Constitucional no es absoluto. El primero contrapeso es el que puede ejercer el propio legislador a través del poder de revisión constitucional. En efecto, la regla básica de deferencia al legislador y del *self-restraint* que toda corte constitucional ha de asumir tiene un límite: si el juicio de validez constitucional de la ley no admite una interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, la única solución es la nulidad de ley, el legislador interesado en mantener la ley no tiene otra opción que la reforma constitucional, que le permita dar la cobertura que hasta ese momento la ley carece. Por supuesto, esta opción

38 Sobre este tema: Ferreres Comella, V., «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», in *Jurisdicción constitucional y democracia.* Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. CEPC/Tribunal Constitucional, Madrid, 2011, pp. 13-36. También: *Constitutional Courts and Democratic Values. A European perspective*. New Haven. Yale University Press.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tiene un coste, que es la rigidez de la mayoría de las constituciones y la consiguiente dificultad para proceder a su revisión.

Un segundo contrapeso es el que puede ejercer la propia Corte a través de la interpretación constitucional y, en concreto, mediante la modificación de su propia doctrina, por ejemplo, por impulso del propio legislador que reitera el contenido de una ley que no había pasado el filtro de la Corte. No hay duda de que, si bien la jurisprudencia de todo Tribunal Constitucional dotado de *auctoritas* jurídica ha de ser estable y previsible, ello no significa que sea permanente, infalible e inmutable. Los cambios de criterio interpretativo, el *overruling*, no puede ser una circunstancia extraña al funcionamiento de la justicia constitucional. No hay que olvidar que la Constitución no es siempre y en cualquier momento lo que el Tribunal Constitucional dice que es.

Un tercer límite es el que el propio Tribunal se impone para respetar la voluntad del legislador a través de las diversas técnicas de la hermenéutica constitucional: no solamente a través de la interpretación conforme, sino también a mediante las sentencias interpretativas de adición o incluso las manipulativas, a pesar de los riesgos de suplantación de la voluntad del legislador constituyente que conllevan.

2. Los elementos que en que se fundamenta el juicio sobre la ley y otros actos de los poderes públicos

A) Sobre la calidad de los jueces y las reglas de funcionamiento del Tribunal Constitucional

El contenido de este apartado se centra esencialmente en el caso particular que ofrece el el Tribunal Constitucional español. Tras la aprobación de la Constitución de 1978 y su primera sentencia dictada en 1981, el Tribunal Constitucional fue una institución que pronto adquirió un gran prestigio y crédito social. Así lo acreditaba la calidad profesional de sus magistrados y la relevancia jurídica de sus sentencias. Además, para la tutela de los derechos fundamentales, el Tribunal fue percibido por la mayoría de los ciudadanos como una garantía frente a un Poder Judicial, integrado en los inicios del sistema democrático por jueces muy vinculados entonces a la cultura jurídica y política de la dictadura y que nunca fueron depurados.

El panorama actual es muy distinto. El Tribunal se encuentra en un progresivo periodo de decadencia. La razón principal tiene mucho que ver con la politización de la institución. Ello ha provocado un notorio descenso en la *auctoritas* jurídica de la mayoría de los magistrados y por ende de la propia Corte. La legitimidad de sus decisiones ha quedado afectada dado que sus sentencias responden más a los intereses específicos de la mayoría política en el Parlamento, que previamente ha tenido especial interés en proponer

magistrados muy permeables a sus criterios políticos. Por otra parte, la lógica del reparto de magistrados fieles entre los partidos políticos mayoritarios en la propuesta de magistrados candidatos para el Tribunal, la llamada *lottizazione,* ha tenido efectos perversos.

Por supuesto, no se trata de una patología institucional que afecte en exclusiva del caso español. Sin embargo, en los últimos quince años —salvo algunas excepciones individuales— la *auctoritas* mostrada por el colegio de jueces queda muy lejos de la acreditada en los primeros años. La responsabilidad de este déficit institucional es compartida, especialmente, por los partidos mayoritarios.

Parece evidente que la composición de cualquier corte constitucional ha de responder a los criterios de pluralidad que operan en la sociedad. Es lógico que sea así. Sin embargo, el requisito constitucional que exige es que el candidato a magistrado sea un jurista de *reconocido prestigio* se ha convertido el algo puramente retórico. La pérdida de la excelencia es una realidad lacerante. En los últimos tiempos predomina un perfil de magistrado que actúa como un simple mandatario del partido político que lo ha propuesto. De tal forma que en la actualidad resulta muy previsible el sentido que pueda adoptar una decisión de la Corte. Sobre todo, en temas de especial interés político. Una manifestación de esta situación es la costumbre que se ha instalado en la comunicación política en España de dividir a los magistrados entre progresistas y conservadores con un resultado previsible, según quien disponga de mayoría en el seno de la Corte. Como si de un parlamento se tratase.

Otro problema no menor que cuestiona la legitimidad de la Corte han sido los retrasos en la renovación parcial de cuatro magistrados que, de acuerdo con la Constitución, debe realizarse cada tres años. Pues bien, en varias ocasiones el retraso en el nombramiento se ha producido por la imposibilidad de que los partidos políticos mayoritarios (PSOE y PP) de llegar a un acuerdo. Ello ha comportado que los magistrados salientes vean prolongada la duración del mandato, incluso, hasta dos años. No es una situación que sea consecuencia del azar. Ha quedado acreditado el interés político de impedir la renovación a fin de mantener una composición del tribunal favorable a un partido político en el Parlamento. Como subraya el antiguo magistrado López Guerra, este comportamiento institucional responde a una lógica es muy simple: dado que el partido político X ya había colocado a «los suyos», a este le conviene retrasar al máximo la renovación de jueces, aunque con ello se incumpla la Constitución, siempre que de esta forma disponga de magistrados «sensibles» a sus posiciones políticas. Lo que prevalece es mantener una composición de la Corte favorable[39]

39 «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 52, UNED. Madrid, 2024, p. 32.

ISBN: 978-84-7777-740-3

si, como ha sido el caso, el Gobierno es de signo distinto. La instrumentalización política de es evidente. En las últimas renovaciones de magistrados, así como de otros órganos constitucionales (por ejemplo, el CGPJ), la responsabilidad, sobre todo, del Partido Popular (derecha) en incentivar esta patología institucional ha sido denunciada reiteradamente en los medios de comunicación.

Otra manifestación de la decadencia del Tribunal ha estado relacionada con la procedencia profesional de los juristas que lo integran. En su mejor época la composición del Tribunal estaba formada por una mayoría de magistrados procedentes de la academia universitaria. A partir de 1996, con al acceso al Gobierno de la mayoría conservadora del PP, la estrategia de este partido fue la de invertir la tendencia en favor de magistrados de procedencia judicial. En este caso, se trata de juristas con una visión *legalista* de los problemas constitucionales, este decir, muy limitada a la literalidad de la norma. Salvo algunas contadas excepciones, son jueces que proceden de la magistratura judicial carecen de una perspectiva global de la interpretación constitucional y de la argumentación jurídica. Las razones pueden ser diversas, pero, una parte de ellas no son ajenas a la formación recibida para acceder a la carrera judicial a través de un sistema que data de épocas autoritarias. Una formación que, sobre todo, prima la capacidad de memorizar el ordenamiento jurídico y donde, por el contrario, la capacidad de razonar jurídicamente no es evaluada.

Otro aspecto deficiente de la organización y funcionamiento del Tribunal es la breve duración del mandato del presidente: tres años, que deben coincidir con el último tercio de su mandato como magistrado. Como con razón afirma García Roca, en Derecho Comparado un Tribunal se acostumbra a identificar tanto en su organización y funcionamiento por la capacidad de dirección su presidente. En este sentido, tres años es un periodo muy corto para que el presidente pueda demostrar su impronta en el colegio de magistrados[40]. Por otra parte, la lógica que desde hace años se ha impuesto del reparto de cuotas políticas de partido en la composición del Tribunal, hace que la mayoría parlamentaria tenga siempre un interés especial en imponer un presidente, siempre receptivo a sus planteamientos sobre el juicio de validez de la ley. Además, no se olvide, que dado que el Tribunal está integrado por un número par de jueces (12), en caso de empate el presidente dispone de voto de calidad.

El retraso muy prolongado en la decisión sobre la validez constitucional de una ley es otro elemento muy negativo que cuestiona la legitimidad institucional de la justicia constitucional. Es verdad que el Tribunal Constitucional dispone de un amplio catálogo de competencias que explica que

---

40 «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 52, UNED. Madrid, 2024, p. 29.

la agenda jurisdiccional del Tribunal sea necesariamente amplia y nada fácil de gestionar. Pero en ningún caso puede justificar retrasos tan desproporcionados como, por ejemplo, el que afectó a la *Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo*, una ley que ha regulado el aborto de acuerdo con el sistema de plazos; el Tribunal decidió validar la constitucionalidad de la ley después de transcurridos 13 años, mediante la STC 44/2023. Y, como recuerda Bilbao Ubillos, no menos grave es el hecho de que la decisión del Tribunal sobre la aplicación del Derecho de excepción mediante la declaración de diversos estados de alarma para afrontar la pandemia de la COVID fuese adoptada cuando los decretos del Gobierno ya habían decaído[41]. Con todo y con ello, es preciso reconocer que en los últimos años los problemas de retraso se han subsanado y que las decisiones adoptadas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y en recursos de amparo han sido dictadas en un tiempo razonable.

La excesiva extensión de las sentencias es otra deficiencia que se ha acrecentado en los últimos tiempos. La concisión en la argumentación no es, precisamente, una virtud que el Tribunal haya practicado. Hasta el punto de que la lectura y estudio de una sentencia puede resultar una labor muy pesada. Sobre todo, por el abuso de la auto-cita jurisprudencial. Sobre este particular, el Tribunal se encuentra en las antípodas del contenido, ciertamente, muy reductivo, incluso telegráfico, que habitualmente presentan algunas Decisiones del Consejo Constitucional francés, puestas de relieve por un parte de la doctrina de este país[42]. Las ventajas indudables que proporcionan los archivos de datos informáticos, en un cierto momento pueden resultar contraproducentes.

Como es bien sabido, la justicia constitucional y, en general, la organización del Poder Judicial prevé el voto separado (*dissenting opinions*). En opinión del que fuera presidente del Tribunal Constitucional en su primera época, Francisco Tomás y Valiente «(…) constituye una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su decisión no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia[43]». Asimismo, en favor de su existencia se afirma que el voto separado puede favorecer la renovación de jurisprudencia, además de ser un instrumento de expresión de la minoría de los magistrados en un órgano colegiado y de sensibilidad jurídica plural.

---

41 «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 52, UNED. Madrid, 2024, p. 46.

42 Fontaine, L. *La Constitution maltraitée*. Ed. Amsterdam, 2023, pp. 131.166.

43 Tomás y Valiente, T.; «El Tribunal Constitucional espanyol como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiències», in *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993, pp. 59-63.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La crítica al voto separado se sustenta en que la expresión de la opinión disidente de los magistrados reduce la *auctoritas* del Tribunal y puede comprometer el grado de aceptación social de la sentencia. La experiencia que ofrece la práctica del Tribunal español es ambivalente. En las primeras décadas, puede afirmarse que, en general, el voto separado cumplió con los aspectos positivos de pluralidad en debate interno del Tribunal y de incitación a la renovación de la doctrina jurisprudencial. Sin embargo, en los últimos tiempos el voto particular responde mucho más a un alineamiento político entre la mayoría y la minoría de magistrados, de forma coherente con la lógica política parlamentaria. La disidencia jurídica obedece más a la necesidad de justificarse ante la mayoría política que en su momento propuso su nombramiento. Como en otros aspectos, tampoco este problema es exclusivo de la justicia constitucional española. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos históricamente ha ofrecido ejemplos en este sentido. Pero seguramente, durante el primer mandato Trump (2016-2020) con la nominación de magistrados muy obedientes han permitido sentencias que fueron el preludio del aval a las medidas autoritarias adoptadas durante el inicio de su segundo mandato en los primeros meses del presente año, la situación ha llegado al paroxismo de la patología institucional de la obscena politización judicial[44].

En fin, tampoco se puede ignorar como elemento negativo para la legitimidad del Tribunal el hecho de que, en los casos de mayor trascendencia pública, no sea extraño que el resultado de una decisión sea adelantado por la prensa a la opinión pública antes de que la sentencia haya sido publicada oficialmente por el Tribunal. La última manifestación de este problema se ha dado con ocasión de la STC 137/2025, de 26 de junio, sobre la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. La decisión fue difundida por la prensa y algunos de los argumentos sobre la validez constitucional fueron conocidos unas semanas antes de su publicación oficial, precisando a su vez, la identificación de los magistrados que emitirían voto particular, todos ellos propuestos al cargo por el Partido Popular autor a su vez del recurso de inconstitucionalidad contra esta ley.

---

44 El 24 de junio de 2022 el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictó Sentencia en el caso Dobbs *v.* Jackson Women's Health Organization, revocó las Sentencias anteriores del Tribunal Roe *v.* Wade (1973) y Planned Parenthood *v.* Casey (1992) y poniendo fin a un periodo de casi medio siglo en el que el aborto era considerado un derecho constitucional en ese país.

Una reciente excepción a esta crítica a las decisiones del Tribunal Supremo la ofrece la decisión adoptada por mayoría, que ja interpretado como contraria a la Constitución la adoptación por Trump de imponer aranceles generalizados al comercio con Estados Unidos, en el caso Learning Resources, Inc. *v.* Trump US (2026)

B) Sobre el juicio de validez constitucional de la ley y el recurso de amparo

Con anterioridad se ha hecho referencia a que la configuración constitucional del Tribunal en la Constitución de 1978 y en la Ley Orgánica 2/1979, le otorgan un amplio catálogo de competencias para juzgar la validez de ley y de los actos del Poder Judicial. El Tribunal tiene diversas posibilidades para ejercer su función contra mayoritaria. En general y salvo algunas excepciones a lo largo de sus 45 años de historia, el juez constitucional ha sido sensible a la aplicación del principio de deferencia al legislador.

De acuerdo con la Constitución, el control de la ley (del Estado o de las comunidades autónomas [CCAA]) se puede ejercer a través mediante el control abstracto del recurso directo de inconstitucionalidad; o, también, mediante el control específico a través de la cuestión de inconstitucionalidad promovida en cualquier momento por un juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria, cuando duda de la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto. Además de disponer de diversas competencias, la Constitución establece un criterio generoso de acerca de la legitimidad procesal para acceder al Tribunal. Sobre esta facilidad para acceder a la justicia constitucional, en un determinado momento, el profesor Rubio Llorente, en su condición de antiguo juez constitucional, llegó a plantear la posibilidad de la supresión del recurso directo o de control abstracto, por el uso político de este procedimiento por parte de la oposición frente a la mayoría parlamentaria. Entendía que el modelo italiano del incidente de inconstitucionalidad era la solución más adecuada para evitar la politización del recurso.

Tras el tiempo transcurrido después de cuatro décadas de control sobre la ley resulta difícil hacer una síntesis sobre los casos más significativos que han reforzado o, por el contrario, han cuestionado la legitimidad de la justicia constitucional. Pueden destacarse, por ejemplo, sobre el efecto de las sentencias, el uso de la interpretación conforme a la Constitución, así como de las sentencias interpretativas y de la sentencia de nulidad diferida; el criterio muy deferente hacia los motivos alegados por del Gobierno para justificar los motivos de urgencia del decreto-ley; la aceptación limitada de las llamadas leyes singulares o de caso único, siempre que respeten el principio de igualdad y respondan a una situación excepcional.

Una mención especial merece el control de la ley orgánica que aprueba los estatutos de autonomía de las CCAA, aunque hayan sido ratificados por un referéndum de la población de la comunidad autónoma: se trata de un supuesto especialmente controvertido, puesto que, como ocurrió con el Estatuto de Catalunya de 2006, la STC 31/2010, que declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos, se planteaba la cuestión si tras la expresión de la voluntad popular favorable a la norma aprobada en referéndum, el Tribunal podía anular lo que el pueblo había decidido. Desde una perspectiva jurídica, es evidente que lo podía hacer. Pero el conflicto político

ISBN: 978-84-7777-740-3

no estaba excluido. Por esta razón, se ha reformado la Ley orgánica del Tribunal Constitucional a fin de que el control de constitucionalidad sea previo a la convocatoria del referéndum[45].

El control de validez de la legislación autonómica, es decir, las leyes del Estado y de los Parlamentos autonómicos ha supuesto un reto permanente para la legitimidad de la justicia constitucional en España. La razón principal tiene su origen en la deliberada ambigüedad de la Constitución en la regulación del Título VIII del sistema de descentralización política. Un sistema constitucional, intermedio entre el modelo federal alemán y el regional italiano, que se fundamenta en el llamado *principio dispositivo*, según el cual la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA corresponde a la Constitución y al Estatuto regional, es decir, al denominado bloque de la constitucionalidad. Pero la experiencia demuestra que no ha proporcionado la necesaria seguridad jurídica para determinar con precisión la titularidad de la competencia. En realidad, esta función ha sido llevada a cabo por el propio legislador del Estado a través de la las leyes básicas del Estado (art. 149.1.1 CE). Ello ha sido una fuente habitual de conflictos competenciales, sobre todo para determinar el alcance material de la ley del Estado.

Esta circunstancia explica el excesivo protagonismo que ha tenido el Tribunal Constitucional, obligado a resolver una cuestión que el legislador constituyente dejó pendiente. En este sentido, ya desde el inicio de su funcionamiento, el antiguo presidente del Tribunal, F. Tomás y Valiente había advertido «que el Tribunal puede verse afectado, no solo por lo que hace, sino por lo que otros hacen con él[46]». El balance que se puede hacer después del tiempo transcurrido es que el sistema de descentralización política diseñado por la Constitución de 1978 ha sido concretado por la jurisprudencia. El Tribunal ha realizado un esfuerzo notable para aportar soluciones razonables a la ambigüedad constitucional, pero el complejo diseño constitucional ha sido una carga excesiva. En definitiva, desde el primer momento el Tribunal tuvo que asumir un papel que no le correspondía. Esta circunstancia ha sido siempre un reto para salvaguardar su legitimidad constitucional.

La tutela extraordinaria de los derechos fundamentales a través del recurso individual contra decisiones de los poderes públicos ha sido el otro ámbito constitucional donde el juez de la Constitución ha tenido ocasión de ejercer como jurisdicción de la libertad. Sobre todo, frente a las sentencias

---

45 Como es bien conocido, respecto de las leyes aprobadas por referéndum, en su Decisión n.º 92-313 DC, de 23 de septiembre, el Consejo Constitucional interpreto que carece de potestad para fiscalizar las leyes aprobadas en referéndum, por entender que esas leyes son expresión de la soberanía nacional que no admiten revisión.

46 «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 52, UNED. Madrid, 2024, p. 96.

de Poder Judicial. La Constitución establece una amplia carta de derechos y libertades (de libertad, de participación política y derechos de carácter socioeconómico), de gran significado político, frente al pasado de la dictadura de Franco. A partir de la Constitución racional-normativa, como subraya Bilbao Ubillos, la dogmática de los derechos fundamentales se ha construido a partir, sobre todo, de la jurisprudencia constitucional[47]. Es decir, la teoría general de los derechos fundamentales la ha definido en el Tribunal: en especial, en los aspectos referidos a la titularidad, el ámbito material, la eficacia frente a poderes públicos y particulares, los límites y los criterios de interpretación.

Asimismo, a través de los procesos motivados por el recurso de amparo el Tribunal Constitucional ha desarrollado a una intensa labor de pedagogía jurídica, especialmente respecto de otros órganos públicos y, por supuesto del conjunto de sujetos que intervienen en el proceso constitucional. Hasta el punto de que, desde el inicio de la actividad del Tribunal los ciudadanos han adoptado una cierta *cultura del amparo*, consistente en normalizar el acceso al recurso individual como una vía habitual para la garantía de los derechos fundamentales. Por supuesto, se trata de un planteamiento que, según los casos, resulta erróneo por dos razones; la primera, porque la sede natural de protección de los derechos fundamentales es la jurisdicción ordinaria; la segunda, porque el recurso individual no es un recurso judicial, sino un recurso constitucional de carácter extraordinario y subsidiario, solo procedente cuando la tutela del derecho fundamental ante el Poder Judicial ha fracasado, porque la jurisdicción ordinaria no ha respetado las garantías del proceso judicial o haya ignorado o aplicado inadecuadamente la jurisprudencia de la Corte constitucional.

La garantía especial del recurso individual del amparo en España ha experimentado unos problemas similares a los registrados en Alemania. La diferencia más importante ha sido temporal. La Constitución alemana es de 1949, la española de 1978. Pero los problemas jurisdiccionales han sido similares: la amenaza del colapso de la jurisdicción constitucional generado por la acumulación de recursos individuales fue tal que, de hecho, le impedían ejercer su función principal: el control directo o incidental sobre la ley. Esta circunstancia obligó a reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre, cuyo objetivo fue doble: objetivar el recurso de amparo e invertir la carga de la prueba en el recurrente, a fin de que fuese el ciudadano quien acredite ante el Tribunal la «especial trascendencia constitucional» de su recurso. En su sentencia STC 155/2009, con un criterio similar al empleado años antes

47 «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 52, UNED. Madrid, 2024, p. 75.

ISBN: 978-84-7777-740-3

en Alemania por el Tribunal de Karlsruhe, el Tribunal interpretó el significado de este concepto jurídico indeterminado. La especial trascendencia se justifica si concurre algunos de los motivos siguientes: 1) cuando el de un recurso que plantee un problema sobre un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional; 2) o que el recurso permita al Tribunal Constitucional aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna del Tribunal; 3) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley; 4) o si la vulneración del derecho fundamental sea a causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; 5) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, etc.

La reforma de 2007 ha resuelto parcialmente el problema de orden institucional que planteaba el diseño inicial del recurso individual, pero no lo ha hecho plenamente. El propio Tribunal tiene una cierta responsabilidad al respecto, dado que ha sido poco exigente en el trámite de admisión de los recursos. Otra parte de responsabilidad, la principal, corresponde a la jurisdicción ordinaria de no aplicar con mayor rigor la jurisprudencia constitucional que le vincula.

Desde luego, una buena parte de la legitimidad constitucional de la Corte puede ser atribuida a su aportación a la cultura política de garantía de los derechos fundamentales. Tanto en las relaciones de la persona con el Estado, como respecto de la eficacia de los derechos en las relaciones jurídico-privadas, especialmente, en las relaciones sujetas a Derecho del trabajo. Asimismo, su labor interpretativa ha sido relevante no solo en relación con derechos no expresamente reconocidos en la Constitución, sino también de aquellos derivados de los derechos existentes que son resultado de la evolución y del progreso social. Así, por ejemplo, el derecho al matrimonio entre personas homosexuales, derivado de una interpretación evolutiva del derecho al matrimonio (STC 198/2012); el derecho a una muerta digna (la eutanasia) como una derivación del valor de la dignidad y de los derechos a la vida y a la vida privada (STC 19/2023).

En lo que concierne, el diálogo con el Tribunal de Estrasburgo ha conocido épocas distintas. El fundamento constitucional se encuentra en la cláusula de apertura al Derecho internacional de los Derechos Humanos del artículo 10.2 CE. Pero durante mucho tiempo el Tribunal se ha limitado a citar e incorporar en algunas ocasiones la jurisprudencia de Estrasburgo y poco más. Se trataba más bien de un monólogo que no un auténtico diálogo. Un ejemplo entre muchos lo constituye la sentencia de la CEDH de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela Contreras).

En los últimos tiempos esta tendencia ha experimentado un cierto cambio, a raíz de diversas sentencias el Tribunal Constitucional ha cambiado su criterio interpretativo en relación, por ejemplo, a la libertad de expresión y la critica a altos cargos del Estado y a símbolos institucionales en el marco del debate político (Sentencia de la CEDH de 13 de marzo de 2018, por la que desmontaba la doctrina del Tribunal en la STC 177/2015 (caso Roura Capelleras).

3. Las fragilidades

Ciertamente, el Tribunal Constitucional español no pasa por su mejor época. A fin de superar esta realidad y revertir esta valoración y recuperar el prestigio y la *auctoritas*, el desafío concierne sobre todo al Parlamento y, por tanto, a los partidos políticos y después al propio Tribunal. La jurisdicción constitucional no puede ser una víctima de la patología rampante de la politización de las instituciones. Es una pieza fundamental del sistema constitucional.

En lo que concierne a la garantía de los derechos fundamentales, es necesario que la reforma de 2007 dirigida a objetivar el recurso individual (amparo) sea aplicada con todo rigor. Desde esta perspectiva, la *especial trascendencia constitucional* de la demanda presentada por el recurrente ha de permitir que el Tribunal solo decida sobre los casos que permitan crear o innovar la jurisprudencia. Tanto el ciudadano como el Poder Judicial han de convencerse de que es el juez ordinario quien debe tutelar habitualmente los derechos. El acceso a la Corte ha de ser excepcional. Lo contrario es una perversión del sistema. Es, por tanto, una fragilidad.

La cuestión de la jurisprudencia sobre distribución territorial del poder político ha ocupado al Tribunal durante mucho tiempo. En la actualidad los conflictos de competencias entre el Estado y las CCAA se han reducido sensiblemente, pero permanecen los problemas generados por la ambigüedad del Título VIII de la Constitución. Después 45 años el Tribunal no puede hacer más. Es ya una cuestión que corresponde a la reforma constitucional.

Otro desafío del Tribunal concierne a su relación con las cortes supranacionales: las Cortes de Estrasburgo y de Luxemburgo. En el marco del difícil proceso de integración europea, el Tribunal se ha pronunciado en dos ocasiones sobre las relaciones de sistema constitucional español con el Derecho de la Unión: la primera fue con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastrich en 1992. En la Declaración 1/1992 interpretó que España no puede suscribir un tratado internacional que sea contrario a la Constitución, razón por la cual la reforma constitucional es inevitable. Además, advirtió que la cesión de competencias a la Unión está sometida a unos límites materiales que se derivan implícitamente de la Constitución: el respeto a la

ISBN: 978-84-7777-740-3

soberanía del Estado; la estructura constitucional básica del Estado y el sistema de valores y principios fijados por la Constitución. Un argumento alemán. La segunda ocasión fue la Declaración 1/2004, en la que el Tribunal se pronunció sobre la compatibilidad del principio de supremacía constitucional con el antiguo artículo I-6 del TUE en el que se proclama el principio de primacía del Derecho de la Unión. El Tribunal ha ido asumiendo que la Constitución y el Derecho de la Unión no son ámbitos separados, pero no ha llegado a reconocer la primacía jurisdiccional de la Corte de Luxemburgo. No obstante, hasta ahora, solo ha planteado una cuestión prejudicial, la referida al asunto Melloni en 2011 en relación con las garantías procesales que tienen que cumplir las órdenes europeas de detención.

En este contexto de la relación jurisdiccional multinivel entre la jurisdicción constitucional y los tribunales europeos, el reto es superar la fragilidad que ofrece el actual diálogo multipolar en el marco de la Unión Europea, que no pasa precisamente por sus mejores momentos, con enemigos externos e internos bien conocidos que neutralizan su capacidad decisión.

Ciertamente el diálogo judicial de la jurisdicción constitucional con el CJUE y CEDH no puede plantearse como una rivalidad institucional, sobre todo después de la adhesión —impedida por la CJUE— de la Unión al Convenio de Roma. Ahora bien, el gran desafío de la interpretación en materia de derechos derivada de la concurrencia de tres jurisdicciones es evitar el caos hermenéutico.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La desviación de poder: viejas y nuevas reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Supremo 1499/2023, de 21 de noviembre

Carmen Chinchilla Marín

Catedrática de Derecho Administrativo

Sumario. I. Introducción.—II. La Sentencia del Tribunal Supremo 1499/2023, de 21 de noviembre: 1. Los hechos. 2. La detallada explicación de las razones que llevaron al fiscal general del Estado a proponer a la aspirante que finalmente fue nombrada. 3. Las razones que llevaron a la Sala a declarar que el Consejo de Ministros, al hacer suya la propuesta del fiscal general del Estado incurrió en desviación de poder.—III. Significado y alcance de la desviación de poder como vicio en el elemento causal o teleológico de la actuación administrativa.—IV. El carácter no subsidiario de la desviación de poder: 1. La evolución de la jurisprudencia sobre el carácter subsidiario de la desviación de poder. 2. El significado de las expresiones «actuación exteriormente correcta» o «corrección exterior del acto» en la STS 1499/2023.—V. La acreditación de la desviación del fin: de la *probatio diabolica* a la prueba de indicios y a la inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de facilidad probatoria.—VI. La necesidad y la utilidad de la desviación de poder en el Estado de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

La desviación de poder, definida como el ejercicio desviado de las potestades administrativas o, dicho de otro modo, el uso por las administraciones públicas del poder que le ha sido atribuido por la ley[1] para fines distintos de aquellos para los que se lo ha otorgado, es una categoría clásica del Derecho administrativo y una pieza clave en la evolución del control judicial de la actuación administrativa, especialmente, de la de carácter discrecional.

Como es bien sabido, la anulación de un acto, de un reglamento o de cualquier actuación administrativa[2] por desviación de poder implica que los

[1] Quiero aclarar que en la expresión «fin atribuido por la ley» y en otras similares utilizadas a lo largo de este trabajo, el término «ley», en general, está usado en el sentido amplio del término, es decir, como ordenamiento jurídico.

[2] Si bien a lo largo de este trabajo me referiré casi siempre al acto administrativo, la desviación de poder puede afectar a cualquier tipo de actuación administrativa, incluida la inactividad.

ISBN: 978-84-7777-740-3

órganos judiciales tengan que adentrarse en la intencionalidad del titular del órgano administrativo para determinar si la actuación administrativa perseguía un fin distinto de aquel que justifica que la ley haya habilitado a la Administración para poder dictar ese acto o realizar la actuación de que se trate.

Por eso, porque el vicio está en la voluntad de apartarse del fin establecido por la ley para perseguir otro distinto (ya sea privado o público), suele darse por sentado que la Administración nunca va a revelar ese fin desviado o torcido, sino que, antes, al contrario, siempre tratará de disimularlo con una apariencia de perseguir el fin querido por la ley.

Es verdad que casi siempre es así y por eso resulta tan difícil «probar» esa voluntad desviada o torcida de la Administración pública y, en consecuencia, obtener una sentencia estimatoria en un recurso fundando en la desviación de poder. Pero sorprendentemente, hay casos en los que la verdadera finalidad, ajena a la establecida por la ley, es «confesada» por la Administración pública, incluso con todo lujo de detalles.

Hace más de treinta años, cuando realicé un estudio en profundidad de la jurisprudencia sobre la desviación, conocí un caso en el que el ejercicio desviado de la potestad administrativa —una potestad administrativa tan amplia como es la de autoorganización— quedó descrito de forma clara en el expediente administrativo. Se trataba de la STS de 24 de mayo de 1985 que confirmó la sentencia, recurrida en apelación, que había estimado el recurso de un militar contra la resolución que acordó el cese del actor en su destino y su paso a la situación de disponible forzoso. La desviación de poder existió, a juicio del Tribunal Supremo, porque se ejerció una potestad que debe responder a las necesidades del servicio, para un fin distinto que había quedado perfectamente descrito en la propuesta de resolución, a saber: que el militar cesado había interpuesto veintidós recursos y convenía por ello que pasase a otra Región militar donde no contara con los asesoramientos jurídicos que, según parece, le llevaban a adoptar ese comportamiento con el que estaba creando un ambiente desfavorable[3].

Casi cuatro décadas después de aquella sentencia, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de resolver un caso en el que la voluntad desviada del fin establecido por el ordenamiento jurídico quedó profusamente explicada y plasmada en una grabación. Se trata de la Sentencia 1499/2023, de 21 de noviembre de 2023 (ponente L. M. Díez-Picazo), que anuló por desviación de poder el Real Decreto por el que se promovía a determinada persona a fiscal de Sala y se la nombraba fiscal de sala de la fiscalía togada del Tribunal Supremo.

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre el estado actual de la desviación de poder, a partir de esta importante sentencia que, en mi opinión, puede considerarse como un caso «de libro» de desviación de poder; de

3 STS de 24 de mayo de 1985. R. 2600.

esos que cuando se explican en las aulas de la Universidad a los alumnos de Derecho ayudan a que entiendan en qué consiste este sutil y penetrante medio de control judicial de la legalidad de la actuación administrativa. Porque, en general, resulta fácil explicar en qué consiste la falta de competencia, la infracción del procedimiento o la infracción de la ley por el contenido de un acto; pero es difícil explicar en qué consiste el vicio en el elemento causal o teleológico del acto, más aún cuando el fin desviado puede ser, incluso, un fin de interés público. Enseñar lo que es la desviación de poder a través de esta sentencia hace fácil lo que, en principio, resulta muy complejo.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1499/2023, DE 21 DE NOVIEMBRE

Es una obviedad que, en Derecho, los hechos son un elemento de enorme importancia. Como también lo es que, en muchos casos, la mayor dificultad con la que se enfrenta un ciudadano a la hora de defender sus derechos frente a una actuación administrativa contraria al ordenamiento jurídico no reside en la complejidad de la argumentación jurídica, por muy complicada y sofisticada que esta sea, sino en acreditar los hechos que han constituido el fundamento de la actuación administrativa impugnada.

Si esto es así, en general, lo es mucho más en los recursos en los que se pretende que los órganos judiciales anulen una actuación administrativa por desviación de poder, pues, en estos casos, el recurrente debe acreditar, generalmente a partir de un conjunto de indicios, la voluntad real de la Administración de perseguir un fin que no es el que dice haber perseguido y que no es el que la ley ha establecido para esa actuación administrativa concreta. Por eso, es habitual que las sentencias que estiman la existencia de desviación de poder contengan un minucioso relato de los hechos, ya que ese va a ser —al menos en los casos en los que la finalidad desviada no se aprecia a primera vista— el que, en definitiva, lleve a «revelar» cuál era el fin al que realmente servía el acto impugnado. En la STS 1499/2023, el relato de los hechos y el orden en que se produjeron fue especialmente elocuente y la Sala no dejó de advertirlo, afirmando que no cabía subestimar la secuencia de esos hechos.

1. Los hechos

En el fundamento de Derecho primero de la sentencia se exponen los hechos relevantes para el caso:

> «A comienzos de julio de 2022, siendo aún fiscal general del Estado, la señora Lorenza remitió al Ministerio de Justicia una propuesta de convocatoria para la cobertura de varias plazas, entre las cuales se encontraba la

ISBN: 978-84-7777-740-3

de fiscal de Sala de la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo. Poco tiempo después, la señora Lorenza presentó su dimisión como fiscal general del Estado, por motivos de salud. La convocatoria fue efectivamente aprobada mediante Orden JUS/832/2022, de 29 de agosto (*BOE* de 1 de septiembre de 2022). A la mencionada plaza se presentaron, entre otros aspirantes, la señora Lorenza, que entretanto había regresado a la Carrera Fiscal, y el ahora recurrente.

En la sesión del Consejo Fiscal que debía informar sobre los aspirantes, el señor Humberto obtuvo seis votos, frente a cinco a favor de la señora Lorenza. Del debate que allí se desarrolló consta que los vocales favorables al señor Humberto hicieron hincapié en su conocimiento del Derecho militar, derivado del hecho de haber pertenecido al Cuerpo Jurídico Militar, antes de su incorporación a la Carrera Fiscal, así como haber continuado escribiendo e impartiendo conferencias sobre dicha rama del ordenamiento jurídico. Aquellos que, por el contrario, se inclinaron a favor de la señora Lorenza consideraron más relevante su dilatada experiencia como Fiscal en la jurisdicción penal, además de sus méritos como ministra de Justicia y luego como fiscal general del Estado.

Conviene destacar que en esa sesión del Consejo Fiscal, don Jesús Carlos, que poco antes había sucedido a la señora Lorenza en el cargo de fiscal general del Estado, insistió en que quien ha sido fiscal general del Estado no debería retornar a la Carrera Fiscal en una categoría inferior a la más alta, es decir, la de fiscal de Sala; y que, si bien el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no prevé una promoción automática en ese sentido, él como fiscal general del Estado estaba dispuesto a remediar esa situación, que consideró como una laguna de la ley. Además, dijo que se trataba de una prioridad en su gestión.

Tras haber oído al Consejo Fiscal, cuya consulta es preceptiva mas no vinculante, el fiscal general del Estado propuso al Consejo de Ministros a la señora Lorenza para cubrir la plaza, con la consiguiente promoción a la categoría de Fiscal de Sala. En la motivación de esa propuesta se detallan y subrayan los méritos de la aspirante propuesta a lo largo de su itinerario profesional como fiscal, especialmente en el ámbito de la jurisdicción penal. Y también se hace valer su desempeño como ministra de Justicia y como fiscal general del Estado; lo que le habría permitido tener un profundo conocimiento, entre otras cosas, de la realidad práctica de la justicia militar.

Haciendo suya la propuesta del fiscal general del Estado y mediante el Real Decreto 807/2022, que es ahora objeto de impugnación, el Consejo de Ministros resolvió la convocatoria a favor de la señora Lorenza.»

Los hechos son muy claros y pueden quedar resumidos así: en apenas dos meses, siendo uno de ellos el de agosto, la entonces fiscal general del Estado remitió al Ministerio de Justicia la convocatoria de una plaza; a continuación dimitió por razones de salud de su cargo de fiscal general; después volvió a la carrera fiscal y, finalmente, cuando salió la convocatoria en el *BOE* se presentó a la plaza. En el Consejo Fiscal, cuya consulta es preceptiva, aunque no vinculante, la que fuera fiscal general del Estado obtuvo

5 votos a favor, y el recurrente 6. No obstante, el fiscal general del Estado, que poco antes la había sucedido en el cargo, y que expuso en la reunión del Consejo sus argumentos en favor de la *ex* fiscal general del Estado, propuso su nombramiento al Consejo de Ministros y este, que podía aceptar o rechazar la propuesta, optó por aceptarla.

2. La detallada explicación de las razones que llevaron al fiscal general del Estado a proponer a la aspirante que finalmente fue nombrada

Como acabamos de ver, la propuesta del fiscal general del Estado a favor de la *ex* fiscal general a la que había sucedido en el cargo estaba motivada y, en su motivación, expuso con detalle sus méritos en la carrera fiscal, en el ámbito penal, y sus cargos de ministra de Justicia y de fiscal general del Estado. En principio, esta motivación podría haber sido válida, ya que la Sala explica que, por las características de la Sala de lo Militar y de la Fiscalía Togada ante la misma (composición mixta, militar y civil), la previa especialización en Derecho militar que tenía el otro aspirante podría tener menor importancia que la especialización en las materias propias del resto de Salas del Tribunal Supremo.

Sin embargo, y eso fue lo definitivo en este caso, la Sala, tras valorar la prueba practicada en el proceso, llegó al convencimiento de que las razones «verdaderas y profundas» del fiscal general del Estado para hacer esa propuesta fueron otras y, sobre todo, que fueron sus propias palabras las que evidenciaron cuál fue su intención real, más allá de los motivos expresados en la propuesta presentada al Consejo de Ministros.

¿Cuáles fueron esas palabras que la Sala consideró como «un palmario reconocimiento del objetivo buscado» y que la llevaron a afirmar que «la voluntad del fiscal general del Estado fue explícita»?

Pues sencillamente, las que habían quedado recogidas en la grabación de la sesión del Consejo Fiscal y que la Sala consideró que eran «auténticas», por desprenderse así de la certificación expedida por el secretario del Consejo Fiscal y por el hecho de que ninguna de las partes demandadas las había cuestionado.

Un resumen de esas palabras literales del fiscal general del Estado se encuentra en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia:

> «[...] Y no podemos elegir solo por el criterio de especialidad, que ha sido cuestionado doblemente en mi caso porque creo que es más especialista Lorenza, con todos mis respetos a Humberto, que Humberto en el cometido específico del fiscal togado, más que Humberto, sino porque va a ejercer otra serie de funciones que son fundamentales. (...)
>
> Y, además, ha sido fiscal general. A mí no me cabe duda que la carrera fiscal no puede dejar de reconocer eso en el primer momento que se le

ISBN: 978-84-7777-740-3

ponga por delante. Y luego razonamos y decimos: «Efectivamente, el legislador no lo ha previsto, luego a mí no lo vincula» a mí sí me vincula, porque si lo puedo solucionar y me parece justo que el legislador no lo ha solucionado, yo, que soy fiscal general del Estado, lo voy a solucionar. Porque lo tengo en mi mano, y como lo tengo en mi mano, sin ningún problema moral; al revés, con orgullo de fiscal. (...)

Y creo que debe ser así, creo que debo tener un marco de competencias limitado, los poderes que tiene el fiscal general del Estado, pero no debo autolimitarme. No debe ser esa espada de Damocles de dónde me van a colocar. O como un jarrón chino como era Otilia en la Fiscalía de Sevilla, bien tratada por todos sus compañeros, o como un balón de fútbol al que le peguen patadas tus compañeros si te sitúan en otro sitio, tan sensible además como puede ser la Audiencia Nacional. Yo creo que no admite discusión, de verdad lo digo y lo digo con el corazón. Y no entro a valorar lo que ha hecho Lorenza, es evidente cuál es mi opinión de lo que ha ocurrido estos años, no lo voy a traducir aquí ni creo que sea el momento. (...)

Pero ¿de verdad nos creemos que no debemos dar esta salida a nuestra fiscal general del Estado? ¿De verdad lo pensamos? ¿Estamos de verdad envolviendo la pertenencia a la togada para no solucionar el problema que tenemos delante de nosotros? Que no es más que ese, que es ahora, es en este instante cuando se nos plantea este problema con la fiscal general del Estado. Yo soy el fiscal general del Estado y lo tengo muy claro: esta cuestión la tengo que resolver. Y la tengo que resolver como honestamente creo, la dignidad de la función de fiscal general del Estado lo mínimo que merece es el máximo reconocimiento de la carrera, lo mínimo. Y para nosotros, el máximo reconocimiento profesional es ser fiscal de Sala.

Y a la persona que merece, que tiene los méritos, la capacitación, la especialidad, si lo queréis llamar así, para ser el fiscal de sala de la togada, démosle lo que se merece. Lo tengo tan claro que, en el momento de la toma de posesión, alguien me preguntó: «¿Cuándo vas a hacer fiscal?». Perdón por esta forma de expresarme, que no es... Y diré: «En la primera oportunidad que tenga», sin ningún tipo de dudas. En la primera oportunidad.

Y no me mueve, desde luego, el afecto ni la pasión ni las deudas que tengo, y muchas, con la anterior general del Estado, en muchos sentidos. Porque si ha sido algo Lorenza, y lo pueden decir quien ha trabajado aquí con ella, es extremadamente generosa con todos nosotros y con su esfuerzo, sobre todo, con su esfuerzo hacia la fiscalía española. A mí no me mueve eso, me mueve un deber institucional. Me da igual que viniera en la Ley esa Concursal. Menudo error de quienes quisieron llevar eso de esa manera, porque le dieron el caramelo a quienes no querían que se hiciera. Y eso que la Ley Concursal sí dice cosas de los fiscales, que nos ha echado, voy a decir afortunadamente, del [inaudible 00:58:27]. O sea, que tampoco era una ley tal, pero fue un gran error estratégico de quien quiso hacer esa ley, y ya está. Pero no porque no exista, seguro que no podemos hacerlo aquí.

Repito, propondré, y lo digo con orgullo y con mucha satisfacción y habiendo escuchado a los consejeros, a la ilustrísima señora Lorenza como

> fiscal de sala de la fiscalía togada del Tribunal Supremo. Y agradezco enormemente la atención; y este ha sido maratoniano, espero que nos podamos ordenar la próxima vez. Agradezco mucho la atención [...]».

Quedó, pues, muy clara la voluntad del fiscal general del Estado: hacer, porque estaba en su mano hacerlo, lo que el legislador no había querido hacer, es decir, que quien haya sido fiscal general del Estado, cuando regrese a la carrera, lo haga en el máximo nivel profesional. Reconoce el fiscal general del Estado que «efectivamente, el legislador no lo ha previsto», y a continuación argumenta que, como no le parece justo que el legislador no haya solucionado este problema, dado que él es el fiscal general del Estado lo va a solucionar, porque tiene en su mano solucionarlo y, como lo tiene en su mano, lo va a hacer «sin ningún problema moral; al revés, con orgullo de fiscal…» y movido por «un deber institucional»; añadiendo más adelante que a la pregunta que alguien le hizo en el acto de su toma de posesión sobre cuándo la iba a hacer fiscal de Sala (se entiende que a la *ex* fiscal general del Estado), él respondió «en la primera ocasión que tenga, sin ningún tipo de dudas. En la primera oportunidad».

Y, en efecto, el fiscal general así lo hizo en la primera oportunidad que se le presentó, que fue una convocatoria pública a la que concurrieron varios fiscales y que en ninguna base o norma decía que el mérito preferente fuese el haber sido antes fiscal general del Estado. Ciertamente, el fiscal general no ocultó las razones que tenía para proponer a su predecesora para el cargo de fiscal de sala en la Sala togada del Tribunal Supremo, ni tuvo problema moral alguno en ello, sino que lo hizo movido por «un deber institucional» y convencido de que quien ha sido fiscal general del Estado debe ser promovido a fiscal de Sala del Tribunal Supremo cuando una plaza de estas características quede vacante. Y, efectivamente, es un criterio razonable y no hay inmoralidad alguna en defenderlo, pero no es una cuestión de moralidad ni de convencimiento personal, sino de respeto objetivo a la ley. Si el legislador no ha previsto que así sea y, antes, al contrario, el ordenamiento jurídico ha establecido que las vacantes de estas plazas se saquen a convocatoria pública, no puede el fiscal general sustituir el criterio del legislador por el suyo propio, dando la solución que, en su opinión, es la más justa o la más institucional, pero que no es la que el legislador ha establecido. Eso es, exactamente, lo que significa incurrir en desviación de poder: ejercer una potestad atribuida por la ley para alcanzar un fin distinto del establecido por esta, con independencia de que el fin desviado sea justo o injusto; público o privado. Simplemente no es el fin que —por decirlo con las palabras del art. 106.1 de la Constitución— justifica la actuación administrativa.

Así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia 1499/2023, argumentándolo en los términos que expondré en el apartado siguiente.

ISBN: 978-84-7777-740-3

3. Las razones que llevaron a la Sala a declarar que el Consejo de Ministros, al hacer suya la propuesta del fiscal general del Estado incurrió en desviación de poder

En el fundamento de Derecho noveno de la sentencia la Sala razona en qué ha consistido el ejercicio de la potestad para un fin ajeno al establecido por la ley y, en definitiva, por qué el Consejo de Ministros había incurrido en esta causa de invalidez de los actos administrativos.

Afirma a este respecto que, con base en la apreciación de los hechos,

> «la desviación de poder es visible e innegable en el presente caso. La finalidad declarada del fiscal general del Estado fue reparar lo que él reputaba una laguna de la ley: que quien sin tener la más alta categoría en la Carrera Fiscal es nombrado fiscal general del Estado no sea automáticamente promovido, al cesar en el cargo, a la categoría de fiscal de Sala. Y lograr este objetivo era, en sus propias palabras, una prioridad».
>
> […]
>
> «Las potestades administrativas, incluida la de resolver los concursos para la provisión de plazas en el sector público, consisten por su propia naturaleza en facultades exorbitantes, que permiten incidir de manera unilateral y autoritativa sobre los derechos e intereses de las personas; y, precisamente, por esta razón, está prohibido —incluso a nivel constitucional— que puedan ser utilizadas para fines diferentes de los que les son propios».

La Sala añade que, a diferencia de otros casos (cabría decir, la mayor parte) en los que los fines desviados o la intencionalidad torcida suelen permanecer ocultos, en este caso la finalidad impropia «es clara» y ello porque:

> «la finalidad realmente buscada fue asegurar a la señora Lorenza su promoción a la máxima categoría de la Carrera Fiscal por haber sido fiscal general del Estado. Y ello no es, desde luego, el fin que el ordenamiento jurídico atribuye a la potestad de convocar y resolver vacantes en el empleo público, incluidas las plazas del Ministerio Fiscal. A esto debe añadirse que tampoco es el fin de dicha potestad remediar regulaciones legales que, según la opinión del fiscal general del Estado, presentan carencias o sencillamente deberían tener otro contenido. A este respecto debe subrayarse que la voluntad del fiscal general del Estado fue explícita: asegurar la promoción a la máxima categoría a quien había ocupado la jefatura de todo el Ministerio Fiscal sin tener la categoría de Fiscal de Sala. Cualquiera que sea la opinión que a cada uno le merezca, lo cierto es que esa promoción automática no ha sido querida por el legislador, ni está prevista en la ley. Y, desde luego, la potestad del fiscal general del Estado consistente en hacer la propuesta de resolución de convocatorias de plazas de la primera categoría no tiene por finalidad reescribir las reglas de promoción en la Carrera Fiscal, ajustándolas a sus personales preferencias.»

Resulta muy interesante, en mi opinión, la respuesta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo da a la objeción planteada por la codemandada en el sentido de que a lo que realmente había que atender y debía prevalecer es a la motivación explícita del acto donde resultan patentes sus méritos, y no a las razones que el fiscal general del Estado había invocado en la reunión del Consejo Fiscal, pues estas constituirían un elemento adicional en la formación de su voluntad. La sentencia es contundente en su respuesta:

> «[los méritos], cualquiera que sea su valoración, quedan relegados a un segundo plano por el dato comprobado de que la finalidad realmente buscada por el fiscal general del Estado fue otra.»

Y, en mi opinión, es exactamente así: se puede considerar que los méritos de la *ex* fiscal general eran muchos e importantes; y también que el hecho de que obtuviera 5 votos en el Consejo Fiscal frente a los 6 que obtuvo el recurrente, carece de relevancia; así como que tampoco tendría importancia, o no la suficiente, el hecho de que el aspirante que recurrió el nombramiento fuera especialista en Derecho militar (recuérdese que se trataba de la Fiscalía de la Sala Togada) y la finalmente nombrada no lo fuese. Pero el problema es que, con sus declaraciones detalladas, reiteradas y adornadas con referencias personales y subjetivas («afecto», «pasión» «deudas»), el fiscal general del Estado puso claramente de manifiesto que su intención era ascender a la *ex* fiscal general a fiscal de Sala, en la primera oportunidad que se le presentara, y que lo haría sin ningún tipo de dudas, pero no porque sus méritos e idoneidad fueran superiores a otros posibles candidatos a esa plaza, pues, cuando dijo eso, todavía no podía saber con quién podría competir en el futuro, sino simplemente porque después de haber sido fiscal general era lo que, en justicia, según su criterio, le correspondía y merecía.

Quizás haya que recordar que la desviación de poder no es la inadecuación del acto administrativo a su fin, sin más (art. 34.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, LPAC), sino el ejercicio de potestades administrativas *para* fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (art. 70.2 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Y ese «para» significa *con la intención de*; con *el propósito o la voluntad de* alcanzar otro fin diferente al establecido por el ordenamiento jurídico. Eso es lo que caracteriza a la desviación de poder desde que el Consejo de Estado francés consolidara esta importante categoría jurídica en el famoso *Arrêt Pariset* de 1875: se infringe la ley porque el acto está viciado en su causa, cuando es dictado para alcanzar un fin que puede ser, incluso, de interés general, pero que no es el que la ley ha establecido.

Finalmente, la sentencia sale al paso de una cuestión que, sin duda, planteaba un problema muy interesante: el de determinar si esa voluntad

ISBN: 978-84-7777-740-3

declaradamente desviada del fiscal general del Estado respecto del fin que el ordenamiento jurídico establece para resolver un procedimiento competitivo de acceso a un empleo público era la voluntad personal e intransferible del fiscal general o, por el contrario, podía atribuirse también al Consejo de Ministros que fue el que, realmente, nombró a la *ex* fiscal general del Estado para cubrir la vacante sacada a concurso. La Sala dirá a este respecto:

> «la finalidad impropia es imputable en el presente caso al fiscal general del Estado, que en ejercicio de sus competencias remitió al Consejo de Ministros la propuesta para la resolución de la convocatoria aquí examinada. En algún momento se ha argüido que esa sería solo su intención subjetiva y que, por ello, no sería trasladable al Consejo de Ministros, al que en definitiva competía resolver; es decir, que el vicio de la propuesta no afectaría al Real Decreto 807/2022 aquí recurrido. Este modo de razonar no puede acogerse: el Consejo de Ministros solo podía aprobar o rechazar la propuesta del Fiscal General del Estado, hasta el punto de que dicha propuesta es considerada la motivación del acto; extremos que ninguna de las partes pone en tela de juicio. Así las cosas, si la propuesta está viciada debe entenderse que el acto también lo está.»

En efecto, en contra de lo que la Abogacía del Estado había planteado, no hay dos actos administrativos distintos, uno del fiscal general (la propuesta) y otro del Consejo de Ministros (la resolución), sino uno solo —el nombramiento— basado en una única motivación que es verdad que, aparentemente, se fundamentaba en los méritos de la candidata propuesta para cubrir la vacante, pero que, realmente, como quedó desvelado por las propias explicaciones del fiscal general del Estado contenidas en la grabación de la sesión del Consejo Fiscal, respondió a la necesidad de ascenderla a fiscal de Sala en la primera oportunidad que se le presentase, porque consideraba que, habiendo sido fiscal general del Estado, aunque la ley no lo hubiera previsto, tenía que ser así.

III. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO EN EL ELEMENTO CAUSAL O TELEOLÓGICO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Conviene recordar —aunque sea algo que todo administrativista conoce— que, en el ámbito de las administraciones públicas, el principio de legalidad significa que la Ley habilita a la Administración atribuyéndole potestades *para que* cumpla su función constitucional de *servir con objetividad* a los intereses generales (art. 103.1 CE).

Toda actuación administrativa es, o debería ser, por tanto, el resultado del ejercicio de un poder no solo atribuido por la ley (habilitación previa) sino, además, delimitado por esta (elementos reglados).

La principal característica de la Administración es que es una organización creada para servir a los intereses generales y, por eso, a diferencia de los particulares, que somos libres de elegir los fines por los que actuamos, a la Administración el fin que justifica su actuación le viene impuesto por la Ley o, en sentido más amplio, por «el ordenamiento jurídico», que es la expresión que utiliza el art. 70.2 de la LJCA.

Toda actuación administrativa responde a un *por qué* y a un *para qué*. La Administración actúa *porque* una ley la ha habilitado para ello (si no, no podría hacerlo), otorgándole la correspondiente potestad *para que*, con su ejercicio, cumpla con objetividad una finalidad de interés público concreta. La necesidad de que la Administración sirva con objetividad al interés general (en abstracto) y al fin de interés general que la norma determine (en concreto) en cada caso es una condición más de legalidad del acto y, por tanto, un requisito de validez.

La desviación de poder, como apartamiento del fin predeterminado por la ley para servir a otro fin distinto, es un vicio en un elemento reglado del acto administrativo cual es el fin, que siempre va a estar «regulado», explícita o implícitamente, por el ordenamiento jurídico. Lo que caracteriza a esta infracción del ordenamiento jurídico es que el apartamiento del fin legalmente establecido es querido y buscado por la Administración. La desviación de poder es intencionada, consciente y deliberada. Si no es así, el vicio consistirá en la falta de adecuación del medio (el acto) al fin, pero eso no será desviación de poder, sino vulneración del principio de proporcionalidad en su primer significado de necesidad de adecuación del medio al fin, es decir, la idoneidad a la que se refiere, como ya he adelantado, el art. 34.2 de la LPAC.

El Consejo de Estado francés, a quien se debe la creación de esta categoría jurídica en la segunda mitad del siglo XIX, la definió así:

> «implica una voluntad consciente y deliberada de utilizar sus prerrogativas para un fin distinto del querido por el legislador[4].»

Y esa es, en mi opinión, la esencia de la desviación de poder: la potestad administrativa se ejerce intencionadamente para servir a un fin distinto al que la legitima y debería constituir la causa o razón de ser del acto. El ejercicio del poder se desvía, pues, deliberadamente del fin que ha establecido la ley, para servir a otros fines que no son aquellos para los que el legislador le ha atribuido la potestad de que se trate, es decir, los que legalmente justifican la atribución de un poder concreto a una administración pública.

---

4 *Conseil d`Ètat*, 18 de enero de 1952, asunto Thiebault.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Si la Administración se aparta del fin establecido en la ley, sustituyéndolo, con su propia voluntad, por otro fin distinto, se estará colocando en el lugar del legislador o, más bien, por encima de este y, por tanto, alterando el equilibro de poderes, tal y como destacó, muy acertadamente, J. Leguina:

> «El interés público concreto, en razón del cual se justifica el ejercicio de cada potestad, resulta así indisponible para la Administración, de suerte que si esta se aparta del fin cuyo cuidado se le encomienda, sustituyendo con su propia voluntad la opción teleológica realizada por el legislador, viene a colocarse en la posición constitucional de este último, subvirtiendo el equilibrio de poderes y degradando la supremacía de la ley. La Administración puede sin duda colaborar con el legislador en la tarea de precisar los fines a alcanzar, si a ello es llamada por aquél, pero carece de poder para ignorarlos[5].»

Estas palabras del profesor Leguina me llevan a reflexionar sobre lo que he considerado siempre un sinsentido, a saber: a pesar de la gravedad que supone apartarse deliberadamente del fin predeterminado por la ley, sustituyéndolo por otro, ya sea este público o privado, pero, sobre todo, cuando es privado o particular; a pesar de que la desviación de poder haya merecido el reconocimiento constitucional, primero por la Constitución republicana (art. 101) y después por la vigente de 1978 (art. 106.1); y a pesar de que sea el único vicio del acto administrativo cuya definición se encuentra en una ley (art. 70.2 LJCA), a pesar de todo ello, digo, el legislador la ha considerado, desde siempre, como una causa de anulabilidad (art. 48.1 de LPAC)[6].

En mi opinión, es mucho más grave elaborar unas bases *ad hoc* y que se ajustan, como anillo al dedo, al perfil del candidato al que se quiere favorecer en un concurso; o no dar posesión a un concejal para evitar que se vote una moción de censura contra un alcalde (ambos casos calificados por la jurisprudencia como desviación de poder), que dictar un acto careciendo de competencia por razón de la materia o siguiendo un procedimiento que no es el legalmente establecido por la ley. Por no decir que, en ocasiones, una conducta que incurre en desviación de poder puede ser, además, prevaricación. No digo que lo sea siempre, pero lo puede ser.

No existe, en mi opinión, razón alguna que justifique que la desviación de poder siga siendo un vicio de anulabilidad, al menos en los casos en los

---

5 Leguina Villa, J. prólogo al libro de C. Chinchilla Marín *La desviación de poder*, primera edición, 1989, p. 14.

6 Así fue en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 48.1) y, después, en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 (art. 63.1).

que la potestad es ejercida para un fin distinto del predeterminado por la ley que, además, es personal o responde a móviles ajenos y, peor aún, contrarios al interés general. Estos supuestos son de tal gravedad que la ley debería considerarlos como casos de nulidad.

IV. EL CARÁCTER NO SUBSIDIARIO DE LA DESVIACIÓN DE PODER

1. La evolución de la jurisprudencia sobre el carácter subsidiario de la desviación de poder

En las sentencias que resuelven recursos en los que se ha invocado la desviación de poder, es frecuente encontrarse con afirmaciones que pudieran hacer pensar que se trata de un motivo de invalidez de la actuación administrativa que solo puede apreciarse cuando la actuación impugnada —desviada en cuanto a su fin o causa— cumple correctamente el resto de los requisitos legales (competencia, procedimiento y contenido).

En el pasado, en más de una ocasión, la jurisprudencia llegó a afirmar que la desviación de poder era incompatible con otros vicios del acto administrativo («hay incompatibilidad entre pretensiones de anulación con fundamento en mera ilegalidad y pretensiones basadas en desviación de poder[7]»); calificó de «presupuesto indispensable» para que pueda apreciarse la desviación de poder que el acto «esté ajustado a la legalidad extrínseca[8]» y sostuvo que «la infracción formal del ordenamiento jurídico nunca puede ser alegada con la desviación de poder[9]».

En otras muchas ocasiones y en términos, sin duda, menos categóricos, la jurisprudencia ha defendido el carácter simplemente preferente del resto de las causas de invalidez a la hora de realizar el enjuiciamiento del caso concreto. Es decir, la desviación de poder sería, según el Tribunal Supremo, de naturaleza subsidiaria respecto de otros vicios de ilegalidad invocados por el recurrente en el proceso, de tal manera que solo tendría sentido analizar su concurrencia si en el resto de los elementos o requisitos el acto fuera conforme a Derecho[10].

La doctrina fue muy crítica con esta concepción tan restrictiva de la desviación de poder, defendiendo, con razón, que la desviación de poder puede —y suele— coexistir con otros vicios de la actuación administrativa, por lo que nada debería impedir no ya examinar, sino también apreciar la existen-

---

7 STS de 1 de abril de 1981, R. 1807.

8 STS de 14 de febrero de 1994, R. 3832.

9 STS de 3 de junio de 1994, R. 5318.

10 SSTS de 10 de noviembre de 1983 (R. 5396); de 25 de septiembre de 1995 (R. 6836); y de 21 de abril de 1997 (R. 882).

ISBN: 978-84-7777-740-3

cia de desviación de poder cuando esta se produzca, concurran o no otros vicios del acto administrativo[11].

En fechas muy tempranas —exactamente en 1959— Clavero Arévalo criticó la concepción que se tenía de la desviación de poder como la de un acto administrativo «puro» desde el punto de vista de los demás vicios de legalidad, pero que se encuentra viciado en su fin:

> «Nada más lejos de la realidad. Un acto viciado de desviación de poder puede perfectamente haber sido adoptado por una autoridad incompetente, adolecer de defectos formales e incluso quebrantar el contenido material de la legalidad. Que esto es así creo que nadie puede ponerlo en duda. Tal acto, naturalmente, podría ser anulado por muchas razones, entre otras, por desviación de poder[12].»

El profesor Clavero iría más allá de defender que la desviación de poder puede coexistir con otros vicios del acto administrativo y advirtió, muy oportunamente, que puede haber vicios de competencia, de forma o de contenido que precisamente se cometan como medios o instrumentos de la desviación de poder. Para apoyar su razonamiento citó la STS de 1 de diciembre de 1959 destacando el párrafo en el que el Tribunal Supremo decía que «si el acto administrativo hubiera consistido en el nombramiento de D... para el cargo de... —como planteaba el apelante en su escrito de contestación a la demanda—, se hubiera producido no solo la infracción jurídica material de la base sexta del concurso, sino una plena desviación de poder...». Claramente se observa, pues, —concluiría el profesor— cómo pueden coexistir vicios heterogéneos de los actos administrativos que sirvan de instrumentos a la desviación de poder[13].

Afortunadamente, la idea de que la desviación de poder puede coexistir con otros vicios en los distintos elementos del acto y que, incluso, en ocasiones esos vicios pueden ser el medio para alcanzar un fin desviado del predeterminado por la ley, terminó asentándose en la jurisprudencia. Como muestra de ello puede citarse la STS de 14 de marzo de 1994 (R. 14661), cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas sentencias desde entonces hasta la actualidad. Su importancia justifica, en mi opinión, la transcripción del siguiente párrafo, a pesar de su extensión:

> «La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad regla-

11 García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, *Civitas*, 1984, I, p. 443.

12 Clávero Arévalo, F. «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, 30, 1959, pp. 111-112.

13 Clávero Arévalo, F., cit. p. 112.

mentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de esta a los fines que la justifican, (art. 106.1 CE), es definida en nuestro ordenamiento como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico" (art. 83.3 LJ); de cuyo concepto legal han extraído la doctrina y la jurisprudencia sus notas caracterizadoras, resumidas así en SsTS 3.ª de 2-4-93, 12-4-93, 8-4-94 y 22-4-94: a) el ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que confiere la ley a este concepto; (art. 1.2 LJ); b) la actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en la deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva; (cfr. SsTS 5.ª, 5-10-83 y 3-2-84); c) aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues "si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que *nada se opone a la eventual coexistencia de vicios —infracción del ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto— producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma...*"; (STS 5.ª, 8-11-78); d) *la desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición "que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional al derecho vulnerado*" (STS 5.ª, 10-11-83), *lo cierto es que «la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye, antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder»*; (STS 5.ª, 30-11-81); e) en cuanto a la prueba de los hechos que definen la desviación de poder, "siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados —artículo 1249 del Código Civil— de los que con un enlace preciso y directo —según las reglas del criterio humano artículo 1253 CC— deriva en (...) la persecución de un fin distinto del previsto en la norma"; (STS 4.ª, 10 10-87); f) la prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto; sin olvidar que, como señala la STS 4.ª de 23 de junio de 1987, la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil "puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra"; (FD 4); g) finalmente, es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, a cuyo tenor «es difícil, en no pocas ocasiones, determinar el vicio de "desviación de poder» (aunque) ello no debe significar obstáculo para afrontar en cada caso concreto el análisis

ISBN: 978-84-7777-740-3

> de las sentencias en las que (...) se precise la existencia de dicho vicio» (STS 3.ª 4, 28-4-92). Y esta disfunción es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquélla" (STS 5.ª, 24-5-86 y STS 3.ª, 11-10-93)[14].»

Dicho ello, es el momento de volver a la Sentencia 1499/2023 y preguntarnos qué habrá querido decir el Tribunal Supremo cuando afirma, en el fundamento de Derecho noveno, que «la desviación de poder es una técnica jurídica que, como observa la Abogada del Estado, consiste en detectar una finalidad impropia en una *actuación exteriormente correcta*»; o cuando declara que el hecho de que la desviación de poder, «—a diferencia de la arbitrariedad— presuponga *la corrección exterior del acto* no implica que la decisión caprichosa y carente de justificación pueda vestirse de ropajes con apariencia de regularidad[15]».

2. El significado de las expresiones «actuación exteriormente correcta» o «corrección exterior del acto» en la STS 1499/2023

En mi opinión, cuando la Sala Tercera habla de la corrección exterior del acto se está refiriendo a la motivación, es decir, a la exteriorización que la Administración realiza de los motivos a los que atribuye el fundamento de su decisión. No creo que se esté refiriendo a que el acto sea legal en todos sus elementos externos (competencia, procedimiento y contenido material) e ilegal en su elemento teleológico. Y no creo que lo esté haciendo no solo porque la Sala conoce mejor que nadie su doctrina reiterada sobre la posible coexistencia de la desviación de poder con otros vicios del acto administrativo, sino también porque, en el caso concreto que estaba resolviendo, en el que el demandante había alegado que el acto impugnado incurría en arbitrariedad y en desviación de poder, la Sala admite, explícitamente, que

> «es posible que un mismo acto incurra a la vez en arbitrariedad y en desviación de poder: que esta última —a diferencia de la arbitrariedad— presuponga la corrección exterior del acto no implica que la decisión caprichosa y carente de justificación pueda vestirse de ropajes con apariencia de regularidad.»

Es decir, arbitrariedad y desviación de poder no son la misma cosa y la Administración puede incurrir, a la vez, en ambas infracciones del ordena-

14 STS de 14 de marzo de 1994 (R. 14661). La cursiva es añadida.

15 Las cursivas son añadidas.

miento jurídico. En mi opinión, incurrirá en arbitrariedad cuando la motivación del acto —si el acto está motivado— sea irracional o ilógica, y en desviación de poder cuando la motivación expresada en el acto, a pesar de ser lógica, racional e irreprochable, desde el punto de vista de la legalidad formal o aparente, no es la verdadera, porque, más allá de los motivos invocados por la Administración, se sabe que la voluntad real era apartarse del fin legalmente establecido y atender a otro distinto.

Por decirlo con las expresiones utilizadas en la sentencia: en mi opinión, y como regla general, en la arbitrariedad, el acto no se viste de un ropaje con apariencia de regularidad, sino que es el propio ropaje (la motivación) el que evidencia la actuación arbitraria. Por el contrario, en la desviación de poder el ropaje, en sí, y aisladamente considerado, puede no tener problema alguno de legalidad y otorgar al acto una apariencia de regularidad. Pero el problema es que esa legalidad es solo aparente porque en el fondo se sabe —obviamente, cuando puede acreditarse que así ha sido— que los motivos no son los que la Administración ha exteriorizado, sino otros muy distintos.

Conviene recordar que cuando el Consejo de Estado francés consagró la categoría del *détournement de pouvoir* lo hizo en un asunto (el famoso Arrêt Pariset de 1875) en el que un prefecto, cumpliendo las órdenes del ministro de Finanzas, pero invocando sus competencias y la legalidad vigente en materia de establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, declaró que determinada fábrica de cerillas había dejado de ser legal y ordenó su cierre[16]. La resolución del prefecto coincidió con la aprobación en Francia de la ley que establecía el monopolio de la fabricación de cerillas y preveía la expropiación de estas fábricas que, hasta su entrada en vigor, eran de propiedad privada. Aparentemente, el acto administrativo del prefecto podría ser conforme a Derecho, porque lo adoptó basándose en las competencias que le atribuía la legislación sobre este tipo de establecimientos y, según parece, la fábrica de cerillas hacía años (16, nada menos) que no cumplía con determinados requisitos legales. Ello, no obstante, el Consejo de Estado consideró que el prefecto había actuado en ejecución de instrucciones del ministro de Finanzas, quien, a su vez, había dado la orden de declarar ilegales las fábricas de cerillas y ordenar su cierre para conseguir el abaratamiento del justiprecio o, incluso, para evitar su expropiación. Con base en ello, concluyó que el acto administrativo era nulo por haber perseguido unos fines ajenos a los establecidos en las normas sobre establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres. Y si bien esos fines eran de interés general (el interés de ahorrar en gasto público), no eran los establecidos por el legislador.

---

16 Concretamente, se trata de la Resolución del Prefecto de Oise, de 10 de abril de 1874, en virtud de la cual, y con base en una larga lista de Decretos y Ordenanzas aprobados entre 1790 y 1872, declaró que «la fábrica de cerillas de Saintines había dejado de tener una existencia legal desde el 15 de septiembre de 1858» y ordenó su cierre.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Con este *Arrêt* se dio entrada en Francia a una causa de invalidez de los actos administrativos construida sobre la necesidad de respetar no solo la letra de la ley sino también su fin y que, por tanto, permitía ir más allá de la apariencia de legalidad del acto para indagar su verdadera finalidad que podía ser, incluso, una finalidad pública, pero que no podía ser distinta a la predeterminada por la ley. Lo expuso así el Consejo de Estado francés:

> «…ha quedado acreditado en la instrucción que el prefecto, al ordenar el cierre de la fábrica de cerillas del señor X..., en virtud de los poderes de policía que le conferían las leyes y reglamentos sobre establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, no tuvo como objetivo los intereses que dichas leyes y reglamentos pretenden garantizar; que actuó en ejecución de instrucciones emanadas del Ministerio de Finanzas a raíz de la ley de 2 de agosto de 1872 y en interés de un servicio financiero del Estado; que así utilizó los poderes de policía que le correspondían sobre los establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres para un fin distinto de aquel por el cual le fueron conferidos, y que el señor X... está legitimado para solicitar la anulación de la orden impugnada en aplicación de las leyes de 7-14 de octubre de 1790 y 24 de mayo de 1872[17].»

Esta novedosa construcción del Consejo de Estado francés permitió en su día y sigue permitiendo hoy que puedan controlarse de forma plena los actos administrativos, especialmente los discrecionales que, a pesar de su apariencia de legalidad, han sido dictados para conseguir un fin distinto del establecido por la ley. La desviación de poder permite, por tanto, incluso el control judicial y la anulación de actos administrativos que cumplen con todos los requisitos externos (competencia, forma —incluida la motivación— procedimiento y contenido material), pero están viciados en su elemento interno por haber sido dictados para servir a un fin distinto del establecido por la ley.

A este respecto, hay un argumento en la Sentencia 1499/2023 muy importante, al que ya he hecho referencia y sobre el que quiero volver ahora porque, en mi opinión, plantea la cuestión central y más compleja de esta sentencia, a saber: si en el control judicial de los actos administrativos, sobre todo de los discrecionales, ha de prevalecer la motivación explícita sobre la motivación real, de tal forma que los órganos judiciales deben cerrar los ojos ante los motivos reales y tener solo en cuenta los que han sido exteriorizados por la Administración.

Afirma a este respecto el Tribunal Supremo:

> «Tampoco cabe argüir, como hace la codemandada, que se trata de un elemento adicional en la formación de la voluntad del fiscal general del Estado y que debe prevalecer la motivación explícita del acto, donde resul-

17 Conseil d'État, *Arrêt Pariset*, 26 de noviembre de 1875 (traducción propia).

> tan patentes sus méritos: estos, cualquiera que sea su valoración, quedan relegados a un segundo plano por el dato comprobado de que la finalidad realmente buscada por el fiscal general del Estado fue otra.»

¿Significa esto que un acto administrativo discrecional que haya sido motivado con razones que podría considerarse que están dentro del margen de apreciación que el legislador ha atribuido a la Administración, puede ser, a pesar de ello, contrario a Derecho cuando se conoce que la verdadera razón de esa decisión administrativa era otra? La respuesta, en mi opinión, es claramente sí, porque en eso consiste la desviación de poder y en eso radica su importancia: *una motivación razonada y razonable de la Administración, que podría ser conforme a Derecho si fuera cierta, resulta que no lo es porque, en realidad, esconde la verdadera razón por la que se ha adoptado la decisión* de que se trate que, en el caso enjuiciado, fue la de proponer a un candidato concreto por razones ajenas a la finalidad de la convocatoria —aunque esas razones fueran institucionales y no personales—, en lugar de elegir al más idóneo para la plaza, porque siendo cierto que se trataba de un nombramiento discrecional, no lo es menos que para su provisión se había realizado una convocatoria pública que no podía resolverse sino de acuerdo con criterios de mérito y capacidad.

Por tanto, y volviendo a la cuestión que antes he planteado de si el control judicial debe detenerse en la motivación aparente de los actos administrativos y cerrar los ojos ante la motivación verdadera y desviada del fin predeterminado por el ordenamiento jurídico, mi respuesta es, sin lugar a duda, no.

Distinto sería, en mi opinión, un hipotético caso en el que en la adopción de una resolución administrativa no pudiese intervenir en forma alguna ni la voluntad ni la valoración subjetiva de quien la adopta. Pensemos, por ejemplo, en la resolución de un concurso en el que la elección del candidato más idóneo para cubrir la plaza dependiese de una prueba tipo test cuya corrección se realizase de forma automática por un programa informático. En ese caso, aunque el autor del acto administrativo quisiera favorecer a un candidato concreto e, incluso, así lo hubiera reconocido expresamente, su voluntad no habría tenido la posibilidad de intervenir en forma alguna en la toma de esa decisión y, por tanto, por mucho que quisiera favorecer a una persona determinada, no hubiera podido hacerlo porque «la máquina», y solo ella, sería la que le habría otorgado la puntuación que le hubiera llevado a ganar el concurso[18]. En mi opinión, solo en un caso así o de características similares, la voluntad de desviarse del fin predeterminado por la ley, incluso aunque se hu-

18 Obviamente, mi ejemplo se limita a la puntuación o valoración del mérito y capacidad de los candidatos, sin introducir posibles variantes de otras conductas que antes de esa valoración pudieran tener lugar para favorecer a un candidato concreto.

ISBN: 978-84-7777-740-3

biera hecho explícita, sí resultaría indiferente a efectos de la posible ilegalidad del acto administrativo por desviación de poder, y ello porque en la génesis del acto administrativo no ha podido existir una causa ilícita, por imposibilidad material para ello. Dicho de otra forma: en la decisión administrativa no ha podido intervenir la voluntad desviada del funcionario que la ha adoptado. Fuera de estos casos, *mi conclusión es que, a pesar de que el acto administrativo tenga una motivación externamente razonable, será ilegal si la verdadera voluntad de quien lo ha dictado pone de manifiesto que esa motivación es mendaz o solo aparente*. Otra cosa es que pueda acreditarse la verdadera intencionalidad de quien dicta el acto administrativo; esa es y sigue siendo la gran debilidad de la desviación de poder: su dificultad probatoria.

V. LA ACREDITACIÓN DE LA DESVIACIÓN DEL FIN: DE LA *PROBATIO DIABOLICA* A LA PRUEBA DE INDICIOS Y A LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FACILIDAD PROBATORIA

Como ya adelanté en la introducción de este artículo, salvo raras excepciones los actos administrativos viciados de desviación de poder no suelen revelar los motivos por los que realmente se han dictado, sino que, por el contrario, suelen presentarse fundados en motivos y razones que esconden o disimulan esa voluntad desviada o torcida. De ahí que probar la desviación de poder sea una tarea muy difícil, ya que exige «revelar» la intención real, y normalmente oculta, de la Administración.

La prueba de la desviación de poder no puede ser absoluta o plena porque, en definitiva, es una prueba sobre la intención con la que el autor del acto administrativo lo ha dictado; el «para que» de su actuación. Por eso, salvo que la haya hecho explícita, la prueba de la voluntad de desviarse del fin predeterminado por la ley no puede alcanzar nunca el grado de certeza absoluta.

Esa es la razón por la que, salvo raras excepciones, la prueba de la desviación de poder no es el resultado de una constatación, sino de una convicción. Es decir, el órgano judicial, teniendo en cuenta todos los factores presentes en el caso, llega a la razonable convicción de que la Administración ha dictado un acto para alcanzar un fin o resultado que no es el querido por la Ley.

Durante mucho tiempo, nuestros Tribunales fueron muy estrictos con el demandante que invocaba la desviación de poder, al exigirle la prueba «de una manera tajante»; con una demostración «concluyente y rigurosa», «clara y palmaria» y, en una palabra, una prueba «plena» de la desviación en el fin. Expresiones como estas pueden leerse en sentencias del Tribunal Supremo que van desde los años 60 a principios de los 80 o, incluso, los 90

(«que demuestre de forma indudable que el acto se dictó para cumplir un fin distinto del específicamente establecido por la norma»)[19].

Exigir ese tipo de prueba a quien pretende la anulación de un acto administrativo viciado por desviación de poder es pedirle un imposible o una *probatio diabolica*: acreditar de forma plena e indubitada cuál era la verdadera (y, generalmente, bien disimulada) intención del autor del acto administrativo al dictarlo. Por eso, a partir de un determinado momento —1982— el Tribunal Supremo, basándose en la Constitución, dio un giro radical a esta jurisprudencia y, con ello, empezaron a aumentar los casos en los que se apreciaba la existencia de desviación de poder que, como ya he dicho, aunque estaba reconocida en nuestro ordenamiento desde la Constitución de la República (1931) y posteriormente desde la Ley de la Jurisdicción de 1956, a penas se aplicaba.

En efecto, en la sentencia de 1 de octubre de 1982 (cuyo ponente fue P. García Manzano), el Tribunal Supremo vendría a decir, invocando el art. 24 CE, que exigir la demostración total y absoluta de la desviación, podría causar, en muchos casos, por su dificultad, la indefensión del recurrente. Con base en esa «lectura constitucional» del tratamiento de la prueba en la desviación de poder, la Sentencia establece los dos criterios siguientes: (i) la prueba no puede ser plena porque nunca se va a evidenciar la divergencia o desviación del fin; (ii) la prueba tiene que ser suficiente, lo cual exige al demandante que aporte todos los elementos de hecho y de derecho capaces de crear en el juez la razonable convicción de que se ha producido la desviación del fin.

Esta jurisprudencia que, en aplicación del art. 24 CE, «resucitó» o «revitalizó» la desviación de poder, se siguió a partir de entonces (con alguna excepción) y el resultado fue que se admitió la prueba indiciaria, esto es, la que logra el convencimiento del juez por medio de hechos —probados— de los que se obtiene esa razonable convicción sobre la desviación del fin.

Muchos años antes —en 1959—, Clavero Arévalo ya había sostenido que la prueba de la desviación de poder, en la mayoría de los casos, tendría que ser una prueba por presunciones, es decir, que se deduciría, por presunciones, de unos hechos que necesariamente deberían estar probados[20]. Y añadió que esta cuestión ponía el dedo en la llaga del que era el verdadero problema de la desviación de poder: «la desviación de poder es muy difícil de probar plenamente, pero muy fácil de advertir su existencia y de adquirir el convencimiento moral de su existencia cuando el asunto se enjuicia por un juez idóneo y conocedor de las realidades administrativas[21]».

---

19 Me remito a lo que expuse en *La desviación de poder*, cit. Reimpresión de la segunda edición, 2004, pp 220-227.

20 Clavero Arévalo, M., cit, p. 118.

21 Clavero Arévalo, M., cit, p. 119.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La prueba de presunciones de la desviación de poder exige hechos plenamente probados, y no meras probabilidades, y un proceso mental razonado que ponga de manifiesto la existencia de un enlace lógico entre esos datos ciertos y la conclusión de que hay desviación de poder. No se trata, pues, de sospechas o conjeturas, sino de una deducción lógica a partir de un conjunto de hechos (estos sí, probados de forma plena).

Siendo importante la admisión de la prueba de presunciones y su papel esencial para facilitar la aplicación de la desviación de poder, el proceso de «flexibilización» de la prueba de la desviación de poder no se ha detenido ahí, sino que, dando un paso más, los tribunales han llegado a aplicar el principio de facilidad probatoria, en virtud del cual, siendo obligación o «carga» del demandante probar la existencia de la voluntad desviada del acto administrativo, esa carga debe invertirse cuando es la Administración la que tiene fácil demostrar que no se ha desviado, es decir, «cuando la facilidad probatoria sitúa a una de las partes en posición de rebatir tal hecho sin dificultad alguna, en tanto que para la otra presupone una considerable mayor dificultad o requiere del propio concurso de la otra parte para hacerlo[22]».

Entre todas sentencias en las que, a partir de los años 90, el Tribunal Supremo, con alguna excepción, abandonó la exigencia de la prueba plena y directa de la desviación de poder, admitiendo, en su lugar, no solo la prueba de indicios, sino también el principio de la facilitad probatoria, destaca la de 14 de marzo de 1994 que merece ser transcrita en la parte que aquí interesa:

> «e) en cuanto a la prueba de los hechos que definen la desviación de poder, "siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados —artículo 1249 del Código Civil— de los que con un enlace preciso y directo —según las reglas del criterio humano artículo 1253 CC— deriva en (...) la persecución de un fin distinto del previsto en la norma"; (STS 4.ª, 10-10-87); f) la prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto; sin olvidar que, como señala la STS 4.ª de 23 de junio de 1987, la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil "puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra"; (FD 4); g) finalmente, es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, a cuyo te-

22 Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de abril de 1992, que aplica la STS de 2 abril de 1992.

> nor "es difícil, en no pocas ocasiones, determinar el vicio de 'desviación de poder' (aunque) ello no debe significar obstáculo para afrontar en cada caso concreto el análisis de las sentencias en las que (...) se precise la existencia de dicho vicio" (STS 3.ª.4, 28-4-92).»[23]

Volviendo de nuevo a la STS 1499/2023, y como ya dije, la Sala no tuvo que acudir en este caso a la prueba indiciaria, ni al principio de facilidad probatoria por la sencilla razón de que la verdadera voluntad del fiscal general del Estado había quedado acreditada por sus propias palabras, reiteradas y explicadas con detalle en la grabación de la reunión del consejo fiscal que el demandante aportó como prueba. Al Tribunal Supremo no lo quedó la menor duda de que, en este caso, la desviación de poder fue «visible e innegable» porque había quedado acreditada «la finalidad realmente buscada» por el fiscal general del Estado.

Reconoce la Sala que

> «la alegación de desviación de poder tropieza a menudo con una no desdeñable dificultad probatoria, porque los "fines desviados" o la "intencionalidad torcida" suelen permanecer ocultos. De ahí que la prueba de la desviación de poder haya de realizarse normalmente con base en indicios, cuya apreciación puede ser incierta u opinable. Ello explica que, en la actualidad el ejercicio desviado de potestades administrativas tienda a combatirse mediante la invocación de principios generales, especialmente de rango constitucional o convencional; y ello porque se trata de una técnica más flexible. Pero esto no significa que la desviación de poder haya perdido virtualidad cuando la finalidad impropia es clara.»

Tras ello, concluye el Tribunal Supremo que el caso enjuiciado es uno de esos en los que la finalidad impropia es «clara» y ello porque

> «la finalidad realmente buscada fue asegurar a la señora Lorenza su promoción a la máxima categoría de la Carrera Fiscal por haber sido fiscal general del Estado. Y ello no es, desde luego, el fin que el ordenamiento jurídico atribuye a la potestad de convocar y resolver vacantes en el empleo público, incluidas las plazas del Ministerio fiscal. A esto debe añadirse que tampoco es el fin de dicha potestad remediar regulaciones legales que, según la opinión del fiscal general del Estado, presentan carencias o sencillamente deberían tener otro contenido. A este respecto debe subrayarse que la voluntad del fiscal general del Estado fue explícita: asegurar la promoción a la máxima categoría a quien había ocupado la jefatura de todo el Ministerio Fiscal sin tener la categoría de Fiscal de Sala. Cualquiera que sea la opinión que a cada uno le merezca, lo cierto es que esa promoción automática no ha sido querida por el legislador, ni está prevista en la ley. Y, desde luego, la potestad del fiscal general del Estado consistente en hacer

23 STS de 14 de marzo de 1994, R, 14641.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> la propuesta de resolución de convocatorias de plazas de la primera categoría no tiene por finalidad reescribir las reglas de promoción en la Carrera Fiscal, ajustándolas a sus personales preferencias.»

No puedo estar más de acuerdo con lo que dice el Tribunal Supremo, pues, en mi opinión, el ordenamiento jurídico no ha previsto la celebración de una convocatoria pública para cubrir una vacante, en régimen de concurrencia (por mucho que se trate de un nombramiento discrecional), para que quien está llamado a hacer la propuesta para resolverlo pueda aplicar un criterio que tiene por fundamento su opinión personal sobre la plaza que debe ocupar quien ha sido fiscal general del Estado cuando, tras serlo, regrese a la carrera fiscal. Ese criterio puede ser el más acertado y razonable que imaginarse quepa, incluso desde el punto de vista institucional, pero no solo no es el previsto por la ley, sino que resulta contrario a la finalidad establecida por el ordenamiento jurídico que no es otra que la de elegir, entre todos los que se han presentado a la convocatoria, al candidato más idóneo, a la vista de sus méritos y de su proyecto de actuación. Haber sido antes ministro o fiscal general del Estado, como bien argumenta el Tribunal Supremo, no te convierte automáticamente en el candidato más idóneo para ocupar la plaza en cuestión.

Termino este apartado volviendo a las acertadas palabras de quien fuera catedrático de Derecho administrativo y magistrado del Tribunal Constitucional J. Leguina para concluir que quien, en el ejercicio de una potestad administrativa, impone su propia voluntad sustituyendo con ella la opción teleológica realizada por legislador, viene a colocarse en la posición constitucional de este último, subvirtiendo el equilibrio de poderes y degradando la supremacía de la ley.

VI. LA NECESIDAD Y LA UTILIDAD DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL ESTADO DE DERECHO

Cuando la Sentencia 1499/2023 trata la cuestión de la dificultad probatoria de la desviación del fin, derivada del hecho de que, por lo general, la finalidad desviada permanece oculta, extrae de ello tres consecuencias que quiero destacar. Son las siguientes: (i) normalmente, la prueba de la desviación de poder habrá de realizarse con base en indicios; (ii) por tanto, al no ser una prueba directa, la apreciación del órgano judicial sobre el conjunto de indicios «puede ser incierta u opinable»; y (iii) ello explica que, «en la actualidad, el ejercicio desviado de potestades administrativas tienda a combatirse mediante la invocación de principios generales, especialmente de rango constitucional o convencional; y ello porque se trata de una técnica más flexible». Sobre esta idea insistirá la Sala al afirmar que «la invocación de principios generales puede ser hoy, si las circunstancias del caso lo permiten, una técnica alternativa a la desviación de poder». Dicho todo lo cual,

concluye: «pero esto no significa que la desviación de poder haya perdido virtualidad cuando la finalidad impropia es clara», como ocurría en el caso enjuiciado.

Y así es, en mi opinión: la desviación de poder no ha perdido virtualidad; ni tampoco un ápice de la enorme importancia que desde siempre ha tenido como técnica de control de la legalidad de los actos administrativos, en general, y de los actos administrativos discrecionales, en particular, que permite llegar —y ese es su elemento diferenciador— allá donde el resto de los vicios de los actos administrativos no llega.

Que en el caso de la Sentencia 1499/2023 la finalidad desviada o torcida fuera tan clara, no significa, en mi opinión, que la Sala haya querido decir que la desviación de poder solo conserva su virtualidad en los casos en los que la finalidad impropia sea clara y, menos aún, tan clara, por ser explícita, como lo había sido en el caso enjuiciado. Creo que esa afirmación, unida a esa otra idea de que la arbitrariedad (o la vulneración de otros principios generales) pueda ser una alternativa a la desviación de poder, hay que entenderla en sus justos términos.

En mi opinión, si en un acto administrativo concurren otras causas de invalidez, incluida la infracción de principios generales como pueden ser, por ejemplo, el de interdicción de la arbitrariedad o el de proporcionalidad, lógicamente siempre será más fácil tanto para el demandante como para el órgano judicial plantear su recurso y dictar su sentencia, respectivamente, con base en esos otros vicios que no tropiezan con la dificultad probatoria a la que se enfrenta la desviación de poder. Pero es simplemente eso, una cuestión práctica de que va a ser más fácil —si las circunstancias del caso lo permiten, claro está— plantear la cuestión sin necesidad de acudir a la desviación de poder.

Cuando el Tribunal Supremo, en una sentencia posterior, pero cercana en el tiempo a la 1499/2023, vuelve a recordar que la desviación de poder es «un medio útil para hacer valer el imperio de ley» y añade a continuación que «es verdad que se invoca con relativa frecuencia, pero es igualmente cierto que no suele ser apreciada por los tribunales y, en particular, por esta Sala salvo en contadísimas ocasiones[24]», de nuevo está resaltando su utilidad y su virtualidad para —nada menos que— hacer valer el imperio de la ley, aunque, al mismo tiempo, reconozca que su existencia se aprecia en contadísimas ocasiones. En resumen: útil, pero difícil de apreciar. Nada nuevo bajo el sol, pues no hay más que recordar las palabras de Clavero: «la desviación de poder es muy difícil de probar plenamente, pero muy fácil de advertir su existencia», que, en mi opinión, es tanto como decir que se ve de lejos, pero resulta muy difícil acreditarla, incluso a través de indicios.

24 STS 873/2024, de 21 de mayo de 2024 (ponente P. Lucas).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Que resulte difícil que, a partir de un conjunto de indicios, un órgano judicial llegue a la convicción de que la Administración ha actuado para servir a fines ajenos a los establecidos por la ley, no puede devaluar la importancia de una causa de invalidez que, como ya he dicho, permite que el control judicial llegue a lo más profundo de la ilegalidad en que puede incurrir una actuación administrativa. Sabemos que para anular un acto administrativo por desviación de poder no es necesario que esta sea la única causa de invalidez del acto administrativo, pero también sabemos que es la única que permite que aflore la ilegalidad de un acto cuyos elementos externos, incluida su motivación «formal» y exteriorizada, sean conformes a Derecho, pero su finalidad verdadera no.

La desviación de poder es la única técnica de control de la legalidad que permite anular un acto administrativo que no tiene ningún otro vicio; que incluso está motivado y basado en razones aparentemente legales, pero que, en el fondo, en realidad, «oculta» una verdad: que la autoridad que lo ha dictado ha empleado la potestad que le ha sido atribuida por la ley para conseguir un fin distinto del que esa ley ha establecido para el ejercicio de esa potestad. Un fin que, además, en el mayor número de los casos en los que se ha apreciado la existencia de desviación de poder, es un fin privado y ajeno al interés general.

La utilidad y la importancia de la desviación de poder no debe medirse en función de si se estiman muchos o pocos recursos fundados en esta causa de invalidez. Si se quiere plantear como una cuestión cuantitativa habría que analizar, entonces, si la desestimación de los recursos fundados en desviación de poder se debe a la reticencia de los tribunales a aplicarla, cosa que no creo o, más bien, a que son recursos infundados que invocan la desviación de poder de forma retórica y sin acreditar, ya sea de forma indiciaria o directa, la finalidad desviada en el ejercicio de la potestad.

La utilidad e importancia de la desviación de poder no es, pues, cuantitativa, sino cualitativa y radica, desde siempre, en ser un instrumento capaz de revelar un vicio de los actos administrativos que suele enmascararse y disimularse detrás de motivaciones aparentemente correctas.

Si no existiese la desviación de poder, no habría casos —por citar los más recientes— como el de la sentencia del Tribunal Supremo 1499/2023, que he comentado en este artículo, en el que las propias palabras del órgano proponente revelaron cuál fue la verdadera razón por la que formuló la propuesta de nombramiento que terminó haciendo suya el Consejo de Ministros; u otros como los resueltos en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2019 y de 17 de noviembre de 2009, a las que me referiré a continuación.

En la sentencia de 8 de octubre de 2019 (ponente, J. L. Requero), el Tribunal Supremo anuló por desviación de poder la resolución del Defensor

del Pueblo por la que se procedió a cubrir dos plazas de libre designación, cuando solo se había convocado una. Lo que ocurrió en ese caso es que, al quedar fuera de la terna la candidata que había obtenido la puntuación más baja, se aumentó la convocatoria a una plaza más. El puesto que se trataba de cubrir, aunque era de libre designación, fue objeto de un procedimiento competitivo y, por las singulares circunstancias que se dieron en el caso, el Tribunal Supremo apreció que se había incurrido en desviación de poder al ejercer la potestad de elección de un asesor técnico en unos términos contrarios al fin predeterminado por la norma. Lo que la norma establecía, en ese caso, era que se hiciera el nombramiento a través de un concurso en el que debían apreciarse los méritos contrastados con datos objetivos y, con base en ello, elaborar una terna con orden de puntuación, de la que se elegiría libremente a un candidato. En su lugar —argumenta la Sala— se alteraron los términos de la convocatoria, aumentándola en una plaza más, para elegir de forma directa a una candidata predeterminada que, previamente, había sido excluida de la terna[25]. La sentencia destaca que, tratándose de un puesto de libre designación, se podría haber decidido, desde el principio, hacer un nombramiento directo; pero no fue así, porque la institución había optado —autolimitándose— por un procedimiento competitivo mediante convocatoria pública conforme a unas bases vinculantes basadas en criterios de mérito y capacidad. Y no cabe —añadirá la Sala— autolimitarse con tal procedimiento, creando en los aspirantes el derecho a que la elección se haga conforme a ese procedimiento, para obviarlo cuando no entra en la terna la persona deseada, ejerciendo con ello la potestad al margen de las reglas.

En la segunda sentencia —de 17 de noviembre de 2009 (ponente, S. Martínez-Varas)— el Tribunal Supremo anuló por desviación de poder un Real Decreto por el que se suprimió la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión permanente de España en Canadá. Para apreciar la desviación de poder, el elemento decisivo fue el momento en que se produjo dicha supresión y las circunstancias que rodearon al nombramiento del consejero: el ministerio de Trabajo y Asuntos sociales convocó la provisión de, entre otros puestos, el de consejero de Trabajo y Asuntos Sociales en Canadá-Ottawa. A dicho concurso se presentaron únicamente dos aspirantes, uno de los cuales solicitó ser excluido de entre los aspirantes al puesto y, en todo caso, expresó su renuncia al mismo. Unos días después, fue nombrado para cubrir ese puesto, aunque nunca tomó posesión. El otro aspirante impugnó el nombramiento y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo anuló, condenando a la Administración a dictar la resolución procedente en derecho. Al negarse a ello la Administración, el recurrente solicitó la ejecución de sentencia y, en cumplimiento de la sentencia, volvió a nombrarse al candidato que había renunciado. Frente a ello, el recurrente volvió a soli-

25 STS 1326/2019, de 8 de octubre (recurso 473/2017).

ISBN: 978-84-7777-740-3

citar la ejecución de la sentencia y, entonces, el Ministerio inició el procedimiento para suprimir la Consejería y el Consejo de Ministros terminó suprimiéndola por el Real Decreto que finalmente fue anulado por desviación de poder.

Aparte de ser un caso de simulación de ejecución que se parece mucho al que el Tribunal Constitucional enjuició en 1987, relacionado con una actuación administrativa que, entre otras cosas, suprimió la jefatura de la Oficina de Turismo de San Francisco para que el interesado, funcionario técnico de Turismo que había obtenido una sentencia estimatoria, no pudiese tomar posesión en ese puesto (STC 167/1987, de 28 de octubre), la Sala concluye que se incurrió en desviación de poder razonándolo en los términos siguientes:

> «Atendiendo a lo expuesto, la Sala alcanza en este supuesto concreto la convicción de que en el mismo la Administración incurrió en desviación de poder porque aun reconociendo que la supresión de la Consejería de Trabajo y Asuntos sociales en discordia sea conforme a derecho, la decisión de suprimirla se adoptó en el momento en que se hizo para frustrar la obligación que la Administración tenía de resolver tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2006 la convocatoria pública realizada mediante la Orden TAS/2964/2004 para cubrir entre otras esa plaza vacante.
>
> Para obtener esa convicción el Tribunal ha valorado cuanto aconteció entre el momento de la convocatoria y la supresión del puesto de consejero en Ottawa, y la burda y desleal maniobra de tener por ejecutada la sentencia volviendo a nombrar a quien había renunciado al puesto. Cuando debió una vez firme la sentencia resolver lo procedente y, como anticipamos, incluso motivándolo haber dejado desierta la convocatoria. Lejos de ello se esperó a dar cumplimiento aparente a la sentencia del modo en que se hizo con fecha 31 de julio de 2007 cuando ya era inminente la publicación del Real Decreto recurrido que suprimió la Consejería.»

Así, pues, lo que, en principio, podría haberse justificado, al menos teóricamente, en el ejercicio de la potestad de autoorganización administrativa, resultó ser, realmente, un ejercicio desviado de dicha potestad que se evidenció en el empeño de la Administración por nombrar —una y otra vez, incluso después de haber sido anulado el primer nombramiento— a un candidato a pesar de que había renunciado a participar en el concurso y, al mismo tiempo, por evitar que el recurrente, es decir, el otro funcionario que se había presentado al concurso, ocupara la plaza. Esa, y no otra, fue la verdadera razón por la que se suprimió la plaza.

Sentencias como estas —por limitarme solo a las del Tribunal Supremo— demuestran que la desviación de poder no es menos importante en un Estado de Derecho por el número de recursos en los que se aprecie su concurrencia. Lo importante no es cuántos recursos se estiman por des-

viación de poder, sino cuántos de los desestimados lo son a pesar de ser recursos fundados, en los que el demandante ha podido y ha sabido presentar al órgano judicial indicios suficientes para que este alcance la razonable convicción de que el órgano administrativo dictó el acto para servir a un fin ajeno al establecido por la ley.

En definitiva, en mi opinión, solo tendría sentido hablar de una supuesta decadencia o crisis de la desviación de poder o de su pérdida de virtualidad, si la desestimación de los recursos en los que se invoca la desviación de poder fuera imputable a una supuesta reticencia o negativa de los órganos judiciales a la aplicación de esta causa de invalidez de los actos administrativos. Pero, con carácter general, ello no es así como lo demuestran numerosas sentencias, no solo del Tribunal Supremo, sino del resto de los órganos judiciales del orden contencioso administrativo[26], que estiman o desestiman este tipo de recursos exclusivamente en función de que resulten o no fundados. Por todo lo cual, mi conclusión es que la desviación de poder nunca ha perdido virtualidad ni la perderá porque es consustancial al Estado de Derecho y a la necesidad de luchar contra las inmunidades del poder; una lucha en la que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa siguen estando llamados a ejercer el papel protagonista.

26 Por poner solo un ejemplo de una sentencia muy reciente que aprecia la existencia de desviación de poder, puede verse la del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Logroño 164/2025, de 29 de noviembre de 2025.

Derechos humanos *vs.* cuestiones competenciales: al hilo de la atención sociosanitaria de las personas migrantes en España[1]

José Ignacio Cubero Marcos

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-6024-8484

Sumario. I. A modo de introducción: situación actual de los derechos de las personas migrantes e intervención de las administraciones públicas.—II. El presupuesto básico: la interdependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos: 1. La ineludible conexión entre derechos, en especial, la integridad física, la vida, la asistencia sanitaria y la atención social. 2. El fundamento jurídico: las resoluciones de organismos internacionales. 3. Directa aplicabilidad en España.—III. Las competencias autonómicas que habilitan la efectividad de los derechos: 1. La evolución de la doctrina del TC basada en cuestiones formales: atribución competencial. 2. La colisión de normas, competencias y derechos: el principio de proporcionalidad.—IV. Los problemas derivados de la dotación de recursos: 1. Asignación proporcional de recursos. 2. Obligatoriedad en la atención sociosanitaria. 3. Los instrumentos y medidas propuestos por el sector público: intervención de municipios, convenios de colaboración y entidades del tercer sector.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES E INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En los últimos tiempos hemos conocido diferentes episodios de llegadas masivas de personas migrantes, procedentes principalmente del África Subsahariana. Estos movimientos, no por imprevistos, son menos conocidos por las administraciones, que habitualmente han ignorado este tipo de problemática debido principalmente al coste económico que conlleva la atención a personas que, o bien no desean continuar en el país, por tra-

[1] Este trabajo se ha elaborado en el marco de las actividades llevadas a cabo por el grupo consolidado de investigación del sistema universitario vasco, con referencia IT1593-22, financiado por la Conserjería de Educación del Gobierno Vasco, que desarrolla el proyecto titulado «Derechos fundamentales en tiempos de crisis: protección de datos personales, administración pública, derechos sociales y delitos de odio».

ISBN: 978-84-7777-740-3

tarse de un destino en tránsito, o bien no pueden regularizarse por motivos relacionados con la protección internacional. Entre el contingente de personas que arriban a las costas suelen localizarse menores no acompañados, al margen de colectivos que, en apariencia, están en condiciones de solicitar aquella protección[2].

Al margen de aquellos dos últimos grupos de personas (menores y solicitantes de protección internacional), que pueden exigir la asistencia sociosanitaria de forma directa, se encuentran otros colectivos que sostienen otros tipos de proyectos migratorios, como el mencionado tránsito o, simplemente, la estancia irregular. Dado que muchos de ellos presentan una situación sanitaria deficiente, el trabajo plantea qué tarea deben desempeñar las administraciones públicas para evitar que su salud empeore o que fallezcan por omisión de cualquier tipo de acción positiva. No obstante, las comunidades autónomas, competentes en materia de asistencia social, o los municipios, alegan habitualmente falta de medios o desbordamiento de los existentes para eludir cualquier tipo de responsabilidad.

Son recientes los sucesos acaecidos en el Mar Adriático que arrojaron como resultado la muerte de una treintena de personas, por el hecho de que las autoridades italianas decidieron no intervenir, ya que de lo contrario creían estimular o promover la migración irregular[3]. En España todavía no se ha alcanzado semejante falta de humanidad, por no decir comisión de delitos graves, pero el TC validó en su momento que se negara la atención sanitaria de personas que no cotizan a la Seguridad Social, o las comunidades autónomas han opuesto motivos de tipo económico o logístico para resistirse a actuar.

Planteado el problema, el trabajo tiene por objeto argumentar jurídicamente los siguientes aspectos: a) la obligatoriedad de asistencia sociosanitaria a las personas migrantes más allá de su situación o perspectivas de inmigración; b) Esa acción positiva debe superar las barreras competenciales impuestas a las CCAA y otro tipo de obstáculos autonómicos; c) la obligatoriedad de colaborar y coordinar actuaciones por parte de todos los niveles administrativos, a fin de evitar la falta de atención digna a las personas aco-

---

2 *El País*, 18 de marzo de 2025: «Amnistía Internacional denuncia la descoordinación, la desprotección y malos tratos a menores migrantes en Canarias. La organización reclama un reparto vinculante entre las comunidades autónomas, una mejora en el sistema de documentación y más inspecciones en los centros.

3 *El País*, 11 de septiembre de 2024: «Italia acentúa la ofensiva a las ONG de rescate en el Mediterráneo con el bloqueo al barco de Médicos Sin Fronteras. El vicepresidente del Gobierno, Matteo Salvini, afrontará en octubre la sentencia por haber impedido el desembarco de inmigrantes del español "Open Arms" en 2019». En el mismo diario, podemos leer lo siguiente: «Italia pone trabas a las ONG que rescatan a migrantes en el mar. El Gobierno prohíbe las operaciones de salvamento múltiples y obliga a los barcos a dirigirse inmediatamente a puerto tras cada una de ellas».

gidas; d) la remoción de todo tipo de trabas para alcanzar dichos niveles de asistencia digna, especialmente las derivadas de trámites como el empadronamiento.

II. EL PRESUPUESTO BÁSICO: LA INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se ha venido predicando desde finales del siglo XX, impulsada por corrientes doctrinales que promovieron la elaboración y aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 1960 (PIDESC). En esa línea, algunos derechos civiles pueden encontrar cabida en otros de corte más social, vinculados a lo que la CE llama principios rectores de la política social y económica[4]. Por ejemplo, la omisión de las medidas para evitar mayor contaminación afecta a la salud de las personas y, por tanto, a su integridad física (Monereo Pérez, 2017, 600). Asimismo, el derecho a la intimidad o a la vida privada y familiar se encuentra en estrecha conexión con el derecho a la vivienda. Esta se presenta como el elemento fundamental que garantiza la intimidad y la protección de la familia.

Como han mencionado Courtis y Abramovich, la clasificación de los derechos es un postulado convencional, es decir, sujeto a las necesidades particulares de un estado o simplemente a la tendencia ideológica del poder hegemónico (Courtis y Abramovich, 2004, 51). Sin embargo, no debe afectar a la sustancia del derecho. Las personas que se ven privadas de alimentación, vivienda o asistencia social de un modo u otro ven lesionados sus derechos a la vida o a la integridad física, por la inactividad de los estados en los que se encuentran (García Aguilar, 2016, 36). Le falta mucha solidez a la teoría tradicional, según la cual, los derechos sociales son derechos de prestación, mientras que los civiles y políticos necesitan, para su disfrute, la abstención de las instituciones públicas o las personas (Pisarello, 2007, 65). En la actualidad, el derecho a la protección de datos personales y, en consecuencia, en algunos casos la intimidad, necesita que el Estado no solo legisle sino también imponga unos instrumentos que habiliten a las personas para proteger sus datos. Los derechos de sufragio requieren la implantación de toda una logística y organización desde las instituciones públicas, así como la tutela judicial demanda una eficaz administración de justicia (Alexy, 1997, 190). La efectividad de tales derechos, por tanto, requiere una acción positiva de los poderes públicos.

---

4 Conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por la ONU, los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC).

ISBN: 978-84-7777-740-3

No obstante, esta teoría de la indivisibilidad entre derechos debe hallar reflejo en fundamentos jurídicos que permitan construir una argumentación sólida que justifique la atención sociosanitaria de las personas migrantes (Gavara de Cara, 2010, 34). Por ello, debemos partir de tres premisas: a) la conexión entre derechos; b) el reconocimiento internacional de esa conexión caso por caso; y c) la adecuación al ordenamiento español y su enganche constitucional. A continuación, se exponen estas cuestiones.

1. La ineludible conexión entre derechos, en especial, la integridad física, la vida, la asistencia sanitaria y la atención social

La asistencia sociosanitaria se ha configurado desde una perspectiva formal como un principio rector de la política social y económica en la CE[5]. Eso significa que los derechos derivados de esos principios, como la vivienda digna o la protección de la familia, no pueden exigirse directamente ante los tribunales de justicia, ya que su efectividad y materialización dependerán del desarrollo legislativo (González Amuchastegi, 2004, 405). Este planteamiento, que petrifica el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, ha sido objeto de no pocos reproches en sede doctrinal (Jimena Quesada, 2012, 1515). Así, se ha afirmado que aquellos derechos recogen un contenido que, al preverse en un texto legal como la Constitución, no puede privársele de eficacia (Moreno González, 2002, 185). Todos los poderes constitucionales deben ajustarse a ese contenido que alberga cualquier principio rector, al tratarse de una norma que forma parte del ordenamiento interno (Escobar Roca, 2012, 486).

Otro de los argumentos, contrarios a considerar aquellos principios como letra muerta o simples declaraciones de intenciones, se fundamenta en la ratificación, por el Estado español, de Tratados y Convenios Internacionales que tienen por objeto garantizar y desarrollar buena parte de los derechos recogidos en los principios rectores (Fernández Collados, 2016, 210). Por ejemplo, entre los instrumentos que de algún modo inciden en la interpretación de los principios rectores, podemos citar los siguientes: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el Pacto Internacional, aprobado por la ONU, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la Carta Social Europea, aprobada en el seno del Consejo de Europa, tal y como sucede con el CEDH; el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; el Convenio para la protección de los derechos del niño; el Convenio contra cualquier forma de trato inhumano o degradante o, incluso, el Pacto Internacional para la protección de los derechos civiles y políticos (ONU) (Durán y Lalaguna 2007, 117-121).

5 Véanse arts. 39.1, 40.1, 43 y 47 CE.

Los organismos encargados de aplicar aquellos instrumentos internacionales han dotado de un contenido y un significado a algunas declaraciones genéricas que figuran en sus textos. En el caso de los instrumentos más afines a los derechos sociales, el Comité de la ONU o el Comité para la aplicación de la Carta Social Europea (Molina Navarrete, 2017, 675), caso por caso, han ido construyendo un cuerpo de doctrina que, si bien está mediatizado por los elementos fácticos derivados de los conflictos concretos, posee eficacia y virtualidad en tanto que interpretan derechos reconocidos en textos legales (Bon 2006, 142)[6]. A esas resoluciones de organismos internacionales debemos añadir las de las instancias internacionales que aplican Convenios que contienen derechos que pueden calificarse como derechos fundamentales, como el derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho al proceso debido o el derecho a la vida privada y familiar (Díaz Crego, 2012, 45 y 46).

En el caso de los derechos que en España se consideran fundamentales y, más en concreto, susceptibles de exigirse por la vía del amparo constitucional (arts. 14-29 CE), su invocación se debe al estrecho vínculo que los une, desde una óptica conceptual, a los derechos de corte social (Cubero Marcos, 2017, 153). La interpretación por conexión entre los derechos fundamentales y los derechos de corte social se ha empleado en diversos pronunciamientos del TEDH y del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que aplica el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos. Podemos aludir a los casos de familias desahuciadas que han invocado el art. 8 CEDH y cuyas pretensiones ha estimado el TEDH, al entender que, dadas las circunstancias, el Estado debe proveer de medios y recursos a familias que se encuentran en tal situación de desprotección o vulnerabilidad[7]. El Tribunal condena la inacción de las administraciones ante tales circunstancias en que, privando del hogar a una familia, se está vulnerando su derecho a

---

6 *CAT/OP/ESP/1 (2019).* El Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU ha manifestado que, desde el momento de la detención, las personas migrantes deben recibir asistencia médica y todas las garantías necesarias para la defensa de sus derechos, tales como la asistencia legal, la información sobre su estatus y la capacidad para comunicarse con sus familiares o con las oficinas consulares. Del mismo modo, los estados parte deben proveer las medidas para asegurarles a todas esas personas las prestaciones higiénicas necesarias y el baño. Resolución CEDS de 23 de octubre de 2012, Demanda 69/2011, *Defence for Children International* (CDI) c. Bélgica, ap. 28. En materia de vivienda, vésase la Resolución CEDS de 1 de julio de 2014, Demanda 90/2013, *Conference of European Churches* (CEC) c. Países Bajos, ap. 77.

7 STEDH 22 de febrero de 2005, Asunto 47148/1999, Novoseletsky c. Ucrania, aps. 75-88. Véase también STEDH 26 de octubre de 2006, Asunto 23848/2004, Wallová y Walla c. República Checa, aps. 67-78. STEDH 18 de septiembre de 2017, Asunto 66610/10, Yevgeny Zakaharov c. Rusia. El TEDH ha valorado específicamente el vínculo que los ocupantes de la vivienda habían mantenido con la misma durante un periodo de tiempo. Así, al margen del tiempo en que hubieran estado disfrutando de la vivienda, también se toma en consideración el hecho de que se tratase de una pareja que, aunque no había sido empadronada en ese domicilio, había acreditado la utilización continuada del inmueble.

ISBN: 978-84-7777-740-3

la vida privada (Jiménez García, 2014, 116)[8]. En parecidos términos se ha pronunciado el TC cuando estaban implicadas personas con discapacidad o menores de edad[9]. Los estados deben buscar las alternativas habitacionales que satisfagan el derecho a la vida privada y familiar conforme a criterios de proporcionalidad[10]. Otros supuestos reseñables se refieren a la inactividad de los estados en caso de vertidos a los ríos y al suelo que podían afectar a familias, o bien a la destrucción de asentamientos y al desahucio de familias que habitaban zonas en que los instrumentos urbanísticos preveían la construcción de viviendas[11].

El TEDH ha contemplado tres requisitos para que las personas migrantes puedan exigir la asistencia sanitaria, de modo que se garantice el derecho a no recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes (Pérez Alberdi, 2014, 328-330 y Delgado del Rincón, 2019, 39-49): a) El tratamiento en el país de origen no es viable o no está disponible; b) la enfermedad se halla en una situación de suficiente gravedad como para deteriorar el estado de salud de la persona; y c) la asistencia precisa de urgencia y cuidado inmediatos, pues la dolencia o el mal deben estar en una situación muy avanzada[12]. En caso de que el familiar se halle pendiente de la resolución de un recurso, las prestaciones sanitarias se conservan intactas[13].

Respecto a la provisión de servicios esenciales o de bienes de primera necesidad, el TEDH ha mostrado una visión algo restrictiva. Como ejemplo, el TEDH resolvió una demanda del colectivo gitano que exigía a las autoridades públicas la implantación de un sistema de suministro de agua potable. En este caso el Tribunal aduce como argumento el amplio margen de apreciación de que disponen los estados para priorizar sus infraestructuras y recursos urbanísticos. En la aplicación del principio de proporcionalidad, declaró que solamente convincentes razones tales como un riesgo serio a la salud podría justificar la imposición de una carga al Estado para llevar a cabo actuaciones respecto a la situación de las personas demandantes. Incluso, compele a las recurrentes a demostrar que existían razones, sean financieras o de otro tipo, que les impedían instalar sus propios tanques para el suministro de agua o emplear otro tipo de sistema de saneamiento[14].

---

8 STEDH 29 de enero de 2015, As. 15711/13, Stolyarova c. Rusia, aps. 59-63.

9 SSTC 161/2021, de 4 octubre, FJ 3.º y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 3.º.

10 STEDH de 18 de noviembre de 2021, As. 9437/12, Ahmadova contra Azerbayán, aps. 49-51.

11 Resolución del CEDS de 23 de enero de 2013 (Demanda 72/2011), se planteó por la Federación Internacional de grupos de Derechos Humanos la violación del artículo 11, relativo a la protección de la salud de las personas, debido a los efectos perjudiciales que podría ocasionar a la salud de las personas el vertido de sustancias químicas al río Asopos.

12 STEDH de 13 de diciembre de 2016, Demanda 41738/10, Paposhvili c. Bélgica, aps 177-183.

13 STJUE de 30 de septiembre de 2020, C-402/2019, CPAS de Seraing, ap. 50-51.

14 STEDH de 10 de marzo de 2020, As. Hudorovic y otros contra Eslovenia, aps. 149-151.

2. El fundamento jurídico: las resoluciones de organismos internacionales

Se han mencionado algunos casos en que las instancias internacionales no han dudado en establecer una conexión directa entre los derechos. Sin embargo, no por el hecho de mediar un vínculo indiscutible entre materias, como se ha expuesto anteriormente, siempre debe reconocerse el derecho invocado. Hemos de distinguir dos tipos de pronunciamientos de organismos internacionales a efectos de dotar de coherencia la exposición: en primer lugar, las resoluciones que interpretan derechos considerados sociales y que se reconocen en los instrumentos internacionales, como el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU o la Carta Social Europea (CSE) (Alfonso Mellado, 2014, 252). Asimismo, podrían incluirse derechos de índole laboral reconocidos en el TFUE. En segundo lugar, la tutela de los derechos sociales por la vía de conexión con los derechos reconocidos en el CEDH o en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

En cuanto al primer grupo, la relevancia de las resoluciones estriba en que están dotando de un contenido suficientemente preciso a conceptos como la vivienda digna, la protección de la familia o el derecho a la asistencia sanitaria. Del mismo modo sucede con los derechos laborales previstos en el TFUE. A estos efectos, el Estado español ratificó el Protocolo Adicional para la presentación de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, relacionadas con derechos contemplados en la CSE[15]. Lo fundamental es que el Comité que aplica ese instrumento interpreta su contenido y precisa caso por caso el significado y alcance de los derechos. A tal efecto, las autoridades internas deben tomar en consideración todas aquellas resoluciones. les vinculará a aquellas en caso de que exista analogía o una similitud acusada entre los supuestos de hecho.

En cuanto al segundo grupo, las resoluciones no definen exactamente el derecho a la vivienda o al medio ambiente adecuado. Sin embargo, aportan un criterio de interpretación caso por caso que debe ser atendido por los poderes públicos españoles, siempre que hayan ratificado los instrumentos internacionales en que se fundan aquellas resoluciones. Estas recogen los casos en que puede ejercerse el derecho a la vivienda como parte del derecho a la vida privada y familiar, si bien no les obliga a los estados a regular tal derecho ni a reconocerlo automáticamente. En caso de que se presenten supuestos que guarden analogía o similitud, las autoridades públicas deben adoptar medidas para evitar que se produzca la vulneración del derecho en los términos que recoge la resolución emanada de la instancia

15 Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. *BOE* 263, 2 de noviembre de 2022.

ISBN: 978-84-7777-740-3

internacional. No debe olvidarse que esta interpreta un derecho reconocido por un texto internacional ratificado por España.

Esta argumentación hunde sus raíces en una metodología extraña al Derecho continental, toda vez que, como puede observarse, sus resultados dependen de los casos, de los hechos que se desprenden de las resoluciones, es decir, de la jurisprudencia que los examina. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia pueden percibir, no sin razón suficiente, cierta confusión cuando se presenta una argumentación de este tipo. Desde su óptica, siempre cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿qué norma o que fundamento jurídico les permite a las instancias internacionales deducir que se ha vulnerado el derecho a la vida privada y familiar? La respuesta se halla en un principio general del derecho, muy habitual en los fallos del TC. Se trata del principio de proporcionalidad y, especialmente, en su tercera acepción, es decir, la limitación de los derechos no puede suponer una anulación o un daño más grave que el beneficio que se deriva de esa limitación.

La proporcionalidad en aquella acepción requiere la ponderación entre diferentes derechos. Por ejemplo, la Ley obliga al desahucio de las personas que no pagan la renta de alquiler, de modo que se proteja el derecho de propiedad. Sin embargo, el lanzamiento conlleva una posible vulneración del derecho a la vida privada y familiar de las personas que residen en esa vivienda. Al colisionar dos derechos, debe justificarse cuál de ellos prima y, al mismo tiempo, procurar que el otro se restrinja o ceda lo menos posible. En este caso, el Estado puede conciliar ambos derechos si le asigna a aquella familia un alojamiento o alternativa habitacional que se ajuste a su capacidad económica o a su situación social. De ese modo, la persona propietaria podría continuar disfrutando de su derecho, si bien tendría que aguardar a que el Estado facilite una nueva vivienda a la familia afectada. En este tipo de casos, lo que el TEDH condena es la inactividad del Estado y el hecho de que prevalezca la aplicación de la Ley, pese a que esta no se ajusta a los parámetros de proporcionalidad para la garantía del derecho a la vida privada y familiar. Entre ellos se encuentra la idoneidad, la necesidad y el hecho de ocasionar del menor daño o lesión posible a cualquiera de los derechos concurrentes.

3. Directa aplicabilidad en España

El art. 10.2 CE dispone que los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España servirán como criterio interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas. Del mismo modo, aquellos instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento interno y se aprueban en las Cortes Generales mediante Ley Orgánica[16]. Por tanto, no puede alber-

16 STC 150/2011.

gar duda alguna la eficacia de los instrumentos internacionales y las resoluciones de los organismos que los aplican (Díaz Crego, 2012, 45 y 46). La razón no estriba en que se incorporan al ordenamiento interno mediante leyes orgánicas, sino que interpretan el contenido de los derechos y libertades públicas reconocidos en la CE. El argumento en torno al rango normativo de los instrumentos internacionales no puede justificar que se posterguen frente a la Constitución, ya que de algún modo ellos mismos desarrollan el Texto Constitucional (Ruiz-Rico Ruiz, 2007, 22).

El TC se ha resistido a aquella línea de interpretación. En materia medioambiental, por ejemplo, se apartó de la jurisprudencia del TEDH en la fijación de los estándares necesarios para considerar lesionado el derecho a la intimidad por emisiones a la atmósfera o ruidos excesivos[17]. En alguna sentencia reciente concedió el amparo a una familia que iba a sufrir un desahucio por impago del alquiler, pero la argumentación se alejó del derecho a la vivienda o de su conexión con la intimidad o la dignidad de las personas[18]. Se centró más en la protección de las personas menores de edad, cuyos derechos se reconocen en un convenio internacional, lo que condujo a afirmar que, al no respetarse esos derechos y no tenerlos en cuenta para encontrar una alternativa habitacional, los tribunales de instancia vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva. Nótese que el razonamiento jurídico se sustenta en cuestiones formales o adjetivas, es decir, el derecho a que se dicte una sentencia que proteja de manera efectiva su situación jurídica. Sin embargo, soslaya lo material, es decir, no declara abiertamente la existencia de un derecho en tales circunstancias.

¿Qué sucede con la labor del legislador que no plasma en una norma vinculante el contenido de la doctrina emanada de las instancias internacionales? La omisión del legislador no puede ser objeto de condena por el TC, en tanto que este ejerce como juez negativo y ni la CE ni la LOTC le han atribuido competencias para declarar la inactividad legislativa y condenar al poder legislativo a cumplir una prestación determinada (López Ramón, 2014, 79). Resulta comprensible esta regulación, dada la necesidad de que aquel poder desarrolle sus facultades inherentes, y el respeto ineludible a la voluntad democrática representada en sede parlamentaria[19]. No obstante, hemos de señalar que ningún poder público debe quedar exento de cumplir la Constitución y eso afecta también al legislativo[20]. Presentar un recurso

---

17 STC 16/2004, FJ 3.º. Exige que los niveles de ruido superen el umbral a partir del cual se ponga en grave peligro inmediato la salud.

18 STC 113/2021, FJ 3.º. No exime del deber de motivación reforzada que incumbe al órgano judicial cuando puede estar afectada la protección de los menores, de las personas con discapacidad y de las familias dispensada por la Constitución y los instrumentos normativos del derecho regional e internacional de derechos humanos suscritos por España.

19 Informe Anual del Comité de Derechos Sociales del año 2013.

20 Art. 9.1 CE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de amparo por omisión puede toparse con la recurrente objeción del TC, relativa a la libertad de configuración del legislador y el respeto a la pluralidad de las opciones ideológicas, apoyadas por la ciudadanía. Por ello, la única vía consistirá en que, tanto el TC como los tribunales ordinarios reconozcan derechos a las personas basándose en el art. 10.2. Para ello, el Tribunal de Garantías no puede ignorar la legislación aplicable, sino que ha de conciliar los derechos que aquella reconoce con aquellos que se deducen de los casos mencionados anteriormente y vinculados siempre a instancias internacionales (Juste Ruiz, 2019, 542).

Los tribunales ordinarios pueden reconocer una determinada situación jurídica, obligando a actuar a las administraciones públicas, sin que ello suponga la inaplicación o la vulneración de la Ley. Así, en caso de desahucios, puede ordenar la suspensión de la ejecución de la sentencia hasta asegurarse de que la Administración ha encontrado una alternativa habitacional para las personas afectadas. En materia de extranjería, debe atenderse y prestarse asistencia sanitaria a personas que llegan exhaustas y enfermas, aunque se encuentren en situación irregular. Respecto a esta, se iniciarán los procedimientos necesarios para declarar tal situación, pero en el ínterin el objetivo fundamental reside en salvar sus vidas o evitar un trato inhumano, garantizando su integridad física.

Otro mecanismo para lograr que el legislador actúe se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad. Un juez o tribunal puede inquirir al TC para que determine si una norma con rango de Ley, necesaria para la resolución de un litigio, se adecúa o no al Texto Constitucional. En concreto, si la Ley quebrara los criterios interpretativos de los organismos internacionales, en relación con la asistencia sociosanitaria, entonces el TC la anularía y, a partir de ese momento, el Tribunal ordinario podría aplicar directamente aquellos criterios sin tomar en consideración la Ley. De lo contrario, tendría que cohonestar o conciliar los derechos o intereses en presencia a efectos del reconocimiento de aquella asistencia.

Por último, si las administraciones públicas no han intervenido para garantizar aquellos derechos o si no han actuado con la diligencia o efectividad suficientes, los tribunales ordinarios pueden ordenar que lleven a cabo acciones positivas. La Ley 29/1998 ha puesto a disposición de las personas afectadas el recurso por inactividad, si bien pueden hallar un obstáculo: el hecho de que la obligación exigible no se encuentre suficientemente precisada. Esta objeción puede salvarse si las resoluciones de instancias internacionales exponen con claridad y concreción qué casos ameritan el reconocimiento pleno del derecho y su materialización. El problema para las administraciones se sitúa en si son o no competentes para actuar, especialmente las administraciones autonómicas en materia sanitaria. Veamos cuál es el origen del conflicto y si puede dársele o no alguna solución.

III. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS QUE HABILITAN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

La asistencia social es una competencia que pueden asumir las comunidades autónomas en virtud de sus estatutos de autonomía[21]. De hecho, todas ellas más las ciudades autónomas se han dotado de competencias exclusivas en esa materia, lo que abarca la regulación básica, de desarrollo y su ejecución. La sanidad, en cambio, se ejerce mediante poderes compartidos, de modo que el Estado está facultado para aprobar la legislación básica y los entes autonómicos que así lo hayan contemplado en sus estatutos pueden dotarse de competencias legislativas de desarrollo y ejecución en esa materia.

Hasta aquí la teoría no presenta problemas. No obstante, la realidad presenta escenarios en que aquel esquema puede desmoronarse por la situación de necesidad y porque concurren derechos dignos de una mayor protección. Así, cuando muchas personas arriban a puertos o a las costas españolas sin documentación, con visibles signos de cansancio, soportando las inclemencias meteorológicas, sedientas, hambrientas, mujeres embarazadas o con incipientes signos de enfermedad, debemos preguntarnos si es o no relevante qué administración, estatal, autonómica o local puede actuar para atender a aquellas personas y, por el contrario, podemos suscitar la duda en torno a si no prima la atención más allá o por encima de cualquier atribución de poder a un ente u otro.

1. La evolución de la doctrina del TC basada en cuestiones formales: atribución competencial

Hace más de veinticinco años, el TC anulaba resoluciones administrativas que denegaban la asistencia sanitaria de personas en situación irregular, en aplicación de la Ley 14/1986, General de Sanidad[22]. Esta norma exigía como requisito la residencia en el Estado español, sin atender a más consideraciones, del mismo modo que la LOEX contemplaba el derecho a la asistencia sanitaria de todas las personas extranjeras, sin diferenciación respecto al resto de españoles[23]. Aun así, nótese que se consideraba como materia básica la definición del concepto de beneficiario del Sistema Nacional de Salud, lo que, en el fondo, deja en manos del legislador estatal el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

---

21 Art. 148.1.20.ª y 21.ª CE.

22 STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3.º.

23 Art. 12.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El gobierno, en época de crisis, aprobó el Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que reformaba la Ley General de Sanidad, y limitaba el derecho de asistencia sanitaria gratuita a aquellas personas que contasen con un seguro social, es decir, que cotizaran a la Seguridad, salvo en casos de extrema urgencia, como enfermedades graves en que corriera peligro la vida de las personas o mujeres embarazadas[24].

Aquellos criterios invitaban a la confusión o a la excesiva discrecionalidad de la Administración para decidir en qué casos debía asistirse a aquellas personas necesitadas. Incluso, el personal sanitario debía adoptar decisiones en cuestión de minutos sobre la admisión de una persona para su tratamiento en un centro hospitalario (Delgado del Rincón, 2014, 212). A eso se añadía el hecho de que, pese que se prestaba el servicio sanitario, no siempre la asistencia era gratuita, porque no se adecuaba a los supuestos de urgencia mencionados anteriormente.

El TC anuló en diversos pronunciamientos normas autonómicas que permitían la asistencia sanitaria gratuita a aquellas personas que residieran habitualmente en la Comunidad Autónoma en cuestión[25]. Para ello, se exigía únicamente el certificado de empadronamiento[26]. Las comunidades autónomas alegaban que disponían de las competencias ejecutivas y que podían, en virtud de ellas, prestar atención sanitaria a aquellas personas que lo necesitaran, más allá de su situación jurídica regular o no y de si abonaban las cotizaciones de la Seguridad Social. Merece la pena dete-

---

24 Art. 3.1 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Solo los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español podían disfrutar de la atención sanitaria brindada por la Seguridad Social, siempre que acrediten el límite de ingresos determinado reglamentariamente que, en concreto, se estableció en 100.000 euros. Al respecto, véase también el art. 3.ter de aquella ley, que dispone lo siguiente: Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

25 STC 139/2016, de 21 de julio. Asimismo, véase las SSTC 134/2017, FJ 6.º, respecto al Decreto del Gobierno vasco 114/2012 y la 33/2017, con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el Real Decreto-ley 16/2012 (FJ 6.º). En este último caso se alega por el TC la competencia de coordinación en materia sanitaria que le corresponde al Estado. Asimismo, véase la STC 2/2018, presentado contra la Ley 7/2016 del Parlamento de Extremadura. En palabras textuales, es una «facultad atribuida con el fin de hacer posible la información recíproca y la homogeneidad técnica para el ejercicio conjunto de las competencias que corresponden a las autoridades estatales y autonómicas en la materia».

26 Véase la anulación de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, que reconocía la asistencia sanitaria a cualquier persona que acreditara el domicilio en la Comunidad Foral de Navarra. STC 17/2018, de 22 de febrero, FJ 4.º.

nerse en algunos argumentos jurídicos aportados por aquella jurisprudencia constitucional, a fin de plantear un análisis crítico de la actuación de los poderes públicos en relación con la asistencia sociosanitaria de las personas migrantes.

Uno de los motivos por los que se valida el Decreto-Ley estriba en que el Estado adoptó aquellas medidas restrictivas por razones económicas, basadas en el límite que representa el techo de gasto, impuesto por las autoridades europeas (Valcárcel Bustos, 2018, 357)[27]. Se deduce de este presupuesto una suerte de prevalencia de los criterios económicos respecto a la protección de derechos fundamentales como la vida, la dignidad o la integridad física[28]. Nótese que el TC no trató de ponderar los derechos o bienes jurídicos concurrentes, como se ha comentado antes respecto al principio de proporcionalidad. Al contrario, acompañó a ese argumento la recurrente cláusula de la libertad del legislador, acorde con el principio democrático, para primar unos bienes o derechos sobre otros. Como si la efectividad de los derechos humanos dependiera del poder político hegemónico y se sostuviera en razones de tipo coyuntural (Carcar Benito, 2016, 198).

De todos modos, desde una perspectiva jurídica más técnica, el TC no aplicó correctamente el principio de suficiencia financiera, ya que debió demostrar caso por caso que la atención a las personas migrantes iba a suponer una quiebra en el equilibrio económico-financiero del servicio[29]. Invocar una genérica facultad del Estado para la coordinación general de la actividad económica[30] supone vaciar de competencias ejecutivas a las CCAA. En el caso de la Ley extremeña 7/2016, el argumento, contrario a impedir la embargabilidad de las ayudas sociales extraordinarias, giró en torno a la competencia estatal sobre la legislación procesal, de modo que anuló el precepto de aquella Ley que impedía el embargo de las ayudas extraordinarias que

---

27 STC 157/2011, FJ 3.º. Le corresponde al Estado garantizar el equilibrio económico y financiero [STC 134/2011, FJ 8.a)].

28 STC 64/2017, FJ 5.º. Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra los arts. 1.1 y 2.3, 2.4 y 4.13 del Real Decreto-Ley 16/2012. Se refiere al tope de gasto que puede fijar el Gobierno, mediante Orden Ministerial, para la financiación de la cartera común suplementaria.

29 En esa línea apuntan los votos particulares de la STC 139/2016, emitidos por la Magistrada Balaguer Callejón, y los Magistrados Valdéz Dal-Ré, Xiol Ríos y Conde-Punpido. Si a las comunidades se les dota de autonomía, estas se basan en la disponibilidad presupuestaria, no en otras consideraciones. De lo contrario, se estaría llevando a cabo un vaciamiento de las competencias autonómicas.

30 STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 12.º. Véase también la STC 145/2017, de 14 de diciembre, que anula el Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del *Consell* de la Generalitat de Valencia, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana y la STC 98/2017, de 20 de julio, FJ 3.º. Se refiere al recurso interpuesto por la Comunidad canaria contra el Decreto-ley 16/2012.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sirven como apoyo social para contingencias[31]. Conforme a los diferentes fallos del TC, tan solo el Estado puede determinar qué personas tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita, materia vedada a la legislación autonómica. Este argumento, de un corte excesivamente formal, y aplicado en sus estrictos términos, aboca directamente a la inacción de las administraciones cuando arriban pateras a las costas españolas, atestadas de personas que necesitan una mínima atención para sobre vivir o, al menos, para no sufrir de forma cruel[32].

¿Acaso alguna administración pública o su personal pueden abandonar a seres humanos y dejarlos morir de sed, de hambre o evitar que agraven su pésimo estado de salud sin que se derive por ello, como mínimo, responsabilidad patrimonial o la comisión de un delito por omisión? Ese es el fruto del sinsentido protagonizado por el TC, al ignorar no pocos pronunciamientos de organismos europeos e internacionales, que condenaban a los estados por no proveer a las personas migrantes un mínimo de prestaciones que garantizasen su dignidad[33]. Muchas CCAA atendían a personas migrantes por la vía de los hechos, ya que el fallo del TC no les amparaba para actuar.

Además, a esta intervención claramente *ultra vires* debemos añadir el hecho de que las CCAA disponen de la competencia exclusiva en materia de asistencia social, lo que también debe abarcar la atención sanitaria como un requisito mínimo para garantizar la dignidad de la persona y su participación en la sociedad (Delgado del Rincón, 2014, 212)[34]. Así, en el razonamiento el TC ignoró completamente esta circunstancia y omitió toda conexión entre la asistencia social y sanitaria, lo que redujo sensiblemente el peso de las facultades autonómicas frente a la legislación básica estatal[35]. En una interpretación coherente y más equilibrada no puede negarse el cuidado de la salud para una atención social integral.

Lo más lamentable es que, aun esgrimiendo poderosos motivos para prestar la asistencia sociosanitaria, los poderes del Estado, de *lege lata*, por

---

31 STC 2/2018, de 11 de enero, FJ 4.º. Se produce, a tenor del fallo, una «modificación y ampliación de la categoría de bienes inembargables sin que exista conexión directa con una peculiaridad del derecho sustantivo autonómico».

32 Los magistrados discrepantes ya advirtieron acerca de la ausencia de motivación suficiente para restringir unos derechos reconocidos en instrumentos internacionales. En efecto, del PIDESC puede deducirse que los estados pueden alegar diversos motivos que impiden la efectividad de los derechos, entre ellos las cuestiones económicas. Ahora bien, este argumento debe aplicarse en cada caso en que cada comunidad autónoma destina los fondos públicos a la sanidad.

33 Entre otras, véase STJUE (Gran Sala) de 17 de julio de 2014, C-514/2013, apdos. 32 y 33.

34 Véase al respecto la STC 154/2013, de 13 de septiembre, FJ 7.º. Aunque se trataba de ayudas destinadas a personas extranjeras, el TC prohibió su centralización, precisamente por la exclusividad de la competencia autonómica en materia de asistencia social.

35 STC 97/2017, de 20 de julio, FJ 4.º. Repite los argumentos relativos a la Sentencia 139/2016.

acción —a través de las sentencias del TC—, han ignorado las interpretaciones de conformidad con los instrumentos internacionales. Por omisión, todavía hoy, pese a haberse modificado esa Ley estatal en materia de sanidad y reconocer la atención gratuita a personas residentes, no se ha aprobado una regulación mínima para hacer frente a situaciones de emergencia humanitaria provocadas por movimientos migratorios. Esa Ley de una vez por todas debe establecer unos criterios claros para que las personas migrantes sean atendidas, sean o no residentes y, sobre todo, cuando hayan sufrido las calamidades y desgracias que comportan los desplazamientos en pateras en trayectos interminables. Para ello, hemos de tomar en consideración el principio de proporcionalidad como eje para la actuación de los poderes públicos.

2. La colisión de normas, competencias y derechos: el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene por objeto moderar o equilibrar la actuación u omisión de las administraciones públicas, a fin de no desmerecer, anular o rechazar diferentes bienes jurídicos, derechos o intereses concurrentes o que coliden en un conflicto jurídico (Tornos Más, 2017, 45). Como se observa, parece un concepto muy dúctil que puede servir lo mismo para legislar que para resolver litigios judiciales. Los poderes públicos no pueden soslayar derechos o bienes jurídicos de igual o mayor relevancia o peso que los que se derivan de una aplicación estricta de la legislación (Rodríguez de Santiago, 2007, 107-111, y García Amado 2009, 324 y 325).

Sabemos que el CEDH establece límites a la actuación de los Estados apelando a la necesidad de su actuación en una sociedad democrática. Esa intervención puede proceder de la ley, de un reglamento o de un acto administrativo. El TEDH lo ha resaltado en no pocas ocasiones, de manera que no ignora el principio de legalidad. Más bien al contrario, el CEDH siempre condiciona la limitación de un derecho al hecho de que se haya previsto en una Ley[36]. Este requisito es necesario pero no suficiente, pues debe ajustarse al llamado *checking balance*, es decir, al test de adecuación a los derechos humanos (Bernal Pulido, 2007, 393). Una regulación que anule o no tome en consideración los derechos humanos, es contraria al CEDH. Asimismo, los estados que no adopten medidas para evitar tal negación de los derechos deben ser condenados por el TEDH (Tomás Mallén, 2011, 292).

---

36 STEDH 29 de enero de 2015, As. 15711/13, Stolyarova c. Rusia, aps. 59-63 y STEDH 6 de diciembre de 2011, Asunto 7097/10, Gladysheva c. Rusia, aps. 93-97. STEDH 27 de mayo de 2008, As. 25565/05, N. c. Reino Unido, aps. 44-50.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El problema se plantea del siguiente modo: las comunidades autónomas deben sujetarse al bloque de la constitucionalidad, en el que se hallan también las sentencias del TC. No pueden ejercer poderes que aquel bloque no les haya conferido, y uno de ellos puede referirse a la aprobación de la legislación básica en materia de sanidad. Sin embargo, podrían desarrollar esa legislación y emplear los medios materiales y humanos para proceder a su efectivo cumplimiento, es decir, para su ejecución (Aguado i Cudolá y Prado Pérez, 2014, 101). Cabe añadir a todo ello la atención social de las personas migrantes, materia en la que disponen de poderes plenos para legislar y ejecutar la legislación. Todo ello siempre que los entes autonómicos hayan asumido expresamente esas competencias en sus estatutos.

En caso de que se observe una necesidad imperiosa e inaplazable para la atención sociosanitaria de las personas migrantes que llegan a las costas en un estado deplorable, o que simplemente se encuentran en tránsito sin una residencia fija (Bolíbar Planas, 2013, 114-138)[37], el Real Decreto-Ley 7/2018 exigía disponer de la residencia legal acreditada por empadronamiento. De lo contrario, se prohibía cualquier tipo de atención sanitaria que no fuera urgente, como en supuestos de enfermedades graves que puedan causar la muerte o cuando debe asistirse a mujeres embarazadas (Sobrino Guijarro, 2017, 85). La reforma de la legislación actual, operada por formaciones de signo político distinto, permite la atención sanitaria a cualquier persona que acredite la residencia legal. Para ello, al margen del empadronamiento, pueden presentar la carta de viaje expedida por el consulado y el certificado de registro de visitas emitido por un servicio social de base autonómico o por trabajadores sociales de ONG declaradas de utilidad pública[38]. Aun así, no se toma en consideración que estas personas tratan de huir de los ámbitos institucionales y de los trámites burocráticos, pues constituyen todo un riesgo para una posible devolución y más si reparamos en el Reglamento UE 1351/2024, que promueve el control de fronteras y la prevención de las migraciones irregulares. Piénsese que han de seguir un procedimiento previo ante la Administración, consistente en la presentación de una declaración responsable y que en muchos casos su interés se halla en el tránsito hacia otros países europeos y no tanto la permanencia. ¿No se incurre en un riesgo muy elevado de que, tras la realización de un viaje en condiciones penosas, las personas empeoren su estado de salud que lleve a la muerte, o a que se les condene a un grado de sufrimiento que

37 STEDH 14 de marzo de 2017, Asunto 47287/15, Ilias y Ahmed c. Hungría, aps. 64, 83 y 85. STEDH 12 de mayo de 2017, Asunto 21980/04, Simeonovi c. Bulgaria, ap. 88.

38 Art. 3 *ter*.2 Ley 16/2003, de 28 de mayo. Este precepto se desarrolla por el art. 2.2.b) del Real Decreto 180/2026, de 11 de marzo. A estos documentos se les añade un certificado de escolarización de personas menores de edad, documento de inscripción consular, facturas de suministros de agua, luz, gas o telefonía o certificado emitido por un centro de la red pública de migraciones.

atenta contra cualquier principio humanitario o contra su integridad física? (Arzola, 2017, 2016).

Por otro lado, una vez que se han iniciado los trámites que prevé la legislación de extranjería, algunas personas podrían solicitar asilo y tanto la legislación europea como la jurisprudencia impiden que los estados abandonen a estas personas, y deben proveerles de los recursos necesarios para su manutención o habitación en condiciones dignas (Vieyra Calderoni, 2019, 169)[39]. Esta suerte de regulación asimétrica, favorable a las personas que solicitan protección internacional, ha incitado tradicionalmente a la proliferación de solicitudes de asilo que sobrecargan de trabajo a las administraciones públicas.

Ante estos dos derechos o intereses en conflicto (competencias *vs.* derechos), el Estado no puede ignorar el respeto por los derechos humanos de las personas migrantes, ni las CCAA pueden permitir que en cualquier caso se provea asistencia sanitaria a personas que no acrediten la residencia (Pérez Alberdi, 2014, 328-330). Caben dos opciones: o bien se regulan con precisión y claridad los supuestos en que las administraciones deben atender a las personas migrantes, aplicando el principio de proporcionalidad y conciliando todos los bienes jurídicos en presencia (López Guerra, 2014, 316); o bien, es indispensable un análisis caso por caso que, aunque puede generar cierta inseguridad jurídica, permitirá una actuación más flexible y acorde a las circunstancias imprevisibles en que muchas veces se desarrollan los movimientos migratorios (Peritti, 2017, 247-259). Por ejemplo, el migrante en tránsito tal vez necesite una atención más rápida que una persona cuyo proyecto migratorio consiste en quedarse en España (Vázquez Delgado, 2016, 139). De hecho, el examen individualizado de cada situación personal es una de las características de los procedimientos en materia de asistencia social, cuya competencia es autonómica.

El TJUE ha sido concluyente: debe ser obligatoria la atención sanitaria a personas migrantes que han llevado a cabo largos viajes, repletos de penurias y que con toda seguridad han deteriorado su salud hasta el punto de que puede desembocar en su fallecimiento o en dolencias muy graves[40]. Además, todas ellas siempre pueden solicitar la protección y ayuda de las comunidades autónomas y del Estado si pretenden solicitar asilo[41]. Asimismo, no debe negarse la asistencia sociosanitaria gratuita a otros colectivos que se encuentran en situación irregular y que no disponen de resi-

39 STJUE de 25 de junio de 2020, C-36/20 PPU, ap. 91. El fallo permite que la persona migrante manifieste su deseo de solicitar la protección internacional ante el Juez de Instrucción, lo que conlleva la ausencia de situación irregular y la condición de solicitante de protección internacional.

40 STJUE (Gran Sala) de 17 de julio de 2014, C-514/2013, aps. 32 y 33.

41 STJUE de 17 de diciembre de 2020, C-808/2018, Comisión c. Hungría, ap. 220-222.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dencia, o bien no se les facilita el empadronamiento (De la Quadra-Salcedo Janini, 2010, 254). Se trata de colectivos vulnerables que precisan atención preventiva, ya que por sus circunstancias se incrementa el riesgo a sufrir enfermedades más graves.

La vulnerabilidad y el mayor riesgo para su salud determinan la necesidad de que actúen las CCAA a través de sus sistemas de salud y sanitarios (Charro Baena, 2017, 752 y 753). El Estado debe adoptar medidas que faciliten este tipo de asistencia, como la modificación de las normas sobre empadronamientos, o bien directamente suprimiendo la obligatoriedad de acreditar la residencia (Jimena Quesada, 2014, 17)[42]. Del mismo modo, tampoco deberían impedir que las CCAA adopten medidas más protectoras restringiendo el concepto de lo básico para estos supuestos en que no puede determinarse con plena certeza si una persona padece una enfermedad grave. Se limitaría la discrecionalidad administrativa en casos en que pueden resultar afectados los derechos humanos (Vela Díaz, 2016, 636). Cuando las personas migrantes solicitan la protección internacional o la llegada de menores de edad, no debe cuestionarse la intervención administrativa (Pérez González, 2011, 181) que les procure un procedimiento efectivo o bien la satisfacción de unas necesidades mínimas. Ahora bien, muchas CCAA han denunciado la escasez de recursos para hacer frente a las diversas necesidades que plantean los movimientos migratorios.

Al respecto, la UE ha implantado el principio general de solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidades. Resulta criticable el planteamiento de la Directiva, toda vez que tan solo se refiere al deber de acceso efectivo al procedimiento para solicitar protección internacional y obliga a los estados a facilitar e invertir en la acogida adecuada de los solicitantes de protección internacional. Ni rastro de algún tipo de intervención sociosanitaria[43].

IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DOTACIÓN DE RECURSOS

Hemos podido leer, a través de los diarios de mayor tirada, que las CCAA más afectadas por la llegada de migrantes se encuentran completamente desbordadas[44]. Asimismo, el Estado ha tratado de mediar en los

---

42 STJUE (Sala Cuarta) de 27 de septiembre de 2012, C-179/11, *Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés*, aps. 59 y 60.

43 Art. 6.2.a) Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n.º 604/2013. En general, el planteamiento de la Directiva siempre parte del control de fronteras y de la prevención de la migración irregular, omitiendo aspectos esenciales de la atención de las personas migrantes.

44 *El País*. «Las claves de la distribución de menores migrantes: ¿por qué Cataluña recibirá menos que Madrid, pero más dinero?», 19 de marzo de 2025.

conflictos y establecer cuotas para la acogida de aquel colectivo. Como se observa, el mismo Estado reconoce que la asistencia sanitaria es indispensable y que, incluso, debe facilitárseles a las personas acogidas un alojamiento y manutención dignos. Hemos de preguntarnos qué criterios deben tomarse en consideración para que las cargas de ciertas CCAA no sea desproporcionada.

1. Asignación proporcional de recursos

En la conferencia sectorial y en diferentes medios de comunicación se ha empleado una semántica muy alejada de los criterios indispensables para la protección de los derechos humanos. Así, se ha señalado que debe llevarse a cabo un reparto proporcional de las personas que deben ser acogidas, como si se tratara de una mercancía y siempre con la connotación añadida de carga o desecho. Se ha amenazado con la falta de atención a las migrantes por falta de recursos[45]; se han prodigado las quejas en torno a la desproporcionalidad o a que no hay equidad. Sin embargo, muy pocas páginas se dedican a describir la situación real de las personas migrantes.

Las CCAA se enfrentan a limitaciones de tipo logístico y económico, a las que se añaden posibles conflictos con la población autóctona, dado que se concentran en un espacio reducido cientos de personas ajenas e ignorantes a la cultura local o a sus costumbres. El deber de acción positiva de las administraciones topa con estos inconvenientes para cuya superación deben emplearse todos los medios a su disposición y la mayor diligencia posible en su uso. Así, las CCAA deben colaborar en la atención sociosanitaria y demostrar una actitud positiva y conciliadora. Para ello, se han creado foros, como las conferencias sectoriales, en que, al margen de delimitarse las competencias en cada circunstancia, debe promoverse la protección y el respeto de los derechos humanos.

Se han señalado criterios de asignación de recursos basados en la cuota del PIB, en la población o en los recursos que disponen las CCAA en materia de asistencia social. Aquí debemos resaltar tres criterios: a) la transparencia, que abarca la necesidad de que los criterios puedan comprenderse con facilidad y que se eviten disputas en torno a su interpretación; b) la lealtad institucional, que asegura el cumplimiento de los compromisos adquiridos, más allá de cualquier tipo de preferencia política, es decir, qué partido resulta hegemónico en cada nivel institucional. Piénsese que muchos de estos acuerdos deben perdurar durante muchos años, en tanto que los movimientos migratorios no van a desaparecer repentinamente; y c) la equidad, de modo que

[45] *El País*. «Las comunidades alegan sobreocupación con los menores extranjeros y Aragón se niega a informar al Gobierno», 1 de abril de 2025.

ISBN: 978-84-7777-740-3

aquellos criterios sean objetivos y se aproximen en la mayor medida de lo posible a los recursos de que dispone cada comunidad autónoma.

Si bien la acogida y la asistencia social de emergencia es responsabilidad de las CCAA, el Estado también debe apoyar las acciones institucionales, primero para garantizar que los recursos se distribuyen sin incurrir en discriminación entre las CCAA; y, segundo, porque puede dotar de recursos a las CCAA mediante transferencias financieras conforme al principio de subsidiariedad, es decir, en caso de que aquellas no puedan afrontar con la solvencia necesaria las necesidades que se plantean. Además, el Estado debe garantizar la efectividad de los derechos humanos, en tanto que ostenta competencias exclusivas en esta materia, así como en todos los asuntos relativos a extranjería.

A partir de esta realidad, cabe preguntarse si es razonable la queja de las CCAA en torno a la falta de proporcionalidad en la dotación de recursos para atender las necesidades sociosanitarias. Más allá de los instrumentos económicos y de los criterios comentados, es indispensable establecer un protocolo de actuación que evite distorsiones o agravios comparativos. Si miles de migrantes alcanzan las costas de Canarias, esta comunidad no puede encargarse de la asistencia sociosanitaria de todo ese contingente. El Estado, en su labor de coordinador, debe presentarse como el garante del cumplimiento de los pactos suscritos en las conferencias sectoriales y establecer las correspondientes directrices para que el resto de las instituciones autonómicas asuma su parte de responsabilidad.

Esa intervención coordinada debe ser lo más eficaz y rápida posible, de modo que se procure una asistencia integral y de calidad, causando, asimismo, el menor perjuicio a los territorios más afectados. En ese protocolo también debe desempeñar una tarea fundamental la administración estatal competente en materia de extranjería, a fin de dotar de los medios necesarios a muchas personas para que puedan optar por la protección internacional, o bien para que, en su caso, puedan iniciarse otro tipo de procedimientos administrativos, siempre conciliando estos con una acogida digna en un primer momento (Torrecuadrada García-Lozano, 2020). Si bien este tipo de protocolos son necesarios para afrontar situaciones de emergencia, deberían extenderse a cualquier tipo de actuación administrativa que requiera coordinación entre diferentes administraciones, incluida la local, ya que esta provee ayudas de emergencia y puede facilitar los empadronamientos necesarios para solicitar otro tipo de ayudas más estructurales, incluida la asistencia sanitaria.

2. Obligatoriedad en la atención sociosanitaria

Pese a que hemos comentado anteriormente que en ocasiones las previsiones legislativas no son suficientes, las CCAA en general han previsto en sus legislaciones procedimientos de asistencia social, que incluyen fases

de diagnóstico, asesoramiento, concesión de ayudas o prestaciones, planes de inserción y seguimiento. En esos casos se presentan otros problemas prácticos: la ausencia de empadronamiento; las personas afectadas no portan identificación fiable; el hecho de que no se comprenda el idioma, lo que conlleva la falta de información y, por último, el miedo a ser detenido y devuelto al país de origen.

¿Cómo prestar asistencia social sin atención sanitaria? Proveer alojamiento y las necesidades básicas a las personas migrantes carece de sentido si estas padecen alguna enfermedad o secuelas o lesiones derivadas de unas condiciones indignas de vida. Por ello, las competencias de ejecución en materia de sanidad y de asistencia social deben hallarse estrechamente asociadas y, de hecho, esa parece la finalidad del bloque de la constitucionalidad en relación con estas áreas. En cualquier caso, si los estados se presentan como garantes de los derechos de las personas migrantes, deben intervenir y adoptar las medidas necesarias para promover condiciones de vida digna[46]. Esa obligatoriedad se deriva de los diferentes instrumentos internacionales ratificados por el Estado para la efectividad de los derechos humanos, con lo que también puede exigirse judicialmente las prestaciones sociales y sanitarias indispensables[47].

Una de las problemáticas que se ha planteado para la garantía de los derechos es la obligatoriedad del empadronamiento como forma de acreditar la residencia en el territorio autonómico (Díez Sastre, 2010, 293). En ocasiones, las personas titulares de los inmuebles rechazan autorizar el empadronamiento, como así lo exige la normativa en esta materia, ya que tratan de evitarse los problemas derivados de viviendas excesivamente ocupadas (Velasco Caballero, 2010, 95). Se han habilitado algunos instrumentos, en colaboración con las ONG, para ubicar el domicilio de las migrantes en albergues o en las sedes de las ONG. Sin embargo, las entidades locales deben actuar con mayor flexibilidad, o empleando vías que sean propicias para evitar desatención o abandono. El Real Decreto 180/2026 ha salvado gran parte de estos inconvenientes, pero todavía persisten dudas que se suscitan en la práctica, como las posibles trabas burocráticas o la institucionalización de la atención. Eso significa que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria dista mucho de ser automático.

---

46 STEDH de 6 de noviembre de 2012, Demanda 58158/2010, Lin contra Grecia, apdos. 54-58. El TEDH había establecido, como estándar, una superficie de 3 metros cuadrados por celda, y en este caso, por ejemplo, la superficie era de 13 metros cuadrados para quince personas.

47 STEDH de 19 de enero de 2010, Demanda 41442/2007, Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica, ap. 62. A tenor del Tribunal, no debe olvidarse que rige también la Convención de los Derechos del Niño y resulta indiferente el hecho de que se encuentre o no acompañado. STEDH de 2 de julio de 2020, Demanda 28820/2013, N.H. y otros contra Francia, ap. 175-184.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Cuando se solicita el asilo, la persona migrante tiene derecho a solicitar las ayudas y la asistencia social y sanitaria, dada su situación especial de vulnerabilidad (Rodríguez Mateos, Jiménez Blanco y Espiniella Menéndez, 2017, 471). Sin embargo, el TS ha denegado la asistencia sanitaria a la persona reagrupada que no cumple los requisitos para su regularización[48]. Del mismo modo, algunas instancias internacionales han condenado a España por las pésimas condiciones en que se hallan los Centros de Internamiento de Extranjeros y el mismo Defensor del Pueblo ha denunciado la existencia de Centros Temporales que no cumplen los requisitos mínimos de habitabilidad[49]. Así, tanto las CCAA como el Estado deben prestar una asistencia que cumpla unos estándares mínimos para que un ser humano pueda vivir de una manera digna[50].

Respecto a los menores extranjeros no acompañados, estos deben incorporarse al sistema de protección de la infancia de las CCAA o de las diputaciones forales en el caso de la Comunidad Autónoma Vasca[51]. La razón estriba en que la Convención para la protección de los derechos del Niño les ampara y sirve como fundamento inmediato para procurar su atención, alojamiento, higiene, vestimenta o asistencia sanitaria, además de todos los derechos fundamentales susceptibles de amparo, especialmente, la tutela judicial efectiva[52]. Las medidas que adopten las administraciones públicas tienen siempre por objeto garantizar el interés superior de la persona menor de edad, con lo cual debe rechazarse que se encuentran en situación de irregularidad.

---

48 STS 364/2019, de 13 de mayo, FD 6.º. La persona reagrupante debe cumplir los requisitos para recibir la consideración de beneficiaria del sistema. Asimismo, véase STS 43/2021, de 14 de enero, FD 4.º.

49 *E/C.12/ESP/CO/6 (2018).* Preocupan al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) las dificultades que enfrentan los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en cuanto al disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a un nivel de vida adecuado. Refleja las condiciones inadecuadas en que se encuentran los migrantes y solicitantes de asilo en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes en Ceuta y Melilla.

50 Al hilo de ello, véase la STEDH de 12 de mayo de 2020, As. 42321/2015, *Sudita Keita* c. Hungría, ap. 41. El estado húngaro incumplió «la obligación positiva de proporcionar un procedimiento o combinación de procedimientos que permitieran al demandante tener determinado su estatus legal con vistas a desarrollar sus intereses privados». Véase también la STEDH de 28 de noviembre de 2017, As. 1009/2016, *Boudraa* c. Turquía, ap. 36. La dependencia no disponía de ventilación ni de los medios necesarios para poder dormir.

51 Véase la STC 43/2025, de 12 de febrero, respecto a la anulación del Acuerdo del Gobierno de Canarias que aprueba un protocolo para el acogimiento de personas migrantes. En sus propios términos «la recepción y el acogimiento inicial de un extranjero menor de edad o que pudiera razonablemente serlo es competencia de la CCAA que tenga asumidas estatutariamente competencias en materia de protección de menores» (FJ 3.º). STJEU 1 de agosto de 2022, C-422/2021, *Ministero dell'Interno*, ap. 46 y 47. Incluso, en supuestos en que el mismo interno había agredido a los funcionarios de policía, debe proveérsele las condiciones necesarias para una vida digna.

52 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. *BOE* n.º 313 de 31 de diciembre de 1990.

En los últimos tiempos ha brotado una polémica jurídica que, si bien puede albergar intereses políticos, debería carecer de relevancia de cara a procurar las prestaciones esenciales a las personas menores de edad. El TC declaró sin ambages la obligatoriedad de que las CCAA asuman la atención y cuidado de aquel colectivo, al tratarse de competencias indisponibles e irrenunciables en materia de asistencia social[53]. No obstante, apenas un mes más tarde, el TS, mediante auto que impone medidas cautelares, ordenó la intervención del Estado para la acogida de las personas menores de edad que solicitasen protección internacional o que estuvieran en vías de hacerlo. Esta actuación debe realizarse en colaboración con las CCAA, quienes no pueden eximirse de su responsabilidad[54]. Más allá de la controvertida decisión del TS de asignar competencias, siquiera por la vía cautelar y de forma provisional, se observa una tendencia hacia la conflictividad, embadurnada con claros tintes políticos que opacan tragedias humanitarias[55].

El TEDH ha dictado algunas sentencias, según las cuales, se les condena a los estados por no proveer de las necesidad mínimas o básicas a las personas menores de edad, aunque no dispongan de ningún tipo de documentación. En concreto, se declara la vulneración del art. 3 CEDH, que prohíbe los tratos crueles, inhumanos y degradantes[56]. Otros fallos contemplan la necesidad de probar de manera fehaciente la edad de los niños o niñas, con lo que la falta de documentación no significa privarles de su condición de menores y los derechos que lleva aparejada. Se reprocha el alojamiento en centros hacinados que no cumplen unos requisitos mínimos de salubridad e higiene[57]. Por tanto, la cuestión nunca debe girar en torno a cuestiones formales como la competencia, sino que debemos centrarnos exclusivamente en proveer todos los medios posibles para garantizar la dignidad y los derechos humanos.

3. Los instrumentos y medidas propuestos por el sector público: intervención de municipios, convenios de colaboración y entidades del tercer sector

Los municipios están facultados para otorgar ayudas de emergencia social y son las administraciones responsables de la atención primaria (Velasco Caballero, 2010, 75). Los entes locales con competencias en materia

---

53 STC 43/2025, de 12 de febrero, FJ 2.º.

54 ATS de 25 de marzo de 2025, Rec. 22/2025, FD 4.º.

55 *El País*. «El Gobierno llevará a Aragón al Constitucional por su falta de colaboración en el traslado de menores migrantes». 13 de mayo de 2025.

56 SSTEDH de 11 de junio de 2009, As. 53541/2007, SD c. Grecia, apdo. 51. Se denuncian las condiciones deplorables del centro de internamiento. 13 de junio de 2019, As. 14165/2016, Sh. D. y otros contra Grecia, Austria, Croacia, Hungría, Macedonia del Norte, Serbia y Eslovenia, ap. 58. 26 de noviembre de 2009, As. 8256/2007, Tabesh c. Grecia, ap. 42 y 43.

57 STEDH de 27 de noviembre de 2014, As. 46673/2010, A.E. c. Grecia, ap. 41.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de servicios sociales ofrecen el primer nivel de atención, que consiste en el diagnóstico y examen detenido de la situación en la que se encuentran las personas migrantes[58]. Pueden citarse diferentes leyes autonómicas en que se prevén las competencias de los entes locales, destinadas a personas sin recursos o en situación de vulnerabilidad[59]. En Euskadi, por ejemplo, los servicios sociales de base se organizan en el ámbito municipal, o a través de la agrupación de municipios, siempre vinculados a las prestaciones de atención primaria[60]. Es cierto que aquellos servicios deben coordinarse con las diputaciones forales, a efectos de proveer ayudas a determinados tipos de personas, como las que se encuentran en situación de discapacidad[61].

Otro de los instrumentos clave para garantizar una asistencia digna es la coordinación entre administraciones, especialmente cuando el mismo Estado se encuentra involucrado por sus competencias en materia de extranjería[62]. Si el Estado se encarga del control de fronteras o de los movimientos migratorios y las personas protagonizan dichos movimientos necesitan atención y cuidados, el cuerpo de la Policía Nacional, más allá de actuar en garantía de dichos controles, debe procurar que se les preste a todas aquellas personas que lo necesiten una atención básica o primaria (Álvarez González y Moreno Linde, 2017, 265)[63].

La elaboración de protocolos en el ámbito autonómico se presenta como una tarea primordial, sobre todo porque de ese modo las administraciones seguirán un patrón de actuación. Así, pueden suscribirse convenios de colaboración entre administraciones públicas, que contemplen las siguientes circunstancias[64]: a) Aviso de actuación para las administraciones, que incluyan situaciones de riesgo para las personas afectadas, como signos de desnutrición o condiciones higiénico-sanitarias[65]; b) En su intervención, las administraciones deben establecer protocolos de acogimiento a las personas migrantes a través de red de asistencia social, implicando a to-

---

58 Art. 13.1 Ley 2/2007, de 27 de marzo, de servicios sociales de Cantabria. Art. 9.2 Ley 3/2003, de 10 de abril, de servicios sociales de la Región de Murcia. Arts. 15 y 35 Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura.

59 Art. 35 Ley 4/2005, de 28 de octubre, del Principado de Asturias. Art. 25.3 Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Castilla y León. Art. 14.5 Ley 5/2009. Véase también art. 29 Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía. Estos centros se configuran en el ámbito de las administraciones locales.

60 Art. 29 Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco.

61 Art. 30.2 Ley 12/2008, del País Vasco.

62 Art. 50 Ley 5/2009, de 30 de junio, de Aragón.

63 Art. 20 e) Ley 10/2010, de 7 de mayo, de Inmigración en Cataluña. El órgano competente en materia de inmigración debe colaborar con la Administración del Estado en las competencias relativas a extranjería, derecho de asilo, apátridas y regresados, mediante los instrumentos de colaboración mutua.

64 Art. 12.3 Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

65 Art. 39 Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura.

das las administraciones de su ámbito territorial (Valles Ferrero, 2019, 237); c) Las administraciones encargadas del acogimiento deben elaborar un diagnóstico, priorizando los casos más urgentes y que comportan un elevado riesgo para la vida e integridad física de las personas; d) Deben proveerse los medios materiales y humanos para atender las demandas, como albergues, centros de acogida u otros; e) La permanente coordinación con el Estado, en caso de que aquellos medios resulten insuficientes y se necesite su ayuda económica, facilitando más recursos por medio de transferencias.

Por último, es habitual emplear la colaboración del tercer sector de acción social mediante la firma de convenios o conciertos con las administraciones públicas[66]. De hecho, son las entidades del Tercer Sector las que en muchos casos se encargan de la atención primaria material y el cuidado en casos de llegadas masivas de personas (Uzcanga y Oiarzabal, 2019, 257 y 258). Las ONG perciben subvenciones para hacer frente a este tipo de situaciones, de modo que actúan en ocasiones como sustitutos o concesionarios de las administraciones, lo que convierte su labor en algo prácticamente indispensable (Castro Jover, 2015, 186). Otra cuestión, que requiere un examen más exhaustivo, estriba en las dudas que arroja la capacidad y cualificación de las entidades privadas para la provisión de prestaciones que afectan de un modo directo a la vida y a la dignidad de las personas, así como los problemas que pueden surgir a cuenta de la responsabilidad por prestar aquella atención.

V. CONCLUSIONES

Los Estados y, en particular, el Estado español, no deben considerar la atención sociosanitaria de las personas migrantes como un deber residual o un compromiso meramente moral. Instancias internacionales e, incluso, algunos fallos internos del TC presuponen un deber jurídico que trasciende a cualquier situación jurídica en la que se encuentran las personas que solicitan dicha atención.

En ocasiones, la asistencia sanitaria podría conllevar la quiebra del régimen competencial en materia de sanidad, si la asistencia sanitaria se restringiera por Ley. No obstante, dados los pronunciamientos de instancias y organismos internacionales e, incluso, de la UE para las personas solicitantes de protección internacional, la vida o la integridad física (el derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes) priman sobre cualquier tipo de requisito formal, especialmente referido a cuestiones competenciales.

---

66 Así, puede apreciarse, entre otras, en el art. 15 Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector de Acción Social de Euskadi. Art. 31.2 Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia. En parecidos términos, art. 95.1 Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Castilla y León.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Todo ello no obsta a que los estados mantengan su régimen competencial o institucional. Ahora bien, cuando concurren derechos como la vida o la integridad física, especialmente cuando esta puede afectar seriamente al desarrollo de la personalidad, las autoridades públicas no pueden omitir las acciones positivas necesarias para su garantía. Así, las administraciones e, incluso, el TC deben ponderar los derechos concurrentes, de modo que la prioridad consista en garantizar aquellos derechos, especialmente si se trata de personas muy vulnerables cuyo estado de salud es deficiente.

Las CCAA han planteado obstáculos de tipo financiero, económico o logístico, por lo que el Estado debe habilitar herramientas jurídicas para impedir el desbordamiento de los recursos autonómicos y, al mismo tiempo, favorecer la atención sociosanitaria en condiciones de dignidad. Por tanto, tanto Estado como CCAA deben suscribir convenios o conciertos, o flexibilizar determinadas regulaciones que limitan sensiblemente la atención sanitaria, como los empadronamientos. En situaciones de llegadas masivas debe imponerse el derecho a una atención sociosanitaria inmediata, obviando cualquier tipo de procedimiento o intervención institucional. Estas obligaciones no pueden considerarse de actividad, sino que deben culminar en el empleo de todos los medios materiales necesarios para garantizar la dignidad de las personas. Asimismo, deben consensuar protocolos que no primen exclusivamente las políticas migratorias, sino que atiendan también la satisfacción de los derechos humanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.

AGUADO I CUDOLÁ, Viçens y PRADO PÉREZ, Raquel (2014). «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación de acceso a los servicios y prestaciones del estado de bienestar». *Revista Vasca de Administración Pública* (99-100), pp. 87-110.

ALEXY, Robert (1997). *El concepto y la validez del Derecho,* Gedisa.

ALFONSO MELLADO, Carlos Luís (2014). «La aplicación en el ámbito interno de la Carta Social Europea y de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales». En C. L. ALFONSO MELLADO; L. JIMENA QUESADA y M. C. SALCEDO BELTRÁN (dir.), *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales frente a la crisis económica* (pp. 249-258). Bomarzo.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina y MORENO LINDE, Manuel (2017). «Prohibición al Estado de expulsión de nacionales y de expulsiones colectivas de extranjeros. Garantías procedimentales en caso de expulsión de extranjeros. Protocolos núms. 4 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». En C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (dir.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europea. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 253-265). Comares.

ARZOLA ASTAZIO, Héctor Luís (2017). *Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros*. *Gabylex*.

BON, Pierre (2006). « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : le régime ». En L. GAY, E. MAZUYER y D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen* (pp. 135-148). Bruyllant.

CARCAR BENITO, Jesús Esteban (2016). «Una reflexión sobre el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y universal con financiación pública». *Revista Derecho UNED* (18), pp. 191-224.

CASTRO JOVER, Adoración (2015). «Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad. El modelo español». En A. CASTRO JOVER (ed.), *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad. Un estudio comparado entre Alemania, España, Francia e Italia* (pp. 62-65). Libellula Edizione.

CHARRO BAENA, Pilar (2017). «Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia». En C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europea. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 748-759). Comares.

CUBERO MARCOS, José Ignacio (2017). «La *vis* expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales». *Revista Española de Derecho Constitucional* (110), pp. 105-140.

DE LA QUADRA-SALCEDO Janini, Tomás (2010). «Los derechos sociales de los extranjeros: nuevas y viejas garantías». En S. DÍEZ SASTRE (dir.), *Inmigración y gobiernos locales* (pp.121-166). Marcial Pons.

DELGADO DEL RINCÓN, Luís E. (2014). «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril». *Revista de Estudios Políticos* (163), pp. 189-231.

DÍAZ CREGO, María (2012). «Derechos sociales y amparo constitucional». *Revista Vasca de Administración Pública* (95), pp. 17-57.

DÍEZ SASTRE, Silvia (2010). «Vivienda, inmigración y municipios». En S. DÍEZ SASTRE (dir.), *Inmigración y gobiernos locales* (pp. 269-309), Marcial Pons.

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma (2007). *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*. Thomson/Aranzadi.

ESCOBAR ROCA, Guillermo (2012). «Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)». En G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (pp. 459-648). Thomson Reuters/Aranzadi.

FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén (2016). «El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria». En L. PÉREZ BUENO (coord.), *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la UE* (pp. 207-215). Ediciones Laborum. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud.

GARCÍA AGUILAR, María del Carmen (2016). «Derecho internacional y migración irregular, ¿ciudadanía cosmopolita o nuevo-viejo enemigo?». En M. E. ANGUIANO TÉLLEZ y D. VILLAFUERTE SOLÍS (coord.), *Migrantes en tránsito a Estados Unidos, vulnerabilidades, riesgos y resiliencia* (pp. 24-36). Colegio de la Frontera Norte.

GARCÍA AMADO, José Antonio (2009). «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica». En ALEXY, Robert *et. al.*, *Derechos sociales y ponderación* (pp. 249-326). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2010). *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Bosch.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch.

ISBN: 978-84-7777-740-3

JIMENA QUESADA, Luís (2012). «Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales». En G. ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (pp.1508-1525). Thomson Reuters/Aranzadi.

JIMENA QUESADA, Luís (2014). «Defensa y garantía de los derechos sociales por el Consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales». En C. ALFONSO MELLADO; L. JIMENA QUESADA y M. C. SALCEDO BELTRÁN (dir.), *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales frente a la crisis económica* (pp. 71-79), Bomarzo.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (2014). «Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos». *Revista Española de Derecho Constitucional* (101), pp. 79-124.

JUSTE RUIZ, José (2019). «Derecho internacional de las migraciones: entre la crisis y la renovación». *Anuario Español de Derecho Internacional* (35), pp. 535-551.

LÓPEZ GUERRA, Luís (2014). «La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio europeo de Derechos Humanos». En M. J. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA (coord.), *Tratado sobre protección de Derechos sociales* (pp. 312-316). Tirant lo Blanch.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2014). «El derecho subjetivo a la vivienda». *Revista Española de Derecho Constitucional* (102), pp. 49-91.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2017). «Derecho a los beneficios de los servicios sociales. Artículo 14 de la Carta Social Europea». En C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europea. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 662-675). Comares.

MONEREO PÉREZ, José Luís (2017). «Derecho a la protección de salud». En C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europea. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 593-612). Comares.

MORENO GONZÁLEZ, Beatriz (2002). *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Civitas.

PÉREZ ALBERDI, Reyes (2014). «La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del TEDH». En M. J. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA (coord.), *Tratado sobre protección de Derechos sociales* (pp. 318-328). Tirant lo Blanch.

PÉREZ GONZÁLEZ, David E. (2011). «Una propuesta de revisión de la idea de irregularidad en relación con la situación del inmigrante». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (24), pp. 170-183.

PERITTI, María (2017). «Los derechos humanos de los refugiados y de los migrantes en la crisis migratoria actual». En M. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E. PRADO RUBIO y L. MARTÍNEZ PEÑAS (coord.), *Estudios sobre derechos humanos* (pp. 247-259). Universidad Rey Juan Carlos.

PISARELLO, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007). *La administración del estado social*. Marcial Pons.

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel (2017). *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*. Thomson Reuters/Aranzadi.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (2007). «La constitucionalización del derecho al medio ambiente en Francia: principios y derechos de la *Charte de l'Environment*», en J. M. RUIZ-RICO RUIZ; G, RUIZ-RICO RUIZ y N. PÉREZ SOLA (coord.), *Derecho ambiental. Análisis jurídico y económico de la normativa medioambiental de la Unión Europea y española: estado actual y perspectivas de futuro* (pp. 21-28). Tirant lo Blanch.

SOBRINO GUIJARRO, Irene (2017). «Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016». *Ius et Scientia* (1), pp. 79-88.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz (2011). «El derecho a la protección de la salud o a la asistencia sanitaria a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria». En M. J. TEROL BECERRA (dir.), *IV Foro Andaluz de los Derechos sociales. Igualdad e Integración* (pp. 286-308). Tirant lo Blanch.

JOAQUÍN TORNOS, Más (2017). «Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica. Las políticas autonómicas en materia de vivienda». *Revista Valenciana d'Estudis Autonómics* (62), pp. 19-53.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad (2018). «Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (36).

UZCANGA, Catalina y OIARZABAL, Pedro J. (2019). «Associations of Migrants in Spain: An Enquiry into Their Digital Inclusion in the "Network Society" in the 2010s». *Voluntas,* 30 (5), pp. 957 y 958.

VALCÁRCEL BUSTOS, Mónica Tesalia (2018). «Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales». *Revista Vasca de Administración Pública* (111), pp. 341-372.

VALLES FERRERO, María (2019). «Acceso al asilo y otras formas de protección internacional de personas que llegan por mar o por tierra a Ceuta, Melilla y Costas Españolas». *Revista Crítica Penal y Poder* (18), pp. 237-240.

VÁZQUEZ DELGADO, Blanca D. (2016). «Migrantes en tránsito: violencia y política migratoria en Tamaulipas». En M. E. ANGUIANO TÉLLEZ y D. VILLAFUERTE SOLÍS (coord.), *Migrantes en tránsito a Estados Unidos, vulnerabilidades, riesgos y resiliencia* (pp. 147-159). Colegio de la Frontera Norte.

VELA DÍAZ, Raquel (2016). «El desigual impacto de la reforma sanitaria en las Comunidades Autónomas. Contradicciones en la atención de las personas inmigrantes en situación irregular». En L. PÉREZ BUENO y R. DE LORENZO GARCÍA (coord.), *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la UE* (pp. 634-644). Ediciones Laborum.

VELASCO CABALLERO, Francisco (2010). «Políticas y competencias locales sobre inmigración». En S. DÍEZ SASTRE (dir.), *Inmigración y gobiernos locales* (pp. 70-118). Marcial Pons.

VIEYRA CALDERONI, María (2019). «Libertad de movimiento restringida en Ceuta y Melilla: vulneración generalizada de un derecho fundamental». *Revista Crítica Penal y Poder* (18), pp. 163-170.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Atención ciudadana adecuada: avances en la normativa autonómica[1]

Miriam Cueto Pérez

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo
ORCID: 0000-0002-9340-3698

Sumario. I. Introducción.—II. Principios de actuación: la buena administración como elemento de cohesión: 1. Nuevos principios de actuación de las administraciones autonómicas. 2. El contenido de la buena administración en la normativa autonómica: A) Los difusos contornos de la buena administración. B) El novedoso «derecho al error» en la normativa catalana.—III. El derecho a la atención ciudadana.—IV. La cita previa: configuración jurídica y naturaleza.—V. Recapitulación.

I. INTRODUCCIÓN

Las garantías y derechos de las personas en sus relaciones con las administraciones públicas y los derechos de los interesados en el procedimiento constituyen un ámbito de especial importancia a la hora de configurar unas administraciones públicas al servicio de la ciudadanía, cuya actuación siempre debe satisfacer el interés general. Tras la crisis sanitaria estamos asistiendo a una *situación* sin precedentes que ha llevado a una crisis reputacional de las administraciones públicas frente a los ciudadanos, que se sienten abandonados a su suerte cada vez que tienen que iniciar un procedimiento, consulta o trámite y a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos (brecha digital, mal funcionamiento, retrasos inasumibles en la resolución de procedimientos, citas previas obligatorias, impedimento de acceso a las sedes administrativas, errores administrativos que acaban perjudicando a los particulares…). Es cierto que algunas de estas cuestiones se han ido arrastrando a lo largo de los años sin haber llegado a un funcionamiento óptimo, pero también lo es que los últimos años se ha llegado en algunos ámbitos a situaciones caóticas que tienen un mal encaje en un Estado social y democrático de Derecho en pleno siglo XXI.

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación GRUPIN SPAG/IDE/2025/000014 del Principado de Asturias.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El TC a través de sus pronunciamientos ha señalado en reiteradas ocasiones que como parte de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas se incluirían «principios y reglas básicas de actuación sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las administraciones públicas» (STC 50/99), los cuales tendrán una mayor «extensión e intensidad» cuando afecten «directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados», afirmando que «la densidad de las bases podrá ser tanto mayor cuanto más directa sea la finalidad de garantizar un trato común a los ciudadanos en sus relaciones con la administración» (STC 55/2018) y bajo el paraguas de la más extensa competencia sobre el procedimiento administrativo común ha incluido «señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (STC 227/1988). Ello es así porque el propio artículo 149.1.18 señala la competencia exclusiva del Estado para garantizar a los administrados un tratamiento común ante las administraciones públicas[2]. Por todo ello, las diferentes leyes de régimen jurídico y de procedimiento administrativo estatales aprobadas tras la CE de 1978 han recogido esas garantías y derechos con carácter básico. En primer término la Ley 30/92, de 26 de noviembre, incluyó en su Título IV, bajo el epígrafe «De la actividad de las administraciones públicas», una novedosa formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, que en realidad en algún caso también eran derechos en sus relaciones con las administraciones públicas, por ejemplo, la posibilidad de identificar a las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos, el derecho a no presentar los documentos no exigidos en el procedimiento o el de obtener información y orientación sobre los condicionamientos jurídicos o técnicos exigidos para proyectos o procedimientos. En desarrollo de esta Ley se dictaron dos normas con cierta trascendencia para los ciudadanos, como el RD 208/1996, de 9 de febrero, por los que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, y el RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad de la Administración General del Estado, que incluye la regulación de las cartas de servicios. Estando aún vigente la Ley 30/1992, lo cierto es que las CCAA al amparo de sus competencias comenzaron a desarrollar una actividad legislativa que dotó a los ciudadanos de una posición jurídica, sin duda, con mayores garantías y derechos que la desplegada por el Estado, eso sí única y exclusivamente en el ámbito de sus territorios. A modo de ejemplo, podemos apuntar que muchas de esas normas recogieron tempranamente el derecho a una buena administración, contemplado en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2007, previa incorpo-

[2] Lasagabaster Herrarte, Iñaki: «Competencias estatales y autonómicas en materia de administración electrónica», *Administración electrónica y derechos de las personas. Cuestiones controvertidas* (dir. José Ignacio Cubero Marcos), Atelier, 2025, págs. 17-39.

ración a muchos de los estatutos de autonomía. Por todo ello, no dejó de llamar la atención que la aprobación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a pesar de anunciar ambas en sus preámbulos, mejoras y avances en la configuración de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, lo cierto es que apenas recogieron nuevos derechos más allá de los relacionados con la consolidación de un modelo de administración electrónica. Ninguna referencia se incluyó en las mismas al derecho a la atención ciudadana como tal, ni el derecho a una buena administración. Como en muchas de las normas aprobadas en ese momento, tal vez por la devastadora influencia de la crisis económica y la obsesión por el recorte en el gasto público, llevó a obviar cualquier avance en el reconocimiento de nuevos derechos a pesar de su previo reconocimiento autonómico, como el derecho a acceder a unos servicios públicos de calidad (por ejemplo, en la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega[3], la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de Castilla y León, o la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña). Ahora bien, esta decisión supuso a mi juicio, un cierto abandono, estancamiento o quiebra del tratamiento común de todos los ciudadanos con independencia de la administración con la que se relacionen. Con la situación generada tras la crisis sanitaria y las dificultades para recuperar un funcionamiento «normal» por parte de las administraciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos han sido de nuevo los legisladores autonómicos los que han reaccionado más rápidamente, tratando de dar respuestas y nuevas garantías a la ciudadanía para facilitar una mejor y más ágil atención, a través de diferentes medidas y reformas normativas que refuerzan el alcance del derecho a una buena administración y reconocen el derecho a una atención personalizada y multicanal, incluyendo la atención presencial. Un ejemplo reciente es la Ley 9/2025, de 13 de noviembre, de modificación de la Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, que partiendo de los trabajos previos de la Comisión de Expertos para la Transformación de la Administración de la Generalidad de Cataluña (CETRA), ha incorporado nuevos derechos, pero también la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del sector público, del País Vasco, y su Decreto 91/2023, de 20 de junio, de atención integral y multicanal y acceso a los servicios públicos por medios electrónicos.

Estos avances autonómicos en derechos merecen todo nuestro reconocimiento, y van a ser objeto de nuestra atención a lo largo de este trabajo,

---

3 Esta Ley ha sido derogada por la vigente la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sin embargo, los mismos no tienen alcance general ni permiten la igualdad de trato de todos los ciudadanos ante las distintas administraciones públicas y en todas las partes del territorio, por lo que resulta difícilmente explicable y muy criticable que ante la gravedad de la situación actual, el Estado no haya planteado avances y mejoras en el funcionamiento de las administraciones públicas, ni en el reconocimiento de nuevos derechos en su normativa anclada en los años 90 del siglo pasado, tal y como están demandando los ciudadanos y numerosas instituciones como el Defensor del Pueblo, que año tras año en sus Informes pone de relieve el deterioro sufrido en el funcionamiento de las administraciones públicas y las situaciones de indefensión que sufren los ciudadanos en muchos ámbitos de actuación, especialmente relevantes como la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo, los órganos competentes en materia de extranjería o la Dirección General de Tráfico, solo por mencionar algunos de ellos. El Estado no puede olvidar que es la ciudadanía la que tiene el papel protagonista en el desarrollo de las políticas públicas y como destinataria de los servicios y que en estos momentos se está reclamando un nuevo modelo de atención ciudadana que no se puede demorar en un contexto de incertidumbre como el actual. Este estudio de los avances en el ámbito autonómico tal vez pueda de alguna forma impulsar las necesarias reformas en el ámbito estatal.

II. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN: LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO ELEMENTO DE COHESIÓN

1. Nuevos principios de actuación de las administraciones autonómicas

En el ámbito autonómico, con carácter general podemos afirmar que, a partir de los estatutos de autonomía de tercera generación[4], se muestra un mayor interés por parte del legislador en concretar nuevos derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas. Las propias normas estatutarias han recogido este tipo de derechos, empezando por la incorporación del derecho a una buena administración, ya señalado, pero también se ha incluido el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos, a la calidad de dichos servicios, a que existan cartas de derechos de los usuarios o el derecho a presentar quejas, reclamaciones o peticiones ante las administraciones[5] e incluso a que los procedimientos

[4] Se denominan así a los estatutos que siguieron al Estatuto catalán de 2006 (*LO* 6/2006, de 19 de julio).

[5] Así, en el art. 29.5 el Estatuto de Cataluña se señala que: «Todas las personas tienen derecho a dirigir peticiones y a plantear quejas, en la forma y con los efectos que establecen las leyes, a las instituciones y la Administración de la Generalitat, así como a los entes locales de Cataluña, en materias de las respectivas competencias. La ley debe establecer las condiciones de ejercicio y los efectos de este derecho y las obligaciones de las instituciones

sean resueltos en los plazos establecidos[6]. Esta última previsión refuerza sin duda la posición jurídica del administrado, puesto que la resolución en plazo constituye uno de los puntos débiles de la actuación administrativa que más afecta a los ciudadanos. La Ley 39/2015, configura como un deber de la Administración la resolución y notificación en el plazo establecido (arts. 20 y 21), pero no como un derecho de los particulares, si bien estos pueden exigir la responsabilidad por los retrasos o dificultades en la tramitación del procedimiento a los responsables (art. 20.2)[7].

En cuanto al desarrollo normativo de estas previsiones estatutarias podemos fijarnos en algunas regulaciones que suponen avances evidentes respecto a lo dispuesto en las Leyes 39 y 40/2015 en el ámbito estatal. En la realización de este trabajo, y tras un examen previo de la normativa existente, se llevará a cabo un análisis de las normas que nos han resultado de mayor interés para el objeto de estudio, por su contenido o novedad, y en especial por otorgar una mayor protección a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. Estas leyes son por orden cronológico la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública, que constituye un referente temprano en el refuerzo de la posición jurídica de los ciudadanos frente a la Administración, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones

---

receptoras». En el art. 31 por su parte se reconoce que: «Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación» y que «[l]as leyes deben regular (…) los casos en que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores». El Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía) señala en su art. 11.6 el derecho a presentar peticiones ante cualquier Administración y en el art. 12 el derecho a recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y sobre las condiciones del acceso a los mismos y a presentar quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos. En el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía) en su art. 14 se señala que todos los ciudadanos tienen derecho a que las Administraciones públicas traten sus asuntos de forma objetiva e imparcial y en un plazo razonable, a gozar de servicios públicos de calidad, por dar cuenta de algunos ejemplos sin ningún ánimo exhaustivo.

6 Así en el Estatuto de Aragón en su art. 16 y en el art. 14 del Estatuto de las Islas Baleares.

7 García de Enterría, E. y Fernández Rodriguez, T. R. (2024): *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, decimoctava edición, pp. 513-515, se señala que mucho más eficaz, que recoger la responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de la administración, hubiese sido declarar la responsabilidad de la propia administración, «si el incumplimiento de los plazos, expresión clara de un funcionamiento anormal del servicio, deriva en daño efectivo y evaluable económicamente para los interesados» pero la Ley «no ha tenido tampoco el valor necesario». Lo cual se ha visto agravado «por una jurisprudencia no muy beligerante en este punto», que solamente reconoce la responsabilidad cuando se producen retrasos totalmente sangrantes y abusivos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

públicas de Cataluña, recientemente reformada por la Ley 9/2025, de 13 de noviembre, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia y la Ley 3/2022, 12 de mayo, del sector público del País Vasco. En todas ellas se recoge de forma expresa el derecho a una buena administración, ahora bien, su extensión y contenido difiere ampliamente.

En primer lugar, me referiré a los principios de actuación de la Administración que se recogen en estas leyes. Entre estos principios de actuación hay un especial interés en reflejar que la legitimación de la actuación administrativa encuentra su razón de ser en la satisfacción de las necesidades reales de los ciudadanos (art. 5, Ley 2/2010 de Castilla y León; art. 3, Ley 4/2011 de Illes Balears), de forma que la legitimidad democrática de su actuación se asienta en la búsqueda del interés general y la voluntad de servir a la sociedad (art. 63, Ley 3/22 del País Vasco); otro principio presente es el principio de simplicidad y comprensibilidad, que implica que la Administración ha de utilizar técnicas y métodos que permitan la simplificación de trámites, la eliminación de procedimientos innecesarios y la disminución de los tiempos de espera o de respuesta, junto con la utilización de un lenguaje accesible, claro y comprensible para todos los ciudadanos en normas, procedimientos administrativos y medios públicos de información de los servicios (art. 19, Ley 2/2010 de Castilla y León; art. 3, Ley 4/2011 de Illes Balears; arts. 22 y 31 Ley 26/2010 de Cataluña; art. 63, Ley 3/22 del País Vasco).

De especial relevancia para el objeto de este trabajo resulta el principio *de anticipación o proactividad* de la Administración, principio que ahora ha sido expresamente incorporado a algunos ámbitos, como los de transparencia y protección de datos[8], de manera que el diseño de políticas públicas y la gestión y prestación de servicios públicos ha de anticiparse a los problemas y demandas de los ciudadanos. Este principio tiene una especial relevancia para impulsar la transformación desde una Administración pasiva a una Administración cuya gestión se adelante a las necesidades planteadas por los ciudadanos, facilitando en todo momento la realización de trámites, el traslado de información y el cumplimiento de plazos por parte de los particulares. La digitalización de los procedimientos, la enorme cantidad de información y de datos interoperables en manos del sector público, así como la incorporación de la inteligencia artificial a la gestión debería dar un impulso

8 La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (cap. II del Título I, arts. 5 y ss.); Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) recoge en su art. 5.2 el principio de responsabilidad proactiva.

a esta nueva forma de actuar (una verdadera Administración del siglo XXI). Esa proactividad o anticipación debe llevar a que muchos trámites, incluso el reconocimiento de derechos o la prestación de ciertos servicios, se realicen por la Administración de forma automática sin necesidad de que el ciudadano lo demande.

En relación con este aspecto, la Ley 26/2010 de Cataluña tras su reciente reforma incluye varios avances reseñables. Por un lado, recoge como principio de actuación la proactividad, accesibilidad universal, personalización de los servicios y equidad territorial en el acceso a los mismos (art. 31), por otro, amplia el contenido del derecho a una buena administración, incluyendo el derecho a la prestación proactiva y personalizada de los servicios públicos (art. 22). Estos servicios proactivos y personalizados son aquellos que basándose en la información obtenida por las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias y en otras informaciones y datos aportados por las personas interesadas, pueden ofrecerse de forma anticipada, predictiva y automatizada, asumiendo esta prestación mediante los canales electrónicos establecidos, con el objetivo de adaptarse a las necesidades de la ciudadanía y mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos. Para ello se requiere el consentimiento expreso y específico, informado e inequívoco de la persona interesada, el cual debe otorgarse de forma libre y específica para cada servicio, indicando clara y detalladamente los datos a tratar y la finalidad concreta del tratamiento, sin que quepan consentimientos generales o indefinidos. La revocación del consentimiento puede hacerse en cualquier momento mediante un sistema fácilmente accesible al igual que la rectificación de los datos que sean inexactos o estén desactualizados.

Este avance permitirá en la tramitación electrónica de los procedimientos, que los datos que obren en poder de la Administración puedan volcarse automáticamente en los formularios utilizados, de forma que los particulares solamente tengan que corregir aquellos que contengan algún error, sin necesidad de malgastar su tiempo en completar una y otra vez los mismos datos de forma innecesaria. En este sentido hay que destacar la previsión contenida en el art. 72 de la Ley 3/22 del País Vasco de forma que para agilizar los procedimientos en algunos supuestos no se recabará el consentimiento para acceder a los documentos que obren en poder de la Administración (cuando la información que se solicite figure como requisito en la norma que regula el procedimiento administrativo, sean procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte y la información esté disponible en la administración autonómica o en los servicios de interoperabilidad entre administraciones y no se trate datos de carácter personal especialmente protegidos). Igualmente, fue novedosa la previsión recogida en el art. 16 de la Ley 4/2011, de Illes Balears, sobre la creación de un Catálogo de simplificación documental como inventario público de documentos cuya obligación de aportación queda suprimida o sustituida por la presentación de

ISBN: 978-84-7777-740-3

declaraciones responsables, cuyo contenido ha sido desarrollado por el Decreto 6/2013, de 8 de febrero, de medidas de simplificación documental de los procedimientos administrativos.

Pero sin duda, tiene una especial relevancia la inclusión, entre los principios de actuación, del principio de confianza recíproca (más allá del principio de confianza legítima) en la acción correcta y legítima de la Administración, de sus empleados públicos y de la ciudadanía, en la reciente reforma de la Ley 26/2010 de Cataluña lo que trae consigo implicaciones novedosas, como la incorporación del «derecho al error»[9], ya reconocido en otros ordenamientos como el francés y en España anticipado por algunos pronunciamientos jurisprudenciales aunque todavía escasos[10], que será objeto de tratamiento en el siguiente epígrafe.

Por último, es preciso hacer referencia al principio de *mejora continua*, cuya consecución supone que las administraciones implantarán procesos de constante evaluación al objeto de detectar deficiencias y carencias y proceder a su corrección, con la finalidad de lograr una mejor y más eficiente prestación de servicios a la ciudadanía, especialmente reduciendo de forma progresiva los tiempos de respuesta (art. 63, Ley 3/22, del País Vasco; art. 3, Ley 4/2011 de Illes Balears; art. 19, de la Ley 1/2015 de Galicia; art. 5, Ley 2/2010 de Castilla y León). La Ley 9/2025 de reforma de la Ley 26/2010 aunque no hace referencia expresa a este principio, sí recoge la obligatoriedad del Gobierno de elaborar un informe anual sobre el estado de la atención ciudadana en las administraciones públicas de Cataluña que debe presentar al Parlamento de Cataluña durante el primer semestre del año siguiente. Este informe debe incluir, como mínimo, indicadores relativos a la atención presencial, el tiempo medio de espera para la atención, el uso de la cita previa, el número de quejas y reclamaciones formuladas, y el impacto territorial desglosado por veguerías. El mismo, además deberá hacerse público en el mismo plazo, en el Portal de la Transparencia y servirá para evaluar la eficacia de las políticas de atención ciudadana y las medidas de accesibilidad universal aplicadas por las administraciones públicas de Cataluña (disposición adicional). La Junta de Castilla y León tendrá también la obligación de elaborar un informe con carácter anual pero solamente en lo que se refiere a la implantación de la Administración electrónica que se remitirá a las Cortes de Castilla y León y que será objeto de examen en la Comisión competente en materia de Administración pública, incluyendo un análisis

---

9 Ponce Sole, J.: «La buena administración y la transformación de la Administración pública: la Ley catalana 9/2025, de 13 de noviembre», en el blog Acento Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, última consulta de 20 de abril de 2026.

10 Sirvan de ejemplo las pioneras sentencias del TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 709/2023, de 28 de noviembre de 2023 (en el ámbito tributario), y TSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 171/2024, de 26 de enero de 2024, Rec. 52/2024 (en el ámbito de la Seguridad Social).

de las quejas y sugerencias realizadas por los usuarios de la Administración electrónica (art. 43. 4 de la Ley 2/2010). Con carácter general, la Ley 4/2011, de Illes Balears, recoge en su art. 4.4 que los órganos administrativos de la Administración y las entidades y empresas dependientes tienen que dar a conocer a la ciudadanía los informes o las memorias anuales que recogen la actividad que desarrollan y los resultados de su gestión, los cuales se publicarán, como mínimo, en la página web de la administración de la Comunidad Autónoma.

2. El contenido de la buena administración en la normativa autonómica

A) Los difusos contornos de la buena administración

Todos estos principios de actuación dan lugar a su vez al desarrollo de una serie de derechos para los particulares, que van claramente más allá de lo dispuesto en las Leyes 39 y 40/2015 y que refuerzan de forma determinante su posición jurídica. Entre estos derechos señalaremos los que se integran en el derecho a una buena administración, cuya concreción queda en manos de cada legislador, sin que se dé un tratamiento homogéneo en las distintas regulaciones y sin olvidar que la buena administración también funciona como principio de actuación[11]. Al objeto de este estudio, anticipamos

[11] Sobre el derecho/principio a la buena administración existen numerosos trabajos en nuestra doctrina desde distintas perspectivas, sin ningún ánimo exhaustivo: Ponce Solé, Juli: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad,* Lex Nova, 2001; *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida,* Editorial Universidad de Alcalá (2019): «Propuestas concretas para mejorar la regulación del buen gobierno y hacer efectiva la específica obligación jurídica de diligencia debida derivada del derecho a una buena administración», en *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España* / coord. por Juan Antonio Bermúdez Sánchez; Yolanda Gómez Sánchez (pr.) 2022, págs. 267-301; Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime: «El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española *y* en la Unión Europea», *Revista Galega de Administración Pública,* núm. 40, 2010, pp. 233-263; Barnés Vázquez, Javier: «Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo», *Revista digital de Derecho Administrativo*, 21, 2019; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: «El derecho a una buena administración: una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo», *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación: ABGCR, n.º 1, 2020* [ejemplar dedicado a: La regulación de la protección de los alertadores y denunciantes (*whistleblowers*)], págs. 81-100. Menéndez Sebastián, Eva: «La buena administración en la gestión de los servicios públicos», *La prestación de servicios socio-sanitarios: nuevo marco de la contratación pública,* Leopoldo Tolivar Alas (aut.), Miriam Cueto Pérez (aut.), págs. 171-199; *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado social y democrático de Derecho*, Marcial Pons, 2021; Menéndez Sebastián, Eva y Ballina Díaz, Javier: *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, REUS, 2022, en especial, pp. 49-77; Fernández Farreres, Germán: «El principio de buena administración según la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Administrativo,* n.º 230, 2023, págs. 11-34.; Gimeno Feliu, José María: *Hacia una buena administración desde la contratación pública*, Marcial Pons, 2024; Agoués Mendizábal, Carmen: *La revi-*

ISBN: 978-84-7777-740-3

ya, que no hay un criterio común en cuanto a la inclusión o no del derecho a la atención ciudadana como parte de este derecho, y que en algunas regulaciones se incluye como contenido del derecho a la buena administración y en otras en cambio se perfila como un derecho autónomo.

Como se acaba de señalar, el derecho a una buena administración se configura de forma diferente en las distintas Leyes autonómicas, lo que no ha de extrañar dadas las dificultades para la delimitación del concepto y la importante evolución que ha tenido en los últimos años, especialmente en el plano jurisprudencial. Así, la Ley 2/2010 de Castilla y León dedica prácticamente todo su contenido a configurar este derecho a través del reconocimiento de otros derechos desarrollados en el Título I de la Ley, partiendo del derecho de los ciudadanos al acceso a los servicios públicos, señala en primer lugar en el art. 9 *que los ciudadanos tienen derecho a elegir el medio o canal de acceso a los servicios prestados por la Administración, en los términos establecidos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común* (por lo tanto, se considera que hay un derecho de elección en la forma de relacionarse con la Administración, lo que afecta al servicio de atención ciudadana), garantizando el acceso a los servicios en condiciones de igualdad. De igual forma se contempla la presencia de los ciudadanos en las dependencias administrativas, señalando la posibilidad de que los mismos puedan acceder sin barreras físicas o arquitectónicas a cualquier edificio, sin más limitaciones que las impuestas por la propia ordenación de ese libre acceso. Además de estos derechos que se engloban en el cap. I, la Ley contempla otros cinco capítulos que regulan el derecho a la información, los derechos procedimentales, el derecho a formular quejas, el derecho a exigir responsabilidades y el derecho a la participación.

Por su parte, la Ley 26/2010, de Cataluña, aunque era coetánea a la de Castilla y León, regulaba el derecho a una buena administración de los ciudadanos en el art. 22.1 de una forma mucho más limitada (al menos hasta su reciente reforma), incluyendo el derecho a que la actuación administrativa fuera proporcional a la finalidad perseguida, a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, así como el derecho a que las decisiones de las administraciones públicas estén motivadas (por lo tanto, con un contenido bastante ajustado a lo recogido en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y además reiterando contenidos que figuraban como derechos en la normativa

sión de oficio de los actos administrativos en el marco del principio de buena administración, Aranzadi, 2024; GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén, «¿Para qué sirve la buena administración? Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública,* n.º 223, 2024, 181-214; Martín Jiménez, Berta: «La buena administración europea: un hallazgo inesperado para el derecho español», *Revista de Administración Pública*, n.º 227, 2025, 75-112.

básica estatal). Ahora, tras la reforma operada por la Ley 9/25, se añaden nuevos contenidos al derecho a una buena administración, y así se recogen dos nuevos apartados, incluyendo el derecho a la prestación proactiva y personalizada de los servicios públicos (al que ya se ha hecho referencia) y el derecho a la tramitación unificada de los procedimientos para la gestión, de forma simultánea o secuencial, de los trámites que correspondan ante las diferentes administraciones públicas, derecho que sin duda es un avance, pero que tal vez resulte complicado su exigencia por los particulares, ya que realmente es una obligación para la Administración impulsar de oficio el procedimiento conforme al principio de celeridad (art. 71 Ley 39/2015). También conforme al preámbulo de la norma se incluye el derecho a la claridad y comprensibilidad del lenguaje administrativo.

Por su parte, la Ley 4/2011, de Illes Balears, señala en su art. 3 una serie de principios que informan la buena administración, entre los que se incluye la orientación a la ciudadanía y la información administrativa, dedicando todo el título I de la Ley a la buena administración, con contenidos muy variados, que evidencian una vez más las dificultades para establecer unos contornos precisos; así se incluyen desde cuestiones de accesibilidad y de participación de los ciudadanos, a cuestiones como la simplificación administrativa, la transparencia o la calidad de los servicios públicos.

La Ley 1/2015 de Galicia señala en su art. 3 que la buena administración implica el derecho a recibir un trato respetuoso, imparcial y sin discriminaciones, *a recibir atención, orientación e información de carácter general dentro de los límites establecidos en la normativa,* a identificar a las autoridades y al personal al servicio del sector público autonómico bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos, *a presentar sugerencias y quejas sobre la prestación de los servicios públicos, que contribuyan a su mejor funcionamiento y lo que resulta fundamental en estos momentos el derecho a relacionarse con la Administración autonómica a través de cualquiera de las modalidades de atención a la ciudadanía.* A continuación, la norma dedica todo el título I al derecho a una buena administración y a la eficacia administrativa, con un amplio desarrollo de la atención a la ciudadanía (arts. 6 a 17), por lo tanto, en este caso sí se integra en el derecho a una buena administración.

Por último, se hará referencia a la Ley 3/2022 del País Vasco, que dado su carácter más reciente regula de una forma detallada y minuciosa el contenido del derecho a una buena administración (art. 64), incluyendo en el mismo un largo listado de derechos, que en algunos casos incluyen a su vez el reconocimiento de otros derechos. De esta enumeración se mencionarán aquellos aspectos que resultan más novedosos para el objeto de este trabajo. Se incluye el derecho a que los asuntos de los ciudadanos sean tratados dentro de un plazo razonable, pudiendo conocer los motivos de las demoras que sean inevitables (cuáles se consideren demoras inevitables, será

ISBN: 978-84-7777-740-3

complejo de determinar); también el derecho a la defensa de los derechos reconocidos por la legislación en su relación con la Administración pública, a través de los recursos correspondientes; derecho a la simplicidad de los trámites y procedimientos de la Administración pública. De especial relevancia resulta que se reconozca de forma expresa el derecho a poder acceder de forma igualitaria a unos servicios públicos de calidad, *incluyendo un servicio que garantice una atención adecuada, y siendo dichos servicios prestados sin interrupciones y de forma que sean continuamente evaluables.* También se incluye el derecho a formular sus solicitudes, sugerencias, agradecimientos o quejas, utilizando los canales, medios e instrumentos facilitados por la Administración y de acuerdo, en su caso, a la regulación orgánica del derecho de petición; por último, vamos a resaltar que se incluye el derecho de las personas a conocer cuáles son sus derechos y deberes en relación con los servicios prestados por las administraciones públicas y *a ser asesoradas y, en su caso, ayudadas,* para el efectivo ejercicio de sus derechos y la correcta recepción de dichos servicios públicos, sin perjuicio del asesoramiento que, sobre estas mismas materias, puedan prestar de forma profesional empresas o personas particulares. La expresión derecho a ser ayudada tiene un contenido que obliga a la Administración a ser proactiva y a prestar ayuda, lo que implica que ha de intentar eliminar por todos los medios los obstáculos que se encuentren los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

B) El novedoso «derecho al error» en la normativa catalana

Pero tal y como adelantamos al hablar de los principios, la reciente reforma de la Ley 26/2010 catalana operada por la Ley 9/2025, ha incluido un nuevo derecho que no es otro que el llamado *derecho al error*[12], y que, aunque ni el preámbulo ni el texto de la Ley señalen expresamente que forme parte del derecho a la buena administración, y tampoco se incluya en el art. 22 sino en dos nuevos preceptos, el art. 22 *bis* y art. 22 *ter*, su vinculación con el mismo no ofrece dudas[13]. Este derecho presenta un triple contenido, en primer lugar, reconoce a los particulares el derecho a rectificar sus errores y a regularizar su situación frente a la Administración (art. 22.1 *bis*), sin que por ello resulten sancionados pecuniariamente ni privados de ninguna prestación a la que tengan derecho conforme la normativa vigente. Para que surja este derecho se exige que los errores se hayan producido, bien por la infracción cometida por primera vez de una norma aplicable a su situación o bien por informar mal de sus datos o de su situación dentro del plazo establecido para ello, y siempre que se haya actuado de buena fe y sin intención de cometer fraude. Además, el particular en estos casos debe re-

12 Boto Álvarez, Alejandra: «En pos de la confianza: derecho al error y derecho al control», *Revista General de Derecho Administrativ*o, n. 50, 2019.

13 Ponce Solé, J.: «La buena administración y la transformación…», *op. cit,,* así lo considera.

gularizar su situación, ya sea a solicitud propia o por invitación de oficio de la Administración, que le debe indicar el plazo para hacerlo teniendo en cuenta su situación particular. Indudablemente, esta previsión supone un avance notorio, sin perjuicio de que su aplicación práctica pueda plantear dificultades de prueba o de decisión acertada por parte de la Administración (es necesario que se valore en cada caso concreto si se ha actuado o no con buena fe), puesto que la Ley, como no podría ser de otra forma, exige cautela a la Administración, que «deberá ponderar con la diligencia debida las circunstancias específicas del caso» para resolver si existe el derecho a subsanar el error, y fundamentar y motivar su decisión con el debido cuidado (como señala el prof. Ponce Solé: «sin que falten elementos de control —haciendo realidad la expresión «confía, pero verifica»—)[14].

En segundo lugar, el derecho al error da lugar a otra consideración o perspectiva por parte de la Ley recogida en el art. 22 ter, que se concreta en *el derecho de las personas beneficiarias de prestaciones destinadas a garantizar las necesidades esenciales de subsistencia, a no ser perjudicadas por un error administrativo en* (la concesión de) *las prestaciones*. Esta previsión trata de incorporar por primera vez al ámbito normativo los fundamentos que llevaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto, Cakarevic *vs*. Croacia, de 26 de abril de 2018[15], a reconocer que

---

14 Ibídem.

15 A partir de esta STEDH son muchos los pronunciamientos de la Sala de lo Social del TS que van a entender que los errores exclusivos de la Administración no deben llevar a que se cause a los ciudadanos los perjuicios inherentes al reintegro de cantidades cuando estos han obrado de buena fe: SSTS 530/2024, de 4 de abril de 2024 (Rec. 1156/2023); 631/2024, de 29 abril de 2024 (Rec. 1158/2023); 812/2024 de 30 de mayo (Rec. 1093/2023) y 1186/2024 de 15 de octubre de 2024, 180/2025, de 11 de marzo de 2025 (Rec. 1296/2022), 477/2025, de 27 de mayo de 2025 (Rec. 4152/2023) y 274/2026, de 28 de enero de 2026 (Rec. 3239/2024). Los requisitos para su aplicación son estos: a) Que el perceptor de los ingresos indebidos no haya contribuido al error de la Administración, ni con ocultación de datos ni con aportación de datos falsos. b) Que haya actuado de buena fe, confiando en la actuación administrativa y en que los pagos recibidos fueran legítimos. c) Que la reacción de la administración se produzca pasado cierto tiempo y no de forma inmediata tras el error, reforzando la apariencia de legalidad de los pagos y la confianza del perceptor en su derecho a la percepción. d) Que las prestaciones tuviesen la finalidad de cubrir necesidades elementales o básicas.

Sobre esta cuestión véase Vivero Serrano, Juan Bautista: «Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por error de la administración: Se opone al reintegro de la prestación extraordinaria por desempleo por ERTE covid-19 indebidamente percibida por error exclusivo del SEPE el derecho de propiedad del convenio europeo de Derechos Humanos en la interpretación auténtica del TEDH», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 114, 2024; «Jaque mate al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por error de la Administración. El control de convencionalidad a cargo del Tribunal Supremo», Briefs AEDTSS, núm. 57, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024, Roldán Martínez, Aránzazu.: «No reintegro de prestaciones indebidas por error de la Administración. A propósito de la STS de 15 de octubre de 2024: ¿Recuperación de la excepción jurisprudencial de la equidad?», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 69, 2024.

ISBN: 978-84-7777-740-3

los ciudadanos tienen derecho a confiar en la validez de los actos administrativos y que si actúan de buena fe, resulta desproporcionado que se les reclame pasado el tiempo el reintegro de prestaciones de carácter básico más los intereses de demora, suponiendo dicha exigencia una vulneración del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho al pacífico disfrute de la propiedad). En el art. 22 *ter* se señala que las personas físicas no tienen obligación de devolver ni el importe principal, ni los intereses de demora generados respecto a una prestación indebidamente percibida, cuando esta esté *destinada a garantizar las necesidades esenciales de subsistencia* y la percepción se derive de un error administrativo o de una actuación administrativa sin la debida diligencia, siempre que la persona beneficiaria no haya contribuido, por acción u omisión, a la producción del error administrativo y se trate de un error administrativo imputable exclusivamente a la Administración. Ahora bien, la redacción del conjunto del precepto presenta alguna dificultad, ya que señalada esta ausencia de obligación de devolver lo indebidamente percibido, a continuación el legislador exige que la Administración inicie el procedimiento de reintegro del importe principal de la prestación (lo que viene siendo exigido por el ordenamiento jurídico en diferentes regulaciones para evitar un enriquecimiento injusto y una quiebra económica a la Administración), pero que en todo caso resulta contradictorio con lo señalado en el primer apartado (si no hay obligación de devolver el importe principal, no vemos la justificación del inicio del procedimiento en los supuestos en que una vez valorado el caso concreto se llegue a la conclusión de que se cumplen los requisitos)[16]; sí es coherente con lo señalado en el primer apartado, la prohibición de la exigencia de «importe alguno en concepto de intereses de demora o de cualquier otro tipo de recargo, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, equidad y buena administración», pero no que a continuación se señale que «de acuerdo con estos principios, deben efectuarse planes de devolución flexibles y ajustados a la capacidad económica de las personas», porque de nuevo se transmite la idea de que sí habrá que devolver al menos el importe principal de lo indebidamente percibido. El último párrafo del precepto obliga a la Administración a «valorar con la diligencia debida las circunstancias específicas del caso y debe fundamentar y motivar adecuadamente la decisión de no exigir los intereses correspondientes, de acuerdo con los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima».

Entendiendo y compartiendo la finalidad de la norma y la problemática que puede generar este asunto para los perceptores (vulnerables) que recibieron cuantías indebidas confiando en la validez y legalidad de la actuación administrativa, la solución jurídica nos parece que no está del todo

16 Ponce, Juli: «El "derecho al error", también digital, en la Ley 9/2025, de 13 de noviembre, de modificación de la Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña».

bien articulada y que en la práctica puede resultar difícil de gestionar[17]. Tal vez hubiese sido preferible no incluir esta regulación con carácter general en la Ley 26/2010, cuyo objeto es el régimen jurídico y el procedimiento administrativo para toda la Administración catalana, sino en los procedimientos reguladores de las diferentes ayudas o en las leyes especiales en materia de asistencia social. Además, junto con el reconocimiento del derecho creo que es necesario revisar el conjunto de la normativa en materia de ayudas sociales de gestión autonómica y también la normativa presupuestaria para no incurrir en contradicciones y colocar a los empleados públicos en una situación de inseguridad jurídica, que puede llevar a una parálisis del sistema, cuando justamente lo que se precisa es un funcionamiento eficaz y diligente de las administraciones públicas. Así, la normativa de finanzas públicas de Cataluña tras su reforma en 2020 y 2023 prevé en la DA segunda del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, que: «Las personas físicas que tengan la condición de beneficiarias de las prestaciones del sistema público de servicios sociales, incluida la renta garantizada de ciudadanía, que estén obligadas a devolver cobros indebidos por este concepto y las que estén obligadas al copago pueden devolver las cantidades indebidamente percibidas, o las impagadas, sin ningún tipo de recargo ni devengo de intereses, ni en el reintegro de la deuda principal ni en el fraccionamiento. En caso de que el retorno sea mediante fraccionamiento, deberá realizarse en un plazo máximo de cuarenta y ocho meses, sin que pueda haber devengo de intereses ni ningún tipo de recargo, excepto en caso de incumplimiento del pago de tres plazos consecutivos, supuesto en que las cantidades que queden pendientes de pago devengan intereses». Este supuesto se establece con carácter general para las prestaciones de servicios sociales, sin referirse al error de la Administración y sin reconocer un derecho a no devolver el importe principal, pero sí a la posibilidad de fraccionamiento para su devolución hasta un plazo máximo de 48 meses, con exoneración del abono de intereses de demora salvo que se produzca el impago de tres plazos seguidos. Por ello, lo previsto en el art. 22 *ter* de la Ley 26/2010 de alguna forma tendrá que ser interpretado teniendo en cuenta esta previsión, lo cual puede generar ciertos interrogantes (por ejemplo, si los planes flexibles a los que se refiere el art. 22 *ter* deben ajustarse o no al plazo máximo de 48 meses que se señala para el fraccionamiento en la normativa de finanzas o si en realidad hay algún caso en el que se podrían exigir los intereses de demora tal y como podría deducirse del apartado 3 del art. 22 *ter*, que insiste en que la Administración fundamente y motive la no exigencia de intereses a pesar de que la normativa de finanzas con-

[17] Remio, C.: «Un nuevo derecho: el derecho al error», esPublicoBlog. Este autor justifica la nueva previsión de la Ley: «Todos sabemos que en la práctica el retorno de estas compensaciones no se va a producir y, además, va a generar enormes costes administrativos que no van a resistir el más indulgente análisis coste-beneficio».

ISBN: 978-84-7777-740-3

templa con carácter general la exoneración para los perceptores de prestaciones de servicios sociales)[18]. También se debe tener en cuenta que la propia normativa catalana ha recogido alguna previsión en este sentido respecto a la percepción de ingresos indebidos para supuestos concretos, así el Decreto-ley 11/2024, de 17 de diciembre, de necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria, de incremento del indicador de renta de suficiencia de Cataluña y de medidas en el ámbito de las prestaciones sociales, recogió varios supuestos en los que se consideraban como créditos no exigibles por la Hacienda pública de la Generalidad de Cataluña (art. 3 y DA 1), fijando una serie de requisitos, como que la persona interesada no hubiera facilitado información falsa o manifiestamente errónea para poder disfrutar de la prestación.

En tercer lugar, la Ley trata de paliar de alguna forma el fenómeno de la burocracia defensiva a la que culpabiliza de una cierta parálisis de la Administración, por el miedo de los empleados públicos que ocupan ciertos puestos en áreas de especial complejidad (servicios de contratación, gestión económica, intervención…) a incurrir en posibles responsabilidades de carácter, penal, administrativo o contable, lo cual les llevaría a blindarse en la toma de decisiones y muchas veces a retrasarlas, por ejemplo, con la solicitud de informes, en ocasiones innecesarios para resolver con el único objetivo de que avalen sus decisiones (en contra de lo dispuesto en el art. 79 Ley 39/2015 que señale solo cabe la solicitud de informes que se juzguen necesarios para resolver). Para ello la Ley señala en su art. 22 *bis* apartado 3 que los empleados públicos solo son responsables por acciones u omisiones llevadas a cabo con dolo o con culpa o negligencia grave. No parece que esta previsión sea una novedad, puesto que aun en ausencia de la misma resulta difícil imaginar que si no media al menos culpa o negligencia grave puedan ser declarados responsables de su actuación; por supuesto, no es admisible en el ámbito penal, ni tampoco en relación con el ejercicio de la acción de regreso regulada en el art. 36 de la Ley 40/2015, que en iguales términos exige que medie dolo, culpa o negligencia grave para que

[18] Padros Reig, C.: «Modificación de la Ley catalana de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas», esPublicoBlog. Este autor hace una dura crítica en este punto a la Ley señalando que esta solución responde a un problema coyuntural, haciendo referencia a la problemática reflejada en el Informe 6/2025, de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña, pp. 83 y ss. en el que se pone de manifiesto que por el Departamento de Servicios Sociales se han abonado indebidamente «a los beneficiarios del conjunto de las prestaciones económicas garantizadas, desde 2016 hasta septiembre de 2024», «al menos 167,56 M€ y que «de estos pagos indebidos», la Administración había informado que 155,97 M€ habían sido reclamados a los beneficiarios de las diferentes prestaciones. También se pone de manifiesto que «Dada la antigüedad de los importes de los pagos indebidos y no reclamados, algunos ya han prescrito» se hace una estimación de que al menos 7,17 M€ no reclamados estarían ya prescritos. En su opinión la Ley 26/2010 debería contemplar la posibilidad de declarar los créditos como incobrables en ejecución o una excepción a la obligación de reintegro, pero no el derecho a no devolver el importe principal.

surja la obligación de exigencia de responsabilidad por la Administración a autoridades y empleados, una vez que esta haya indemnizado al particular en casos de responsabilidad patrimonial. Igual exigencia se establece en el mismo precepto en aquellos casos en los que los empleados públicos con su actuación causen daños y perjuicios en sus bienes y derechos a la propia administración. En el caso de la responsabilidad disciplinaria también se recoge el principio de culpabilidad, si bien, como no podría ser de otro modo, dados los deberes que incumben a los empleados públicos, y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, en el que la culpabilidad exige una cualificación, en el Derecho disciplinario se puede llegar a la sanción por negligencia simple, si bien no es frecuente que esto ocurra, y en supuestos de error o falta de intencionalidad raramente se considera que pueda existir infracción disciplinaria[19].

A efectos de la aplicación de la Ley 26/2010, se aclara en el apartado 4 del art. 22 *bis* que se entenderá «por culpa o negligencia grave la flagrante violación de las normas de prudencia, pericia y diligencia debida y la omisión de las precauciones, comprobaciones e informaciones previas normalmente exigibles en la actividad administrativa al funcionario público en función de la competencia específica y en relación con el caso concreto, teniendo en cuenta los estándares de buena administración». Y el apartado siguiente considera que el error cometido por el empleado público *actuando con la debida diligencia, de buena fe y sin fraude no es un supuesto de culpa o negligencia grave*. Estas previsiones, en todo caso, implican la aplicación de una serie de principios de actuación que en cada supuesto tendrán que ser objeto de prueba (cuándo hay o no flagrante violación o cuándo se ha actuado con la diligencia debida). Ahora bien, no parece que la comisión generalizada de errores reiterados en un determinado ámbito, con menoscabo del patrimonio de las administraciones públicas puedan quedar exonerados de la consiguiente responsabilidad, puesto que dicha responsabilidad ha de tener un tratamiento común conforme a la regulación de la responsabilidad patrimonial establecida en la Ley 40/2015. También nos genera dudas si estas previsiones contribuirán a mitigar la burocracia defensiva, ya que nuestras administraciones no se han caracterizado precisamente por una persecución a autoridades y empleados públicos, más bien son casos realmente graves los que puedan dar lugar a alguna responsabilidad, por lo que las causas de la burocracia defensiva tal vez haya que buscarlas en otro tipo de razones, vinculadas al propio funcionamiento y proceder de las administraciones o a la propia percepción que tienen los empleados públicos del riego generado por el cumplimiento de sus funciones y el generado cuando se da el retraso de las mismas o incluso su falta de cumplimiento, con un peso específico de la posible responsabilidad penal, frente a la que las nor-

19 Sánchez Morón, M.: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, décima octava edición, 2025, pág. 354.

ISBN: 978-84-7777-740-3

mas administrativas juegan un papel muy limitado, como bien apunta el prof. Bueno Armijo[20].

III. EL DERECHO A LA ATENCIÓN CIUDADANA

En cuanto a las previsiones sobre *atención ciudadana,* la mayoría de las leyes analizadas entienden que este derecho se integra o forma parte del derecho a una buena administración (Castilla y León, Islas Baleares, Galicia, País Vasco), en realidad solamente la Ley 26/2010 de Cataluña, no lo incluye en el precepto dedicado a fijar el contenido del derecho a una buena administración (art. 22), y lo reconoce junto con el derecho *a la no-discriminación* (art. 21), como un derecho autónomo.

En este ámbito de nuevo es necesario afirmar que en el Derecho autonómico la atención a la ciudadanía presenta claramente un mayor desarrollo que en el ámbito estatal, cuya regulación ha quedado anquilosada en el RD 208/1996, de 9 de febrero, que diseña una atención pensada para la Administración existente hace tres décadas y limitada en su aplicación a la AGE. El derecho a la atención ciudadana se configura como un conjunto de medios que el sector público pone a disposición de los ciudadanos para facilitarles el ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de sus obligaciones y el acceso a los servicios públicos. Esto implica para la Administración pública el deber de generar los mecanismos adecuados para alcanzar la calidad de la prestación del servicio, teniendo en cuenta las necesidades y expectativas de la ciudadanía, a fin de lograr una relación más sencilla y ágil entre esta y el sector público. La atención a la ciudadanía implica el recibimiento y la acogida, la orientación, la información, que puede ser general o especializada (información sobre la documentación a adjuntar en un determinado procedimiento), la ayuda en la realización de trámites y en la cumplimentación de documentos, impresos y formularios, la recepción y el registro de documentos, así como la admisión de sugerencias y de quejas. La Ley 3/2022 del País Vasco habla indistintamente de atención ciudadana, atención a la ciudadanía y de interacción con la ciudadanía, esta última expresión consistiría en «crear un espacio constructivo de relaciones que permitan a la ciudadanía el ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de sus obligaciones y el acceso a la información, como base, por una parte, para el logro de una ciudadanía informada, participativa, activa y corresponsable con los asuntos públicos, y, por otra, para la consecución de una administración más abierta y accesible a la ciudadanía y más transparente en su gestión».

---

20 Bueno Armijo, A.: *La burocracia defensiva Un ensayo de Derecho superheroico, M. Pons, 2025, págs. 76 y ss.* Sobre esta cuestión, también, Boto Álvarez, Alejandra: «Nuevas barreras burocráticas, la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, n.º 10, 2023, págs. 40-58.

Lo más importante en estos momentos es que se ofrezca un sistema de atención multicanal (art. 75 Ley 3/2022 del País Vasco, arts. 6 y ss. de la Ley 1/2015 de Galicia, art. 21.3 de la Ley 26/2010 de Cataluña) que facilite la comunicación de forma presencial, telefónica o electrónica, siempre que se garantice un verdadero derecho de elección por parte de la ciudadanía, en cuanto a la forma en la que se quiere relacionar con la Administración, respetando lo dispuesto en el art. 14.1 de la Ley 39/2015[21], que recoge el derecho de las personas físicas a elegir la forma de relacionarse y de comunicarse con la Administración, lo que implica que las administraciones deben mantener su red de oficinas físicas para llevar a cabo la atención presencial, con medios personales suficientes, sin perjuicio de que se siga incrementando y mejorando la atención telemática[22].

Tras la reforma de la Ley 26/2010 de Cataluña, en el art. 21 se recoge, por un lado, el derecho de los ciudadanos a ser atendidos con el respeto y la consideración que merece su dignidad, sin discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza, origen, religión, orientación sexual, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, y por otro, el derecho a obtener de las administraciones públicas servicios de atención, información y orientación para el ejercicio y la protección de sus derechos e intereses, en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones y en la redacción de documentos administrativos y ese derecho incluye a su vez el derecho a escoger, entre los medios que en cada momento estén disponibles, el que los ciudadanos deseen utilizar para recibir los servicios de atención, información y orientación, que pueden ser la asistencia a oficinas presenciales, la atención telefónica, en la medida en que los criterios de seguridad lo permitan,

---

21 Si bien este derecho se encuentra en estos momentos bastante mermado por la ampliación indiscriminada de sujetos obligados a relacionarse con la Administración de forma electrónica, en virtud del art. 14.3 de la Ley 39/2015, en el ámbito estatal muchas veces a través de simples Órdenes Ministeriales, posibilidad recogida expresamente en el RD 203/2021, de 30 de marzo, que aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, en su art. 3. Una crítica muy bien fundada a esta previsión la encontramos en los siguientes trabajos: Sánchez Lamelas, Ana: «La reciente jurisprudencia sobre la obligación de utilizar medios electrónicos en las relaciones administrativas, *RAP,* n.º 220, págs. 183-217; Arias Martínez, María Antonia (2024), «La brecha digital y la progresiva reducción del derecho de opción a relacionarse electrónicamente con la Administración previsto en el artículo 14 de la LPAC», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 130, págs. 27-58. También en la monografía de Beltrán Castellanos, José Miguel (2024), *La brecha digital en las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones públicas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, págs. 62 y ss.

22 Piñar Mañas, José Luis: «El derecho a no ser digital. Fundamento constitucional, proyecciones normativas y reflexión antropológica», conferencia dictada el 3 de julio de 2025 en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, en la que se señaló que «la libertad de elección exige un derecho a no ser digital, que no es negación del progreso, sino garantía de la posibilidad de optar por canales no digitales sin penalización. Se trata de preservar la centralidad de la persona —no del «usuario»— y de evitar que la digitalización se convierta en criterio de ciudadanía o en condición *sine qua non* para el ejercicio de derechos fundamentales, excluyendo a los no digitales de su pleno disfrute».

ISBN: 978-84-7777-740-3

los medios electrónicos u otros que sean técnicamente posibles y económicamente proporcionales, señalando, como novedad, que la *atención adecuada* incluye el derecho a un trato correcto, respetuoso y accesible, con las preceptivas adaptaciones y apoyo a la toma de decisiones, de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los demás tratados internacionales. En relación con estas previsiones cabe señalar, en primer lugar, que la redacción del art. 21 es algo confusa porque tras reconocer el derecho a escoger, lo cierto es que el derecho queda condicionado a la disponibilidad de los medios en cada momento, por lo tanto, si la administración no tiene capacidad para ofrecer varias alternativas, la posición del particular para exigir ese derecho de elección quedaría debilitada[23]. Por otro lado, supone un avance que la atención adecuada incluya las adaptaciones necesarias para atender a las personas con discapacidad, previsión que deberá ir acompañada de la consiguiente apuesta presupuestaria. Previamente otras normativas autonómicas han recogido la necesidad de que la atención se adecúe a las necesidades físicas, psíquicas y sensoriales para garantizar la igualdad en la atención, por ejemplo, en el art. 10 de la Ley 2/2010 de Castilla y León o en la Ley 3/22 del País Vasco arts. 64.3.j) y art. 68. En el País Vasco el Decreto 91/2023, de 20 de junio, de atención integral y multicanal y acceso a los servicios públicos por medios electrónicos, realiza una detallada regulación de la atención a la ciudadanía en los arts. 18 y siguientes[24].

Además, el derecho a la atención ciudadana no se puede entender que excluye a las personas obligadas a relacionarse telemáticamente con la Administración. El art. 14.2 de la Ley 39/2015 señala que estos sujetos lo estarán «para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo», pero no se justifica que pierdan su derecho, a que como personas en sus relaciones con la Administración se las atienda, se les informe y en su caso se les ayude en el cumplimiento de sus derechos y obligaciones. En este sentido, no se entiende muy bien que el art. 12 de la Ley 39/2015 solo recoja la obligación de la Administración a asistir en el uso de medios electrónicos a los no obligados a relacionarse a través de esos medios conforme al art. 14.2 y 3. En todo caso, esta previsión tampoco impide que la Administración pueda extender la atención ciudadana a esas personas, lo que se justifica aún más por el avance desmesurado y poco justificado de la obligatoriedad que se está haciendo en uso y abuso de la previsión del art. 14.3, que permite la extensión de esa obligación a ciertos colectivos

---

23 En el mismo sentido Padros Reig, Carlos: «Modificación de la Ley catalana de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones pública», esPublicoBlog.

24 Arrese Iriondo, María Nieves: «Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas», en *Administración electrónica y derechos de las personas: Cuestiones controvertidas* (dir. José Ignacio Cubero Marcos), Atelier, 2025, págs. 41-93, en especial págs. 82-83.

de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios a través de normas reglamentarias; no parece que tenga muy buen encaje con el derecho a la atención ciudadana excluir de su disfrute a ciertos ciudadanos (y los obligados a relacionarse de forma electrónica lo siguen siendo). De hecho, en el RD 203/2021, de 30 de marzo, que aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, podría entenderse que se da cobertura a toda la ciudadanía, al señalar en su art. 4 que las administraciones públicas prestarán la asistencia necesaria para facilitar el acceso de las personas interesadas a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito competencial a través de diferentes canales[25].

En relación con esta cuestión, algunas normativas autonómicas como la Ley 4/2019, de 17 de julio, de administración digital de Galicia, expresamente señala entre sus fines (art. 3), la efectividad de los derechos a la calidad de los servicios públicos y a una buena administración reconocidos en los artículos 2 y 3 de la Ley 1/2015, bajo los principios, de calidad, simplificación, claridad, buena fe, imparcialidad, confianza legítima, proximidad a la ciudadanía, coordinación y cooperación con las otras administraciones públicas y de mejora en la prestación de los servicios públicos y el funcionamiento del sector público autonómico, aprovechando las capacidades de las tecnologías de la información y la comunicación, de acuerdo con los principios y normas de calidad, eficacia, transparencia y buena administración. Por lo tanto, se hace una remisión a la normativa que venimos exponiendo, lo que lleva a pensar que no hay una exclusión del derecho a la atención ciudadana en el ámbito de las relaciones digitales con la Administración, aunque estas tengan carácter obligatorio para ciertas personas físicas o jurídicas[26].

Resulta muy importante evitar que la imparable transformación digital de las administraciones deje atrás a una parte de la población, a toda aquella

---

25 a) Presencial, a través de las oficinas de asistencia que se determinen. b) Portales de internet y sedes electrónicas. c) Redes sociales. d) Telefónico. e) Correo electrónico. f) Cualquier otro canal que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

26 En el art. 66 del Decreto 91/2023, de 20 de junio, solamente reconoce con carácter general la asistencia a la ciudadanía en medios electrónicos para aquellos que no están obligados a relacionarse con la administración, señalando en su apartado 6 que «Excepcionalmente, previa solicitud motivada y expresa del órgano administrativo competente en el procedimiento, al de atención a la ciudadanía, el personal de las oficinas en materia de registro podrá asistir en el uso de medios electrónicos a las personas jurídicas que carezcan de los medios para disponer de certificado electrónico reconocido. Dicha asistencia será reconocida mediante Resolución de la persona responsable del órgano competente en atención a la ciudadanía». Es una excepción que además solamente reconoce la asistencia a uno de los tipos de sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con la administración, ignorando el resto de categorías y colectivos que igualmente pueden estar obligados.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que no tenga competencias digitales suficientes[27] o equipos informáticos disponibles o una adecuada conectividad o una suficiente formación para asumir la tramitación de un procedimiento administrativo o insuficientes medios económicos o que se encuentren en una situación de vulnerabilidad por cualquier causa[28]. Por lo tanto, la atención ciudadana ha de satisfacer las demandas de todos los ciudadanos, minimizando posibles brechas que lleven a exclusiones discriminatorias o que generen obstáculos y barreras que les impidan el ejercicio de los derechos que les son inherentes como personas y ciudadanos. Si los particulares necesitan ayuda y atención presencial en las dependencias administrativas para lograr tramitar un procedimiento, la alternativa no puede ser que se les aboque a una tramitación necesariamente telemática que no son capaces de asumir. Se trata en definitiva de *proporcionar y ofrecer la ayuda* que el ciudadano necesite sobre procedimientos, trámites, requerimientos y documentación precisa para poder presentar solicitudes, escritos y comunicaciones sea cual sea su forma de relacionarse con la Administración.

Con carácter general, además esa ayuda o información se debe ofrecer de modo inmediato, excepto que por la naturaleza y complejidad de la petición formulada no pueda ser atendida en el momento en que se solicite, caso en el que se facilitará con posterioridad, debiendo fijarse en estos casos un plazo máximo para dar respuesta, por cualquiera de los medios habilitados al efecto (art. 9 de la Ley 1/2015 de Galicia que fija un plazo de 15 días). A nivel legislativo se puede afirmar que el derecho a la atención ciudadana en la normativa autonómica está reconocido y recogido con garantías aceptables para la protección de la ciudadanía, cuestión distinta es cómo resulta su aplicación en la práctica. En el momento actual el respeto a estas garantías debe ser plenamente efectivo, para lograr revertir la sensación de abandono por parte de las administraciones que tiene una buena parte de la sociedad y por ello es necesario que se dediquen de forma prioritaria los medios suficientes para logar una atención ciudadana cercana y resolutiva para la ciudadanía.

---

27 Conforme al *Informe de Competencias Digitales de 2024* elaborado por el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, el 40% de los hombres tienen competencias avanzadas y el 26,5% básicas, mientras que en las mujeres son el 37,8% y el 28,1% respectivamente. Por lo tanto, casi el 35% de la población carecería de competencias digitales suficientes y si atendemos a las avanzadas, que en muchos casos son necesarias para la tramitación de procedimientos ante las Administraciones públicas, estaríamos ante más del 60% de la población.

28 Arias Martínez, María Antonia: *op. cit.* p. 31; Martínez Gutiérrez, Rubén, «La plena eficacia de la e-Administración. Comentario y notas fundamentales del Real Decreto 203/2021, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos», *Derecho Digital e Innovación*, 8, 2021, p. 8, critica que no se haya configurado un verdadero derecho a la asistencia.

IV. LA CITA PREVIA: CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y NATURALEZA

El cumplimiento de la normativa expuesta conduciría a que sin mayores requisitos ni exigencias la ciudadanía obtuviera la ayuda y orientación necesarias para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones de forma adecuada ante las diferentes administraciones públicas, a través de la vía de comunicación elegida en función de sus preferencias incluyendo, por supuesto, la atención presencial en los términos expuestos. La afirmación anterior, sin embargo, no responde lamentablemente a la realidad que en estos momentos impera en la atención a la ciudadanía prestada por nuestras administraciones. Por razones justificadas y obvias la atención presencial se limitó en el momento de la pandemia, sin embargo, la continuidad de estas limitaciones una vez superada la crisis sanitaria no encuentra justificación alguna[29]. En relación con esta situación, existe una cierta unanimidad de que uno de los elementos distorsionadores que genera «una mala administración» y una peor atención a la ciudadanía es la práctica de exigir una cita previa obligatoria para acudir a las dependencias administrativas a solicitar información, a obtener documentación, a registrar una solicitud o a realizar cualquier otro trámite administrativo. De hecho, la cita previa ha sido tildada como perversa[30], problemática[31], injustificable[32], como arma de la burocracia defensiva[33] o como causa de la deshumanización de la Administración[34], pero sobre todo es una medida que supone una carga para los ciudadanos, que les genera rechazo y desconfianza, y que carece de cobertura legal, lo cual no deja de resultar sorprendente y muy preocupante[35].

La cita previa podría considerarse un mecanismo de carácter organizativo que permite acudir a las dependencias administrativas con un día y hora prefijado para la atención. Así definida la cita previa puede ser una buena técnica para la organización de la atención presencial con el objetivo de evi-

---

29 Beltrán Castellanos, José Miguel: «Tiene usted cita previa?, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método,* Vol. 11, 2025 pp. 41-73.

30 Remio, Carles: *El colapso…*, *op. cit.* p. 13.

31 Ruiz Ceniceros, Mauricio: «La cita previa y el derecho al plazo», *RAP*, n 219, 2022, pp. 251-276, 254.

32 Valero Torrijos, Julián: «El uso de medios electrónicos ante la crisis del COVID 19 desde la perspectiva de la organización municipal» en Tomas Font i Llovet y Marc Villalta Reixach (dirs.), *El impacto de la crisis del COVID-19 en los Gobiernos locales,* Fundación Democracia y Gobierno local, Barcelona, 2021, pp. 313-332, 316.

33 Boto Álvarez, Alejandra: «Nuevas barreras…», *op. cit.,* pág. 49, en palabras de la autora si se usa como forma «de retrasarla, disuadirla o incluso evitarla» (respecto a la atención al público).

34 Antúnez Sánchez, Adriana: «Hacia la deshumanización progresiva de la administración: la cita previa obligatoria», *El Derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial: Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.* Vigo, 25 a 27 de enero de 2024 / coord. por Patricia Valcárcel Fernández, Francisco Lorenzo Hernández González, 2025, pp. 573-582.

35 Palomar Olmeda, Alberto: *La Administración Pública en el siglo XXI: una situación de crisis permanente,* Aranzadi, pág. 139.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tar esperas innecesarias a los ciudadanos. Su razón de ser tuvo su origen en aquellos servicios o procedimientos que requerían una atención especializada, que además pudiese exigir un cierto tiempo de dedicación, por lo que a través de este instrumento se organizarían los tiempos de atención y se evitarían las colas para la atención. La cita previa está plenamente implantada en el ámbito de la asistencia sanitaria para el acceso al servicio, lo cual no impide en paralelo la atención de urgencia cuando sea precisa; lo mismo ocurre desde hace tiempo con las inspecciones técnicas de vehículos, en las que por lo general también conviven ambas opciones, siendo posible acudir a la revisión sin cita, por ejemplo, al principio o al final del horario de atención; también en el ámbito tributario se implantó la cita para la elaboración de las declaraciones de IRPF e igualmente para consultas de una cierta complejidad, donde el contribuyente era recibido por un funcionario conocedor de su expediente o de la materia sobre la que versaría la consulta; igualmente, ha sido frecuente esta práctica en el ámbito de extranjería.

En estos casos la cita previa no plantea problemas siempre que su objetivo sea la mejora de la atención a la ciudadanía y de la organización de los servicios. La vulneración de derechos de la ciudadanía no se ha generado por la existencia en estos términos de la cita previa, sino por su generalización con carácter obligatorio y su conversión en un obstáculo insalvable cuando un ciudadano precisa llevar a cabo una actuación ante la administración y la ausencia de cita le impide su realización; esto simplemente es inadmisible desde el punto de vista del derecho a la atención ciudadana, desde el derecho a una buena administración y desde cualquier otra perspectiva sobre la calidad de los servicios. La cuestión se hace aún más grave si no es posible obtener una cita previa en un plazo razonable o si solamente es posible obtenerla de forma telemática, vulnerando claramente el derecho de igualdad de las personas cuya opción no es relacionarse digitalmente con la Administración (opción plenamente válida conforme al art. 14 Ley 39/2015) o si la falta de cita impide el ejercicio de un derecho o el acceso a las oficinas de asistencia en materia de registro o a las dependencias administrativas[36], lo que puede tener como consecuencia que no

[36] Impedir el acceso a los edificios públicos por no tener cita previa o exigir una especial motivación por parte del ciudadano de por qué ha acudido a una dependencia administrativa es una práctica de dudosa legalidad. Este proceder no parece muy acorde con el principio de proximidad al ciudadano, menos aun cuando el impedimento se impone por personal de seguridad privada, puesto que la recepción, atención e información por parte de las entidades públicas debe ser prestada por empleados públicos y no por personal de empresas externas a la Administración. De acuerdo con el art. 5 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, su actividad consistiría en la «vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos», por lo tanto, en los pliegos de contratos de servicios que se elaboren, las funciones de los vigilantes no pueden ir más allá de esta previsión. Ni la labor de atención a la ciudadanía, ni la de facilitar el acceso a los servicios públicos, ni la de impedir el acceso son funciones asumibles por este tipo de personal, salvo que se produzca algún tipo de riesgo para los bienes o personas que se encuentren en dichas dependencias.

se pueda presentar una determinada solicitud, un trámite o un recurso en el plazo establecido[37]. La exigencia de cita previa obligatoria para determinados trámites ha llevado incluso a prácticas delictivas intolerables, llegando a generarse un ilícito mercado con las citas disponibles que se acumulaban de forma organizada para luego proceder a su puesta a disposición a cambio de un precio, en ámbitos tan sensibles como la extranjería, donde un buen número de personas reúne la condición de vulnerable[38]. La generación de situaciones como la descrita, debería haber llevado a todas las administraciones y a sus autoridades a eliminar de forma inmediata la obligatoriedad de la cita previa de sus protocolos y cartas de servicios (han sido normalmente en estos instrumentos organizativos, sin eficacia normativa alguna donde se ha impuesto la obligatoriedad) y a dar las órdenes pertinentes para organizar los medios personales de forma que la atención a los ciudadanos se prestase de forma adecuada[39].

En resumen, la cita previa debiera regularse como instrumento organizativo para la actuación de las administraciones públicas, desde la normativa estatal con carácter básico para garantizar el trato común a todos los ciudadanos, configurándose, en todo caso, como una ventaja para el ciudadano cuando precise atención personalizada[40], pero nunca como un obstáculo en el acceso, haciendo especial referencia a las oficinas de asistencia en materia de registros, donde en ningún supuesto puede estar justificada, garantizando que su obtención sea posible a través de sistemas multicanal (no solo telemáticamente) y en un plazo razonable. Toda configuración que no sea en estos términos será contraria al derecho a una buena administración y también al principio de proximidad de la Administración al ciudadano[41].

---

37 Ruiz Ceniceros, M.: «La cita previa y el derecho al plazo», *op. cit.,* págs. 256-257.

38 Así, lo señala expresamente la STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de enero de 2023, Rec. 276/2022, ECLI:ES:TSJAR:2023:89.

39 Hay Cartas de Servicios en la AGE que siguen recogiendo la cita previa como obligatoria, sirva como ejemplo en el caso de la DGT En la Carta de Servicios de la DGT 2022-2025 se señala «Los trámites más habituales para la ciudadanía son la gestión de documentación, permisos y autorizaciones necesarias para la conducción y tenencia de vehículos. En el siguiente enlace se encuentra el catálogo de servicios con todos los trámites disponibles que se pueden realizar: https://sede.dgt.gob.es/es/contenido/catalogo-de-servicios/ Para realizar la mayoría de estos trámites de forma presencial es imprescindible solicitar cita previa para Jefatura *en este enlace*. Los mayores de 65 años serán atendidos en la franja horaria que se determine», pág. 4.

Por lo tanto, no solamente se exige cita previa, sino que además *su obtención parece que se limita a través de medios telemáticos*.

40 Beltrán Castellanos, J. M.: ¿Tiene usted…?, *op. cit*. p. 56-57

41 Un simple apunte: en el año 2013 el sistema de cita previa del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) fue merecedor de uno de los Premios a la Calidad e Innovación en la Gestión Pública, considerándose un instrumento que había permitido evitar las largas colas de espera de los ciudadanos en las oficinas del SEPE. Es evidente que en los últimos años la cita previa se ha distorsionado.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La cita previa ha dado lugar además a alguna situación que podemos calificar como esquizoide. De la normativa vigente de procedimiento administrativo común estatal no se deduce en ningún caso la obligatoriedad de la cita previa, su imposición de forma generalizada se ha logrado por otras vías. Por todo ello causó cierto asombro que, en enero de 2024, y como reacción al enorme rechazo y malestar suscitado en la ciudadanía, el entonces ministro de Tranformación Digital y Función Pública anunciase la necesidad de reforma de la Ley 39/2015, en concreto de su art. 14 para la eliminación de la cita previa obligatoria en las administraciones públicas. Inexplicablemente, se había llegado a la conclusión de que del contenido de este precepto, que regula la obligación de ciertos ciudadanos de relacionarse de forma electrónica con la Administración, surgía la imposición de la cita previa obligatoria[42]. Del art. 14 de la Ley 39/2015 difícilmente se puede deducir esta obligatoredad, cosa distinta es que expresamente se quiera regular la cita previa, como medida organizativa, proscribiendo su carácter obligatorio. En todo caso, no parece que el art. 14 sea el precepto más indicado para incorporar esta regulación, más bien debería incluirse en el art. 13 un derecho a la atención ciudadana, con carácter multicanal, configurando la cita previa vinculada a este derecho. Lo cierto es que pasados más de dos años desde este anuncio ninguna reforma se ha aprobado en relación a este asunto en el ámbito estatal. Ahora bien, es necesario reiterar que ninguna cobertura legal a la obligatoriedad de la cita previa se puede atribuir ni a la Ley 39/2015, ni a la Ley 40/2015, con lo cual la modificación de la normativa no es precisa para eliminar una carga impuesta a los ciudadanos que no está contemplada en la misma, sí sería en cambio muy necesario y oportuno que se llevase a cabo una reforma para actualizar los derechos de las personas en sus relaciones con las administraciones públicas[43].

Han sido las CCAA las que de nuevo han reaccionado a través de sus leyes para tratar de proteger a los ciudadanos ante la situación de indefensión generada[44]. Con anterioridad a la pandemia, la Ley 1/2015 de Galicia

---

42 Beltrán Castellanos, J. M.: ¿Tiene usted…?, *op. cit*. p. 53.

43 En este sentido Gómez Fernández, Diego: «¿Hace falta cambiar la Ley de procedimiento administrativo para acabar con la obligatoriedad de la cita previa?», *Diario La Ley*, 10442, 2024. De la misma opinión es Arrese Iriondo, María Nieves: «Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente…», pág. 48.

44 Creo que también es justo poner en evidencia el gran trabajo realizado en esta materia desde el Defensor del Pueblo en sus sucesivos informes, al igual que el de sus homólogos autonómicos. Son muchas las quejas recibidas en estos ámbitos y ha sido mucha la visibilidad que estos órganos han dado a esta problemática y a la indefensión de la ciudadanía con la obligatoriedad de la cita previa. En el Informe del Defensor del Pueblo de 2022 se incluía un apartado dedicado a «La repercusión de la brecha digital en los servicios se atención al ciudadano», donde se incidía en estas cuestiones, poniendo de manifiesto cómo las personas más vulnerables son las que se ven más afectadas por la brecha digital y las barreras de acceso que se han levantado, dando lugar a una reducción de derechos inaceptable en un Estado de Derecho. Respecto a la cita previa se señala expre-

ya regulaba la cita previa en su art. 17 señalando que: «podrá establecerse un sistema de cita previa en los órganos, servicios y unidades en los cuales se preste un servicio específico de asistencia o consulta que requiera una especial atención a cada persona», incluyendo una cuestión clave en cuanto a su obtención, ya que «la cita previa podrá concertarse presencial, telefónica o telemáticamente». Por lo tanto, esta regulación se ajusta bastante a la que, a mi juicio, debiera establecerse con carácter común para todas las administraciones: cita previa limitada a aquellos asuntos que requieran atención especializada, sin carácter obligatorio para los ciudadanos y con posibilidad de obtenerse por distintas vías incluida la modalidad presencial. Tras la pandemia también en el País Vasco se ha regulado la cita previa por medio el Decreto 91/2023, de 20 de junio, de atención integral y multicanal y acceso a los servicios públicos por medios electrónicos, aunque la Ley 3/2022, del Sector Público en ningún momento la menciona. El art. 100.1 señala que en todas las oficinas del Servicio de Atención a la Ciudadanía, la atención presencial se podrá gestionar mediante el servicio de cita previa; la cita previa se configura como una posibilidad, apuntando a su carácter organizativo, sin embargo, la siguiente previsión del precepto (art. 100.2), ya no resulta tan inocua, al indicar que en todas las convocatorias y procedimientos, así como en toda la publicidad que se haga para su divulgación entre la ciudadanía, en cualquier medio y soporte, se deberá señalar expresamente que la atención presencial será, preferentemente, con cita previa. Esta previsión difícilmente encaja con los principios de actuación recogidos en la Ley 3/2022, a los que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, especialmente en lo que se refiere al modelo multicanal de atención a la ciudadanía, donde se incluía la atención presencial sin mayo-

---

samente que «[c]uando las administraciones establecen únicamente la vía telemática para la concertación de la cita previa, requerida para la realización de cualquier trámite, y no disponen de mecanismos de atención presencial, ni tan siquiera para solventar situaciones de urgencia, se convierte en un obstáculo para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el cumplimiento de sus obligaciones». La repercusión de la brecha digital en los servicios se atención al ciudadano, *Informe anual 2022, pp. 85-92*. En el Informe de 2023 de nuevo se aborda esta cuestión, insistiendo en la necesidad de recuperar la atención directa y se señala que la pervivencia del sistema de cita previa, «con carácter general u obligatorio, se traduce en deficiencias en la atención y la asistencia que la Administración Pública está obligada a prestar para atender sus obligaciones legales (artículo 103.1 de la Constitución, plasmada en los artículos 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, y 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), reconducibles en último término al derecho a la buena administración». Y en concreto señala respecto a las actuales oficinas de asistencia en materia de registros que «los registros públicos, como puerta de acceso de la ciudadanía a la Administración, deben evitar cualquier obstáculo a la plena accesibilidad tanto presencial como electrónica. Adicionalmente, debe recordarse que no son pocos los trámites que requieren inmediatez, o se encuentran sujetos a plazos, y que no siempre pueden ser preparados con suficiente anticipación como para permitir que la cita previa constituya un medio de atención eficaz». Administraciones y servicios públicos saturados: acceso a registros y dependencias administrativas, cita previa y asistencia a la ciudadanía. *Informe anual 2023*. pp. 41-52.

ISBN: 978-84-7777-740-3

res cortapisas y sin considerarla como una vía residual[45]. Se podrá rebatir esta afirmación señalando que la cita previa no impide la atención presencial y que solo trata de organizarla en aras de una mayor eficacia, pero lo cierto es que vía reglamentaria se está generalizando una exigencia añadida, que no había impuesto el legislador y que suscita todavía más dudas por el hecho de que en el siguiente apartado (art. 100.3) se establece que *los canales por los que se pueda solicitar la cita previa estarán publicados de forma visible en cada una de las fichas de los servicios y procedimientos, así como en los trámites de la sede electrónica*. Al hablar de posibles canales, parece que permitiría a las administraciones excluir alguno de ellos y puesto que ni una mención se hace a la posibilidad de solicitar la cita previa vía presencial, nada impediría que esta vía pudiera ser excluida. Cierto que no se veta esta posibilidad de forma expresa (la previsión sería, a mi juicio, contraria a la Ley), pero tampoco se explicita, con lo cual se diluye esa alternativa, más cuando la publicidad de los canales de obtención de la cita se publicará en las fichas de servicios y procedimientos, que tampoco se nos dice que estarán disponibles en papel para los ciudadanos, porque a lo único que se hace referencia de forma constatable es a su inclusión en la sede electrónica.

Por último, vamos a hacer referencia a las previsiones introducidas en relación con la cita previa en la Ley 26/2010 de Cataluña tras su reforma. Pues bien, en el art. 21.4 se señala muy escuetamente que *la cita previa no puede ser obligatoria en ningún caso y solo puede establecerse para mejorar los servicios de atención presencial*. En el Preámbulo se señala la necesidad de «incorporar la prohibición expresa de imponer la obligación de pedir cita previa para acceder a los servicios presenciales de la Administración, estableciendo que esta medida solo puede utilizarse para mejorar la atención a las personas». Y justifica la modificación en «el objetivo de garantizar el derecho a una atención adecuada, que puede verse vulnerado cuando el acceso a la Administración se condiciona a mecanismos de gestión que, en determinadas circunstancias, dificultan o impiden el ejercicio

45 Respecto al proyecto de este Decreto la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi emitió el dictamen n.º 91/20238 y en el mismo señaló: «El artículo 100 aborda la cita previa. En su apartado segundo parece indicar que en todas la convocatorias y procedimientos se deberá señalar que la atención presencial será con cita previa. Al respecto, la cita previa es una buena solución como vía preferente de atención al ciudadano y que ha demostrado su eficacia. Si bien, no puede constituirse en el único medio de relación ni establecerse con carácter obligatorio. No debemos olvidar que ello iría en contra de derechos reconocidos, entre otros, en los artículos 13, 14 y 16.4 de la LPAC y de los principios de servicio efectivo y proximidad recogidos en el artículo 3 de la LRJSP. No debemos olvidar que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE) y que "el interés general o público pertenece y beneficia a los ciudadanos, no a la Administración como organización servicial que lo gestiona o lo debe gestionar", STS de 23/03/2021 (RC 3688/2019)» En el proyecto inicial parece que la cita previa se establecía con carácter obligatorio para la atención a la ciudadanía de forma presencial. Tras el Dictamen se añade el término «preferentemente», pero está más que clara la intención de la Administración de generalizar el sistema de cita previa a pesar de la vulneración de legislación básica estatal.

efectivo de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, especialmente en el caso de colectivos vulnerables o afectados por la brecha digital». Al igual que ocurría en el ámbito estatal, nada en la legislación catalana amparaba la exigencia de cita previa con carácter obligatorio, pero vista la situación generada, tal vez esta sea la opción más adecuada para poner fin a los abusos, limitaciones e indefensiones causados a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos.

V. RECAPITULACIÓN

Como recapitulación a lo expuesto a lo largo de este trabajo, hay que señalar que las CCAA han asumido un papel protagonista en la configuración de nuevos estándares de protección y en el reconocimiento de derechos a la ciudadanía en sus relaciones con las administraciones públicas, superando ampliamente, la limitada y hoy claramente insuficiente regulación contenida en la normativa básica estatal, anclada en la regulación de la década de los noventa del pasado siglo.

La profunda transformación del modelo administrativo contemporáneo, marcada por la digitalización de los procedimientos, el relevo generacional en el empleo público, las consecuencias organizativas derivadas de la crisis sanitaria y el incremento de la población que precisa de atención y prestaciones públicas, ha situado el derecho a la atención ciudadana en una posición central dentro del debate sobre el buen funcionamiento de las administraciones públicas. Ni como principio de actuación, ni como derecho, la buena administración, a pesar de sus contornos difusos, permite ignorar las garantías jurídicas de los particulares frente a situaciones de colapso institucional, de desatención, de retraso e incumplimiento en los plazos de resolución o de obstaculización a través de instrumentos organizativos, como la cita previa, cuya utilización con carácter obligatorio ha traído consigo efectos totalmente perniciosos, con el agravante de que carece de amparo legal para su imposición. La persistencia de disfunciones estructurales en la prestación de servicios, especialmente en los canales de atención y acceso a la Administración, ha comprometido seriamente la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y exige respuestas normativas y organizativas inmediatas.

No obstante, el reconocimiento formal de derechos resulta insuficiente si no va acompañado de una voluntad efectiva de implementación por parte de todas las administraciones implicadas. La efectividad del derecho a la atención ciudadana requiere la eliminación de barreras, la atención real a las demandas y necesidades, la adecuada organización de los recursos personales disponibles y el pleno respeto a la dignidad personal y a la libertad de elección respecto de los medios de relación con la Administración, evitando que la digitalización se convierta en un nuevo factor de exclusión y de discriminación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Por ello, junto a la valoración positiva de los avances producidos en el ámbito autonómico, resulta necesario reclamar una reforma de la normativa básica estatal que incorpore estos avances y que de manera expresa reconozca el derecho a la atención ciudadana como expresión del derecho a una buena administración, ya que solamente esa reforma permitirá garantizar el tratamiento común e iguales garantías, con independencia de cuál sea el lugar de residencia y la Administración pública con la que se deba relacionar el ciudadano, reforzando así los principios de igualdad, seguridad jurídica y servicio efectivo a la ciudadanía. Toda esta problemática ha puesto de manifiesto una vez más que el estado autonómico juega un papel esencial en el impulso de los derechos y garantías en el sistema jurídico-administrativo, de la calidad democrática y de la cohesión del modelo territorial.

La protección del clima: regulación supranacional y consideraciones político-criminales*

José Luis de la Cuesta Arzamendi

Catedrático en Derecho Penal
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-8187-6201

Ana Isabel Pérez Machío

Catedrática en Derecho Penal
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0001-8900-4398

Sumario. I. Introducción.—II. La regulación universal: 1. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 (y el Protocolo de Kyoto). 2. El Acuerdo de París (COP21, 2015). 3. Recapitulación: la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de la ONU.—III. El Derecho de la Unión Europea: 1. Pacto Verde Europeo. 2. La Ley Europea del Clima. 3. Régimen de comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero: la Directiva 2003/87/CE (UE), reformada en 2023.—IV. Consideraciones de política criminal.—V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Vinculada a lo que, según el Secretario General de las Naciones Unidas, ha superado ya el «calentamiento global» para pasar a ser «ebullición global»[1], debido al incremento sin precedentes de las emisiones de gases de efecto invernadero, la crisis climática no se presenta tan solo como un muy difícil reto

* Trabajo integrado en el proyecto de investigación «El Derecho Penal y la Criminología ante los nuevos desafíos de la criminalidad climática: hacia una Justicia Climática al servicio de los Derechos Humanos» (REF: PID2023-147154NB-I00), al que pertenecen los autores, miembros igualmente del Grupo de Investigación sobre Ciencias Criminales del Gobierno Vasco (GICCAS–IT1486-22).

[1] Para António Guterres, en efecto, «La era del calentamiento global ha terminado; ha llegado la era de la ebullición global». Ver el vídeo de su intervención en Nueva York el 27 de julio de 2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

desde el prisma ambiental[2]. Como desde hace casi dos décadas reconoce, junto al Alto Comisionado y su Relator Especial, el propio Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[3], constituye igualmente un grave problema en el plano de los derechos humanos, cuyo disfrute a medio y largo plazo se prevé muy afectado por los riesgos generados para la economía y, sobre todo, para la salud y seguridad humanas, la calidad de vida, la seguridad alimentaria, el suministro de agua…; de aquí la demanda extendida en el plano supranacional de adopción de manera urgente y coordinada de medidas eficaces de mitigación y adaptación, así como dirigidas al aseguramiento y protección de los derechos humanos más involucrados (Giménez, I.A., 2025, 5).

Reflejo de esta especial preocupación mundial son los textos aprobados a nivel universal y en el plano europeo, que constituyen punto de partida y referencia ineludible a la hora de la potencial articulación de un sistema jurídico de protección del clima, reforzado por las correspondientes medidas sancionatorias y, en su caso, a través de la incriminación penal de los supuestos más graves de «criminalidad climática» (De Paor, R., 2020, 289).

II. LA REGULACIÓN UNIVERSAL

A escala universal, tras los instrumentos referidos a la capa de ozono (el Convenio de 1985 y su Protocolo de Montreal), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992) y su Protocolo de Kyoto (11 diciembre 1997), así como el Acuerdo de París, aprobado en la COP21 el 12 de diciembre de 2015, constituyen en la actualidad las fuentes principales codificadoras de las obligaciones climáticas estatales. Resulta igualmente de especial interés, la Opinión Consultiva en materia de cambio climático, emitida por la Corte Internacional de Justicia el 23 de julio de 2025 en respuesta a la Resolución 77/276, de 29 de marzo de 2023, de la Asamblea General de Naciones Unidas (Pérez Machío, A. I.; De la Cuesta Arzamendi, J. L., 2026, 27 ss.).

1. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 (y el Protocolo de Kyoto)

Alarmada por la intensificación del calentamiento de la superficie y la atmósfera de la Tierra, resultante de la agudización del efecto invernadero

---

2 *Informe Especial del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) sobre los impactos de un calentamiento global de 1,5.º y las sendas de emisión relacionadas* (AEMET y OECC, 2018).

3 <https://www.ohchr.org/es/climate-change/human-rights-council-resolutions-human-rights-and-climate-change>.

por causa de las emisiones procedentes de actividades humanas, la Convención surge en 1992 con la vocación de contribuir a la reducción de las interferencias antropógenas de efectos perniciosos para los ecosistemas y la humanidad, necesaria para la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel tolerable (Anglés Hernández, M., 2002, 234). Como recuerda de entrada su Preámbulo (I), el incuestionable derecho estatal soberano a la formulación y desarrollo de sus propias políticas de explotación de sus recursos y en el plano ambiental, reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho Internacional, encuentra su límite en la responsabilidad, igualmente estatal, de asegurar que las actividades desplegadas en su marco jurisdiccional o realizadas bajo su control no se traduzcan en daños al medio ambiente de otros Estados, ni de zonas que superen los límites de la jurisdicción nacional.

Tres son los principios fundamentales que, a partir de la Convención, deben guiar las políticas climáticas: la «equidad intergeneracional»; la «responsabilidad común, pero diferenciada», y el «derecho al desarrollo sostenible».

Formulado a partir del artículo 3.1, el «principio de equidad intergeneracional» exige que las cargas de la protección del sistema climático se distribuyan adecuadamente entre las generaciones presentes y futuras (Gimeno Presa, M. C., 2024, 25), tomando en cuenta «sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades». Concepto jurídico relativamente nuevo, la «solidaridad intergeneracional» no deja de reflejar un valor universalmente compartido y presente a lo largo de la historia (Naciones Unidas. Asamblea General, 2013, par. 3), si bien ningún instrumento internacional lo define y no es fácil distinguirlo de otros conceptos con los que presenta diferencias de matiz, como la equidad o la justicia intergeneracionales (Ochoa Ruiz, N., 2024, 419). Todos ellos se apoyan en la convicción de que, receptora de un legado heredado que la generación actual puede aprovechar y disfrutar, su deber es también conservarlo apropiadamente para poder, a su vez, transmitirlo a las generaciones venideras. Coherentemente con lo anterior, y aun cuando, estrictamente, de la formulación del artículo 3.1 no sea fácil derivar obligación sustantiva alguna (Asunción, M., 2016, 92), la exigencia es que la equidad intra e intergeneracional opere como guía ineludible en la formulación y desarrollo de las políticas relativas al cambio climático (Giles Carnicero, R., 2021, 45-46).

El segundo de los principios —el «principio de responsabilidad común pero diferenciada»— es objeto de los apartados 2 y 3 del artículo 3, cuya literalidad queda igualmente alejada de la configuración de la protección del sistema climático como objeto de una obligación sustantiva (Pigrau Solé, A., 2021, 53). Dispone el artículo 3.2 que las medidas de precaución —orientadas a la previsión, prevención y reducción al mínimo de las causas del cam-

ISBN: 978-84-7777-740-3

bio climático, así como a la mitigación de sus efectos adversos (art. 3.3)— han de tener presente «las circunstancias especiales» de los «países en desarrollo»: sin haber contribuido al cambio climático como los demás (fuente del 75% de las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero), ni encontrarse en mejor posición para la adopción de medidas de mitigación y adaptación (Acevedo Esbeile, A., 2020, 210), estos resultan «particularmente vulnerables» a sus efectos adversos y la aplicación sin más de la Convención podría resultar «una carga anormal o desproporcionada». Distingue, en consecuencia, la Convención entre los países desarrollados y con economías en transición (anexo I) y los países en desarrollo, y condiciona la materialización de las medidas de prevención y de reducción al mínimo de las causas del cambio climático por estos últimos a la facilitación de los correspondientes recursos y tecnologías por parte de los países industrializados (Anglés Hernández, M., 2002, 234), los cuales han de implementar sus políticas climáticas con mayor rapidez y antelación (Gimeno Presa, M. C., 2024, 23).

El «derecho al desarrollo sostenible de todos los Estados» constituye, por fin, el tercero de los principios-guía de las políticas climáticas, conforme a la Convención, que considera un deber estatal la promoción del desarrollo sostenible (art. 3.4) y la cooperación para hacerlo efectivo, especialmente en relación con los países en desarrollo (art. 3.5).

Siendo objetivo principal de la Convención Marco prevenir las alteraciones climáticas peligrosas procedentes de la actividad humana, recoge el artículo 4 una serie de compromisos estatales dirigidos a frenar el ritmo de concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera y mantener sus niveles bajo control. Estos compromisos han de traducirse, entre otros, en el desarrollo y aplicación de programaciones nacionales y regionales, la gestión sostenible de sumideros y depósitos, y la publicación y actualización de inventarios nacionales de emisiones antropógenas, elaborados con metodologías comparables. Todo ello, en el marco de esa «Justicia climática» (Villavicencio Calzadilla, P. M., 2021, 117) que —en la línea del principio de «responsabilidad común, pero diferenciada», ya explicado— espera de cuantos más se han beneficiado de los altos niveles de emisión un mayor liderazgo y un compromiso más intenso, así como su contribución y apoyo para la creación de capacidades y transferencia de recursos financieros y tecnológicos a los países en desarrollo.

Aun cuando la importancia de la Convención, como primer y principal foro intergubernamental para el desarrollo de una respuesta mundial frente al cambio climático (Romero Abolafio, J. J., 2023, 53) sea innegable, pronto se vio empañada a partir del análisis de su contenido, más influido por las doctrinas de la cooperación internacional y de los principios de capacidad y competencia que por el establecimiento de mecanismos de exigencia de la responsabilidad estatal (Gimeno Presa, M. C., 2024, 27; Pacho Blanco,

X. M., 2024, 112). Caracteriza, en efecto, a la Convención Marco la escasa concreción y alcance de unas disposiciones formuladas de manera «laxa», en la definición de los principios, de los compromisos y de las medidas a adoptar, lo que se traduce en un margen excesivo de discrecionalidad estatal, sin instancia de control en caso de incumplimiento. Esto hace de la Convención un instrumento, sin duda bienintencionado, pero carente de la necesaria eficacia jurídica vinculante que garantice el cumplimiento de sus disposiciones (Bellver Capella, V., 2021, 43).

En 1997 y para la mejor puesta en marcha de la Convención Marco, se aprueba el Protocolo de Kyoto. Centrado en los países desarrollados, se busca en una primera fase (para 2012) la reducción media de sus emisiones en un 5% en comparación con los niveles de 1990; un índice elevado al 18% (en principio, para 2020) por la enmienda de Doha (2012), que solo en 2020 acaba entrando en vigor. A través del Protocolo de Kyoto se crea además el mercado de gases de efecto invernadero, como «mercado voluntario de derechos de emisión» (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 182). En el seno de este mercado, en caso de no superar con sus emisiones el límite asignado, se permite a los países desarrollados comerciar con el exceso de Unidades de Cantidad Atribuida, vendiéndolo a países que emitan por encima de sus límites. Asimismo, se establecen dos mecanismos para facilitar que los Estados desarrollados inviertan en proyectos de reducción de emisiones tanto en países en desarrollo, obteniendo créditos (Mecanismo de Desarrollo Limpio), como en otros países desarrollados, recibiendo unidades de reducción (Aplicación Conjunta).

2. El Acuerdo de París (COP21, 2015)

El Acuerdo de París, aprobado por 196 Partes el 12 de diciembre de 2015, con ocasión de la COP21, entra en vigor el 4 de noviembre de 2016, como «tercer pilar del régimen internacional» de respuesta al cambio climático (Juste, J., 2018, 29 ss.).

a) Medidas de mitigación y adaptación para la rebaja de los 2ºC

Apoyado en los postulados de equidad (arts. 2.2. y 4.1, entre otros) y de responsabilidades comunes, pero diferenciadas —a los que añade los de capacidades respectivas a la luz de las diferentes circunstancias nacionales (art. 2.2), progresión (art. 4.3) y máxima ambición posible (art. 4.3)—, reconoce al «cambio climático» como problema de toda la humanidad e insiste en la necesidad de pleno respeto, a la hora de su abordaje, de las obligaciones en materia de derechos humanos, al tiempo que se busca garantizar la integridad de todos los ecosistemas, la protección de la biodiversidad y la justicia climática.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Como en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, el objetivo es que las emisiones alcancen un máximo lo antes posible, llegando a un equilibrio entre las emisiones y su eliminación por los sumideros en la segunda mitad del siglo. El avance primordial del Acuerdo de París consiste en fijar en 2ºC el límite cuantitativo de «aumento de la temperatura media con respecto a los niveles preindustriales», a la vez que se prosiguen «los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5ºC» (art. 2.1a).

A partir del Acuerdo —que se presenta como «universal» y adopta «un enfoque *bottom-up*» (Verdú Baeza, J., 2024, 123)—, los Estados quedan obligados a definir sus objetivos y líneas de acción climática, así como a asegurar su compromiso de reducción de las emisiones a través de las correspondientes medidas de mitigación (Rodríguez Redondo, A. J., 2022, 3) y otras contribuciones al esfuerzo global de reducción, incorporando todo ello al correspondiente plan, sujeto a evaluación y revisión técnica independiente cOn carácter quinquenal (Pigrau Solé, 20121, 52). Esta solución merece una valoración doctrinal positiva, al facilitar la actualización periódica de los objetivos, previniendo su obsolescencia, y permitir reforzar la efectividad de las decisiones adoptadas para hacer frente al calentamiento (Gimeno Presa, M. C., 2024, 32).

En efecto, a diferencia de la Convención Marco, el Acuerdo de París no se limita tan solo a declaraciones programáticas, dejando completamente en manos del Estado la fijación de los mecanismos a aplicar, sino que —a través de su artículo 14— configura un «Marco de Transparencia Reforzado» para asegurar la información compartida acerca de las medidas tanto dirigidas a mitigar y absorber los gases de efecto invernadero (art. 4), como de adaptación a los impactos climáticos (art. 7), al igual que de las destinadas al apoyo financiero (art. 9), las orientadas al desarrollo y transferencia de tecnología (art. 10), a la creación de capacidad (art. 11) y sobre los avances alcanzados (Acevedo Esbeile, A., 2020, 215).

La forma que promueve el Acuerdo de París para considerar y abordar las diferencias entre las Partes resulta novedosa y flexible. Con el fin de respetar las diferentes realidades de los Estados —en cuanto a sus emisiones y por lo que respecta a su capacidad de asumir los costes de las medidas a adoptar—, se da libertad a las partes para determinar su nivel de contribución con base en sus capacidades y circunstancias respectivas. Al mismo tiempo, se espera de todas ellas la máxima ambición posible en la construcción de sus contribuciones nacionales y en su mejora gradual, de forma consistente con sus responsabilidades comunes, capacidades respectivas y circunstancias nacionales, en línea con lo exigido por el principio de la progresión; se requiere, en todo caso, a los países desarrollados que sigan tomando la delantera y a los países en desarrollo que progresen con la mayor rapidez posible (Acevedo Esbeile, A., 2020, 215-216). La obligación del ar-

tículo 4 se configura, así, como una obligación «de procedimiento, de notificación» (Arenal Lora, L., 2022, 162), esto es, una obligación de medios, no de resultados, sin que el alcance del compromiso incluido en las Contribuciones Determinadas a Nivel nacional quede predeterminado, ni precise propiamente de la cuantificación específica de unos objetivos. A partir de su fijación por las Partes, el control opera a través de la evaluación y revisión técnica quinquenal independiente del grado de cumplimiento de su compromiso de contribuir de manera justa al esfuerzo global de reducción. Vulnerar la obligación convencional no consiste, por ello, en no alcanzar determinados resultados en los plazos previstos, sino en no desplegar los correspondientes esfuerzos, abstenerse de revisar quinquenalmente la planificación o no introducir progresivamente metas más ambiciosas (Pigrau Solé, A., 2021, 54).

Decisivo en la lógica del Acuerdo de París es el segundo objetivo, centrado en la promoción de un desarrollo resiliente al clima a través del aumento por parte de los Estados de su capacidad de adaptación, manteniendo un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero, que no afecte a la producción de alimentos (art. 2.1.b), y adecuando los flujos financieros al mismo fin (artículo 2.1.c). Esto requiere la adopción de las correspondientes medidas de adaptación y resiliencia a los efectos e impactos del cambio climático; estas medidas —identificadas de manera expresa e indicando su estado de implementación— deben incluirse en los Planes a presentar por los Estados.

La introducción del concepto de «resiliencia climática» resulta, en este punto, fundamental. Se entiende por ella (Gimeno Presa, M. C., 2024, 33) la capacidad del ecosistema de absorber los impactos y perturbaciones del clima, sin alterar de manera significativa sus características estructurales y funcionales. La resiliencia tiene en cuenta los riesgos, las incertidumbres y los cambios que son propios de cada sistema, incluye la posibilidad de volver a un estado anterior al de la perturbación y resulta un concepto más amplio que el de «adaptación»: ha de traducirse no solo en acciones encaminadas a dar respuesta a las amenazas o daños ya conocidos, sino también en medidas de transformación y de innovación para prevenir los daños y efectos nocivos (impactos) no deseados derivados del calentamiento global. La implementación de medidas que fomenten la resiliencia implica, asimismo, dividir los sistemas por niveles, con el fin de atender a cada uno de ellos desde todas las dimensiones e interrelaciones (Gimeno Presa, M. C., 2024, 33).

b) Obligaciones climáticas derivadas del Acuerdo de París

Aun cuando tanto su tenor literal, como el paradigma de flexibilidad derivado de los principios sobre los que se apoya, abundan en favor del carácter programático de no pocas de sus previsiones, sin que de las mismas pue-

ISBN: 978-84-7777-740-3

dan deducirse propiamente obligaciones directas de protección del clima, el Acuerdo de París no deja de ser jurídicamente vinculante para los Estados ratificantes: en particular, en cuanto a la presentación de sus planes en los plazos establecidos y a mantener los objetivos de reducción de emisiones fijados a nivel nacional.

Son, asimismo, obligaciones estatales derivadas del pacto: cumplir los objetivos de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero; evitar las vulneraciones de derechos humanos como consecuencia de las emisiones de gases de efecto invernadero y proteger la integridad de todos los ecosistemas contra el cambio climático.

— La *obligación de cumplir con los objetivos de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero* se desprende del artículo 4 del Acuerdo, que la configura, como se ha visto, como una obligación de comportamiento (no de resultado) con el alcance fijado de acuerdo con los criterios contenidos en las respectivas Contribuciones Determinadas a Nivel nacional por cada Estado Parte. El Estado ha de contribuir de manera justa al esfuerzo global de reducción y su compromiso queda sometido al proceso ya explicado de evaluación y revisión técnica independiente cada cinco años.
  En todo caso, como señalara el Relator especial sobre derechos humanos y medio ambiente en 2019, «un clima seguro es un elemento fundamental del derecho a un medio ambiente saludable y resulta absolutamente esencial para la vida y el bienestar de los seres humanos» (Naciones Unidas, 2019, par. 96). En este sentido, la obligación se deduce igualmente de los trabajos sobre la protección de la atmósfera desarrollados por otras altas instancias internacionales. Así, la Directriz núm.3 de la Resolución para la protección de la atmósfera, aprobada por la Asamblea General, a propuesta de la Comisión de Derecho Internacional, el 9 de diciembre de 2021 (Naciones Unidas. Asamblea General, 2021), establece que es obligación de los Estados la protección de «la atmósfera, ejerciendo la diligencia en la adopción de las medidas apropiadas de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica, así como la degradación atmosférica». Y, a la vista de la definición que la misma resolución ofrece de la contaminación (directriz 1b) y de la degradación (directriz 1c) atmosféricas, la obligación de proteger la atmósfera (ejerciendo la diligencia debida) incluye, sin duda, la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para mitigar el cambio climático que, como se deriva del Acuerdo de París, los Estados han de asumir.
— En cuanto a la *obligación de evitar las vulneraciones de derechos humanos*, el Preámbulo del Acuerdo de París, reconoce que el

«cambio climático es un problema de toda la humanidad» y recuerda a las Partes sus deberes en materia de derechos humanos, que han de ser respetados y promovidos también en este marco. Esto no significa, en general, que pueda darse por probada una relación de causalidad entre los efectos atribuidos al cambio climático y vulneraciones específicas de los derechos humanos. Supone, más bien, defender que el cambio climático constituye uno de tantos factores que amenazan la plena efectividad de los derechos humanos, sin que de ello se deduzcan directamente obligaciones específicas de protección del clima, que traigan causa de las vulneraciones de derechos humanos que el cambio climático puede contribuir a generar (Acevedo Esbeile, A., 2020, 220), de aquí que la inacción climática deba considerarse una vulneración de derechos humanos generadora de responsabilidad (Mayordomo Rodrigo, V., 2026, 119 ss.)[4].

— La *protección de la integridad de todos los ecosistemas contra el cambio climático* constituye la tercera de las obligaciones, en la medida en que los ecosistemas —incluidos los océanos y la biodiversidad (Madre Tierra)— no solo no son ajenos al cambio climático, sino que se ven afectados por las emisiones de gases de efecto invernadero. También aquí resulta coherente con las obligaciones estatales internacionales en materia de protección de los ecosistemas la articulación de compromisos de cumplimiento obligatorio —cuanto menos a partir del deber de «diligencia debida»—, dirigidos a prevenir, reducir o controlar la contaminación y la degradación atmosféricas.

3. Recapitulación: la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de ONU

El repaso del contenido de la Convención Marco y del Acuerdo de París pone de manifiesto las insuficiencias del sistema establecido, alejado de los sistemas tradicionales de responsabilidad y caracterizado más bien por «una arquitectura jurídica híbrida» (Arenal Lora, L., 2022, 153), con formulaciones principalmente programáticas, carentes de la suficiente concreción y de apropiados mecanismos de garantía. Ciertamente, el Acuerdo de París no deja de suponer un avance respecto de la Convención Marco, aunque se mantenga sustancialmente en su línea. Reconoce los efectos adversos que el cambio climático genera en los ecosistemas y su vinculación, también, con los derechos humanos, y prioriza, en principio, la cooperación interna-

[4] Como reconociera la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su *sentencia de 9 de abril de 2024 sobre el asunto Verein KlimaSeniorinnen c. Suiza de 2024* (App. 53600/20).

ISBN: 978-84-7777-740-3

cional, pero adopta finalmente, como criterio de referencia, la flexibilidad en la determinación de las obligaciones específicas: una tarea que se deja en manos de los propios Estados, a los que, a la vista de las circunstancias particulares que en cada uno concurran, se les pide, a la postre, un hacer lo que se pueda con el «máximo de ambición posible» (Acevedo Esbeile, A., 2020, 221), y sin que el proceso quinquenal de evaluación y revisión técnica independiente asegure que se alcanzará el objetivo de mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de los 2ºC y se realizarán esfuerzos para que no se supere el 1,5ºC, respecto a las temperaturas preindustriales.

El que, por todo lo anterior, los textos examinados no puedan fácilmente presentarse como instrumentos con verdadero alcance en un plano jurídico vinculante (Asunción, M, M., 2016, 92) constituye un grave defecto de la regulación internacional, que trata de superarse desde diversas instancias a partir de los compromisos internacionales asumidos por los Estados en materia de protección de los ecosistemas y en relación con los derechos humanos. De ellos —como se ha visto—, siquiera sea vía el deber de «diligencia debida», cabe deducir compromisos de cumplimiento obligatorio también en los campos de la prevención, reducción o control de la contaminación y la degradación atmosféricas.

En esta línea, alcanza particular relieve la Opinión Consultiva de 23 de julio de 2025 de la Corte Internacional de Justicia, dada en respuesta a la Resolución 77/276, de 29 de marzo de 2023.

Órgano competente para el arreglo de controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención (art. 14) —pero sin capacidad efectiva de sancionar (Gimeno Presa, M. C., 2024, 27), ni de imponer de forma coercitiva a los Estados el cumplimiento de sus decisiones (Bellver Capella, V., 2021, 43)—, la Corte Internacional de Justicia es requerida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de marzo de 2023 (Resolución 77/276) para pronunciarse de forma no vinculante (pero, contando con el reconocido valor de autoridad de sus opiniones) tanto sobre la obligaciones de los Estados de garantizar la protección del sistema climático y otros elementos del medio ambiente frente a las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero, en favor de los Estados y de las generaciones presentes y futuras, como acerca de las consecuencias jurídicas derivadas de dichas obligaciones para los Estados que, por sus actos y omisiones, hayan causado daños significativos al sistema climático y a otros elementos del medio ambiente, con respecto a: por un lado, los Estados (incluidos, en particular, los pequeños Estados insulares en desarrollo, que, debido a sus circunstancias geográficas y a su nivel de desarrollo, se ven perjudicados o especialmente afectados por los efectos adversos del cambio climático o son particularmente vulnerables a ellos); y, por otro lado, los pueblos y las personas de las generaciones presentes

y futuras afectados por los efectos adversos del cambio climático (Naciones Unidas, 2024, 60).

Destacan a los efectos del presente trabajo las conclusiones sobre: la concreción de las obligaciones climáticas en los Tratados; las normas climáticas oponibles a los Estados; la vinculación entre cambio climático y derechos humanos; y las consecuencias del incumplimiento y la asunción de responsabilidades.

Por lo que respecta al alcance de las obligaciones internacionales plasmadas en los distintos tratados, la Corte afirma el carácter jurídicamente vinculante de la Convención Marco y del Acuerdo de París, cuyas disposiciones son de cumplimiento obligatorio por los Estados en lo que concierne a la adopción de medidas efectivas para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero y proteger o fortalecer los sumideros de carbono; todo ello, sin perjuicio de sus deberes reforzados de liderazgo en la reducción de las emisiones recogidas en el Anexo I de la Convención Marco. En cuanto a la discrecionalidad otorgada a los Estados por el Acuerdo de París en el caso de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional, es para la Corte una discrecionalidad limitada (International Court of Justice, 2025, pars. 237 ss.): los Estados no solo han de aprobarlas formalmente, sino que tienen la obligación de implementar políticas internas reales dirigidas a asegurar su cumplimiento, observando el principio de progresión; este les obliga a incrementar el nivel de ambición de sus políticas climáticas en las sucesivas revisiones y, por otro lado, a adoptar medidas de mitigación alineadas con el objetivo vinculante de temperatura del artículo 2 (International Court of Justice, 2025, par. 224). También resultan obligados los Estados a desplegar y actualizar planes de adaptación climática (International Court of Justice, 2025, pars. 255 ss) y, en el caso de los países desarrollados, a asistir financiera y técnicamente a los países en desarrollo y vulnerables, en aplicación del principio de responsabilidades comunes y diferenciadas (International Court of Justice, 2025, par. 260).

Pasando a la segunda de las cuestiones, más allá de los tratados climáticos, la Corte reconoce, igualmente, obligaciones climáticas en otros acuerdos internacionales: como, por ejemplo, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (1992), el Convenio para la protección de la capa de ozono (1985) y el Protocolo de Montreal sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (1987), la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994), la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982) o la propia Carta de las Naciones Unidas de 1945 (International Court of Justice, 2025, pars. 291, 302 y 336 ss.).

Compartiendo con la Convención Marco y el Acuerdo de París que el cambio climático constituye una «preocupación común de la Humani-

ISBN: 978-84-7777-740-3

dad» (International Court of Justice, 2025, par. 440), subraya la Corte que existen, además, obligaciones climáticas de naturaleza consuetudinaria, por lo que no ser parte en tratados climáticos no exime a los Estados de la obligación de prevenir los daños ambientales significativos vinculados al cambio climático (International Court of Justice, 2025, par. 409). Esta obligación —que no se circunscribe a los marcos transfronterizos, sino que tiene un ámbito de aplicación más amplio— constituye, a juicio de la Corte, una norma *erga omnes*[5] y demanda, en particular, de los Estados:

— actuar con una diligencia debida reforzada, a la hora de utilizar todos los medios a su disposición, para evitar que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o control causen daños significativos al sistema climático y otras partes del ambiente, regulando las actividades y realizando evaluaciones de impacto ambiental, así como vigilando, controlando y sancionando —a la vista de sus capacidades respectivas y de conformidad con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas— la actuación de entes públicos y privados bajo su jurisdicción y control: como las empresas y corporaciones, que puedan ser grandes emisoras de gases de efecto invernadero;
— cooperar de buena fe y de manera sostenida y continua, para prevenir daños significativos al sistema climático y a otras partes del ambiente, por lo que los Estados que se abstienen de participar en los esfuerzos multilaterales de lucha contra el cambio climático, estarían incumpliendo la norma al no ratificar los tratados climáticos o abandonarlos.

En cuanto a la vinculación entre cambio climático y derechos humanos, para la Corte Internacional de Justicia el derecho a un ambiente limpio, saludable y sostenible deviene necesario para la garantía de otros derechos fundamentales, como los derechos a la vida, a la salud, a un nivel de vida adecuado… (International Court of Justice, 2025, par. 393).

Pero, frente a la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —que, sí se ha posicionado a favor en su Opinión Consultiva 32/2025 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025, 109 ss.)—, la Corte Internacional de Justicia no confirma la existencia de un «derecho a un clima sano», si bien recuerda lo establecido por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Verein KlimaSeniorinnen c. Suiza de 2024), la cual califica como vulneración de derechos humanos la «inacción climática»: esto es, el hecho de no adoptar medidas de lu-

[5] Ahora bien, del contenido del parágrafo 439 de la Opinión Consultiva se desprende que la Corte no llega a afirmar su naturaleza imperativa o de *ius cogens* (International Court of Justice, 2025, 125).

cha suficientes y adecuadas contra el cambio climático, lo que supone «un gran salto sustantivo en su jurisprudencia» (Mayordomo Rodrigo, V., 2026, 123). Defiende, en todo caso, la Corte que, en aplicación del principio de equidad intergeneracional, las generaciones presentes tienen la tarea fiduciaria de preservar el planeta y todos sus recursos ambientales, incluido el clima, no solo para sí mismas, sino también para las generaciones futuras (International Court of Justice, 2025, par. 156).

Finalmente, y en lo que concierne a las consecuencias del incumplimiento y la asunción de responsabilidades, la Corte Internacional de Justicia confirma que la vulneración de las normas y obligaciones anteriores —*v. gr.* otorgando licencias de exploración y explotación de combustibles fósiles, produciendo y consumiendo combustibles fósiles sin planificar su reducción y futura eliminación, o concediendo subsidios a estas actividades— genera responsabilidad internacional y obliga a los Estados responsables a reparar los daños causados por los actos u omisiones de sus órganos, o debido al incumplimiento de la debida diligencia a la hora de la regulación y supervisión, en su ámbito jurisdiccional, de las actuaciones de otros agentes (International Court of Justice, 2025, par. 405 ss.).

Aun cuando no es necesario que existan daños para poder invocar la responsabilidad internacional, su existencia es relevante a la hora de adoptar medidas de reparación adecuadas, requiriendo que se establezcan de manera apropiada los vínculos de causación y atribución, nada fáciles de probar en supuestos de generación y afectación difusa e indeterminada, como es el caso. En este punto afirma la Corte la necesidad de verificación de un doble vínculo de causalidad (International Court of Justice, 2025, par. 437): en primer lugar, entre las emisiones de gases de efecto invernadero y la generación de cambio climático; y, a continuación, entre el cambio climático generado y los daños sufridos por otros Estados (o sus nacionales). Estos vínculos causales son ciertamente más difíciles de trazar que en otras agresiones ambientales, cuyas fuentes y efectos se encuentran más localizados y concretos, y exigen un examen de cada caso concreto y atender a la mejor ciencia disponible para verificar la existencia de un nexo causal directo y cierto entre el acto ilícito y el daño sufrido (International Court of Justice, 2025, pars. 433 ss.), que el Estado responsable debe reparar, mediante la restitución, la indemnización o la satisfacción.

Adoptada por unanimidad, sin perjuicio de las declaraciones separadas y adicionales de algunos de sus miembros, la Opinión de la Corte constituye una aportación fundamental en el campo que nos ocupa, al clarificar el alcance de la regulación internacional en la materia. Ciertamente, los pronunciamientos emitidos en su función consultiva no resultan vinculantes, pero sí lo son las reglas convencionales y consuetudinarias en materia climática que la Opinión recoge. A través de ellas, se imponen a los Estados, como obligaciones principales, junto a la adopción de medidas regulatorias y

ISBN: 978-84-7777-740-3

prácticas estrictas y concretas para mitigar y adaptarse al cambio climático, cooperar nacional e internacionalmente[6], proteger los derechos humanos afectados y reparar los daños causados.

III. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

También en el plano de la UE los esfuerzos dirigidos a la mitigación del cambio climático se han plasmado en textos de relevancia. Destacan entre ellos, a partir del Pacto Verde Europeo, junto a la Directiva 2003/87/CE (modificada en 2023), el Reglamento 2021/119, también llamado Ley climática europea, por la que se establece y define el objetivo de neutralidad climática en la UE a 2050, proporcionando un marco para avanzar en los esfuerzos de adaptación a los impactos del cambio climático por el que todos los Estados miembros deben poner en marcha estrategias y planes de adaptación (Pérez Machío, A.; Arruti Benito, S., 2026, 59 ss.).

1. Pacto Verde Europeo

El Pacto Verde Europeo, aprobado el 11 de diciembre de 2019 (Comisión Europea, 2020), se presenta como la contribución al Acuerdo de París, ratificado por la UE y por todos los Estados miembros. El Pacto plasma, así, el compromiso elaborado por la Comisión frente a los desafíos planteados por el calentamiento global, que exigen «una nueva estrategia de crecimiento» para la transformación «de la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva» que trabaja por llegar a la neutralidad climática en 2050 (Comisión Europea, 2020, 2). Articula para ello un plan rector —integrado en la estrategia de la Unión para implementar la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas— de políticas y medidas de transformación económica y garantía del uso eficiente de los recursos y de reducción de las emisiones netas, haciendo de la transición climática un eje fundamental de todas las políticas y base del modelo de crecimiento (Dormido *et al.,* 2022, 18). Busca, en suma, proteger, mantener y mejorar el capital natural de la UE, al igual que la salud y el bienestar de la ciudadanía frente a los riesgos y efectos medioambientales, a través de una transición justa e integradora, priorizando la dimensión humana y prestando atención a las regiones, los sectores y los trabajadores expuestos a los mayores desafíos (Rando Burgos, E., 2020, 2).

---

6 Con apoyo, en su caso, del Mecanismo Internacional de Varsovia para las Pérdidas y los Daños relacionados con las Repercusiones del Cambio Climático (art. 8 del Acuerdo de París).

Múltiples son las actuaciones normativas contempladas por el Anexo para cumplir con la «ambición climática» de la UE (Comisión Europea, 2019). Entre ellas, junto a las pertinentes medidas legislativas y de revisión de reglamentos y directivas, la formulación de una Nueva estrategia de la UE en materia de adaptación al cambio climático, traducida en 2020 en el Pacto Europeo por el Clima, dirigido a «involucrar a diferentes partes interesadas y a la sociedad civil» para lograr su compromiso «con la acción climática y con un comportamiento más sostenible», y con el fin de «difundir la concienciación y apoyar la acción» (Comisión Europea, 2020, 4).

2. La Ley Europea del Clima

Por la propia dimensión y efectos de la acción, los objetivos del Pacto Verde Europeo pueden lograrse mejor a escala de la UE si se promueve y asegura el alineamiento y contribución por parte de todos sus sectores económicos con emisiones o absorciones de gases de efecto invernadero, de aquí la oportunidad y justificación de una legislación europea sobre el clima (Barahona Migueláñez, M, 2022, 9), ajustada (como recuerda el Considerando 6) a los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en materia de desarrollo sostenible y protección y mejora de la calidad del medio ambiente (art. 37) y con pleno respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El Reglamento (UE) 2021/1119[7] —que añade a su título la rúbrica de «Legislación europea sobre el clima»— surge, así, como marco normativo para dar efectividad al compromiso político de alcanzar la neutralidad climática, previsto en el Pacto Verde para 2050. Ordena, para ello, el artículo 2.2 a las Instituciones de la UE y a los Estados miembros la adopción de «las medidas necesarias a escala de la Unión y nacional»; algo a realizar de manera eficiente, coordinada y sin abandonar la promoción de «la equidad y la solidaridad entre los Estados miembros».

Se faculta, asimismo, a la Comisión —junto a la adopción de los oportunos actos delegados a fin de completar lo dispuesto por el propio Reglamento— al establecimiento, con apoyo del Consejo Científico Consultivo Europeo sobre Cambio Climático (art. 3), de la «Trayectoria para lograr la neutralidad climática» (a revisar antes de que transcurran seis meses tras cada balance mundial), debiendo tomar en consideración a tal efecto una larga lista de aspectos que recoge el artículo 3.3.

---

7 Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 (DOUE L 243 de 9.7.2021, pp. 1-17).

ISBN: 978-84-7777-740-3

El Reglamento añade, además, otro objetivo específico para los Estados de la Unión: la reducción interna neta para 2030 de las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55% con respecto a los niveles de 1990, en todos los sectores de la economía. A través de la fijación de este objetivo «intermedio» para 2030 (art. 4.1), se busca garantizar una gradualidad en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero a lo largo del tiempo, que lleve a la irreversibilidad de los avances alcanzados en la transición hacia la neutralidad climática. La Comisión puede, en todo caso, proponer la revisión del objetivo intermedio a la vista de las conclusiones derivadas de las evaluaciones realizadas, así como con base en los resultados del balance mundial y la evolución de la situación internacional. Aún más, y «para dar previsibilidad y confianza a todos los agentes económicos», se contempla igualmente la propuesta por parte de la Comisión de «un objetivo climático intermedio de la Unión para 2040, según proceda, a más tardar seis meses desde el primer balance mundial realizado con arreglo al Acuerdo de París». Esta deberá ir acompañada de un «presupuesto indicativo» en el que se establezca «el volumen total indicativo de emisiones netas de gases de efecto invernadero» que, respetando los compromisos derivados del Acuerdo de París, pueden autorizarse para el período 2030-2050 (art. 4, 3-6).

En suma, y como dispone el artículo 5 del Reglamento (UE) 2021/1119, garantizar el avance continuo en el aumento de la capacidad de adaptación, el fortalecimiento de la resiliencia y la reducción de la vulnerabilidad al cambio climático es, de conformidad con el artículo 7 del Acuerdo de Paris, tarea tanto de las Instituciones de la UE, como de los Estados miembros, y ha de hacerse adoptando, aplicando y actualizando periódicamente las correspondientes estrategias y planes de adaptación —europeos y nacionales— que promuevan soluciones basadas en la naturaleza y ecosistemas, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de los sectores pertinentes (art. 5.4).

En todo caso, la dirección de la UE y de sus Estados miembros hacia el objetivo de la neutralidad climática, tanto en la fase de diseño de las políticas, como en cuanto a su evaluación, corresponde a la Comisión, como verdadero motor del cambio, adoptando lo que proceda, si de las evaluaciones periódicas se desprende la incoherencia o insuficiencia las medidas aplicadas (art. 6), y formulando las recomendaciones oportunas a los Estados miembros (art. 7); todo ello siempre en el marco establecido por los principios de cautela y de que «quien contamina paga» (Tratado de funcionamiento de la UE), el principio «primero, la eficiencia energética» (Unión de la Energía) y el principio de «no ocasionar daños» (Pacto Verde Europeo)[8].

[8] Así, Considerando 9 del Reglamento (UE) 2021/1119.

Advierte la doctrina (así, Gimeno Presa, M. C., 2024, 38; Nieto Martín, A., 2022, 287) que, al margen de los objetivos climáticos que vinculan jurídicamente a los Estados Parte, caracteriza sorprendentemente al resto de compromisos contenidos en el Reglamento (como en el propio Pacto Verde Europeo) su formulación no como normas de obligado cumplimiento, sino más bien como directrices-guía o de carácter programático dirigidas al logro de la neutralidad climática (también de las empresas y de los propios ciudadanos): esto es, en el mejor de los casos, de escasa eficacia jurídica vinculante.

En esta situación es en las regulaciones sectoriales donde los compromisos climáticos se acaban traduciendo en límites específicos de obligado cumplimiento, tanto para las emisiones de gases de efecto invernadero, como en relación con las absorciones de las mismas. Merece, entre ellas, especial detenimiento la Directiva relativa al Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero.

3. Régimen de comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero: la Directiva 2003/87/CE (UE), reformada en 2023

El régimen de comercio de derechos de emisión (en adelante, RCDE) constituye un instrumento político clave en la lucha contra el cambio climático en la UE. En la línea del Protocolo de Kyoto de 1997 y con base en el principio de «limitación y comercio», los Estados distribuyen gratuitamente o subastan «derechos de emisión» —«moneda» común de intercambio que permite a su titular emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un periodo determinado— entre las instalaciones incluidas en el sistema (fábricas, centrales eléctricas, etc.). Estas pueden, a su vez, negociar con ellos, respetando el precio fijado al carbono, de forma que, con el tiempo, la cantidad total de derechos se va reduciendo progresivamente[9].

Orientada a la regulación de las autorizaciones de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, a través de la Directiva 2003/87/CE[10] se regula, por primera vez, el «régimen comunitario» (art. 1) del mercado de derechos de emisión. En este mercado «obligatorio» (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 183), en aplicación del principio ambiental de «quien contamina paga», se asigna un precio al uso de la atmósfera que, por los gases de efecto invernadero generados, deteriora ese bien común, convirtiendo

---

9 Dos fondos, el Fondo de Modernización y el Fondo de Innovación, ayudan a la mejora de los sistemas de energía en los Estados miembros de ingresos más bajos e impulsan la innovación, financiando proyectos hipocarbónicos, así como de captura y almacenamiento de carbono y de energías renovables.

10 DOUE L 275, de 25.10.2003, pp. 32-46.

ISBN: 978-84-7777-740-3

el aire en un producto negociable, y se deja en manos de los Estados la fijación del régimen de sanciones «eficaces proporcionadas y disuasorias» aplicables, que debe notificarse «a la Comisión, comunicando, sin demora, cualquier modificación posterior de las mismas» (art. 16.1).

El Anexo I de la Directiva 2003 estableció el listado de actividades incluidas en el RCDE UE, que los Estados pueden ampliar, con aprobación de la Comisión. Desde su creación en 2005, el ámbito del régimen de comercio de derechos de emisión no ha dejado de crecer, tanto por lo que respecta a las actividades económicas incluidas en el sistema, como en cuanto a los países participantes y a los tipos de gases de efecto invernadero regulados. La Directiva (UE) 2023/959[11] lo extendió así al despacho a consumo de combustibles que se utilizan para la combustión en los sectores de los edificios, el transporte por carretera y otros sectores[12]. En todo caso, son las plantas de generación de calor y electricidad y los sectores de consumo energético intensivo[13] los principales sectores afectados; a ellos se añaden el transporte y el almacenamiento geológico de gases de efecto invernadero en un establecimiento autorizado. Ahora bien, y puesto que, para las pequeñas empresas, la inclusión en el régimen de comercio de derechos de emisión puede resultar demasiado gravosa, desde 2010 se permite excluir las instalaciones que tengan la consideración de pequeños emisores o sean hospitales, si aplican medidas equivalentes

Conforme al artículo 14.3 de la Directiva, corresponde a los Estados velar por el cumplimiento de sus obligaciones de supervisión y notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero generadas, por parte de los titulares de las instalaciones u operadores responsables. A tal efecto, estos han de someter los correspondientes informes al proceso de verificación previsto por el artículo 15, antes de su presentación a las autoridades nacionales competentes.

---

11 Directiva (UE) 2023/959 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 que modifica la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión y la Decisión (UE) 2015/1814, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión (DOUE L 130, de 16.10.2023, pp. 134-202).

12 El régimen de las emisiones de la aviación se regula, por su parte, por la Directiva (UE) 2023/958, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE en lo que respecta a la contribución de la aviación al objetivo de la Unión de reducir las emisiones en el conjunto de la economía y a la adecuada aplicación de una medida de mercado mundial (DOUE L 130, de 16.10.2023, pp. 115-133), si bien la exención actual para los vuelos intercontinentales ha quedado prorrogada hasta principios de 2027.

13 Refinerías de petróleo, acerías y plantas de producción de hierro, aluminio y otros metales, cemento, cal, vidrio, productos cerámicos, pasta de papel y papel, cartón, ácidos y productos químicos orgánicos en bruto.

Es también obligación de los Estados (art. 16), como se ha adelantado, la fijación del régimen sancionador aplicable a las infracciones que se produzcan, manteniendo informada a la Comisión de sus eventuales modificaciones. Regula, con todo, la Directiva las multas aplicables en caso de incumplimiento del deber de entrega de los derechos de emisión que respalden las emisiones, fijada por el artículo 16.3 en 100 € por cada tonelada de CO_2 emitida, sin que su pago exima de la obtención y entrega de los derechos de emisión al año siguiente, ni de la publicación del infractor.

El Tribunal de Justicia de la UE ha considerado desproporcionada la aplicación de esta sanción cuando, habiendo obrado el titular con buena fe, con ocasión de controles o verificaciones se constaten, por parte de las autoridades de un Estado miembro, discordancias sobre la cantidad de emisiones del año anterior que, evaluadas por valor inferior al real, han resultado en la entrega de un número insuficiente de derechos de emisión[14]. Entiende el TJUE que esta es una situación infractora cuya sanción corresponde a los Estados miembros determinar, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 16.1[15]. De forma similar ha resuelto el TJUE el contencioso en torno a si, para ser sancionado, basta con el mero hecho de incumplir el deber de entregar (con la antelación requerida) los derechos de emisión, independientemente de los motivos de la falta de entrega, o si la expresión «exceso de emisiones» obliga a verificar que el comportamiento fue por sí mismo excesivamente contaminante. A juicio del Tribunal, la obligación impuesta por la Directiva no consiste en la mera obligación de estar en posesión de derechos de emisión equivalentes a las emisiones totales de gases de efecto invernadero —esto es, que cubran las emisiones del año anterior—, sino que incluye también la entrega de tales derechos de emisión en el plazo indicado[16], fijando para su incumplimiento una sanción concreta[17]; de aquí que, salvo en casos de fuerza mayor —sin dolo o imprudencia—, puede sancionarse al titular que o bien no ha entregado derecho de emisión alguno, o bien ha aportado un número insuficiente de derechos emisión de gases de efecto invernadero de manera dolosa (aun disponiendo de haberes suficientes en sus cuentas en el registro de derechos de contaminación).

Las sanciones aplicadas por los Estados a las «infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva» han de ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias» (art. 16.1), estableciéndose las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Por consiguiente, queda

---

14 Asunto C-148/14, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de abril de 2015, apdo. 43.

15 *Ibidem*, apdo. 45.

16 El 30 de septiembre de cada año: plazo modificado con la entrada en vigor de la Directiva 2023/959, de 10 de mayo, que modifica la Directiva 2003/87 en ese punto.

17 Asunto C-203/12, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 octubre de 2013, apdos. 21 y 25.

ISBN: 978-84-7777-740-3

en manos de los Estados miembros la determinación de las sanciones a imponer a quien, cumpliendo la obligación de entrega de derechos de emisión, en el sentido de la Directiva, infringe otras exigencias inherentes al buen funcionamiento del RCDE[18].

IV. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Como se acaba de ver, al establecer la competencia estatal en la fijación del régimen sancionador de las infracciones al RCDE UE previsto por su artículo 16, la Directiva (UE) 2023/959 no avanza sustancialmente sobre su contenido: tan solo en el caso de infracción de la obligación de entregar (anualmente y en plazo) suficientes derechos para cubrir las emisiones del año, se alude a la multa a tanto alzado a imponer (art. 16.3), sin aportar elemento adicional alguno acerca de la naturaleza jurídica penal o administrativa de las sanciones «eficaces, proporcionadas y disuasorias» requeridas. Todo apunta, por ello y con carácter general, a un régimen jurídico sancionador administrativo, centrado en la infracción de los mandatos y obligaciones recogidos por las disposiciones nacionales.

Recuerdan Pérez Machío y Arruti Benito (2026, 84 ss.) que, como señala la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva de 2025, los tratados en materia de cambio climático obligan a los Estados parte a garantizar la protección del clima y el medio ambiente, debiendo adoptar medidas apropiadas, consistentes, rápidas y sostenibles para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Y, en esta línea, al igual que sucede en otras áreas de protección, tendría sentido que, sin perjuicio del tratamiento sancionador por la vía administrativa de la mayor parte de las infracciones al RCDE, acabaran incriminados penalmente los casos más graves de conductas que más directamente se conectan con ese riesgo universal por excelencia (*quintessentially universal risk*) al que alude la Corte Internacional de Justicia (International Court of Justice, 2025, par. 137). A la luz de los principios limitadores del *ius puniendi,* no parece, sin embargo, que el mero incumplimiento de la obligación formal de entrega anual y en plazo de derechos de emisión suficientes deba ser el foco central de incriminación. La intervención penal en materia climática habría de ocuparse principalmente de los hechos de emisión (no compensada) de gases de efecto invernadero; y castigar, en consecuencia, aquellas conductas de emisión sin cobertura suficiente de estos gases que, superando un determinado umbral, suponen una violación grave, dolosa o imprudente, de la norma de conducta que obliga a ser climáticamente neutrales (Nieto Martín; Vilà Cuñat, 2024, 184).

---

18 Como se desprende de lo expresado en el apdo. 39 Asunto C-148/14, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de abril de 2015.

Ciertamente, y de forma paralela a lo que sucede en otros sectores, también debería resultar penalmente protegido el propio RCDE frente a los ataques más graves a su funcionamiento e integridad. Esto habría de llevar al aseguramiento de la cobertura incriminatoria de conductas como el abuso de información privilegiada (*insider trading*), las ventas múltiples de unos mismos derechos de emisión o su falsa creación, la introducción en el mercado de derechos inexistentes…, así como otras formas de manipulación del mercado, falsificación de la documentación climática, ataque a la fiabilidad de los correspondientes registros… (Nieto Martín, A., 2022, 282 ss.). Todo ello, al margen de si las correspondientes figuras delictivas hayan de incardinarse o no entre los delitos contra el ambiente o si, a la vista de sus especificidades, merezcan ser tratadas en sede independiente dentro del Código penal, una cuestión compleja que «no puede en absoluto darse por concluida» (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 197).

Destacan, en efecto, relevantes autores que clima y ambiente presentan características propias que justifican su distinción como bienes jurídicos y llevan a diferencias fundamentales en cuanto a las técnicas de incriminación y sanción penal. Suele defenderse, en este orden de cosas, el carácter «planetario» del clima —que vendría a contrastar con la naturaleza «esencialmente local o territorial» de los elementos ambientales— y las diferentes formas de lesión, las cuales se presentarían de una forma más directa y con una «relación espaciotemporal relativamente acotada» en el supuesto ambiental, y producto, más bien, en el caso del clima, de interacciones caracterizadas por su complejidad, también en las «coordenadas espacio temporales», desafiando «a las teorías causales tradicionales» (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 194 s.). Para estas posiciones los problemas de prueba de la causalidad y la imputación objetiva entre los comportamientos concretos de emisión y los daños igualmente concretos, consecuencia del cambio climático, se erigen, así, en obstáculos fundamentales[19], sin que, dadas las exigencias también inherentes al propio «juicio de idoneidad» (Nieto Martín, A., 2022, 276), parezca bastar para superarlos el empleo de tipos que no sean de peligro abstracto. Esto lleva a postular un cambio en la técnica de incriminación de esta modalidad de delitos de acumulación, los «delitos de emisión climática» (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 184): centrar el efecto a producir por las emisiones de gases de efecto invernadero en el «aumento de la concentración (media)» de los mismos, que las emisiones significativamente peligrosas derivadas del «proceso de industrialización» —esto es, no «privadas cotidianas insignificantes», ni «neutrales»[20]—, al no quedar compensadas, contribuyen por definición a generar (Sätzger, H., 2021, 1740 ss.).

---

19 «Insalvables», para Nieto Martín (2022, 275 y s.).

20 Pues aquellas que han estado siempre presentes, si bien contribuyen al «efecto invernadero *natural*», no pueden considerarse «causa del cambio climático antropogénico» (Sätzger, H., 2021, 1741 s.).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ahora bien, los problemas referidos en modo alguno son desconocidos en el plano de la tutela penal de los elementos ambientales, cuyo carácter transnacional ha sido ampliamente subrayado y donde la distancia geográfico-temporal en la aparición de los daños derivados de las conductas típicas dificulta igualmente la prueba de la causalidad e imputación objetiva: como sucede, muy en particular, en la protección del aire, marco en el que se colocan las emisiones de gases de efecto invernadero. Precisamente por ello, las técnicas utilizadas en el derecho penal del ambiente, sin caer en la incriminación de meras desobediencias fundamentadas en el peligro abstracto, optan desde los tipos básicos por la construcción de delitos de peligro hipotético (De la Cuesta Arzamendi, J. L., 1999, 32 ss.).

También caracteriza a la tutela penal ambiental la inevitable accesoriedad administrativa —preferiblemente de norma y no de acto— de los tipos penales, frecuentemente generadora de debate en torno al margen de libertad del legislador interno a la hora de la legitimación de comportamientos que, desde el plano internacional, se reclama proscribir a los Estados. La cuestión se acentúa, obviamente, a la hora de la protección penal del clima donde, frente a lo que parecería más coherente con el Acuerdo de París, en ausencia de otras estructuras internacionales competentes para ello, son los Estados quienes, «en nombre de la comunidad internacional», se ocupan de la legalización de las emisiones respetando las previsiones del Protocolo de Kioto y, en Europa, del RCDE (Sätzger, H., 2021, 1743 ss.).

Por lo que concierne a las respuestas sancionadoras, la oportunidad de previsión de *smart sanctions* («sanciones inteligentes») a la hora de la protección penal del clima[21], no deja de ser igualmente compartida por el derecho penal del ambiente. Hace ya casi medio siglo se proponían, para el caso de las personas jurídicas, las llamadas *equity fines* (multas sobre el capital) (Coffee, J. Jr., 1981, 413 ss.), destinadas a evitar los problemas de las multas simplemente en efectivo (*cash fines*), que siguen sin llegar a inquietar a los titulares de las entidades (De la Cuesta, 1985, 284). En línea similar, e inspirada en la intervención judicial, se presenta en la actualidad la interesante propuesta de «intervención climática», pensada también, primordialmente, para las personas jurídicas y por la que se impondría a la entidad la inclusión de un consejero independiente responsable de la supervisión, diseño, implantación… de las medidas que los intereses colectivos demandan aplicar en la lucha contra el cambio climático (Nieto Martín, A., 2022, 288). En el plano del Derecho penal ambiental se subraya igualmente

21 Sanciones que a veces «solo son penales en el sentido más amplio», como las consistentes en imposición de obligaciones de hacer: participar o financiar actividades de reforestación o proyectos climáticos que redunden en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero; constituirse en «embajador climático», desplegando campañas de información social sobre los riesgos del cambio climático comportamientos sostenibles... (Sätzger, H., 2021, 1737).

la oportunidad de completar la respuesta penal estricta con medidas «disuasorias y proporcionadas» de diverso corte y naturaleza (también civiles y administrativas), asegurando tanto la reparación del daño causado en el pasado y la prevención de daños futuros, como la aplicación de los tratados de asistencia judicial recíproca y extradición a las infracciones graves (De la Cuesta, J. L., 2016, 345).

El rápido repaso pone de manifiesto, además de amplias «zonas de intersección» entre la protección del clima y del ambiente (Nieto Martín, 2022, 279), la existencia de una problemática común que, sin perjuicio de distancias en aspectos específicos, permite aplicar a elementos centrales de la protección del clima no pocos de los criterios y soluciones ya avanzados en la tutela penal del ambiente.

En esta situación el artículo 3.2 de la nueva Directiva 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal[22] (De la Mata Barranco, N. J.; Hernández Díaz, L., 2026, 243 ss.) recoge entre las conductas que los Estados tienen el deber de incriminar como «delito cuando sean ilícitas e intencionadas» —y, también, en caso de llevarse «a cabo, al menos, por imprudencia grave» (art. 3.4)—, los hechos contemplados por las letras s) y t) en relación con las «sustancias que agotan la capa de ozono» y los «gases fluorados de efecto invernadero»: concretamente, su «producción», «introducción en el mercado», «importación«, «exportación», «uso» y «liberación», así como «la producción, la introducción en el mercado, la importación, la exportación o el uso de productos y aparatos, y sus partes» que los «contengan […] o cuyo funcionamiento dependa de» los mismos; a lo que, en el caso de los gases fluorados de efecto invernadero, se añade «la puesta en servicio de tales productos y aparatos».

Hace tiempo que los tribunales consideran incardinables en el artículo 325 CP las emisiones de sustancias que dañan la capa de ozono. Tras la pionera sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid (Martín Aragón, M., 2020, 55 ss.), esta posición se ha visto confirmada y extendida a las emisiones de gases de efecto de invernadero por la STS 52/2015, de 13 de octubre (Rec. 144/2015), y es seguida por las Audiencias Provinciales. Por su parte, se encauzan a través del artículo 348.1 (entre los delitos contra la seguridad colectiva) la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de sustancias que causan daños a la capa de ozono, o, en su caso, a través de los delitos de contrabando.

A la vista de lo sucedido en ocasiones anteriores y ante el listado de conductas a incriminar conforme a la Directiva —entre las que, al lado de la

22 Y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE (DOUE L 1203, de 30 de abril de 2024, pp. 1-28).

ISBN: 978-84-7777-740-3

«liberación», se recoge un conjunto largo de «meros actos preparatorios» (De la Mata Barranco, N. J.; Hernández, Díaz, L., 2026, 290—, es previsible que, a la hora de su transposición[23], acaben incluyéndose en el Código Penal (como ya sucediera con los residuos) nuevas disposiciones dirigidas al tratamiento separado de estos comportamientos punibles en relación con los gases de ozono y los gases de efecto invernadero. Su inserción en el Capítulo III del Título XVI —esto es, entre los delitos «contra los recursos naturales y el medio ambiente», en lugar de entre los delitos contra la seguridad colectiva— sería preferible en un sistema basado en los hechos de causar (o poder causar) daños sustanciales, entre otros, a la calidad del aire (que, en un sentido moderadamente antropológico, también las emisiones de gases de efecto invernadero contribuyen a afectar). Un sistema caracterizado, además, por apuntar igualmente al riesgo o, mejor, a la posibilidad de grave perjuicio al «equilibrio de los sistemas naturales», bien como cualificación (en el caso de la contaminación) (art. 325.2) o como una de las alternativas del tipo básico (como sucede en los delitos consistentes en el desarrollo de actividades o sustancias peligrosas (art. 327) y en los delitos de residuos (art. 326)). Otra cuestión sería que ello llevara a un tratamiento separado de los supuestos de emisiones ya cubiertos por el artículo 325[24] o que —como en otras ocasiones ha hecho, desgraciadamente, el legislador español— se caiga de nuevo en la copia (hasta literal) de los textos de la Directiva, lo que llevaría no solo a someter al mismo tratamiento penal a conductas de entidad y alcance bien diferente, sino (como sucede ya con el artículo 326.2 en materia de residuos)[25] a la sanción penal de la mera desobediencia de la regulación administrativa.

Tendría, en todo caso, pleno sentido aprovechar igualmente la reforma para asegurar la tutela penal del RDCE frente a los ataques más graves a la integridad y funcionamiento del sistema. Esto requeriría el repaso de las figuras ya en vigor en materia de *insider trading*, comunicación de informa-

---

23 Que, conforme al artículo 28.1, los Estados estaban obligados a realizar antes del 21 de mayo de 2026). Sobre los problemas que generaría su trasposición incorrecta, solo parcial o, incluso, la no trasposición, por todos, De la Mata Barranco, N. J./ Hernández Díaz, L., 2026, 251-255.

24 Contra la opinión del Grupo de Estudios de Política Criminal (2025, 14 y 26), que defiende evitar la multiplicación de modalidades delictivas y promover su agrupación, englobando «todas las reclamadas por las directivas europeas», sin tener que «reiterar todas y cada una de ellas y de crear tipos innecesarios, largos o redundantes».

25 El cual incrimina —de forma subsidiaria a la gestión gravemente peligrosa del artículo 326.1— la conducta de traslado de «una cantidad no desdeñable de residuos» (de forma única o a través de traslados «vinculados») «en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión relativo al traslado de residuos»: un delito de mera actividad y de peligro abstracto para cuya realización no se requiere explícitamente ni que los residuos sean necesariamente dañinos o peligroso, ni la producción de resultado alguno de lesión o de peligro, ni la posibilidad de grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales (De la Cuesta, J. L., 2015, 97).

ción falsa o engañosa y otras modalidades delictivas de manipulación de mercados[26], para confirmar (o, en su caso, asegurar) la cobertura penal de conductas como «la puesta en el mercado de derechos de emisión ERU o CER inexistentes» y «las ventas múltiples de unos mismos derechos» (Nieto Martín, A., 2022, 286), así como revisar con similar propósito la regulación en materia de defraudaciones, falsedades documentales y registrales, o corrupción[27], que vienen a ser «los comportamientos delictivos más frecuentes en el mercado voluntario» (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 182).

Todo ello, a la espera de un avance mayor en el debate abierto en torno a en qué medida la agrupación de forma independiente o autónoma de las emisiones de gases de efecto invernadero no compensadas (mejor que el hecho mismo de la no compensación) y las agresiones al funcionamiento del mercado voluntario, constituye o no la opción sistemática preferible y la forma más apropiada de dotar de una mayor visibilidad y coherencia a la respuesta a las exigencias político criminales concernientes a la tutela penal del clima.

Por último, aunque no precisamente en importancia, a nivel internacional, la aportación del Derecho penal en la tarea de «paliar la urgencia climática» se presenta también como una necesidad acuciante (Nieto, 2022, 274). La insuficiencia, desde el prisma de la protección del clima, de las propuestas de definición del ecocidio como quinto crimen objeto de la jurisdicción penal internacional (Verdú Baeza, J., 2024, 136 ss.) llevó ya en 2020 a R. de Paor (2020, 289 ss.) a la formulación de un proyecto complementario de reforma del Estatuto de Roma para incluir el «crimen de agravación del cambio climático», susceptible de generar la responsabilidad penal no solo de las personas físicas, sino también de las personas jurídicas[28].

A falta de convenios internacionales con alcance penal referidos al cambio climático, la intervención penal internacional debería al menos priorizarse en relación con aquellas zonas que funcionan «como grandes reguladores del clima o sumideros» a escala mundial (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 196). Este es el caso de las zonas polares, claves en el mantenimiento del clima y del equilibrio ecológico a nivel del planeta, y en las que se detectan señales alarmantes y hasta la superación de varios de los

---

26 La UE reconoce los derechos de emisión como instrumentos financieros, lo que les sujeta a la supervisión de las autoridades (europea y nacionales) de los mercados de valores y a su protección, al lado de por la vía administrativa, a través de la sanción penal (Nieto Martín, A.; Vilà Cuñat, A., 2025, 183).

27 Propone así Nieto Martín (2022, 288) asimilar a directivos y empleados a los funcionarios públicos, en la línea del artículo 423 CP.

28 Para la formulación y explicación pormenorizada de la definición y las bases jurídicas del crimen propuesto, De Paor, R., 2020, 316 ss. y 321 ss.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nueve límites críticos (*planetary boundaries*: Rockström *et al.*, 2009) que no deberían sobrepasarse si se quieren evitar cambios irreversibles susceptibles de comprometer la estabilidad del planeta Tierra: supuestos de «ecocidio blanco» de los que se reclama su definición como crimen internacional por su carácter de agresión «contra la humanidad de impacto global» (Morelle-Hungría, E., 2024, 7, 9).

V. BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO ESBEILE, A. (2020). «La teoría de la diferenciación del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y su relación con el régimen jurídico internacional de los Derechos Humanos». *Revista de Derecho Ambiental,* 14, pp. 201-228.

AEMET y OECC (2018). *Cambio climático: calentamiento global de 1,5ºC. Agencia Estatal de Meteorología y Oficina Española de Cambio Climático. Guía resumida. Informe Especial del IPCC sobre los impactos de un calentamiento global de 1,5ºC y las sendas de emisión relacionadas*. Madrid: Ministerio para la Transición Ecológica.

ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (2002). «Hacia la consolidación del Protocolo de Kioto y el control de los gases de efecto invernadero». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, pp. 231-244. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2002.2.33

ARENAL LORA, L. (2022). «El crimen internacional del ecocidio: respuesta normativa al problema global del cambio climático». En ZAMORA CABOT *et al.* (dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (pp. 151-165). Cizur Menor: Aranzadi.

ASUNCIÓN, M. (2016). «El camino de la humanidad ante el cambio climático: antes, durante y después del Acuerdo de París». *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada,* 183, pp. 81-98.

BARAHONA MIGUELÁÑEZ, M. (2022). «La Unión de la Energía como factor estratégico en la lucha contra el cambio climático. La proyección *ad extra* y *ad intra* de los valores y objetivos ambientales de la Unión Europea y su traslación al ordenamiento jurídico español». *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 99.

BELLVER CAPELLA, V. (2021). «Origen, evolución, caracteres y dimensiones de la Justicia climática». En S. BORRÁS PENTINAT / P. VILLAVICENCIO CALZADILLA (eds.), *Justicia climática: visiones constructivas desde el reconocimiento de la desigualdad* (pp. 33-86). Valencia: Tirant lo Blanch.

COFFEE, J.Jr. (1981). «No Soul to Damn: Nobody to kick. An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment». 79 *Michigan Law Review*, 3, pp. 386-459.

COMISIÓN EUROPEA (2019). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo*. COM(2019)640 final, 11.12.2019. Anexo.

—— (2020), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Pacto Europeo sobre el Clima.* COM(2020)788 final, 9.12.2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2025). *Opinión Consultiva OC-32/25, de 29 de mayo de 2025*. Serie A, No. 32.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1985). «Ecología y Derecho Penal». En A. BERISTAIN / J. L. DE LA CUESTA (comps.), *Las drogas en la sociedad actual y nuevos horizontes en Criminología* (pp. 277-290). San Sebastián: CAP.

— (1999). «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *Revista Penal,* 4, pp. 30-41.

— (2015). «Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015». *Revista Penal*, n.º 36, pp. 86-104.

— (2016). «Protection of the Environment through Criminal Law. Final Recommendations». *Revue Internationale de Droit Pénal,* vol. 87, issue 1, pp. 343-348.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L. (2026). «La Directiva 2024/1203 y la adecuación de la regulación ambiental penal española a la normativa europea». En A. I. PÉREZ MACHÍO / M. ODRIOZOLA GURRUTXAGA (dirs.), *Retos del derecho penal y de la Criminología ante los desafíos del cambio climático* (pp. 243-294). Madrid: Aranzadi.

DE PAOR, R. (2020). «Hacia la criminalidad climática: creación de una quinta categoría de crimen bajo el Estatuto de Roma para penalizar la agravación del cambio climático». *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 36, pp. 289-325.

DORMIDO, L. / GARRIDO, I. / L'HOTELLERIE-FALLOIS, P. / SANTILLÁN, J. (2022). «El cambio climático y la sostenibilidad del crecimiento: iniciativas internacionales y políticas europeas». *Documentos Ocasionales,* núm. 2213.

GILES CARNICERO, R. (2021). *El régimen jurídico internacional en materia de cambio climático. Dinámica de avances y limitaciones*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

GIMÉNEZ, I. A. (2025). «Vías indirectas de acceso para las futuras generaciones en procesos consultivos ante la corte internacional de justicia y la corte interamericana de derechos humanos». *Actualidad Jurídica Ambiental*, pp. 118-158.

GIMENO PRESA, M. C. (2024). «Normativas climáticas: cambios e implicaciones para un futuro sostenible». En M. C. GIMENO PRESA (dir.), *Derecho y cambio climático. Cómo abordar los eventos meteorológicos extremos* (pp. 19-62). Cizur Menor: Aranzadi.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2025). *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos contra el ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (2025). «Obligations des États en matière de changement climatique / Obligations of States in respect of climate change». *Advisory Opinion* 23 July 2025.

JUSTE RUIZ, J. (2018). «El tercer pilar del régimen internacional para responder al cambio climático: el Acuerdo de París de 2015». En S. BORRÁS PENTINAT / P. M. VILLAVICENCIO CALZADILLA (eds.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?: análisis jurídico y perspectivas futuras* (pp. 29-51). Pamplona: Aranzadi.

MARTÍN ARAGÓN, M. (2020). «El delito ecológico y la primera condena en España por emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono. La SAP 711/2014, de 4 de diciembre de 2014». *Studi sulla questione criminale*, XV, n. 2, pp. 55-74.

MAYORDOMO RODRIGO, V. (2026). «La responsabilidad por inacción climática de España a la luz del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Klimaseniorinnen c. Suiza: perspectiva penal y de derechos humanos». En A. I. PÉREZ MACHÍO / M. ODRIOZOLA GURRUTXAGA (dirs.), *Retos del derecho penal y de la Criminología ante los desafíos del cambio climático* (pp. 119-146). Madrid: Aranzadi.

ISBN: 978-84-7777-740-3

MORELLE-HUNGRÍA, E. (2024). «Artic Climate Change Criminology (AC^3): transgression of Artic planetary boundaries as a White ecocide». *Revista Electrónica de Criminología,* 09-08, pp. 1-13.

NACIONES UNIDAS (2024). *Informe de la Corte Internacional de Justicia, 1 de agosto de 2023 al 31 de julio de 2024.* A/79/4. Nueva York.

NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL (2013). *La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras*. Informe del Secretario General. A/68/322. 15 de agosto de 2013.

— (2019). *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, Sr. David R. Boyd. A/74/161. 15 de julio de 2019.

— (2021). *Septuagésimo sexto período de sesiones Tema 82 del programa Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 72.º período de sesiones.* A/RES/76/112. 17 diciembre de 2021.

NIETO MARTÍN, A. (2022). «No mires arriba. Las respuestas del Derecho Penal a la crisis climática». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 26, pp. 269-302.

NIETO MARTÍN, A. / VILÀ CUÑAT, A. (2025). «La protección penal del ambiente, el clima y la sostenibilidad: imaginarios y principios penales». *Revista InDret,* 4, pp. 173-207.

OCHOA RUIZ, N. (2024). «La responsabilidad intergeneracional como principio de actuación para abordar la policrisis». *Anuario Español de Derecho Internacional,* 40, pp. 415-470.

PACHO BLANCO, X. M. (2024). «Derecho y emergencia climática: nuevas perspectivas jurídicas». En M. C. GIMENO PRESA (dir.), *Derecho y cambio climático. Cómo abordar los eventos meteorológicos extremos* (pp. 93-129). Cizur Menor: Aranzadi.

PÉREZ MACHÍO, A. / ARRUTI BENITO, S. (2026). «Cambio climático y neutralidad climática europea: ¿Hacia un Derecho penal climático?». En A. I. PÉREZ MACHÍO / M. ODRIOZOLA GURRUTXAGA (dirs.), *Retos del derecho penal y de la Criminología ante los desafíos del cambio climático* (pp. 59-86). Madrid: Aranzadi.

PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (2026). «Obligaciones climáticas estatales a nivel universal». En A. I. PÉREZ MACHÍO / M. ODRIOZOLA GURRUTXAGA (dirs.), *Retos del derecho penal y de la Criminología ante los desafíos del cambio climático* (pp. 27-57). Madrid: Aranzadi.

PIGRAU SOLÉ, A. (2021). «Explorando el litigio climático interestatal ante la Corte Internacional de Justicia. Pequeño mapa de obstáculos y algunas pistas para tratar de superarlos». En ZAMORA CABOT *et al.* (dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (pp. 45-69). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

RANDO BURGOS, E. (2020). «El Pacto Verde Europeo como antesala de la Ley Europea del Clima». *Revista Bioderecho.es*, 12, pp. 1-7 [último acceso: 13.04.2026].

ROCKSTRÖM, J. / STEFFEN, W. / NOONE, K. / PERSSON, A. / CHAPIN III, F. S. / LAMBIN, E. / LENTON, T. M. / SCHEFFER, M. / FOLKE, C. / SCHELLNHUBER, H. J. / NYKVIST, B. / DE WIT, C. A. / HUGHES, T. / VAN DER LEEUW, S. / RODHE, H. / SÖRLIN, S. / SNYDER, P. K. / COSTANZA, R. / SVEDIN, U. / … & FOLEY, J. (2009). «Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity». *Ecology and* Society, 14(2): 32.

RODRÍGUEZ REDONDO, A. J. (2022). «La progresión en el acuerdo de ParÍs de 2015 sobre cambio climático: ¿obligación o estándar de conducta?». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol.13(1).

ROMERO ABOLAFIO, J. J. (2023). *Interrogantes actuales sobre el cambio climático. Análisis constitucional, penal y criminológico*. Madrid: Dykinson.

SÄTZGER, H. (2021). «La protección del clima: ¡también es tarea del Derecho penal!». En DE VICENTE MARTÍNEZ *et al.* (eds.), *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista* (pp. 1731-1748), vol. 2, Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.

VERDÚ BAEZA, J. (2024). «Ecocidio, ¿es la respuesta jurídica internacional adecuada frente al cambio climático?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 47, pp. 119-140. https://doi.org/10.36151/reei.47.05

VILLAVICENCIO-CALZADILLA, P. M. (2021). «La mitigación del cambio climático y la justicia climática: aprender del pasado para mirar al futuro». En S. BORRÁS PENTINAT / P. VILLAVICENCIO CALZADILLA (eds.), *Justicia climática: visiones constructivas desde el reconocimiento de la desigualdad* (pp. 107-154). Valencia: Tirant lo Blanch.

ISBN: 978-84-7777-740-3

¿Se debe convertir a los órganos de contratación en guardianes del derecho de la competencia?

Silvia del Saz Cordero

Catedrática de Derecho Administrativo
UNED

Sumario. I. Introducción.—II. Las dificultades para detectar la colusión en las licitaciones.—III. Los remedios para evitar la colusión licitatoria en el Derecho europeo de la contratación pública.—IV. Los acuerdos colusorios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.—V. El presupuesto de la causa de exclusión: los indicios fundados de colusión.—VI. Una mirada a las uniones temporales de empresarios.—VII. El papel de la mesa o en su caso órgano de contratación: ¿discrecionalidad en la consecuencia jurídica o en la definición del supuesto de hecho causante de la exclusión?—VIII. El procedimiento para excluir la oferta durante la licitación.

I. INTRODUCCIÓN

Algunos de los problemas actuales de la contratación pública siguen siendo los mismos que hace dos siglos. Y las soluciones ofrecidas desde entonces no han sido capaces de erradicarlos[1]. Ya podía leerse en la Exposición de motivos del Real Decreto de 27 de febrero de 1852 que las subastas, que se exigían para una buena parte de las compras públicas, presentaban el inconveniente de «la confabulación de los licitadores o la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás a concederle una prima para evitar sus pujas». El resultado era —seguía diciendo el Real Decreto— que creyendo la Administración haber obtenido contratos ventajosos, veía al fin burladas sus esperanzas con pérdida de tiempo y de dinero. Para evitarlas, se proponía un sistema de ofertas secretas de modo que «ignorando los licitadores la extensión de las propuestas de sus cooopositores, calcularán tranquilamente lo que pueden ofrecer y ofrecerán cuanto puedan y por el temor de que otros hagan lo mismo; y por medio de este

[1] Véase, si no, el *informe 2023 del Tribunal de Cuentas Europeo:* «Contratación pública en la UE. La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021».

ISBN: 978-84-7777-740-3

regulador, la Administración celebrará sus contratos dentro de los límites que la equidad y la justicia prescriben».

Entonces no se ensalzaba la libre competencia como principio rector de la actividad económica. Y, sin embargo, no cabía ninguna duda de que una competición limpia favorecía los intereses de la administración.

Antes y ahora, los acuerdos entre quienes deben ser competidores para conseguir hacerse con los contratos no solo empeoran las condiciones de las compras públicas sino que desaniman, aún más si cabe[2], a los competidores leales que, cuando se dan cuenta de la existencia de estas prácticas, o bien no participan en los procedimientos competitivos o, cuando se ven obligados a hacerlo, no emplean muchos recursos para preparar sus ofertas a sabiendas de que difícilmente resultarán adjudicatarios. Y quienes pagan las consecuencias son los contribuyentes que con sus impuestos sufragan las compras públicas y los beneficiarios de los servicios públicos a los que no se destinan los fondos que se han gastado indebidamente de más en las compras públicas. En definitiva, todos salen perjudicados salvo quienes obtienen los contratos desde una posición fraudulenta porque conocen de antemano las ofertas realizadas por quienes deberían ser competidores y pactan con ellos las condiciones en que se llevará a efecto la selección de la oferta más ventajosa[3].

Hace ya años que, en Europa, se encendió la alerta roja sobre las prácticas colusorias en la contratación pública. En 2009, la OCDE dedicó su atención a las prácticas de los operadores económicos que concurrían a una licitación cuando, en lugar de competir entre sí presentando la mejor oferta, conspiraban en secreto para repartirse el mercado aumentando los precios o reduciendo la calidad de los bienes o servicios que ofrecían a las entidades contratantes que recurrían a procedimientos de licitación confiando ingenuamente en que obtendrían las mejores condiciones de compra. Todos los países miembros, sin excepción, consideraban ilegal la coordinación de los operadores en un procedimiento de licitación, un comportamiento que podía ser objeto de sanción por aplicación de las reglas de la competencia y en algunos países, incluso, podía llegar a ser constitutivo de delito.

---

2 El Tribunal de Cuentas Europeo ha puesto de manifiesto como las cargas administrativas son uno de los obstáculos más importantes a la competencia en los contratos públicos: «los procedimientos de contratación pública no son más flexibles ni más sencillos a raíz de la reforma de 2014; la carga administrativa sigue siendo alta, los procedimientos son largos y se cumplen los plazos de pago; debido a todo ello, se generan costes para posibles licitadores que exceden aquellos en los que incurren cuando compiten por la adjudicación de contratos del sector privado».

3 *Vid*. Campuzano Fernández, S. y García Royo Díaz, J.: «La ley 9/2017, de contratos del sector público. Una aproximación desde la óptica del derecho de la competencia» en Comentarios a la Ley de contratos del sector público. Dir. Gimeno Feliu, págs. 855 y ss.

Por ello, en su recomendación de 17 de julio de 2012, el Consejo de la OCDE, en el seno de la acción para combatir los carteles en ámbito de contratación pública[4], aconsejaba una serie de medidas que iban desde la modificación de las legislaciones y prácticas administrativas para conseguir un diseño de las licitaciones que favoreciera la competencia efectiva y con menor riesgo de colusión, hasta la formación de los funcionarios responsables para que pudieran identificar los comportamientos sospechosos y los patrones de presentación de ofertas inusuales que pudieran ser señal de acuerdos ilícitos.

Esta preocupación penetró en la regulación europea de la contratación pública que, en su intención de propiciar al máximo los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia de los operadores económicos de los Estados miembros y de obtener las mejores condiciones para las compras públicas, ha intentado dotar a los poderes adjudicadores de instrumentos efectivos que impidan que los licitadores que han llegado a acuerdos secretos o han incurrido en prácticas concertadas con sus competidores para intentar falsear el resultado de las licitaciones, alteren el resultado de la licitación. Y, aun así, ya aprobadas las directivas de contratación de última generación, el Informe de la Oficina europea de lucha contra el fraude en la contratación pública de 2017 (OLAF)[5] volvía a insistir en la colusión en las licitaciones o *bid rigging*.

II. LAS DIFICULTADES PARA DETECTAR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES

La Comunicación de la Comisión Europea relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C91/01) define la colusión en la licitación como «*los acuerdos ilegales* entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación». Estos acuerdos pueden consistir en fijar el contenido de las ofertas para evitar la competencia en precio, o permitir a un determinado licitador obtener el contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo[6].

---

4 El tercer informe sobre la aplicación de las recomendaciones respecto a la acción efectiva contra los carteles, que incluye entre sus prioridades el combate contra las prácticas anticompetitivas en contratación pública (C (2005) 159).

5 Fraude en la contratación pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas. Ref.: Ares (2017)6254403, de 20/12/2017.

6 La licitación colusoria, como explica Miño López («La defensa de la competencia en la contratación del sector público Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 101), ha asumido distintas fórmulas típicas que identificó la OCDE y que han adoptado las autoridades de competencia de los Estados miembros: el acuerdo sobre precios o la no competencia en precio; la no participación o retirada de ofertas de un procedimiento en marcha; la rotación de ofer-

ISBN: 978-84-7777-740-3

Como quiera que los licitadores pretenden que sus acuerdos permanezcan ocultos a fin de que el procedimiento parezca competitivo, es difícil obtener prueba plena de este comportamiento. Pero pueden existir indicios que lleven a la convicción del poder adjudicador de que el licitador ha coludido. Incluso cuando los acuerdos no permanecen secretos, como es el caso de las uniones de licitadores y otras formas de participación colectiva en el procedimiento de licitación admitidas por la normativa de contratación, el secreto se encuentra en las cláusulas ilícitas que no se ponen de manifiesto en el procedimiento de contratación[7].

La propia Comisión Europea, en el punto 3 del Anexo de su comunicación sobre las herramientas para la lucha contra la colusión en la contratación pública, describe los indicios que pueden llevar al convencimiento de que los licitadores han coludido en un procedimiento de contratación. Algunos de ellos hacen referencia a las ofertas[8]. Otros a conductas en el procedimiento licitatorio que llaman la atención por no encontrar una explicación aparente[9]. Indicios que todavía pueden completarse con el hecho de haber participado el operador en acuerdos colusorios en anteriores licitaciones lo que, unido a otros indicadores, puede inclinar la balanza en contra de la fiabilidad del operador y de su comportamiento en el procedimiento de licitación en curso.

Por supuesto, no todos los acuerdos entre licitadores son colusorios, aunque en algunos casos la distinción entre colusión en un procedimiento de licitación y formas legítimas de oferta conjunta no es sencilla, en particular en el caso de la unión de empresas o la subcontratación[10].

Que dos licitadores que tienen capacidad para concurrir separadamente se subcontraten puede constituir un indicio de colusión. No en vano, los

---

tas y la asignación o reparto de mercados. Todas ellas tienen por objeto determinar quién de todos los miembros del cartel ha de quedarse con el contrato, el papel que van a jugar el resto de integrantes y los mecanismos de compensación para quienes se quedan sin él. Las fórmulas mencionadas no son las únicas. En el mismo sentido, Miño López, A.: «Prácticas anticompetitivas en la contratación del sector público», en Beneyto, J. M. y Maillo, J., *Tratado de derecho de la competencia 2017,* 2.ª ed., pág. 843.

7 Miño Lopez, A.: «La defensa de la competencia (…)», 2019, pág. 75.

8 Datos que puedan hacer sospechar que tienen elementos en común; estudio de los precios; ofertas inusualmente defectuosas o con incumplimiento del precio base, etc.

9 La presentación de un número de licitadores inferior a otros procedimientos previos; la no presentación de ofertas por licitadores habituales; la retirada inesperada de una oferta; la falta de presentación de empresas en esa zona geográfica que se presentan en otras; el desistimiento del contrato por el adjudicatario sin causa aparente; una empresa que resulta adjudicataria en las pocas ocasiones que presenta ofertas o empresas que resultan adjudicatarias de los contratos de un poder adjudicador pero no de los otros; una empresa que presenta ofertas de características muy diferentes de las que presenta ante otros poderes adjudicadores; empresas que podrían presentar ofertas independientes deciden presentar una sola oferta de forma conjunta, etc.

10 Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, *DOUE* núm. 259, de 21 de julio de 2023.

acuerdos de subcontratación suelen permitir a las partes conocer la oferta económica de la otra parte, lo que puede cuestionar su independencia a la hora de formular sus propias ofertas. Por otra parte, a menudo, la subcontratación es una herramienta que permite compensar al miembro del cartel que no ha sido propuesto por éste como adjudicatario en ese procedimiento de licitación.

Lo mismo cabe decir en relación con la presentación de ofertas comunes por varios operadores. Dice la guía de la CNMC que una UTE creada por varias empresas capacitadas para competir individualmente, sin aparente justificación, puede ser indicio de manipulación de la licitación, especialmente si el número de licitadores es muy reducido[11].

Pero no debe establecerse la presunción de que la presentación conjunta de una oferta o la subcontratación entre licitadores es equivalente a colusión, obligando por ese mero hecho al operador a demostrar que no. Como advierte la Comisión Europea, ha de respetarse el derecho de los operadores a presentar conjuntamente una oferta por cuanto las empresas suelen considerar las asociaciones estratégicas como un aspecto fundamental en su plan de crecimiento y tienen derecho a adoptar decisiones empresariales legítimas sin que los poderes adjudicadores puedan limitarlo sin más. Y en todo caso, debe darse oportunidad a los operadores económicos en cuestión de proporcionar los argumentos para defender su opción.

También puede ocurrir que varias empresas vinculadas entre sí que se presentan de forma separada a un procedimiento competitivo hayan coordinado en secreto sus ofertas. En este caso, quedaría afectado el principio de igualdad de los licitadores[12] que impide adjudicar un contrato a operadores económicos que formen una unidad económica y cuyas ofertas, aunque presentadas de forma individual, no sean autónomas ni independientes porque sería tanto como *otorgarles ventajas injustificadas con respecto a los demás licitadores*. En su caso, la constatación de que los vínculos entre los licitadores han influido en el contenido de las ofertas que presentaron en el marco de un mismo procedimiento puede ser bastante para que dichas ofertas no puedan ser tenidas en cuenta por la entidad adjudicadora al estar directamente relacionado con el principio de concurrencia en condiciones de igualdad de los licitadores[13].

---

11 *Guía de la CNMC*.

12 STJUE de 17/5/2018, asunto C-531/16.

13 Es el tema abordado en la resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – OARC n.º 093/2021, de 31 de mayo, que excluye a la adjudicataria y la segunda clasificada por incurrir en prácticas colusorias, al estar sus ofertas elaboradas de modo concertado y no independiente. Y se basa en la «subcontratación cruzada» entre ambas empresas y la similitud de las ofertas y en otros indicios como los resultados de licitaciones anteriores.

ISBN: 978-84-7777-740-3

III. LOS REMEDIOS PARA EVITAR LA COLUSIÓN LICITATORIA EN EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

No sin cierta timidez, la ya derogada 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, vino a equiparar las consecuencias de las infracciones por colusión en la contratación pública con las contempladas para las conductas consistentes en el blanqueo de capitales, la participación en organizaciones delictivas y el fraude o corrupción contra las finanzas europeas.

Todas ellas podían conducir a que el operador no pudiera contratar con los poderes adjudicadores durante un determinado plazo. Pero mientras que los condenados por blanqueo, fraude y participación en organizaciones delictivas tenían que ser excluidos necesariamente de contratar con el sector público, quedaba en manos de cada Estado miembro el excluir o no a quienes fueran sancionados por haber llegado a acuerdos secretos para alterar el resultado de los procedimientos competitivos y el establecer las condiciones para ello.

Así, decía la directiva que «*si el Derecho nacional contemplare disposiciones a tal efecto*, el incumplimiento de la legislación en materia de medio ambiente *o de la normativa sobre acuerdos ilícitos* en materia de *contratos públicos* que haya sido objeto de una sentencia firme o de una resolución de efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la *moralidad profesional* del operador económico de que se trate o *una falta grave*[14]».

Esta medida, si no sancionadora, era claramente desfavorable. Y tenía un efecto disuasorio indiscutible para las empresas que habitualmente contrataban con el sector público. Nadie podía negar que la pérdida de los clientes era un incentivo igual o más efectivo que las multas o la exigencia de compensación por los daños ocasionados como consecuencia de su infracción.

Aun así, el comportamiento colusorio en la contratación pública debía ser previo a la licitación en curso porque, en aras del principio de seguridad jurídica, tenía que existir una sentencia o una resolución equivalente (acto administrativo) declarando la infracción. A ello se referían los apartados c) y d) del art. 45.2 de la citada Directiva, al incluir entre las causas potestativas de exclusión a quienes o bien hubieran sido condenados por sentencia con fuerza de cosa juzgada por un delito que afectase a su moralidad profesional o hubieran cometido una infracción grave en materia profesional que

14 Considerando 34 de la Directiva.

pueda ser comprobada por cualquier medio, entre otros, el haber sido sancionado por la administración.

Precisamente por ello, la exclusión antes señalada se demostró insuficiente para atajar la colusión licitatoria y las directivas de contratación pública de última generación[15] se vieron obligadas a añadir una nueva solución dirigida, no ya a disuadir a los incumplidores, sino a impedir que la colusión licitatoria, una vez detectada, pudiera influir en el resultado de los procedimientos de licitación y afectar a la posterior ejecución del contrato.

Como decía la Comisión Europea en su Comunicación 2021[16] sobre la aplicación de la exclusión, no era suficiente el papel de las autoridades de competencia sancionando la colusión licitatoria en los contratos públicos cuando ya se había producido. Había que evitar que produjera resultados en el procedimiento de contratación y para ello era necesario dotar a los poderes adjudicadores de la facultad de poder excluir a quienes hacen trampas en la competición. No es que estuviera en juego la salvaguarda del mercado y de la libre competencia, sino la satisfacción del interés público al que sirve la compra pública y para el que se instrumentan los procedimientos de licitación.

Precisamente por este motivo, las Directivas de 2014, dejando a un lado el principio de seguridad jurídica, añadieron a la anterior causa de exclusión la consistente en eliminar del procedimiento de licitación en curso al candidato incurso en indicios de colusión. Esta causa ya no requería de un pronunciamiento previo de la autoridad de competencia ni una sentencia penal. Las ofertas presentadas por licitadores que han llegado a acuerdos con otros para falsear la competencia en un determinado procedimiento se consideran ofertas irregulares y pueden ser excluidas por el poder adjudicador del procedimiento de licitación en curso.

Así, dice la Directiva que se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. Ello implica que, previamente, el licitador ha sido admitido a la licitación y ha presentado su oferta lo que, como veremos, sólo afecta a quienes han podido licitar por no estar previamente excluidos, mediante una prohibición de contratar.

El aparente carácter potestativo de esta causa no es tal para los Estados miembros a la hora de transponer la Directiva pues esta «solo les confiere

---

15 Artículo 38, apartado 7, letra e), de la Directiva 2014/23/UE, el artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE, y el artículo 80, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE.

16 Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo 2021/C 91/01.

ISBN: 978-84-7777-740-3

la facultad de establecer los requisitos de aplicación del artículo 57 de dicha Directiva mediante disposición legal, reglamentaria o administrativa. Esta facultad se refiere a la forma en que dichos Estados aplican este artículo. Por tanto, la elección que se deja así a los Estados miembros no puede extenderse al hecho de transponer o no transponer los motivos de exclusión facultativos mencionados en el artículo 57, apartado 4, de dicha Directiva[17]». De modo y manera que la legislación nacional debe obligatoriamente reconocer al poder adjudicador la facultad de excluir la oferta del operador cuando concurran indicios fundados de colusión en el procedimiento de licitación.

Por otra parte, tal y como explica la Comisión Europea en su comunicación, el carácter facultativo de este motivo de exclusión implica que se permite a los poderes adjudicadores mantener a un licitador en un procedimiento de adjudicación aunque tengan indicios suficientemente plausibles de colusión a menos que el Derecho nacional exija a los poderes adjudicadores excluirlo. En todo caso, los Estados miembros al establecer las condiciones en que puede operar esta exclusión no pueden limitar la facultad discrecional de los poderes adjudicadores ni predisponer o tratar de influir en sus decisiones.

Aplicando el principio de proporcionalidad al que se refiere la Directiva[18], la exclusión no parece una medida desproporcionada teniendo en

---

17 Considerando 54 STJUE de 21 de diciembre de 2023, asunto C-66/22, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA.

18 Dice el considerando 101 de la Directiva que «[a]l aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión». Pero tal y como ha señalado la STJUE de 30 de enero de 2020, C-395/18, Tim SpA — Direzione e coordinamento Vivendi SA, el principio de proporcionalidad no solo es predicable de la actuación del poder adjudicador, sino también del legislador nacional cuando establece el carácter obligatorio de una causa potestativa de exclusión: «En concreto, una normativa de este tipo no permite a la entidad adjudicadora tener en cuenta, a efectos de valorar la situación, una serie de factores pertinentes, tales como los medios de que disponía el operador económico que ha presentado la oferta para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de los subcontratistas o el hecho de que en la oferta del operador económico figure la indicación de que este último está en condiciones de ejecutar el contrato sin recurrir necesariamente al subcontratista en cuestión. En estas circunstancias, una normativa nacional que establezca tal exclusión automática del operador económico que ha presentado la oferta viola el principio de proporcionalidad al obligar a las entidades adjudicadoras a llevar automáticamente a cabo dicha exclusión como consecuencia del incumplimiento de un subcontratista y al rebasar, por tanto, el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, en virtud del artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24, a la hora de precisar las condiciones de aplicación del motivo de exclusión previsto en la letra a) del apartado 4 de ese mismo artículo 57, teniendo en cuenta el Derecho de la Unión. Una normativa de este tipo también priva al operador económico de la posibilidad de demostrar, de conformidad con el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, su fiabilidad pese a la existencia de un incumplimiento imputable a alguno de sus subcontratistas».

cuenta la gravedad de una actuación colusoria que pretende falsear el resultado del procedimiento de licitación cuando resulta necesaria para obtener la mejor oferta y garantizar el principio de igualdad de todos los licitadores.

Pero exige que el poder adjudicador lleve a cabo una evaluación específica e individual del operador económico, independiente de cualquier decisión que hayan adoptado anteriormente otras autoridades, debiendo motivar adecuadamente la decisión de exclusión. Una decisión motivada reduciría considerablemente el riesgo de que prosperara una impugnación presentada por el operador económico excluido, ya que supone al fin y al cabo una limitación de la competencia y las posibilidades de elección para el comprador público: «La exclusión es una medida que debe utilizarse con cautela (especialmente en sectores en los que hay un número limitado de operadores económicos activos) y solo si la integridad y la fiabilidad del futuro contratista no pueden garantizarse con otras medidas menos drásticas».

Han de tenerse en cuenta las medidas de autocorrección a la hora de concluir sobre la existencia de colusión en el procedimiento licitatorio en cuestión. Como es sabido las medidas *self-cleaning* tienen por objeto reparar las consecuencias de un previo comportamiento infractor y evitar que se reitere. Entre ellas se encuentran las que afectan al personal y la organización, a la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones incumplidoras, a la reorganización del personal, a la implantación de sistemas de información y control, a la creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y a la adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. En el caso de que se hayan implantado como consecuencia de una anterior sanción en materia profesional no podría, en principio, excluirse al licitador, de participar en otros procedimientos de contratación salvo que no hayan podido impedir que haya vuelto a coludir en el procedimiento porque ello es indicativo de que no ofrecen garantía suficiente, tal y como exige la Directiva.

Finalmente, la facultad de exclusión se reconoce al poder adjudicador, que podrá adoptarla en cualquier momento del procedimiento. Como dice la STJUE de 21 de diciembre de 2023, C-66/2022, Infraestruturas de Portugal y Futrifer Indústrias Ferroviárias, la Directiva ha puesto el énfasis en las prerrogativas de los poderes adjudicadores, pues son estos los responsables de seleccionar y afrontar las consecuencias de su decisión y por ello deben asegurarse de la integridad y fiabilidad de cada uno de los operadores económicos que participan en el procedimiento de adjudicación del contrato público. Esta fiabilidad puede ponerse en duda en caso de participación del operador en conductas contrarias a la competencia en el marco de dicho procedimiento como es el caso de los indicios fundados de colusión, ello sin perjuicio de que la fiabilidad también pueda quedar en entredicho

ISBN: 978-84-7777-740-3

como consecuencia de conductas anteriores contrarias a la competencia (falta profesional grave)[19].

Al ser la exclusión una facultad del poder adjudicador, aun en aquellos casos en que el derecho nacional atribuye a la autoridad de competencia la declaración de la infracción y la decisión de excluir al operador sancionado de futuros contratos públicos, la exclusión ha de decidirse por el poder adjudicador.

Tanto es así que, como señala la STJUE de 21 de diciembre 2023 antes citada, cuando el órgano de competencia ha impuesto una sanción y esta sanción va acompañada de una prohibición temporal de participar en contratos públicos podrá válidamente imponerse al poder adjudicador. Al contrario, sin embargo, la inexistencia de tal decisión *no puede ni impedir ni dispensar al poder adjudicador de realizar esa apreciación* que deberá llevar a cabo de acuerdo aplicando el principio de proporcionalidad[20]. Esta es la ra-

---

19 Ello contradice frontalmente la interpretación según la cual la intervención del órgano de contratación se limita examinar si en el procedimiento en curso y no en otro procedimiento de contratación distinto se ha conculcado la libre competencia sin que el poder adjudicador pueda excluir a un licitador por conductas ajenas al procedimiento concreto de licitación (resolución del Tribunal central de recursos contractuales 1475/2022, de 24 de noviembre de 2022). Si bien es verdad que, en estos casos, no será necesario que el licitador llegue a presentar su oferta dado que la exclusión no tiene que ver con su comportamiento en ese procedimiento.

20 «78. De ello resulta que, en un situación como la controvertida en el litigio principal, en la que existe un procedimiento específico regulado por el Derecho de la Unión o por el Derecho nacional para perseguir infracciones del Derecho de la competencia y en la que la autoridad nacional de defensa de la competencia está encargada de efectuar investigaciones al respecto, el poder adjudicador debe basarse, en principio, en el marco de la apreciación de las pruebas presentadas, en el resultado de tal procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de octubre de 2018, Vossloh Laeis, C-124/17, EU:C:2018:855, apartado 25). 79 puede revestir, en este contexto, una importancia especial la decisión de dicha autoridad que ha constatado una infracción de esta índole y ha impuesto a un licitador una sanción pecuniaria por este motivo, con mayor razón si esa sanción va acompañada de una prohibición temporal de participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Si esa decisión puede llevar al poder adjudicador a excluir a dicho operador económico del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate, por el contrario, la inexistencia de tal decisión no puede ni impedir ni dispensar al poder adjudicador de realizar esa apreciación. 80 esta apreciación debe efectuarse a la luz del principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes para comprobar si está justificada la aplicación del motivo de exclusión previsto en el artículo 57, apartado 4, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2014/24. 81 En el asunto principal, el órgano jurisdiccional remitente indica que el artículo 55, apartado 1, letra f), del CCP confiere exclusivamente a la autoridad nacional de defensa de la competencia la apreciación de las consecuencias que una infracción de las normas de competencia puede tener en los futuros procedimientos de adjudicación de contratos públicos. *Así pues, esta normativa parece, por una parte, obligar a los poderes adjudicadores a cumplir una decisión de dicha autoridad que impone a un operador económico una sanción que le prohíbe participar en tales procedimientos durante un determinado período y, por otra parte, impedir a dichos poderes adjudicadores que excluyan de esos mismos procedimientos a un operador económico al que no se haya impuesto*

zón por la que, aun no concurriendo una prohibición de contratar previa, el poder adjudicador puede valorar, en cualquier momento del procedimiento y caso por caso, cuál de los dos motivos podría considerarse aplicable, entendiéndose que no hay nada en la Directiva que impida a un poder adjudicador excluir a un licitador del procedimiento sobre la base de más de un motivo de exclusión.

IV. LOS ACUERDOS COLUSORIOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) no deja que sea el órgano de contratación el que decida en cualquier procedimiento de licitación excluir a un operador. Distingue entre la causa de exclusión derivada de la existencia de indicios fundados de colusión a la que se refieren los arts. 69 y 150.1 y la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia que regula el art. 71.1.b) LCSP.

Ambas se justifican, según dice la jurisprudencia europea, en la falta de fiabilidad del operador autor de este tipo de comportamientos. Pero cuando se trata de indicios fundados de colusión está en juego, además, el resultado del procedimiento en curso.

Al menos desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 se establecieron prohibiciones de contratar, equiparables a la falta de capacidad de obrar y causantes de la nulidad del contrato, para excluir de la contratación con las administraciones públicas a quienes habían cometido conductas que afectaban a la integridad del operador y que iban desde la comisión de determinados delitos y faltas hasta la resolución culpable de algún contrato anterior.

Como estas exclusiones no eran monopolio del Derecho español, la normativa europea intentó armonizar todas las legislaciones para que las causas de exclusión fueran más o menos comunes a todos los Estados miem-

---

tal sanción. De ello se deduce que un licitador puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, a raíz de una decisión de dicha autoridad, sin que el poder adjudicador pueda apreciar la conducta de ese licitador y, por consiguiente, su integridad y fiabilidad para ejecutar el contrato de que se trate ni decidir de manera autónoma, a la luz del principio de proporcionalidad, si la exclusión de dicho licitador se justifica por el motivo contemplado en el artículo 57, apartado 4, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2014/24. 82. Tal normativa, que vincula la apreciación de la integridad y de la fiabilidad de los licitadores a las conclusiones de una decisión de la autoridad nacional de defensa de la competencia relativa, en particular, a la participación futura en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, menoscaba la facultad de apreciación de la que debe disfrutar el poder adjudicador en el marco del artículo 57, apartado 4, párrafo primero, de la Directiva 2014/24».

ISBN: 978-84-7777-740-3

bros[21], sin llegar a impedir que algunas de estas causas fueran apreciadas por el procedimiento establecido por el legislador nacional y por un órgano centralizado, convirtiéndolas en causas obligatorias de exclusión.

Esto es lo que ocurre en nuestro ordenamiento, que concibe las prohibiciones de contratar como causas de incapacidad que inhabilitan al operador para contratar siendo su alcance y extensión declarados, en la mayoría de los casos, por una autoridad distinta del órgano de contratación. Así, entre las prohibiciones de contratar, la LCSP se refiere a la consistente en haber sido *sancionado con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia*[22] (…) y ello incluye el haber sido sancionado por un comportamiento colusorio en procedimientos de licitación del sector público.

Pero a diferencia de los indicios de colusión, hace falta que se haya impuesto una sanción administrativa, por contraste con las conductas que conllevan la aplicación del apartado a), que requieren de una sentencia condenatoria, ya que son constitutivas de delito[23]. La expresión sanción que utiliza la ley hace referencia al poder punitivo del Estado, aunque enco-

---

21 Así, el RD Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modificaba la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a la normativa europea, regulaba en su art. 9 las prohibiciones de contratar incluyendo entre ellas la de haber sido sancionado con carácter firme, mediante acuerdo del Consejo de ministros por infracción administrativa en materia de disciplina de mercado y haber cometido cualquier otra falta grave en materia profesional distinta de las comprendidas en los apartados anteriores. Remitía al reglamento la regulación del procedimiento para declarar la prohibición de contratar por estas dos causas, junto con otras, y establecía como criterios para su imposición con un plazo máximo de cinco años a la existencia de dolo o mala fe en el contratista y la entidad del daño causado al interés público. La ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 de nuevo reproduce las distintas causas y en el procedimiento establecido para declararla cuando no son apreciadas directamente por una sentencia o por el órgano de contratación.

22 La falta grave por falseamiento de la competencia fue incluida expresamente por la DA 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que modificaba el TRLCSP, que únicamente mencionaba la infracción grave en materia de disciplina de mercado. Como señala Álvarez San José, M.: «Prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», en VV.AA., *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo.* Civitas, 2017, pág. 174, aunque la CNMC consideró que las faltas en materia de disciplina de mercado no podían dar acogida a las sanciones impuestas por la CNMC por falseamiento de competencia, lo cierto es que tenían cabida en el concepto falta profesional de acuerdo con la STJUE de 18 de diciembre de 2014 C-470/13 Generali Providencia interpretando la anterior directiva.

23 « Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio».

mendado al poder ejecutivo. Por esta razón, el término infracción no puede entenderse como simple incumplimiento de la normativa, sino como un incumplimiento cualificado y merecedor de una sanción administrativa.

Para las conductas que inciden gravemente en el correcto funcionamiento de los mercados, tanto la Comisión Europea como, a nivel descentralizado desde 2003[24], las autoridades de competencia de los Estados miembros intervienen, una vez cometida la infracción de las reglas de competencia, sancionando este tipo de comportamientos anticompetitivos[25]. Si la potestad sancionadora en materia de falseamiento de competencia corresponde a la autoridad de competencia, las infracciones consistentes en el falseamiento de la competencia son las contempladas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)[26].

La prohibición de contratar exige una sanción firme. El Tribunal Supremo ha considerado que la firmeza ha de serlo en vía administrativa al resultarle de aplicación el principio de ejecutividad de los actos administrativos (STS de 13 de diciembre de 2006). Ello entra en contradicción con la posibilidad que se deduce del art. 72.2 LCSP de que la propia resolución sancionadora establezca la prohibición de contratar, su alcance y duración: si la misma resolución que impone la sanción declara la prohibición de contratar, por definición no puede ser firme. Por ello hay que entender que la firmeza de la sanción no es un requisito para la imposición de la prohibición de contratar. Si así fuera no podría imponerse en la propia resolución sancionadora. Al contrario, es un requisito para la ejecutividad de la resolución sancionadora que determine el alcance y duración de la prohibición.

La LCSP 2017 distingue entre las «infracciones en materia profesional» y a las infracciones consistentes en el «falseamiento de la competencia».

En cuanto a las infracciones en materia profesional poco explica el legislador, aunque a tenor del derecho europeo pueden comprender cualquier incumplimiento por parte del operador de las normas que regulan su actuación (medio ambiente, sociales, accesibilidad, etc.). El hecho de que el apar-

---

24 Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

25 Robles, A. (coord.): *La lucha contra las restricciones de la competencia. Remedios y sanciones en el ordenamiento español,* Comares, Granada, 2017.

26 Los actos de la CNMC y las autoridades de competencia autonómica son actos de entidades públicas sujetos al derecho administrativo y, por tanto, fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, le corresponde la fiscalización de la legalidad de los pliegos de concreción de hechos, las resoluciones en las que se acredite la existencia de prácticas prohibidas o la imposición de multas o multas coercitivas y cualquier otra decisión, acto o documento en relación con la aplicación de los artículos 101 y 102 o de las resoluciones firmes en aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por las que se imponen multas o multas coercitivas (DA 1 LDC).

ISBN: 978-84-7777-740-3

tado b) mencione las conductas infractoras tipificadas por distintas leyes sectoriales no significa que no tengan cabida en esta categoría otras conductas distintas a las mencionadas cuando una ley sectorial lo establezca, ni tampoco que las mencionadas en la LCSP 2017 no puedan considerarse también faltas profesionales.

En especial en lo que atañe a las infracciones en materia de falseamiento de la competencia, la Ley se refiere únicamente a sanciones graves mientras que para otro tipo de sanciones incluidas en este mismo apartado habla de muy graves, o especifica que son tanto las graves como las muy graves. La única interpretación razonable pasaría por considerar que dentro de las infracciones de falseamiento de la competencia están comprendidas las sanciones graves y muy graves por cuanto no tiene sentido desde la finalidad perseguida por la norma que conductas menos graves lleven aparejadas consecuencias más gravosas que aquellas merecedoras de un mayor reproche. Y si el legislador no lo ha expresado así es debido a una defectuosa técnica normativa.

Si tenemos en cuenta únicamente aquellas infracciones graves o muy graves que afectan a conductas materiales contrarias a la competencia (dejando a un lado las que suponen el incumplimiento requisitos formales[27]) son infracciones muy graves las conductas colusorias y el abuso de posición dominante (arts. 1 y 2 LDC) mientras que las conductas de competencia desleal son, de reunir las condiciones establecidas en el art. 3 LDC, constitutivas de una infracción grave. La imposición de una sanción conllevaría en los tres casos la imposición de la prohibición de contratar cuando proceda con una duración máxima de tres años desde la firmeza de la sanción en función de la gravedad objetiva de la conducta y el daño causado.

La prohibición de contratar ha de apreciarse directamente por el órgano de contratación cuando la resolución sancionadora haya declarado su alcance y duración. Desde el momento en que la resolución sancionadora haya alcanzado firmeza en vía administrativa y salvo que su ejecutividad haya sido suspendida por una resolución judicial, el órgano de contratación está obligado a excluir al candidato incurso en la prohibición. En caso contrario, para la definición de su alcance y duración hay que seguir un procedimiento para determinarlo. Y si ello es así, la prohibición de contratar no debe ser ejecutiva al menos hasta la finalización del procedimiento, entre otras razones porque este podría terminar con la no imposición de una prohibición de contratar si el sancionado ha adoptado medidas de autocorrección aptas para evitar en el futuro el comportamiento por el que

[27] Explica Guillén, ob. cit., pág. 52, que no son susceptibles de generar la prohibición de contratar las infracciones meramente procedimentales ya que, si la finalidad de la LCSP es no contratar con empresas que falsean la competencia mediante prácticas anticompetitivas, la comisión de infracciones procedimentales no cumpliría la finalidad perseguida por aquella.

ha sido sancionado. En cualquier caso, el art. 73 LCSP ha demorado su ejecutividad hasta la inscripción en el registro de licitadores, que es preceptiva, lo que significa que hasta entonces el órgano de contratación no puede excluir al licitador.

Pero estas garantías ponen en entredicho la trasposición realizada por el legislador español, pues una cosa es que, cuando se ha establecido la prohibición de contratar, el órgano de contratación esté obligado a excluir al operador incurso en esta causa y otra bien distinta que, en los casos en que no se ha impuesto la prohibición de contratar o no se ha determinado su extensión y duración, incluso cuando todavía no se haya sancionado al operador con carácter firme, el poder adjudicador no pueda valorar el comportamiento que afecta a la fiabilidad e integridad del licitador a los efectos de su exclusión del procedimiento, siempre y cuando exista prueba suficiente de esta infracción, así como de su gravedad, como sería el caso, sin necesidad de ir más lejos, de una sentencia mercantil declarativa de la comisión de una infracción en materia de competencia, siempre en aplicación, claro está, del principio de proporcionalidad.

Lo cierto es que la infracción en materia de falseamiento de la competencia no ha de estar necesariamente relacionada con prácticas anticompetitivas en la contratación con el sector público. Como explica Robles Martín-Laborda[28], la prohibición de contratar es una de esas medidas con la que se trata de castigar al infractor y, disuadir tanto a éste como a los demás operadores de cometer nuevamente esa infracción en el futuro. Estas medidas desempeñan una función de carácter punitivo-preventivo, de ahí que no tenga que existir una relación directa entre la conducta sancionada y la contratación pública, aunque es obvio que producirá más efecto entre los operadores cuyo negocio dependa en mayor medida de las ventas al sector público.

Distinta de la prohibición de contratar es la existencia de indicios fundados de colusión en el procedimiento licitatorio, que el legislador ha regulado como causa de exclusión. Es el remedio novedoso del derecho europeo con el que no se trata de disuadir de conductas anticompetitivas sino de velar por el cumplimiento de los principios de igualdad de trato y competencia en el procedimiento de adjudicación, así como de garantizar la integridad, la fiabilidad y la idoneidad del futuro contratista para ejecutar el contrato. A ellos se refiere el art. 69 LCSP cuando habla de las uniones temporales de empresas y el 150.1 LCSP cuando establece el procedimiento a seguir para la exclusión por el órgano de contratación.

Para poder guiar al órgano de contratación en la detección de este tipo de prácticas, la CNMC reclamó la intervención preceptiva de las autoridades

28 Robles Martín-Laborda, A. (coord.): *La lucha contra las restricciones de la competencia. Remedios y sanciones en el ordenamiento español,* Comares, Granada, 2017.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de competencia en el proceso de formación de su voluntad a pesar de que quedaba incólume la competencia de este tipo de autoridades para controlar y sancionar las conductas anticompetitivas. Así, en su Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público, la autoridad de competencia decía que «podría ser recomendable la implementación de un procedimiento sumarísimo, a imagen por ejemplo del procedimiento utilizado por esta Comisión en los casos de Unidad de Mercado, con el que se interrumpa el procedimiento de adjudicación del contrato y durante el cual esta Comisión pudiera apreciar la existencia de indicios o no de comportamientos anticompetitivos en la contratación. *En este caso, podría decidirse de una manera rápida pero efectiva si las sospechas planteadas carecen de base, o si por el contrario es recomendable proseguir con la investigación solicitada*».

A este empeño se debe, sin duda, la participación de las autoridades de competencia en el procedimiento que regula, desde 2021, el art. 150.1 de la LCSP. Un procedimiento que se prevé sumario y secreto y del que los interesados no tendrán conocimiento al menos hasta que la autoridad de competencia se haya pronunciado. Una intervención preceptiva muy distinta de la solicitud voluntaria de un informe por el órgano de contratación, que también contempla este precepto una vez recibidas las alegaciones de los operadores afectados.

Tampoco tiene que ver con la labor de formación y concienciación que, en materia de colusión licitatoria, reclama la propia Comisión Europea y ha llevado, tanto a la CNMC, como las autoridades de competencia autonómicas, a publicar sus propias guías con la finalidad, en primer lugar, de conseguir que la preparación de los contratos deje un menor espacio a la colusión, y en segundo lugar, que los funcionarios que gestionan los procedimientos de licitación cuenten con las herramientas necesarias para poder identificar las conductas que permiten implementar los acuerdos secretos entre licitadores[29].

Ello sin olvidar la exigencia, que también contempla el art. 132 LCSP de que mesas y órganos de contratación y tribunales de recursos contractuales trasladen a las autoridades de competencia los indicios de colusión licitato-

29 Decía la Comisión en su comunicación, «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» de 3 de octubre de 2017, «se ha encomendado a las autoridades encargadas de la competencia la investigación y poderes coercitivos para castigar prácticas de colusión, pero solamente cuando se sospecha que ya ha ocurrido. La Comisión desarrollará, por tanto, herramientas e iniciativas destinadas a esta cuestión y a la concienciación con el fin de minimizar los riesgos de comportamientos colusorios en los mercados de contratación. Esto incluirá acciones para mejorar el conocimiento del mercado por parte de los poderes adjudicadores, apoyar a estos en la planificación y el diseño minucioso de procesos de contratación y mejorar la cooperación e intercambio de información entre los órganos de contratación y las autoridades encargadas de la competencia».

ria en el momento mismo en que los aprecien para que, en su caso, las autoridades de competencia procedan a investigarlos y tramitar el correspondiente procedimiento sancionador.

En todo caso, la posibilidad de excluir al licitador por indicios fundados de colusión no convierte al órgano de contratación en supervisor del estricto cumplimiento de la normativa de competencia en el procedimiento de contratación, sino solo de aquellos comportamientos que, por pretender alterar el resultado del proceso, afectan a la igualdad de los operadores e impiden un correcto resultado del procedimiento competitivo.

V. EL PRESUPUESTO DE LA CAUSA DE EXCLUSIÓN: LOS INDICIOS FUNDADOS DE COLUSIÓN

La LCSP no especifica qué deben considerarse indicios fundados de colusión, aunque es uno de los aspectos que cada Estado miembro puede precisar sin limitar la capacidad de apreciación del órgano de contratación y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Directiva.

En cambio, la Ley hace alusión a los indicios de colusión licitatoria cuando regula las uniones temporales de empresas, al prever que cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación *apreciara posibles indicios de colusión* entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la presente ley[30]. Una cautela que no se repite en el caso de la subcontratación ni cuando concurren a un mismo procedimiento empresas del mismo grupo o vinculadas entre sí. Todas son conductas permitidas por la legislación contractual y, precisamente por ello, todas ellas deberían ser tratadas con el mismo rasero.

El legislador español ha utilizado el término indicios fundados de colusión en lugar de «indicios suficientemente plausibles» al que se refieren las directivas de última generación, y lo hace, de forma poco precisa, para referirse tanto al inicio como a la finalización del procedimiento que conduce a la exclusión. Si de lo que se trata es que, cuando el órgano de contratación sospecha que los licitadores podrían haber llegado a acuerdos secretos para manipular el resultado del procedimiento (a la vista de los hechos del procedimiento de contratación o incluso ocurridos anteriormente) pueda iniciar el procedimiento que le permita llegar a la convicción de que han coludido o

30 En su redacción original, el art. 69 exigía que se solicitase a los operadores afectados que justificaran las causas por las que habían concurrido en UTE. Si la justificación fuera convincente y este fuera el único indicio, no sería necesario iniciar el procedimiento del art. 150 LCSP. Tras la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, ya no existe este trámite de justificación, pues la existencia de indicios fundados de colusión entre empresas que concurren en UTE conducen, derechamente, a la tramitación del art. 150.1 LCSP.

ISBN: 978-84-7777-740-3

excluir sus sospechas, los indicios fundados deberían serlo para la exclusión (esto es lo que exige la normativa europea) pero no para el inicio del procedimiento para el que sería suficiente con indicios que hagan sospechar al órgano de contratación que existe un comportamiento colusorio.

Según la Comisión Europea, el término indicios suficientemente plausibles se contrapone a la existencia de una condena administrativa por colusión, que es lo que se exige a los efectos de imponer la prohibición de contratar (art. 71.1 b LCSP).

Ello implica, en primer lugar, que no es necesario, para la exclusión del licitador, que se tramite un procedimiento con todas las garantías de los procedimientos sancionadores, aunque necesariamente deba respetarse el derecho de audiencia de los operadores afectados antes de dictarse una resolución, en especial porque podrían justificar las razones de su actuación. Pero los defectos formales en que el órgano de contratación incurra, incluido el derecho de audiencia, no tendrían que derivar necesariamente en la nulidad del acto dictado salvo que, de no haberse producido, hubiera cambiado su contenido (vicios formales sustanciales[31]).

Al no tratarse de un procedimiento sancionador, la garantía formal del procedimiento de exclusión no se convierte en una garantía material y el tratamiento de los vicios formales es el propio de cualquier acto administrativo restrictivo de derechos. Aun así el Tribunal central de recursos contractuales no ha dudado en anular cualquier exclusión de un licitador si este no ha tenido oportunidad de alegar (Resolución 1475/2022, de 24 de noviembre de 2022).

En segundo lugar, aunque no se trate de una sanción, debe entenderse que los indicios fundados que llevan a la exclusión de los operadores que han coludido no puede basarse en meras sospechas o presunciones. Tal y como ha recordado recientemente la STS de 10 de mayo de 2024 (rec. 2134/2022), la prueba indiciaria ha de basarse en hechos comprobados y ciertos de los que se deriva directamente la conducta infractora mediante una valoración razonable debidamente motivada que se presenta como más verosímil que las explicaciones alternativas. Esto es, una valoración basada en la apreciación global de todos los indicios y de lo que suponen en términos de razonabilidad.

O, como dice la más didáctica STS de 19 de junio de 2015 (recurso 649/13), la convicción judicial puede formarse sobre la base de una prueba indiciaria que debe satisfacer una serie de exigencias: los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la

31 Fernández Rodríguez, T. R.: «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el derecho administrativo», *RAP,* 58.

conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. No hay motivo alguno para no exigir estos mismos requisitos a la prueba indiciaria que necesariamente debe ser utilizada en el procedimiento licitatorio, pues en otro caso, la resolución de exclusión sería arbitraria.

Dice el TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2018, asunto C-531/16 que cuando un poder adjudicador tiene conocimiento de elementos objetivos que pongan en duda el carácter autónomo e independiente de una oferta, está obligado a examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la presentación de la oferta de que se trate con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los elementos que puedan viciar el procedimiento de adjudicación, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba. Y prosigue que la prueba no solo comprende la directa, sino también la prueba indiciaria: 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 puedan aportar pruebas en contrario.

En definitiva, la privación del derecho a participar en condiciones de igualdad con otros competidores en un procedimiento de licitación puede estar basado en una prueba indiciaria que cumpla los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la prueba indiciaria en el procedimiento penal o sancionador.

Cuestión distinta es qué tipo de indicios pueden tenerse en cuenta a la hora de probar la colusión licitatoria. Dice el art. 150 LCSP que si se apreciasen indicios fundados de conductas colusorias *en el procedimiento de contratación en tramitación* habrá de iniciarse el procedimiento en él contemplado. Así pues, conforme a la dicción literal de este precepto, ninguna duda hay de que no se trata de iniciar un procedimiento contra quien pudiera haber participado en conductas de licitación colusoria anteriores. Y, al contrario, son de tener en cuenta cualesquiera otros hechos que, aunque anteriores, tengan incidencia sobre la conducta colusoria en el procedimiento de licitación.

Según la Comisión Europea[32] la implicación del operador en un caso de colusión anterior no constituye en sí misma un motivo para excluir al operador en un procedimiento de adjudicación en trámite. El poder adjudica-

32 Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dor no está vinculado por ninguna de estas decisiones previas al ejecutar su propio procedimiento de adjudicación y conserva su derecho a considerar la exclusión de un licitador del procedimiento de adjudicación si la conducta pasada de dicho licitador incide sobre el procedimiento de adjudicación en trámite y plantea dudas sobre la integridad y la fiabilidad del licitador.

Por su parte, la STJUE C-66/2022, de 21 de diciembre de 2023, se refiere ya expresamente, a la posibilidad de que tenga incidencia en un determinado procedimiento de contratación a efectos de tomar la decisión de exclusión, de otras prácticas colusorias detectadas en otros procedimientos[33].

Los indicios que marca la CNMC en su informe son todos ellos relativos a la licitación en curso: que se hayan presentado pocos licitadores cuando en el mercado y en licitaciones anteriores existen numerosos operadores; cuando la oferta económica presentada por un determinado licitador discrepe en precios o condiciones técnicas con las presentadas en licitaciones anteriores sin que haya causa justificativa; comportamientos que denoten un escaso interés por resultar adjudicatario (ofertas sustancialmente peores que las de mercado, o falta de subsanación cuando se le requiere); la repetición de la misma empresa adjudicataria de un lote en licitaciones anteriores cuando existen otros operadores que podrían competir con ella; subcontratación cruzada con otro licitador sin causa que lo justifique; y presentación conjunta de varias empresas sin la correspondiente justificación. Pero no existe una relación tasada.

Ello implica que, detectados por el órgano de contratación determinados hechos objetivos que pueden considerarse exponente de un comportamiento de colusión licitatoria en ese procedimiento, es necesario que este motive adecuadamente o realice el razonamiento lógico que permite llegar, desde esos hechos, a la convicción de que ha existido colusión licitatoria, sin que exista una explicación alternativa y razonable que los justifique. Y por ello, precisamente, suele ser necesario mucho más que un solo indicio o hecho para poder establecer un relato que cumpla con las exigencias de la prueba indiciaria. En este sentido dice la Comisión Europea que los «poderes adjudicadores tienen que evaluar de una manera cauta y proporcionada si los indicios de colusión detectados en un procedimiento de adjudicación en trámite son suficientemente plausibles para excluir a un licitador, centrándose en los hechos y evitando presunciones. Por ejemplo, sería difícil justificar la exclusión de dos licitadores de un procedimiento de adjudicación únicamente por haber presentado su oferta electrónicamente con unos minutos de diferencia[34]».

---

33 Resolución TARC 428/2024, de 4 de abril.

34 Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo 2021/C 91/01.

Esto es lo que debe motivar la mesa o en su caso el órgano de contratación para justificar que existen indicios fundados de colusión en el procedimiento de contratación en tramitación.

El art. 150.1 LCSP no deja libertad al órgano de adjudicación para decidir libremente si excluye o no al operador incurso en colusión, pues impone la exclusión como consecuencia necesaria de la existencia de indicios fundados de colusión salvo que los operadores afectados hayan adoptado medidas de autocorrección o *self cleaning*. Pero no deja de ser curioso el papel que pueden jugar estas medidas en un procedimiento sobre el que la autoridad de competencia no ha dictado una resolución sancionadora que justifique su adopción. Y si lo hubieran sido como consecuencia de una infracción anterior, o bien han sido suficientemente efectivas para poder descartar la conducta colusoria o si no lo han sido no podrán ser tenidas en cuenta al no haber servido para no incurrir en este comportamiento.

VI. UNA MIRADA A LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESARIOS

No cabe establecer la presunción, a partir del art. 69 LCSP, de que cuando dos empresas presentan una oferta conjunta están incurriendo en una práctica colusoria. Ello supondría invertir la carga de la prueba y obligar a los operadores que concurren conjuntamente a demostrar que no.

Los acuerdos entre operadores no están bien vistos desde el derecho de competencia. Pero no cabe decir lo mismo cuando se trata de contratos públicos a pesar de que en ellos se intercambia información, se acuerdan los precios de la oferta y se reparte el contrato entre quienes concurren conjuntamente. Desde el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1965, todas las leyes de contratos sin excepción han venido reconociendo a los empresarios el derecho a concurrir conjuntamente a la licitación de un determinado contrato público.

Ello permite acumular la solvencia de las empresas y poner en común los medios que requiere la ejecución del contrato. Por ello, además de otros mecanismos que permiten que una empresa utilice los medios de otra, como pueden ser la acreditación de la solvencia por medios ajenos o la subcontratación, el art. 69 LCSP 2017 permite que varios operadores participen en la licitación de forma agrupada, en el porcentaje que acuerden. Las empresas que participan en la unión temporal de empresarios (UTE) responden solidariamente frente a la administración.

Tal y como ha señalado la STS 21 de junio de 2021 (rec. 7906/2018), en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación, contemplándose para ello mecanismos para que las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de

ISBN: 978-84-7777-740-3

las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador, debe imperar el principio de proporcionalidad ya que es posible que, en determinados casos, y siempre dentro del margen que permita el citado principio, el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos[35].

Hasta no hace mucho se partía de la idea, a falta de regulación en la legislación contractual, de que para concurrir en UTE a un contrato era necesario que sus miembros reunieran la solvencia exigida individualmente. Hubo que esperar a la STS de 21 de junio de 2021, para encontrar la respuesta a la pregunta de si en un procedimiento público para la contratación de servicios (la acumulación de solvencia está extensamente regulada para los contratos que exigen clasificación pero no así en el resto), cuando la licitadora es una UTE, basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la UTE. Es posible, concluye el Tribunal Supremo, acumular la solvencia cuando sólo una de ellas la reúne o cuando no lo hacen ninguna de ellas. Pero no descarta que puedan concurrir conjuntamente empresas que la reúnen por separado. Ahora, sin embargo, la concurrencia en UTE a un procedimiento de licitación puede ser uno de los muchos indicios de colusión.

Tal y como explica Miño López[36], en las uniones de empresarios la infracción de la normativa de competencia no se encuentra en la celebración del acuerdo sino en el contenido colusorio oculto y en los comportamientos derivados. La UTE es en sí misma un acuerdo sobre precios ya que sus miembros pactan los términos de la oferta, se transmiten información para poder confeccionarla y acuerdan qué parte del contrato va a ser para cada uno. Pero solo vulnera la competencia cuando «no se limita a articular la cooperación necesaria para la ejecución colectiva del contrato sino que su objetivo es el propio de los acuerdos colusorios y su estructura y funcionamiento sirven a dicha finalidad». La colusión, por tanto, se produce cuando se encubren acuerdos ilegales de fijación de precios o reparto de mercados. De hecho, son muchos los cárteles en materia de contratación pública sancionados por la CNMC en los que la UTE es una más de sus herramientas.

Desde el Derecho de la competencia se entiende que para que una UTE sea colusoria es necesario que se trate de un acuerdo entre competidores reales o potenciales. De ahí que cuando la UTE agrupa a dos empresas que

---

35 Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 17 de mayo de 2018 (Asunto C-531/16) y resolución 23/2021, del órgano de recursos contractuales de Euskadi.

36 Miño López, A., 2019, pág. 205.

necesitan concurrir conjuntamente para poder licitar (el criterio de necesidad) se excluya automáticamente la infracción del art. 1 LDC, porque el propósito seguido por las empresas que concurren en UTE es el de poder participar.

Cuestión distinta es que para valorar si las empresas pueden o no concurrir de forma independiente no basta con comprobar si reúnen o no cada una de ellas los requisitos de solvencia establecidos en los pliegos. Hay que valorar, a la vista de los pliegos y las condiciones particulares de cada empresa, si es realmente necesario que concurran en UTE. O lo que es lo mismo, hace falta un análisis caso por caso que el órgano de contratación está capacitado para realizar[37].

La jurisprudencia, al analizar las sanciones impuestas por la autoridad de competencia a carteles en los que la constitución de UTE es uno de los muchos indicios que demuestran la existencia de un acuerdo de reparto de mercados y una forma de compensar a los miembros por las licitaciones no obtenidas en cumplimiento del acuerdo secreto, ha utilizado el «test de necesidad». En estos casos, debe repararse en que la UTE era uno más de los muchos indicios de la existencia del cartel[38].

Sin embargo, desde el punto de vista del órgano de contratación, que las empresas no tengan necesidad de concurrir conjuntamente no debería convertir automáticamente el acuerdo en colusorio.

La finalidad de cualquier licitación es propiciar la competencia para así obtener una oferta ganadora. Poco importa al órgano de contratación si las empresas tienen la capacidad para concurrir en solitario dado que la LCSP no lo prohíbe. Lo que importa es que presenten la mejor oferta, aunque ello requiera de la agrupación de dos operadores que, de licitar en solitario, habrían podido, sí, presentar ofertas pero no ganadoras. Si lo que importa en la colusión licitatoria es el propósito de falsear la competencia dando la apariencia de una competición limpia, que dos empresas pongan en común sus medios para realizar una oferta que pueda resultar adjudicataria, queda fuera de esta figura salvo que con ello eliminen o restrinjan sustancialmente la

---

37 Señala Miño López (2019), pág. 211, que los elementos a tener en cuenta por el órgano de contratación son las exigencias de capacidad y solvencia establecidas en los pliegos; la imposición de la participación colectiva por los pliegos; la necesidad objetiva de cooperación, el reparto de riesgos, la capacidad parcial, la capacidad reservada para otros contratos, y la agrupación formada por más empresas de las necesarias. La STS 1400/2024, de 23 de julio, contestó a la cuestión de interés casacional señalando que la no impugnación de los pliegos que rigen una contratación pública en los que se admite la concurrencia de UTEs no impiden constatar al órgano de contratación ni luego, en su caso, a los órganos jurisdiccionales, la existencia de una infracción del derecho de la competencia con fundamento en las características particulares de la composición y ofertas de una concreta UTE.

38 Asunto Licitaciones de aplicaciones informáticas (res. CNMC 26 de julio de 2016) SSAN 4641/2023, 4639/2023; 4678/2023, 4644/2024, y 4638/2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

competencia en el proceso de contratación, como sería el caso de que todas o una buena parte de las empresas capacitadas para concurrir lo hicieran conjuntamente.

Por ello, la doctrina habla de una concepción amplia del principio de necesidad o del principio de razonabilidad empresarial[39] que implica que, a pesar de que no exista una necesidad objetiva, el pacto de concurrir conjuntamente no tiene que ser un acuerdo contrario a la competencia por objeto si lo que persiguen es obtener una ventaja competitiva. En estos casos, lo sería por sus efectos[40].

Y así lo señala la Comisión Europea[41] al distinguir la colusión licitatoria de los acuerdos de consorcios licitadores. Como quiera que la concurrencia conjunta conlleva la puesta en común de los medios de producción y la integración de los recursos y actividades de las partes con el fin de participar en el procedimiento de licitación, la evaluación de la competencia debe llevarse a cabo utilizando las normas y orientaciones aplicables a los acuerdos de producción en común. En estas situaciones, la fijación de precios para los productos o servicios del contrato no se considera, por lo general, una restricción por el objeto y será necesaria una evaluación por el efecto. En consecuencia, como ya indicaba Miño López[42], es necesario generalizar la consideración de las UTE que cuentan con la capacidad necesaria para concurrir separadamente, como restricción de la competencia por efecto, salvo que sean el instrumento de un acuerdo de cartel en cuyo caso han de serlo por objeto[43].

No obstante lo anteriormente señalado, la comunicación de la Comisión[44] también recuerda que el art. 101.3 TFUE es aplicable a los consorcios de licitadores: «En cualquier caso, un acuerdo de consorcios licitadores entre competidores al que se aplica el artículo 101, apartado 1, puede cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3. Las posibles eficiencias pueden adoptar la forma de *precios más bajos, pero también de mejor calidad, mayor oferta o realización más rápida de los productos o servicios* objeto de la licitación. Además, deben cumplirse las demás condiciones del artículo 101, apartado 3 (carácter indispensable, beneficio para los consumidores y no

---

39 Miño López, págs. 214 y 215.

40 Este criterio ha sido utilizado por la STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2019 (recurso contencioso-administrativo 108/2016).

41 Comunicación Comisión Directrices de aplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal *DOUE,* núm. 259, de 21 de julio de 2023. Considerando 350.

42 Miño López (2019), 234 y 235.

43 Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Considerandos 223 y 357.

44 Comunicación Comisión Directrices de aplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (357).

eliminación de la competencia). En los procedimientos de licitación, estas condiciones suelen estar interrelacionadas: las mejoras de eficiencia de una oferta conjunta a través de un acuerdo de consorcio de licitadores se transmiten más fácilmente a los consumidores, en forma de precios más bajos o de mejor calidad de la oferta, si no se elimina la competencia para la adjudicación del contrato, y otros competidores efectivos participan en el procedimiento de licitación[45]».

Al final, el órgano de contratación estará obligado a comprobar, siempre que las empresas que concurren en UTE pueden hacerlo individualmente, si se cumplen o no los requisitos del art. 101.3 TFUE, pues en ese caso no podría hablarse de indicios de colusión [46].

VII. EL PAPEL DE LA MESA O EN SU CASO ÓRGANO DE CONTRATACIÓN: ¿DISCRECIONALIDAD EN LA CONSECUENCIA JURÍDICA O EN LA DEFINICIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO CAUSANTE DE LA EXCLUSIÓN?

Como se trata de evitar que la colusión licitatoria produzca resultados en el procedimiento de licitación en curso, no tendría sentido que las medidas a adoptar no se decidan por el órgano que conoce las necesidades a las que sirve el contrato y es competente para resolver sobre la adjudicación. La mesa de contratación, cuando existe, o en caso contrario el órgano de contratación, son o deberían ser quienes se encuentran en mejores condiciones para detectar si un determinado procedimiento de licitación es «limpio» y para valorar cómo los acuerdos ilícitos afectan a la fiabilidad de los operadores y al principio de igualdad de los licitadores en el procedimiento de licitación.

Así lo ha considerado el legislador europeo que ha encomendado al poder adjudicador —y solamente a él— la tarea de determinar, en la fase

---

45 López Ridruejo, Picón A., Trapet M.: «A vueltas con las UTES entre competidores y el derecho de la competencia La necesidad de clarificar el test legal aplicable», *Revista de Competencia y de la Distribución,* n.º 27/julio-sept. de 2020.

46 En este sentido la STS 356/2021, de 15 de marzo de 2021, recuerda que a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, tienen que darse todos y cada uno de los cuatro siguientes requisitos: 1.º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2.º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3.º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4.º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Pero, además, viene a señalar que corresponde a quien invoca la exención demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtenerla, de manera que la carga de la prueba recae sobre quien invoca la exención.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de selección de los licitadores, si un candidato o un licitador debe quedar excluido de un procedimiento de contratación pública (Sentencia de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 34). Fiel a esta idea, el art. 150 LCSP atribuye en exclusiva al órgano de contratación o en su caso a la mesa de contratación la decisión sobre la existencia de indicios que justifiquen el inicio del procedimiento establecido en este precepto y posteriormente le atribuye la decisión final que determina la exclusión.

La intervención *ad cautelam* de la autoridad de competencia se contempla por el legislador como una garantía frente a los excesos que podría cometer el órgano de contratación, que carece de la pericia y especialización propia de las autoridades de competencia en la detección de conductas colusorias. De ahí que cuando el informe de la autoridad de competencia concluye que no existen indicios de colusión, este sea vinculante para el órgano de contratación que deberá continuar adelante con la adjudicación.

Sin embargo, el carácter vinculante de este informe cuando la autoridad de competencia no atisba indicios de colusión podría resultar contrario a la facultad que debe reconocerse al órgano de contratación para apreciar la existencia o no de los mencionados indicios. Cuestión distinta es que ante un informe desfavorable de la autoridad de competencia será difícil para el órgano de contratación apartarse de su criterio y ofrecer una motivación en la que amparar una decisión contraria.

El enfoque es diferente cuando el informe de la autoridad de competencia concluye, inaudita parte, que existen indicios fundados de colusión. Debe tenerse en cuenta que el procedimiento se tramita en un primer momento sin conocimiento de los licitadores afectados, pues cuando el órgano de contratación pone en conocimiento de la autoridad de competencia que existen indicios fundados de colusión, lo hace en el más absoluto secreto, sin notificarlo siquiera a los presuntos afectados para que no intenten ocultar las pruebas de la licitación colusoria[47]. Incluso en el caso de que los indicios afecten a la existencia de una UTE ya no es necesario dar a los afectados un trámite de alegaciones antes de iniciarse el procedimiento para que puedan exponer las razones que los han llevado a concurrir conjuntamente.

---

47 Decía la CNMC en su INF/CNMC/85/18 Consideraciones sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que para evitar que el procedimiento del 150 LCSP pudiera dificultar la actuación de la CNMC persiguiendo los acuerdos colusorios, era necesario extender el régimen de confidencialidad de la información obrante en los expedientes de contratación a los miembros de la mesa o del órgano de contratación son que los licitadores, incluidas las empresas afectadas por los indicios pudieran tener conocimiento del procedimiento de traslado de los indicios fundados a las autoridades de competencia.

Pues bien, cuando el informe de la autoridad de competencia concluye sobre la existencia de indicios colusorios, éste no es vinculante para el órgano de contratación, que, tras la audiencia de las partes, tendrá que pronunciarse al respecto con una nueva intervención esta vez potestativa, si fuera necesaria, de la autoridad de competencia que deberá pronunciarse en el plazo de 3 días hábiles.

La LCSP ha previsto que la consecuencia automática de la constatación por el poder adjudicador de que los indicios de colusión son fundados, es la exclusión de los licitadores que hayan incurrido en esta conducta: «Si el órgano de contratación resuelve que existen indicios fundados de conductas colusorias excluirá del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta». Se trataría, por tanto, de una potestad reglada en cuanto a la consecuencia jurídica prevista por la norma.

Pero como el Derecho europeo obliga a que las medidas adoptadas por los operadores económicos para impedir hacia el futuro este tipo de conductas permitan evitar la exclusión, el legislador español ha trasladado esta consideración al supuesto de hecho, es decir, a la existencia de indicios fundados de colusión. De ahí que el art. 150 LCSP establezca que: «A la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones, el órgano de contratación resolverá de forma motivada lo que proceda en el plazo de 10 días hábiles».

Aun así, la existencia de indicios fundados de colusión sigue siendo un concepto reglado que puede ser objeto de revisión plena, tanto por el tribunal de recursos contractuales como por el tribunal contencioso-administrativo. A estos efectos, es fundamental la motivación por el órgano o mesa de contratación de la existencia de indicios fundados de colusión licitatoria pues, a falta de motivación, los indicios no tienen valor probatorio alguno.

La motivación es indispensable para que la autoridad de competencia pueda emitir un juicio fundado. Y esa motivación no solo comprende, porque así lo exige la ley para que la autoridad de competencia pueda realizar su papel, la enumeración de los indicios detectados sino también las razones que le llevan considerar que son la manifestación de un acuerdo para falsear el resultado de la licitación.

Y también es determinante de la resolución que finalmente se adopte una vez que los interesados han realizado sus alegaciones. En esta segunda resolución, la motivación ha de estar reforzada porque tendrá que hacer referencia tanto a los indicios y motivos por los que considera probado la existencia de una licitación colusoria, como a las razones por las que se ha optado, en su caso, por no excluir a los licitadores afectados.

ISBN: 978-84-7777-740-3

VIII. EL PROCEDIMIENTO PARA EXCLUIR LA OFERTA DURANTE LA LICITACIÓN

En el artículo 150 LCSP, titulado «clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato», se regula el procedimiento para poder excluir, antes de la adjudicación, las de los licitadores que están incursos en colusión licitatoria[48]. Su ubicación sistemática, inmediatamente después de la clasificación decreciente de las ofertas, junto con el hecho de que la mayoría de los indicios de colusión suelen ponerse de relieve tras el análisis de las ofertas presentadas, da a entender que el momento para iniciar el procedimiento es una vez presentadas, analizadas y clasificadas las ofertas.

Incluso en el caso de que los indicios procedan de la confesión de alguno de los licitadores afectados, o de la denuncia de operadores competidores, son las ofertas las que van a determinar los indicios y solo a partir de ellas podrá hacerse un relato coherente de los indicios que conducen a la prueba de la colusión licitatoria. Ello se confirma por el hecho de que, como veremos, entre la documentación que debe remitir el órgano de contratación a la autoridad de competencia se encuentran las ofertas de los licitadores. En definitiva, no parece discutible que el inicio de este procedimiento tenga que producirse una vez clasificadas las ofertas.

Y, sin embargo, la regulación de la confidencialidad que limita los datos a proporcionar a los licitadores afectados por la licitación colusoria para que puedan realizar alegaciones y proponer prueba parece sugerir la posibilidad de que este procedimiento pueda iniciarse incluso antes de ser presentadas las ofertas: «El órgano de contratación cuidará de que los licitadores afectados reciban toda la documentación necesaria para el ejercicio de su derecho, pero sin revelar aspectos de las ofertas del resto de licitadores, *si ya se hubiesen presentado*». Una inconsistencia más de la regulación vigente.

La regulación del procedimiento procede de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 2023, que también eliminó la necesidad de solicitar a las empresas que concurren en UTE que justificasen las razones por las que concurren de esta forma antes de iniciar el procedimiento del art. 150 LCSP, de manera que las alegaciones de los licitadores solo se producirán una vez el órgano de competencia haya intervenido.

---

48 El recurso a este procedimiento es todavía bastante residual. De acuerdo con el Informe de la Oficina independiente de Regulación y supervisión de la contratación (Oirescon) correspondiente a 2025, en el año 2024 solo se tramitaron 38 expedientes al amparo del art. 150 LCSP. De los informes emitidos por las autoridades de competencia el 39,47% de los informes emitidos concluyeron con la existencia de indicios fundados conductas colusorias, mientras que el 60,53% no apreciaron la existencia de indicios de este tipo de conductas.

Antes de ello, la LCSP remitía al reglamento la regulación de un procedimiento sumario, ante las autoridades de competencia, que incentivara a los órganos de contratación a plantearlo sin temor a una dilación excesiva en la adopción de la resolución de adjudicación.

El periodo de cinco años de inactividad administrativa finalizó con la regulación de este procedimiento en la disposición final vigesimoséptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023. De nuevo se utilizó este instrumento normativo para regular uno de esos contenidos que no son, ni de lejos, propios de la Ley de Presupuestos Anuales del Estado. Como es sabido, las leyes de presupuestos solo pueden incluir determinaciones que no forman parte del contenido estricto de los presupuestos cuando estos guarden relación directa con los ingresos y gastos que integran el presupuesto y su inclusión esté justificada o por ser un complemento de los criterios de política económica de la que ese presupuesto es el instrumento o por ser un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno (*vid*. por todas STC 145/2022, de 15 de noviembre).

Cierto es que la disposición final decimosexta LCSP en su versión original, aplazaba la entrada en vigor de lo previsto en el art. 150 hasta la aprobación del reglamento al que se remitía la ley. Pero había motivos bastantes para considerar que, una vez transcurrido el plazo de transposición de las directivas de 2014, era directamente aplicable la exclusión potestativa del licitador cuando existieran indicios fundados de colusión, aunque no se solicitara la intervención de la autoridad de competencia (que no es exigida por las directivas).

Así lo interpretó, entre otras, la Resolución 60/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que afirmó que no era necesario el informe preceptivo de la CNMC o de la autoridad autonómica de competencia siempre que se cumplieran dos requisitos. En primer lugar, la audiencia a los interesados para evitar la indefensión. En segundo lugar, el requisito material consistente en que los indicios fundados no se extendieran a hechos ajenos a aquella licitación, aun cuando pudieran tener conexión con ella desde la perspectiva de la defensa de la competencia, ya que la competencia del órgano de contratación se ciñe exclusivamente al procedimiento de licitación. Este segundo requisito, como vimos, ha resultado descartado por la jurisprudencia europea.

Que los órganos de contratación se hagan sensibles a la necesidad de impedir la colusión licitatoria pasa, en la práctica, por el hecho de que la intervención de la autoridad de competencia no interrumpa en exceso el procedimiento de adjudicación. Por ello, la ley es cuidadosa a la hora de establecer cautelas y evitar que el procedimiento sumario, que suspende el procedimiento de adjudicación, se convierta en un procedimiento excesivamente largo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El pronunciamiento de la autoridad de competencia debe realizarse en veinte días hábiles desde la recepción de la solicitud y documentación remitida por el órgano o la mesa de contratación que comprende el expediente de contratación y las ofertas presentadas por los licitadores. También la remisión por el órgano de contratación de la documentación extra solicitada por la autoridad de competencia debe realizarse en el breve plazo de tres días hábiles, sin suspender el plazo establecido para el pronunciamiento. Pero, aun así, cuando estos plazos se incumplen, el órgano de contratación tendrá que o bien continuar con la adjudicación, o dar un plazo de alegaciones a los interesados para que estos se pronuncien sobre los indicios fundados de colusión que el órgano o mesa de contratación han detectado.

Si el informe de la autoridad de competencia, aunque fuera de plazo, se emite antes de que se haya adoptado la resolución sobre la posible exclusión de los licitadores, vinculará al órgano de contratación en el caso que determine la inexistencia de indicios fundados de colusión. Si es posterior, determinará la revocación de la exclusión ya acordada siempre y cuando no se haya adjudicado el contrato. Si el contrato ha sido adjudicado, el informe de competencia jugará un papel clave en la reclamación que interponga el excluido.

Y si el informe emitido fuera de plazo considera la existencia de indicios, será sin duda utilizado por el licitador que impugne la adjudicación realizada a quien se supone está incurso en licitación colusoria. Un aliciente más de cara a la litigiosidad que en la actualidad despiertan las adjudicaciones de contratos públicos.

El procedimiento regulado para la exclusión de los licitadores incursos en colusión licitatoria se limita únicamente a los contratos armonizados.

Antes de la modificación del art. 150 LCSP, el precepto resultaba de aplicación a los contratos de las administraciones públicas y a los contratos armonizados de los poderes adjudicadores no administraciones públicas (art. 317 LCSP). Ahora, el art. 150 LCSP dice expresamente que en los contratos *sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente Ley*, si se apreciasen indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación (…) el órgano de contratación los trasladará a la autoridad de competencia.

La inaplicabilidad del procedimiento del art. 150 LCSP a los contratos no armonizados no ha de impedir a las entidades del sector público, solicitar informe a la CNMC si así lo entienden oportuno, o a excluir a los licitadores cuando tengan indicios fundados de que han coludido en el procedimiento en curso teniendo en cuenta, además, que el principio de igualdad de los licitadores es directamente aplicable, incluso, a los contratos no armonizados y que la exclusión podría ser el único instrumento posible para restablecer el principio de igualdad cuando la colusión ha conseguido incidir en el resultado final de la licitación.

El procedimiento del art. 150 LCSP se inicia, ahora ya, por el órgano de contratación, de oficio o a solicitud de la mesa de contratación, que ha de dirigirse a la CNMC o la correspondiente autoridad de competencia.

La competencia de uno u otro organismo dependerá de cuál sea el mercado afectado por la licitación colusoria. Normalmente, los contratos de la Administración General del Estado se reconducirán a la CNMC, mientras que los de las administraciones autonómicas o locales se dirigirán a las autoridades autonómicas de competencia.

No obstante, bien podría ocurrir que la licitación colusoria pudiera afectar a un mercado más amplio, dado que la competencia ejecutiva del Estado, a través de la CNMC, se extiende a las prácticas que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una comunidad autónoma[49]. Por ello la competencia deberá ser examinada de oficio por la autoridad de competencia a quien el órgano de contratación se haya dirigido, sin que el legislador haya regulado el procedimiento para la declaración de incompetencia y remisión del informe a la autoridad competente. En todo caso, el plazo de veinte días hábiles para emitirlo seguirá siendo el mismo, al no prever la norma ninguna excepción.

La tramitación del procedimiento se mantiene por completo oculta a los interesados en la licitación si el informe de la autoridad de competencia concluye que no existen indicios fundados de colusión, pues recibido el informe de la autoridad de competencia se prosigue con la adjudicación sin que el alzamiento de la suspensión sea notificado o publicado.

Por el contrario, cuando el informe de competencia se pronuncia sobre la existencia de indicios fundados de colusión licitatoria, ha de proseguir el procedimiento con la publicación y notificación de la suspensión (que ya era eficaz desde el momento en que se solicitó informe a la autoridad de competencia) y la remisión de la documentación a los afectados, es decir, a los licitadores que se consideran incursos en licitación colusoria, para que puedan realizar las alegaciones oportunas en un plazo máximo de diez días hábiles. El mismo plazo que tiene el órgano o mesa de contratación para resolver, aun en el caso de que se vuelva a solicitar el informe de la CNMC.

En cuanto a la documentación a remitir debe incluir todos aquellos elementos que sean necesarios para que los licitadores afectados puedan defenderse de la existencia de una licitación colusoria. No obstante, la ley establece una doble cautela: no pueden revelarse aspectos de las ofertas del resto de licitadores, y ha de respetarse el deber de confidencialidad del

49 Guillen Caramés, J.: «Las competencias de la CNMC y las autoridades autonómicas en la aplicación del derecho de la competencia», *Estudios de Deusto,* vol. 63/1, enero-junio de 2015.

ISBN: 978-84-7777-740-3

art. 133 LCSP, una obligación que se extiende expresamente a los datos que se ponen en conocimiento de las autoridades de competencia.

Como es sabido, el art. 133 LCSP prohíbe a los órganos de contratación divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta, en especial a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualquier otra información que pueda ser utilizada para falsear la competencia, ya sea en este procedimiento de licitación o en otros posteriores sin que puedan considerarse confidenciales todos los aspectos de la oferta (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03)[50].

Pues bien, es a estos aspectos que merecen protección, a los que debe entenderse se refiere este precepto y no a cualquier aspecto de las ofertas del resto de licitadores siempre y cuando sean necesarios para el ejercicio del derecho de defensa de los licitadores afectados por la posible exclusión. El TACRC se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto. Al final, el límite del derecho de confidencialidad del licitador viene determinado por el derecho de defensa de los licitadores afectados por el comportamiento colusorio. Y es que, tal y como ha señalado la resolución del Tribunal administrativo central de recursos contractuales, en su resolución n.º 149/2018, ninguno de los dos principios es absolutos. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses de manera que en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador excluido y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario ha de intentarse que ninguno de ellos se vea perjudicado más de lo estrictamente necesario.

50 Razquin Lizarraga, M.: «El principio de confidencialidad en la contratación pública» en Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público», VV. AA. dir. Gimeno Feliu Aranzadi, 2018.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El reto de la litigación climática en España. Deconstruyendo las SSTS (3) de 18 y 24 de julio de 2023: Caso Greenpeace y otros c. PNIEC. Una oportunidad para el Tribunal Constitucional[1]

Eva Desdentado Daroca

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

Sumario. I. Introducción: el reto de la litigación climática.—II. El caso Greenpeace y otros c. PNIEC: las SSTS (3) de 18 y 24 de julio de 2023 y la Providencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2024. Características de los recursos, argumentación de los recurrentes y cuestiones previas: 1. El caso Greenpeace y otros c. PNIEC: las SSTS (3) de 18 y 24 de julio de 2023 y la Providencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2024. 2. Características de los recursos, argumentación de los recurrentes y cuestiones previas: a) Características de los recursos: un recurso contra la inactividad reglamentaria y un recurso ordinario contra el contenido del PNIEC. b) La argumentación de los recurrentes: diferencias y similitudes. c) Sobre algunas cuestiones previas: el problema de la naturaleza del PNIEC y el alcance de la legitimación.—III. Deconstruyendo la STS (3) de 18 de julio de 2023: ¿es el recurso contra la inactividad un cauce adecuado para hacer frente a la falta de ambición climática?—IV. Deconstruyendo la STS (3) de 24 de julio de 2023: 1. Objeto del recurso, complejidad de las pretensiones formuladas y examen de los vicios formales alegados: deficiencias de la evaluación ambiental e incumplimiento del diálogo multinivel. 2. Análisis de los vicios de fondo: la disconformidad de las previsiones del PNIEC a los compromisos internacionales, insuficiente ambición climática y vulneración de los derechos fundamentales: a) El argumento del alcance restringido del control judicial de las disposiciones reglamentarias ex art. 71.2 LJCA: un argumento inadecuado. b) El argumento del control restringido de la discrecionalidad acentuada propia de la planificación climática: un argumento incompatible con el art. 24 CE. c) Sostenibilidad, impacto socio-económico de las medidas de lucha contra el cambio climático y deferencia hacia la política económica del Gobierno: una interpretación discutible de la sostenibilidad.—V. Otros argumentos adicionales: 1. La integración en la UE y el cumplimiento de la normativa comunitaria como muro de contención del posible control judicial nacional. 2. El argumento del amparo de las previsiones del PNIEC en la Ley de Cambio Climático: la elusión del control judicial tras el legislador. 3. La elusión del análisis de la afectación a los derechos fundamentales.—VI. Reflexiones finales.

[1] Trabajo elaborado en el marco del proyecto «Cambio climático y cambios en el Derecho Público Europeo y Español. Innovación y desafíos en instituciones, sectores e instrumentos clave en la lucha contra el cambio climático (EUCCLIDES)», Ref. PID2024-159662OB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

I. INTRODUCCIÓN: EL RETO DE LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA

El cambio climático es, sin duda, el mayor reto al que tiene que enfrentarse la humanidad. El calentamiento de la temperatura del planeta, como consecuencia de la acumulación de gases de efecto invernadero [fundamentalmente dióxido de carbono (CO_2) procedente de la utilización de combustibles fósiles] en la atmósfera, fruto de las actividades humanas, lleva aparejado alteraciones relevantes del clima, eventos devastadores que además se producen con mayor frecuencia (olas de calor, lluvias torrenciales, sequías severas, temporales, tormentas, incendios de sexta generación), incremento de la temperatura del océano, subida del nivel del mar, acidificación oceánica, deshielo de los polos y desertificación, entre otras, que tienen consecuencias graves para la biodiversidad, el territorio, la salud y la seguridad humanas. Algunos de estos efectos y consecuencias se están produciendo ya en la actualidad, pero el problema, si no se ataja el incremento de temperatura, se agravará con un carácter incluso irreversible en algunos aspectos.

El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (Grupo IPCC) creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente ha alertado reiteradamente sobre esta situación en sus ya numerosos informes. Concretamente, en su cuarto informe (ar4) indicó que no debería superarse un incremento de temperatura de 2.ºC con respecto a la era preindustrial, dado que superar ese umbral implicaría una quiebra irreparable del equilibrio climático del planeta. Las previsiones no son halagüeñas: si no hay una reducción significativa de emisiones de GEI, se superarán los umbrales y entraremos en un escenario de consecuencias alarmantes y, en gran medida, impredecibles en todo su alcance.

La reacción internacional, pese a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), el Protocolo de Kioto de 1997 y el Acuerdo de París de 2015, no ha sido suficiente. La Convención fijó como objetivo estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas para el sistema climático en un plazo que permita a los ecosistemas adaptarse, que asegure la producción de alimentos y que permita un desarrollo económico sostenible. El Protocolo de Kioto logró establecer metas vinculantes de limitación y reducción de los GEI para el periodo de 2008-2012, pero el posterior Acuerdo de París de 2015, aunque establece objetivos importantes, no previó niveles de reducción obligatorios para los firmantes, dejando en una mayor indefinición los objetivos concretos y las medidas específicas a adoptar. Con todo, en el Acuerdo de París se estableció la necesidad de «mantener el aumento de la temperatura mundial muy por debajo de 2 ºC con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 ºC».

De estos objetivos cabe deducir la existencia de un presupuesto de carbono máximo a consumir, agotado el cual se tendría que haber alcanzado ya la neutralidad climática porque, en aras del respeto debido al umbral de seguridad, ya no podría consumirse más carbono. Por ello, el cambio climático supone un reto singular; las decisiones que se adopten en la actualidad no se limitan a tener un impacto en el momento presente, sino que se proyectan con fuerza y de forma potencialmente severa en el contexto medioambiental futuro condicionando la vida y el entorno natural en que se moverán no solo aquella parte de la población actual que por su edad tiene aún una amplia esperanza de vida, sino también las generaciones futuras.

La dificultad radica en la disposición y concienciación de la población y en la capacidad de las instituciones actuales para realizar e implementar decisiones que a corto plazo suponen restricciones, transformaciones gravosas y renuncias en aras del bienestar global en las próximas décadas. El juego político democrático basado en la competencia de programas en un marco electoral en plazos máximos de cuatro años tiene un problema evidente de miopía[2] y cortoplacismo difícil de corregir, que, desde luego, no rectifica de forma eficaz un Derecho Internacional débil debido a su carácter fundamentalmente convencional y a su insuficiente coactividad.

De hecho, pese a la gravedad de la situación, —que ha llevado a la ONU a afirmar que «el cambio climático crea una amenaza inmediata y de gran alcance para la población y las comunidades de todo el mundo y tiene repercusiones sobre el pleno disfrute de los derechos humanos» (Resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU 7/2023) y a la Unión Europea a declarar la emergencia climática (Resolución de 28 de noviembre de 2019)— la limitación de las medidas adoptadas en la lucha contra el cambio climático ha sido puesta de manifiesto con crudeza en los periódicos informes sobre la brecha de emisiones del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente que, de forma reiterada, vienen denunciando la insuficiencia de las contribuciones nacionales determinadas (CDN) para lograr los objetivos climáticos fijados en los instrumentos internacionales.

El último informe lleva el expresivo título *Informe sobre la Brecha de Emisiones 2025: fuera del blanco*[3] y señala que: las nuevas CDN apenas han tenido un impacto real; las naciones permanecen lejos de alcanzar el

---

2 Feldstein, M. (1980), *The American Economy in Transition*, University of Chicago Press, citado por CH. Wolf, *Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1995, pág. 47.

3 Puede consultarse en *este enlace*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

objetivo del Acuerdo de París de limitar el calentamiento global a muy por debajo de los 2 °C; y para alinearse con las trayectorias del Acuerdo de París hacia los 2 °C y 1,5 °C, se requieren reducciones de las emisiones anuales del 35% y 55%, respectivamente, en comparación con los niveles de 2019, para el año 2035[4].

En definitiva, estos informes sobre las brechas de emisiones y la clara insuficiencia de las CDNs evidencian que no contamos con las estructuras adecuadas para adoptar una lucha eficaz que garantice el equilibrio climático. El esquema institucional y jurídico es, a día de hoy, manifiestamente insuficiente a esos efectos y, por ello, el cambio climático es un gran reto también desde estas dos dimensiones; desde la dimensión del juego institucional y desde la dimensión del papel del Derecho, en especial, del Derecho Constitucional y Administrativo.

Es, sin duda, este déficit estructural de las instituciones legislativas y gubernamentales y del Derecho Internacional, el que ha llevado tanto a las organizaciones de protección de la naturaleza (en adelante, ONG), como a algunos ciudadanos a buscar remedio en los órganos de naturaleza jurisdiccional de ámbito estatal, que no se mueven en la arena política y cortoplacista y que tienen más fuerza coactiva que los instrumentos de garantía de cumplimiento de los tratados internacionales, por lo que pueden adoptar decisiones más avanzadas, relevantes, inmediatas y eficaces en aras de la preservación medioambiental y de la protección de los derechos humanos[5].

Así ha ido apareciendo una litigación climática de enorme interés y que representa un reto considerable para los tribunales nacionales, puesto que obliga a una relectura de las normas internas, las obligaciones internacionales y, sobre todo, de los derechos fundamentales, en una clave nueva, con una mirada mucho más amplia y compleja de lo que ha exigido hasta el momento ningún problema medioambiental.

---

4 Es más, también afirma que «dada la magnitud de los recortes necesarios, el corto plazo disponible para lograrlos y el complejo contexto político actual, es muy probable que se supere el umbral de 1,5 °C en la próxima década» y concluye que «este rebasamiento debe limitarse mediante reducciones más rápidas y profundas de las emisiones de gases de efecto invernadero, con el fin de minimizar los riesgos y daños climáticos, y mantener abierta la posibilidad de regresar a 1,5 °C para 2100».

5 En el caso Neubauer, el Tribunal Constitucional reconoce esta dimensión de la cuestión: «…la protección del medio ambiente se eleva a una cuestión de importancia constitucional pues un proceso político democrático solo se organiza a corto plazo en el marco de periodos electorales», lo que «significa que existe un riesgo estructural de reaccionar de manera menos receptiva a las preocupaciones ecológicas que deben perseguirse a largo plazo». Y añade que «también se debe a que serán las generaciones futuras, las que se encontrarán particularmente afectadas, naturalmente no tienen voz propia para dar forma a la agenda política actual…».

La litigación climática es un fenómeno global[6] y aunque Estados Unidos y Australia lideran el número de casos[7], en Europa este tipo de recursos no se han hecho esperar y han dado lugar ya a importantes resoluciones judiciales, entre las que cabe destacar las sentencias Urgenda Foundation *vs.* State of Netherlands (Tribunal Supremo, 20 diciembre de 2019), Friends of Irish Environment y otros. *vs.* the Government of Ireland (Tribunal Supremo, 31 de julio de 2020), Neubauer y otros. *vs.* Germany (Tribunal Constitucional, 24 de marzo de 2021)[8] y, más recientemente, el pronunciamiento histórico del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros *vs.* Schweiz (9 de abril de 2024)[9]. Estos casos pertenecen a la llamada tercera ola de la litigación climática que se caracteriza por el giro hacia una argumentación basada en los derechos fundamentales y otros argumentos de carácter constitucional[10].

De esta forma, ha ido surgiendo una doctrina jurisprudencial que es, en gran medida, fruto «de un diálogo transnacional entre demandantes y ONG, así como también entre jueces» y tribunales que «empiezan a citarse unos a otros a pesar de pertenecer a jurisdicciones e, incluso, a tradiciones jurídicas

---

6 *Vid.* De Vílchez Moragues, P. (2022), «Panorama de litigios climáticos en el mundo», *AFDUAM*, n.º 26; págs. 349 a 381; y Moreno Molina, A. M. (2023), *El Derecho del Cambio Climático: retos, instrumentos y litigios*, págs. 537 y ss. Tirant lo Blanch.

7 Puede verse gráfico en Setzer, J., Narulla, H., Higham, C. y Bradeen, E. (2002), *Climate litigation in Europe: A summary report for the European Union Forum of Judges for the Environment*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science and the European Union Forum of Judges for the Environment.

8 Sobre esta sentencia, *vid.* Kotzé, L. J. (2021), «Neubauer *et al. versus* Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?, *German Law Journal*, n.º 22, págs. 1423-1444; Rodríguez Cembellín, D. (2024), «Cambio climático, incertidumbre y derechos de las generaciones futuras: a propósito de la sentencia del BVERFG sobre el cambio climático», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol.10, págs. 279-320.

9 Sobre esta sentencia, *vid.* Plaza Martín, C. (2024), «De los niños de los Andes a las ancianas de los Alpes: nuevos hitos en la protección del medio ambiente y frente al cambio climático a través de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 91, págs. 48 y ss; Ruiz Prieto, M. (2024), «Los derechos diacrónicos en la jurisprudencia europea de cambio climático», *Revista de Administración Pública*, n. 225, págs. 215-260; Lozano Cutanda, B. (2024), «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos crea un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva frente al cambio climático que abre la vía del recurso de amparo», GA_P; Hernández Peribáñez, M. E. (2025), «La sentencia del TEDH en el caso Klimaseniorinnen y su potencial recepción por el Tribunal Constitucional Español en el primer litigio sobre el clima», *Revista de Derecho Político*, n. 122, págs. 327-351; Bouazza Ariño, O. (2024), «El desafío del cambio climático ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, n. 224, págs. 155-192.

10 Se han diferenciado tres olas de litigación climática: la primera se caracteriza por la impugnación de decisiones particulares que afectan a sujetos concretos; la segunda por la impugnación de normativa desde la perspectiva de su insuficiencia; la tercera por continuar la lucha contra la inacción de los poderes públicos o de las empresas centrando la argumentación en la vulneración de derechos fundamentales. *Vid.* Setzer, J., Narulla, H., Higham, C. y Bradeen, E. (2002), *Climate litigation in Europe…*, cit., pág. 9.

ISBN: 978-84-7777-740-3

diferentes»[11]. Los órganos jurisdiccionales han ido más allá de las normativas nacionales, de los supuestos límites del control judicial, de las restricciones que pretenden deducirse del principio de separación de poderes y de la indeterminación de los instrumentos internacionales, para exigir a los Estados un nivel de diligencia debido en la lucha contra el cambio climático, realizando para ello una construcción jurídica sofisticada, compleja y novedosa.

Esta construcción se apoya —de una forma variable, según las sentencias— en la adecuación a los objetivos fijados internacionalmente respecto al aumento máximo de temperatura admisible, el concepto de presupuesto de carbono, los principios generales del Derecho y del Derecho Medioambiental y Climático, en particular, los informes científicos del IPPC, los límites de la discrecionalidad y los derechos humanos (derecho de libertad, derecho a la vida, a la integridad física, a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad personal y familiar) y ha dado lugar a una teoría completamente nueva en la que las obligaciones de los Estados y, correlativamente, los derechos ante el cambio climático, adquieren una dimensión intergeneracional e, incluso, transnacional[12].

---

11 De Vílchez Moragues, P. (2023), «Panorama…», cit., pág. 362.

12 En el caso Neubauer, el Tribunal Constitucional Federal alemán apoyó su construcción de los derechos fundamentales en materia climática sobre la base del derecho general de libertad de la ciudadanía y el deber constitucional (art. 20.a)) que tiene el Estado alemán de proteger los fundamentos naturales de la vida poniéndolos en relación con los datos científicos (informes del IPPC), el presupuesto de carbono y los principios de proporcionalidad, precaución y solidaridad intergeneracional y transnacional. De acuerdo con esa construcción, los ciudadanos tienen derecho a que el Estado establezca unas medidas que garanticen un reparto equitativo de los esfuerzos a realizar hasta alcanzar la neutralidad climática, de tal forma que unas previsiones insuficientes para la actualidad no obliguen a imponer severas restricciones en un futuro a los derechos fundamentales (libertad y condiciones de vida). O dicho de otra forma y en palabras del propio Tribunal Constitucional alemán, «los derechos fundamentales brindan protección… contra un traslado unilateral hacia el futuro de la carga de reducción de gases de efecto invernadero». Cabe, pues, una injerencia anticipada en los derechos fundamentales. Destaca el Tribunal Constitucional alemán que «con cada porción consumida del presupuesto limitado de CO_2 es el propio derecho constitucional el que exige de forma cada vez más urgente la prohibición a ejercicio de la libertad que impliquen emisiones de CO_2». Por ello, «del principio de proporcionalidad se desprende que no es posible permitir que una generación consuma una gran parte del presupuesto de CO_2 con una carga de reducción comparativamente leve, si esto al mismo tiempo significa que a las siguientes se les impondrá una carga de reducción radical, exponiendo sus vidas a una pérdida considerable de libertad…». Por ello, «las disposiciones impugnadas serían inconstitucionales si permitiesen que se consuma una cantidad tan elevada del presupuesto restante que las pérdidas futuras de libertad adquirieran inevitablemente proporciones irrazonables desde la perspectiva actual». Y este principio es el que el Tribunal Constitucional alemán considera que el legislador no ha cumplido al fijar unas emisiones para 2030, sin realizar las previsiones correspondientes para el periodo posterior que garanticen que no se vulnerado la equidad intergeneracional.

Por su parte, el Tribunal Supremo holandés, en el caso Urgenda, anuló la reducción del 20% prevista para el año 2020 e impuso una reducción mínima del 25%, de acuerdo con lo previsto en los informes científicos internacionales para los países del Anexo I, entendiendo que la existencia de un amplio consenso sobre ese porcentaje obligaba al Estado

Los órganos jurisdiccionales estatales, regionales e internacionales están jugando así un papel esencial de freno a la inacción o a la insuficiencia en la lucha contra el cambio climático, de preservación de ciertos estándares mínimos de conducta de los poderes públicos y de protección de los derechos fundamentales, creando para ello una red de intercambio argumental que va generando decididamente una nueva dimensión del Derecho Medioambiental y Climático y que constituye un rayo de esperanza ante el aletargamiento o la tendencia a la adopción de políticas basadas en hábitos del pasado que son manifiestamente inadecuados para hacer ante la emergencia del calentamiento del planeta.

II. EL CASO GREENPEACE Y OTROS C. PNIEC: LAS SSTS (3) DE 18 Y 24 DE JULIO DE 2023 Y LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 16 DE DICIEMBRE DE 2024. CARACTERÍSTICAS DE LOS RECURSOS, ARGUMENTACIÓN DE LOS RECURRENTES Y CUESTIONES PREVIAS

1. El caso Greenpeace y otros c. PNIEC: las SSTS (3) de 18 y 24 de julio de 2023 y la Providencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2024

La litigación climática de última generación en nuestro país ha sido hasta el momento bastante limitada. Ha consistido, fundamentalmente, en dos recursos relacionados entre sí, que han sido interpuestos en vía contencioso-administrativa. El primero fue planteado por Greenpeace, Ecologistas en

---

desde la perspectiva del cumplimiento de sus obligaciones internacionales y también de la protección de los derechos fundamentales que derivan de los arts. 2 y 8 del CEDH. El Tribunal Supremo holandés tuvo en cuenta que el Estado no había justificado la viabilidad de la reducción del 20% para la consecución de los objetivos de neutralidad climática para 2050 teniendo en cuenta la existencia de un presupuesto de carbono y el impacto de las medidas de reducción que se adoptan en la actualidad sobre la evolución futura del problema y su impacto en las medidas que serían necesarias en las próximas décadas, y a la inversa. De hecho, el Tribunal tiene en cuenta que el propio Estado había fijado una reducción del 95% para 2050 y del 49% para 2030, lo que necesariamente implicaba un 28% para 2020, en lugar del 20% fijado.

En el caso Klimaseniorinnen, el TEDH ha derivado del art. 8 CEDH un derecho a una protección efectiva por parte del Estado frente a los efectos del cambio climático sobre su vida, salud, bienestar y calidad de vida. Los Estados tienen pues una obligación de adoptar medidas efectivas y capacidad de hacer frente a esos efectos de acuerdo con los compromisos internacionales y con los conocimientos científicos de las instituciones internacionales de prestigio en la materia. Y el cumplimiento de esa obligación ha de hacerse además de acuerdo con el principio de equidad intergeneracional: las generaciones futuras no tienen que sufrir las consecuencias de las omisiones o insuficiencias que se cometan anteriormente en la lucha contra el cambio climático. El TEDH condena al Estado suizo por no haber actuado a tiempo y de forma adecuada y coherente en relación con la elaboración, el desarrollo y la aplicación del marco legislativo y administrativo, excediendo, por tanto, de su margen de apreciación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Acción CODA y Oxfam Intermón. En el segundo a estas ONGs se sumaron la Coordinadora de ONGs y varios particulares. Ambos recursos están primordialmente relacionados con el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (en adelante, PNIEC), aunque, como veremos, presentan algunas diferencias.

Los recursos dieron lugar a dos sentencias del Tribunal Supremo [las SSTS (3) de 18 de julio de 2023 (Rec. 265/2020) y de 24 de julio de 2023 (Rec. 162/2021)], ambas desestimatorias. Los recurrentes han interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que lo admitió por Providencia de 16 de diciembre de 2024 (n. rec. 4828/2024-P), en la que se afirma que el asunto tiene especial trascendencia constitucional al plantear un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre la que no hay doctrina de este Tribunal. Este último recurso aún no ha sido resuelto y, en consecuencia, esta ponencia se va a centrar en el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo y, en particular, por su especial interés, en la segunda sentencia de 24 de julio de 2023.

2. Características de los recursos, argumentación de los recurrentes y cuestiones comunes

a) Características de los recursos: un recurso contra la inactividad reglamentaria y un recurso contra el contenido del PNIEC

Los recursos que dieron lugar a las sentencias de 18 y 24 de julio de 2023, aunque se refieren ambos al PNIEC, presentan algunas diferencias relevantes que hay que destacar. El primer recurso fue interpuesto contra la ausencia de aprobación en plazo del PNIEC y de una Estrategia a Largo Plazo de Descarbonización. Se plantea, por tanto, como un recurso frente a la inactividad sobre la base del art. 29.1 LJCA. El segundo recurso se dirigió contra el PNIEC aprobado. Se trata de un recurso contencioso-administrativo ordinario, que, como es sabido, no tiene las limitaciones del recurso contra la inactividad *ex* art. 29.1 LJCA.

b) La argumentación de las partes

La argumentación de los recurrentes en ambos recursos presenta diferencias dada la distinta naturaleza de los mismos, pero también algunas similitudes relevantes, por lo que, por razones de economía, conviene abordarla conjuntamente.

En el primer recurso, dado que es un recurso contra la inactividad, lo que se plantea es el incumplimiento de la obligación de aprobar un PNIEC y una Estrategia a Largo Plazo que establezcan unos objetivos de reducción de gases de efecto invernadero, que sean acordes con los compromisos asumidos con la ratificación del Acuerdo de París y las recomendaciones científicas del IPPC para no superar 1,5 ºC de incremento de temperatura

global y, en ningún caso, inferiores al 55% en 2030 respecto a 1990, garantizando a este respecto los derechos humanos y el derecho a un medio ambiente adecuado de las generaciones presentes y futuras. De esta forma, la pretensión no es únicamente de condena a la aprobación del PNIEC y la Estrategia a Largo Plazo, sino también a la aprobación de estos instrumentos con un contenido mínimo indicado por las recurrentes. Es esta parte de la impugnación la que enlaza y asemeja el primer recurso al segundo.

La argumentación de fondo en ambos recursos gira fundamentalmente en torno a dos ejes: el incumplimiento de los objetivos internacionales y la vulneración de derechos fundamentales. Como ya hemos señalado, se afirma que, de acuerdo con los mejores conocimientos científicos existentes[13], las reducciones en España no pueden ser inferiores al 55%[14]. Por tanto, aunque exista un ámbito de discrecionalidad en la determinación de los niveles de reducción, una previsión inferior a la mínima que, de acuerdo con la mejor ciencia aparece como necesaria para la consecución del fin, resulta contraria a Derecho: se vulnera el fin u objetivo de la potestad que se ejerce y se infringen principios clave del Derecho Medioambiental (desarrollo sostenible, precaución, prevención, quien contamina paga, responsabilidades comunes pero diferenciadas, buena vecindad y cooperación internacional).

Es más, en la medida en que no permite lograr la mitigación climática necesaria y en que el cambio climático es una amenaza apremiante y grave para las condiciones de vida en el planeta, infringe también los derechos fundamentales (derechos a la vida en condiciones dignas, a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio) de las generaciones presentes y futuras, vulnerándose adicionalmente el principio de equidad intergeneracional. Los recurrentes alegaron, en apoyo de su argumentación, la existencia, en el panorama internacional, de casos similares en los que los tribunales han apreciado la vulneración del ordenamiento jurídico como consecuencia de una ambición climática insuficiente, citando a esos efectos, entre otros, el caso Urgenda.

Por otro lado, en el segundo recurso, los recurrentes alegaron también, como pretensión subsidiaria, la nulidad de pleno Derecho del PNIEC por vicios procedimentales (deficiencias de la evaluación ambiental y omisión del diálogo multinivel).

---

13 En especial, los informes sobre la disparidad de emisiones de 2019 y 2020 del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y en el Informe especial sobre el calentamiento global de 1,5 ºC del Grupo IPPC de 2018.

14 Se hace referencia, en particular, a los cálculos de presupuesto de carbono, de acuerdo con los cuales a España le correspondería como máximo 131.410 miles de toneladas, lo que equivale a una reducción del 54,3% de las emisiones en 2030 respecto a 1990, por lo que la reducción prevista del 23% en el PNIEC para esa fecha es manifiestamente insuficiente y no está alineada con el objetivo al que nos hemos comprometido internacionalmente.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La defensa de la Administración se basa, por su parte, en la ausencia de una norma internacional o nacional que imponga un contenido concreto al PNIEC en lo que se refiere a la reducción de los niveles de emisiones que haya de preverse para el año 2030. De hecho, el Abogado del Estado destaca que, así como en el Protocolo de Kioto los países firmantes asumían objetivos vinculantes, este no es el caso del Acuerdo de París que, cambiando de enfoque, deja a cada país que decida las medidas a adoptar sin fijar porcentajes de reducción de GEI obligatorios. Los porcentajes de reducción se fijan además en el ámbito europeo (lo que se conoce como burbuja comunitaria), que establece que corresponde a España alcanzar una reducción de emisiones del 26% respecto a 2005 en 2030 (Reglamento UE 2018/842), lo que los recurrentes no han demostrado que se incumpla, habiendo sido además refrendado el PNIEC por la Comisión Europea. También rechaza que de los informes científicos puedan deducirse objetivos concretos de reducción de gases y, además, señala que esos informes carecen, en todo caso, de carácter vinculante.

c) Sobre algunas cuestiones previas: el alcance de la legitimación y el problema de la naturaleza del PNIEC

Al margen del tema de fondo del incumplimiento de las obligaciones internacionales y de vulneración de derechos fundamentales que luego se analizará más extensamente, hay dos cuestiones previas de interés en los recursos: el alcance de la legitimación en este tipo de litigaciones climáticas y el problema de la naturaleza del PNIEC. Son cuestiones relevantes susceptibles de un estudio en mayor profundidad, pero no son el objeto principal de este trabajo, por lo que no nos extenderemos sobre ellas, sin perjuicio de que realicemos a continuación una sucinta referencia a las mismas en sus aspectos más relevantes.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del PNIEC, las recurrentes alegaron que este tenía naturaleza reglamentaria, mientras que la Abogacía del Estado argumentó que el PNIEC no podía considerarse un reglamento, sino un instrumento que se limita a realizar una evaluación del contexto y a establecer pautas metodológicas y una relación de posibles medidas de actuación, pero que tienen un carácter meramente informador y que han de desarrollarse posteriormente a través de verdaderas disposiciones normativas, dictando los actos correspondientes.

La Sala da la razón en este punto a las recurrentes y afirma la naturaleza reglamentaria del PNIEC, pues, aunque reconoce que el Plan en su mayor parte tiene un contenido analítico e indicativo, también fija una serie de objetivos concretos y vinculantes que determinan su condición de disposición reglamentaria; entre ellos, la determinación de un 23% de reducción de las emisiones de GEI respecto a 1990, que es precisamente la que impugnan los recurrentes.

Esta cuestión era importante a efectos de poder aplicar la doctrina jurisprudencial sobre la inactividad reglamentaria, pero además presenta un interés dogmático de mayor alcance, porque pone de manifiesto la creciente incertidumbre y dificultad que genera hoy en día la proliferación —en el ámbito medioambiental, pero también en otros sectores— de diversos instrumentos, que bajo la forma de planes y estrategias tienen un contenido diverso, mixto y, por tanto, de naturaleza jurídica variable en sus diversas determinaciones. La complejidad de las fuentes y la creciente indeterminación de su naturaleza es un rasgo cada vez más característico del Derecho de nuestro tiempo.

Por otra parte, el alcance de la legitimación ha sido un tema recurrente en los litigios climáticos al que se han tenido que enfrentar las partes y los tribunales. Nuestro país se caracteriza por una comprensión generosa de la legitimación en los temas medioambientales cuando los recurrentes son ONG cuyo fin estatutario es la protección de la naturaleza. Pese a ello, la legitimación en los casos climáticos sigue siendo controvertida y plantea interrogantes de interés: ¿tienen las ONG legitimación para defender derechos fundamentales de terceros?; ¿tienen las ONG legitimación para interponer un recurso contra la inactividad?; ¿tienen legitimación para plantear litigios climáticos los meros particulares?

En el primer recurso, la Abogada del Estado había alegado que el recurso de inactividad exige no solo que se produzca un incumplimiento de una obligación legal, sino también que ello suponga la vulneración del derecho de un particular a una prestación concreta, lo que no ocurre cuando se trata de ONG puesto que a estas la ley no les reconoce ningún derecho a una prestación concreta.

La Sala, sin embargo, rechaza esta argumentación y entiende que, al tratarse de la omisión de una disposición general relacionada con el medio ambiente, las asociaciones recurrentes se hallan legitimadas sustantiva y formalmente *ex* art. 2 de la Ley 27/2006, de 18 de julio. Parece pues que la Sala entiende que cuando hay una obligación legal de prestación relacionada con el medio ambiente, las ONG han de considerarse sujeto particularmente beneficiados por esa prestación (aunque estén defendiendo un interés difuso de toda la comunidad) y, que, en caso de incumplimiento, están, por tanto, legitimadas para interponer el correspondiente recurso de inactividad, optando de esta forma por una interpretación amplia respecto de lo que es, en principio, un recurso de espectro limitado y que permitía dudar de su operatividad para este tipo de casos[15].

[15] Lozano Cutanda, en 2021, ya señalaba este problema de la dificultad de utilizar el recurso de inactividad, tal y como está configurado para reclamar prestaciones reconocidas a favor de personas determinar, para obligar a cumplir obligaciones que benefician a toda la comunidad e incluso a generaciones futuras. No obstante, también señalaba la posibilidad de

ISBN: 978-84-7777-740-3

En el segundo recurso, entre los recurrentes se encontraban además de las ONG, algunos particulares. El TS aborda el tema de la legitimación al final de la sentencia de una forma indirecta y casi marginal, haciendo referencia a la STJUE de 25 de marzo de 2021 que resuelve el recurso interpuesto contra el Reglamento comunitario 2018/1999 y en la que se afirma que no puede reconocerse legitimación a los demandantes particulares porque estos no han demostrado que la regulación afectara de una forma específica y no meramente general a sus derechos fundamentales y, más concretamente, que la afectación tiene que ser directa e individual. La Sala sigue, pues, en este punto, la tesis restrictiva del TJUE sobre la legitimación de los particulares para defender sus derechos climáticos.

Ahora bien, puesto que la vulneración de los derechos fundamentales no solo se había alegado por los particulares sino también por las ONG, ¿se acepta o se niega la legitimación de estas para defender los derechos fundamentales de la ciudadanía?[16]. La Sala no responde a este interrogante porque, como veremos, descarta que pueda existir afectación a los derechos fundamentales cuando no se infringen las normas nacionales ni internacionales. No obstante, de esta argumentación quizás pueda deducirse que no considera que haya un problema de legitimación de las ONG, porque si así fuera, podría haberlo afirmado sin ambages.

III. DECONSTRUYENDO LA STS (3) DE 18 DE JULIO DE 2023: ¿ES EL RECURSO CONTRA LA INACTIVIDAD UN CAUCE ADECUADO PARA HACER FRENTE A LA FALTA DE AMBICIÓN CLIMÁTICA?

La STS (3) de 18 de julio de 2023 es una sentencia más breve que la posterior de 24 de julio, que es la que más nos interesa y la que será el objeto principal de análisis en este trabajo. No obstante, hay algunos aspectos en ella que tiene interés comentar. En primer lugar, hay que señalar que, cuando el recurso estaba pendiente y antes de que se dictara sentencia, se aprobaron el Plan Nacional de Energía y Clima y la Estrategia a Largo Plazo,

---

una interpretación generosa que ya se había reflejado en algunas sentencias del Tribunal Supremo (SSTS (3) de 3 de diciembre de 2008 y 20 de abril de 2020) para hacer frente a la inactividad que genera efectos perniciosos sobre toda la comunidad y sobre generaciones futuras. Lozano Cutanda, B. (2021), «Reflexiones sobre la discrecionalidad de la Administración —y de los jueces— en la protección del medio ambiente», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 96-97, 2021.

16 El TEDH, en el caso Klimaseniorinnen, ha aceptado la legitimación de las ONG que reúnen ciertos requisitos para proteger los derechos fundamentales de terceros dada la singularidad del problema del cambio climático. La legitimación de las personas físicas se admite de forma restringida, pues tienen que demostrar que sufren una afectación singularmente intensa e individualizada, sin que sea suficiente formar parte de un colectivo vulnerable; sería necesario demostrar que han estado o están sometidas de forma individual a las adversidades generadas por el cambio climático. *Vid.* Plaza Martín, C. (2024), «De los niños de los Andes…», cit., págs. 52 a 59.

pero ello no puso fin al proceso, sino que únicamente limitó su objeto, pues persistía la cuestión de si, en el PNIEC aprobado, se habían establecido o no las reducciones de emisión en los términos planteados por las recurrentes.

El tema que se plantea entonces es si el recurso frente a la inactividad del art. 29.1 LJCA es un cauce adecuado para dilucidar esa cuestión, especialmente teniendo en cuenta que la potestad reglamentaria es una potestad con un amplio margen de discrecionalidad y que ello dificulta concluir que el particular recurrente tenga un derecho a una prestación determinada. La propia Sala recuerda que existen sentencias en las que se ha afirmado que no resulta viable una pretensión de anulación al amparo del art. 29.1 LJCA cuando existe un margen de actuación o apreciación, puesto que es presupuesto necesario que exista un derecho del recurrente a la prestación. No obstante, la Sala se separa de esta tesis en el fundamento jurídico 5.C, en el que afirma que, pese a que tradicionalmente el control de la omisión reglamentaria se ha encontrado con el obstáculo de su consideración como una facultad político-normativa de ejercicio discrecional, ello no ha sido óbice para que se haya admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria, si bien recuerda los límites que impone el art. 71.2 LJCA cuando dispone que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen».

Dicho lo cual, la Sala entra a aplicar la doctrina sobre la inactividad reglamentaria, pero descarta que el presente caso se encuentre en alguno de los supuestos que permiten la intervención judicial: a) que la inactividad cree implícitamente una situación jurídica ilícita, y b) que lo ilícito se concrete en el incumplimiento de un mandato legal que imponga la elaboración y promulgación de una disposición reglamentaria. La Sala da la razón a la Abogacía del Estado y comparte con ella la argumentación de la indefinición de los niveles de reducción en el Acuerdo de París.

La Sala concluye que existe pues un ámbito de discrecionalidad en la determinación de los niveles de reducción que el Gobierno debe fijar de acuerdo con criterios de oportunidad[17] y que, por tanto, no es posible acoger la pretensión de las recurrentes de que se obligue al Gobierno a establecer unas reducciones de emisiones en ningún caso inferiores al 55% en 2030 respecto a 1990.

La Sala refuerza su argumento trayendo a colación varias sentencias dictadas en relación con el planeamiento urbanístico —SSTS de 1 de junio de 2016 (rec. 1174/2015), 9 de marzo de 2011 (rec. 3037/2008),

17 La Sala reconoce que se establece algún límite a esa discrecionalidad en el art. 4.3 del Acuerdo que dispone que las previsiones han de representar una progresión con respecto a las contribuciones vigentes, pero considera que ello no obvia el hecho de que no hay precepto alguno en el Acuerdo que imponga unos objetivos de reducción concretos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

14 de febrero de 2007 (rec. 5245/2003), y 28 de diciembre de 2005 (rec. 6207/2002)— en las que se afirma que el planificador dispone de libertad para escoger, entre las distintas alternativas posibles, la que considere más conveniente para la mejor satisfacción del interés público, de tal forma que «tal libertad de criterio no puede ser sustituida, en su núcleo de oportunidad por la distinta opinión o voluntad de los particulares ni por la decisión de los órganos jurisdiccionales (art. 71.2 LJCA)».

Y de ahí deriva que «tomando como base lo preceptuado en el Acuerdo de París, esta Sala no puede sustituir, con su decisión, la discrecionalidad y flexibilidad que este texto internacional atribuye a los Estados parte a la hora de elaborar las contribuciones determinadas a nivel nacional, para los que no establece contenido cualitativo o cuantitativo alguno en relación a las medidas a adoptar» y que las recomendaciones y conclusiones de los informes elaborados por el IPPC no tienen «naturaleza jurídica vinculante».

En efecto, según la Sala, partiendo de la «inexistencia de disposición normativa en la que se establezca un contenido concreto impuesto a la Administración a la hora de elaborar el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, en lo que se refiere a los objetivos singulares de reducción de gases de efecto invernadero... no es posible acoger la pretensión en este sentido formulada por las demandantes, *todo ello siempre desde la concreta perspectiva a la que debe ceñirse este pleito, cuyo objeto se circunscribe, únicamente, a la existencia o inexistencia de inactividad administrativa en la aprobación del PNIEC*» (la cursiva es mía).

La argumentación es discutible. En primer lugar, porque si se acepta que el recurso contra la inactividad es cauce adecuado para controlar la discrecionalidad reglamentaria, ese control no puede luego limitarse a la conformidad con la norma habilitante, sino que debe extenderse a la adecuación con la totalidad del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, porque precisamente en el ámbito de la planificación urbanística se produjo ya hace tiempo una superación clara de las tesis restrictivas del control de la planificación/reglamentación[18]. Y, en tercer lugar, porque una cosa es que los informes científicos y técnicos no sean vinculantes para la Sala y otra que no deban ser objeto de valoración por los tribunales en los litigios climáticos (aspecto este sobre el que insistiremos más adelante). En todo caso, la Sala apunta a la posibilidad de un control más intenso en un recurso que no limite su objeto al control de la inactividad, dejando abierta una puerta a la esperanza que, sin embargo, como veremos, después la propia Sala se encargaría de cerrar.

---

18 *Vid.*, a este respecto, Delgado Barrio, J. (1993), *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid; y E. Desdentado Daroca (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2.ª edic., Aranzadi, Navarra.

IV. DECONSTRUYENDO LA STS (3) DE 24 DE JULIO DE 2023

1. Objeto del recurso, complejidad de las pretensiones formuladas y vicios formales: deficiencias de la evaluación ambiental e incumplimiento del diálogo multinivel

Como ya hemos visto, la STS (3) de 24 de julio de 2023 resuelve un recurso ordinario cuyo objeto es más amplio que el limitado recurso contra la inactividad y que permite abordar con mayor amplitud las dudas de legalidad que planteaba el PNIEC.

De hecho, la pretensión formulada por las partes es una pretensión compleja y doble. Como ya hemos señalado, la pretensión principal es la anulación parcial del PNIE en cuanto a los niveles fijados de reducción de emisiones en la medida en que los recurrentes consideran que estos no pueden ser inferiores al 55% en 2030 respecto a 1990, condenándose a la Administración a estar y pasar por tal declaración. Pero a esta pretensión principal, se añade una pretensión subsidiaria, de anulación total del Plan, alegándose vicios de carácter formal.

Los vicios de forma alegados por los recurrentes se referían a deficiencias de la evaluación ambiental y a la omisión de la participación pública mediante el diálogo multinivel previsto específicamente en el art. 11 del Reglamento 2018/1999, de 11 de diciembre. La Sala descarta ambas.

En primer término, los recurrentes habían alegado que la evaluación ambiental se había realizado incorrectamente porque solo contemplaba la alternativa 0 y la prevista en el propio Plan, pero la Sala entiende que el objeto de la misma es el contenido del plan tal y como es configurado por el órgano sustantivo, puesto que el órgano ambiental no puede plantear ni analizar otros contenidos posibles (otros niveles de reducción de emisiones). En segundo lugar, también rechaza el argumento de los recurrentes de la pérdida de funcionalidad de la evaluación al haberse realizado en un momento tardío del procedimiento, afirmando que, en todo caso, se llevó a cabo antes de la aprobación del plan y, por tanto, pudo tomarse en consideración para modular su contenido si se hubiera considerado necesario.

Más complejo era el problema de la omisión de la plataforma de diálogo multinivel exigida por el art. 11 del Reglamento UE 2018/1999, que debía facilitar la participación y debate entre autoridades locales, organizaciones de la sociedad civil, la comunidad empresarial, los inversores y otras partes interesadas, así como el público en general. La Sala admite que no se ha creado una plataforma *ad hoc* de diálogo multinivel, pero considera que ya existe una herramienta en nuestro país que puede cumplir la misma finalidad: el Marco Estratégico de la Energía y el Clima que incluye un marco estratégico estable y certero de descarbonización de la economía, el Plan 2021-2030 y otros documentos que se someten así a trámite de au-

ISBN: 978-84-7777-740-3

diencia y participación públicas permitiendo una participación plural a través de página web. Por tanto, rechaza también este vicio procedimental y concluye descartando la nulidad total del plan por deficiencias formales.

2. Análisis de los vicios de fondo: la disconformidad de las previsiones del PNIEC a los compromisos internacionales, insuficiente ambición climática y vulneración de los derechos fundamentales de la ciudadanía

a) El argumento del alcance restringido del control judicial de las disposiciones reglamentarias ex art. 71.2 LJCA: un argumento inadecuado

El argumento central de la sentencia es, sin duda, la deferencia judicial y el debido respeto a la separación de poderes, esto es, la función que corresponde al poder legislativo y ejecutivo en la lucha contra el cambio climático. Se trata de una cuestión que está en el centro del debate sobre el posible alcance del control judicial en los litigios climáticos y que ha sido abordado también por otros altos tribunales en sus resoluciones.

La Sala analiza, en primer término, el alcance posible del control de la previsión de reducción de emisiones de GEI teniendo en cuenta que consiste en una regulación reglamentaria y señala que ese control es más limitado que el control de los actos administrativos, como se pone de manifiesto en el art. 71.2 LJCA que establece que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

Entiende la Sala que esta limitación es importante porque los recurrentes lo que pretenden es que «impongamos la forma en que ha de quedar redactado el mismo en cuanto a los objetivos de reducción de las emisiones de GEI» cuando ello supondría «la alteración de la misma separación de poderes consagrada en la Constitución como una exigencia del Estado de Derecho».

Sin embargo, los recurrentes realmente no ejercieron una pretensión de sustitución de la redacción del precepto del PNIEC, sino una pretensión de anulación de la reducción prevista y de condena a la Administración a que en su regulación se atenga al límite mínimo de una reducción de emisiones del 55% en 2030 respecto a 1990, condenándose a la Administración a estar y pasar por esta declaración. Es decir, los recurrentes no pretendían que la Sala estableciera que la reducción quedara fijada en un 55% reescribiendo la norma, sino que anulasen y señalasen la existencia de un límite que no puede obviarse en la redacción de la norma.

La propia Sala admite, en un parte posterior de la sentencia, que cabría entender la pretensión de los recurrentes como una pretensión de anulación del plan por ilegal, al incumplir la reducción prevista los compromisos

internacionales, pero sin que la Sala tenga que entrar a determinar el contenido concreto de las previsiones del PNIE. Por tanto, el art. 71.2 LJCA en realidad no ofrece apoyo alguno a la desestimación del recurso.

Por otra parte, la Sala reconoce que hay sentencias extranjeras, citadas por los recurrentes, que no han considerado problemático el control de los niveles de emisión de GEI previstos, pero afirma que esas sentencias no vinculan a la Sala y ni siquiera entra a analizar su contenido para ver si pueden aportar nuevas líneas interpretativas o argumentales sobre el tema.

b) El argumento del control restringido de la discrecionalidad acentuada propia de la planificación climática: un argumento incompatible con el art. 24 CE

Las limitaciones del alcance del control que puede realizar la Sala derivan, según esta, no solo de la naturaleza reglamentaria del PNIEC, sino también de la discrecionalidad existente para la determinación de las reducciones de emisión de GEI.

En línea con su sentencia de 18 de julio, la Sala realiza un análisis del Acuerdo de París y señala que este fija como objetivo limitaciones de aumento de la temperatura media mundial e incluso afirma que este instrumento exige que las partes realicen «esfuerzos ambiciosos» de acuerdo con un principio de progresividad[19]. También reconoce que de los documentos traídos al proceso «cabe concluir que incrementar las medidas contra el cambio climático es una exigencia fundamental si se quieren alcanzar los objetivos finales previstos en el Convenio de París (*sic*), incluso con la importante premisa de que los objetivos ya establecidos para el año 2030 impondrían unos aumentos desmesurados en la etapa posterior para alcanzar dicho objetivo, proponiéndose el aumento actual de dichas medidas». Sin embargo, no extrae conclusión alguna de estas afirmaciones, sino que, dicho esto, su argumentación gira en torno a la indefinición de las previsiones concretas contenidas en el Acuerdo, ya que ni los objetivos tienen fijado un plazo de consecución, ni los países asumen compromisos concretos de reducción de emisiones de GEI.

De ello concluye que «si toda planificación, por diversa que sea su materia, está sometida a un importante margen de discrecionalidad, resulta

---

19 El artículo 4 establece que: «Para cumplir el objetivo a largo plazo referente a la temperatura que se establece en el artículo 2, las Partes se proponen lograr que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero alcancen su punto máximo lo antes posible, teniendo presente que las Partes que son países en desarrollo tardarán más en lograrlo, y partir de ese momento reducir rápidamente las emisiones de gases de efecto invernadero, de conformidad con la mejor información científica disponible, para alcanzar un equilibrio entre las emisiones antropogénicas por las fuentes y la absorción antropogénica por los sumideros en la segunda mitad del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza».

ISBN: 978-84-7777-740-3

evidente que cuando se trata de una planificación de la entidad y características como la lucha, a largo plazo, contra el cambio climático *ese margen de discrecionalidad se ve acentuado*» y que, por tanto, la discrecionalidad de la planificación climática en lo que se refiere a la fijación de las reducciones de emisiones *tiene una intensidad que deberá tenerse en cuenta* (la cursiva es mía).

De este carácter acentuado o especialmente intenso de la discrecionalidad de la planificación climática, deduce que el control que puede realizar es muy limitado. La Sala se apoya en la contraposición dicotómica entre potestades regladas plenamente en las que es posible un control basado en la legalidad y potestades no regladas en las que la norma se limita a fijar el fin y deja al criterio de la Administración la elección de las medidas a adoptar, concluyendo que, en este tipo de supuestos, en los que existe un ámbito de elección, cualquiera de las opciones es admisible desde la perspectiva de la norma y, por tanto, todas son, en principio, válidas en Derecho.

Es una teoría de la discrecionalidad que obvia la doctrina científica y jurisprudencial más avanzada, conforme a la cual las posibilidades del control de la discrecionalidad están lejos de limitarse a la conformidad con la norma atributiva de la potestad y con el fin establecido en la misma.

Es cierto que, en un momento posterior, matiza algo esa tesis afirmando que «ello no comporta una habilitación omnímoda a la Administración para adoptar cualquier medida» y que esta, entre las opciones existentes, debe «acoger aquella que se adecue con mayor criterio a los fines que impone el Legislador» y, lo que es más importante a los efectos de su control jurisdiccional, ha de motivar su decisión, dejando constancia de las concretas razones por las que se opta por la solución plasmada en la norma aprobada. En definitiva, la Sala señala que existen límites al ejercicio de la discrecionalidad y que, entre esos límites, están el principio de idoneidad o adecuación entre la medida adoptada y el fin establecido por la norma y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Sigue tratándose, pese a ello, de una tesis bastante limitada de las posibilidades del control judicial de la discrecionalidad planificadora que no puede compartirse. Los principios de idoneidad y de interdicción de la arbitrariedad no son los únicos principios y técnicas de control que pueden aplicarse a la discrecionalidad en la fijación de los límites de emisiones. En efecto, la decisión sobre la reducción de emisiones se encuentra circunscrita por otros principios generales y, también por las reglas y principios propios del Derecho Ambiental (principio de prevención, principio de precaución) y los que pueden derivarse de la normativa sobre lucha contra el cambio climático y del *soft law* existente sobre la materia, que son de sin-

gular relevancia por su especificidad (principio de solidaridad intergeneracional, principio de responsabilidad compartida diferenciada).

Por otro lado, lo cierto es que la Sala ni siquiera realiza una fiscalización de las previsiones de reducción del Gobierno conforme a estos principios de idoneidad e interdicción de la arbitrariedad. De hecho, deja sin respuesta alguna uno de los argumentos centrales de los recurrentes: que la reducción prevista y, en todo caso, reducciones inferiores al 55% no son, de acuerdo con las publicaciones científicas aportadas al proceso, idóneas, adecuadas, para la consecución del objetivo fijado en las normas internacionales de mantener el incremento de la temperatura por debajo de 2 ºC o incluso a ser posible por debajo de 1,5 ºC. La Sala califica este argumento de «claramente voluntarista en su estructura» porque «parte de una premisa errónea que comporta una conclusión errónea», ya que el Convenio no fija una obligación semejante de reducción, sino solo adoptar medidas ambiciosas en función del criterio de progresividad y sometiéndose a revisiones periódicas. Es obvio que la Sala elude el análisis de la idoneidad de la medida de reducción prevista en el PNIEC, manteniendo una postura diametralmente opuesta a la de otros altos tribunales de nuestro entorno[20]. Tampoco analiza la justificación existente para fijar la reducción en un 23%, ni si esta determinación se sustenta en motivos razonables y atendibles o si ha de considerarse arbitraria.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las decisiones sobre reducción de emisiones de GEI tienen un componente eminentemente técnico. La técnica no determina por sí misma la decisión, puesto que la determinación del nivel de reducción depende de la valoración del impacto que esa política de mitigación tiene en otros aspectos del interés general y del sistema económico, pero la técnica sí permite identificar los posibles cursos de acción para la consecución del fin.

Los objetivos de neutralidad climática están fijados en la normativa internacional y deben lograrse, además, en unos plazos determinados, lo que precisamente permite determinar un presupuesto de carbono que puede singularizarse por países.

---

20 En el caso Neubauer, el Tribunal Constitucional alemán afirma justo lo contrario —y ello pese a que se está refiriendo al control del legislador y no del ejecutivo—: «el Tribunal Constitucional Federal constatará que hubo una violación del deber de protección si no se han tomado medidas de precaución, o si las disposiciones y medidas adoptadas resultan manifiestamente inadecuadas o completamente insuficientes para lograr el objetivo de protección requerido, o si las disposiciones y medidas se quedan considerablemente rezagadas respecto al objetivo de protección». En el caso Urgenda, el Tribunal Supremo holandés afirma que el Gobierno tiene un amplio margen de discrecionalidad en la determinación de los niveles de reducción de GEI, pero que corresponde a los tribunales velar por el respeto de los límites que a esa decisión impone el Derecho, así como por la protección de los derechos fundamentales, lo que constituye un elemento central en un Estado de Derecho.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Pues bien, en este contexto, los conocimientos científicos y técnicos no son suficientes para determinar la elección de reducciones en GEI de cada país, pero sí son los que marcan las rutas posibles y también los que sirven para eliminar opciones de reducción que resultarían insuficientes para la consecución de los objetivos. Es más, los conocimientos científicos y técnicos también pueden incluso guiar la elección, no plenamente, pero sí de forma parcial, entre distintas alternativas de reducción en atención o aplicación de los principios de precaución y de solidaridad intergeneracional, permitiendo tomar conciencia de los distintos efectos que las diferentes opciones de reducción tienen desde esa perspectiva: riesgos de cada opción y consecuencias de unas reducciones y otras para las generaciones futuras.

En definitiva, las decisiones de reducción de GEI son un caso paradigmático de discrecionalidad técnico-administrativa[21], es decir, de una discrecionalidad que se caracteriza por un momento técnico previo y condicionante del momento posterior de la elección entre alternativas en función del interés general. Las apreciaciones técnicas implican un límite en la elección discrecional, porque la elección no puede realizarse entre alternativas configuradas libremente por la propia Administración, sino únicamente entre aquellas alternativas que la técnica identifica como idóneas para la consecución del fin que se persigue[22]. Ese aspecto de la idoneidad de la medida está guiado, por tanto, por los criterios de la experiencia técnica, por los conocimientos especializados, y en la realización de esas apreciaciones técnicas puede aparecer una discrecionalidad instrumental o débil, un margen de apreciación, pero, en modo alguno, discrecionalidad en un sentido fuerte o de elección sobre la base de lo que es más conveniente desde la perspectiva del interés general. Ese momento de discrecionalidad fuerte sigue al momento de apreciación técnica que no queda subsumido o fusionado con el momento de verdadera discrecionalidad. Son dos aspectos separables de la toma de la decisión y, por tanto, sujetos también a un control judicial de diferente alcance.

La vertiente técnica de la toma de la decisión es susceptible de cuestionamiento por los recurrentes y de revisión por los tribunales sobre la base de la prueba pericial aportada al proceso o realizada en él. Y eso es precisamente lo que intentaron en el caso que nos ocupa los recurrentes, aportando los informes y documentos elaborados por instituciones internacionales de reconocido prestigio científico-técnico, esto es, remitiéndose a los informes del IPPC y del PNUMA para argumentar que el nivel de reducción del 23% es manifiestamente insuficiente e inidóneo y que solo un nivel no

21 *Vid.* E. Desdentado Daroca (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, 2.ª edic., Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 143 y ss.

22 *Vid.* E. Desdentado Daroca (1999), *op. cit.*, pág. 145.

inferior al 55% puede dar cumplimiento a nuestras obligaciones internacionales. La pretensión de los recurrentes no es que el nivel se fije en un 55%, sino que se establezca, sobre la base de los conocimientos científicos existentes, que un 23% es insuficiente y, por tanto, ilícito y que el nivel mínimo es de un 55% si se quieren alcanzar los objetivos con pleno respeto a principios como los de precaución y solidaridad intergeneracional teniendo en cuenta el presupuesto de carbono disponible.

Sin embargo, este aspecto de la controversia, que era el aspecto crucial y central del recurso, se orilla en la sentencia: la Sala no entra a controlar los aspectos de la apreciación técnica; no se pronuncia sobre, si teniendo en cuenta los informes técnicos aportados, el porcentaje de reducción previsto es o no idóneo para la consecución de la neutralidad climática en plazo respetando la equidad intergeneracional. En su sentencia anterior de 18 de julio, la Sala también había rechazado adentrarse en la valoración de la documentación científica aportada afirmando que los informes del IPPC carecen de carácter vinculante.

No puede compartirse esta perspectiva de la Sala que se separa abiertamente de la línea seguida por otros tribunales de nuestro entorno[23]. Teniendo la decisión sobre la determinación de los niveles de reducción de GEI una base técnica y científica indudable, la aportación de documentos científicos especializados como pericial en el proceso es relevante y pertinente (arts. 1242 CC y 610 LEC). La elusión del control de la parte técnica de la decisión y el incumplimiento de la valoración de las pruebas periciales aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica resulta abiertamente contraria a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del sometimiento pleno a la ley y al derecho de la actividad administrativa (arts. 9.3, 103 y 106 CE).

c) Sostenibilidad, impacto socioeconómico de las medidas de lucha contra el cambio climático y deferencia hacia la política económica del Gobierno: una interpretación discutible de la sostenibilidad

Pese a la tesis tan restrictiva del control judicial de la discrecionalidad planificadora que enuncia la Sala, esta sí entra a examinar el nivel de reducción de emisiones de GEI previsto en el PNIEC desde la perspectiva del principio de sostenibilidad. La Sala destaca que, en todos los instrumentos internacionales sobre la lucha contra el cambio climático, se insiste en la importancia de la sostenibilidad de estas políticas, en la medida en que tienen una importante incidencia en las estructuras económicas y sociales

[23] Entre otros, el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo holandés y el TEDH se han apoyado y han considerado de extraordinaria relevancia para solventar los litigios climáticos a los que se han enfrentado los informes científicos de organismos y grupos internacionales de prestigio (IPPC, PNUMA).

ISBN: 978-84-7777-740-3

y que exigen privaciones y esfuerzos relevantes a la sociedad[24]. De ello, la Sala deriva que, a la hora de establecer reducciones de emisión, debe llevarse a cabo una ponderación del amplísimo impacto que las mismas tienen en múltiples ámbitos, económicos, medioambientales y sociales. En consecuencia, considera que la pretensión de ampliar los porcentajes de reducción de emisiones de GEI, es mucho más que eso, pues se traduce en imponer al Gobierno una medida que afectaría a múltiples políticas que corresponde adoptar a este *ex* art. 97 CE[25].

Recuerda la Sala que el art. 3 de la CNMUCC ya establecía que los principios que debían regir las medidas contra el cambio climático *no podían desconocer las sociedades presentes, el desarrollo sostenible, el crecimiento económico, etc.* Pues bien, según la Sala, los documentos e informes aportados por los recurrentes no incorporan un análisis del impacto socioeconómico de las medidas de reducción, por lo que no pueden utilizarse para revisar las previsiones del Gobierno. En definitiva, considera que son los Estados los que han de valorar los efectos que las reducciones tienen para la economía actual y las privaciones a las que va a someterse a la ciudadanía *máxime teniendo en cuenta que la lucha contra el cambio climático debe ser una actuación conjunta de todos los estados que suscribieron el Convenio*.

El impacto socioeconómico de las medidas en la sociedad presente es, para la Sala, el bien jurídico prevalente en las políticas actuales de lucha contra el cambio climático. Se trata de una comprensión limitada y sesgada de la sostenibilidad porque se centra en la sostenibilidad presente, cuando precisamente la sostenibilidad exige tener en cuenta el futuro, esto es, los derechos de la población futura y de las sucesivas generaciones al uso y disfrute de la naturaleza en condiciones similares a las actuales. La perspectiva de la Sala no tiene en cuenta numerosas variables del problema: el impacto de las reducciones elegidas hoy sobre las generaciones futuras; el porcentaje de utilización del presupuesto de carbono que comportan y la situación en la que quedan los derechos y libertades de los ciudadanos en el futuro; la proporcionalidad de las medidas que habrá que adoptar en el futuro y las consecuencias que tendrán sobre la población y sus derechos; la precaución debida ante los riesgos que genera la incertidumbre científica en escenarios menos ambiciosos; y la equidad intergeneracional.

---

24 De hecho, la Sala cita expresamente la Declaración de Río de 1992 y el art. 4 del Convenio de París que establece que las medidas de reducción de emisiones de GEI deben acometerse «sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza».

25 Más concretamente, la Sala entiende que si diera la razón a los recurrentes, tal decisión «supondría imponerle al Gobierno la revisión de todas las decisiones políticas ya adoptadas con perspectivas de futuro y condicionar esas políticas de manera intensa para los ejercicios económicos de varias anualidades», es decir, obligarle a adoptar una política económica diferente.

Ello responde a la idea de que no corresponde a los tribunales proceder a la anulación de una determinación que puede tener un impacto importante en diferentes políticas gubernamentales. Y es cierto que la anulación de decisiones ambientales y, en particular, climáticas puede tener consecuencias en decisiones adoptadas en otros ámbitos, pero ello es consecuencia lógica e ineludible de la propia naturaleza transversal de las medidas mitigación y, por tanto, no puede servir de excusa para eludir el control de su conformidad a Derecho, pues de lo contrario la conclusión a la que se llega es la imposibilidad de todo control judicial de las regulaciones establecidas para luchar contra el cambio climático y esta conclusión evidentemente es inaceptable por contraria a los arts. 9.3, 24, 103 y 106 CE.

Por otra parte, la afirmación de que la lucha es conjunta de todos los Estados que suscribieron el Convenio no constituye un argumento jurídico relevante, pues ello no elimina la obligación, ni el compromiso asumido por cada Estado, ni puede servir para amparar un eventual incumplimiento. Así lo han señalado con acierto el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo holandés y el TEDH entre otros[26].

V. OTROS ARGUMENTOS ADICIONALES

1. La integración en la UE y el cumplimiento de la normativa comunitaria como muro de contención del posible control judicial nacional. ¿Un argumento atendible?

Un argumento relevante en la sentencia para el control restringido de la reducción de emisiones de GEI prevista en el PNIEC es que el Convenio de París fue firmado por la UE además de por sus estados miembros y que, de acuerdo con el propio art. 20 del Convenio, cuando los firmantes sean organizaciones regionales de integración económica será la organización y sus miembros los que determinarán las respectivas responsabilidades. La Sala afirma que nuestro país ha cumplido con el reparto y las previsiones establecidas en la Unión y estima que imponer al Estado una determinada reducción

26 Para el Tribunal Constitucional alemán es precisamente el carácter conjunto de la lucha contra el cambio climático el que obliga al Estado a adoptar medidas debidamente idóneas para lograr los objetivos previstos a nivel internacional, puesto que tal actuación común ha de asentarse sobre la base de la confianza mutua y la generación de esa confianza exige que cada parte cumpla con la obligación que le corresponde en la consecución de la neutralidad climática (caso Neubauer). En el caso Urgenda, el Tribunal Supremo holandés también ha afirmado que la responsabilidad conjunta e incluso el hecho de que la contribución de un país sea pequeña, no elimina su obligación de cumplir con la parte que le corresponda en la reducción de emisiones y considera que ello deriva de los arts. 2 y 8 del CEDH. En la misma línea, en el caso Klimaseniorinnen, el TEDH ha considerado que los Estados no pueden sustraerse de su responsabilidad por el carácter global del problema del cambio climático, ni por el hecho de otros Estados tengan mayor responsabilidad por emitir más GEI.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de emisiones como pretenden los recurrentes afectaría a las relaciones de nuestro país con la Unión y a las políticas armonizadas adoptadas por esta[27].

Se trata de una argumentación débil, pues la normativa comunitaria establece unos niveles mínimos, pero no limita a los Estados, ni les impide adoptar una política más ambiciosa. Por otro lado, no es descartable que una política y reparto establecidos en la Unión puedan ser contrarios a las obligaciones impuestas por los convenios y/o a las exigencias derivadas sobre esta materia en el ámbito nacional por los derechos fundamentales consagrados por la Constitución[28]. Pero este es un análisis en el que la Sala no se adentra sobre la base de una equiparación entre cumplimiento de la normativa comunitaria y cumplimiento de las exigencias constitucionales e internacionales que no puede compartirse. Se trata de un argumento que el Tribunal Supremo holandés, con buen criterio, descartó con toda claridad: los acuerdos internos de reducción en el ámbito europeo no impiden a los Estados miembros establecer metas más ambiciosas y, desde luego, no pueden arrumbar ni las obligaciones internacionales, ni las derivadas de los derechos fundamentales, que pueden exigir niveles de reducción superiores a los previstos en el contexto europeo[29].

2. El argumento del amparo de las previsiones del PNIEC en la Ley de Cambio Climático: la elusión del control judicial tras el legislador

La Sala considera que las previsiones del PNIEC, anterior a la Ley de Cambio Climático, están respaldadas por la propia Ley que, en su art. 3.1.a), establece el objetivo nacional para el año 2030 con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, es

---

27 Concretamente la Sala afirma que: «si ahora se alteran los límites de emisiones de GEI en el porcentaje suplicado en la demanda, lo cual autorizarían el Gobierno y la normativa comunitaria, se estaría imponiendo al Estado español a la renegociación de una política diseñada, en plena armonía, en todo el ámbito de la Unión»

28 En contra, Lozano Cutanda considera que el nuevo alcance que se dé a nuestro art. 18 CE siguiendo la doctrina de Klimaseniorinnen del TEDH para abarcar el derecho a la protección por parte del Estado frente a los efectos adversos del cambio climático «habrá de reconducirse en muchos casos, en la línea fijada por el Tribunal Supremo, al incumplimiento de los objetivos fijados por la Unión Europea que nos marca el paso en este ámbito». No obstante, la autora no explica por qué ha de ser esto así, ni tampoco por qué ello deba ocurrir «en muchos casos», ni tampoco señala en cuáles. *Vid.* Lozano Cutanda, B. (2024), «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos crea un nuevo derecho…», cit.

29 Para el Tribunal Supremo holandés (caso Urgenda) prevalece el criterio establecido en los informes y estudios científicos de organismos internacionales de prestigio sobre la contribución que debería aportar cada país para lograr los objetivos fijados en los tratados internacionales y, además, estos criterios científicos, aunque no sean en sí mismos vinculantes, son relevantes a efectos de determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales consagrados en el CEDH y las correlativas obligaciones que para los Estados derivan de su obligatoria protección.

«reducir en el año 2030 las emisiones de gases de efecto invernadero del conjunto de la economía española en, al menos, un 23% respecto del año 1990». La Sala argumenta que «si debiéramos imponer a la Administración modificar el Plan hasta elevar la reducción de las emisiones a más del doble del previsto en la Ley, la Administración debería dejar de aplicar el precepto legal, es decir, con esa decisión de este Tribunal se le impondría esa vulneración del precepto».

El punto débil de este argumento es que el precepto legal no prohíbe que se introduzcan porcentajes más elevados de reducción. La Sala se ve obligada a reconocerlo así, pero entiende que, al fijar un porcentaje mínimo, el legislador está expresando que ese porcentaje mínimo se reputa suficiente para dar cumplimiento a los compromisos asumidos en el Convenio de París y en el ámbito comunitario. Por tanto, la Sala entiende que si ella estableciera un límite distinto entraría en abierta contradicción con el legislador y estaría derogando implícitamente el precepto legal. La Sala admite que tendría la opción de plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero descarta hacerlo por considerar que, dado el contenido del resto de la sentencia, se evidencia que ello no es necesario, ya que no se ha producido incumplimiento alguno de nuestros compromisos internacionales o comunitarios, ni, por tanto, es preciso fijar un nivel de reducción distinto.

3. La elusión del análisis de la afectación de los derechos fundamentales

La Sala se adentra en el tema de la afección a los derechos fundamentales, pero afirma que, si se rechaza —como ella hace— la premisa de que haya que imponer otro porcentaje de reducción como única solución para luchar contra el cambio climático, no puede estimarse que haya afección alguna a los derechos fundamentales. Esta conclusión tampoco puede compartirse. La cuestión no es si la reducción propuesta como mínima por los recurrentes es o no la única solución posible, sino si la reducción del 23% prevista en el PNIEC vulnera o no los derechos fundamentales.

La Sala le da, erróneamente, la vuelta al planteamiento de la cuestión[30]. Para concluir que no hay una lesión de los derechos fundamentales, habría que elaborar previamente una doctrina sobre el contenido de los derechos fundamentales en relación con los problemas derivados del cambio climático y esto es algo que la Sala no aborda. El mero hecho de la conformidad de la reducción de GEI prevista a la normativa comunitaria y nacional nada

30 Es interesante señalar que el planteamiento del Tribunal Supremo holandés es justo el inverso; para este alto tribunal la obligación estatal de protección deriva fundamental y directamente del contenido y alcance de los derechos fundamentales, incluso con independencia de lo que puedan establecer los convenios internacionales y la normativa de la UE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dice sobre su posible impacto sobre los derechos fundamentales y la posibilidad de una vulneración de los mismos. ¿Qué exigencias derivan de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución en la toma de decisiones sobre el cambio climático y, en particular, en la toma de decisiones sobre la reducción de GEI? No lo sabemos, porque la Sala no aborda esta cuestión crucial.

VI. REFLEXIONES FINALES

El Tribunal Supremo español no ha actuado como guardián ni del cumplimiento de los objetivos internacionales de lucha contra el cambio climático, ni de la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Es más, ha eludido entrar en el diálogo entre tribunales que se está produciendo a nivel internacional sobre el control de las decisiones públicas para mitigar el cambio climático, avanzando hacia la construcción de una dogmática novedosa en relación con la lucha contra el calentamiento de nuestro planeta.

Amparándose en la deferencia judicial, en el principio de separación de poderes y en una tesis restrictiva del control judicial de la discrecionalidad, ha rehuido controlar si las previsiones fijadas en el PNIEC de reducción de las emisiones de GEI para 2030 son o no idóneas para la consecución de la neutralidad climática y respetuosas con los derechos fundamentales alegados por los recurrentes, negándose a valorar los informes de las instituciones científicas internacionales de reconocido prestigio, que otros altos tribunales han considerado de extraordinaria relevancia para resolver litigios similares.

El Tribunal Supremo ha equiparado además el cumplimiento de la normativa comunitaria y nacional con el respeto a los derechos fundamentales, en una conclusión que no puede compartirse desde una perspectiva de metodología jurídica, porque los derechos fundamentales se sitúan en un plano diferente al de la legalidad. Su contenido esencial no depende de ella; es más, opera precisamente como un límite a la legalidad, como un espacio de preservación y protección frente a decisiones de los poderes públicos. La existencia o no de vulneración de los derechos fundamentales solo podía comprobarse mediante la determinación de su contenido en relación con el cambio climático, como pretendían los recurrentes y como ha evitado hacer el Tribunal Supremo.

En definitiva, el Tribunal Supremo no ha abordado las dos cuestiones centrales planteadas por los recurrentes —el cumplimento de los objetivos internacionales y la vulneración de los derechos fundamentales— y, por tanto, ha infringido su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), además de privarles, en su caso, de la debida protección de los derechos fun-

damentales sustantivos en juego[31]. En efecto, la sentencia cuenta con fundamentación, pero se trata de una fundamentación que está orientada a justificar precisamente el no entrar a resolver el fondo del asunto.

Puede que, incluso si se hubiera desarrollado una tesis creativa y novedosa del alcance y contenido de nuestros derechos fundamentales en la materia y se hubiera aplicado una doctrina más amplia del control de la discrecionalidad, pese a todo la Sala hubiera desestimado el recurso en cuanto al fondo, pero, al menos, tendríamos una construcción jurídica relevante y adecuada para abordar litigios climáticos futuros, como la tienen ya otros países de nuestro entorno. Con las sentencias que hemos comentado no solo no contamos con esa construcción, sino que se ha establecido una doctrina restrictiva que deja a la ciudadanía con unas posibilidades de defensa muy mermadas ante una política climática insuficiente e inidónea que obvie los derechos futuros de las generaciones actuales y venideras.

Es la oportunidad del Tribunal Constitucional. Tras estas sentencias del Tribunal Supremo, todas las miradas están puestas en él. Esperemos que nos ofrezca una doctrina novedosa al nivel de la que han elaborado otros altos tribunales de nuestro entorno. En mi opinión, es muy probable que así sea.

Es cierto, como se ha señalado[32], que el Tribunal Constitucional tuvo serias reticencias a recibir la jurisprudencia del TEDH sobre el contenido medioambiental dado a los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, pero también lo es que ahora estamos en un momento muy diferente. Esa doctrina ya ha sido ampliamente recibida por el propio Tribunal Constitucional y por nuestros tribunales, y el problema del cambio climático es el mayor reto medioambiental que tiene planteada la humanidad. El Tribunal Constitucional, en su interpretación de nuestro texto fundamental, no puede ser ajeno a ello. Los precedentes de diversos altos tribunales de países de nuestro entorno y la crucial sentencia del TEDH en el caso Klimaseniorinnen colocan al Tribunal en la mejor posición para abordar una nueva faceta de derechos nucleares de nuestra Constitución (arts. 15 y 18 en relación con los arts. 10 y 45).

La sentencia que se dicte en este caso va a ser de máxima relevancia en la lucha contra el cambio climático, pero también de extraordinario interés para la dogmática de los derechos fundamentales.

---

31 La situación es similar a la del caso Klimaseniorinnen, en el que el TEDH además de declarar la vulneración del art. 8 CEDH, afirma que también se ha vulnerado el art. 6 CEDH al no haber entrado los tribunales nacionales a analizar el fondo de las pretensiones de los recurrentes.

32 Hernández Peribánez, M. E. (2025), *op. cit.*, pág. 344.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La costumbre internacional como parámetro de la constitucionalidad: nota a la sentencia Frente Polisario de 4 de octubre de 2024

Luis María Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Constitucional
Magistrado del Tribunal Supremo

Este texto tiene su origen en dos conferencias: una pronunciada en Sevilla el 4 de diciembre de 2025 por invitación de la Universidad Pablo de Olavide, y otra en Salamanca el 27 de febrero de 2026 por invitación de la rama local de la European Law Students Association.

I

El Sahara Occidental, como es sabido, es aquella parte del desierto que llega hasta la costa del Océano Atlántico entre Marruecos y Mauritania. Su superficie es aproximadamente la mitad que la de España y su población originaria estaba formada esencialmente por nómadas. España ocupó dicho territorio a finales del siglo XIX, en el contexto de la expansión colonial europea en África. Más tarde, de conformidad con lo previsto en el art. 73 de la Carta de las Naciones Unidas y en la resolución de la Asamblea General 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960, el Sahara Occidental fue incluido en el listado de territorios que debían ser descolonizados, mediante el correspondiente proceso de autodeterminación. En un primer momento, España se resistió a ello; pero en 1974 acabó por comprometerse a celebrar un referéndum de autodeterminación. La principal dificultad práctica estribaba en la confección de un censo, dado el carácter mayoritariamente nómada del pueblo saharaui.

Sin embargo, en 1975 ocurrieron dos sucesos llamados a tener consecuencias para el proceso de descolonización del territorio. El primero de ellos tuvo que ver con la pretensión marroquí de tener, por razones históricas, títulos de soberanía sobre el territorio del Sahara Occidental; lo que, si fuera cierto, determinaría que dicho territorio no debía estar jurídicamente sujeto al proceso de descolonización, sino que habría de ser restituido a Marruecos. Para dilucidar esta cuestión, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia, que lo emitió con fecha 16 de octubre de 1975. En este, por lo que ahora importa, se concluía que, si bien en el pasado había habido ciertos

ISBN: 978-84-7777-740-3

vínculos de algunas tribus saharauis con el sultán de Marruecos, no había ningún fundamento jurídico para afirmar la soberanía marroquí sobre el territorio del Sahara Occidental.

El segundo suceso que tuvo lugar en 1975 fue la muerte del general Franco, tras casi cuarenta años de dictadura personal. Durante su agonía en el otoño de ese año, marcada por una atmósfera de incertidumbre política en España, las autoridades marroquíes organizaron la llamada «Marcha Verde». Esta consistió en dirigir una enorme masa humana de civiles hacia el Sahara Occidental, a fin de forzar pacíficamente la entrada en el territorio y tomar posesión del mismo. Las unidades militares españolas allí estacionadas recibieron desde Madrid la orden de no abrir fuego. Fue una decisión prudente, al menos a corto plazo; y ello no solo por tratarse de una avalancha de civiles, sino también por la compleja situación interna en España. La consecuencia fue que los españoles se retiraron del Sahara Occidental pocos meses más tarde, de manera que Marruecos pudo ocupar inmediatamente casi todo el territorio.

En la zona oriental lindante con Mauritania, que no fue ocupada, se refugió una parte importante del pueblo saharaui. Su movimiento de liberación nacional ha estado encarnado desde entonces en el llamado Frente Polisario, abreviatura de Frente Popular de Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro. Y ya en 1976 se proclamó una República Árabe Saharaui Democrática, para reclamar la soberanía sobre todo el territorio del Sahara Occidental y la culminación del proceso de descolonización. Por su parte, los marroquíes levantaron un muro para evitar incursiones desde la zona no ocupada, y en el último medio siglo han administrado *de facto* casi todo el Sahara Occidental.

Para comprender bien esta situación, es conveniente hacer referencia a su aspecto geopolítico. Las pretensiones de Marruecos han estado siempre apoyadas por Francia y Estados Unidos. En el caso de Francia, por los muy estrechos vínculos de todo tipo con su antiguo protectorado. En el caso de Estados Unidos, para impedir la influencia soviética —y luego simplemente rusa— en la región. Téngase en cuenta la protección dispensada al Frente Polisario por Argelia, así como el hecho de que este país ha sido tradicionalmente un aliado de Rusia. Si a ello se añade su enemistad con Marruecos, que es un aliado de los Estados Unidos, no es de extrañar que los norteamericanos siempre hayan pensado que un Sahara Occidental independiente implicaría dos cosas: que Marruecos quedaría cercado por Argelia, y que Rusia disfrutaría un pasillo terrestre entre el Mediterráneo y el Atlántico.

En todo caso, esta situación, que se ha prolongado durante medio siglo, no ha supuesto una alteración del *status* jurídico-internacional del Sahara Occidental: sigue siendo legalmente un territorio pendiente del proceso de descolonización, sin que las Naciones Unidas hayan reconocido la soberanía marroquí. Más aún, las Naciones Unidas instituyeron en 1991 una misión

para el referéndum de autodeterminación del Sahara Occidental, denominada Minurso. Solo en el otoño de 2025 ha habido algún cambio significativo, aunque desde luego no un reconocimiento de la soberanía de Marruecos sobre el territorio del Sahara Occidental. Se trata de la resolución del Consejo de Seguridad 2797 (2025) de 31 de octubre de 2025, significativamente no vetada por ninguno de los miembros permanentes. El Consejo de Seguridad «exhorta a las partes a que entablen esas conversaciones sin condiciones previas, tomando como base la propuesta de autonomía de Marruecos, con miras a una solución política definitiva y aceptable para todas ellas que contemple la libre determinación del pueblo del Sahara Occidental, reconoce que una verdadera autonomía podría ser el resultado más factible y alienta a las partes a que presenten ideas para contribuir a una solución definitiva que sea aceptable para todas ellas». Se trata de un giro claramente beneficioso para las pretensiones marroquíes: el paso del tiempo suele consolidar las situaciones de hecho, por no mencionar que la geopolítica no juega a favor del pueblo saharaui.

No es ocioso, por lo demás, recordar el giro radical de la posición española con respecto al Sahara Occidental. Mediante una carta dirigida al Rey de Marruecos, el presidente del Gobierno declaró su apoyo a la propuesta marroquí de autonomía para dicho territorio, afirmando que sería la mejor solución posible. Cualquiera que sea la opinión que se mantenga sobre esa opción en el plano de la política internacional, para España se trata de una actuación muy difícilmente justificable en términos constitucionales: la opinión pública española tuvo noticia de ella por un comunicado oficial marroquí de 18 de marzo de 2022, sin que el Gobierno español hubiera dado antes ninguna información. El Gobierno tomó esa iniciativa sin consultar previamente al Congreso de los Diputados, como era su deber, ni tampoco ha accedido luego a darle cumplidas explicaciones. Se trata de un cambio brusco y opaco en un tema crucial de la política exterior española, que supone terminar con casi medio siglo de apoyo al proceso de descolonización; algo particularmente desdichado en un país que es la antigua potencia colonial y que abandonó aquel territorio de forma abrupta.

II

En el marco de la asociación entre la Unión Europea y Marruecos, en 2010 se negoció un acuerdo de liberalización comercial en materia de agricultura y pesca, cuya celebración fue autorizada por el Consejo mediante la Decisión 2012/497/UE. Este acuerdo fue impugnado por el Frente Polisario por entender que, si bien el acuerdo no lo decía expresamente, era aplicable al territorio del Sahara Occidental; lo que —siempre a juicio del Frente Polisario— sería contrario a Derecho, dado que ese territorio no forma jurídicamente parte de Marruecos. Con fecha 10 de diciembre

ISBN: 978-84-7777-740-3

de 2015, el Tribunal General dictó sentencia estimando la impugnación y anulando el acto del Consejo que permitía la prestación del consentimiento de la Unión Europea al mencionado acuerdo.

El Consejo interpuso recurso de casación, resuelto por el Tribunal de Justicia con sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-104/16). El Tribunal de Justicia casó la sentencia del Tribunal General, sobre la base de la falta de legitimación del Frente Polisario. Según el Tribunal de Justicia, la falta de legitimación derivaba de que el Sahara Occidental, en su condición de territorio pendiente de descolonización, no podía considerarse parte de Marruecos y, por consiguiente, tampoco podía entenderse que le fuera aplicable el acuerdo. Así, dado que el Frente Polisario decía actuar en defensa del pueblo saharaui, que era un tercero con respecto al acuerdo, no cabía entender que aquel estuviera directa e individualmente afectado por el acuerdo, que es el requisito establecido por el art. 263 del TUE para que las personas físicas o jurídicas —en cuanto distintas de las instituciones y de los Estados miembros— tengan abierto el recurso de anulación.

Es importante señalar que, en esa misma línea, el Tribunal de Justicia dijo algo más, a saber: que en virtud del principio del efecto relativo de los tratados internacionales, estos solo son aplicables a un tercero si da su consentimiento. Se trata de un principio de Derecho internacional general. De aquí se infería sin dificultad que la aplicación al territorio del Sahara Occidental de un acuerdo entre la Unión Europea y Marruecos requeriría el consentimiento del pueblo saharaui, en cuanto sujeto del derecho a la autodeterminación de este territorio pendiente de descolonización.

Ni que decir tiene que, aunque formalmente Marruecos y sus sostenedores ganaron el litigio, en cierto sentido fue una victoria pírrica, porque impedía la aplicación del acuerdo al territorio del Sahara Occidental y porque cualquier acuerdo futuro habría de superar la mencionada exigencia del consentimiento del pueblo saharaui.

III

En 2018, tras realizar consultas con exponentes sociales y económicos del territorio, se cerró un nuevo acuerdo de asociación. Esta vez se preveía su aplicación al territorio del Sahara Occidental, significativamente sin prejuzgar la situación de este; es decir, se eludió la tensión entre la exigencia de descolonización dimanante de las disposiciones de las Naciones Unidas y la pretensión marroquí de soberanía. La autorización para la prestación del consentimiento por parte de la Unión Europea fue dada por el Consejo mediante la Decisión 2019/217/UE de 28 de enero de 2019.

De nuevo, el Frente Polisario interpuso recurso de anulación. Obsérvese que el objeto de este es el acto del Consejo que, con base en el art. 218

del TUE, autoriza la celebración del tratado internacional; y no el tratado internacional en sí mismo, por más que pueda tener eficacia directa en el derecho de la Unión Europea y de sus Estados miembros. La razón es que entre los actos cuya legalidad puede ser controlada por el Tribunal de Justicia, el art. 263 del TUE no incluye los tratados internacionales.

Pues bien, el Tribunal General estimó el recurso de anulación mediante sentencia de 29 de septiembre de 2021, al considerar que no se cumplía el requisito del consentimiento por parte del pueblo saharaui. Contra esta sentencia interpusieron sendos recursos de casación el Consejo y la Comisión, y se personaron varios Estados miembros en apoyo de sus tesis. El Tribunal de Justicia en formación de Gran Sala, mediante su sentencia Frente Polisario de 4 de octubre de 2024 (asuntos acumulados C-779/21 P y C-799/21 P) siguió sustancialmente las conclusiones de la Abogada General, señora T. Capeta, y confirmó la sentencia recurrida salvo —como luego se verá— en un aspecto secundario. Incidentalmente debe decirse que, con esa misma fecha, el Tribunal de Justicia resolvió —en parecidos términos— otro recurso de casación específicamente relativo al acuerdo de pesca (asuntos acumulados C-778/21 P y C-798/21 P) y una cuestión prejudicial (C-399/22). El razonamiento del Tribunal de Justicia se desarrolla en tres pasos:

1.º Se reconoce la capacidad procesal y la legitimación del Frente Polisario para interponer recurso de anulación contra la decisión del Consejo que autoriza la celebración del acuerdo. Aunque el Frente Polisario no tiene propiamente personalidad jurídica en ningún Estado miembro, el Tribunal de Justicia constata que es un actor reconocido a nivel internacional, por lo que se le puede considerar como persona jurídica a efectos del art. 263 del TUE. Y por lo que hace específicamente a la legitimación, dice el Tribunal de Justicia que el Frente Polisario no puede arrogarse la representación exclusiva del pueblo del Sahara Occidental, pero sí puede hablar en su nombre; y ello porque el Frente Polisario es un interlocutor privilegiado en la defensa de la causa saharaui en el ámbito de las Naciones Unidas. Así las cosas, y habida cuenta de que el acuerdo afecta individual y directamente al pueblo saharaui en el sentido del ya mencionado art. 263 del TUE, el Frente Polisario —que puede hablar en nombre de aquel— está legitimado para recurrir.

2.º En cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal de Justicia confirma la apreciación del Tribunal General en el sentido de que no se ha respetado la exigencia del consentimiento del pueblo saharaui, como tercero afectado por el acuerdo. La consideración determinante en este punto es que quien fue consultado no es el pueblo saharaui, sino sectores representativos de la actual población del Sahara Occidental; población actual que, por su origen, no coincide con el titular del derecho a la autodeterminación. El Tribunal de Justicia niega que las instituciones políticas de la Unión Europea tengan margen de apreciación para determinar quién debe ser consultado, en su condición de tercero afectado por un tratado internacional. Y no deja de

ISBN: 978-84-7777-740-3

observar, además, que alrededor de dos tercios del pueblo saharaui viven en Argelia o en el exilio.

Así, la comprobación de que no se ha obtenido el consentimiento del tercero afectado por el acuerdo, lleva a concluir que con su celebración se ha vulnerado el principio del efecto relativo de los tratados internacionales. Este se encuentra consagrado en el art. 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. Es sabido que la Convención de Viena, hecha bajo los auspicios de las Naciones Unidas, tiene por finalidad codificar el derecho internacional consuetudinario en la materia, por más que no pocos países —por unas razones u otras— no se han adherido a ella. Y entre quienes no son parte en la Convención de Viena está la Unión Europea. De aquí que, en el caso ahora comentado, el Tribunal de Justicia hubo de referirse al principio del efecto relativo de los tratados internacionales en su versión originaria; es decir, como un principio de Derecho internacional consuetudinario. La vigencia y alcance de este, en todo caso, no son puestos en duda.

Esta vulneración del principio del efecto relativo de los tratados internacionales comporta, según el Tribunal de Justicia, que el acto que autoriza la celebración del acuerdo contraviene lo dispuesto por varios preceptos de los Tratados constitutivos. Entre ellos, el art. 3 del TUE allí donde ordena que la Unión Europea contribuirá en sus relaciones con el resto del mundo «al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas», y el art. 21 del TUE cuando establece que la Unión Europea debe respaldar «los principios del Derecho internacional».

Es precisamente aquí donde se encuentra el núcleo de la sentencia Frente Polisario: el Tribunal de Justicia afirma que el Derecho internacional consuetudinario —y no solo los tratados internacionales en los que la Unión Europea es parte— es también «la legalidad» que, con arreglo al art. 263 del TUE, deben respetar los actos de las instituciones. En otras palabras, con esta sentencia es claro que el Derecho internacional consuetudinario forma parte del parámetro que puede y debe utilizar el Tribunal de Justicia para enjuiciar la validez de los actos de las instituciones.

El aspecto secundario en que, según el Tribunal de Justicia, la sentencia recurrida está equivocada es que el consentimiento del tercero afectado por un tratado internacional no siempre tiene que ser expreso, pues esto solo es necesario si el tratado internacional le impone obligaciones. Si no, el consentimiento implícito puede ser suficiente, con arreglo al Derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, esta precisión nada cambia en el presente caso, ya que tampoco hubo consentimiento implícito del pueblo saharaui.

3.º El análisis de los efectos del Derecho internacional dentro del ordenamiento de la Unión Europea no acaba ahí. La sentencia Frente Polisario

aborda otro extremo, a saber: ¿en qué medida puede el justiciable invocar el Derecho internacional consuetudinario ante el Tribunal de Justicia? Obsérvese que este no es un problema de legitimación, es decir, de interés suficiente para ser parte en el proceso. Es, más bien, un problema relativo a los medios de que puede disponer la parte para defender su pretensión.

En su sentencia Air Transport Association of America de 21 de diciembre de 2011 (C-366/10), el Tribunal de Justicia había dicho que los particulares —entendidos como quienes no son instituciones ni Estados miembros— solo pueden invocar el Derecho internacional consuetudinario para impugnar la validez de actos de la Unión Europea si se dan dos condiciones: primera, que se cuestione la competencia de la Unión Europea para aprobar ese acto; y segunda, que el acto afecte a derechos de ese particular o le imponga obligaciones. En aquel caso las compañías aéreas norteamericanas combatían los derechos de emisión regulados por la legislación europea, alegando —entre otras cosas— que vulneraban el principio de Derecho internacional consuetudinario de libertad de sobrevolar la alta mar. Esta alegación no prosperó, porque los derechos se imponían únicamente por despegar o aterrizar en el territorio de la Unión Europea; pero esa sentencia es relevante porque el Tribunal de Justicia admitió, al menos implícitamente, que el Derecho internacional consuetudinario podría operar como parámetro de validez de los actos de la Unión Europea.

Pues bien, en el asunto del acuerdo entre la Unión Europea y Marruecos, era dudoso que se cumplieran las dos condiciones mencionadas. Sobre todo, la relativa a que el acto recurrido —esto es, la decisión autorizando la celebración del acuerdo, e indirectamente el acuerdo mismo— incidiese en derechos u obligaciones del Frente Polisario. El Tribunal de Justicia salva este obstáculo afirmando que el caso es diferente del resuelto en 2011, en un aspecto muy importante: lo que subyace al litigio sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Marruecos es un proceso de descolonización pendiente y, por tanto, el derecho a la autodeterminación del pueblo saharaui. Y no entorpecer su realización efectiva es algo que, según el Tribunal de Justicia, incumbe a toda la comunidad internacional. De aquí se sigue, a su juicio, que un principio de Derecho internacional consuetudinario que opera a favor de dicho derecho a la autodeterminación es invocable *erga omnes*.

IV

El Derecho internacional consuetudinario o general, como es sabido, está formado por las costumbres vigentes en las relaciones internacionales. La costumbre, que es la suma de práctica reiterada y *opinio iuris*, vincula a los Estados y a los demás sujetos de Derecho internacional independientemente de su voluntad. La única duda a este respecto, que dista de ser compartida por todos los expertos, vendría dada por la llamada «doctrina del ob-

ISBN: 978-84-7777-740-3

jetor persistente»; es decir, que un Estado se haya opuesto de manera clara y constante a la práctica que da origen a una determinada costumbre. Por lo demás, entre el Derecho internacional consuetudinario y el Derecho internacional convencional no existe una relación de jerarquía: cuando se celebra un tratado internacional en una materia sobre la que existe una costumbre internacional, debe entenderse que el tratado es norma especial con respecto a la costumbre y, por tanto, tiene prioridad aplicativa. La excepción a esto viene dada cuando la costumbre internacional constituye *ius cogens* de manera que no admite ser derogada o excepcionada por los tratados internacionales. Sobre el Derecho imperativo o necesario, véase el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Las principales materias reguladas por el Derecho internacional consuetudinario son el alcance y las manifestaciones de la soberanía de los Estados, las inmunidades de los Estados, las relaciones diplomáticas y la regulación de los tratados internacionales. Ello no obsta a que exista una tendencia a codificar algunos sectores del Derecho internacional consuetudinario, como ha ocurrido, por ejemplo, en lo atinente a los tratados internacionales.

Por razones obvias, el Derecho internacional consuetudinario es mucho menos extenso que el Derecho internacional convencional. Las normas más frecuentemente aplicadas en las relaciones internacionales son las de este último, es decir, las recogidas en tratados o las derivadas de estos. Ello no obsta a que el Derecho internacional consuetudinario tenga innegable importancia, aunque solo sea porque engloba normas y principios generalmente aceptados y, en ese sentido, inherentes a los fundamentos mismos del orden entre naciones. Si se tiene esto presente, se comprende mejor por qué la sentencia Frente Polisario es verdaderamente inusual en una perspectiva comparada.

Que el control de legalidad que el Tribunal de Justicia ejerce sobre la legislación de la Unión Europea y otros actos de Derecho derivado es, en sustancia, equivalente al control de constitucionalidad sobre las leyes en los ordenamientos nacionales está fuera de toda duda. Hace al menos cuarenta años que la jurisprudencia se refiere a los Tratados constitutivos como la «carta constitucional» de la Unión Europea, término que se implantó con la sentencia Parti Écologiste «Les Verts» de 23 de abril de 1983 (294/83). Y no deja de ser significativo, en este mismo sentido, que el Tribunal de Justicia haya afirmado desde la sentencia Foto-Frost de 22 de octubre de 1987 (314/85) su monopolio sobre el juicio de validez de los actos de la Unión Europea. En suma, es control de constitucionalidad y, además, en su modalidad concentrada de ascendencia austríaco-kelseniana.

Lo que dista de ser indudable, en cambio, es que los tribunales constitucionales utilicen la costumbre internacional como parámetro de la constitucionalidad. Esto es lo que el Tribunal de Justicia ha hecho, con la consecuencia además de declarar la invalidez del acto que autorizaba la ce-

lebración de un tratado internacional particularmente importante en el plano político. Y ocurre que es muy difícil encontrar algo similar en las jurisprudencias constitucionales nacionales. La razón es doble.

Por un lado, a diferencia del Tratado de la Unión Europea —que, como se ha visto, contiene al menos dos preceptos que expresamente imponen el respeto al derecho internacional en su conjunto—, los textos constitucionales nacionales no siempre mencionan el Derecho internacional consuetudinario. No lo hace la Constitución Española, como tampoco lo hace la francesa, por más que ambas contemplen los tratados internacionales con un enfoque decididamente monista. Por cierto, sí lo hacía —tal vez siguiendo el modelo alemán y austríaco de la primera postguerra— la Constitución republicana de 1931, cuyo art. 7 disponía: «El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su Derecho positivo». Sin ninguna pretensión de exhaustividad, cabe decir que el Derecho internacional consuetudinario está presente en otros textos constitucionales europeos. Así, el art. 10 de la Constitución italiana: «El ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas»; o el art. 25 de la Ley Fundamental alemana: «Las reglas generales del Derecho internacional son parte integrante del Derecho federal. Tienen precedencia sobre las leyes y crean directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal.» Además, el art. 100 de la propia Ley Fundamental exige a los tribunales ordinarios plantear cuestión al Tribunal Constitucional Federal cuando hayan de aplicar una norma consuetudinaria internacional, a fin de que aquel en vía preliminar compruebe la existencia de la norma y determine su correcta interpretación.

Por otro lado, incluso en aquellos ordenamientos nacionales cuyas constituciones proclaman la sujeción al Derecho internacional consuetudinario, es raro que ello se vea como «norma interpuesta» (terminología italiana) o «bloque de la constitucionalidad» (terminología francesa); es decir, que se considere que la vulneración del Derecho internacional consuetudinario supone indirectamente una vulneración del precepto constitucional que ordena la sujeción a aquel. El caso más claro en que una costumbre internacional se utilizó como parámetro de la constitucionalidad tal vez sea el resuelto por el Tribunal Constitucional Federal en 1977 a propósito de la Embajada de Filipinas (46 BVerfGE 342). La representación diplomática de dicho país había dejado de pagar el canon del alquiler de su sede en Bonn; el arrendador presentó demanda ante los tribunales civiles, que le dieron la razón; y cuando el arrendador intentó obtener la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria, Filipinas opuso su inmunidad de jurisdicción como Estado. Planteada la cuestión con arreglo al mencionado art. 100 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal concluyó que efectivamente la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria no era conforme al Derecho internacional consuetudinario en materia de inmunidades de los Estados. Obsérvese, en todo caso, que la primacía de la costumbre interna-

ISBN: 978-84-7777-740-3

cional sobre la legislación interna no se refería aquí al control de constitucionalidad de una norma legal, sino solo a su aplicabilidad en el concreto asunto.

Es posible rastrear algunos otros casos en que el Derecho internacional consuetudinario ha sido traído a colación en sede nacional. Por ejemplo, la condena a Alemania por la justicia italiana como responsable civil de la deportación de ciudadanos italianos durante la ocupación nazi. En este asunto —que presentaba la dificultad adicional de determinar si la República Federal de Alemania es la sucesora del Tercer Reich en la esfera internacional— la posición oficial de Italia fue negar que la inmunidad de jurisdicción de los Estados, reconocida por el Derecho internacional consuetudinario, pudiera prevalecer sobre el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad. El tema terminó ante la Corte Internacional de Justicia, cuya sentencia Alemania c. Italia de 5 de febrero de 2012 dio la razón a Alemania. Siempre con respecto a este caso y absteniéndose cuidadosamente de censurar la interpretación de la Corte Internacional de Justicia sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados, la Corte Constitucional italiana precisó que dicho principio de Derecho internacional consuetudinario cede ante la exigencia constitucional de tutela de ciertos derechos inviolables (sentencia n.º 238 de 2014); lo que es tanto como reconocer un límite a la eficacia del art. 10 de la Constitución italiana.

Resulta extremadamente difícil, en conclusión, encontrar precedentes en las jurisprudencias nacionales de la anulación de una ley o acto con fuerza de ley por infracción de una costumbre internacional. Y esto hace que la sentencia Frente Polisario sea digna de atención.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre el origen y las vicisitudes de la cuestión del Sahara Occidental, hay dos libros de I. Barreñada, *Breve historia del Sahara Occidental*, Catarata, Madrid, 2022 y *Sahara Occidental 1975 (El final del colonialismo franquista)*, Catarata, Madrid, 2025. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, las conclusiones de la Abogada General, señora Tamara Capeta, para la sentencia aquí examinada son muy precisas sobre los antecedentes históricos.

Un análisis de política internacional sobre la propuesta marroquí de autonomía como vía de solución a la cuestión del Sahara Occidental puede encontrarse en I. Cembrero, «Inside the secret US-led talks to solve de Western Sahara conflict», en *Middle East Eye* de 8 de marzo de 2026.

Para una dura crítica al giro de la posición española sobre el Sahara Occidental, por parte de una muy autorizada internacionalista, véase A. Mangas Martín, «Sánchez y Sahara: falsedades de una España sin reglas», en el

diario *El Mundo* de 17 de abril de 2025. También en sentido crítico se pronuncia J. González Vega, «¡Triste España! Los aspectos formales y contextuales del cambio de posición español», en *Revista Española de Derecho Internacional* 74, 2022.

La sentencia aquí examinada ha sido objeto de un minucioso comentario por J. Ferrer Lloret, «El conflicto del Sahara Occidental de nuevo ante el Tribunal de Justicia (2024): sobre la Unión Europea y el respeto del derecho internacional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 80, 2025.

Un reciente análisis teórico sobre la costumbre internacional se halla en O. C. Tassinis, «Customary International Law: Interpretation from Beginning to End», en *European Journal of International Law,* vol. 31, 2020.

Para una visión panorámica del tratamiento dado al Derecho internacional en el constitucionalismo contemporáneo, cabe consultar A. Cassese, «Modern Constitutions and International Law», *Recueil des Cours de l'Academie de droit international,* vol. 192, 1985. Véase también, por lo que hace al derecho internacional consuetudinario en el texto constitucional de la Segunda República, N. Pérez Serrano, *La Constitución española de 1931*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 64-65, cuya edición original es de 1932.

La visión del Tratado de la Unión Europea en clave constitucional es objeto de una amplísima bibliografía, dentro de la cual permítase la remisión a L. M. Díez-Picazo, *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

El tratamiento del Derecho internacional en la Ley Fundamental alemana y, en particular, el asunto de la Embajada de Filipinas son analizados en D. P. Kommers y R. A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2.ª ed., Duke University Press, Durham/London, 2012, p. 302 y siguientes. Y sobre el mismo tema en la Constitución italiana, con especial atención al asunto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, véase T. Martines, *Diritto costituzionale*, 15.ª ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 80-81, así como F. M. Palombino, *Introduzione al diritto internazionale*, Laterza, Bari/Roma, 2024, p. 34-35.

El principio *pro actione* en el proceso contencioso-administrativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[1]

Eneko Etxeberria Bereziartua

Profesor de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)
ORCID: 0000-0001-6829-8171

Resumen. El presente estudio analiza la configuración y el alcance del principio *pro actione* como elemento nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. A través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se estudian las principales manifestaciones de este principio en el orden contencioso-administrativo. Asimismo, se delimitan sus límites estructurales, que impiden su conversión en un derecho incondicionado de acceso a la jurisdicción, para concluir que el principio *pro actione* opera como corrector del rigorismo formal, mas no como instrumento de inaplicación de los requisitos procesales legalmente establecidos.

Palabras clave. Tutela judicial efectiva; principio *pro actione*; acceso a la jurisdicción; proceso contencioso-administrativo.

1 Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación I+D+I PID2020-115320GB-100, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. I. Introducción.—II. Fundamentos del principio *pro actione:* 1. Proporcionalidad y anti-formalismo. 2. El deber de subsanación.—III. Manifestaciones en el ámbito de la legitimación activa: 1. Legitimación sindical. 2. Legitimación individual y colectiva. 3. La legitimación de las asociaciones.—IV. El error patente como límite a la inadmisión.—V. Los límites del principio *pro actione:* 1. El derecho de acceso a la jurisdicción como derecho de configuración legal. 2. La diligencia procesal de las partes. 3. La exclusión de la acción popular abstracta.—VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a obtener una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones constituye uno de los contenidos esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el acceso a la jurisdicción representa el primero y más inmediato de los contenidos de la garantía consagrada en el art. 24.1 CE, ya que protege el derecho de la ciudadanía a ser parte en un proceso judicial y a obtener un pronunciamiento sobre las pretensiones que deduce ante los tribunales[2].

Ahora bien, la plena satisfacción de este derecho fundamental se alcanza, en su expresión más genuina, cuando las pretensiones de los justiciables son efectivamente examinadas y resueltas por los órganos jurisdiccionales de manera razonada[3]. Por este motivo, el derecho a la jurisdicción de la tutela judicial efectiva exige no solo el acceso formal al proceso, sino también una interpretación favorable a la acción y a la conservación de los actos procesales, pues solo así puede garantizarse que el pronunciamiento de fondo constituya la regla y no la excepción[4].

No obstante, y pese a su condición de derecho fundamental, incluso protegido por el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal[5]. Su ejercicio queda, por tanto, condicionado al cumplimiento de los requisitos procesales que el legislador establezca para cada orden jurisdiccional, de suerte que la inobservancia de tales requisitos no determina, por sí sola, una vulneración constitucionalmente relevante. Ahora bien, esta realidad

---

2 La doctrina constitucional es rotunda y reiterada sobre este extremo; por todas, STC 182/2008, de 22 de diciembre, FJ 2.

3 Goméz Colomer, J. L. y Barona Villar, S. (coords.): *Introducción al derecho procesal. Derecho procesal I*, 5.ª ed., 2025, Tirant lo Blanch, págs. 223-230.

4 STC 60/2017, de 22 de mayo, FJ 3.

5 Cuestión distinta es el exceso de rigorismo formalista que el TEDH rechaza: una interpretación especialmente rigurosa por parte de las jurisdicciones internas de una norma de procedimiento puede privar a los demandantes del derecho de acceso a un tribunal (Pérez de Rada Cavanilles c. España, párrafo 49; Miragall Escolano y otros c. España, párrafo 38; Sotiris et Nikos Koutras ATTEE c. Grecia párrafo 20; Běleš y otros c. República Checa, párrafo 50; RTBF c. Bélgica, párrafos 71, 72, 74).

no es absoluta: el Tribunal Constitucional ha precisado que la tutela judicial puede verse comprometida tanto por normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción —siempre que resulten innecesarias, excesivas o desproporcionadas en relación con los fines constitucionalmente legítimos que persiguen—, como por interpretaciones judiciales que, por su rigorismo, formalismo excesivo o clara desproporción entre los fines preservados y los intereses sacrificados, resulten manifiestamente irrazonables[6].

En este contexto, el principio *pro actione*[7] opera como un mandato hermenéutico dirigido a los órganos judiciales, que les obliga a interpretar las normas procesales del modo más favorable a la efectividad del derecho fundamental, impidiendo que formalismos injustificados o lecturas restrictivas y no razonables de los presupuestos procesales cierren el proceso sin un pronunciamiento sobre el fondo[8]. Este principio ha encontrado además reflejo expreso en la LO 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa cuyo art. 3.6 dispone que, aunque el ejercicio del derecho de defensa está sujeto al cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, «cualquier duda sobre su interpretación y alcance se resolverá del modo más favorable al ejercicio del derecho». En definitiva, han de quedar proscritas aquellas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales que, por su rigorismo o desproporción entre los fines que tutelan y el cierre del proceso que generan, se erigen en obstáculos injustificados al derecho a obtener una resolución de fondo[9].

II. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO *PRO ACTIONE*

La doctrina constitucional ha establecido que el canon de enjuiciamiento aplicable a las resoluciones que deniegan el acceso a la jurisdicción reviste una intensidad especialmente elevada[10]. En estos casos, el Tribunal Cons-

---

6 STC 182/2008, de 22 de diciembre, FJ 2; con cita, entre otras, de las SSTC 251/2007, de 17 de diciembre, FJ 4; 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5; 301/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 166/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; y 135/2008, de 27 de octubre, FJ 2.

7 Conforme al *Diccionario panhispánico del español jurídico* su definición es la siguiente: «Principio constitucional vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva que exige a los órganos judiciales la exclusión de determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del litigante a que un órgano judicial conozca y resuelva sobre la pretensión a él sometida».

8 Ruiz López, M. Á.: «Principio *pro actione*», en Santamaría Pastor, J. A. (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 841-876.

9 STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3; STC 182/2008, de 22 de diciembre, FJ 2.

10 Revilla, F.: «Evolución del principio *pro actione* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Montoya Melgar, A. (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 460-476.

ISBN: 978-84-7777-740-3

titucional exige que la interpretación de las normas legales se realice en plena conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE.

Esta exigencia se proyecta con mayor rigor sobre las decisiones de inadmisión que cierran el acceso a una primera respuesta judicial sobre el fondo[11] que sobre las que deniegan el acceso a los recursos[12], pues es precisamente en ese primer umbral donde el principio *pro actione* despliega su máxima eficacia. En consecuencia, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, los órganos judiciales deben tener presente la *ratio* de la norma con el fin de evitar que meros formalismos o interpretaciones irrazonables impidan el enjuiciamiento de fondo del asunto, en respeto del principio de proporcionalidad[13].

De este modo, el principio *pro actione* no constituye una mera orientación interpretativa facultativa, sino un verdadero mandato de obligada observancia por jueces y tribunales, cuya aplicación impide que los requisitos legales de acceso al proceso se conviertan en obstáculos injustificados que veden a un órgano judicial conocer y resolver en Derecho sobre la pretensión que le ha sido sometida[14].

En cuanto a sus efectos principales[15], cabe distinguir dos manifestaciones esenciales que se examinan a continuación.

1. Proporcionalidad y anti-formalismo

Una resolución de inadmisión de la demanda contenciosa vulnera el art. 24.1 CE no únicamente cuando incurre en arbitrariedad o error manifiesto, sino también cuando revela una clara desproporción entre los fines

---

11 Pemán Gavín, J. M.: «Algunas manifestaciones del principio *pro actione* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 104, 1984, págs. 245-247.

12 Martins Pirens, C.: «El principio *pro actione*: casos críticos», en Chaves Garcia, J. R. (coord.), *77 aspectos esenciales del proceso contencioso-administrativo*, 2024, La Ley soluciones legales, págs. 329-332.

13 STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3.

14 STC 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 3.

15 Aunque el principio también se producen otros efectos ya que se extiende contra todo rigorismo formal excesivo. Martín Queralt, J. B.: «Una relevante consecuencia del principio *pro actione*: recursos de reposición y acceso a la vía contenciosa (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2019, Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso 4607/2018)», *Carta tributaria. Revista de opinión*, n.º 59, 2020, pág. 1 y ss.; Pérez de Ayala Becerril, M.: «STC 133/2005, de 23 de mayo: principio *pro actione* y artículo 56 LJCA: posibilidad de introducir en vía contenciosa administrativa fundamentos o motivos nuevos que justifiquen la demanda, pero nunca cuestiones nuevas no alegadas», *Crónica Tributaria*, núm. 129, 2008, págs. 203-209.

que la causa legal de inadmisión preserva y los intereses que sacrifica al impedir el acceso al fondo del asunto. En este sentido, los órganos jurisdiccionales están obligados a interpretar las normas procesales de la jurisdicción contencioso-administrativa no solo de manera razonada y exenta de arbitrariedad, sino en sentido amplio y no restrictivo, evitando las decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, evidencien una nítida desproporción entre el fin tutelado por la causa de inadmisión y el interés favorable a la consecución normalizada del proceso judicial a través de una resolución sobre el fondo del asunto planteado[16].

En ese sentido, esta exigencia anti-formalista implica que los tribunales deben aplicar las normas reguladoras de los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente la finalidad por las que el legislador las estableció, pues los presupuestos procesales son instrumentos al servicio del proceso y de sus garantías, no fines en sí mismos. Por este motivo, su aplicación descontextualizada o excesivamente rígida, cuando conduce al cierre del proceso sin resolución de fondo, resulta incompatible con las exigencias del art. 24.1 CE[17].

2. El deber de subsanación

La otra gran manifestación del principio *pro actione* en el plano procesal es el deber judicial de requerir la subsanación de los defectos advertidos antes de proceder a la inadmisión. El art. 45.3 LJCA impone al órgano judicial el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia de la parte recurrente y, cuando estime que no concurren los requisitos exigidos para su validez, requerirle su subsanación. Este examen ha de realizarse, en principio, tan pronto como se presente el escrito de interposición; si bien, dado que se trata de un requisito del que depende la validez de la comparecencia y, con ella, la de todo el proceso, puede efectuarse en cualquier momento procesal posterior, incluso en sentencia, mediante la declaración de inadmisibilidad del recurso.

Lo verdaderamente relevante desde la perspectiva constitucional es que la omisión de dicho requerimiento de subsanación puede determinar, por sí misma, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando desemboque en una inadmisión. A tal efecto, el art. 24.1 CE impide el cierre del proceso por defectos susceptibles de corrección: para que una decisión de inadmisión fundada en el incumplimiento de un requisito procesal sea constitucionalmente válida, es preciso que dicho requisito sea

16 STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3.

17 STC 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 4.

ISBN: 978-84-7777-740-3

insubsanable o que, siendo subsanable, el actor haya tenido la oportunidad de corregirlo y no lo haya hecho. Proceder directamente a la inadmisión cuando el defecto era corregible y el tribunal no ofreció esa posibilidad supone, en definitiva, aplicar un rigor innecesario que resulta incompatible con las exigencias del derecho fundamental[18].

III. MANIFESTACIONES EN EL ÁMBITO DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Entre las causas de inadmisión del recurso contencioso-administrativo previstas en el art. 69 LJCA —falta de jurisdicción del tribunal, interposición por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada, impugnación de actos o disposiciones no susceptibles de recurso, cosa juzgada o litispendencia, y presentación fuera de plazo—, la relativa a la falta de legitimación activa constituye, con diferencia, el motivo de inadmisión más frecuentemente invocado ante los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Su carácter de presupuesto subjetivo del proceso[19], la amplitud con que está configurada legalmente y la diversidad de situaciones jurídicas que pueden quedar comprendidas o excluidas de su ámbito hacen de la legitimación activa un terreno especialmente sensible a la tensión entre las exigencias del principio *pro actione* y los límites que el propio ordenamiento impone al acceso a la jurisdicción.

Por ello, el análisis de cómo opera dicho principio en este concreto ámbito resulta especialmente relevante, tanto desde una perspectiva teórica como desde la práctica judicial cotidiana.

La legitimación puede definirse como la aptitud para ser parte en un proceso concreto (*legitimatio ad causam*) y, en el orden contencioso-administrativo, se asienta sobre la noción de interés legítimo, recogida en el art. 19.1 LJCA[20] como concepto vertebrador de la legitimación activa.

El interés legítimo se caracteriza por la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de modo que la anulación del acto o disposición impugnados produzca un efecto directo sobre la esfera jurídica del recurrente: positivo, en forma de beneficio o utilidad ju-

---

18 STC 167/2014, de 22 de octubre, FJ 4.

19 Garcaía de Enterría, E. y Fernández, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, 13.ª ed., 2013, Civitas, págs. 641-646.

20 Se exige una relación particularizada con el objeto del proceso, tal y como regula el art. 19 LJCA para el orden contencioso-administrativo. Fernández Rodríguez, C. (coord.), *Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 303.

rídica, o negativo, en forma de eliminación de un perjuicio[21]. Dicho efecto puede ser actual o futuro, pero ha de ser en todo caso cierto, quedando excluidos los intereses meramente potenciales o hipotéticos. El interés ha de ser, además, cualificado y específico: no cualquier relación con el objeto del proceso resulta suficiente, sino que se requiere que la resolución impugnada —o, en su caso, la inactividad denunciada— repercuta de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso. Son, por tanto, constitucionalmente inadmisibles las decisiones de inadmisión dictadas en aquellos supuestos en que tal interés pueda razonablemente apreciarse[22].

La doctrina constitucional ha proyectado el principio *pro actione* sobre el concepto de interés legítimo en una serie de supuestos que, por su recurrencia y complejidad, merecen un examen específico. Entre ellos destacan, por su relevancia práctica, los que se analizan a continuación.

1. Legitimación sindical

El Tribunal Constitucional ha construido una doctrina consolidada sobre la legitimación de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo señalando que ostentan dos modalidades de legitimación. Una legitimación abstracta o general, inherente a su función constitucional, y otra segunda legitimación concreta, que debe acreditarse en cada proceso en atención al vínculo entre el sindicato y el objeto del litigio.

En cuanto a la primera dimensión, los sindicatos ostentan, por su propia naturaleza y por mandato constitucional, una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que no descansa exclusivamente en el vínculo de afiliación, sino en la condición sindical del grupo. Esta función, reconocida en los arts. 7 y 28.1 CE y respaldada por los instrumentos internacionales suscritos por España, les habilita para actuar en procesos en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, incluso cuando el ejercicio de tales derechos corresponda en puridad a cada trabajador individualmente considerado. No obstante, esta legitimación abstracta no es suficiente por sí sola para accionar en un proceso concreto. Para que un sindicato pueda ser considerado parte legitimada en un litigio determinado, no basta con que acredite la defensa genérica de un interés colectivo o el ejercicio de una actividad sindical ordinaria. Es preciso, además, que exista un vínculo especial y concreto entre el sindicato —sus fines, su ámbito de actuación, su actividad— y el objeto del debate procesal.

---

21 Normalmente, el interesado en el procedimiento estará legitimado para impugnar judicialmente el acto administrativo. Velasco Caballero, F. y Darnaculleta Gardella, M. M. (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2.ª ed., 2024, pág. 382.

22 STC 69/2025, de 24 de marzo, FJ 2; con cita de la STC 73/2006, de 13 de marzo, FJ 3.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Este nexo se plasma en la noción de interés profesional o económico, entendido como la posibilidad de obtener una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso[23].

La aplicación de este criterio al supuesto de impugnación de acuerdos de compatibilidad de funcionarios resulta ilustrativa. En tales casos, el sindicato ostenta legitimación porque la resolución impugnada incide directamente en las expectativas de empleo —público o privado— de los trabajadores de su sector, de modo que una resolución estimatoria reportaría una ventaja profesional y económica de innegable trascendencia colectiva, conectada además a la función institucional que la Constitución atribuye a los sindicatos. El nexo con el interés legítimo resulta, en estos supuestos, claramente discernible y suficiente para superar el umbral de la legitimación[24].

2. Legitimación individual y colectiva

Una cuestión de especial relevancia práctica es la que se plantea cuando concurren, sobre un mismo objeto litigioso, tanto la legitimación de una entidad colectiva como la de sus miembros individualmente considerados. El Tribunal Constitucional ha precisado que la legitimación de la entidad colectiva no absorbe ni excluye la legitimación individual de quienes la integran, siempre que estos ostenten un interés legítimo propio y directo en el resultado del proceso.

Así, obligar a un profesional a canalizar su reclamación exclusivamente a través de su corporación colegial, negándole la posibilidad de actuar por sí mismo ante los tribunales para reclamar derechos que dimanan de prestaciones que él mismo realizó, constituye una interpretación desproporcionada de las reglas de legitimación que lesiona el derecho de acceso a la jurisdicción. Si el sujeto está obligado por un acuerdo a efectuar una prestación y tiene derecho a la correspondiente contraprestación, ha de poder

---

23 STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; con cita de la STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 3, y las SSTC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 y 217/1991, SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5, y 24/2001, de 29 de enero, FJ 5.

24 La LO 1/2025, de 2 de enero, ha reformado dos preceptos de la LJCA con la finalidad de ampliar las posibilidades de actuación procesal de los sindicatos. Concretamente, se modifican los arts. 19.1.k) y 45.2.e) LJCA, ampliando la legitimación de los sindicatos para litigar en defensa de los intereses individuales de sus afiliados. Tras la reforma, podrán impugnar actos administrativos que afecten únicamente a un afiliado concreto, incluso en ausencia de un interés colectivo. Esta previsión resulta especialmente relevante en el ámbito de los procesos selectivos de personal público, ya que habilita la intervención sindical tanto frente a las bases generales como respecto de sus consecuencias individuales. En todo caso, la acreditación de la legitimación sindical exige aportar documentalmente la condición de afiliado de la persona afectada, así como su autorización expresa para la interposición del recurso, previa comunicación del sindicato sobre su voluntad de iniciar el proceso.

también reclamar por sí mismo el cumplimiento de esa obligación y las consecuencias derivadas de su eventual incumplimiento, pues en ello reside una ventaja o utilidad jurídica de contenido económico suficiente para sustentar un interés legítimo en sentido constitucional[25]. Exigir adicionalmente un acuerdo previo del órgano de gobierno de la corporación como condición para el ejercicio individual de la acción agrava aún más la desproporción. En definitiva, la denegación de la legitimación individual en estos supuestos resulta contraria a la amplitud con que, desde la perspectiva constitucional, deben interpretarse las reglas de atribución de legitimación activa[26].

3. La legitimación de las asociaciones

El principio *pro actione* ha encontrado también una proyección destacada en el ámbito de la legitimación de las asociaciones constituidas para la defensa de intereses ambientales de incidencia territorial localizada. En estos supuestos, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el interés legítimo puede derivar directamente de la ubicación geográfica de los asociados en el área afectada por la actuación impugnada, sin que quepa confundir ese interés específico con el interés general o abstracto propio de la acción pública en defensa de la legalidad medioambiental.

Cuando los socios de una asociación residen en las inmediaciones de una instalación proyectada con incidencia ambiental directa sobre su entorno vital, la asociación defiende un interés específico —la salud, el bienestar y la calidad de vida de sus miembros como residentes en la zona— que supera cualitativamente el interés difuso característico de la acción popular medioambiental. Este título de legitimación ha de extenderse a aquellos casos en que los vecinos deciden asociarse para impugnar colectivamente una disposición general o un acto administrativo cuyos efectos ambientales se localizan precisamente en el área geográfica en que radican sus domicilios, pues en ello reside una ventaja o utilidad concreta que vincula de manera directa a los asociados con el objeto del litigio[27].

Por lo tanto, una interpretación restrictiva que negara la legitimación de tales asociaciones basándose en criterios formales —como la fecha de su constitución— cuando el interés de sus miembros es real, directo y geográficamente delimitado resultaría, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, incompatible con las exigencias del principio *pro actione*.

---

25 Guillén Caramés, J.: «Principio *pro actione* y legitimación de los miembros de una unión de empresarios para actuar individualmente en defensa de sus derechos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 975, 2021, págs. 1 y ss.

26 STC 155/2020, de 4 de noviembre, FJ 3; con aplicación de la doctrina de la STC 80/2020, de 15 de julio, FJ 4.

27 STC 69/2025, FJ 2; con cita de la STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 7.

ISBN: 978-84-7777-740-3

IV. EL ERROR PATENTE COMO LÍMITE A LA INADMISIÓN

Una manifestación específica y especialmente relevante de la tutela constitucional favorable al principio *pro actione* frente a las decisiones de inadmisión es la que se produce cuando estas descansan sobre un error de hecho patente y notorio, inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones judiciales.

En estos casos, el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo solicitado por entender que la inadmisión no responde a una legítima aplicación de los requisitos procesales, sino a una percepción equivocada de la realidad fáctica del proceso, con consecuencias directas sobre el derecho a obtener una resolución de fondo.

Para que el error de hecho tenga relevancia constitucional deben concurrir determinadas condiciones. Ha de tratarse, en primer lugar, de un error fáctico, no de una mera discrepancia en la interpretación jurídica aplicada por el órgano judicial. En segundo lugar, dicho error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, esto es, su existencia ha de resultar inmediata e incontrovertiblemente verificable a partir de las actuaciones obrantes en el proceso, sin necesidad de razonamiento o valoración adicional alguna[28]. No toda equivocación del tribunal tiene, pues, trascendencia constitucional: solo aquella que, siendo fáctica y ostensible, haya resultado determinante para la decisión de inadmisión e impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo.

El supuesto resuelto por la STC 167/2014, de 22 de octubre, ilustra con claridad esta doctrina. Un tribunal declaró la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por considerar que no se habían aportado los estatutos sociales de la entidad recurrente, documento exigido por el art. 45.2.d) LJCA para acreditar la habilitación del órgano que acordó el ejercicio de acciones judiciales. Sin embargo, dichos estatutos figuraban efectivamente incorporados al expediente administrativo, que había sido dado por reproducido en el proceso.

V. LOS LÍMITES DEL PRINCIPIO *PRO ACTIONE*

El principio *pro actione*, pese a su indudable fuerza expansiva como mandato hermenéutico favorable al acceso a la jurisdicción, no opera de manera absoluta ni puede desplazar los presupuestos procesales que el legislador ha establecido en legítimo ejercicio de su potestad de configuración del proceso. La tutela judicial efectiva es, como se ha señalado, un derecho

28 SSTC 162/1995, de 7 de noviembre, FJ 3, y 169/2000, de 26 de junio, FJ 2.

de configuración legal, y su garantía constitucional no equivale a la supresión de toda exigencia formal ni a la conversión del proceso en un mecanismo incondicionado de acceso a la jurisdicción.

En esa línea, el principio *pro actione* actúa como correctivo frente al rigorismo y la desproporción, pero no como sustituto de la diligencia procesal de las partes ni como habilitación para prescindir de los requisitos que ordenan el proceso en garantía de los derechos de todos los intervinientes.

1. El derecho de acceso a la jurisdicción como derecho de configuración legal

El acceso a la jurisdicción se ejerce necesariamente a través de los cauces procesales establecidos por el legislador, quien puede fijar límites y condiciones razonables orientados a la protección de bienes jurídicos legítimos, sin que ello suponga *per se* una vulneración del art. 24.1 CE. En este marco, el principio *pro actione* obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas reguladoras de los requisitos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando excesos formalistas que los conviertan en obstáculos impeditivos del acceso a la jurisdicción; pero esta obligación hermenéutica no implica la selección forzosa de la solución más favorable a la admisión de entre todas las interpretaciones posibles, ni puede conducir a prescindir de los requisitos legalmente establecidos en garantía de los derechos de todas las partes[29].

Por lo tanto, el principio *pro actione* exige razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de las normas procesales, no su inaplicación[30].

2. La diligencia procesal de las partes

Un segundo límite de especial relevancia práctica es el que deriva del principio de autorresponsabilidad procesal. El principio *pro actione* no ampara la negligencia ni la falta de diligencia del litigante. Cuando la inadmisión

---

29 STC 167/2014, de 22 de octubre; con cita de las SSTC 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 4; 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 182/2003, de 20 de octubre, FJ 2; y 45/2002, de 25 de febrero, FJ 2.

30 Merece atención el debate que suscita la tensión entre dos derechos fundamentales: el principio *pro actione* y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La aplicación expansiva del primero puede comprometer la tutela del segundo, en la medida en que una interpretación excesivamente favorable a la admisión prolonga los procesos y puede convertirse en una rémora para la justicia en tiempo razonable, llegando incluso a cuestionar el propio concepto de Estado de Derecho. García Pons, E.: «Aporía del principio *pro actione* en el ámbito temporal del proceso debido», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, pág. 343.

ISBN: 978-84-7777-740-3

es directamente imputable a una actitud pasiva de la parte —que, habiendo sido advertida del defecto existente o teniendo conocimiento de la causa legal de inadmisión, no procedió a su subsanación en el momento procesalmente oportuno—, no cabe entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

La garantía constitucional opera como escudo frente al rigorismo judicial injustificado, pero no como mecanismo de corrección de la propia inactividad o de la actuación desleal[31] del recurrente. El proceso exige de las partes una conducta activa y diligente, y el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos imputable exclusivamente a ellas no encuentra amparo en el art. 24.1 CE.

3. La exclusión de la acción popular abstracta

Un tercer límite, directamente conectado con la doctrina sobre la legitimación activa analizada en el apartado anterior, es el que veda la utilización del proceso contencioso-administrativo como instrumento de control abstracto de la legalidad.

Salvo en los supuestos en que el legislador ha previsto expresamente la acción popular —como ocurre en materia urbanística o, con matices, en el ámbito medioambiental—, nadie puede erigirse en guardián abstracto de la legalidad, con independencia de cuál sea su relevancia constitucional o la amplitud de sus fines estatutarios.

La legitimación procesal en el orden contencioso-administrativo, también para estas entidades, ha de localizarse siempre en la noción de interés legítimo. Lo que significa que debemos hallarnos ante un interés propio, cualificado y específico, identificable en la obtención de un beneficio o en la

31 Este retraso desleal, por ejemplo, en el acceso al empleo público, es contrario a las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho. En ese sentido, se pronuncian, entre otras, la STS, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:62), la STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:7909), y la STS, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:4506). Esta última resolución establece que: (…) «se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, señalando también la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho contra anterior conducta en la que hizo confiar a otro —prohibición de ir entre los actos propios—, y especialmente infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo —retraso desleal vulnerando tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben conformar el ejercicio del Derecho, las que lejos de carecer de transcendencia determinan el que el ejercicio del derecho se torne inadmisible, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el párrafo 1.º del artículo 7 del Código Civil».

desaparición de un perjuicio derivado de la eventual estimación del recurso, que no requiere necesariamente contenido patrimonial, pero que sí ha de ser real y concreto[32]. A las personas jurídicas de naturaleza asociativa se les aplica, en consecuencia, la misma exigencia que a cualquier otra parte procesal: la acreditación de un vínculo específico entre su esfera de intereses y el objeto del proceso.

VI. CONCLUSIONES

El recorrido realizado a lo largo de las páginas precedentes permite trazar un retrato sistemático del principio *pro actione* que va más allá de su formulación abstracta y revela su verdadera dimensión operativa en el proceso contencioso-administrativo español.

Lo primero que debe subrayarse es su naturaleza: el principio *pro actione* no es un derecho autónomo ni una cláusula retórica, sino un mandato hermenéutico de rango constitucional que vincula directamente a todos los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Su fundamento reside en el art. 24.1 CE y su función es garantizar que los presupuestos procesales sean aplicados en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a obtener una resolución de fondo, impidiendo que formalismos injustificados o interpretaciones desproporcionadas los conviertan en obstáculos insalvables. Esta eficacia es especialmente intensa en el umbral de acceso a la primera respuesta judicial, donde el canon de control constitucional alcanza su mayor exigencia y la proporcionalidad entre el fin tutelado por la causa de inadmisión y el interés sacrificado se convierte en el eje central del enjuiciamiento.

Todo ello, sin embargo, ha de leerse a la luz de los límites estructurales que definen la verdadera naturaleza del principio. El principio *pro actione* no implica la selección forzosa de la interpretación más favorable a la admisión de la pretensión, no ampara la negligencia ni la pasividad del litigante, y no convierte a ningún sujeto en guardián abstracto de la legalidad al margen de un interés legítimo propio y concreto. Es, en definitiva, un corrector del rigorismo formal y de la desproporción, pero no una dispensa de la diligencia procesal ni una habilitación para prescindir de los requisitos que el legislador ha establecido en garantía de los derechos de todos los intervinientes en el proceso.

La jurisprudencia constitucional ha construido así, en torno a este principio, un sistema de garantías que articula de manera equilibrada la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción y la seguridad jurídica

32 STC 203/2002, de 28 de octubre; con cita de las SSTC 101/1996, de 11 de junio, FJ 2; 210/1994, de 11 de julio, FJ 4; y 97/1991, FJ 2.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que exige la ordenación legal del proceso. El reto permanente para los tribunales del orden contencioso-administrativo consiste en interiorizar ese equilibrio como criterio cotidiano de enjuiciamiento, evitando tanto el rigorismo formal que cierra injustificadamente el proceso como la laxitud que vaciaría de contenido los presupuestos procesales establecidos por el legislador.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Protección del medio ambiente y política forestal: nota sobre la aplicación del Derecho europeo

Xabier Ezeizabarrena

Profesor asociado de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitea (EHU)
ORCID: 0000-0002-2781-8158

En homenaje a nuestro admirado Edorta Cobreros,
maestro y amigo, profesor único, sencillo, didáctico y riguroso.
En suma, brújula certera para cualquier amante del Derecho *in totum*

Sumario. Introducción.—II. El problema de las competencias sobre medio ambiente.—III. Montes, bosques e interés general.—IV. El ejemplo de Aezkoa-Irati: principios locales para una protección global.—V. Algunos retos pendientes.—VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los montes y espacios forestales configura un elemento central del Derecho ambiental en nuestros días. El carácter finito de los elementos que componen la naturaleza, así como la regulación de sus usos, costumbres y formas de explotación son, además, un elemento identitario central de Euskal Herria, especialmente en su ámbito pirenaico. La importancia de estos aspectos en la lucha contra el cambio climático es igualmente un elemento jurídico central para considerar[1], junto al concepto fluctuante de desarrollo sostenible[2].

En este contexto, resulta pertinente traer a colación el artículo 130 de la Constitución de 1978, como norma sustantiva especialmente olvidada hasta la fecha en la praxis política y administrativa real. Art. 130 CE:

1 *Vid.*, en general, M. Sarasibar, «El Derecho Forestal ante el Cambio Climático: las funciones ambientales de los bosques», Thomson-Aranzadi, 2007; R. de Vicente, «Espacios forestales (su ordenación como recurso natural», Civitas, Madrid, 1995; E. SANZ, «Identidad, montaña y desarrollo. Los valles de Roncal, Salazar y Aezkoa», Gobierno Vasco, Gasteiz, 2009; J. C. Alli, «La Mancomunidad del Valle del Roncal», Gobierno de Navarra, 1999.

2 Este paradigma, no obstante, parece muy claro y plausible en el plano teórico mientras su aplicación real en la práctica no viene siendo tan evidente.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> «1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.
>
> 2. Con el mismo fin se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña».

En cualquiera de los casos, como sucede con el resto de las problemáticas ambientales, no se trata de una cuestión nueva o contemporánea. El propio Platón adelantó diversas cuestiones sobre el particular recogidas hoy en los códigos civiles y en la legislación de montes con el fin de regular y lograr determinados objetivos de protección.

El derecho para la protección de los montes y los bosques se enfrenta a diversos retos en la actualidad. Por un lado, a la necesidad de hacer frente, en clave de sostenibilidad, a prácticas económicas poco sostenibles en el medio y largo plazo. Por otro lado, en el plano jurídico interno, a la necesidad de articular y desarrollar medidas de cumplimiento efectivo del art. 45 de la Constitución de 1978 en estos ámbitos y en una evolución jurídica casi permanente. A este respecto, el sistema jurídico actual con preeminencia del Derecho europeo, supera con creces las mugas del Derecho interno, aspecto este muy positivo para el espacio pirenaico[3].

Pese a todo lo anterior, la jurisprudencia no ha sido receptiva hasta la fecha a una consideración del art. 45 CE como derecho humano subjetivo, con interpretaciones complejas. Tampoco el legislador, en general, ha sido capaz de articular normativas eficaces y susceptibles de cumplimiento efectivo. De este modo, como en tantas otras ocasiones, nos encontramos ante un problema jurídico, pero también político.

La falta de cumplimiento de la propia normativa europea y constitucional pone de manifiesto la ausencia de voluntad política e institucional en bastantes ocasiones. De modo que siguen siendo necesarios cambios estructurales para mejorar la gestión ambiental en estos ámbitos, también, por cierto, en Euskal Herria en su conjunto y, particularmente, en el Pirineo navarro.

Como en todos los ámbitos administrativos, es necesario reconocer que el reconocimiento de derechos supone, igualmente, la asunción de obligaciones sustantivas en relación con el medio ambiente[4].

---

3 *Vid.* D. Loperena, «El derecho al medio ambiente adecuado», Civitas, 1998. Como adelantaba el propio D. Loperena ya en 1997, nos encontramos ante un derecho humano vinculado a la supervivencia de nuestra especie. Esta cuestión ha sido así reconocida por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución de julio de 2022: https://digitallibrary.un.org/record/3983329?ln=en

4 X. Ezeizabarrena, «Rio+20 (1992-2012): el reto del Desarrollo Sostenible», *Cuadernos de Derechos Humanos,* n.º 70, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

La problemática jurídico-ambiental nos plantea cuestiones de cumplimiento y de interpretación de las normas y competencias vigentes. La jurisdicción interna puede encontrar para ello una ayuda inestimable en el Derecho internacional y europeo y, en particular, la propia jurisprudencia sobre medio ambiente emitida por el Tribunal de Justicia de la UE y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. EL PROBLEMA DE LAS COMPETENCIAS SOBRE MEDIO AMBIENTE

Como es bien conocido en el ámbito jurídico, la problemática ambiental general se viene enfrentando a problemas competenciales de diverso calado, que también se manifiestan en los montes y espacios forestales. En primer lugar, dado que el concepto de competencia ambiental es muy extenso y abierto; en segundo término, dado que los títulos competenciales ambientales no son nada claros en la Constitución de 1978, ni en el Estatuto de Gernika de 1979 (Ley Orgánica 3/1979), ni en el Estatuto navarro (Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero de 1982).

Adicionalmente, los arts. 149.1.23 y 148.1.9 CE se encargan de determinar el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. Pero la cuestión es más compleja, si consideramos que estas competencias también se recogen en algunos otros títulos competenciales de importancia[5]. Entre ellos, se pueden citar los títulos relativos a montes y gestión forestal, entre otros (art. 148.1.8 CE). En el caso de la Comunidad Autónoma Vasca (CAV), con especial relevancia de sus Territorios Históricos y en el caso de Navarra, como competencias compartidas entre la Comunidad Foral, las Juntas Generales de los Valles, los Municipios e importantes preceptos del Derecho Civil Foral de Navarra.

En cualquier caso, sigue siendo necesaria una actualización de estas cuestiones en la Constitución (especialmente de cara a la clarificación de las competencias europeas derivadas de los Tratados, Reglamentos y Directivas) y en los estatutos de autonomía. De este modo, la protección de los montes y espacios forestales puede dividir su normativa en dos ámbitos fundamentales: el Derecho administrativo y el Derecho civil[6].

En este sentido, en el caso de la CAV debemos remitirnos a la legislación ambiental sectorial emanada del Parlamento Vasco, junto a las normas forales de montes de cada Territorio Histórico. Se mantiene vigente, en al-

---

5 *Vid.* D. Loperena y X. Ezeizabarrena, «Reciente jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* n.º 2, Pamplona, 1998.

6 S. Martín-Retortillo, «El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones», Civitas, Madrid, 1996.

ISBN: 978-84-7777-740-3

gunos aspectos el Código Civil, dado que le legislación civil foral vasca se reduce específicamente a la materia de sucesiones[7].

En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, existe igualmente legislación ambiental sectorial emanada del Parlamento navarro y la Compilación vigente de Derecho Civil Foral de Navarra, con primacía de la costumbre sobre la Ley[8]. Este aspecto navarro puede ser fundamental a la hora de desarrollar normativas locales, por ejemplo, en los valles y municipios. Lo anterior no debe hacernos olvidar la aplicación de la legislación básica europea y estatal en todas las materias ambientales.

En suma, nos encontramos ante recursos y fuentes jurídicas diversas con dos objetivos fundamentales que debemos armonizar: la protección ecológica y el desarrollo económico y social[9].

III. MONTES, BOSQUES E INTERÉS GENERAL

La problemática que rodea a los bosques se encuentra íntimamente ligada con el cambio climático y la situación del agua en cada contexto político y geográfico. También, por supuesto, con la diferente configuración jurídica que tienen los bosques en los distintos contextos geopolíticos.

Además, la función depuradora que realizan los bosques del aire que respiramos y de la atmósfera supone una contribución natural cuyo valor económico, ecológico y social son imposibles de calcular. Por lo tanto, el mantenimiento y protección de las superficies arbóreas, la regeneración forestal en general y, en suma, la lucha contra la deforestación, suponen retos imprescindibles que se deben acometer bajo criterios de sostenibilidad e internalización de los costes económicos derivados de la pérdida de masas arbóreas o la imposibilidad de que estas realicen con normalidad su tarea de protección del suelo y depuración del aire.

Bien conocido es el dicho, aunque desconocido su origen, sobre la posibilidad de las antiguas ardillas peninsulares para cruzar la península ibérica desde los Pirineos hasta Gibraltar, de árbol en árbol, sin bajar una sola vez a tocar el suelo. Italo Calvino llega a ilustrar un paisaje en «El barón rampante»[10], con la imagen de un mono que desde Roma hubiera podido llegar a España sin bajarse de los árboles. Semejantes maniobras serían hoy

---

7 Ley 5/2015, del Parlamento vasco, de Derecho Civil Foral Vasco.

8 Ley Foral 21/2019, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. *Vid.* J. C. Alli, «Personas jurídicas y bienes públicos en la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra», *Iura Vasconiae,* n.º 13, Donostia, 2016.

9 *Vid.*, M. Karrera, «Sobre la función de los montes y su planificación», *Revista Vasca de Administración Pública,* n.os 99-100, Oñati, 2014.

10 I. Calvino, «El barón rampante», Siruela, Madrid, 1993, pág. 39.

del todo imposibles, tanto en la península ibérica como en buena parte del mundo. El proceso de paulatina deforestación y artificialización del suelo camina por derroteros de difícil reconducción.

Los bosques han sido, igualmente, un elemento de explotación económica sometida a los rigores y designios del mercado en cada momento de la historia. Además, han sido y siguen siendo bienes o recursos naturales susceptibles de titularidad privada y, por tanto, sujetos al libre comercio de sus titulares (con límites derivados del interés general), a la explotación industrial de su riqueza y a la posterior repoblación con especies, muchas veces invasoras, que han debilitado su riqueza originaria. En Euskal Herria, por ejemplo, ha sido habitual observar durante décadas la transformación de hayedos y robledales o bosques mixtos en extensos bosques de pinos *insignis*, de California o canadienses de rápido crecimiento y posterior explotación.

Como en otros componentes de la biodiversidad que nos rodea, la naturaleza no es algo que se pueda improvisar al margen de los propios criterios naturales. La biodiversidad se rige por criterios y relaciones naturales previamente establecidos que mantienen una determinada armonía de movimientos, interacciones y relaciones insustituibles. Esto es, la naturaleza y sus relaciones se basa en una serie de reglas propias que gozan *per se* de armonía y ritmo; su sinfonía es singular y propia, de modo que el ser humano ha de procurar adaptarse a las mismas y no al contrario como nos viene sucediendo.

De hecho, la configuración natural de un bosque autóctono puede tardar cientos o miles de años en producirse. Es el fruto natural pero anárquico de un sinfín de relaciones biológicas e interacciones con la fauna, la flora, el clima y el propio ser humano. Por el contrario, su desconfiguración absoluta puede ser cosa de días o meses, según los casos. Según los datos de la ONU, un habitante de cada cinco en el mundo depende del bosque para subsistir. Unos 60 millones de indígenas obtienen sus alimentos de los bosques. Su hábitat es el hogar de prácticamente dos tercios de las especies del planeta. Son garantía de subsistencia de la propia biodiversidad en su conjunto y su función depuradora es insustituible.

Todas estas premisas no han impedido que los datos demuestren el retroceso constante de las superficies y masas arbóreas del planeta. Las razones son diversas, aunque fundamentalmente económicas, cuando se opta entre tendencias cortoplacistas de explotación puntual del bosque y sus recursos, frente a la adecuada internalización de los costes ambientales que supone la eliminación de un bosque autóctono, o su eventual transformación en madera o, en su caso, su repoblación con especies invasoras de crecimiento rápido. En la Amazonía, por ejemplo, se estima que entre el 10 y el 12% de las selvas y bosques húmedos han desaparecido, fundamentalmente para ser sustituidos por cultivos de soja. En Sumatra (Indonesia), la

ISBN: 978-84-7777-740-3

propia ONU estima que se han perdido todos los bosques de tierras bajas en los últimos 30 años. En la cuenca del Congo se vienen perdiendo unos 1,5 millones de hectáreas de cubierta forestal.

Todo lo anterior viene sucediendo ante la atenta pero pasiva proliferación de normativas internas e internacionales de protección de los bosques y su biodiversidad. Convenios, tratados internacionales y normativas de rango interno que abordan la cuestión desde la perspectiva local y global, pero que no logran detener el retroceso de los datos en este ámbito especialmente sensible. Incluso en el ámbito de la protección de espacios naturales se siguen observando retrocesos significativos derivados de la implantación de infraestructuras y del desarrollo de nuevos ámbitos urbanísticos que tienden a la artificialización del suelo en detrimento de los bosques y la biodiversidad originaria. Claro que lo anterior tampoco puede ser excusa para rechazar, en todo caso, cualquier infraestructura, cualquier obra o cualquier nuevo ámbito urbanístico a desarrollar. Tampoco, claro está, que tales infraestructuras deban acometerse necesariamente. Más bien parece que seguimos sin encontrar un punto de equilibrio a través del cual sea factible tomar decisiones sobre estas cuestiones de manera motivada y rigurosa en un sentido o en otro. Más aún, incluso, procurando establecer las medidas compensatorias necesarias en cada ámbito para sustituir, por ejemplo, el bosque o la biodiversidad sacrificada, por medidas positivas de regeneración, de repoblación o de restauración del bosque y su biodiversidad tanto en el propio lugar de referencia de los impactos como en los lugares alternativos que lo precisen. Es este, como tantas otras veces, un mandato teórico de la propia legislación doméstica e internacional que sigue sin cumplirse y que solo precisa de dos condiciones previas: voluntad política y recursos económicos para tal fin.

La voluntad política es real en el mero plano de la concienciación política general. Sin embargo, dicha voluntad tiende posteriormente a no manifestarse en la realidad de los hechos prácticos. Esa voluntad política se encuentra claramente condicionada por la propia economía y los recursos disponibles en cada momento y contexto. Estos son, evidentemente, escasos y normalmente ajenos a las políticas de sostenibilidad en momentos de crisis como la actual. Una vez más, fundamentalmente, dado que los costes ambientales no se internalizan en las políticas económicas ni en las políticas públicas en general. En otras palabras, desconocemos cuál es el coste ambiental, pero también económico, de una decisión que haga desaparecer 100 hectáreas de bosque autóctono en un lugar determinado. Se obvia su valor ecológico, social y económico en términos cuantitativos. Se evita su medición rigurosa, mientras se opta por medir y defender los puestos de trabajo derivados de una determinada apuesta urbanística o la contribución al Producto Interior Bruto de una comunidad de esa misma operación, independientemente de su necesidad real o de su carácter prescindible.

La reflexión de fondo subyacente es que un bosque, en sí mismo, justifica su propia sostenibilidad; su vocación de permanencia en el tiempo y de armonía con el entorno que le rodea. Si a ello añadimos la valorización social y económica de lo que representa, además de un bien ambiental o ecológico preciado, encontraremos que se trata, además, de un bien público de primer orden vinculado al interés general o público de todas las personas. Un bien que, por tanto, cumple funciones de interés general siempre que limitemos o condicionemos, en alguna medida, el libre juego del mercado con sus utilidades y con sus capacidades de servicio público a la comunidad.

Además, como sucede con los restantes recursos naturales, los bosques facilitan toda una serie de relaciones e interacciones naturales cuya singularidad es de imposible sustitución. Fauna, flora, suelo, agua y atmósfera, entre otros, verán su viabilidad y desarrollo directamente influenciada por la salud y la propia viabilidad de las masas arbóreas en cada lugar. De lo contrario, algunas especies dejarán de florecer y otras migrarán hacia lugares donde puedan adaptarse con mayor facilidad, en función de parámetros como la abundancia de agua, el silencio, la temperatura o la propia presencia e impacto de los seres humanos. Estas variables dependen igualmente de la propia tipología de los bosques en cada ubicación geográfica, por lo que políticas y normas tienen la obligación de adaptarse a casuísticas muy diversas, pero igualmente singulares. Es, en suma, la ley la que debe adaptarse a los parámetros y necesidades de la naturaleza y no al contrario.

Este sencillo parámetro derivado del mínimo sentido común se encuentra presente en la práctica totalidad de las leyes que protegen la naturaleza, pero su apreciación en la práctica no es tan sencilla en un sistema jurídico donde la economía y el mercado tienden a condicionar cualquier decisión pública que afecte a la determinación del interés general. En ocasiones, por ejemplo, se protege un bosque o un árbol singular no tanto por su propia singularidad natural si no por valores y objetivos culturales y/o turísticos. Esta circunstancia, en sí misma, no tiene connotación negativa alguna. Sin embargo, puede no ser directamente un parámetro positivo de sostenibilidad que garantice la protección de un bosque o su viabilidad futura desde la perspectiva del desarrollo sostenible. Más si cabe, por ejemplo, cuando impregnamos los valores culturales y turísticos de referencias o apoyos externos en busca, precisamente, de la atracción turística masiva o de una cultura comercial, también masiva habitualmente, que puede verse alejada del propio concepto de sostenibilidad.

De una u otra forma, también las propias necesidades de subsistencia en muchos lugares del mundo generan dinámicas de tala de bosques para usos energéticos, por ejemplo, comercialización de la madera para distintos usos mercantiles y liberación de espacios con destinos ulteriores agrícolas y ganaderos. En esta ocasión, como en tantas otras, resulta especialmente complicado desvincular la protección ambiental y ecológica estricta de un bien como los bosques, de dinámicas propias de la subsistencia humana en

ISBN: 978-84-7777-740-3

la propia naturaleza o comercializando por necesidad sus recursos. La realidad nos enseña que seguimos protegiendo nuestros recursos naturales no tanto por su propio valor natural como únicos e insustituibles, sino por la valoración económica potencial que generan tales recursos en ámbitos diversos. Se trata de la habitual perspectiva antropocéntrica alrededor de la cual giran nuestras sociedades y sus economías. Más que un giro estructural de concepto, necesitamos una auténtica ciaboga filosófica sobre el significado de la propia vida y nuestra vinculación con la naturaleza[11].

Resulta de gran interés, la visión de la autora navarra M. Sarasibar: «El Derecho forestal históricamente ha venido ocupándose solo de la gestión de la propiedad de los montes como productores de aprovechamientos, con una muy limitada preocupación por otros factores, tales como la lucha contra la erosión, la propia conservación de la masa forestal o la protección de determinados espacios. Esto ha cambiado radicalmente, puesto que se ha revelado que esta regulación histórica no solo era insuficiente sino sobre todo profundamente insatisfactoria con los nuevos objetivos que debían cumplir los bosques. La aparición del nuevo paradigma del desarrollo sostenible, incluso con su recepción en la Constitución española de 1978, exigían una renovación tanto de la normativa como, más aún, del orden de valores que presidían la regulación forestal. Siendo ello motivo suficiente para expresar una renovación profunda del Derecho forestal, aparece recientemente la preocupación social, y también jurídica, sobre un nuevo fenómeno, que es el cambio climático. Nadie puede desconocer ya los importantes cambios de las condiciones climáticas del planeta, que han cobrado una velocidad vertiginosa en los últimos años. Se trata de una preocupación mundial que ha llevado a las Naciones Unidas a crear el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC), a fin de obtener un conocimiento preciso de los cambios que se producen, así como de las posibles acciones que mitiguen o prevengan sus importantes resultados negativos para el planeta[12]».

IV. EL EJEMPLO DE AEZKOA-IRATI: PRINCIPIOS LOCALES PARA UNA PROTECCIÓN GLOBAL

Tal y como sucede en otros ámbitos regulatorios ambientales, en el caso del entorno del Valle de Aezkoa e Irati[13], la regulación de los montes

---

11 *Vid*. I. Eizagirre y A. Lizarralde, «Garapen iraunkorra: garatzeko bizi ala bizitzeko garatu», Alberdania, Irun, 2005.

12 M. Sarasibar, «El Derecho Forestal ante el Cambio Climático: las funciones ambientales de los bosques», Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 17.

13 Según recoge J. C. Alli Aranguren, la Ordenanza 15.ª del Valle de Salazar se refiere al monte Irati como de «dominio concellar». Así lo recoge su trabajo, «El dominio concellar», en *Iura Vasconiae*, n.º 1, 2004, pág. 381. Ley 391 de la Ley 1/1973, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

y los bosques necesita coordinación de medidas y actuaciones institucionales. Esto será especialmente necesario allí donde surjan los conflictos. A tal efecto, resulta clave discernir el carácter público o privado de cada espacio y sus niveles de protección. Lo anterior debe ser completado, con las competencias de las Juntas Generales de cada valle en el Pirineo navarro y, especialmente, la competencia urbanística municipal.

Al mismo tiempo, la legislación ambiental general también va a resultar aplicable en función del sector de actividad regulado, respetando siempre los derechos de acceso a la información y de participación pública ante cualquiera de las administraciones públicas competentes en materia de medio ambiente[14].

Es imprescindible que las administraciones públicas competentes determinen cada una de sus decisiones en base a la protección del interés público, mediante una adecuada planificación de los recursos y sus usos. Ello incluye criterios de gestión y protección también sobre aquellos montes y bosques de titularidad privada[15]. A tal fin, especialmente el Derecho europeo nos aporta algunos principios de evidente interés en la aplicación de la legislación ambiental en cualquier sector[16]:

a) Pensamiento global, actuación local (art. 3 del Tratado de la UE).
b) Proporcionalidad, en función de la titularidad pública o privada de montes, bosques, corralizas[17] y helechales[18] (art. 1.1 del Código Civil y, en general en Navarra, Ley Foral 21/2019, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo[19]).
c) La responsabilidad civil ambiental debe cubrir la totalidad del daño ambiental ocasionado, la restauración del medio, y evitando vulnerar la garantía del *non bis in idem*[20] (art. 191 del Tratado de Funcionamiento de la UE y art. 45 de la Constitución de 1978).

---

14 *Vid*. Con carácter general la Ley 27/2006, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En el caso de la CAV, Ley 10/2021, de Administración Ambiental de Euskadi. En Navarra, cabe destacar la Ley Foral 17/2020, reguladora de las actividades con incidencia ambiental.

15 Un ejemplo reciente de lo anterior en Euskal Herria se ha producido en el caso de la denominada «banda marrón» que ha afectado a una relevante superficie de pinares.

16 D. Loperena, «Los principios del Derecho Ambiental», Civitas, Madrid, 1998.

17 Ley 379 de la Ley Foral 21/2019, en el caso de las corralizas.

18 Ley 388 de la Ley Foral 21/2019, en el caso de los helechales.

19 Ley 384 de la Ley Foral 21/2019, en el caso de las facerías. *Vid*. V. Fairén Guillen, «Sobre las facerías internacionales en Navarra», Príncipe de Viana, Gobierno de Navarra, 1955, n.º 61.

20 Con especial protagonismo de hasta tres jurisdicciones internas diferentes: Civil, Contencioso-Administrativa y/o Penal.

ISBN: 978-84-7777-740-3

d) Los recursos ambientales en general tienen carácter público, de conformidad con los Tratados de la UE y el art. 45 de la Constitución de 1978.
e) La toma de decisiones en relación con el medio ambiente debe proteger el interés general, en base a la debida motivación, de acuerdo con los arts. 9, 103 y 106 Constitución de 1978. En el caso del Valle de Aezkoa y el resto de los valles pirenaicos y contextos rurales de Euskal Herria, con especial protagonismo de tres figuras centrales de nuestra tradición común: el «Batzarre», el «Auzolan» y los bienes «comunales».
f) Las políticas ambientales deben integrarse en el resto de las políticas de la UE y de sus administraciones públicas (arts. 4 y 11 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

Desde el punto de vista de la conservación de espacios naturales, cabe destacar igualmente, en directa aplicación del Derecho europeo, el Decreto Foral 6/2011, que designa Lugar de Importancia Comunitaria Roncesvalles-Selva de Irati como Zona de Especial Conservación y aprueba su Plan de Gestión[21].

V. ALGUNOS RETOS PENDIENTES

Resulta imprescindible actualizar la normativa constitucional a la realidad europea vigente en materia de reparto competencial ambiental, con carácter general. En el plano sectorial, resulta igualmente necesario clarificar esta cuestión respecto de la política de montes y espacios forestales en Euskal Herria. Ello implica armonizar dos objetivos centrales: la protección ambiental y el desarrollo sostenible.

A fin de lograr acercarnos a dichos objetivos es necesario fortalecer la legislación local en todos los ámbitos, especialmente en los ámbitos rurales y naturales. Al mismo tiempo, la legislación y las ordenanzas locales permiten actualizar y desarrollar niveles de protección, normas, costumbres y buenas prácticas que se adapten a la geografía y características de cada comunidad y valle. Para el logro de dicha autonomía local es imprescindible dotarse de autonomía financiera y económica. El art. 130 de la Constitución de 1978 puede facilitar lo anterior, siendo hasta la fecha un terreno jurídico prácticamente inexplorado.

Los nuevos modelos de protección deben considerar, pero también superar dicotomías entre intereses públicos y privados. Para ello el Derecho puede servir como instrumento que nos aporte soluciones transaccionadas

21 Este Decreto Foral delimita y protege los hábitats y especies, sus figuras de control y seguimiento. Su Plan de Gestión se prorrogó mediante Decreto Foral 46/2014.

e intermedias en las que se faciliten, como mínimo, los siguientes objetivos: desarrollo sostenible, la mejora de las condiciones de vida de primer sector y su estrecha relación con los recursos naturales y su adecuada gestión ambiental[22].

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALLI ARANGUREN, J. C. «La Mancomunidad del Valle del Roncal», Gobierno de Navarra, 1999.

ALLI ARANGUREN, J. C. «El dominio concellar», *Iura Vasconiae*, n.º 1, 2004.

ALLI ARANGUREN, J. C. «Personas jurídicas y bienes públicos en la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra», *Iura Vasconiae,* n.º 13, Donostia, 2016.

DE VICENTE, R. «Espacios forestales (su ordenación como recurso natural», Civitas, Madrid, 1995.

EIZAGIRRE, I. eta LIZARRALDE, A. «Garapen iraunkorra: garatzeko bizi ala bizitzeko garatu», Alberdania, Irun, 2005.

EZEIZABARRENA, X. «Rio+20 (1992-2012): el reto del desarrollo sostenible», *Cuadernos de Derechos Humanos,* n.º 70, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.

FAIRÉN GUILLEN, V. «Sobre las facerías internacionales en Navarra», Príncipe de Viana, Gobierno de Navarra, 1955, n.º 61.

KARRERA, M. «Sobre la función de los montes y su planificación», *Revista Vasca de Administración Pública,* n.º 99-100, Oñati, 2014.

LOPERENA, D. «El derecho al medio ambiente adecuado», Civitas, 1998.

LOPERENA, D. «Los principios del Derecho Ambiental», Civitas, Madrid, 1999.

LOPERENA, D. y EZEIZABARRENA, X. «Reciente jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* n.º 2, Pamplona, 1998.

MARTÍN-RETORTILLO, S. «El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones», Civitas, Madrid, 1996.

SANZ, E. «Identidad, montaña y desarrollo. Los valles de Roncal, Salazar y Aezkoa», Gobierno Vasco, Gasteiz, 2009.

SARASIBAR, M. «El Derecho Forestal ante el cambio climático: Las funciones ambientales de los bosques», Thomson-Aranzadi, 2007.

22 Cabe subrayar dos proyectos relevantes a este respecto, actualmente en fase de gestación en el Pirineo navarro: el Proyecto de Reserva de la Biosfera de Irati y el Proyecto SASC IRATI de cooperación europea con municipios y espacios de la Baja Navarra y Zuberoa (Iparralde).

ISBN: 978-84-7777-738-0

El expediente judicial electrónico en la jurisdicción contencioso-administrativa: comentarios acerca de algunas cuestiones prácticas

Francisco Javier Fernández Galarreta

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

Gracias por tu generosidad
y por compartir tu sabiduría

Sumario. I. Introducción.—II. La incorporación del expediente judicial electrónico en la administración de justicia: 1. La progresiva digitalización de la administración de justicia española. 2. La incorporación definitiva del sistema Avantius. 3. El expediente judicial electrónico como factor de modernización de los procesos judiciales.—III. Reflexiones acerca de las ventajas y de los problemas que plantea la incorporación del expediente judicial electrónico en el orden contencioso-administrativo: 1. El apoderamiento *apud-acta* por medios electrónicos y la remisión del expediente administrativo en los procedimientos contencioso-administrativos. 2. Las ventajas del nuevo régimen de comunicaciones y notificaciones. 3. Deficiencias en la implementación del expediente judicial electrónico.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La implantación del Expediente Judicial Electrónico (EJE, en adelante) en el ámbito de la administración de justicia, y más concretamente, en la jurisdicción contencioso-administrativa ha traído consigo múltiples ventajas, tales como mejorar la productividad de los órganos judiciales, en tanto que reduce los tiempos de espera, y, en consecuencia, lograr una mayor rapidez en la adopción de las resoluciones. Asimismo, el expediente judicial electrónico se ha convertido en una herramienta fundamental en la tramitación de cualquier proceso judicial al facilitar la consulta de las causas judiciales, toda vez que proporciona información en línea acerca del estado del expediente electrónico, habida cuenta que la oficina virtual está en funcionamiento 24 horas al día los 7 días de la semana. Mediante el mismo, además, se posibilita el manejo integral de toda la información de las causas judiciales, así como la incorporación al expediente de nueva información digital remitida por los profesionales. Asimismo, permite reducir los costes relaciona-

ISBN: 978-84-7777-738-0

dos con el uso de papel y de suministros asociados como impresiones, fotocopias, tóner, etc., lo cual ayuda a generar ahorros presupuestarios en las subpartidas correspondientes, amén de contribuir con el medio ambiente. Y, finalmente, también destaca por haberse convertido en una herramienta fundamental en lo relativo a las comunicaciones entre los órganos judiciales y el resto de los operadores jurídicos que actúan en dicho ámbito, al facilitar la realización de las notificaciones de manera telemática y en línea. En definitiva, su incorporación, como parte del proceso de digitalización de los procesos judiciales, ha favorecido una justicia más accesible, transparente y ágil (al tramitarse íntegramente en formato electrónico y acortarse enormemente los plazos de gestión); así como, también, una justicia más eficiente y mejor interconectada (al asignar mejor los recursos materiales y humanos disponibles, al suprimir el uso reiterado del papel)[1].

Ahora bien, el camino hacia su definitiva incorporación no ha sido ni rápido, ni exento de problemas. Por todo ello, el propósito del presente capítulo no será otro que el de analizar algunos de los aspectos prácticos derivados del uso de expediente judicial electrónico en la jurisdicción contencioso-administrativa, destacando aquellos aspectos en los que el mismo ha supuesto un avance, y aquellos otros en los que su uso ha generado algunas dudas o críticas. Serán por tanto estas cuestiones a las que dedicaremos las siguientes líneas.

II. LA INCORPORACIÓN DEL EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Conviene recordar en este primer punto que la apertura definitiva hacia la modernización de la administración de justicia se inició de la mano del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 2001, el cual se acordó por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001, con el propósito de incorporar los objetivos recogidos en el Libro Blanco de la Justicia de 1997, tales como la implementación de las tecnologías de la información y comunicación, la informatización integral de la administración de justicia, la creación de un sistema integral e intercomunicado de comunicación en red, el impulso de la firma electrónica, la utilización de las videoconferencias en el desarrollo de los procedimientos, y la formación del personal al servicio de la administración de justicia, en lo relativo al uso de las nuevas herramientas tecnológicas[2].

---

1 Valiño Ces, A., «El análisis de la e-justicia en España: ¿una salida a la crisis de la administración de justicia?», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 43*, 2017, p. 66.

2 Zaragoza Martí, M.ª F., «El ejercicio de la procura ante el reto de las tecnologías de la información y comunicación: el cambio de rol del/la procurador/a como impulsor del proceso judicial», *Revista General de Derecho Procesal, núm. 47*, Bosch, Madrid, 2019, pp. 19 y 20.

Como consecuencia de dicho pacto, se promulgó la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, la cual, en su exposición de motivos, ya anunciaba la necesidad de lograr que la Justicia actuara con mayor rapidez, eficacia, y calidad, implementando métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Asimismo, la Ley fijaba entre sus objetivos la necesidad de modernizar nuestro sistema de justicia para cumplir de manera satisfactoria con su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos, proporcionando seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles[3].

El camino iniciado por estos dos hitos solo será el comienzo de un largo camino hasta la consolidación definitiva de la digitalización de nuestra administración de justicia y de la implantación definitiva del expediente judicial electrónico. En las siguientes líneas, trataremos de realizar un breve resumen de los pasos más importantes que se han dado en relación con la transformación digital que ha vivido la Justicia española.

1. La progresiva digitalización de la administración de justicia española

Un nuevo paso en el largo proceso de modernización y tecnologización de la administración de justicia vendrá de la mano de la promulgación de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia (LTICAJ)[4]. Esta ley va a suponer el primer impulso al uso de las nuevas tecnologías en la administración de justicia, la cual tendrá como objetivo principal el de actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que supondrá el uso de las tecnologías de la información y la comunicación[5].

A mayor abundamiento, nos recuerda este autor que la Ley 18/2011 posibilitará, con el esfuerzo de todos, hablar de una administración de justicia más transparente y accesible, ágil, eficaz y eficiente. Una justicia por y para

---

3 Véase la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, EM I.

4 Derogada recientemente por disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, el cual establece: «Queda derogada la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, así como todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto-ley».

5 De Rosa Torner, F., «La modernización de la justicia y la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 28*, 2012, p. 113.

ISBN: 978-84-7777-738-0

las personas, en la que la tecnología se pondrá al servicio del ciudadano para facilitarle su derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de circunstancias sociales o geográficas. Señala, además, que, de este modo, la ley contribuirá eficazmente a superar la brecha tecnológica que subsiste en nuestro país, en materia de justicia[6].

Asimismo, y si atendemos a lo recogido en el propio preámbulo de la Ley 18/2011, el propósito de la misma no será otro que el de: «primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales[7]».

Un segundo impulso en la transformación digital de la administración de justicia vendrá de la mano de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LEC 1/2000, de 7 de enero. En este sentido, y tal y como se recoge en su preámbulo II, la Ley concretará una fecha para hacer efectiva la implantación de dichas tecnologías, a partir de la cual, todos los profesionales de la justicia, así como los órganos judiciales y las fiscalías, estarán obligados a emplear los sistemas telemáticos existentes en la administración de justicia para la presentación de escritos y documentos. Para ello, las administraciones competentes, los profesionales y demás operadores jurídicos, deberán establecer los medios necesarios para que dicha realidad pueda llevarse a cabo. Y, todo ello, con el único propósito de que la forma de comunicación electrónica sea la manera habitual de que la administración de justicia se comunique con el resto de los operadores jurídicos, así como con el justiciable.

En este contexto fue como se puso en marcha, de manera obligatoria, en el año 2017, el sistema operativo LexNET y JustiziaSip (en lo que se refiere al ámbito de la administración de justicia en la Comunidad Autónoma Vasca), antecedente este último del actual *sistema operativo Avantius*. Serán, por lo tanto, estos sistemas operativos los que permitirán realizar todos los actos de comunicación entre la administración de justicia y el resto de los operadores jurídicos, de manera segura, ágil y rápida[8].

---

6 Ibídem, p. 116.

7 Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (LTICAJ), preámbulo I.

8 Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LEC 1/2000, de 7 de enero, preámbulo II.

2. La incorporación definitiva del sistema Avantius

Centrándonos en lo que se refiere a la administración de justicia en Euskadi, uno de los hitos más importantes en la modernización de nuestra justicia ha sido la incorporación definitiva del sistema Avantius. Sistema que, antes de ser definitivamente incorporado en la administración de justicia vasca, ya venía siendo utilizado en otras comunidades autónomas, como por ejemplo en la comunidad foral de Navarra.

En marzo del año 2023, el Gobierno Vasco culminó finalmente la implantación del sistema de gestión procesal *Avantius* en todo el territorio de la comunidad. Este sistema vendría a reemplazar a JustiziaSip, anterior plataforma y servicio de información y comunicación a Profesionales de la Sede Judicial electrónica de Euskadi. Este sistema de gestión procesal, desarrollado en Navarra desde 2004, llegó definitivamente a nuestra administración de justicia gracias al acuerdo firmado entre ambas administraciones para incorporar el uso del mismo en todo el territorio de nuestra comunidad[9].

La incorporación del sistema Avantius en Euskadi se ha convertido en la pieza clave para avanzar en el proceso de digitalización de nuestra administración de justicia gracias a que el mismo ha supuesto la implantación definitiva del expediente judicial electrónico en nuestra comunidad. De ese modo, el sistema ha facilitado la comunicación entre los distintos operadores jurídicos, agilizando así los procesos y garantizando la seguridad de la información[10].

En relación con el sistema Avantius, y las virtudes que se le atribuyen al mismo, hay que señalar que este sistema de gestión procesal, desarrollado por la empresa Tracasa Instrumental (empresa pública del Gobierno de Navarra especializada en la prestación de servicios en el uso de información territorial y de las tecnologías de la información), constituye un sistema de gestión integral de expedientes judiciales que permite que los distintos integrantes de los órganos judiciales, fiscales, forenses o cualquier otro profesional interno o externo, puedan intervenir con la debida seguridad dentro de un expediente único. Además, este sistema es exportable a otras comunidades autónomas, así como también, es fácilmente interoperable con otros organismos externos como la Fiscalía General del Estado o el Consejo General del Poder Judicial. Además, es uno de los primeros sistemas en cumplir a nivel nacional con las exigencias de Compatibilidad marcadas por el Consejo General del Poder Judicial.

---

9 Véase, «El Expediente Judicial Electrónico llegará a la Justicia vasca tras la firma de un acuerdo con Navarra para usar su sistema de gestión Avantius».

10 Léase, «Euskadi implantará en su Administración de Justicia el gestor procesal AVANTIUS, hecho en Navarra».

ISBN: 978-84-7777-738-0

Con la implantación total del EJE, el sistema Avantius ha propiciado, además, la digitalización integral de los expedientes, eliminando el papel en la gestión procesal y permitiendo un acceso inmediato y simultáneo a los documentos. Con ello, el sistema viene a suponer un ahorro de más de 4 millones de hojas de papel y una reducción de más de 30.000 horas de trabajo al año, con el consiguiente incremento de productividad. También, permite acceder a las solicitudes y documentos telemáticos remitidos por un órgano judicial, así como presentar respuestas a solicitudes e informes telemáticos ante los órganos judicial, por parte de otros intervinientes en el proceso, como notarios, peritos, administradores concursales, policía, Juzgados de Paz, Ayuntamientos, Departamentos del Gobierno, etc.[11]

Amén de las virtudes ya señaladas, el sistema de gestión procesal es también una pieza clave para la agilización de los procesos judiciales. En este sentido, y al tratarse de un sistema integrado, el sistema facilita el trabajo de jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia y funcionarios, agilizando los trámites y reduciendo tiempos en las actuaciones judiciales. Asimismo, el sistema garantiza la seguridad y fiabilidad de la información, toda vez que el mismo está certificado por el Consejo General del Poder Judicial para el uso del expediente digital, garantizando la máxima seguridad en el manejo de datos sensibles. Finalmente, el sistema, también, garantiza la comunicación eficiente entre diferentes operadores, toda vez que mejora la comunicación entre los distintos operadores jurídicos y entre estos y la propia Administración de Justicia[12].

3. El expediente judicial electrónico como factor de modernización de los procesos judiciales

Otro de los hitos más importantes que ha traído consigo este impulso en la modernización y digitalización de la administración de justicia ha sido el de la incorporación del expediente judicial electrónico.

En lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa, la total incorporación del expediente judicial electrónico, en la tramitación de los distintos procedimientos judiciales seguidos ante la misma, ha supuesto la definitiva traslación al ámbito de la administración de justicia de los postulados recogidos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, situando a la misma al mismo nivel

11 Véase la información relativa a este sistema en tracasa.es

12 Ver en «Euskadi implantará en su Administración de Justicia el gestor procesal AVANTIUS, hecho en Navarra», *op. cit.*

que el resto de administraciones, pero mediante una regulación específica adaptada a la propia idiosincrasia de la administración de justicia[13].

De esta manera se consigue finalmente la armonización de los propósitos perseguidos por la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos[14], y de aquellos otros pretendidos con la transformación digital de la administración de justicia que preveía la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, máxime si se tiene en cuenta que, en definitiva, los procesos contencioso-administrativos no dejan de ser una extensión de los procedimientos administrativos seguidos ante las administraciones públicas, solo que, en este caso, con las garantías propias de la tutela judicial efectiva.

En lo que respecta al EJE, podemos comenzar señalando que el mismo está compuesto por el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial, que cumplirán con las características de estructura y formato establecidos en la Guía de Interoperabilidad y Seguridad del Documento Judicial Electrónico y, en su caso, en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico, en función de su naturaleza[15].

---

13 Léase al respecto, Marco del Rincón, J., «La administración electrónica en las Leyes 39 y 40/2015 de 1 de octubre. Una visión de conjunto», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 45*, 2017, pp. 188 y 189, quien define la administración electrónica como aquella que tiene como finalidad la de facilitar el acceso de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo por medios electrónicos, eliminando, de ese modo, las barreras que limiten dicho acceso, y facilitando el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes para con la administración por medios electrónicos. Con ello, se promueve la proximidad entre ciudadano y administración, dotándose de transparencia a esta última, y contribuyendo a mejorar el funcionamiento interno de ésta incrementando su eficacia y eficiencia, mediante el uso de las tecnologías de la comunicación e información.

14 Véase, en este sentido, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, la cual en su Exposición de Motivos I recoge que: «Las tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible acercar la Administración hasta la sala de estar de los ciudadanos o hasta las oficinas y despachos de las empresas y profesionales. Les permiten relacionarse con ella sin colas ni esperas. E incluso recibir servicios e informaciones ajenos a actividades de intervención administrativa o autorización; informaciones y servicios no relacionados con actuaciones limitadoras, sino al contrario ampliadoras de sus posibilidades. Esas condiciones permiten también a los ciudadanos ver a la Administración como una entidad a su servicio y no como una burocracia pesada que empieza por exigir, siempre y, para empezar, el sacrificio del tiempo y del desplazamiento que impone el espacio que separa el domicilio de los ciudadanos y empresas de las oficinas públicas. Pero, además de eso, las nuevas tecnologías de la información facilitan, sobre todo, el acceso a los servicios públicos a aquellas personas que antes tenían grandes dificultades para llegar a las oficinas públicas, por motivos de localización geográfica, de condiciones físicas de movilidad u otros condicionantes, y que ahora se pueden superar por el empleo de las nuevas tecnologías. Se da así un paso trascendental para facilitar, en igualdad de condiciones, la plena integración de estas personas en la vida pública, social, laboral y cultural».

15 Giunta Santimoteo, G., «Expediente judicial electrónico. Actualidad y futuro», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 45*, 2017, p. 173.

ISBN: 978-84-7777-738-0

Una primera aproximación a la idea de lo que supone el expediente judicial electrónico pasa por considerar al mismo como un conjunto de información en formato digital al que pueden acceder todos los intervinientes en un proceso judicial dado[16]. Más concretamente, y si nos atenemos a la definición legal del EJE, la propia Ley 18/2011 se refiere al mismo como el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga, y formato en el que se haya generado[17].

En este sentido, y conforme señala dicha ley, los documentos que van a componer el EJE son los siguientes: en primer lugar, está el índice electrónico, el cual garantiza la integridad del EJE y permite la recuperación del mismo siempre que sea preciso, conforme señala el artículo 26.3 de la propia Ley.

En segundo lugar, tenemos el conjunto de documentos judiciales electrónicos asociados al expediente, conforme regula el artículo 27. Respecto de qué debemos entender por documento electrónico, el propio artículo señala que se consideran documentos judiciales electrónicos las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda información que tenga acceso de otra forma al expediente, cuando incorporen datos firmados electrónicamente. Igualmente, tendrá la consideración de documento electrónico cualquier información en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Finalmente, y como último documento que compone el EJE, tenemos la firma del índice electrónico mediante sello del órgano judicial actuante, conforme señala el artículo 20 de la LTICAJ.

Por todo ello, el EJE se va a convertir en la herramienta fundamental a través de la cual se facilite el acceso de los ciudadanos a la información contenida en los procedimientos judiciales, eliminando, de ese modo, las barreras que limiten dicho acceso, y facilitando el ejercicio de sus derechos. Con ello, se avanza, de manera definitiva, en el propósito de que el proceso judicial se tramite en su totalidad de forma digital, eliminando el formato papel o limitándolo a un ámbito marginal[18]. O, como señalan otros autores, el EJE va a sustituir a los tradicionales autos en papel grapado o manualmente

---

16 Fernandez Galarreta, F. J., *La procura a juicio*, J. M. Bosch, Barcelona, 2022, p. 356.

17 Véase, Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (LTICAJ), artículo 5.

18 Delgado Martín, J., «Una concepción integral del expediente judicial electrónico», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 28*, 2012, p. 120.

cosidos, que, acumulados en las estanterías de los juzgados, proporcionan una visión de desorden de la administración de justicia[19].

Esta visión de desorden es la que se ha pretendido superar con la incorporación del EJE, siendo a su vez la herramienta adecuada para facilitar que los justiciables accedan a las actuaciones y a los documentos recogidos en el procedimiento en curso, en cualquier momento y desde cualquier lugar.

III. REFLEXIONES ACERCA DE LAS VENTAJAS Y DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INCORPORACIÓN DEL EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La incorporación del expediente judicial electrónico en la administración de justicia y, más concretamente, en la tramitación de los procedimientos judiciales seguidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa ha supuesto algunas ventajas, tales como la realización del apoderamiento *apud acta* por medios electrónicos, la remisión del expediente administrativo en soporte electrónico, o, el nuevo régimen de notificaciones electrónicas por medios digitales. Ahora bien, la implantación definitiva del mismo, también ha traído consigo algunos inconvenientes, como es el caso de deficiencias que han sido observadas en su implementación y que han motivado la crítica y la preocupación por parte de algunos colectivos. Todas estas cuestiones son las que se van a tratar en el siguiente punto.

1. El apoderamiento *apud acta* por medios electrónicos y la remisión del expediente administrativo en los procedimientos contencioso-administrativos

El 24 de marzo de 2023 entraba en vigor el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprobaban las medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo que tenía por objeto la modificación de diferentes leyes procesales, con el fin de armonizar la regulación procesal civil, penal, contencioso-administrativa y social. Dicho RDL establecía una serie de novedades y modificaciones que tenían como propósito el ahondar en la digitalización y modernización de nuestra administración de justicia, en la tramitación de

[19] Léanse al respecto, Gonzalez Romero, M.ª M., «El expediente judicial electrónico», *Práctica de Tribunales, núm. 131*, Wolters Kluwer, 2018, en y Gómez de Liaño Diego, E., *El Procurador y la oficina judicial en la administración de justicia. Problemática actual*, Tesis doctoral, dirigida por Lorenzo Bujosa Vadell, y defendida en la Universidad de Salamanca en 2014, p. 109.

ISBN: 978-84-7777-738-0

los distintos procesos judiciales en los órdenes jurisdiccionales señalados, todo ello con el propósito de resolver algunos de los problemas endémicos de nuestra administración de justicia, como la falta de celeridad en la tramitación de los procedimientos o los problemas relacionados con el régimen de comunicaciones y notificaciones entre los órganos judiciales y el justiciable[20]. Este RDL, que deroga la anterior regulación recogida en la Ley 18/2011, de 5 de julio, en lo relativo al uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, supondrá el último impulso a la incorporación de estas tecnologías en el ámbito de la justicia española.

Entre algunas de las novedades recogidas en el RDL, cabría destacar aquella por la que se aborda la regulación del otorgamiento de la representación procesal mediante apoderamiento *apud acta* por medios electrónicos. Esta actuación procesal, así como otras actuaciones y medidas adoptadas, se enmarca en el contexto de la transformación a la que se está asistiendo en el marco de la Unión Europea, donde se ha desarrollado el llamado Plan de Acción E-Justicia, que tiene por objeto la mejora de la eficacia de los sistemas judiciales mediante la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en la gestión de los procesos judiciales[21]. Tal y como señalan algunos autores esta actuación no es tan solo una mera cuestión formal o procedimental, sino que la misma responde a objetivos más ambiciosos, haciendo posible, reducir o limitar el acceso de profesionales y ciudadanos a las dependencias judiciales, posibilitando la realización del mayor número de actuaciones telemáticas, cumpliendo, a su vez, con las debidas garantías procesales[22].

Respecto de cómo se realiza el apoderamiento mediante comparecencia electrónica, cabe señalar que el mismo podrá realizarse a través del portal del Ministerio de Justicia, bien en las dependencias del despacho del abogado o del procurador, o del propio colegio de procuradores (ante la falta de DNI electrónico del justiciable). También podrá ser realizado por el procurador u otro profesional (abogados y graduados sociales) de forma conjunta con su cliente. Asimismo, para realizar la actuación a través del portal que

---

20 Así se colige del preámbulo I del propio RDL 6/2023 de 19 de diciembre, el cual señala que: «El presente real decreto-ley persigue, en primer lugar, la adaptación de la realidad judicial española del siglo XXI al marco tecnológico contemporáneo, favoreciéndose una relación digital entre la ciudadanía y los órganos jurisdiccionales y aprovechando las ventajas del «hecho tecnológico» también para fortalecer nuestro Estado social y democrático de Derecho mediante la disposición de medidas orientadas a la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas de los poderes públicos».

21 Véase al respecto, Poder Judicial España, «Marco jurídico TIC en Administración de Justicia».

22 Escudero Moratalla, J. F. y Ferrer Adroher, M., «Designa telemática de procurador con autorización del cliente», *Diario LA LEY, n.º 9652*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

para el efecto ha creado el Ministerio de Justicia, se deberá acudir a su página web, y, una vez en ella, seguir unos pasos[23].

Una vez la parte haya comparecido en el procedimiento mediante esta forma de otorgamiento de la representación procesal por comparecencia electrónica, otra de las ventajas del RDL es que el compareciente queda habilitado para poder seguir toda la tramitación del procedimiento a través de la llamada «carpeta justicia». Tal y como recoge el propio preámbulo II del RDL, mediante la carpeta se pone a disposición de cada ciudadano el expediente en el que el mismo sea parte o interesado. En esta carpeta, la parte podrá, además, conocer todos los actos de comunicación, todo ello mediante un sistema de identificación seguro.

En definitiva, la incorporación de esta actuación procesal ha supuesto una ventaja, tanto para el justiciable como para la propia administración de justicia, toda vez que la misma ahorra al justiciable la necesidad de desplazarse a la sede judicial, evitando desplazamientos inútiles a los servicios comunes, o decanatos de los juzgados, los cuales exigen cita previa. Asimismo, permite ahorrar el coste de tener que hacer este apoderamiento ante un Notario. Y, finalmente, posibilita el otorgar la representación procesal a la parte sin la necesidad de tener que esperar cita y desde la comodidad de su propia casa u oficina[24].

Junto con la incorporación de la actuación que acabamos de señalar, el RDL también incorpora otra modificación procesal que repercute directamente en la manera en que las administraciones públicas deben relacionarse con la administración de justicia en el seno de un procedimiento contencioso administrativo. En este sentido, se introduce la obligación de que la remisión del expediente administrativo, en los distintos procedimientos seguidos ante este orden, haya de hacerse en soporte electrónico. Asimismo, y, para aquellos funcionarios públicos que, en defensa de sus derechos estatutarios, comparezcan por sí mismos ante los juzgados y tribunales de este orden, se introduce el deber de relacionarse con la administración de justicia a través de medios telemáticos o electrónicos[25].

Por todo ello, cabe señalar que todas estas actuaciones y novedades mencionadas redundan en la calidad del servicio público de la administra-

---

23 Fernández Galarreta, F. J., «Apoderamiento apud acta por comparecencia electrónica: la representación procesal en el orden contencioso-administrativo», en *Next Generation Justice: digitalización e Inteligencia Artificial*, Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga (directores), La Ley, Madrid, 2024, p. 388.

24 Ibídem, p. 390.

25 A este respecto, véase DPGR & Asociados, «Modificaciones procesales introducidas por el real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo», 2024.

ISBN: 978-84-7777-738-0

ción de justicia en tanto que repercuten de manera positiva en la seguridad jurídica inmediata de los diversos operadores jurídicos que participan en los distintos procedimientos seguidos ante esta[26].

2. Las ventajas del nuevo régimen de comunicaciones y notificaciones

Otra de las indudables ventajas que ha supuesto la transformación y digitalización de la administración de justicia con la incorporación del expediente judicial electrónico y el sistema Avantius ha sido la de favorecer que los órganos jurisdiccionales puedan relacionarse con el resto de los operadores que intervienen en una causa, pudiendo intercambiar información, en formato electrónico, de forma segura y fiable[27].

En este sentido, algunos autores destacan que la incorporación de estas herramientas y sistemas digitales de gestión procesal han permitido el acceso a los distintos expedientes judiciales desde cualquier sitio, favoreciendo, de esta manera, la posibilidad de intercambiar información de manera inmediata, permitiendo una ágil y eficaz comunicación electrónica entre las oficinas judiciales y los profesionales directamente implicados en la tramitación de los procedimientos judiciales, mediante el uso de la firma electrónica[28].

A mayor abundamiento, este sistema informático para las comunicaciones electrónicas en la administración de justicia, al igual que los anteriores, ha servido para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos[29].

En este sentido, el sistema permite la comunicación de las oficinas judiciales con abogados y procuradores, la realización de actos de comunicación procesal por los órganos judiciales, la presentación de escritos y documentos, y la comunicación con fedatarios públicos, registradores de la propiedad y mercantiles, centros administrativos (Administración tributaria, Seguridad Social, etc.) y con los propios ciudadanos[30].

---

26 Escudero Moratalla, J. F. y Ferrer Adroher, M., «Designa telemática de procurador con autorización del cliente», *op. cit.*

27 Zaragoza Martí, M.ª F., «El ejercicio de la procura ante el reto de las tecnologías de la información y comunicación: el cambio de rol del/la procurador/a como impulsor del proceso judicial», *op. cit.*, p. 23.

28 Valiño Ces, A., «El análisis de la e-justicia en España: ¿una salida a la crisis de la administración de justicia?», *op. cit.*, p. 67.

29 González Sánchez, S., *El Procurador de los Tribunales español ante el reto tecnológico*, Ed. Consejo General de Procuradores, Madrid, 2008, p. 107.

30 Gómez de Liaño Diego, E., *El Procurador y la oficina judicial en la administración de justicia. Problemática actual*, *op.cit.*, p.165.

Cabe destacar que los sistemas de comunicación telemáticos son una pieza fundamental en la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales y en la comunicación de los órganos judiciales con el resto de los operadores jurídicos, toda vez que con ellos se garantiza la posibilidad de la presentación de escritos y documentos por medios telemáticos, todos los días del año, durante las veinticuatro horas, aplicándose el mismo régimen para los escritos perentorios, con independencia del sistema utilizado para su presentación. Además, se han desarrollado las garantías que deben reunir los justificantes que acrediten la presentación de los documentos y se han realizado las adaptaciones necesarias para el traslado de copias de los documentos presentados junto con todos los escritos. Asimismo, se han desarrollado las medidas que garantizan a los interesados el conocimiento de la puesta a su disposición de los actos de comunicación, a través del envío de avisos de notificación a los dispositivos electrónicos designados.

En definitiva, la implementación del expediente judicial electrónico y la incorporación del sistema Avantius, como sistema de comunicaciones y notificaciones, ha supuesto el impulso definitivo para el intercambio seguro de información entre los órganos judiciales, los operadores jurídicos y los justiciables, los cuales, en su trabajo diario, necesitan intercambiar documentos judiciales, notificaciones y escritos[31].

3. Deficiencias en la implementación del expediente judicial electrónico

Ahora bien, si hasta el momento hemos venido resaltando algunas de las virtudes y ventajas de la digitalización y del EJE, en las siguientes líneas trataremos de resaltar algunas de las deficiencias que han sido observadas en la práctica y que han provocado la preocupación y la crítica de algunos sectores.

Ciertos colectivos, como el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM), han venido denunciando algunas de las deficiencias de implementación del EJE, con las que se han encontrado, y que afectan, o pueden afectar, a las garantías del justiciable en lo que respecta al ejercicio del derecho de defensa y al principio de igualdad procesal[32].

---

31 Delgado Martín, J., «Una concepción integral del expediente judicial electrónico», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 28*, 2012, p. 119.

32 Al respecto, el ICAM ha elaborado una «Guía de Derechos de la Abogacía ante la Justicia Digital». Este documento denuncia algunos de los problemas en la implementación del expediente judicial electrónico, y establece garantías mínimas para que la transformación digital no vulnere los derechos fundamentales de los profesionales del derecho. Ya en la propia introducción de esta Guía de derechos y garantías, el colectivo nos recuerda que: «Es esencial que, en este proceso de digitalización, se reconozcan y protejan los derechos de la abogacía, garantizando que la implementación de herramientas digitales no comprometa la

ISBN: 978-84-7777-738-0

En este sentido, entre algunas de las deficiencias detectadas, señalan que la implementación del expediente judicial electrónico puede incurrir en un déficit de integridad, toda vez que los expedientes alojados en la plataforma no contienen la plenitud del contenido utilizado por el órgano judicial. Asimismo, destacan que se está produciendo un acceso desigual a los expedientes electrónicos, ya que, hoy en día, los jueces y fiscales tienen mayor facilidad de disposición de los expedientes que otros operadores jurídicos, tales como los abogados y los procuradores, lo que puede generar desigualdades y asimetrías en relación con el acceso al contenido de los mismos, afectando al principio de igualdad de armas en el proceso judicial. También destacan la falta de organización del expediente, ya que es habitual que el EJE no sigue un orden cronológico claro, lo que compromete la seguridad jurídica, al no garantizar la trazabilidad documental del mismo[33].

Especial problema es el relacionado con el déficit de interoperabilidad denunciado por este colectivo profesional. Al respecto el colectivo apunta a que existen importantes fallos en la conexión entre distintos sistemas judiciales autonómicos, dificultando el trabajo de los profesionales del Derecho y generando desigualdades territoriales[34].

Conviene recordar, en primer lugar, que la interoperabilidad es la capacidad de dos o más sistemas o plataformas, pertenecientes a distintas administraciones, para intercambiar información y utilizarla de manera eficiente, uniforme y segura[35]. De esta manera se comparten datos y se posibilita el intercambio de información de forma segura y eficiente entre distintas administraciones; cuestión que devine fundamental para la administración electrónica, toda vez que facilita la cooperación interadministrativa, mejorando la eficacia y garantizando los derechos ciudadanos. En igual sentido, y en referencia a la interoperabilidad, otros autores señalan de que con la misma de lo que se trata es de que los sistemas de gestión y actuación de distintas administraciones (sean estas públicas o pertenecientes a la administración de justicia) puedan colaborar entre sí, agregando, intercambiando y analizando la información de que disponen para prestar servicios públicos más eficientes, en un nuevo contexto en donde los datos se han convertido

---

calidad de la defensa ni la igualdad de acceso a la justicia». A mayor abundamiento, nos recuerdan que: «La implementación de herramientas de Justicia digital no puede vulnerar en ningún caso el derecho de defensa, el acceso igualitario a la información procesal y la seguridad jurídica». Por ello, presenta un decálogo de garantías y derechos para asegurar que la justicia digital sea inclusiva, equitativa y respetuosa de los principios fundamentales que rigen el derecho de Defensa.

33 «Justicia Digital: El ICAM denuncia los fallos del Expediente Judicial Electrónico (EJE) y exige igualdad de acceso y seguridad jurídica», 2025.

34 Ibídem.

35 Fargas Valero, N., «Interoperabilidad judicial», 2018.

en los nuevos aliados para la prestación de los servicios y el desarrollo de los derechos y garantías de los ciudadanos[36].

En este contexto, cabe destacar que la interoperabilidad adquiere especial relevancia cuando se trata de la colaboración entre las distintas administraciones judiciales, en sus relaciones ad extra, pero más aún cuando se trata de la colaboración entre las administraciones de justicia y, aquellas otras que pertenecen a la administración pública. Es por ello por lo que esta cuestión adquiere especial relevancia en los procedimientos contenciosos-administrativos, a los que nos hemos venido refiriendo, toda vez que los mismos se presentan como una continuación de un conflicto que ha sido ya resuelto por una administración. Téngase en cuenta que la jurisdicción contencioso-administrativa, y los procedimientos seguidos ante la misma, tiene que relacionarse, necesariamente, con una administración pública a la hora de tener que resolver las causas judiciales sometidas a su jurisdicción. En este contexto, los problemas de interoperabilidad adquieren especial transcendencia, toda vez que las decisiones sometidas a juicio de estos tribunales pueden verse afectadas por un deficiente intercambio de información entre administraciones, el cual, tal y como denuncian distintos colectivos puede deberse a diversos factores, pero principalmente al hecho de que las distintas administraciones, tanto las públicas como las de justicia, operan, por lo general, con distintos sistemas operativos, lo cual afecta de manera directa a la capacidad de colaboración e intercambio de información y documentación entre las mismas.

Al respecto, y si realizamos un breve resumen de los distintos sistemas operativos de gestión procesal existentes en España a día de hoy, nos encontraríamos con el siguiente mapa de sistemas de gestión procesal: Avantius/Vereda (al que hemos venido haciendo referencia) en País Vasco, Navarra, Cantabria y Aragón; Minerva en Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Murcia, Baleares, Ceuta, Melilla; Adriano en Andalucía; Libra en la CCAA de Madrid; Cicerone en Valencia; e-justícia.cat en Cataluña; Horus perteneciente al Ministerio de Justicia de España; etc.[37]

A ello habría que sumar el mapa de distintos sistemas operativos con los que trabajan las distintas administraciones públicas. Así, por ejemplo, tenemos: el sistema de interconexión de registros (SIR), que garantiza la transmisión telemática de asientos registrales y documentos presentados por ciudadanos entre registros administrativos y judiciales; el sistema de información de registros de apoyo judicial (SIRAJ), que integra sistemas de

---

36 Expósito Gázquez. A., «El principio de interoperabilidad como base para las actuaciones y los servicios administrativos personalizados, proactivos y automatizados», *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP),* núm. 122, 2022, p. 53.

37 Léase, «Los diferentes sistemas de gestión procesal de la Justicia por fin "hablan" entre ellos», 2022.

ISBN: 978-84-7777-738-0

gestión procesal para centralizar registros como el de penados, rebeldes civiles o medidas cautelares; el sistema de infraestructura y sistemas de documentación electrónica (InSide), que permite la gestión, validación documentos y expedientes electrónicos, facilitando su almacenamiento e intercambio; y, también, el sistema Inside-Cargador, que es el que concretamente es utilizado para la remisión de expedientes administrativos desde las distintas administraciones públicas a los órganos judiciales, y que se incorpora e integra en los distintos sistemas de gestión procesal.

Ante tal dispersión, algunos autores denuncian que la coexistencia de diferentes sistemas de gestión procesal en distintas comunidades autónomas (cada uno con sus propias bases de datos y evolución tecnológica) dificulta el intercambio real de información entre los distintos territorios. Esto genera problemas para integrar documentos digitalizados, remitidos por sistemas operativos diferentes y con formatos diferentes, especialmente cuando los archivos son muy pesados o no siguen el formato idóneo o compatible. Ello, además, dificulta la búsqueda y visualización de las actuaciones[38].

Por ende, dicho problema se agrava cuando la documentación a aportar proviene de una administración pública, la cual trabaja con su propio sistema operativo, distinto a los utilizados por las administraciones de justicia. Este problema sucede, tanto cuando la documentación a acompañar se trate del expediente administrativo o cuando la documentación a acompañar, para su incorporación al procedimiento judicial, se trate de algún oficio que lleve por objeto la presentación de fuentes de prueba documental contenida en archivos de la administración pública, la cual es de total transcendencia para la resolución del procedimiento en curso. A mayor abundamiento, téngase en cuenta que esta última cuestión señalada es especialmente «delicada» (por no decir que es motivo de preocupación) en el caso de los procedimientos contencioso-administrativos en donde, tanto el expediente administrativo como las fuentes de prueba documental adquieren especial relevancia.

Junto a estos problemas apuntados, otros autores también han venido apuntando a algunos de los problemas que la implementación del EJE puede provocar. Así, por ejemplo, destacan los problemas relacionados con la alteración de la documentación digitalizada, la cual puede provocar distorsiones de los soportes originales de las fuentes de prueba. Asimismo, señalan que como consecuencia de la digitalización, otro tipo de documentación aportada al EJE es susceptible de alteraciones o deformaciones en su contenido, como por ejemplo los sellos de registro de entrada, o los textos ilegibles por estar deficientemente escaneados con una baja resolución, de-

38 Jaume, D., «Si no puede haber una plataforma única, la interoperabilidad de las bases de datos de Justicia es clave», 2023.

bido al hecho de haberse utilizado equipos sin la calidad de impresión debida[39]. Nuevamente, debemos recordar que este tipo de problemas, más allá de suponer deficiencias formales, pueden tener una relevancia jurídico procesal importante, ya que, a fin de cuentas, se trata de soportes que contienen fuentes de prueba documental, con la correspondiente relevancia que la misma puede llegar a tener en la resolución final de un procedimiento y en el debido ejercicio del derecho de defensa.

Un último problema, pero no menos importante, que señala este autor, es el relativo a la dependencia técnica que tienen los operadores jurídicos (en referencia a los jueces y magistrados) de los administradores de estos sistemas. Dicha dependencia y desconocimiento del funcionamiento de los sistemas informáticos de gestión procesal puede llevar a una pérdida del control del proceso por parte de los titulares de administrar justicia, al hacer subordinar los criterios procesales a las valoraciones técnicas del personal encargado del mantenimiento de los diferentes programas y sistemas[40].

En definitiva, los problemas de interoperabilidad de los distintos expedientes judiciales electrónicos son, a día de hoy, uno de los mayores desafíos en la digitalización de nuestra justicia, los cuales pueden llegar a afectar los derechos de los justiciables en lo relativo al derecho de defensa y al principio de igualdad de armas procesales, debido a los errores de interoperabilidad a los que nos hemos venido refiriendo[41]. Por ello, es necesario redoblar esfuerzos por unificar los diferentes sistemas, para superar todas aquellas barreras técnicas y administrativas que los provocan. Esta es la labor que nos queda por delante y en la que la colaboración de todos los operadores jurídicos es más necesaria que nunca para, definitivamente, poner nuestra administración de justicia a la altura que una tutela judicial del siglo XXI merece.

IV. CONCLUSIONES

No quisiéramos finalizar estas líneas sin antes enumerar las principales conclusiones que se han alcanzado a lo largo del presente capítulo.

En primer lugar, cabe destacar que la digitalización de los expedientes ha beneficiado el intercambio de información y comunicación entre los órganos judiciales y otras instituciones, otros órganos implicados en la Ad-

39 Véase, Jiménez Rodríguez, E., *Hacia una Justicia Digital: el expediente judicial electrónico,* Tesis doctoral, defendida en la Universidad de Zaragoza, Herrero Perezagua, J. F. (director), 2022, p. 237.

40 Ibídem.

41 Léase, «El ICAM denuncia los fallos del sistema Horus y exige igualdad de acceso en la Justicia digital», 2025.

ISBN: 978-84-7777-738-0

ministración de Justicia, y el ciudadano, o justiciable. En este sentido no podemos sino afirmar que la transformación digital de la administración de justicia ha tenido un protagonismo definitivo a la hora de contribuir a alcanzar una justicia sin dilaciones indebidas, más rápida, accesible y eficaz, capaz de agilizar los procedimientos y de abaratar los costes de las comunicaciones y notificaciones entre administración y administrado. En definitiva, una justicia más justa, más ágil y más cercana, y que acerque la administración de justicia al ciudadano, esto es: acercar la justicia al justiciable.

En segundo lugar, no podemos sino afirmar que la incorporación de los sistemas de gestión procesal (como ha sido el caso de Avantius en nuestra administración de justicia) ha sido uno de los factores principales en la modernización de la administración de justicia. En este sentido es de destacar que han sido estos sistemas operativos los que han impulsado la total incorporación del expediente judicial electrónico a los procesos judiciales, con la relevancia que ello ha traído consigo.

En tercer lugar, la total implementación del EJE, como consecuencia de la incorporación de los sistemas de gestión procesal, como el mentado Avantius, ha llevado al avance y a la mejora en la tramitación de los distintos procesos judiciales, al facilitar la consulta en línea del estado de los expedientes judiciales, posibilitando el manejo integral de toda la información incorporada a los mismos. Asimismo, y tal y como se ha venido señalando en las líneas precedentes, con ello, se ha logrado mejorar la productividad de los órganos judiciales, en tanto que se han podido reducir tiempos de espera, al permitir y simplificar la realización de las notificaciones de manera telemática y en línea, dando lugar a una mayor rapidez en la adopción de resoluciones judiciales.

Por otro lado, la implantación del expediente judicial electrónico ha supuesto la definitiva traslación al ámbito de la administración de justicia de los principios y propósitos recogidos en la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, situando, de este modo, a ambas administraciones al mismo nivel respecto al derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los expedientes que se tramiten en su nombre. En definitiva, el EJE ha propiciado y favorecido una justicia más accesible, transparente, ágil, eficiente y sin dilaciones indebidas, cumpliendo con ello el mandato constitucional de garantizar una tutela judicial efectiva.

En cuarto lugar, cabe destacar que, en la senda de la consolidación en la transformación, modernización y digitalización de la administración de justicia, el vigente RDL 6/2023 se ha convertido en una pieza clave en dicho proyecto modernizador, toda vez que el mismo ha impulsado algunas de las reformas necesarias para adaptar la realidad judicial española del siglo XXI al marco tecnológico contemporáneo, y favorecer, de ese modo, una relación

digital entre el justiciable y la administración de justicia. En este sentido, y dentro del elenco de medidas para potenciar un entorno digital que favorezca una justicia más eficiente, el RDL 6/2023 ha impulsado herramientas, a las que hemos venido haciendo referencia, tales como el apoderamiento *apud acta* electrónico (junto con su correspondiente registro electrónico de apoderamientos judiciales), la llamada «Carpeta Justicia», a la que ya se ha hecho referencia, y la creación de la infraestructura para la remisión de los expedientes administrativos por parte de las administraciones públicas a las diferentes administraciones de justicia, más concretamente las pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa, para su incorporación a los distintos procedimientos judiciales seguidos ante la misma. En definitiva, herramientas útiles, todas ellas, que evitan desplazamientos inútiles a la sede de los juzgados y tribunales, y que los hace accesibles para el justiciable durante las 24 horas de cualquier día del año y que redundan en la calidad del servicio público que ofrece (y que debe ofrecer), una Administración de justicia eficiente y de calidad.

En quinto lugar, cabe destacar que, si bien la incorporación definitiva del EJE ha traído consigo muchas ventajas, no por ello debemos obviar que la tramitación digital integral de los procesos judiciales también ha traído consigo algunos inconvenientes. Sombras que, si bien es obligado destacar aquí, no han opacado las virtudes que ha supuesto la implementación del EJE.

Así, por ejemplo, y entre las deficiencias que más han sido denunciadas por algunos colectivos, cabe destacar, amén de las ya destacadas en las líneas precedentes, la relativas a los problemas de interoperabilidad que genera el hecho de coexistir más de un sistema de gestión procesal. Respecto de dichos problemas, conviene nuevamente destacar que la interoperabilidad adquiere especial relevancia cuando se trata de la colaboración entre las distintas administraciones públicas y la administración de justicia, en el contexto de la tramitación y resolución de los procedimientos contencioso-administrativo seguidos ante estas últimas. Tal y como hemos venido señalando, y toda vez que los procedimientos contencioso-administrativos no son sino una continuación de un procedimiento resuelto en vía administrativa, los problemas de interoperabilidad adquieren especial transcendencia, ya que las decisiones sometidas a juicio de estos tribunales pueden verse afectadas por un deficiente intercambio de información entre administraciones.

Por todo lo señalado en las precedentes líneas, podemos finalmente concluir que el camino hacia la transformación, modernización y digitalización de la justicia española se ha iniciado, pero es un camino que, todavía, necesita mejorar, para poder alcanzar el deseado objetivo de una justicia más transparente, ágil, eficiente y mejor conectada, que responda a las necesidades del justiciable y que garantice el derecho a la tutela judicial.

ISBN: 978-84-7777-738-0

V. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO MARTÍN, J., «Una concepción integral del expediente judicial electrónico», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 28*, 2012.

DE ROSA TORNER, F., «La modernización de la justicia y la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 28*, 2012.

ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FERRER ADROHER, M., «Designa telemática de procurador con autorización del cliente», *Diario LA LEY, núm.* 9652, Madrid, 2020.

EXPÓSITO GÁZQUEZ. A., «El principio de interoperabilidad como base para las actuaciones y los servicios administrativos personalizados, proactivos y automatizados», *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP), núm.* 122, 2022, pp. 45-78.

FARGAS VALERO, N., «Interoperabilidad judicial», 2018, en abogacía.es [blog].

FERNANDEZ GALARRETA, F. J., *La procura a juicio,* J. M. Bosch, Barcelona, 2022.

FERNÁNDEZ GALARRETA, F. J., «Apoderamiento *apud* acta por comparecencia electrónica: la representación procesal en el orden contencioso-administrativo», en *Next Generation Justice: digitalización e Inteligencia Artificial*, Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga (directores), La Ley, Madrid, 2024, pp. 379-402.

GIUNTA SANTIMOTEO, G., «Expediente judicial electrónico. Actualidad y futuro», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 45*, 2017, pp. 171-186.

GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, E., *El Procurador y la oficina judicial en la administración de justicia. Problemática actual*, Tesis doctoral, dirigida por Lorenzo Bujosa Vadell, y defendida en la Universidad de Salamanca en 2014.

GONZALEZ ROMERO, M.ª M., «El expediente judicial electrónico», *Práctica de Tribunales, núm., 131*, Wolters Kluwer, 2018.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., *El Procurador de los Tribunales español ante el reto tecnológico*, Ed. Consejo General de Procuradores, Madrid, 2008.

JAUME, D., «Si no puede haber una plataforma única, la interoperabilidad de las bases de datos de Justicia es clave», 2023, en confilegal.com [Blog].

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, E., *Hacia una Justicia Digital: el expediente judicial electrónico*, Tesis doctoral, dirigida por Herrero Perezagua, J. F. y defendida en la Universidad de Zaragoza, 2022.

MARCO DEL RINCÓN, J., «La administración electrónica en las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre. Una visión de conjunto», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 45*, 2017, pp. 187-227.

VALIÑO CES, A., «El análisis de la e-justicia en España: ¿una salida a la crisis de la administración de justicia?», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías, núm. 43*, 2017, pp. 61-77.

ZARAGOZA MARTÍ, M.ª F., «El ejercicio de la procura ante el reto de las tecnologías de la información y comunicación: el cambio de rol del/la procurador/a como impulsor del proceso judicial», *Revista General de Derecho Procesal, núm. 47*, Bosch, Madrid, 2019.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La transparencia de las corporaciones de Derecho público

Severiano Fernández Ramos

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz

Sumario. I. Introducción: 1. La naturaleza bifronte de las corporaciones de Derecho público. 2. La sujeción de las CDP a Derecho administrativo.—II. La sujeción de las corporaciones de Derecho público a la LTAIBG.—III. Las obligaciones de publicidad activa: 1. Información institucional, organizativa y de planificación. 2. Información de relevancia jurídica. 3. Información económica, presupuestaria y estadística. 4. Evaluación de cumplimiento.—IV. Sujeción al derecho de acceso a la información pública: 1. Consideraciones previas. 2. Estatutos, reglamentos y ordenanzas. 3. Régimen de organización y funcionamiento. 4. Régimen de los cargos de gobierno. 5. Régimen de adscripción a la corporación. 6. Régimen económico-presupuestario. 7. Régimen de los medios propios: personal y patrimonio. 8. Régimen de contratos, convenios y subvenciones.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

1. La naturaleza bifronte de las corporaciones de Derecho público

La Constitución —art. 36— establece que la ley «regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales», y añade —art. 52— que «[l]a ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios». De este modo, como tiene ampliamente declarado el Tribunal Constitucional, la Constitución no impone un modelo institucional determinado, por lo que el legislador dispone de una amplia libertad para configurar estas organizaciones económicas y profesionales (STC 42/1986), pues no existe un contenido esencial que preservar, ni siquiera en el caso de los colegios profesionales, únicos designados expresamente por la Constitución (STC 83/1984), más allá de la exigencia de que su estructura y funcionamiento sean democráticos (STC 89/1989).

Con todo, si bien el legislador es libre para otorgar a estas organizaciones de defensa de intereses profesionales y/o económicos una forma jurídico-pública o privada, en general, ha optado por mantener el criterio tradicional de atribuir una personalidad de Derecho público, mediante la calificación

ISBN: 978-84-7777-740-3

de estas organizaciones como «corporaciones de Derecho público» (CDP), opción justificada tradicionalmente por la asignación a estas entidades, junto a la consecución de sus fines privativos, de determinadas funciones públicas. Con todo, debe señalarse que en algún caso destacado el legislador se ha apartado de este modelo, como sucede con las federaciones deportivas, pues aun cuando la ley sigue asignando a estas entidades funciones públicas, incluso calificadas de «carácter administrativo», las federaciones deportivas son configuradas como entidades privadas de naturaleza asociativa (arts. 43 y 50 Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte)[1].

En todo caso, aun cuando el legislador atribuya a estas organizaciones una personalidad de Derecho público, del ordenamiento vigente se desprende que las CDP no son administraciones públicas en sentido propio[2]. Así, mientras la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 calificaba como «administración pública» a las «Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado» [art. 1.2.c)], la vigente LJCA de 1998 diferencia, de un lado, «[l]as Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales» [art. 1.2.d)], y que son consideradas expresamente administraciones públicas —art. 1.2—, y, de otro lado, las corporaciones de Derecho público [art. 2.c)], cuyos actos y disposiciones adoptados en el ejercicio de funciones públicas se someten al ámbito de la jurisdicción contenciosa, pero sin que se califiquen como administraciones públicas (al igual que los concesionarios). Y, en el mismo sentido, las principales leyes administrativas, si bien contemplan su aplicación a las CDP, no las incluyen en la categoría de administraciones públicas: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las administraciones Públicas —art. 2.3— (LPAC); Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público —art. 3.2— (LCSP); o la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno —art. 2.2— (LTAIBG).

---

1 Ya la STC 67/1985, de 24 de mayo, a la vista de la Ley 13/1980, General de Cultura Física y del Deporte, declaró que del conjunto de la Ley se deduce que la ley no configura a las Federaciones españolas como Corporaciones de carácter público integradas en la Administración, sino que «aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo». Por su parte, la posterior Ley 10/1990 del Deporte, en su Exposición de Motivos y en su artículo 30.1, proclamó expresamente que «Las Federaciones deportivas españolas son entidades privadas, con personalidad propia», criterio seguido por la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte.

2 Durante mucho tiempo, el concepto de Administración pública se ha identificado con el dato formal de la personalidad jurídico-pública, pero este binomio entidad de Derecho público-Administración pública es cada vez más desmentido por el ordenamiento. Así, p. ej., la LCSP —art. 3.2.*b)*— no califica, a sus efectos, a todas las entidades de Derecho público instrumentales, tales como consorcios o entidades públicas empresariales, como Administración pública. Al mismo tiempo, el ordenamiento viene admitiendo el desempeño de funciones públicas por parte de entidades jurídico-privadas, como se contempla en la LPAC y LRJSP —arts. 2.2.*b)* de ambos textos legales—.

Más aún, las CDP tampoco forman parte del sector público, noción que presenta una creciente relevancia en nuestro ordenamiento[3]. Así, las leyes que introdujeron la noción de sector público, como son la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (art. 4.1) y la Ley General Presupuestaria (art. 2), ni siquiera mencionan a las CDP. Pero tampoco las menciona la más moderna Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), a cuya delimitación del sector público se remiten otras leyes[4]. Asimismo, tampoco se incluyen las CDP en la noción de sector público de otras leyes básicas, como la LPAC —art. 2.2, referido al llamado sector público institucional—, o la LCSP —art. 3.1—. Ni, desde luego, se pueden considerar las CDP englobadas en la categoría de entidades de Derecho público «vinculadas» a las administraciones, interpretación abiertamente desmentida por las principales leyes administrativas[5].

Por todo lo anterior, puede afirmarse que las CDP ni son ellas mismas administraciones públicas (pues todas forman parte del sector público) ni están integradas en el sector público. Y, al margen de las determinaciones

---

3 Así, Armas Castilla, N., 2026, p. 144.

4 P. ej., art. 2.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

5 Así, la LPAC, que sí menciona a las CDP, diferencia claramente, de un lado, las entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las administraciones Públicas [art. 2.2.*a)*, precepto paralelo al de la LRJSP], que sí forman parte del sector público, y, por otro lado, las Corporaciones de Derecho público, que se mencionan al margen de la delimitación del sector público (art. 2.4), por lo que parece claro que no pueden reconducirse a aquella categoría. De hecho, la mención expresa de las CDP en el artículo 2.4 tiene por finalidad extender el ámbito subjetivo de la LPAC más allá del sector público al que inicialmente se aplica (art. 2.1). Igualmente, la LCSP contempla separadamente, de un lado, a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público, y que forman parte del sector público [art. 3.1.*g)*]; y, de otro lado, las Corporaciones de Derecho público (art. 3.5), mencionadas al margen del sector público delimitado en el artículo 3.1 de la Ley, y de nuevo como una extensión del ámbito de aplicación de la LCSP, junto a otras organizaciones (como partidos políticos y sindicatos) que, en modo alguno, pueden considerarse sector público. Por su parte, la propia LTAIBG, si bien no contiene una relación de entidades integrantes del sector público, sí diferencia claramente las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a cualquiera de las administraciones Públicas [art. 2.1.*d)*], y que la LTAIBG califica de administraciones públicas (art. 2.2), y las CDP [art. 2.1.*e)*], que no quedan fuera de la calificación de administraciones públicas. Y en el mismo sentido se expresa la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (art. 77.1), al diferenciar entre entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las administraciones Públicas [letra d)], y las corporaciones de Derecho público, obligadas solo cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de Derecho público [letra g)]. Con todo, debe mencionarse que la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, declara expresamente que, a los efectos de misma, se entienden comprendidos en el sector público, «Las corporaciones de Derecho público» [art. 13.1.*e)*], equiparación innecesaria pues su única finalidad es imponer una obligación (disponer de un canal interno de denuncias) que la misma Ley ordena para el sector privado a partir de ciertos parámetros.

ISBN: 978-84-7777-740-3

del Derecho positivo, esta conceptuación es coherente con la naturaleza o esencia misma de estas entidades: con su base o sustrato privado, derivado de su integración por sujetos particulares (carácter «corporativo»), quienes promueven la creación de la entidad; con su finalidad primordial de defensa de los intereses de la corporación (STC 76/1983 y 62/2017), que por muy legítimos y relevantes que sean no deben confundirse con los intereses públicos; con su dedicación mayoritaria a actividades netamente privadas (STC 123/1987); con su organización y funcionamiento democráticos (arts. 36 y 52 CE)[6] y su financiación prevalentemente privada, que determinan que estas entidades disfruten de autonomía, no ya solo en el ejercicio de sus actividades privativas, sino también en el desempeño de las funciones públicas asignadas, de tal modo que las potestades de control que, en su caso, pueda ejercer la Administración de «tutela» se ciñen a parámetros de legalidad[7].

---

6 De la arquitectura constitucional se desprende que las administraciones públicas en sentido propio se encuentran vinculadas, directa o indirectamente, a un órgano de gobierno que presenta una inequívoca legitimación democrática, de la cual la exigencia de funcionamiento democrático de las CDP es solo un pálido sustitutivo, en absoluto comparable con los mecanismos de sufragio universal, libre, igual y secreto (arts. 68.1 y 140 CE). Así, García de Enterría-Fernández, 2024, señalan: «una identificación plena entre Corporaciones de base privada que tienen atribuidas funciones públicas y administraciones Públicas resultaría profundamente equívoca». Y más adelante añaden: «Por ello, más que de tal identificación subjetiva entre Corporaciones de base privada y administraciones Públicas podría hablarse, más técnicamente, de que aquéllas vienen a actuar como verdaderos agentes descentralizados de la Administración. Con lo cual, al margen ya de su forma pública de personificación, que es debida a otros funcionalismos, como hemos visto, su régimen vendría a equipararse al de los supuestos de autoadministración cumplidos por entidades propiamente privadas, a los que nos hemos referido anteriormente». Y, en este sentido, Santamaría Pastor, J. A., 1988, pp. 46 y 1192, defiende que se trata, no de una supuesta Administración Corporativa, sino de supuestos cualificados de participación privada en el ejercicio de funciones públicas.

7 Así, para nuestra jurisprudencia la función principal de los colegios profesionales no es pública, sino que consiste en la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011, recurso de casación núm. 2054/2008: «La intervención del Estado sobre estos entes corporativos de base privada se inicia con su creación mediante un acto de imperio, por el que se publifica en cierto modo el ejercicio de una determinada profesión, acto que, a su vez, le atribuye a la corporación profesional personalidad jurídico-pública con el fin de desempeñar funciones de interés general con carácter monopolístico que se encarga de controlar la jurisdicción contencioso-administrativa. *Sin perjuicio de ello, su función principal no es pública, sino que tiene por fin esencial la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común, de suerte que, en este último caso, de suscitarse conflictos entre ellos, serán otras jurisdicciones las encargadas de resolver sus controversias*». En el mismo sentido, la STS de 3 de mayo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2534) enuncia la siguiente doctrina que luego será reiterada en muchos pronunciamientos posteriores (FJ. 1.º): *Los colegios profesionales son corporaciones sectoriales de base privada, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad en gran parte privada, aunque tengan atribuidas por ley, o delegadas, algunas funciones públicas. (…) Estos Colegios han sido creados pues primordialmente para la defensa de los intereses privados de sus miembros, pero también atienden a finalidades de interés público, como expresan las STC 20/88 y STS de 29/11/1990; constituyendo así «una realidad jurídica de base asociativa y régimen parti-*

2. La sujeción de las CDP a Derecho administrativo

Como se ha señalado, la sujeción de las CDP a Derecho administrativo y, en consecuencia, al orden contencioso-administrativo, lo es solo en la medida en que ejerzan funciones públicas [art. 2. c) LJCA]. Así, solo en lo concerniente al ejercicio de las funciones públicas se les aplica y, además, supletoriamente, la legislación de procedimiento administrativo común (art. 2.4 LPAC). Por el contrario, las actividades de carácter privado se someten por completo (incluidos los actos preparatorios) a Derecho privado y deben realizarse en régimen de libre competencia[8].

Para determinar cuáles son las funciones públicas que el ordenamiento asigna a las CDP y, en consecuencia, su grado de sujeción al Derecho administrativo, debe partirse del hecho de que las CDP constituyen un género de entidades jurídico-públicas que carece de una regulación común, pues su régimen está por completo diversificado en función de la categoría específica de cada corporación: colegios profesionales[9], cámaras de comercio, industria y navegación[10], comunidades de regantes y otros usuarios de los bienes del dominio público hidráulico[11], cofradías de pescadores[12], consejos reguladores de denominaciones de origen protegidas constituidos como corporación de Derecho público[13]. Además, la legislación autonómica contempla otras CDP, como las juntas de compensación urbanísticas, constituidas básicamente por los propietarios de una unidad de ejecución urbanística[14].

Por esta razón, la determinación de las funciones públicas de las CDP debe llevarse a cabo de forma singularizada para cada categoría, conforme a

---

cular distinta del de las asociaciones de naturaleza privada» (STS 5/1996). Este carácter de Corporaciones Públicas «no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales» (STC 20/88), quedando limitada su equiparación a las administraciones públicas de carácter territorial «a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de los Colegios (STC 87/1999)».

8 Así, art. 5.3 Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras de Comercio.

9 Ley 2/1974, de 13 febrero, sobre colegios profesionales, y legislación autonómica general.

10 Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y legislación autonómica propia.

11 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, desarrollada por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

12 Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado (art. 45). También, p. ej., art. 41 Ley 1/2002, de 4 de abril, de ordenación, fomento y control de la Pesca Marítima, el Marisqueo y la Acuicultura Marina de Andalucía.

13 Debe señalarse que la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supra-autonómico, no impone en todo caso a las entidades de gestión (los Consejos Reguladores) su constitución como CDP, si bien esta es necesaria para ejercer determinadas funciones públicas —art. 17.*h)*—.

14 P. ej., art. 103 Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

ISBN: 978-84-7777-740-3

lo dispuesto en su legislación específica. A este respecto, conforme al principio de legalidad, lo correcto es que la ley explicite cuáles son las concretas funciones públicas que se asignan a cada categoría de corporación. Es el caso, p. ej., de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (art. 5)[15]. Sin embargo, en otros supuestos el legislador omite formular una delimitación expresa de las funciones públicas y privadas de estas organizaciones, de modo que debe acudirse a la jurisprudencia, como sucede en el caso destacado de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales[16]. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal Supremo, la mera naturaleza de corporaciones de Derecho público no otorga a estas entidades funciones propias de las administraciones públicas[17].

Asimismo, en lugar de una atribución legal directa, la asignación de funciones públicas a las CPD puede tener fundamento en una delegación de competencias o encomienda de gestión por parte de la administración pública competente. Ahora bien, cabe recordar que la LRJSP (arts. 9.1 y 11.1) únicamente habilita la delegación del ejercicio de competencias, así como la encomienda de gestión, a otras entidades de Derecho público, cuando la entidad receptora de la delegación o encomienda «dependa o esté vincu-

---

15 Asimismo, para la adecuada diferenciación entre las actividades públicas y privadas que pueden desarrollar estas instituciones, en los términos del artículo 5 de esta Ley, la Ley 4/2014, de 1 de abril (art. 35.4) obliga a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (y la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España) a mantener una contabilidad diferenciada en relación con sus actividades públicas y privadas, sin perjuicio de la unicidad de las cuentas anuales.

16 Así, en la STS de 3 de mayo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2534) se señala: *Por su propia naturaleza son ámbitos competenciales o fines privados de los Colegios profesionales los relativos a la protección mutual, y la asistencia social de sus miembros y su familia, y entendemos que además lo son el presupuesto y la aprobación de cuentas necesarios para el funcionamiento colegial. Dichas cuentas se integran por la liquidación anual de gastos y de cada partida, no siendo pues claramente fiscalizable por este orden jurisdiccional cuya competencia se limita al control de la formación de voluntad del órgano colegial que aprueba las cuentas, es decir la Junta o Asamblea General Ordinaria del Consejo correspondiente. Por el contrario, constituye actividad colegial administrativa sujeta al posterior control jurisdiccional contencioso-administrativo: a), la colegiación obligatoria (STC 194/1998); b), todo su régimen electoral; c), el régimen disciplinario; d), el visado colegial de los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así lo exijan los respectivos Estatutos; y d) el régimen de recursos contra los actos administrativos dictados por los distintos órganos colegiales, en el ámbito de sus competencias respecto de sus colegiados*. Sí contiene una delimitación de las funciones públicas de los colegios profesionales, la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios Profesionales (art. 39).

17 La STS de 27 de mayo de 2024 (RC 2408/2022) fijó como doctrina jurisprudencial que la naturaleza de corporaciones de Derecho público no otorga a estas entidades, como las cofradías de pescadores en el caso, la función de ser oficinas de registro para las administraciones Públicas, salvo en los casos y con el alcance que se determine por una disposición general del Estado o de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. En el caso en cuestión, la normativa autonómica solo establecía esta función respecto a la Administración autonómica, pero no en relación a la Administración estatal.

lada» a la administración pública titular de la competencia. Por tanto, en la medida en que las CDP, según se ha señalado, no pueden ser calificadas de entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a administración pública alguna, la LRJSP no constituye base legal suficiente para este tipo de traslaciones competenciales[18].

Con esto no se afirma que no sean viables dichas traslaciones, sino que precisan de cobertura específica en una norma con rango de ley (generalmente, la que ordene cada categoría de CDP), y solo en los ámbitos y materias especificados por la misma[19]. Todo ello en respeto al principio de irrenunciabilidad de la competencia (art. 8.1 LRJSP), máxime cuando su traslado es a una entidad que no es considerada por el ordenamiento como administración pública, tal como se ha señalado.

Por lo demás, y con independencia de cuáles sean las funciones públicas específicas que correspondan a cada categoría de CDP, la jurisprudencia tiene establecido que los actos relativos a la organización y funcionamiento de estas corporaciones también están sujetos a Derecho administrativo. En concreto, son funciones público-administrativas las actuaciones relativas a la correcta constitución y funcionamiento de sus órganos de gobierno, así como el régimen electoral, debido a la exigencia expresa contenida en la Constitución, según la cual la estructura interna y funcionamiento de estas organizaciones deberán ser democráticos (arts. 36 y 52 CE), de tal modo que se trata de proteger un interés público general, como es el de que su modo de organización y de actuación sean democráticos (STC 386/1993), tal como se desarrolla más adelante[20].

II. LA SUJECIÓN DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO A LA LTAIBG

En el Preámbulo de la LTAIBG se indica que *«[e]n relación* con sus actividades sujetas a Derecho administrativo, la Ley se aplica también a las Cor-

---

18 Así Hernández Jiménez, H. M., 2016.

19 Así, p. ej., la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, autoriza a la Administración Regional a suscribir acuerdos o convenios con el Colegio Oficial de Veterinarios de la Región de Murcia para la gestión del Registro de Animales de Compañía de la Región de Murcia (D.A. 2.ª), que constituye sin duda ejercicio de una función pública (una competencia), que de otro modo debería llevar a cabo directamente la Administración autonómica.

20 Como señala el Tribunal Constitucional (STC 20/1988, FJ 4) respecto a los colegios profesionales, «la dimensión pública de los entes colegiales, en cuya virtud, como antes se dijo, están configurados por la Ley bajo formas de personificación jurídico-pública que la propia representación actora no discute, los equipara sin duda a las administraciones públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación quede limitada a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de aquéllos.»

ISBN: 978-84-7777-740-3

poraciones de Derecho público (…)». Así, la LTAIBG incluye en el ámbito subjetivo de aplicación del Título I relativo a la «Transparencia de la actividad pública» a las corporaciones de Derecho público «*en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho administrativo*» [art. 2.1.e)], al mismo tiempo que la propia LTAIBG (art. 2.2) no reconoce a estas organizaciones la consideración de administraciones públicas, en la línea ya indicada[21]. De este modo, la LTAIBG es coherente con las notas generales señaladas: sujeción de las CDP a Derecho administrativo exclusivamente en su dimensión pública, y no reconocimiento de la naturaleza de administraciones públicas.

En términos generales, la inclusión de las CDP en el artículo 2.1 LTAIBG comporta que, por una parte, quedan sometidas al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa definidas en el Capítulo II del Título I de la LTAIBG —artículos 5 a 11— en lo que atañe a sus «*actividades sujetas a Derecho administrativo*»; y, por otra parte, que cualquier persona tiene derecho a acceder a la «información pública», que obre en poder de las corporaciones de Derecho público respecto, igualmente, de sus «actividades sujetas a Derecho administrativo».

De este modo, de la LTAIBG se desprende que solo es «información pública», a efectos del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, únicamente la información en poder de las CDP relacionada con sus actividades sujetas a Derecho administrativo. Así, debe recordarse que, conforme al artículo 13 LTAIBG, tiene tal consideración todo contenido o documento, cualquiera que sea su formato o soporte, que obre en poder de los sujetos obligados por la norma, y que haya sido elaborada o adquirida «en ejercicio de sus funciones», funciones que, en relación con estas organizaciones, deben ser necesariamente funciones públicas. Por el contrario, si la información solicitada no puede reconducirse al ejercicio de funciones públicas, debe reputarse como información privada de la CDP y el acceso a la misma no encuentra amparo en la LTAIBG[22].

En definitiva, como viene declarando el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, «[e]s el doble carácter público y privado que ostentan estas corporaciones lo que hace que el régimen de aplicación de la LTPA no sea tan intenso como el aplicado para las administraciones públicas, de modo que quedaría al margen de esta Ley el conjunto de activida-

---

21 La Ley 19/2014 de Transparencia de Cataluña se separa del planteamiento de la ley estatal, pues asigna a las Corporaciones de Derecho público «en lo que afecta al ejercicio de sus funciones públicas» la consideración de administraciones públicas —art. 2.*f)*—.

22 Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), R/1081/2025, de 18 de septiembre, Comunidad de Regantes de Los Ruices; R/1331/2025, de 4 de noviembre, Comunidad de Regantes de Traslapuente; R/1338/2025, de 5 de noviembre, Comunidad de Regantes de la Margen Izquierda del Río Alagón. En el mismo sentido, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP), Resolución 310/2017, de 15 de septiembre, Cofradía de Pescadores de Blanes.

des no sometidas al Derecho administrativo. No obstante, por las finalidades preeminentemente públicas que ostentan, por la no menos importante función de las prerrogativas públicas que ejercen y por el carácter de actos administrativos que se derivan de la actividad colegial en sus decisiones sujetas al derecho administrativo, se justifica el hecho de que se vean sometidas a las exigencias en materia de transparencia[23]».

Ahora bien, en mi opinión, la LTAIBG incurre en un error de planteamiento, que se reitera en relación con los órganos constitucionales y estatuarios [art. 2.1.f)], al delimitar su ámbito de aplicación por referencia a la sujeción o no de su actividad a Derecho administrativo. Habría sido más correcto delimitar el ámbito de sujeción a las reglas de transparencia mediante la referencia al ejercicio de funciones públicas, tal como establecen la LJCA —art. 2.c)— y la LPAC —art. 2.4— (o la Ley 19/2014 de Transparencia de Cataluña). Y ello porque, aun cuando es cierto que generalmente la actividad de desempeño de funciones públicas está sujeta a Derecho administrativo, no siempre sucede así, tal como se expone en este trabajo.

Al igual que las CDP están sujetas al régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en lo concerniente al ejercicio de las funciones públicas[24], también deben estar sujetas a las reglas de transparencia pública en la medida en que ejerzan funciones públicas. Y esta comprensión sustancial es, además, la más acorde con el designio de la propia LTAIBG, el cual refiere el mandato de transparencia a la *actividad pública*, y no a una actividad sujeta a un régimen específico, actividad pública en la cual se incluye con naturalidad la relativa al ejercicio de funciones públicas por parte de las CDP. Dicho de otro modo, la transparencia de la actividad pública es una cuestión por completo independiente del régimen jurídico al que se somete la entidad que la desarrolla.

De otro lado, si bien la no consideración de las CDP como administraciones públicas es superflua a efectos del derecho de acceso a la información pública, respecto a las obligaciones de publicidad activa se trata de una distinción relevante, pues en ocasiones la propia LTAIBG refiere expresamente determinadas obligaciones de publicidad a las administraciones públicas (como sucede con las obligaciones relativas a la llamada información de relevancia jurídica). Ahora bien, cabe defender que, aun cuando las CDP no se califiquen de administraciones públicas, se les aplican los deberes que la LTAIBG impone a estas cuando en el ejercicio de sus funciones públicas desarrollan actuaciones por completo equivalentes a las sujetas a publicidad activa de las administraciones públicas.

---

23 Consejo de Transparencia y Protección de Datos (CTPD) de Andalucía, Resoluciones 31/2016; 329/2018, 114/2019; 41/2022, entre otras.

24 Art. 36.2 Ley 7/2006, de 31 de mayo, de profesiones tituladas y colegios profesionales de Cataluña.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Finalmente, respecto al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, el Consejo de Estado apuntó en su dictamen al anteproyecto de LTAIBG la conveniencia de extender la cooperación de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas a determinadas corporaciones de Derecho público (comunidades de regantes o las cofradías de pescadores) cuyo reducido tamaño, unido a la escasez de medios que suelen padecer, puede convertir en excesivamente onerosa la mencionada obligación de publicidad activa[25]. En tal sentido, en el proyecto de Ley se introdujo la disposición adicional tercera, conforme a la cual, para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Título I de esta Ley, las corporaciones de Derecho público podrán celebrar convenios de colaboración con la administración pública correspondiente o, en su caso, con el organismo que ejerza la representación en su ámbito concreto de actividad (caso de los consejos profesionales respecto a los colegios profesionales).

A continuación, se trata el ámbito funcional de las CDP sujeto a las leyes de transparencia pública, tanto en relación con la publicidad activa, como en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, para lo cual se examinan en primer lugar las obligaciones de publicidad activa, puesto que los órganos de garantía han dejado claro que cuando una solicitud de información verse sobre una información sujeta a una obligación de publicidad activa, es evidente el derecho a su comunicación (tanto si la información está publicada, como si no lo está)[26].

III. LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA

1. Información institucional, organizativa y de planificación

La LTAIBG —art. 6.1— establece lo siguiente: «Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación, así

---

25 El Consejo de Estado estimó necesario proponer que se incluyera en el anteproyecto una disposición adicional que de modo específico abordara este problema, «cuya solución podría alcanzarse, por ejemplo, previendo la posibilidad de que este tipo de Corporaciones alcance convenios concretos con la Administración competente correspondiente para que ésta facilite los medios o instrumentos que permitan el cumplimiento de esta obligación, o estableciendo que dicho cumplimiento se lleve a cabo de forma centralizada a través del organismo representativo del conjunto de dichas corporaciones (en el caso de las Comunidades de Regantes, FENACORE), encargado a tal efecto de recabar toda la información pertinente y de publicarla a través de alguno de los medios electrónicos previstos en este apartado».

26 CTBG, Criterio interpretativo 9/2015, de 12 de noviembre. P. ej., CTBG, R/810/2023, de 2 de octubre, sobre acceso al cuestionario y protocolo de sistema VioGen; R/192/2024, de 16 de febrero, sobre acceso a una instrucción.

como a su estructura organizativa». De acuerdo con la limitación antes indicada, esta obligación es aplicable a las corporaciones de Derecho público en relación a sus actividades sujetas a Derecho administrativo, es decir, estas entidades deberán publicar una descripción de las funciones públicas que tienen atribuidas legalmente o las que les hayan delegado o encomendado las administraciones públicas, así como los órganos que las ejercen, la normativa que les sea aplicable y la administración pública para la que desarrollan estas funciones públicas[27]. Asimismo, la obligación de incluir «un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional» —art. 6.1 LTAIBG—, debe entenderse referida a los responsables de los órganos que ejerzan las funciones públicas[28].

Además, la legislación propia de cada categoría de corporación puede contener deberes específicos de publicidad. Así, en relación con los colegios profesionales, la Ley 2/1974, de 15 de febrero, de colegios profesionales, tras la modificación operada por la llamada Ley Ómnibus 25/2009, de 22 de diciembre, ordena publicar en la página web en el primer semestre de cada año la memoria anual, la cual debe contener un conjunto preciso de informaciones, entre las que destaca el informe anual de gestión económica, incluyendo los gastos de personal suficientemente desglosados (art. 11.1).

De otro lado, la circunstancia de que las corporaciones de Derecho público no formen parte del sector público determina que, en principio, no existen obligaciones de publicidad relativas al personal al servicio de estas organizaciones. Ahora bien, existe una tendencia clara en la legislación a impulsar la transparencia sobre la información de las retribuciones percibidas por los máximos dirigentes de la corporación[29]. Así, ya la Ley 2/1974, de 15 de febrero, de colegios profesionales, establece (art. 11.1) que la memoria anual —antes referida— debe contener el informe anual de gestión económica, el cual deberá especificar las retribuciones de los miembros de la Junta de Gobierno en razón de su cargo. Y, de modo más explícito, la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (art. 35.3), establece que las Cámaras de Comercio harán públicas las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables respectivos, así como las indemnizacio-

---

27 Así, Decreto 8/2021 del Gobierno de Cataluña —art. 52—.

28 Así, Consejo de Transparencia y Protección de Datos (CTPD) de Andalucía, Resolución 668/2024, de 24 de julio, Comunidad de Regantes de San Martín del Tesorillo.

29 Desde esta perspectiva, el Consejo de Transparencia de Navarra, Guía de transparencia y acceso a la información pública dirigida a Corporaciones de Derecho público, 2019, p. 18, considera que las retribuciones percibidas por los responsables de la corporación no pueden ser consideradas información pública y, por lo tanto, su publicación no debe considerarse preceptiva.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nes percibidas, en su caso, con ocasión del cese en su cargo por cualquier causa[30].

Con todo, la cuestión es si, a falta de disposición especial, es aplicable la exigencia del artículo 8.1.f): «Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título». Obsérvese que este precepto no se refiere a las administraciones públicas, sino a «las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título». Además, el precepto no utiliza solo la terminología de altos cargos, exclusiva del sector público, sino también la de «máximos responsables», lo cual solo puede interpretarse en el sentido de que el precepto vincula a entidades ajenas al sector público. Y en este sentido se ha pronunciado alguna norma autonómica[31].

Por último, aunque la LTAIBG —art. 6.2— refiere la publicidad sobre los planes y programas a las administraciones públicas, en la medida en que cuando una corporación de Derecho público ejerce funciones administrativas está sujeta a Derecho administrativo, cabe defender que esta obligación es también aplicable a los planes y programas que aprueben las corporaciones de Derecho público respecto de las funciones públicas atribuidas, así como a la evaluación de los mismos[32].

2. Información de relevancia jurídica

El artículo 7 LTAIBG impone las obligaciones contenidas en el mismo a las administraciones públicas. No obstante, puede aplicarse el razonamiento

---

30 Por su parte, la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte —art. 61.1—, impone la publicidad de las retribuciones percibidas por la estructura directiva profesional de las federaciones. Y, además, añade que en la memoria económica que han de presentar las federaciones deportivas como entidades de utilidad pública y las ligas profesionales, se dará información de todas las aportaciones dinerarias o en especie satisfechas a los miembros de la junta directiva (art. 59.3).

31 Decreto 8/2021 del Gobierno de Cataluña —art. 52—. De modo menos claro, el Borrador de abril de 2019 de Real Decreto de reglamento de desarrollo de la Ley 19/2013, se refería a la información sobre las retribuciones de sus máximos responsables, «que resulte relevante para garantizar la transparencia en el ejercicio de sus actividades de carácter público o que permita reflejar adecuadamente el destino dado a los fondos públicos recibidos» —art. 11.3—. Y se añadía que, a estos efectos, tendrían la consideración de máximas personas responsables, las que tengan la condición de decano o decana, ostenten la presidencia y órganos unipersonales similares de las corporaciones u órganos rectores que se determinen en sus respectivas normas reguladoras.

32 Así, Decreto 8/2021 del Gobierno de Cataluña —art. 52—. Es el caso del Plan Cameral de Internacionalización, previsto en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (art. 22). O el caso del Programa deportivo plurianual de las federaciones deportivas (Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte —art. 61.1—).

anterior, en el sentido de incluir a las CDP en el ámbito de ejercicio de funciones públicas. Es el caso en el caso de las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos[33].

Y, con mayor razón, debe entenderse que las corporaciones de Derecho público han de publicar las normas internas, tanto organizativas, como relacionadas con el ejercicio de sus funciones públicas. Así, p. ej., ya la Ley 2/1974, de 15 de febrero, de colegios profesionales, establece (art. 11.1) que la memoria anual debe contener, entre otras informaciones, los cambios en el contenido de sus códigos deontológicos, en caso de disponer de ellos; así como las normas sobre incompatibilidades y las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los miembros de las Juntas de Gobierno[34].

De otro lado, respecto a la obligación de hacer público un inventario o registro de sus actividades de tratamiento de datos personales —arts. 6 *bis* LTAIBG y 31.2 Ley Orgánica 3/2018—, las corporaciones de Derecho público deben cumplir esta obligación «cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de Derecho público» —art. 77.1 Ley Orgánica 3/2018—, como, por ejemplo, la gestión de los procesos electorales.

3. Información económica, presupuestaria y estadística

a) Contratos

Al referir la LTAIBG la sujeción a la misma de las actividades de las CDP sometidas a Derecho administrativo, lleva a determinar los supuestos en los que estas entidades se someten a la legislación de contratos públicos en calidad de entidad contratante. A este respecto, la LCSP —art. 3.5— declara sujetas a la misma las corporaciones de Derecho público, «cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador», de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del mismo artículo (esto es, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miem-

33 Así, Decreto 8/2021 del Gobierno de Cataluña —art. 52—.

34 Es también el caso de los Reglamentos de Régimen Interior y Códigos de Buenas Prácticas previstos en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (art. 22). Por su parte, Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, obliga a las federaciones deportivas a publicar los estatutos, reglamentos y normas internas de aplicación general (art. 61.1).

ISBN: 978-84-7777-740-3

bros de su órgano de administración, dirección o vigilancia), lo cual supondría sujetar dicha actividad a Derecho administrativo y, en consecuencia, a la LTAIBG[35].

Ahora bien, se trata de una posibilidad rigurosamente excepcional, pues al tratarse de entidades de base privada: primero, su financiación mayoritaria no es pública, sino a cargo de las cuotas de los miembros; segundo, la propia Constitución exige que su gobierno sea democrático, lo que excluye la posibilidad de designación mayoritaria de sus gobernantes por los poderes adjudicadores; y tercero, el hecho de que la legislación prevea algunas facultades de tutela, al ser controles de legalidad, carecen del alcance para dirigir la gestión de la entidad (STJUE de 12 septiembre 2013, Colegio Profesional de Médicos de Westfalia-Lippe)[36]. Con todo, no cabe descartar por completo que pueda concurrir en algún caso el elemento de la financiación mayoritariamente pública (STJUE de 3 de febrero de 2021, C-155/19 y C-156/19, Federazione Italiana Giuoco Calcio)[37].

Cuestión distinta, es plantear la aplicación a las corporaciones de Derecho público del artículo 8.2, es decir, de la obligación de publicar los contratos que celebre la corporación en calidad de entidad «contratista» con entidades del sector público, y ello con la finalidad de no ser mejor tratadas que las entidades privadas[38]. Pero, sobre todo, habría que plantear la conveniencia de que los contratos (de obras, suministros y servicios, pero también patrimoniales) que celebren las corporaciones de Derecho público con terceros y que estén directamente vinculados a las funciones públicas asignadas a estas entidades, aun cuando no se sometan a las reglas de preparación y adjudicación LCSP, deberían ser objeto de un mínimo de transparencia pú-

---

35 Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), Criterio Interpretativo 3/2019, Publicidad activa (2), Ámbito subjetivo, p. 42.

36 Así, el Consejo de Transparencia de Navarra considera que no resulta viable entender que la tutela de la Administración de la Comunidad Foral, a través del control *a posteriori* que ejerce en relación con algunos de los actos corporativos, llegue a tener una influencia determinante sobre las decisiones de la corporación requeridas por el TJUE. Consejo de Transparencia de Navarra, «Guía de transparencia y acceso a la información pública dirigida a Corporaciones de Derecho público», 2019, p. 15. En el mismo sentido, respecto a las comunidades de regantes, A. Ezquerra Huerva (2020).

37 Asimismo, López Benítez, M., 2017, p. 140, señala la posible sujeción de las corporaciones en el caso de contratos subvencionados de forma directa y en más de un 50% por poderes adjudicadores. Pero lo cierto es que el título no es por su condición de entidades de Derecho público ni por el ejercicio de funciones públicas, sino por la naturaleza misma del contrato como subvencionado, tal como sucedería a cualquier entidad privada y en una actividad también privada.

38 Así, lo entiende el Consejo de Transparencia y Protección de Datos (CTPD) de Andalucía, Consulta 1/2018, de 7 de mayo. Igualmente, el CTBG en sus evaluaciones de cumplimiento incluyó no solo los contratos adjudicados por la corporación en régimen de derecho administrativo, sino también a aquellos otros en los que ésta haya sido adjudicataria de un contrato licitado por una administración pública. CTBG, «Informe agregado de evaluación de las corporaciones de Derecho público», 2021.

blica[39]. Por ello, se considera que la LTAIBG debería referir la sujeción de las CDP por referencia al ejercicio de funciones públicas, y no por la sujeción de la actividad a Derecho administrativo.

b) Convenios y encomiendas

Tal como se viene señalando, deben publicarse exclusivamente los convenios sujetos a Derecho administrativo, esto es, a la LRJSP (arts. 47 y ss.) y otras disposiciones administrativas[40]. Así, de un lado, las corporaciones de Derecho público pueden suscribir convenios con la administraciones públicas[41]. De hecho, lo ordinario es que la misma delegación de funciones públicas por parte de las administraciones, en la medida en que precise el consentimiento de la corporación afectada, se efectúe precisamente mediante un convenio[42]. Es claro que todos estos convenios deben ser objeto de publicación por la administración pública que sea parte del convenio, pero, además, de acuerdo con la jurisprudencia, también corresponde a la corporación realizar esta publicidad (aunque suponga una duplicidad). Pero también pueden suscribir las corporaciones de Derecho público convenios con entidades privadas y, en el caso de que tales convenios traten sobre las funciones públicas encomendadas a la corporación, habrá que entender que deben ser objeto de publicidad.

c) Subvenciones y ayudas públicas

Inicialmente en aplicación del artículo 8.1.c) las corporaciones de Derecho público han de publicar las subvenciones y ayudas públicas que ellas concedan sujetas a Derecho administrativo. El problema es que las CDP no están sujetas a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvencio-

---

39 Así lo apunta el Consejo de Transparencia de Navarra, *Guía de transparencia y acceso a la información pública dirigida a Corporaciones de Derecho público*, 2019, p. 15. De hecho, la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, obliga a las federaciones deportivas a publicar información suficiente sobre sus proveedores y régimen de contratación con los mismos, así como indicación de los convenios y contratos *públicos y privados* suscritos, con mención del objeto, duración, obligaciones de las partes, modificaciones y, en su caso, procedimiento de adjudicación (art. 61.1 y 2).

40 CTPD Andalucía, Consulta 1/2018, de 7 de mayo.

41 Así, p. ej., la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, prevé que, para el adecuado desarrollo de sus funciones, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y las administraciones Públicas podrán celebrar convenios de los previstos en la ley de contratos del sector público —art. 5.6—.

42 P. ej., el art. 7.1 de la Ley 10/2013, de 6 de noviembre, por la que se regula los colegios profesionales de Andalucía, establece que la Administración de la Comunidad Autónoma podrá delegar en los colegios profesionales de Andalucía el ejercicio de funciones administrativas relacionadas con la profesión respectiva, pero añade que la delegación requerirá la aceptación expresa del colegio o colegios afectados.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nes (LGS). De nuevo, al igual que sucede con la contratación, nos encontramos con una laguna generada por la opción de la LTAIBG de delimitar el ámbito de su aplicación por referencia a las actividades sujetas a Derecho administrativo. Por el contrario, debería entenderse que las ayudas que concedan las CDP cuando estén directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, aun cuando no se sometan a las reglas de concesión de la LGS, deben estar sujetas a un mínimo de transparencia[43].

Por el contrario, nada dice la LTAIBG sobre la publicidad de las ayudas públicas recibidas por las CDP. Sin embargo, debe interpretarse que, si las entidades privadas del artículo 3 LTAIBG deben publicar las ayudas públicas recibidas, con mayor razón las corporaciones de Derecho público, que se localizan en el artículo 2.1 LTAIBG, con objeto de no ser mejor tratadas que las entidades privadas. Así, de un modo expreso, la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación —art. 35.3— establece que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España harán públicas las subvenciones que reciban, así como otro tipo de recursos públicos que puedan percibir para el desarrollo de sus funciones[44].

d) Información financiera y presupuestaria

La jurisprudencia viene sosteniendo que si bien «la adecuación o no a Derecho de las partidas a que los mismos se refieren (los presupuestos) es una cuestión ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa y revisable ante la jurisdicción civil ordinaria, no hay que olvidar que esa excepción no alcanza al acto de aprobación de los mismos, que ha de hacerse por el órgano competente y constituido en forma y que es revisable ante esta jurisdicción contencioso-administrativa, en ese particular»[45]. Así, el CTPD

---

43 Así, la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, entre las funciones públicas de las federaciones deportivas, prevé la de otorgar y ejercer el control de las subvenciones que asignen a las asociaciones y entidades deportivas como consecuencia del ejercicio de potestades públicas, en la forma que reglamentariamente se determine.

44 Más aún, la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte —art. 61.1— obliga a las federaciones deportivas a publicar las subvenciones y ayudas públicas *y privadas* recibidas, con indicación de importe individualizado para las públicas y global de las privadas, así como finalidad y destinatarios últimos, con respeto a la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Así, el Borrador de 2019 de Real Decreto de reglamento de desarrollo de la Ley 19/2013 —art. 11.3— se refería tanto a las ayudas públicas otorgadas como recibidas. Por su parte, el CTBG ha entendido que las CDP deben publicar las subvenciones y ayudas públicas tanto adjudicadas como percibidas. CTBG, «Informe de evaluación sobre el cumplimiento de la LTAIBG por parte de los Colegios Nacionales y Consejos Generales de los colegios profesionales» de 2021.

45 STS de 3 de mayo de 2006, recaída en el recurso de casación núm. 9699/2003, o STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 12 de noviembre de 12 noviembre 2010.

Andalucía considera que la publicidad activa en esta materia presupuestaria ha de alcanzar únicamente a los actos o acuerdos de aprobación de los presupuestos, pero no al contenido de los mismos[46]. Con todo, alguna norma autonómica incluye la información relativa a las partidas presupuestarias anuales vinculadas o referentes a las funciones públicas atribuidas, así como de los datos relativos a su ejecución y las cuentas anuales y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización[47].

Por su parte, la legislación sobre estas organizaciones puede contener normas específicas. Así, la Ley 2/1974, de 15 de febrero, de colegios profesionales, establece que la memoria anual debe contener el informe anual de gestión económica, incluyendo los gastos de personal suficientemente desglosados (art. 11.1). Y la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, establece que las cuentas anuales, junto con el informe de auditoría, y el informe anual sobre el gobierno corporativo, se depositarán en el registro mercantil correspondiente a la localidad en la que la Cámara tenga su sede «y serán objeto de publicidad por las Cámaras» (art. 35.1)[48].

e) Información estadística

La LTAIBG se refiere a la información estadística «necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia». En este caso habrá que entender que la información estadística se refiere a las funciones públicas que tengan encomendadas las corporaciones. Así, p. ej., la propia la Ley 2/1974, de 15 de febrero, de colegios profesionales, establece —art. 11.1— que la memoria anual debe contener, al menos, información estadística sobre la actividad de visado, naturalmente en el caso de que se haya atribuido tal función pública[49].

---

46 CTPD de Andalucía, Consulta 1/2018, de 7 de mayo.

47 Decreto 8/2021 del Gobierno de Cataluña —art. 52—.

48 Asimismo, Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte —art. 61.1—, obliga a las federaciones deportivas a publicar el presupuesto aprobado por la asamblea, la liquidación del presupuesto del año anterior, el informe de auditoría de cuentas y los informes de la comisión de control económico.

49 Así como información agregada y estadística relativa a los procedimientos informativos y sancionadores en fase de instrucción o que hayan alcanzado firmeza, con indicación de la infracción a la que se refieren, de su tramitación y de la sanción impuesta en su caso, de acuerdo, en todo caso, con la legislación en materia de protección de datos de carácter personal; información agregada y estadística relativa a quejas y reclamaciones presentadas por los consumidores o usuarios o sus organizaciones representativas, así como sobre su tramitación y, en su caso, de los motivos de estimación o desestimación de la queja o reclamación, de acuerdo, en todo caso, con la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.). Por su parte, Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, obliga a las federaciones deportivas a publicar la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de las actividades que sean de su competencia (art. 61.1).

ISBN: 978-84-7777-740-3

4. Evaluación de cumplimiento

En relación con las evaluaciones del grado de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa llevadas a cabo por parte del CTBG, los datos disponibles respecto a las corporaciones de Derecho público son muy incompletos y desactualizados. De entrada, el CTBG considera que no le corresponde evaluar las CDP de ámbito inferior al estatal. Esta limitación puede admitirse respecto a las CDP cuya actuación en materia de derecho de acceso revisa en virtud de convenio con la correspondiente comunidad autónoma, pero es del todo incongruente con la competencia del CTBG para conocer de las reclamaciones en materia de derecho de acceso frente a comunidades de regantes adscritas a los organismos de cuenca de competencia del Estado, y cuya competencia es directa, y no en virtud de convenio[50]. Lo cierto es que esta auto limitación ha determinado que, prácticamente, el CTBG evalúe solo a los colegios profesionales de ámbito estatal. Asimismo, sorprendentemente, a partir del plan de evaluación de 2023 en adelante (2024, 2025 y 2026) no se han incluido en los planes de evaluación del CTBG a las CDP (el llamado Grupo IV). De este modo, las únicas evaluaciones disponibles de las CDP con datos agregados llegan solo hasta 2022.

En concreto, en el plan de evaluación correspondiente a 2021, el *Índice de Cumplimiento de la Información Obligatoria* por parte de las CDP evaluadas (44 entidades en revisión de cumplimiento de recomendaciones y 21 en primera evaluación) se situó, en términos globales, en un 43,6% de cumplimiento. Ahora bien, desglasados en los dos bloques de obligaciones, los datos son muy dispares, pues si bien en el bloque de información institucional y organizativa el promedio de cumplimiento se estimó en un 66,8%, en el bloque de información económica el promedio se situó tan solo en un 12,9%. Por su parte, los datos relativos al plan de evaluación correspondiente a 2022 (con un total de 20 entidades evaluadas, todas ellas ya evaluadas por primera vez el año anterior), mejoraron levemente: 50,7% de promedio global, con un 71,6% respecto a la información institucional y organizativa, y un 15,1% respecto a la información económica, si bien debe señalarse que todas las entidades evaluadas eran de seguimiento de la evaluación del año anterior.

En definitiva, de las evaluaciones efectuadas en 2021 y 2022 se desprende que las entidades evaluadas publican aproximadamente la mitad de los contenidos obligatorios según el CTBG. Pero deben aquí realizarse varias precisiones. Primero, debido a la limitación indicada, todas las CDP evaluadas son colegios profesionales de ámbito estatal y, por tanto, no son

50 CTBG, R/1074/2023, de 18 de diciembre, Comunidad General de Regantes del Canal de Navarra.

pequeñas corporaciones desprovistas de medios. Segundo, el propio CTBG no considera que las CDP estén obligadas a publicar determinadas informaciones, como, p, ej., las retribuciones de los máximos dirigentes. Y, tercero, el grado de cumplimiento de las recomendaciones que formula el CTBG es francamente muy bajo (47,8% en 2021, y 39,5% en 2022). Lo cierto es que las recomendaciones del CTBG carecen de fuerza vinculante y, debido a la desafortunada remisión de la LTAIBG —art. 9.3— al régimen disciplinario, los incumplimientos de las obligaciones de publicidad activa por parte de las CDP carecen de consecuencias sancionadoras, pues se supone que es la propia CDP incumplidora la que debe sancionar al responsable, lo cual es a todas luces irreal[51].

Por su parte, la evaluación de cumplimiento en el ámbito que corresponde a las comunidades autónomas, en lo que se refiere a las CDP, es prácticamente inexistente en la mayoría de los territorios. En todo caso, en aquellas pocas comunidades autónomas que sí llevan a cabo una evaluación, los datos disponibles son similares a los señalados por el CTBG[52]. Asimismo, incluso en las comunidades autónomas que han ordenado un régimen propiamente sancionador (no un simple reenvío el régimen disciplinario), este régimen se circunscribe a las entidades privadas, de tal modo que las CDP son agrupadas junto con las entidades del sector público[53]. Por consiguiente, la norma se remite al régimen disciplinario, de tal modo que los incumplimientos carecen de la más remota consecuencia sancionadora.

---

51 Fernández Ramos, S., 2020, p. 767.

52 El Sindic de Cataluña, en el «Informe sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», diciembre de 2024, p. 49, expresa lo siguiente: «los colegios profesionales suelen tener carencias en la publicación de contenidos sobre la gestión interna de los recursos humanos y sobre la información económica. Los colegios profesionales que informan sobre su presupuesto, patrimonio o contratación son minoritarios». Por su parte, el primer Plan de Control e Inspección sobre Publicidad Activa del CTPD de Andalucía de 2018 (BOJA 14-2-2028) incluyó una línea sobre el «Cumplimiento de obligaciones de publicidad activa entre corporaciones de Derecho público andaluzas y entidades asimilables en lo relativo a sus actividades sujetas al derecho administrativo» (línea que no tuvo continuidad en los planes siguientes de 2019-20 y 2023-24). No obstante, el análisis se limitó a 10 federaciones deportivas andaluzas. Y el informe final del plan concluyó el mayor grado de cumplimiento se ha producido en la información de carácter institucional y organizativa; resultando, por contra, el aspecto susceptible de una más deficiente valoración la escasa observancia de la publicidad relativa al apartado económico y a la identificación de las personas responsables y su perfil y trayectoria profesional. Informe final sobre el plan anual de control e inspección de publicidad activa de 2018, de 30-12-2019.

53 Ley 1/2014 Andalucía —art. 56—, Ley 1/2018 Cantabria —art. 48—, Ley 8/2019 Asturias —art. 22.4—, Ley Foral 5/2018 —art. 59—; Ley 1/2022 Comunidad Valenciana —arts. 68.3 y 69.3—.

ISBN: 978-84-7777-740-3

IV. SUJECIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Consideraciones previas

Cuando se formula reclamación ante un órgano independiente, el primer paso es siempre determinar si la información solicitada puede ser considerada «información pública» a efectos del ejercicio del derecho de acceso. Para ello, los órganos de garantía analizan si la información en poder de la corporación ha sido producida o recibida en el ejercicio de una específica función pública, lo que lleva a un análisis necesariamente casuístico de cada actividad, de acuerdo con lo establecido en la legislación de cada categoría de CDP y con la interpretación consolidada de los tribunales. Así, en el caso de los colegios profesionales, los órganos de garantía determinan, p. ej., que constituye una función pública el cumplimiento de las normas deontológicas y el ejercicio de la potestad disciplinaria[54]; o que también constituye una función pública el visado obligatorio (no facultativo) de los trabajos profesionales de los colegiados[55]. O, p. ej., en el caso específico de los colegios profesionales de abogados, se considera que la organización y gestión de los servicios de asistencia jurídica gratuita constituye una función pública de colaboración en el cumplimiento del principio constitucional de justicia gratuita[56].

Por el contrario, se consideran actividades privadas de los colegios profesionales funciones tales como organizar actividades y servicios comunes de interés para los colegiados, de carácter profesional, formativo, cultural, asistencial y de previsión y otros análogos[57]. Así, p. ej., el CTBG ha considerado que la información referida a la tramitación y resolución de una convo-

---

54 De modo general, CTBG, R/239/2021, de 26 de julio, Consejo General de colegios profesionales de Delineantes. También GAIP, Resolución 374/2018.

55 CTBG, R/123/2018, de 30 de mayo, Consejo General de Graduados en Ingeniería rama industrial, y, en el mismo sentido, Comisión de Transparencia de Castilla y León, Resolución 133/2020, de 12 de junio, Colegio Oficial de Arquitectos de Castilla y León; así como CTPD Andalucía, Resolución 396/2024, de 14 de mayo, Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos de Andalucía.

56 CTBG, RT/237/2016; RT/31/2017, de 26 de abril, Colegio de Abogados de Madrid. Igualmente, GAIP, Resolución 243/2019.

57 CTBG, RT/208/2020, de 26 de agosto, Colegio de Abogados de Oviedo, declaró actividad privativa del colegio la organización de cursos de formación. En el mismo sentido, CTPD Andalucía, Resolución 718/2024, Colegio Oficial de Abogados de Jaén. Además, CTPD Andalucía, Consulta 3/2024, Actividades sujetas a derecho administrativo de las corporaciones de Derecho público, declaró privada una prestación a los colegiados por sepelio. Ahora bien, separándose de este criterio mayoritario, la Comisión de Transparencia de Castilla y León, Resolución expediente CT-0012/2016, ha considerado que la competencia para «organizar actividades y servicios comunes de interés para los colegiados» es una función pública. Con todo, debe señalarse que la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de colegios profesionales de Cataluña, configura la formación permanente de los colegiados como una función pública (art. 39).

catoria de premios para proyectos de investigación se refiere a actividades relacionadas con la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común, a cuyo acceso tendrá o no derecho la reclamante en función y de acuerdo con lo que dispongan las propias normas de orden interno que rigen su funcionamiento y las bases reguladoras de la convocatoria, no siendo susceptible de amparo por la LTAIBG[58].

Por su parte, en relación comunidades de usuarios del agua, de acuerdo con la legislación de aguas (art. 199.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril), se consideran funciones públicas la organización de los aprovechamientos colectivo, las potestades jurisdiccionales por medio de los Jurados de Riego, o las potestades de policía administrativa en relación con los turnos de aguas, canales y demás instalaciones colectivas[59]. Y, a partir de estas nociones generales, se ha considerado que constituye información pública las relativas a actuaciones tales como la política de riegos de la comunidad[60], los proyectos de modernización de regadío de la comunidad de regantes[61], las servidumbres públicas que tenga constituidas la comunidad a su favor, entre otras[62].

Ahora bien, al margen de las concretas y específicas funciones públicas asignadas por el ordenamiento a cada clase de CDP, con carácter general, pueden analizarse determinadas actuaciones que presentan un carácter transversal, y que se tratan a continuación.

Con todo, antes de analizar la doctrina de los órganos independientes, debe recordarse que, una vez establecida la naturaleza de información pública, es del todo improcedente la exigencia de que el solicitante sea miem-

---

58 CTBG, R/695/2024, de 2 5 de junio, Consejo General de Enfermería de España. Por su parte, el CTPD Andalucía, Consulta 3/2024, Actividades sujetas a derecho administrativo de las corporaciones de Derecho público, ha considerado privada la actividad de mediación de un colegio.

59 CTBG, R/301/2016, de 3 de octubre, Comunidad de Regantes «El Tarragon», de Losa del Obispo (Valencia); R/464/2016, de 23 de enero de 2017, Comunidad de Regantes «Acequia de la Andelma» de Cieza (Murcia); R/314/2017, de 3 de octubre de 2017, Comunidad de Regantes «Acequia de la Andelma» de Cieza (Murcia); R/741/2020, de 3 de febrero de 2021; R/736/2021, de 14 de marzo de 2022, Comunidad de Regantes «Los Tres Concejos»; R/932/2021, de 11 de mayo de 2022, Comunidad de Regantes Las Fuentes de San Juan; R/522/2024, de 13 de mayo, Comunidad de Regantes «Jarafe-Casicas».

60 CTBG, R/350/2017, de 17 de octubre, Comunidad de Regantes «Acequia de la Andelma» de Cieza (Murcia), en concreto sobre el sistema para garantizar el agua de riego a los afectados, importe que supusiera la obra, número de tahúllas, u otras medidas que se riegan o deberían regarse de ese ramal y numero de comuneros que regaban de ella.

61 CTBG, R/499/2019, de 9 de octubre, Comunidad de Regantes Canal de Zorita.

62 CTBG, R/1074/2023, de 18 de diciembre, Comunidad General de Regantes del Canal de Navarra. Véase González-Juliana, A., 2023b.

ISBN: 978-84-7777-740-3

bro de la corporación (colegiado, comunero…). Así lo reconoce la propia LTAIBG en su artículo 12, al mencionar este derecho: «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública (…)». El solicitante de información tiene que cumplir los requisitos del artículo 17 de la LTAIBG, entre ellos, acreditar su identidad, pero en ningún caso es exigible una determinada cualificación o condición (ya sea como profesional o colegiado) para que la solicitud sea válida. Cualquier ciudadano puede requerir información a un colegio profesional sometido a la LTAIBG[63]. Asimismo, debe recordarse que la persecución de un interés meramente privado no es suficiente para sustentar la denegación del acceso a información pública[64].

2. Estatutos, reglamentos y ordenanzas

El ordenamiento de las corporaciones de Derecho público es parcialmente autónomo, pues las leyes remiten a los estatutos, reglamentos y ordenanzas propios de cada organización, al menos, la determinación final de la estructura y normas de funcionamiento de sus órganos de gobierno. Asimismo, las normas propias de las entidades corporativas pueden contener la ordenación general de ejercicio de funciones públicas, como son las normas disciplinarias. Además, se da la circunstancia de que en algunos casos las normas elaboradas por las corporaciones deben ser aprobadas por la Administración competente en funciones de tutela[65].

Por estas razones, los tribunales consideran que la elaboración y, en su caso, la aprobación de tales normas que ordenan la actuación de estas corporaciones se rigen por el Derecho administrativo y, en consecuencia, los órganos de garantía consideran que la información relativa a las mismas tiene el carácter de información pública. Así, el CTBG entiende que los estatutos, los reglamentos y las ordenanzas de las comunidades de regantes regulan aspectos como la constitución, el objeto y extinción de los órganos y cargos de la comunidad, el régimen electoral, los derechos y obligaciones

---

63 CTBG, R/531/2017, de 23 de febrero de 2018, Comunidad de Regantes Junta de Hacendados de La Huerta de Murcia; RT/12/2019, de 2 de abril, Colegio oficial de enfermería de Melilla; R/816/2019, de 11 de febrero de 2020, Comunidad de Regantes «Los Tres Concejos»; R/645/2025, de 2 de junio, Comunidad de Regantes del Canal del Páramo, relativa a una solicitud presentada por una persona que no tenía la condición de partícipe en la comunidad de regantes.

64 CTBG, R/498/2024, de 3 de mayo, Comunidad de Regantes del Canal del Henares; R/1081/2025, de 18 de septiembre, Comunidad de Regantes de Los Ruices.

65 Así, p. ej., en virtud de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el *Reglamento de Régimen Interior* debe ser aprobado por la administración tutelante (art. 16). O, en el caso de las Comunidades de Regantes, las normas deben ser sometidas, para su aprobación administrativa, al Organismo de cuenca (art. 81.1), y contienen la regulación del aprovechamiento (incluido el régimen sancionador), lo cual es una función inequívocamente pública.

de los partícipes, el uso de las aguas, el padrón general o el régimen disciplinario[66]. Y, en el mismo sentido, en relación con los colegios profesionales, se ha concluido la naturaleza de función pública de la elaboración de las normas deontológicas, incluyendo los informes y consultas previas a su aprobación[67].

3. Régimen de organización y funcionamiento

Como se indicó antes, la jurisprudencia tiene ampliamente establecido que están sujetos a Derecho administrativo, no solo los actos dictados en el ejercicio de las funciones administrativas, sino también los actos relativos a la organización y funcionamiento de estas corporaciones. En concreto, se consideran funciones público-administrativas las actuaciones relativas a la correcta constitución y funcionamiento de sus órganos de gobierno[68].

Así, de entrada, hay que recordar que, entre las obligaciones de publicidad activa, el artículo 6.1 de la LTAIBG prevé que «[l]os sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollen, la normativa que les sea de aplicación, así como a su estructura organizativa[69]». Y, en este sentido, el CTBG tiene declarado el carácter de información pública de todos aquellos datos referidos a la estructura organizativa de la corporación, como puede ser el organigrama que refleje los diferentes órganos que constituyen la[70] CDP.

Más aún, los órganos de garantía consideran que la identidad de la composición de los miembros de los órganos de gobierno es una materia que incide en la organización y funcionamiento de dichas corporaciones (datos, además, encuadrados en el artículo 15.2 LTAIBG)[71]. De hecho, como se ha

---

66 CTBG, R/301/2016, de 3 de octubre, Comunidad de Regantes «El Tarragon», de Losa del Obispo (Valencia); R/932/2021, de 11 de mayo de 2022, Comunidad de Regantes «Las Fuentes de San Juan».

67 GAIP, Resolución 374/2018, de 12 de diciembre.

68 Entre otras muchas, CTBG, R/301/2016, de 3 de octubre, Comunidad de Regantes «El Tarragon», de Losa del Obispo (Valencia); RT/31/2017, de 26 de abril, Colegio de Abogados de Madrid; R/123/2018, de 30 de mayo, Consejo General de Graduados en Ingeniería rama industrial; RT/208/2020, de 26 de agosto, Colegio de Abogados de Oviedo.

69 CTBG, RT/136/2016, de 4 de noviembre, Colegio Profesional de Enfermería del Principado de Asturias; RT/208/2020, de 26 de agosto, Colegio de Abogados de Oviedo.

70 CTBG, R/464/2016, de 23 de enero de 2017, Comunidad de Regantes «Acequia de la Andelma» de Cieza (Murcia); R/531/2017, de 23 de febrero de 2018, Comunidad de Regantes Junta de Hacendados de La Huerta de Murcia.

71 CTBG, R/301/2016, de 3 de octubre, Comunidad de Regantes «El Tarragon», de Losa del Obispo (Valencia); R/531/2017, de 23 de febrero de 2018, Comunidad General de Regantes, Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia; R/239/2021, de 26 de julio, Consejo General de colegios profesionales de Delineantes. Así, CTBG, R/464/2016, de 23 de enero de 2017, Comunidad de Regantes «Acequia de la Andelma» de Cieza (Murcia), consideró

ISBN: 978-84-7777-740-3

señalado antes, una de las obligaciones de publicidad activa consiste en incluir «un organigrama actualizado que *identifique* a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional» (art. 6.1 LTAIBG)[72].

Más controvertida es la cuestión del acceso a las actas de los órganos colegiados de gobierno. En este ámbito la postura dominante de los órganos de garantía consiste en vincular el acceso a las actas a las cuestiones estrictamente relacionadas con el ejercicio de funciones sujetas a Derecho administrativo[73]. Así, el CTPD Andalucía señala que admite el acceso a las actas de los órganos colegiados de los colegios profesionales que documenten asuntos o materias conexas con el ejercicio de las funciones públicas que tienen atribuidas, añadiendo: «Es razonable pensar que en una misma reunión o asamblea los órganos colegiales discutan asuntos de diversa naturaleza, tanto pública como privada. En estos casos, el acceso a las actas debe limitarse exclusivamente a aquella información correspondiente a las actividades colegiales sujetas a Derecho administrativo, o sea, las referidas al ejercicio de las funciones públicas que tienen delegada. En tal caso, la entidad reclamada debería actuar conforme indica el artículo 16 de la LTAIBG concediendo el acceso parcial previa omisión de la información que afecte a actividades no sujetas al Derecho administrativo, indicando al solicitante qué parte de la información ha sido omitida, siempre que de ello no resulte una información distorsionada o carente de sen-

---

que una solicitud sobre la identificación de los miembros que componen la Comisaría o Comisión de Hacendados, así como el Jurado de Riesgos, cargo que ocupan y fecha de Juramento General en el que fueron elegidos y/o verificados se enmarcan dentro de la organización y funcionamiento de la Comunidad de Regantes y, en consecuencia, está amparada por la LTAIBG. Ello es así porque la Comisión de Hacendados o Junta de Gobierno de una Comunidad de Regantes es un órgano permanente de gobierno y ejecutivo de la Comunidad, siendo la encargada del cumplimiento de las Ordenanzas y de la ejecución de los acuerdos propios y de los acuerdos de la Junta General. En el mismo sentido, debe entenderse el *Juntamento General*, Asamblea o Junta General constituida por todos los Hacendados de la Huerta, que es el órgano soberano de la misma y tiene como competencia la elección del Presidente y Vicepresidente de la Comunidad y de la Comisión Representativa de Hacendados o Junta de Gobierno. Son, en definitiva, órganos internos cuya organización y funcionamiento son determinante a la hora de ejercer las funciones administrativas que le son conferidas a estas Corporaciones.

72 CTPD Andalucía, Resolución 668/2024, de 24 de julio, Comunidad de Regantes de San Martín del Tesorillo. Del mismo órgano, Consulta 3/2024, Actividades sujetas a derecho administrativo de las corporaciones de Derecho público.

73 CTBG, RT/15/2016, de 5 de mayo, Colegio de Enfermería de Asturias; RT/23/2016, de 17 de mayo, Colegio de Enfermería de Asturias; RT/72/2016, de 3 de junio, Colegio de Enfermería de Asturias; RT/31/2017, de 26 de abril, Colegio de Abogados de Madrid. En la R/910/2019, de 18 de marzo, Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, se declaró que no constituye información pública el acta o el orden del día de una reunión del Consejo Rector de un Colegio Profesional que versa sobre homenajes o condecoraciones, al tratarse de cuestiones privativas que no guardan relación con el ejercicio de las funciones públicas que tienen atribuidas las entidades colegiales. También, R/239/2021, de 26 de julio, Consejo General de colegios profesionales de Delineantes.

tido[74]». De este modo, se considera que las actas emitidas por los órganos de una corporación de Derecho público constituyen información pública en la medida en que estén sujetas al Derecho administrativo. En este ámbito, «las actas no vienen sino a reflejar el resultado de un proceso de toma de decisiones cuya función principal es determinar los acuerdos adoptados de forma oficial y fehaciente[75]».

En el mismo sentido, en relación con las actas de los órganos de las comunidades de regantes, el CTBG considera que el derecho de acceso queda limitado a que venga referido a alguna de las funciones públicas que asume la comunidad, como los aprovechamientos de riego, reparto de aguas, régimen electoral, régimen sancionador, etc., debiendo desestimarse el acceso a información que no quede amparada por el ejercicio de funciones públicas[76]. Así, el CTBG ha declarado que no cabe duda del carácter de información pública de las actas, por cuanto constituyen documentos íntimamente ligados a los principales actos relacionados con la organización y funcionamiento de estas corporaciones, al reflejar acuerdos que inciden en el ejercicio de las funciones administrativas que tienen atribuidas por la legislación que las rige o que les han sido delegadas por otras administraciones públicas[77].

---

74 CTPD Andalucía, Resolución 406/2024, de 15 de mayo, Colegio Oficial de Ópticos-Optometristas de Andalucía.

75 CTPD Andalucía, Resolución 119/2017, de 8 de noviembre, Cofradía de Pescadores de Vélez-Málaga; seguida por Resolución 127/2020 y Resolución 594/2024, entre otras. Igualmente, Consulta 3/2024, Actividades sujetas a derecho administrativo de las corporaciones de Derecho público. En esta línea, Comisión de Transparencia de Castilla y León, Resolución 38/2020, de 7 de abril. De modo general, CTBG y Unión Profesional, *Guía de Transparencia y acceso a la información pública dirigida a los colegios y consejos de colegios profesionales y demás corporaciones de Derecho público*, diciembre de 2016, p. 17.

76 CTBG, R/816/2019, de 11 de febrero de 2020, Comunidad de Regantes «Los Tres Concejos»; R/353/2022, de 13 de octubre, Comunidad de Regantes de Villajoyosa. Así, la R/301/2016, de 3 de octubre, Comunidad de Regantes «El Tarragon», de Losa del Obispo (Valencia) llegó a señalar que la solicitud del interesado sobre los contenidos de las actas de una determinada Asamblea, al no regirse por el Derecho administrativo, se enmarca dentro del ámbito de actuación privado de la Comunidad de Regantes y, en consecuencia, no resulta de aplicación de la LTAIBG. Por este motivo, cuando no se conocía el contenido de las actas, el CTBG concluía que el reclamante tenía derecho a acceder a aquellas partes de las mismas que versen sobre el ejercicio de funciones públicas de la Corporación de Derecho público (entre las que no se encontrarían asuntos como las finanzas, el libro de las cuentas anuales, el listado de deudores o el Padrón General de todos los participantes de la Comunidad) y los acuerdos finalmente alcanzados, debiendo denegarse el acceso al resto de sus contenidos. CTBG, R/736/2021, de 14 de marzo de 2022, Comunidad de Regantes «Los Tres Concejos».

77 CTBG, R/209/2024, de 20 de febrero, Comunidad de Regantes de Jerez de los Caballeros; R/522/2024, de 13 de mayo, Comunidad de Regantes «Jarafe-Casicas», donde se señala que «la constitución de tales comunidades es obligatoria para los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma o concesión, siendo los propios usuarios los que aprueban sus estatutos y los que, en Junta general (constituida por todos los usuarios de la comunidad), eligen a la Junta de gobierno que tiene, entre otras de sus

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sin embargo, en relación con los colegios profesionales, a partir de la jurisprudencia que viene sosteniendo la aplicación, en todo aquello no previsto en los estatutos correspondientes, de las previsiones establecidas en la LRJSP para los órganos colegiados (arts. 15 a 19)[78], el CTBG viene entendiendo que la elaboración de las actas, en los términos del artículo 18.1 LRJSP, constituye, en todo caso, una actividad sujeta a Derecho administrativo y, en consecuencia, las actas se configuran como «información pública[79]». Y esta interpretación amplia ha sido acogida por los tribunales[80].

En todo caso, esta accesibilidad inicial a las actas debe entenderse previa eliminación de los datos de carácter personal relativos a la identificación de las personas físicas que, figurando en las actas, no formen parte de los órganos de gobierno de la CPD, así como de las deliberaciones mantenidas por los miembros del colegio, resguardando así del conocimiento público las opiniones que, a título personal, hayan podido manifestar en el proceso decisorio[81].

---

funciones, la de dictar disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, resultando ejecutivos sus acuerdos en la forma y con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de la posibilidad de recurso de alzada ante el organismo de cuenca correspondiente. De lo anterior se desprende que la actividad de la Junta de Gobierno se encuentra directa y estrechamente vinculada con la función de gestionar el uso de las aguas, y que, por ello, puede considerase incluida en el concepto de actividades sometidas a derecho administrativo desde la perspectiva del derecho de acceso a la información». También R/1074/2023, de 18 de diciembre, Comunidad General de Regantes del Canal de Navarra.

78 Así, p. ej., el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de mayo de 2002 se pronunció sobre la convocatoria de los órganos colegiados de los colegios profesionales, afirmando que deben cumplirse los requisitos relacionados con las convocatorias y el orden del día de los órganos previstos en la entonces vigente Ley 30/1992.

79 La RT/15/2016, de 5 de mayo, Colegio de Enfermería de Asturias, se fundamentó en la remisión de los Estatutos del Colegio a la entonces vigente Ley 30/1992. Y, del mismo tenor, RT/23/2016, de 17 de mayo, Colegio de Enfermería de Asturias. De igual modo, la RT/31/2017, de 26 de abril, Colegio de Abogados de Madrid, ratificada por la sentencia núm. 22/2018, de 23 de febrero, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 6, declaró el derecho del solicitante a acceder a las actas de la junta de gobierno, basándose en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, conforme al cual la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se aplicará a cuantos actos de los órganos colegiales supongan ejercicio de potestades administrativas. En todo caso, dicha Ley tendrá carácter supletorio para lo no previsto en este Estatuto General (art. 99.2). Así, Comisión de Transparencia de Castilla y León, Resolución 84/2018, de 4 de mayo.

80 Juzgado Central C-A n.º 6, sentencia de 23 de febrero de 2018, rec. 35/2017, sobre el Colegio Oficial de Abogados de Madrid: «Por lo tanto la información recogida en dichas actas es información pública y debe ser puesta a disposición de los peticionarios, con el solo límite impuesto por la garantía de la protección de datos, pues no es admisible que se alegue, sin acreditar ni probar lo afirmado, que en las actas se encuadran asuntos sujetos al derecho administrativo y otros de derecho privado». En el mismo sentido, Juzgado Central C-A n.º 2, Sentencia 107/2019, 9 de octubre, rec. 11/2019-C, Colegio Oficial de Enfermería de Madrid.

81 P. ej., CTPD Andalucía, Resolución 406/2024, de 15 de mayo, Colegio Oficial de Ópticos-Optometristas de Andalucía.

4. Régimen de los cargos de gobierno

Por lo que se refiere el régimen electoral, la jurisprudencia recaída sobre todo en relación con los colegios profesionales tiene ampliamente establecido que se trata de una materia sujeta a Derecho administrativo, sobre la cual el fundamento último es la exigencia expresa contenida en la Constitución, según la cual la estructura interna y funcionamiento de estas organizaciones deberán ser democráticos (arts. 36 y 52 CE). Así pues, se trata de proteger un interés público general, como es el de que su modo de organización y de actuación sean democráticos (STC 386/1993, de 23 de diciembre, FJ 2)[82]. Por tanto, los procesos electorales de los colegios profesionales forman parte de la esfera pública y, como tal, los órganos de garantía tienen declarado que la documentación que se relaciona con estos procedimientos puede ser objeto del derecho de acceso y de sus vías de garantía[83].

Además, debe señalarse que en algunos casos el proceso electoral es supervisado por la Administración con funciones de tutela. En tal sentido, la Ley 4/2014, de 1 de abril (arts. 18.3 y 36.1), establece que las resoluciones de las Cámaras Oficiales de Comercio dictadas en ejercicio de sus funciones público-administrativas, «así como las que afecten a su régimen electoral», serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo recurso administrativo formulado ante la administración tutelante[84].

Así, de modo orientativo, como información relativa al procedimiento electoral de la corporación de Derecho público de que se trate, cabe mencionar la relacionada con el derecho de sufragio activo y pasivo; la convocatoria de elecciones; la presentación de candidaturas; la elaboración del

---

82 A mayor abundamiento, esta aludida sujeción se deduce de la jurisprudencia contencioso-administrativa dictada con relación a la fiscalización y control por el juez de dicho orden de procesos electorales en tales Corporaciones de Derecho público, entre las que cabe aludir, con mero carácter orientativo, a las SSTS de 1 de julio de 2015 —proclamación de presidente de Consejo General—, de 19 de mayo de 2015 —proclamación de presidente de Consejo General—, 30 de marzo de 2011 —que anula el acto de votación—, de 9 de marzo de 2005 —en la que se enjuicia la convocatoria de elecciones— y la STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2005 —que anula los actos de votación, escrutinio y proclamación de electos para los cargos de Presidente, Vicepresidente Segundo y dos Vocales de un Colegio Profesional—.

83 CTBG, RT/15/2016, de 5 de mayo, Colegio oficial de Enfermería de Asturias; RT/270/2018, de 19 de noviembre, Colegio oficial de Enfermería de La Rioja; RT/271/2018, de 19 de noviembre, Colegio oficial de enfermería de Toledo; RT/481/2018, de 19 de marzo de 2019, Colegio oficial de enfermería de Albacete; RT/12/2019, de 2 de abril, Colegio Oficial de Enfermería de Melilla; GAIP, Resolución 466/2019, de 2 de agosto, Colegio Oficial de Psicología de Catalunya.

84 Además, corresponde a la respectiva Administración tutelante la convocatoria de las elecciones (art. 18.1).

ISBN: 978-84-7777-740-3

censo electoral; la constitución de la mesa electoral y las facultades de su presidente; las papeletas; la forma de acreditar el voto; el voto por correo; el escrutinio; la elaboración del acta correspondiente; y, finalmente, la toma de posesión de los candidatos elegidos, con el límite derivado de la garantía de la protección de datos del artículo 15 de la LTAIBG en lo que concierne, a mero título ejemplificativo, al censo electoral[85].

De otro lado, y sin perjuicio del carácter inicialmente privado de la actividad económico-presupuestaria de las corporaciones de Derecho público (tal como se trata más adelante), en relación específicamente al régimen retributivo en sentido amplio de los máximos cargos de los órganos de gobierno, en la medida en que, como se indicó antes, debe entenderse que las CDP están obligadas a su publicidad activa [art. 8.1.f) LTAIBG], lógicamente tal información es también accesible en ejercicio del derecho de acceso[86].

5. Régimen de adscripción a la corporación

En relación con los colegios profesionales de colegiación obligatoria, la jurisprudencia tiene ampliamente establecido que uno de los elementos característicos de la sujeción de los colegios profesionales al Derecho administrativo es la obligatoriedad de pertenencia a los efectos del ejercicio de una determinada actividad profesional, característica que los diferencia de los sindicatos o de las asociaciones, y por ello el alta o la baja en la organización colegial es un acto administrativo, sujeto al posterior control contencioso-administrativo[87]. En tal sentido, el CTBG ha apreciado que la colegiación obligatoria constituye una actividad colegial administrativa que debe entenderse incluida dentro de las «actividades sujetas a Derecho administrativo» en el sentido previsto en la LTAIBG[88]. Más aún, se ha considerado que el

---

85 CTBG y Unión Profesional, *Guía de Transparencia y acceso a la información pública dirigida a los colegios y consejos de colegios profesionales y demás corporaciones de Derecho público*, diciembre de 2016, p. 17. También, CTBG, R/239/2021, de 26 de julio, Consejo General de colegios profesionales de Delineantes.

86 Así se pronunció alguna resolución temprana del CTBG, como R/17/2016, de 30 de marzo, Colegio Oficial de Graduados e Ingenieros Técnicos de Telecomunicación, consideró como información pública las retribuciones percibidas por el Decano-Presidente. Pero ya la R/80/2016, de 30 de mayo, Consejo General de Colegios de Enfermería, declaró que las retribuciones son un acto de ejecución presupuestaria, las retribuciones percibidas por los máximos responsables no pueden entenderse como una actividad sujeta a Derecho administrativo, pero esto significa obviar el claro mandato del art. 8.1.f) Ley. Así, la R/425/2023, de 2 de junio, Consejo General de la Abogacía Española, desestimó la reclamación que versaba sobre el acceso a la cuantía exacta de las dietas y los gastos pagados a la presidenta del CGAE.

87 P. ej., STS 971/2024, de 3 de junio, Recurso: 7418/2021.

88 CTBG, R/336/2016, de 22 de septiembre.

censo de colegiados, sean estos ejercientes o no, es información pública, pues constituye la base del proceso electoral[89].

Igualmente, en relación con las comunidades de regantes, si bien en una primera etapa se rechazó la competencia para para pronunciarse sobre aspectos relativos a la identidad de los comuneros, al considerarse cuestiones privativas de la comunidad que nada tienen que ver con sus funciones públicas[90], posteriormente se ha entendido que los datos sobre el padrón de usuarios (donde se identifican el nombre y cabida de cada finca en hectáreas y el derecho que la misma posee al aprovechamiento de agua por volumen o por turno de tiempo) es información que está directamente ligada a la organización de los aprovechamientos de riegos, incluida en el concepto de funciones públicas. Y, examinada la cuestión del límite derivado de los datos personales, se concluye que los datos solicitados están estrechamente relacionados con la organización y el funcionamiento de la comunidad de regantes. «De ahí que aun en los supuestos en los que la información solicitada pueda ser referida a personas físicas identificadas o identificables y, por tanto, revista la naturaleza de datos personales, como quiera que estamos ante datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública de la entidad, conforme a la ponderación realizada por el legislador en el artículo 15.2 LTAIBG, se ha de conceder el acceso salvo en aquellos casos concretos en los que concurran circunstancias excepcionales que aquí no han sido invocadas[91]». Y, por la misma razón, el acceso

---

89 CTBG, R/140/2018, de 1 de junio, Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas e Ingenieros Civiles; R/239/2021, de 26 de julio, Consejo General de colegios profesionales de Delineantes. Parece así corregir el criterio de la RT/136/2016, de 4 de noviembre, Colegio Profesional de Enfermería del Principado de Asturias, en la cual se declaró que la información sobre el número de colegiados ejercientes y no ejercientes en un colegio profesional, no es información pública, en tanto y cuanto no está ligada a los fines de control de la actividad pública, o de naturaleza administrativa, del Colegio profesional.

90 CTBG, R/293/2018, de 16 de julio, Comunidad de Regantes del Páramo Medio (León). Igualmente, R/816/2019, de 11 de febrero de 2020, Comunidad de Regantes «Los Tres Concejos», relativa al el Padrón General de todos los participantes de la Comunidad.

91 CTBG, R/498/2024, de 3 de mayo, Comunidad de Regantes del Canal del Henares; R/522/2024, de 13 de mayo, Comunidad de Regantes «Jarafe-Casicas». Ya antes la GAIP, Resolución 474/2021, había señalado que, si bien los datos relativos al padrón de usuarios de la comunidad, con identificación del nombre, domicilio para notificaciones, polígono, parcela y superficie, en sí mismas, no parece que se puedan calificar de datos relativos al ejercicio de funciones públicas o sometidas al derecho administrativo, lo cierto es que la información sobre derechos de uso de agua, que sí que es relevantemente pública, para tener sentido se debe dar vinculada al beneficiario de este derecho. Y añadía la GAIP: «Es más: las decisiones que adopte la Junta de Gobierno de la Comunidad, en ejercicio de las funciones que le atribuyen los artículos 84.4.b TRLA (que incluye la de «dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales)» y 220 RLA, apartados y, l y ll (varias atribuciones en orden al reparto, distribución y disfrute del agua entre los miembros de la Comunidad), son decisiones sujetas al derecho administrativo, como se ha dicho más arriba, y que comportan el

ISBN: 978-84-7777-740-3

a las bajas de usuarios y las motivaciones que las sustentan estaría también amparado[92].

6. Régimen económico-presupuestario

La jurisprudencia tiene reiteradamente establecido que los actos de gestión y de ejecución de los presupuestos de estas corporaciones tienen naturaleza jurídico-privada, pues los presupuestos de estas corporaciones no se nutren de financiación pública (a excepción de las subvenciones finalistas que reciban) sino de cuotas y derramas de sus miembros (no *ad extra*), razón por la que sus finanzas no se controlan por la intervención del Estado ni por el Tribunal de Cuentas[93]. Así, el Tribunal Supremo ha señalado respecto a los colegios profesionales: «uno de los elementos coincidentes con asociaciones y sindicatos, expresión además de su naturaleza fundamentalmente privada, es el del sostenimiento económico de la corporación. Este sostenimiento corresponde a los miembros que forman parte de ella, sin financiación propiamente pública, salvo la que pueda corresponder vía subvenciones[94]».

Igualmente, se ha precisado que las cuotas colegiales «no constituyen exacciones públicas sometidas al principio de legalidad tributaria —art. 133 de la Constitución—, sino que constituyen obligaciones personales de los colegiados con la Corporación de la que forman parte, a lo que se añade que el régimen económico-financiero de los colegios profesionales, al que las cuotas colegiales sirven, ni es objeto de tutela pública ni sirve para garanti-

---

ejercicio de funciones públicas, aspectos que las convierten en información pública, y estas decisiones de distribución o reparto del agua sin duda deben identificar los miembros de la Comunidad beneficiarios, dato este de ser beneficiario de un bien de dominio público, que sin duda debe ser calificado como información pública».

92 R/1331/2025, de 4 de noviembre, Comunidad de Regantes de Traslapuente.

93 STS de 3 de mayo de 2006, recurso de casación n.º 9699/2003; STS de 18 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4234) y STS de 19 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8933), todas relativas a los colegios profesionales. Por otra parte, la STS de 28 de febrero de 2012 es particularmente contundente cuando sostiene que «los presupuestos no integran funciones públicas. Los fondos colegiales no solo financian funciones públicas sino también publicaciones, cursos de formación, páginas web, asesoramientos de diversa naturaleza y otros servicios de naturaleza privada. Además, la regulación vigente culmina un proceso en el que se concluye que los acuerdos económicos y patrimoniales de los colegios profesionales tienen una evidente naturaleza privada y que no se incardinan en los denominados «actos adoptados en ejercicio de funciones públicas» del artículo 2, letra c) de la Ley 29/1998. La Jurisprudencia del Orden civil ha declarado que es competente para conocer sobre cuestiones de naturaleza privada de los colegios profesionales. La delimitación de la actuación pública de los colegios profesionales es una cuestión ya resuelta por la STC 194/2008.»

94 STS de 7 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS: 2011:1056). Con todo, debe señalarse que la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de colegios profesionales de Cataluña, configura como una función pública la aprobación de los presupuestos y fijación de las aportaciones de los colegiados (art. 39).

zar, como destino principal, los derechos de los usuarios de los servicios profesionales, que es la finalidad última justificadora de la *publificación* de una actividad profesional determinada y de su garantía institucional[95]. En definitiva, debido a la autonomía financiera de la que estas corporaciones gozan, los actos de gestión y de ejecución de los presupuestos de estas corporaciones tienen naturaleza jurídico-privada, por lo no son actividades sujetas a Derecho administrativo y, en consecuencia, la información económico-financiera de la Corporación (presupuestos de ingresos y gastos, cuentas de explotación, balances de situación, facturas etc.) no está sujeta a la LTAIBG[96].

Así, el CTBG viene considerando, tanto en relación con los colegios profesionales como con las comunidades de usuarios del agua, que la gestión de los presupuestos de estas corporaciones de base asociativa no comporta administración de recursos públicos sufragados por la ciudadanía sino el manejo de recursos privados procedentes de sus miembros, mediante cuotas y derramas de sus miembros que no constituyen exacciones públicas, por lo que el acceso a la información de ejecución presupuestaria, en estos casos, no se incardina en el contexto de las finalidades esenciales a las que sirve la LTAIBG: que la ciudadanía pueda conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, según se indica en su preámbulo[97].

---

95 STS 971/2024, de 3 de junio, recurso 7418/2021, la cual añade que «el establecimiento o modificación de las cuotas colegiales no supone tampoco ejercicio de potestad pública alguna, conferida por la ley, pues las potestades administrativas sólo se justifican en función de un interés público («La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales...» , ex art.103.1 CE), interés que no debe confundirse con el propio de un determinado aparato administrativo que debe cubrir sus necesidades de funcionamiento, como es el Colegio Profesional, ni con aquellos intereses privados de los colegiados que se administran a través de la corporación profesional, como puede ser la protección mutual y la asistencia social, ya que son precisamente estos fines —gastos de funcionamiento y mutualidad— los que vienen a sufragar las cuotas colegiales, sufragio que no se produce cuando se trata de satisfacer intereses públicos por parte del Colegio, como es el caso paradigmático de la asistencia jurídica gratuita que prestan los procuradores a aquellos que carecen de recursos económicos, cuya financiación se realiza como es sabido mediante subvenciones finalistas de las administraciones Públicas territoriales y no mediante las cuotas colegiales, cuotas respecto de las que la potestad para exigirlas, establecerlas o modificarlas no es más que el fruto de un apoderamiento intersubjetivo que los colegiados otorgan a sus órganos de gobierno».

96 CTBG, R/80/2016, de 30 de mayo, Consejo General de Colegios de Enfermería; R/425/2023, de 2 de junio, sobre el Consejo General de la Abogacía Española; R/209/2024, de 20 de febrero, Comunidad de Regantes de Jerez de los Caballeros.

97 CTBG, R/314/2017, de 3 de octubre de 2017, Comunidad de Regantes «Acequia de la Andelma» de Cieza (Murcia); R/425/2023, de 2 de junio, sobre el Consejo General de la Abogacía Española; R/209/2024, de 20 de febrero, Comunidad de Regantes de Jerez de los Caballeros; R/209/2024, de 20 de febrero, Comunidad de Regantes de Jerez de los Caballeros; R/522/2024, de 13 de mayo, Comunidad de Regantes «Jarafe-Casicas». En el mismo sentido, CTPD Andalucía, Resoluciones 149/2022 y 594/2024.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Como tampoco se considera información pública la relativa al cobro de cuotas pendientes[98].

Lógicamente estas conclusiones no prejuzgan si los miembros de la corporación (colegiados, comuneros…) tienen —o, en su caso, deberían tener— derecho a obtener información detallada sobre los actos de ejecución del presupuesto de la corporación con arreglo a sus normas de organización y funcionamiento, lo único que se constata es que estas cuestiones se ubican extramuros de la LTAIBG (que atiende a la información de interés general)[99].

No obstante todo lo anterior, deben recordarse que la jurisprudencia ha señalado que, si bien es cierto que «la adecuación o no a derecho de las partidas a que los mismos se refieren (los presupuestos) es una cuestión ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa y, por el contrario, revisable ante la jurisdicción civil ordinaria, no hay que olvidar que esa excepción no alcanza al acto de aprobación de los mismos, que ha de hacerse por el órgano competente y constituido en forma y que es revisable ante esta jurisdicción contencioso administrativa en ese particular[100]».

A esto debe añadirse que respecto a algunas CDP el ordenamiento establece un régimen de tutela administrativa sobre los actos de aprobación de presupuestos y cuentas. Así, en relación con las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación, los presupuestos ordinarios y extraordinarios de gastos e ingresos se sujetan a la aprobación de la administración tutelante (art. 35 Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales)[101]. Y en estos casos en lo que se ordena un régimen de tutela económico-financiera algunos órganos independientes consideran que la actuación de la CDP se halla sujeta a Derecho administrativo[102].

---

98 CTBG, R/438/2019, de 16 de septiembre, Comunidad de Regantes Vegas Bajas del Guadalquivir.

99 CTBG, R/425/2023, de 2 de junio, sobre el Consejo General de la Abogacía Española; R/209/2024, de 20 de febrero, Comunidad de Regantes de Jerez de los Caballeros.

100 STS de 3 de mayo de 2006, recurso de casación 9699/2003; STS de 12 de noviembre de 2010, rec. 6375/2008. Así, CTPD Andalucía, Resolución 31/2016, de 1 de junio, Colegio Profesional de Fisioterapeutas de Andalucía.

101 Por su parte, la Ley 1/2002, de 4 de abril, de ordenación, fomento y control de la Pesca Marítima, el Marisqueo y la Acuicultura Marina de Andalucía, establece que el Régimen económico, presupuestario y contable de las cofradías y de sus federaciones, está sometido al control y a la fiscalización de la Intervención General de la Junta de Andalucía (art. 44).

102 CTPD Andalucía, Resolución 119/2017, de 8 de noviembre, Cofradía de Pescadores de Vélez-Málaga. Y este criterio fue ratificado el Juzgado de lo Contencioso n.º () de Sevilla, mediante Sentencia n.º 131/2019, 4 de septiembre (procedimiento ordinario 421/2017-1), sobre cofradías de pescadores, en la que se concluye que «debe llegarse a la conclusión de que los presupuestos y las cuentas anuales constituyen información pública a los efectos de lo previsto en la ley de transparencia, en tanto en cuanto se hallan sujetos al derecho administrativo y a su fiscalización», criterio que se extiende a los informes de las auditorías de cuentas.

7. Régimen de los medios propios: personal y patrimonio

Al no pertenecer al sector público, el régimen del personal y del patrimonio de las entidades corporativas es íntegramente privado. Así, respecto al régimen personal al servicio de estas corporaciones, el TREBEP no incluye a las corporaciones de Derecho público dentro de su ámbito de aplicación (art. 2). De este modo, el personal al servicio de las corporaciones de Derecho público está sujeto íntegramente a la normativa laboral vigente[103], sin que tampoco deban cumplir principios de Derecho público para la selección de su personal (a diferencia de lo que sucede con las entidades jurídico-privadas del sector público). Por tanto, la actividad de selección y gestión del personal propio de las corporaciones de Derecho no está sometida a Derecho administrativo y, en consecuencia, tampoco lo está a la LTAIBG[104].

Igualmente, no se considera que las concretas y particulares condiciones de contratación de la persona que asuma la gerencia de una corporación constituyan información pública en el sentido del artículo 13 LTAIBG, en la medida en que constituyen acuerdos privados entre la corporación y la persona contratada[105]. Y, por la misma razón, el CTBG ha declarado que la información relativa al número de empleados, desglosados por categorías profesionales, con indicación de sus respectivas retribuciones salariales, extra-salariales e indemnizaciones percibidas y deducciones a la Seguridad Social, se enmarca en el ámbito de actuación privado de la corporación, por lo que se trataría de aspectos no regidos por el Derecho administrativo[106].

En este sentido, el CTPD Andalucía tiene establecido que la contratación laboral de la corporación no puede reconducirse al conjunto de funciones públicas atribuidas a los colegios profesionales, pues se trata de una decisión de orden interno para el cumplimiento de sus funciones privadas[107]. Y, por la misma razón, tampoco es información pública la referente a los despidos acordados por la entidad corporativa[108]. Con todo, el mismo

---

103 Así lo ordena expresamente el artículo 16 Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

104 CTBG, RT/208/2020, de 26 de agosto, Colegio de Abogados de Oviedo. Igualmente, CTPD Andalucía, Resolución 114/2016, de 30 de noviembre, Colegio Oficial de Arquitectos de Málaga, en relación con el proceso de selección de un puesto de Coordinador General en el Colegio.

105 CTBG, R/793/2023, de 25 de septiembre, Comunidad de Regantes de Villajoyosa.

106 CTBG, R/531/2017, de 23 de febrero de 2018, Comunidad General de Regantes, Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia. En este sentido, la GAIP (Resolución 6/2017) rechazó una solicitud a un colegio profesional relativa a los costes salariales de los empleados del colegio.

107 CTPD Andalucía, Resolución 860/2021: «no parece poder incluirse en el concepto de funciones públicas, ni está relacionado con conceptos regulados por el derecho administrativo, contratación que se debió regir por el derecho privado»

108 CTPD Andalucía, Resolución 345/2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

órgano de garantía ha dejado abierta la posibilidad de acceso a información sobre contratos laborales en el caso de que estén vinculados total o parcialmente con el ejercicio de las funciones públicas de la entidad[109].

Por su parte, en relación con el régimen del patrimonio, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las administraciones Públicas, no incluye a las corporaciones de Derecho público dentro de su ámbito de aplicación (art. 2). Por tanto, la actividad relacionada con el tráfico jurídico y gestión del patrimonio propio de las corporaciones de Derecho no está sometida a Derecho administrativo y, en consecuencia, tampoco lo está a la LTAIBG[110]. Así, se ha denegado la pretensión de acceso al inventario de bienes de una comunidad de regantes[111]. Con todo, debe matizarse que respecto a determinadas CDP se establece un régimen de supervisión por parte de la administración de tutela sobre los actos de disposición de bienes patrimoniales[112].

8. Régimen de contratos, convenios y subvenciones

Sobre la actividad contractual, como se ha señalado antes, únicamente está sujeta a Derecho administrativo en aquellos casos en los que la CDP pueda ser considerada poder adjudicador (art. 3.5 LCSP) y respecto a los contratos sujetos a la Ley de Contratos del Sector Público (no se exige, por tanto, que se trate de contratos armonizados)[113]. En el resto de los casos la actividad contractual de las corporaciones de Derecho público no está sujeta a Derecho administrativo y, en consecuencia, el acceso a los contenidos y documentos relacionados con tales actividades no entra dentro del ámbito de aplicación de la LTAIBG, debiendo estarse a estos efectos a lo estipulado en sus respectivos estatutos y demás normas que disciplinan su organización y funcionamiento[114]. Así, el CTBG ha descartado la naturaleza de información pública de la compra de un terreno o de los gastos

---

109 CTPD Andalucía, Resolución 813/2024, de 3 de octubre, Federación Andaluza de Tenis de Mesa.

110 Así, González-Juliana, A., 2023a, p.142.

111 CTPDA Andalucía, Resolución 668/2024, de 24 de julio, Comunidad de Regantes de San Martín del Tesorillo.

112 Así, la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, establece que la disposición de bienes patrimoniales deberá contar con la autorización de la administración tutelante cuando se trate de bienes inmuebles. En caso de otro tipo de bienes, la administración tutelante determinará los supuestos en los que sea precisa su autorización en función de su alcance económico (art. 19.2).

113 CTBG, R/80/2016, de 30 de mayo, Consejo General de Colegios de Enfermería.

114 CTBG, R/301/2016, de 3 de octubre, Comunidad de Regantes «El Tarragon», de Losa del Obispo (Valencia); R/425/2023, de 2 de junio, sobre el Consejo General de la Abogacía Española.

en abogados y procuradores[115]. Con todo, algún órgano de garantía ha dejado abierta la posibilidad de acceso a información sobre contratos a proveedores en el caso de que estén vinculados total o parcialmente con el ejercicio de las funciones públicas de la entidad[116].

De otro lado, en la medida en que la información relativa a los convenios que las corporaciones puedan suscribir con las administraciones públicas esté sujeta a Derecho administrativo (arts. 47 y ss. LRJSP), debe entenderse que es también accesible, incluso más allá de los datos que la propia LTAIBG obliga a publicar a todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I de la LTAIBG[117].

Finalmente, respecto a las ayudas públicas, se ha rechazado la petición de información sobre la actividad de patrocinio de las CDP, al considerar que estas entidades no están incluidas como tales en el ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones[118].

V. CONCLUSIONES

El ámbito de sujeción de las corporaciones de Derecho público a la Ley de Transparencia viene determinado por dos coordenadas legales: de un lado, la limitación de su sujeción a lo relativo a «sus actividades sujetas a Derecho administrativo» [art. 2.1.*e)*]; y, de otro lado, su no consideración por la LTAIBG como administraciones públicas (art. 2.2). Respecto a la primera determinación, como han declarado reiteradamente los órganos de garantía, solo la información en poder de las CDP relacionada con sus actividades sujetas a Derecho administrativo es «información pública», a efectos del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, la LTAIBG incurre en un error de planteamiento, que se reitera en relación con los órganos constitucionales y estatuarios [art. 2.1.f)], al delimitar su ámbito de aplicación por referencia a la sujeción o no de su actividad a Derecho administrativo. En mi opinión, habría sido más correcto delimitar el ámbito de sujeción a las reglas de transparencia mediante la

115 CTBG, R/539/2018, de 10 de diciembre, Comunidad de Regantes de Pozo Alcón, Hinojares y Cuevas del Campo (Jaén).

116 CTPD Andalucía, Resolución 813/2024, de 3 de octubre, Federación Andaluza de Tenis de Mesa; Resolución 867/2024, de 10 de octubre, Federación Andaluza de Fútbol.

117 Es el caso de una petición de acceso a un convenio firmado entre una comunidad de regantes y una Administración pública (Consorcio de Aguas) a fin de financiar la contratación de un gerente, pues se entiende que debe facilitarse la información, en la medida en que el contenido de dicho convenio concreta un determinado gasto público relativo a la contratación de una persona que asuma las labores de gerencia de la corporación. CTBG, R/793/2023, de 25 de septiembre, Comunidad de Regantes de Villajoyosa.

118 CTBG, RT/208/2020, de 26 de agosto, Colegio de Abogados de Oviedo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

referencia al ejercicio de funciones públicas, tal como establecen la LJCA —art. 2.c)— y la LPAC —art. 2.4— (o, en este ámbito, la Ley 19/2014 de Transparencia de Cataluña). Y ello porque, aun cuando es cierto que generalmente la actividad de desempeño de funciones públicas está sujeta a Derecho administrativo, no siempre sucede así.

En tal sentido, cuando se formula una reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública, antes de entrar sobre el fondo del asunto, los órganos independientes determinan si la información solicitada puede o no reconducirse al ejercicio de funciones públicas por parte de la corporación, dando lugar a una rica casuística, en la que se sigue de cerca tanto las determinaciones de la legislación específica sobre cada categoría de CDP, como la jurisprudencia contenciosa, tal como se ha puesto de manifiesto a lo largo este trabajo.

Ahora bien, la insuficiencia del planteamiento de la LTAIBG se revela principalmente en relación con la actividad contractual. En la medida en que la LCSP exige a las corporaciones de Derecho público que cumplan los requisitos para tener la condición poder adjudicador, ello determina que la sujeción de la actividad contractual de las CDP a Derecho administrativo sea excepcional (únicamente en casos de financiación mayoritariamente pública). Sin embargo, cabe defender que los contratos que celebren las CDP con terceros cuando estén directamente vinculados a las funciones públicas asignadas a estas entidades, aun cuando no se sometan a las reglas de preparación y adjudicación de la LCSP, sí estén sujetos a un mínimo de transparencia pública, tal como apuntan algunos órganos de garantía (como los consejos de transparencia de Andalucía y de Navarra). Y una situación similar se produce en relación con las ayudas que puedan conceder las CDP directamente relacionadas con las funciones públicas encomendadas: si bien estas ayudas no tienen que someterse a las reglas de concesión de la LGS, sí deberían sujetarse a un mínimo de transparencia.

Al igual que las CDP están sujetas al régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en lo concerniente al ejercicio de las funciones públicas (art. 36.2 Ley 7/2006, de 31 de mayo, de colegios profesionales de Cataluña), también deben estar sujetas a las reglas de transparencia pública en la medida en que ejerzan funciones públicas. Y esta comprensión sustancial es, además, la más acorde con el designio de la propia LTAIBG, el cual refiere el mandato de transparencia a la *actividad pública*, y no a una actividad sujeta a un régimen jurídico específico. Dicho de otro modo, la transparencia de la actividad pública es una cuestión por completo independiente del régimen jurídico al que se somete la entidad que la desarrolla, por ello, en lugar de un criterio formalista (sujeción a Derecho administrativo), habría sido preferible un criterio sustancial (ejercicio de funciones públicas).

Por otra parte, respecto a las obligaciones de publicidad activa, debe rechazarse una interpretación literal de la LTAIBG cuando refiere algunas obligaciones de publicidad a las administraciones públicas (como las referidas a la información de relevancia jurídica). Así, cabe defender que, aun cuando las CDP no se califiquen de administraciones públicas, se les aplican los deberes que la LTAIBG impone a estas cuando en el ejercicio de sus funciones públicas desarrollan actuaciones por completo equivalentes. Así, p. ej., debe entenderse que las normas, instrucciones y planes que aprueben las CDP en el cumplimiento de sus funciones públicas están sometidas a las reglas de publicidad activa.

Asimismo, respecto a los contratos que suscriban las CDP en calidad de «contratistas» y en relación con las ayudas y subvenciones públicas que perciban estas entidades, debería aplicárseles las normas de publicidad ordenadas —art. 8.2 Ley— para las entidades privadas del artículo 3, pues carecería de sentido que las CDP recibieran un trato privilegiado. De otro lado, una de las cuestiones más controvertidas es la referida a la obligación de publicar las retribuciones de los máximos dirigentes, cuya aplicación a las CDP ha sido descartada por algún órgano independiente, si bien existen razones para afirmar su sujeción a la misma.

Finalmente, de los datos disponibles se desprende un elevado grado de incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa por parte de las CDP, el cual puede estar motivado, al menos en parte, por la total ausencia de consecuencias sancionadoras, al remitir las leyes de transparencia los incumplimientos al régimen disciplinario, de tal modo que corresponde (en teoría) a la propia CDP incumplidora la tarea de sancionar al responsable, lo cual es a todas luces irreal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARMAS CASTILLA, N. (2026): *Transparencia y acceso a la información en el ámbito local*, Aranzadi, Pamplona.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. (2015): «La aplicación a las federaciones deportivas de la Ley de Transparencia», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 46, pp. 91-114.

ESQUERRA HUERVA, A. (2020): «Las comunidades de regantes ante la legislación de contratos del sector público», *RVAP,* núm. 118, pp. 49-82.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2020): «La garantía sancionadora en materia de transparencia pública», *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, F. Castillo Blanco (dir.), Iustel, pp. 737-770.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2017): «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público», *Documentación Administrativa*, Nueva Época núm. 4, pp. 136-145.

ISBN: 978-84-7777-740-3

GARCÍA DE ENTERRÍA E.; FERNÁNDEZ, T. R. (2024): *Curso de Derecho administrativo I*, Aranzadi.

GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ, A. (2023a): «El acceso a la información de los colegios profesionales», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 59, pp. 119-145.

GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ, A. (2023b): «El derecho de acceso a la información en las comunidades de regantes: un análisis de las resoluciones de los consejos de transparencia», *REDAS*, núm. 8.

GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ, A. (2022): *Transparencia administrativa sin Administración*, Aranzadi, Cizur Menor.

GUICHOT, E; BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2023): *El derecho de acceso a la información pública*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. M. (2016): «Encomiendas de gestión a Corporaciones de Derecho público», *Actualidad Administrativa* núm. 9.

PEREIRO CÁRCELES, M. (2023): *La aplicación de las obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor.

PEREIRO CÁRCELES, M. (2019): «El alcance de las obligaciones de transparencia aplicables a las federaciones deportivas», Actualidad Administrativa, Especial «Transparencia y lucha contra la corrupción», núm. I, 1 de abr. de 2019.

La tutela judicial efectiva a propósito de la regulación del principio de prohibición de la *reformatio in peius* en las reclamaciones contra las evaluaciones de acceso a la Universidad

Carmen Fernández Rodríguez

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
ORCID: 0000-0001-9307-6896

Sumario. I. El principio de prohibición de la *reformatio in peius*: un principio derivado de la rogación y de la congruencia: 1. El contexto del principio de prohibición en el acceso a la Universidad. 2. Los requisitos generales del principio de prohibición de la *reformatio in peius*.—II. El actual estado de la cuestión: del procedimiento administrativo común al procedimiento específico de evaluación de acceso a la universidad.—III. La evaluación de acceso a la Universidad: ¿discrecionalidad técnica o simple discrecionalidad?—IV. El objeto de reclamación en las resoluciones relativas a la convocatoria y evaluación de acceso a la Universidad: 1. Cuando el objeto de la reclamación son las convocatorias o los exámenes para el acceso a la Universidad. 2. Cuando se trata de reclamar las calificaciones obtenidas en la evaluación.—V. Las exigencias procedimentales de la actuación administrativa de evaluación en el acceso a la Universidad: la motivación de las calificaciones.—VI. Algunas conclusiones.

I. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS:* UN PRINCIPIO DERIVADO DE LA ROGACIÓN Y DE LA CONGRUENCIA

1. El contexto del principio de prohibición en el acceso a la Universidad

Uno de los retos actuales del Derecho público es sin duda la garantía de la tutela judicial efectiva en todos sus extremos y, específicamente cuando estamos en presencia de los muy diferentes ámbitos y procedimientos en los que se expresa el poder público y se ejercen potestades administrativas. La potestad administrativa de evaluación de conocimientos, ya sea para el acceso a la función o empleo público, ya sea para acceder a la Universidad o a enseñanzas especializadas, nos pone de manifiesto hasta qué punto es de interés que ese poder público administrativo exprese su voluntad de forma acorde a los principios y garantías constitucionales propias del Derecho administrativo. Uno de esos principios, el de la prohibición de la *reformatio in peius*, vamos a intentar analizar cómo se cumple deficientemente

ISBN: 978-84-7777-740-3

en procesos evaluatorios definitivos para los interesados cuya pretensión es acceder a la Universidad demostrando la madurez y suficiencia de conocimientos.

Hay múltiples perspectivas, más o menos aproximadas en su eficacia, que se pueden adoptar en cuanto a la posibilidad de si en la Administración es del todo conveniente mantener la prohibición de reformar a peor una resolución administrativa tras la solicitud de su revisión. Ya quedó atrás la polémica doctrinal que, a propósito de la regulación procedimental existente, se mantuvo sobre si era o no aplicable esta prohibición, tanto en el ámbito procesal como procedimental administrativo. Como veremos, esta cuestión quedó zanjada desde el punto de vista normativo, si bien con los matices y excepciones que veremos[1].

En el tema que nos ocupa, el mundo de las calificaciones de acceso a la Universidad, la existencia de la prohibición, lejos de percibirse por los calificantes como el resultado lógico de una tutela judicial efectiva de los alumnos que comienza por plasmarse en la congruencia de lo solicitado, más

---

1 La mayoría de la doctrina se manifestó en contra de la *reformatio in peius* y, por tanto, a favor de su prohibición con la redacción de la ley procedimental anterior. Así lo recoge pormenorizadamente Salamero Teixidó, L. «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5680/2007). *Revista de Administración Pública,* núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre (2012), págs. 203-243. Cita entre otros autores a Santamaría Pastor, J. A. «¿Crisis definitiva de la *reformatio in pejus*?». *RAP,* núm. 77, pág. 138; García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2011; Sainz Moreno, F. (1975), «La eliminación de la *reformatio in peius* en los recursos administrativos», en *REDA,* núm. 6, y del mismo autor (1975); Lorca Navarrete, A. M. (1993), «Sobre la prohibición de la *reformatio in peius*», en *La Ley: Revista Jurídica Española,* vol. 2, págs. 1155 y 1156. González Navarro hace un repaso de los posicionamientos doctrinales a favor y en contra de la *reformatio in peius* —decantándose él mismo también en contra— González Navarro, F. (1972), *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica. Antología de textos 1958-1970,* Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, págs. 463-475. La controversia a favor y en contra de la *reformatio in peius* se zanja en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, en sus artículos 89.2 y 113.3, en los que explícitamente se prohíbe la *reformatio in peius*. No obstante, la desaparición de la *refomatio in peius* del ordenamiento jurídico administrativo tiene excepciones. Cabe precisar que, si bien la norma no deja duda de que en el procedimiento común no se admite la *reformatio in peius*, no sucede así en otros ámbitos, como el de la Seguridad Social: *Vid.* Valdés Alonso, A. «La *reformatio in peius* en la vía administrativa: un privilegio de la seguridad social (comentario a la STS 4.ª, de 9 de julio de 2008)», 2009. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica,* núm. 1 y Sempere Navarro, A. V. «Posibilidad de *reformatio in peius* en la revisión de la invalidez permanente. Comentario a la STS SOC 9 julio 2008 (RJ 2008, 4561)». 2008. Repertorio de Jurisprudencia, Aranzadi, vol. VII. Y, asimismo, en las reclamaciones económico-administrativas, en las que tanto la legislación como alguna jurisprudencia siguen admitiéndola con matices. *Vid.* Toledo Jáudenes, J. «El fin de la *reformatio in peius* en la vía económico-administrativa», 1984, *RAP,* núm. 103, págs. 243-258, y Mínguez Ben, E. «*Reformatio in peius* y reclamaciones económico-administrativas». 1997, *Revista Galega de Administración Pública,* núm. 15, págs. 27-48.

bien se padece desde la óptica del incentivo que puede suponer para el alumnado el hecho de que una nueva revisión-calificación no tenga ninguna repercusión negativa en el expediente del solicitante y, sí por el contrario, se traduzca en una carga de trabajo que puede ser masiva. Por tanto, el hecho de que exista la posibilidad de recursos en cascada y no haya consecuencias negativas para revisiones más o menos motivadas constituye un criterio que sin duda está en el fondo de la posibilidad normativa actual de empeoramiento o de la no prohibición.

Por el contrario, del lado de los alumnos, hay un argumento mucho más contundente y es que les asisten los diferentes principios constitucionales reflejados en el artículo 24 CE —«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»—, sin perjuicio del artículo 9.3 CE —«La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»—. No en vano, y, *a sensu contrario*, de no existir tal principio prohibitivo, fácil sería para los calificantes adoptar decisiones a peor contra los alumnos, siendo estas mismas decisiones las que justificarían el efecto disuasorio para la tutela efectiva de los derechos de los alumnos y es aquí donde hoy por hoy nos encontramos.

Una definición del principio de prohibición de la *reformatio in peius* encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 223/2015, de 2 de noviembre, que identifica la prohibición de la *reformatio in peius* con el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente, declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso, de modo que la decisión judicial que lo resuelve conduce a un efecto contrario al perseguido por el recurrente. Dicha sentencia, citada en numerosas ocasiones en relación con este principio, cita, entre muchas, a las SSTC 9/1998, de 13 de enero; 196/1999, de 25 de octubre; 203/2007, de 24 de septiembre, o 126/2010, de 20 de noviembre, que se reiteran en la misma dirección.

Y es que la prohibición de la reforma peyorativa ostenta dimensión constitucional, según la citada sentencia, aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE; de ahí que el principio sea una constatación de la tutela judicial efectiva porque se pone el acento en que representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva en todo caso de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril; 141/2008, de 30 de octubre, y 126/2010, de 29 de noviembre) y que, en ocasiones, se ha vinculado al principio dispositivo (STC 28/2003, de 10 de febrero, y al principio de rogación (STC 54/1985).

ISBN: 978-84-7777-740-3

De otro lado, se identifica la prohibición de empeoramiento como «una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem,* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de este (STC 17/2000, de 31 de enero), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo; 28/2003, de 10 de febrero, o STC 310/2005, de 12 de diciembre, por todas).

Por estas y tantas otras posibles razones en juego, que, directamente inciden en la tutela efectiva, ya sea administrativa o judicial, en relación a las resoluciones calificatorias, es por lo que debemos dar luz a los límites de la discrecionalidad de los calificantes respecto de la evaluación de las pruebas de acceso a la Universidad; pruebas en las que la problemática o contienda no solo puede estar en el resultado o calificación sino en el propio examen o evaluación que se somete a valoración. Y es aquí donde entra en juego la prohibición de la *reformatio in peius* como «la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada exclusivamente a consecuencia de su recurso». La prohibición de una reforma perjudicial de la decisión administrativa se ha venido justificando en afianzar la situación jurídica del que recurre, prohibiendo la posibilidad de que por el hecho de recurrir resulte empeorada dicha situación.

De manera que es un principio que nace con carácter procesal en el contexto civil y penal, en el marco de los recursos devolutivos y que, a su vez, se incardina en otros dos principios procesales, careciendo en sí mismo de autonomía. De un lado pues se acoge en el principio dispositivo o de rogación, según el cual las partes disponen del proceso al utilizar, según su mejor conveniencia, las acciones que el ordenamiento jurídico prevé. Del otro, en el principio de congruencia, estrechamente vinculado al anterior que exige que la resolución judicial se mueva dentro de los límites fijados por las pretensiones de las partes[2].

En la actualidad la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC), en su artículo 119.3, vincula por ello la prohibición al principio de congruencia y lo cita expresamente:

> «3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no

[2] *Vid.* Sanz Rubiales, I. «Contenido y alcance de la prohibición de *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo». *Revista de Administración Pública,* núm. 190. Enero-abril de 2013, págs. 241-276.

alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.»

2. Los requisitos generales del principio de prohibición de la *reformatio in peius*

Su exclusiva aplicabilidad a procedimientos iniciados a instancia de parte

Corolario de la propia naturaleza del principio es que solo se impone la prohibición en procedimientos iniciados a instancia del interesado con carácter general o en la resolución de los recursos porque se basa en el principio dispositivo, lo que excluye la prohibición a los procedimientos iniciados de oficio. Esto genera determinadas consecuencias, como vamos a ver.

La prohibición de la *REFORMATIO IN PEIUS* no implica que no pueda desestimarse por la Administración lo solicitado por el estudiante

Lo cual resulta lógico, porque la congruencia que afecta a la relación entre lo solicitado y lo resuelto no implica que el desestimiento agrave una situación que no se encuentra reconocida aún, pues lo único que sucede es que se mantiene la situación inicial. Cuestión distinta sería sin embargo si la resolución desestimatoria de la Administración sí que agravara de facto la situación del solicitante.

La Administración no puede empeorar la situación del solicitante aunque le dé audiencia

El artículo 119.3 de la Ley 39/2015 no excepciona los supuestos de audiencia al interesado de la prohibición de la *reformatio in peius* como puede comprobarse. De manera que, incluso existiendo tal audiencia, está prohibido el empeoramiento de la situación del interesado. Como veremos, las alegaciones que realiza el alumno a la calificación provisional que recibe en primera instancia, vienen a representar esa audiencia que dará lugar a que la Administración resuelva definitivamente en una nueva calificación.

El empeoramiento de la situación del alumno que prohíbe el principio ha de ser real y global

El empeoramiento ha de ser real en el sentido de que, si se modifica el acto inicial, sin que mejore la situación de aquel, pero sin que se le prive de una ventaja (jurídicamente eficaz) que tuviese con anterioridad, no se puede decir que el órgano administrativo esté incurriendo en *reformatio in peius*. De manera que el empeoramiento no se produce si se mantiene la calificación porque la solicitud no consolida en sí misma una calificación superior.

ISBN: 978-84-7777-740-3

De otro lado, la jurisprudencia exige que el perjuicio se contabilice en su globalidad. Así lo afirma la STS de 1 de octubre de 2003 (RJ 2003/8134) que enlaza a su vez con otra anterior de 21 de octubre de 1997 (RJ 1997/7626). El Tribunal Supremo hace en esta jurisprudencia una interpretación claramente restrictiva del principio de prohibición de *reformatio*, porque admite la posibilidad de reforma peyorativa respecto de la solicitud del interesado; pero esta reforma es lícita siempre que quede compensada por la estimación de otras pretensiones o peticiones del recurrente. No hay obstáculo jurídico a que se produzca un limitado perjuicio del recurrente, siempre que este quede compensado con los beneficios derivados igualmente del recurso interpuesto. De manera que el empeoramiento puede ser parcial pero nunca global, en el resultado final[3].

La eventual corrección de errores de un acto que realiza la Administración aprovechando el recurso del solicitante, no infringe, en principio, la prohibición de *reformatio in peius,* y, por tanto, no procede la prohibición porque en sí mismo eso no implica reforma a peor porque si no modifica el contenido del acto administrativo y, por tanto, el acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación.

II. EL ACTUAL ESTADO DE LA CUESTIÓN: DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN AL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO DE EVALUACIÓN DE ACCESO A LA UNIVERSIDAD

El diseño de las pruebas de acceso a la Universidad, así como el reparto competencial y orgánico entre las diferentes universidades en relación a ellas, exige garantizar con suficiencia el derecho a la tutela judicial efectiva de los alumnos, no solo en relación a las calificaciones obtenidas en la prueba de acceso a la Universidad, que, como veremos, adolece de defectos de garantía, sino en relación al posible cumplimiento preciso de los principios de transparencia, igualdad, mérito o capacidad.

---

3 Este empeoramiento puede ser de cualquier tipo siempre que sea real y global. La STSJ (Cataluña) de 10 de octubre de 2003 (JUR 2003/112577) lo expresa en relación con la tipificación de las sanciones: «(…) En suma, del texto de la propuesta de resolución y del texto de la misma resolución sancionadora, se infiere que la calificación de la infracción como leve no es un mero error de transcripción como pretende la Administración en la resolución que resuelve el recurso ordinario, por cuanto son manifiestas las dudas sobre cuál sea la tipificación que corresponde a los hechos objeto del procedimiento sancionador. No tratándose de un mero error de transcripción, debe concluirse que la norma del art. 105.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no proporciona cobertura jurídica al Primer pronunciamiento de la resolución objeto de este recurso contencioso-administrativo, por la que se "sustituye" la referencia «leve» por la de "menos grave" en la parte dispositiva de la resolución sancionadora. Por consiguiente, tal "sustitución" constituye una modificación de la resolución sancionadora en perjuicio del recurrente en recurso ordinario, incursa en la prohibición de *reformatio in peius*» (FD 2).

La importancia de esas pruebas de acceso no solo se concreta en confirmar el logro de los objetivos y capacidades que pretenden sino en el hecho de que las universidades públicas establecen orden de prelación en la adjudicación de plazas en virtud de las notas de corte, lo que ya, en sí mismo, da relevancia a las mismas, pues ese orden de prelación además ha de respetar los porcentajes de reserva de plazas para mayores de 25, 40, 45 años, necesidades especiales o capacidades concretas. Asimismo, pueden establecer cupos de reserva de plazas y diferentes reglas de prelación, en función de las diferentes formas de acceso y admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado (art. 37 RD 534/2024).

La Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece una nueva redacción del artículo 38 prescribiendo que, para acceder a los estudios universitarios, el alumno que esté en posesión del título de bachiller debe superar una prueba[4] que, junto con las calificaciones obtenidas en Bachillerato, ha de valorar, con carácter objetivo, «la madurez académica y los conocimientos adquiridos en la etapa, así como la capacidad para seguir con éxito los estudios universitarios». Asimismo, señala que el Gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas, ha de establecer las características básicas de dicha prueba, previa consulta a la Conferencia General de Política Universitaria y con informe previo del Consejo de universidades y del Consejo Escolar del Estado. Asimismo, corresponde al Gobierno el establecimiento de la normativa básica que permita a las universidades fijar los procedimientos de admisión de quienes hayan superado la prueba de acceso. De manera que la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario señala, en su artículo 31.2, que corresponde al Gobierno, previo informe de la Conferencia General de Política Universitaria y del Consejo de Estudiantes Universitario, mediante Real Decreto, establecer las normas básicas para el acceso de los estudiantes a las enseñanzas universitarias oficiales, siempre

---

4 De manera que en virtud del Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión, y demás normativa aplicable, se adoptan los acuerdos de las universidades públicas sobre procedimientos de admisión para estudiantes con los diferentes títulos para el acceso y así, por ejemplo, para los estudiantes con el título de bachiller, equivalente u homologado, en el curso 2024-2025, la calificación de admisión se estableció con carácter general mediante la suma de la Calificación de Acceso a la Universidad (apartado A) y las ponderaciones detalladas en el apartado B:

> «A. La Calificación de Acceso a la Universidad (en lo sucesivo CAU) podrá alcanzar 10 puntos y se determinará según los siguientes criterios:
>
> Para los estudiantes con Bachilleratos LOMCE Y LOMLOE, conforme a sus regulaciones correspondientes, se entenderá que se reúnen los requisitos de acceso cuando el resultado sea igual o superior a cinco puntos: CAU = 0,4 × EvAU + 0,6 × CFB 5».
>
> «B. La Nota de Admisión podrá alcanzar hasta 14 puntos, sumando a la CAU las siguientes ponderaciones:1. Para los estudiantes citados en el apartado A.1, se tomarán las dos mejores ponderaciones de aquellas materias que se recogen en el Anexo».

ISBN: 978-84-7777-740-3

con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y, en todo caso, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, así como con el resto de normas de carácter básico que le sean de aplicación.

A partir de este enclave legal estatal que habilita al gobierno a establecer las características generales de estas pruebas, se definen los criterios generales y específicos de las pruebas de acceso a la Universidad. Las administraciones educativas que son las comunidades autónomas, oídas las universidades, constituyen en sus respectivos ámbitos de gestión, las comisiones organizadoras de las pruebas de acceso, las cuales están integradas por representantes de las universidades públicas, de la administración educativa y del profesorado de Bachillerato de centros públicos, así como de otras personas expertas, debiendo actuar con sujeción a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Estas comisiones coordinan entre las universidades y los centros en los que se imparta Bachillerato; adoptan medidas para garantizar el secreto del procedimiento de elaboración y selección de los ejercicios, así como el anonimato del alumnado y de los centros, y el tratamiento de las lenguas cooficiales; definen los criterios para la elaboración de las propuestas de ejercicios; designan y constituyen los tribunales calificadores; convocan las pruebas; establecen los criterios generales de evaluación de los ejercicios; resuelven las reclamaciones y establecen los mecanismos de información. De manera que estas comisiones, como órgano colegiado integrado por sujetos de diferente índole y sin especialidad concreta, serán las que resuelvan de forma definitiva sobre las reclamaciones contra las calificaciones de estas pruebas de acceso, así como de las mismas convocatorias y los criterios generales de corrección, aunque no son ellas, como órgano colegiado las que revisan las calificaciones de los exámenes pues, como veremos, son profesores que actúan individualmente.

De otro lado, están los tribunales calificadores que deben designar estas comisiones organizativas y que tienen un ámbito de responsabilidad de actuación en lo que constituye la organización y la evaluación de las pruebas de acceso. Estos tribunales están integrados por personal docente universitario y por personal funcionario de carrera o interino perteneciente a los cuerpos de catedráticos y profesores de enseñanza secundaria que impartan Bachillerato. Corresponde a la comisión organizativa garantizar que todos los ejercicios puedan ser calificados por vocales especialistas de las distintas materias que conforman la prueba. Quien preside el tribunal ha de poner en conocimiento de las personas designadas como vocales los criterios generales de evaluación adoptados por la comisión organizadora y asimismo garantizar el anonimato de los alumnos. Cada tribunal califica los distintos ejercicios atendiendo a los criterios generales establecidos por la comisión organizadora, así como a los criterios específicos de corrección y calificación establecidos en las guías de calificación que acompañan a cada ejercicio (art. 19 RD 534/2024).

Los alumnos, con alcance general acceden a la Universidad tras la etapa de enseñanza obligatoria y Bachillerato, aunque también se especifican los criterios para el acceso ante necesidades especiales o para mayores de 25, 40 o 45 años. Se puede comprender por tanto que no solo la prueba de acceso, sino las calificaciones obtenidas en Bachillerato constituyen la calificación final que va a permitir el acceso a la Universidad y la trascendencia que en el conjunto del *iter* educativo del alumno tiene la calificación de la prueba de acceso porque no solo la calificación de la prueba de acceso sino también las calificaciones previas de Bachillerato; la propia organización de la prueba de acceso y los principios que han de respetarse (igualdad, mérito, capacidad, transparencia) afectan y constituyen el contenido de su tutela judicial efectiva al suponer cada una de estas piezas la clave definitiva del acceso a su futuro formativo y profesional.

Puede comprenderse que, adelantándonos un tanto a lo que a continuación pretendemos, el objeto de lo que realmente ha de evaluarse queda muy lejos de cualquier especialidad específica que pudiera constituir «técnica» a los efectos de la discrecionalidad, dado que esta prueba ha de evaluar con carácter «objetivo» no solo o exclusivamente los conocimientos adquiridos en la etapa —que se supone que ya vienen acreditados por la correspondiente calificación—, sino también la madurez del alumno y su capacidad para seguir con éxito los estudios universitarios.

Los conocimientos adquiridos en las sucesivas etapas y evaluaciones de cara al acceso a la Universidad, se ubican en diferentes áreas del saber; lo que no significa que estén bajo el paraguas de una discrecionalidad técnica inasequible o inmune al control, puesto que los temarios y las posibles respuestas a las preguntas que pueden formularse han de ser específicos y concretos, en su desarrollo y resultado, dejando escaso margen a la interpretación en algunos saberes y algo más, en otros, aunque siempre, en un margen cuya discrecionalidad ha de poder ser objeto de control y revisión por el interesado.

Para que la prueba sea objetiva, por tanto, como se exige, ha de dejar poco o nulo margen de interpretación al evaluador y los diferentes extremos de la formulación deben estar exentos de posibles arbitrariedades en la valoración. En cualquier caso, siempre las evaluaciones siguen siendo subjetivas en la valoración de otros extremos que no dejan de ser conceptos indeterminados en su amplitud, como no puede ser de otra manera ante objetivos ambiciosos del calado que se pretenden, cuales son evaluar la madurez o su capacidad de éxito universitario. Evaluar tales extremos a partir de una prueba específica puede resultar sencillo en los parámetros más claros y no tanto en los espacios de valoración intermedios en los que la objetividad puede resultar más difícil, no tanto por constituir discrecionalidad técnica, como por la dificultad de alcanzar certezas a partir de pruebas de alcance tan limitado. El hecho de que el acceso final a la Universidad dependa

ISBN: 978-84-7777-740-3

no solo de esta prueba de acceso, sino también de las calificaciones de etapa, siendo más equilibrado para el alumno, no obsta para que en estas pruebas de acceso se deban cumplir todas las garantías del procedimiento administrativo en que consiste este acceso.

El Real Decreto 534/2024, de 11 de junio (*BOE* núm. 142, de 12 de junio de 2024), por el que se regulan los requisitos de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, establece las características básicas de la prueba de acceso y la normativa básica de los procedimientos de admisión y en este sentido hay elementos claramente delimitados. La prueba de acceso a la Universidad tiene como finalidad valorar con carácter objetivo, junto con las calificaciones obtenidas en Bachillerato, «la madurez académica y los conocimientos adquiridos en la etapa», así como la capacidad para seguir con éxito los estudios universitarios (art. 9 RD 534/2024[5]). Y en esta exigible y difícil valoración de la madurez académica; los conocimientos adquiridos y la aptitud para seguir con éxito los estudios universitarios, se han de diseñar unas pruebas que han de tener una conformación competencial que permita comprobar el grado de consecución de las competencias específicas de las materias a través de la aplicación de los criterios de evaluación previstos en los currículos establecidos conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 243/2022, de 5 de abril (*BOE* núm. 82, de 6 de abril), por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato.

Se apunta en el RD 534/2024 (art. 13) que los ejercicios han de requerir del alumnado «creatividad y capacidad de pensamiento crítico, reflexión y madurez en la resolución por escrito de una serie de preguntas o tareas adecuadas a las competencias específicas evaluadas. El formato de

---

5 El artículo 11 del mencionado Real Decreto establece las características generales de la prueba que habrá de versar sobre las materias comunes y las materias específicas obligatorias de modalidad de segundo curso de Bachillerato. Las administraciones educativas y las universidades, en el seno de sus respectivos órganos de cooperación y participación establecen procedimientos para coordinar el desarrollo de lo previsto en este real decreto, tanto en lo relativo a las características de los ejercicios como en lo concerniente a los criterios de corrección y calificación, con el fin de asegurar su equiparación entre los distintos territorios. La prueba se estructura (art. 12) en cuatro ejercicios o, en el caso de comunidades autónomas con lengua cooficial, cinco ejercicios que versarán sobre las siguientes materias:

a) Lengua Castellana y Literatura II y, si la hubiere, Lengua Cooficial y Literatura II.
b) Historia de España o Historia de la Filosofía, a elección del alumnado.
c) Lengua Extranjera II. A efectos de organización de la prueba, el alumnado indicará en su solicitud de inscripción la lengua extranjera de la que se examinará, pudiendo elegir entre alemán, francés, inglés, italiano y portugués.
d) La materia específica obligatoria de segundo curso de Bachillerato de la modalidad y, en su caso, vía cursada.

La materia específica obligatoria de modalidad es la que se determina, en cada caso, según este Real Decreto.

respuesta deberá garantizar la aplicación de los criterios objetivos de corrección y calificación previamente aprobados». De manera que las preguntas o tareas se han de poner en el contexto de entornos artísticos, científicos, humanísticos y tecnológicos y, preferentemente, en entornos próximos a la vida del alumnado. Tanto los elementos curriculares objeto de evaluación, como el número y el tipo de preguntas o tareas, se adecuarán a la duración del ejercicio. A tal fin, se tendrá en cuenta que el alumnado necesitará dedicar un tiempo significativo tanto a la lectura y al análisis de la posible documentación aportada, como al diseño de la estrategia para la resolución de las preguntas o tareas planteadas.

En todos los ejercicios se incluye información sobre los criterios de corrección y calificación que buscan una mayor objetividad de la tarea de evaluación, pero no todos los parámetros son igualmente fáciles de valorar porque una cuestión es evaluar la adecuación a lo solicitado en el enunciado y otra muy distinta, en cuanto más discrecional, evaluar la coherencia, la cohesión, la corrección gramatical, léxica y ortográfica de los textos producidos, así como su presentación. Es aquí donde la tarea revisora puede dar lugar a diferentes valoraciones en las que es preciso garantizar la tutela de los derechos del alumno frente a posibles desviaciones en la valoración o el empeoramiento de su situación inicial. De hecho, en aquellos ejercicios en los que las preguntas o tareas propuestas requieren la producción de textos por parte del alumnado (art. 13 RD 534/2024), la valoración correspondiente a esa coherencia, cohesión y corrección no puede ser inferior a un 10% de la calificación de la correspondiente pregunta o tarea. No obstante, la aplicación de estos parámetros podrá flexibilizarse en el caso del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

En la actualidad, como ya hemos apuntado, y, con carácter general para el procedimiento administrativo común, es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la que, en su artículo 119.3, vincula el principio general de prohibición de la *reformatio in peius* al principio de congruencia, citándolo expresamente:

> «(…) 3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.»

III. LA EVALUACIÓN DE ACCESO A LA UNIVERSIDAD: ¿DISCRECIONALIDAD TÉCNICA O SIMPLE DISCRECIONALIDAD?

La óptica procedimental en que necesariamente ha de apoyarse el análisis de la revisión de calificaciones como garantía para el solicitante,

ISBN: 978-84-7777-740-3

no puede llevarnos a obviar el objetivo y el objeto de estas pruebas de acceso a la Universidad. Hay muchos matices que podrían apuntarse referidos a si estas pruebas realmente garantizan que se está en disposición de comenzar una carrera universitaria, toda vez que simultáneamente en la Universidad española cada vez se es más consciente de la inmadurez académica del alumno cuando comienza su primer curso, como, de otro lado, no puede ser de otra manera al margen de las pruebas de acceso e inclusive de la evaluación de conocimientos en etapas anteriores.

Hay materias que, por su propia naturaleza han de dar resultados exactos, si bien la discrecionalidad está más en su planteamiento que en el resultado o incluso en el procedimiento seguido por el alumno para llegar al mismo. Sin embargo, otras tantas, son más ampliamente interpretables por su desarrollo para concluir en la madurez del alumno o su capacidad para seguir estudios universitarios con éxito. De manera que la motivación de la solicitud de revisión, en el primer caso —ciencias exactas— puede basarse sin duda en la dificultad excesiva que el ejercicio supone para demostrar o no la madurez para el acceso a la Universidad, frente a la posible motivación en materias más interpretables en las que la exactitud no existe salvo en un halo ciertamente extremo que es lo que viene a exigir el control de la discrecionalidad.

Los tribunales de justicia han ido incrementando el control sobre decisiones discrecionales, no ya solo en virtud de los necesarios elementos reglados que tiene cualquier acto administrativo, sino también en virtud de la delimitación de lo que ha de considerarse como elementos puramente técnicos dentro de las potestades discrecionales. No parece que podamos considerar la madurez, la capacidad de pensamiento crítico o la creatividad como elementos de la especialidad técnica objeto de evaluación y sin embargo son criterios a evaluar que han de constatarse de forma ciertamente limitada a través de las preguntas formuladas con independencia de las materias[6].

De manera que aspectos como los meramente aritméticos o de datos de identificación se consideran fuera de ese ámbito, concretando lo técnico a lo más especializado dentro de una profesión y dentro de ella, distinguiendo lo que es pacífico de lo que es rebatible. En tal sentido, la discrecionalidad técnica se fundamenta «en una «presunción de razonabilidad» o «de certeza» de la actuación administrativa», apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.

---

6 *Vid.* Igartúa Salaverría, J. «Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, inmediación, sana crítica». *Revista de Administración Pública,* núm. 204, septiembre-diciembre de 2017, págs. 11-39.

Ahora bien, aquella presunción, en tanto que presunción *iuris tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado [STC 353/1993, de 29 de noviembre (Recurso de amparo 284/1991)]. Por ello, la utilización del criterio de la discrecionalidad técnica que se viene imponiendo en las decisiones jurisprudenciales en la revisión judicial de los procesos selectivos para plazas en la Administración pública, en cuanto a la existencia de una capacidad de decisión que tiene un margen de apreciación y juicio técnico en la materia de que se trate, tiene sus limitaciones aún mayores si las referimos a la evaluación de los conocimientos generales y no ya profesionales como son los que se evalúan en las pruebas de acceso a la Universidad en las que los interesados recurrentes aún no están siendo evaluados para una profesión concreta, ni siquiera para el acceso a un puesto en la función pública, sino para acceder al comienzo de su formación universitaria.

La mera descripción del procedimiento de revisión de las calificaciones de acceso a la Universidad pone de manifiesto, los vacíos, omisiones y defectos de los que adolece la actual regulación de este procedimiento singular que desdibuja, en lo esencial, la prohibición de la *reformatio in peius* como corolario de los principios de rogación y congruencia. Como tantos procedimientos internos que concluyen en una resolución provisional que se hace definitiva por el paso del tiempo o, tras el recurso, concluyendo en una resolución definitiva, este procedimiento, cuyas motivaciones organizativas son evidentes, supone una merma de garantías para el alumno que, por un lado, se ve disuadido de recurrir —dado que esto supone una mayor incertidumbre y espera a su calificación definitiva— por un lado, y, por otro, porque, como vamos a ver, existe la posibilidad del empeoramiento de su calificación frente a la cual tampoco tiene aparente motivación suficiente que le permita alegar en contrario.

Frente a la excepcionalidad del principio de prohibición de la *reformatio in peius* cuando estamos en presencia de un ámbito caracterizado por la especialización técnica y que puede llegar a justificar un empeoramiento de la situación del interesado recurrente, no parece que se pueda considerar que estamos en el caso que tratamos ante una discrecionalidad técnica propiamente dicha —que es lo propio de una profesión o plaza de acceso a la función pública— que, de otro lado, pueda presumirse que constituye una potestad ilimitada y/o no motivada. Siempre hay elementos claramente reglados, entre otros motivos porque la valoración de los conocimientos en las diferentes pruebas han de ajustarse a los criterios generales y específicos aprobados en la normativa educativa, permitiendo con alcance práctico y definido la mera subsunción de la prueba realizada con dichos criterios, sin necesidad de un mayor salto de valoración del calificante a un conocimiento técnico especializado que es el que, en el futuro, pretende alcanzar el inte-

ISBN: 978-84-7777-740-3

resado. Todo ello, además, sin perjuicio de que incluso estando en alguna circunstancia ante la evaluación de un conocimiento que pudiera considerarse técnicamente más especializado, sería obligado motivar la resolución —y no simplemente, poner de manifiesto el examen revisado— siendo exigible la prueba pericial que justificara que ese conocimiento es suficiente o insuficiente y/o que el ejercicio planteado tiene la dificultad precisa o superior para la demostración de dicho conocimiento.

El hecho de que el procedimiento interno relativo a la reclamación contra la calificación provisional no respete la prohibición en sus diferentes fases —pues solo se garantiza en la primera— en sí mismo puede ser objeto del recurso de reposición o contencioso-administrativo posterior contra la calificación definitiva dado que cada vez es más numerosa la jurisprudencia que no excepciona la prohibición de la *reformatio in peius* para las calificaciones de exámenes, exigiendo el control de la tan argüida discrecionalidad técnica con la que pretende zafarse, en base a defectos de motivación y de valoración de las pruebas periciales. Sin embargo, los interesados, en este caso, no suelen continuar con el procedimiento contra estas resoluciones dado que el paso del tiempo juega en su contra.

IV. EL OBJETO DE RECLAMACIÓN EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA CONVOCATORIA Y EVALUACIÓN DE ACCESO A LA UNIVERSIDAD

1. Cuando el objeto de la reclamación son las convocatorias o los exámenes para el acceso a la Universidad

Resulta claro que las cuestiones que afectan al alumno referentes a las pruebas de acceso a la Universidad, convirtiéndole en interesado, pueden ser no solo las relativas a la calificación individual obtenida tras las pruebas sino las correspondientes al propio desarrollo u organización de la convocatoria o exámenes. Así, en el propio transcurso de los exámenes pueden darse circunstancias que alteren el normal desarrollo de las pruebas; errores en la transcripción de los exámenes; comportamientos indebidos de alumnos o miembros del tribunal; preguntas fuera del temario exigible o con una dificultad superior a la exigida. Todo ello, evidentemente, afecta al resultado final y constituye un interés legítimo que puede controlarse y/o ponerse de manifiesto por el alumno mediante la reclamación correspondiente.

La normativa relativa a las pruebas de acceso a la Universidad omite este objeto de reclamación por parte de los alumnos interesados cuyo objeto pudiera ser perfectamente la misma convocatoria; la organización de las pruebas o el examen en sí. El RD 534/2024, únicamente se refiere a la posible reclamación de la calificación provisional que solo se convierte en definitiva tras la resolución de la reclamación por parte de la comisión

organizadora. Así, el propio artículo 20 del RD 534/2024 señala que «una vez finalizado el proceso de revisión, la comisión organizadora adoptará la resolución que establezca las calificaciones definitivas y la notificará a las personas reclamantes». Esta segunda resolución pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurrida potestativamente en reposición ante el órgano que las dictó, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o ser impugnada directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9.1 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora del mismo.

La prohibición de la *reformatio in peius* no se ve tan directamente afectada en este concreto objeto de reclamación contra convocatorias y exámenes como resulta respecto a las reclamaciones frente a las calificaciones, pero bien podría suceder que tras la reclamación también pudiera existir un empeoramiento de la situación del reclamante. La omisión normativa de este objeto en el RD 534/2024 no obsta desde luego para que, con alcance general, el alumno interesado pueda impugnar la convocatoria o el examen por la vía de la reclamación contra las disposiciones generales y sus actos de aplicación —exámenes— en virtud de los artículos 24 y 106 de la Constitución[7].

Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabe recurso en vía administrativa, si bien los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general como son las convocatorias pueden interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición (art. 112.3.1 de la Ley 39/2015). Es la calificación del examen la que constituye acto administrativo, inicialmente, provisional y, tras su recurso o por el paso del tiempo sin recurso, se convierte en definitivo. La disposición reglamentaria general de convocatoria de las pruebas solo puede impugnarse por vía judicial contencioso-administrativa, pero el examen en sí es un acto de trámite ciertamente cualificado y, por tanto, recurrible en vía administrativa, teniendo en cuenta que, como se prescribe en el artículo 112.1.1 de la Ley 39/2015, no solo las resoluciones, sino también los actos de trámite son susceptibles de

---

7 En el ámbito del acceso a la función pública constituye interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia el «aclarar, matizar, reforzar —o, eventualmente, corregir o rectificar— la doctrina sobre la posibilidad de la impugnación indirecta de las bases de una convocatoria para cubrir determinadas plazas correspondientes a la oferta de empleo público». La recurribilidad de las bases de la convocatoria es una cuestión generalizable a una pluralidad de supuestos en el ámbito de la función pública. No obstante, las sentencias de 4 de octubre de 2021 (casación 351/2020) y de 10 de junio de 2019 (casación 5010/2017) confirman además que la falta de impugnación de las bases no es obstáculo para combatirlas a través de los actos que las aplican cuando comportan, como en este caso se alega, la vulneración de un derecho fundamental [STS de 18 de octubre de 2022 (rec. 2145/2021)].

ISBN: 978-84-7777-740-3

ser impugnados en vía administrativa, siempre y cuando estos sean cualificados porque en ellos se dan las circunstancias de que «deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos».

Un examen de estas características reúne las condiciones para dicha cualificación, teniendo en cuenta que de él depende el acceso del alumno a la Universidad. Aunque los protocolos de actuación de los tribunales en cuanto a la organización, así como el proceso de elaboración de los exámenes, está muy aquilatado, es factible que se den circunstancias que al alumno le perjudiquen, más allá de la propia calificación. Esto da lugar a que los interesados puedan interponer frente a los mismos los recursos de alzada y potestativo de reposición aún antes de conocerse la calificación, pudiéndolos fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015.

No obstante, el hecho de que pudiera ser posible recurrir el examen en vía administrativa por constituir un acto de trámite cualificado no impide que las razones de la reclamación se esgriman para su consideración en la reclamación contra la calificación provisional y definitiva en la medida en que tal acto no se considerara lo suficientemente cualificado para ser recurrido directamente: «La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento» (art. 112.1.1 Ley 39/2015).

2. Cuando se trata de reclamar las calificaciones obtenidas en la evaluación

El Real Decreto 534/2024, de 11 de junio, por el que se regulan los requisitos de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, establece las características básicas de la prueba de acceso y la normativa básica de los procedimientos de admisión (*BOE* 12 de junio de 2024) recogiendo un sistema de revisión de calificaciones de la actual EVaU (art. 20) que establece un procedimiento singular[8] al que, en relación a los principios

[8] Mientras que no se hace referencia en dicho Real Decreto a la posible impugnación del examen en sí o la orgánica del acto del examen, sí que están previstas unas insuficientes pinceladas del procedimiento administrativo singular de revisión de las calificaciones obtenidas, en el artículo 20, el cual, literalmente indica: «Revisión de las calificaciones. "1. Una vez publicadas las calificaciones, cada alumno o alumna, o sus padres, madres, tutores o tutoras legales en caso de quienes fuesen menores de edad, podrá presentar ante la presidencia del tribunal calificador una solicitud de revisión de los ejercicios en los que se considere que se ha podido producir una aplicación incorrecta de los criterios generales de evaluación y específicos de corrección y calificación. El plazo de presentación de las solicitudes de revisión será de tres días hábiles contados a partir del día siguiente al de la publicación de las calificaciones. 2. Los ejercicios sobre los que se haya presentado la solicitud

de rogación y congruencia que exige la Ley 39/2015, habría que hacerle algunas consideraciones críticas *a priori*:

En el procedimiento administrativo específico de revisión de las calificaciones de acceso a la Universidad, existen dos etapas, una obligatoria y otra, la segunda, condicionada a determinadas exigencias y dentro de la primera de estas etapas, con dos subtrámites diferentes.

En la *primera fase* que podríamos considerar obligatoria del procedimiento de revisión, existen dos momentos específicos: *en un primer trámite* la revisión se realiza sobre la calificación provisional por otro profesor especialista diferente al que calificó inicialmente el examen, pero se concreta a revisar que todas las cuestiones han sido evaluadas y que no existen errores materiales ni aritméticos en el proceso de cálculo de la calificación final. De manera que cualquier otro *petitum* del solicitante no sería objeto de revisión en este primer trámite de esta fase que, eso sí, nunca puede ser una revisión a la baja, aplicándose de forma correcta la prohibición de la *reformatio in peius* como exige el precepto. Pareciera que en este trámite no se considera precisa la especialización —a pesar de que lo ha de realizar otro profesor especialista— pues se trataría de una mera constatación de que no existen errores materiales ni aritméticos en la calificación.

El hecho de que la revisión haya de realizarse sobre una calificación provisional viene a situar la misma en el terreno de las meras alegaciones previas sobre una resolución provisional que concluyen en una resolución de-

---

de revisión serán corregidos por un profesor o profesora especialista diferente al que realizó la primera corrección. Este llevará a cabo una revisión inicial con el objeto de verificar que todas las cuestiones han sido evaluadas y que no existen errores materiales o aritméticos en el proceso del cálculo de la calificación final. Si procede, se rectificará la calificación, que no podrá ser inferior a la otorgada en la primera corrección. A continuación, se procederá a una segunda corrección completa del ejercicio con el objeto de verificar que se han aplicado correctamente los criterios generales de evaluación y específicos de calificación y corrección. La calificación final del ejercicio será la media aritmética entre la calificación otorgada tras la primera corrección o, en su caso, la rectificada, y la calificación otorgada en la segunda corrección. En el supuesto de que existiera una diferencia de dos o más puntos entre estas dos calificaciones, dos personas distintas a las anteriores efectuarán de oficio una tercera corrección. La calificación final será la consensuada por estas dos personas. Este procedimiento deberá efectuarse en el plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la finalización del plazo establecido para la presentación de la solicitud de revisión. 3. Una vez finalizado el proceso de revisión, la comisión organizadora adoptará la resolución que establezca las calificaciones definitivas y la notificará a las personas reclamantes. La resolución pondrá fin a la vía administrativa. 4. La resolución podrá ser recurrida potestativamente en reposición ante el órgano que las dictó, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o ser impugnadas directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9.1 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora del mismo. 5. El alumno o alumna tendrá derecho a ver los ejercicios revisados una vez finalizado en su totalidad el proceso de revisión establecido en este artículo, en el plazo de diez días hábiles desde el día siguiente al de la notificación de la resolución de la revisión"».

ISBN: 978-84-7777-740-3

finitiva que es la calificación final. Sin embargo, la verdadera naturaleza de esta calificación, o es para todos provisional o, es para todos definitiva, estando cogido «con pinzas» que sea provisional para el que recurre y no así para el que no recurre, por el mero paso del tiempo. De ese modo se obvia que, no tratándose de una resolución definitiva, sino provisional, tras dichas alegaciones se haga posible el empeoramiento de la situación del alegante, en la resolución definitiva porque la anterior calificación comunicada al alumno no constituye la voluntad definitiva de la Administración en relación con la calificación salvo que no recurra. El hecho de que esas calificaciones provisionales se conviertan en definitivas automáticamente cuando no son objeto de reclamación, tal y como expresa el RD 534/2024, nos pone de manifiesto que la solicitud de revisión, lejos de ser unas meras alegaciones sobre calificaciones provisionales, son una auténtica revisión, reclamación o recurso de la voluntad administrativa definitiva, pues de no producirse la revisión, aquellas calificaciones se convierten en definitivas.

De otro lado, el carácter limitado del objeto de la revisión en este primer momento o trámite al circunscribirse exclusivamente a analizar si todas las cuestiones han sido analizadas y a identificar posibles errores materiales o aritméticos, no permite entrar en la valoración de una posible arbitrariedad o desviación de apreciación en los criterios de calificación que el solicitante haya podido argüir, teniendo en cuenta que el error material se limita a la comprobación de la mera equivocación en la materialización documental de la voluntad administrativa (errores de transcripción, por ejemplo de la calificación a la aplicación informática) o el error aritmético a errores relacionados con sumas incorrectas en las calificaciones parciales, por ejemplo, de las diversas preguntas del examen.

Cumplido el procedimiento en esta fase y primer trámite, si el solicitante lo que reclama es una valoración distinta, más allá de errores materiales o aritméticos, se procede a un *segundo trámite* en el que se realiza una nueva revisión, ya completa, referida a los criterios generales de evaluación y específicos de calificación y corrección[9].

---

9 El artículo 13.10 del RD 534/2024, establece que: «En todos los ejercicios se incluirá información para el alumnado sobre los criterios de corrección y calificación. Estos criterios incluirán, entre otros, parámetros que permitan valorar los siguientes aspectos: a) la adecuación a lo solicitado en el enunciado, b) la coherencia, la cohesión, la corrección gramatical, léxica y ortográfica de los textos producidos, así como su presentación. En aquellos ejercicios en los que las preguntas o tareas propuestas requieran la producción de textos por parte del alumnado, la valoración correspondiente a los aspectos contemplados en el apartado b) no podrá ser inferior a un 10 por ciento de la calificación de la correspondiente pregunta o tarea. No obstante, la aplicación de estos parámetros podrá flexibilizarse en el caso del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. La razón de esta publicidad es, entre otras cuestiones, evitar la arbitrariedad en las calificaciones, toda vez que, como indica el Preámbulo del citado Real Decreto: «Es preciso definir las características básicas de la prueba que, a tal efecto, deberá superar el alumnado que esté en posesión del título de Bachiller y que, en coherencia con el modelo curricular desarrollado a partir de la Ley Or-

Esta nueva valoración que es una mera subsunción, muy lejos de constituir, como veremos, un juicio técnico propio de especialistas, da lugar a una nueva calificación de naturaleza interna que no trasciende ni es conocida por el interesado, dado que la calificación final que trasciende al alumno es la media aritmética entre la calificación original o, en su caso, corregida en el primer trámite de esta fase (circunscrito al control de los errores materiales o aritméticos) y esta nueva calificación respecto de la cual no se prevé una prohibición de la *reformatio in peius.* De este modo podemos encontrarnos que, a pesar de que el empeoramiento no es posible en base a errores materiales o aritméticos, sí es posible según la norma un empeoramiento de la calificación provisional recurrida porque la calificación media final obtenida tras la revisión de los criterios generales de evaluación y específicos fuera peor que la recurrida. No se entiende el criterio de la media aritmética por arbitrario, pues o es válida la primera calificación o lo es la segunda, pero en ningún caso la media aritmética de ambas. Con ello —y, por debajo de una diferencia de dos puntos entre la calificación provisional obtenida y recurrida y la calificación final— no se garantiza la prohibición de la *reformatio in peius* y, por tanto, se admite el empeoramiento en base a una distinta valoración de los criterios generales y específicos de corrección muy lejos de las garantías de tutela efectiva y seguridad jurídica que asisten al alumno. Todo ello, sin perjuicio, como veremos, de las omisiones procedimentales que le impedirán conocer esa valoración interna que queda desdibujada en la media aritmética que es la calificación final que se le notifica sin exigencia de motivación.

No obstante, el procedimiento se hace aún más complejo en aras, probablemente, de obviar la prohibición de empeoramiento de la calificación recurrida. De tal modo que, si entre la primera calificación recurrida y esta segunda calificación obtenida mediante media aritmética, hubiera más de dos puntos de diferencia, se inicia una *segunda fase* de la revisión, que, por

gánica 3/2020, de 29 de diciembre, deberá necesariamente tener como referente los criterios de evaluación previstos en los currículos establecidos conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato. Dichos criterios permiten la evaluación de las competencias específicas de cada materia, que, a su vez, se han diseñado y concretado teniendo como marco referencial los descriptores operativos de cada una de las competencias clave. *La vinculación entre los descriptores operativos y las competencias específicas garantiza que la evaluación de estas últimas, a través de los criterios de evaluación, implique la valoración del grado de adquisición de las competencias clave esperado al término de la etapa. La regulación de este aspecto tiene la finalidad de establecer las previsiones necesarias para garantizar la homogeneidad de la prueba* y, con ella, la igualdad de oportunidades de quienes participen en ella, pero debe, al mismo tiempo llevarse a cabo respetando escrupulosamente el sistema constitucional de reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. De acuerdo con la jurisprudencia esto implica que, si bien corresponde al Estado el diseño de una prueba con una estructura y unos parámetros comunes, ello no conlleva la identidad absoluta de las características y los contenidos de la prueba, cuya concreción corresponde a las comunidades autónomas».

ISBN: 978-84-7777-740-3

tanto, no es obligatoria en todos los casos sino solo si se da la condición de esa diferencia de dos puntos o más entre la calificación inicial y la que se obtiene de la primera fase que es una media aritmética.

En esta segunda fase, dos personas distintas —se supone que se trata de profesores, asimismo especialistas, que actúan separadamente y no colegiadamente— realizan de oficio una tercera corrección cada uno de ellos, en la que también debemos suponer —pero no se explicita— que lo que constituye objeto de revisión es todo lo que ha sido objeto de las dos revisiones anteriores: posibles errores materiales y aritméticos —primer trámite de la primera fase— y valoración de la aplicación de los criterios generales y específicos de corrección —segundo trámite de la primera fase—. Fruto de ese más que criticable consenso utilizado como criterio de evaluación, que aún es más arbitrario que la media aritmética del trámite anterior, se obtiene una nueva calificación. No se prevé criterio alguno para alcanzar dicho consenso: «La calificación final será la consensuada por estas dos personas». Nada indica el precepto respecto a que ese consenso tenga la limitación de la prohibición de la *reformatio in peius,* pero tampoco ningún otro tipo de limitación. De manera que el consenso puede ser a la baja o al alza sin criterio alguno. Así pues, la calificación consensuada por este procedimiento, por omisión, podría implicar una reforma a peor de la situación del interesado contra el principio de prohibición de empeoramiento, pudiendo llegar a ser asimismo incongruente con el *petitum* del solicitante.

En esta fase, como en la primera, no solo se omite dar transparencia al interesado de las valoraciones parciales y total que puedan realizar cada uno de estos profesores a efectos de garantizar la tutela administrativa y judicial del alumno sobre su calificación, sino que también se omite la obligación de que cada valoración se motive, así como que se motive la calificación final obtenida por consenso, hasta llegar a la calificación definitiva.

El hecho de que este procedimiento deba efectuarse en el plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la finalización del plazo establecido para la presentación de la solicitud de revisión, permite anticipar en todo caso una apresurada y difícil labor de valoración mínimamente objetiva de las calificaciones si estas son numerosas, dado que obligatoriamente han de realizarse dos nuevas valoraciones (la relativa a los errores materiales o aritméticos y la revisión ajustada a los criterios) o incluso una tercera revisión si existen la diferencia de dos o más puntos.

Las calificaciones definitivas lo son, tras este proceso de revisión —o si no hubo solicitud de revisión, pasados los cinco días desde la notificación de las mismas— constituyendo las resoluciones administrativas de la comisión organizadora —que no de los profesores que califican— que se notifican a las personas reclamantes, poniendo fin a la vía administrativa (art. 20.3): «Una vez finalizado el proceso de revisión, la comisión organiza-

dora adoptará la resolución que establezca las calificaciones definitivas y la notificará a las personas reclamantes». De manera que la comisión organizadora asume la valoración de los profesores implicados en las revisiones, aunque no se explicita que estos profesores actúen como parte de dichas comisiones o colegiadamente. Solo entonces puede recurrirse potestativamente en reposición de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o ser impugnadas directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9.1 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora del mismo.

Los plazos, tanto para la resolución de la reposición, como ni que decir tiene, para la posible resolución del proceso contencioso-administrativo que pudiera iniciarse, constituyen un obstáculo claro para el alumno, teniendo en cuenta que las admisiones de las universidades, con las calificaciones pertinentes obtenidas por todos ellos, son las que permiten el acceso y estas admisiones comienzan a realizarse en los días posteriores a la entrega de calificaciones, por lo que difícilmente una revisión en contrario —más allá de garantizar el derecho a solicitar una nueva revisión— tiene un efecto positivo para lograr un acceso o mejora de calificación del alumno. El paso del tiempo supone en sí mismo un empeoramiento de la situación del estudiante por el mero hecho de recurrir y tener que esperar a la resolución. Esto en sí mismo, y por jurisprudencia análoga, ya constituye un incumplimiento del principio de prohibición de la *reformatio in peius* que no solo se refiere al empeoramiento de la calificación en sí sino también a empeoramientos o desventajas por el mero transcurso del tiempo.

Al alumno, según el mencionado precepto, se le reconoce el insuficiente derecho a ver los ejercicios revisados una vez finalizado en su totalidad el proceso de revisión establecido en este artículo, en el plazo de diez días hábiles desde el día siguiente al de la notificación de la resolución de la revisión. Se omite, como hemos señalado que la resolución debe ser en todo caso motivada y, asimismo, una verdadera tutela judicial exigiría que se notificaran al alumno las diferentes calificaciones parciales y totales obtenidas en las tres posibles valoraciones a realizar dentro del procedimiento hasta llegar a la calificación final y su motivación: la original; la corregida por errores materiales o aritméticos; la calificación conforme a los criterios de corrección y, finalmente la calificación consensuada, en el caso de una diferencia de más de dos puntos entre aquellas. Todas estas calificaciones internas constituyen datos esenciales para la tutela o defensa de los intereses de los alumnos si interponen recurso administrativo de reposición o contencioso-administrativo.

De manera que en la vía procedimental interna de revisión de estas calificaciones —que es el que regula el RD 534/2024— no se justifica el *iter* ni

ISBN: 978-84-7777-740-3

las garantías propias del procedimiento administrativo iniciado a propósito de la revisión de un acto administrativo cualquiera. La actuación material interna llevada a cabo por estos profesores revisando la calificación provisional obtenida y comunicada al alumno inicialmente, no responde al principio de jerarquía entre profesores, ya que en todas estas fases han de ser todos y por igual profesores especialistas —el que corrige inicialmente y los que, en sus diferentes fases, vienen a realizar una nueva revisión y a decidir mantener o cambiar la calificación—. El criterio de la media aritmética, así como el del consenso están lejos de ser criterios acordes al objetivo y objeto de la evaluación, siendo por contra, criterios arbitrarios. La falta de motivación y transparencia concluyen con un procedimiento que adolece de un déficit de garantía y seguridad jurídica.

V. LAS EXIGENCIAS PROCEDIMENTALES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE EVALUACIÓN EN EL ACCESO A LA UNIVERSIDAD: LA MOTIVACIÓN DE LAS CALIFICACIONES

La jurisprudencia y la doctrina interpretan en profundidad las normas que regulan los diferentes procedimientos administrativos que concluyen con resoluciones y necesariamente han de motivarse[10]. La motivación de los actos administrativos «ha de ser mayor (más intensa) cuanto mayor es el margen de apreciación (discrecionalidad) del órgano administrativo». En el supuesto de ejercicio de potestades discrecionales, solo a través de una motivación congruente puede la jurisdicción ejercitar con garantía su función fiscalizadora (STS de 19 de julio de 1996) y es «indispensable que la Administración exprese clara y suficientemente el proceso lógico que le lleve a su decisión» (STS de 15 de diciembre de 1998). Es destacable, además, si entramos en la consideración de la discrecionalidad más o menos técnica, lo que apunta la STS de 13 septiembre 2021[11]:

> «(…) 4. Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico. Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación» (Fundamento noveno). «Debe reiterarse que cual-

10 *Vid. op. cit.* Salamero Teixidó, L. «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5680/2007)». *Revista de Administración Pública,* núm. 189, septiembre-diciembre de 2012, págs. 203-243.

11 Rec. 344/2019. Y esta hace referencia a otra anterior: la STS de 16 de marzo de 2015 (rec. 735/2014).

> quier aspirante tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y puntuaciones que le hayan sido aplicadas por el Tribunal Calificador. Esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra esas calificaciones y puntuaciones (…).»

De manera que, siguiendo la citada jurisprudencia, no basta para considerar motivada la controvertida calificación con comunicar al alumno la cifra o puntuación en la que esta haya sido exteriorizada. Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y las concretas razones por los que la aplicación de esos criterios valorativos conduce a la concreta puntuación y calificación aplicada. Si faltan estos elementos en la motivación no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio fue o no igualitario. «Y, por ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses».

Esta jurisprudencia, a más abundamiento, nos pone de manifiesto que es ciertamente dudoso que los profesores encargados de evaluar la prueba de acceso a la Universidad, al subsumir los criterios generales y específicos de calificación consignados en la norma, en el examen en sí, operen discrecionalidad técnica alguna, teniendo en cuenta el limitado grado de dificultad técnica que ha de implicar la subsunción de lo evaluado en base a tales criterios.

En todo caso, como expresa la STS de 10 de mayo de 2007 (recurso 545/2002):

> «(…) dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate. Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

> bición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate.»

De esta forma, la STS de 25 de abril de 2024 (rec. 4854/2022) nos aclara que la discrecionalidad técnica que da lugar a la adopción de un determinado criterio, en nuestro caso, de corrección, no deja de ser una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada en el proceso mediante prueba practicada con todas las garantías:

> «A los órganos jurisdiccionales les está vedado sustituir el juicio técnico emitido por esos órganos de selección por el suyo propio (salvo, claro está, en cuestiones estrictamente jurídicas en que tienen la obligación de conocer el ordenamiento jurídico) o por opiniones técnicas de peritos que, dentro del margen de apreciación que existe en todas las ramas del saber especializado, simplemente expresan un criterio técnico diferente del que razonadamente ha establecido el tribunal calificador. Pero nada les impide que, tras la valoración del expediente y del resto del material probatorio existente en las actuaciones, muy en particular, de la prueba pericial practicada en el proceso, lleguen a alcanzar una convicción sobre la aptitud del recurrente que desvirtúe inequívocamente el acierto de la decisión técnica adoptada por el tribunal calificador[12].»

Muy diferente a la naturaleza y margen de discrecionalidad al evaluar las pruebas de acceso a la Universidad, es la actividad evaluadora en el acceso a la función pública, pero incluso esta evaluación está sometida a las garantías procedimentales correspondientes como son la motivación o la prueba pericial en contrario[13]. La STS 897/2024, de 23 de mayo, referida a la evaluación del profesorado universitario califica de discrecionalidad técnica dicha actividad sin género de duda, aunque «ello no les priva de aptitud para

---

12 Inclusive la más reciente STS de 23 de mayo de 2024 (rec. 2999/2022), se plantea si cabe estimar una pretensión de plena jurisdicción encaminada al reconocimiento del derecho del recurrente cuando, a la vista de las pruebas practicadas, el órgano judicial llega al convencimiento de que se ha de revisar el juicio de valoración emitido, o si, por el contrario, se han de retrotraer las actuaciones con la finalidad de que, al amparo de la discrecionalidad técnica del órgano evaluador, se emita nuevo informe. Y a la que el Tribunal Supremo da respuesta concluyendo que: «si la decisión de discrecionalidad técnica está insuficientemente motivada y además el representante de la Administración no combate la prueba pericial practicada, el órgano judicial no está necesariamente obligado a retrotraer las actuaciones a la vía administrativa». Otras sentencias como la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 976/2024, de 04 de junio (rec. 1003/2022) parte de que se invocó la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores y, por tanto, de la presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa reforzado por el hecho de que se conocieran y consintieran las bases de la convocatoria, decidiéndose someterse libremente a las mismas, que también vinculaban al tribunal calificador.

13 *Vid.* Casas Robredo, M. G. «Sobre la discrecionalidad técnica en los procesos selectivos. Especial referencia a los cuerpos policiales y a las pruebas de personalidad. Saliendo de la zona de confort». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* núm. 23, 2022, págs. 8-35.

juzgar con arreglo a criterios objetivos si el ejercicio de la discrecionalidad técnica, en el caso concreto, se ha motivado suficientemente. Y tampoco les priva de la facultad de valorar la prueba pericial practicada de conformidad con las reglas de la sana crítica».

De manera que la exigencia de motivación de la evaluación y reevaluación, en estos términos, incluso en el reducido margen de la discrecionalidad técnica que pudiera existir, se convierte en este procedimiento de reclamación de las calificaciones de acceso a la Universidad por el hecho de su déficit, en un claro obstáculo para el control y tutela jurisdiccional de la resolución definitiva en vía administrativa.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Por seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y responsabilidad por los actos propios[14], la Administración debe asumir que la evaluación provisional que ofrece a los alumnos no puede ser empeorada tras la reclamación del alumno, pues esta prohibición de empeoramiento ha de regir tanto para el posible error aritmético o material —como en la actualidad aparece previsto— como para la posible y nueva valoración por distintos profesores especialistas en sucesivas etapas del procedimiento interno, como hemos visto.

---

14 La jurisprudencia, partiendo de las graves consecuencias que supone que la Administración se desdiga de pronunciamientos anteriores como es el caso de dar una calificación, por provisional que sea, y luego empeorarla, impone unos requisitos precisos para apreciar la doctrina de los actos propios que vincula a la Administración a su anterior pronunciamiento impidiendo el empeoramiento. La STS de 3 de diciembre de 2013, rec. 406/2011) y acogidos por la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo: STS de 21 de septiembre de 2015 (rec. 721/2013) o STS de 22 de junio de 2016 (rec. 2218/2015). Son los siguientes:

a) La existencia de una conducta, actuación, hecho o manifestación. No cabe extraer una voluntad del puro razonamiento lógico o intuitivo del observador para adentrarse en la mente de otro y presumir voluntades. Tal conducta ha de ser imputable al particular o a la administración; en este caso, la conducta administrativa puede expresarse, pese a su personalidad jurídica única, por cualquiera de sus cargos, órganos y unidades.
b) La conciencia del responsable de que está creando, ratificando o modificando una situación jurídica. Excluye la actitud ambigua, desiderativa, especulativa, lúdica o indefinida.
c) La exteriorización. Eso sí, cabe la conducta reveladora de acto propio por omisión, esto es, si manifiesta una voluntad cuando es requerido para ello y conoce las consecuencias de callarse.
d) La concurrencia de una nueva conducta contradictoria con la precedente. Transcurrido el tiempo sobreviene otra conducta que tiene significado distinto con la precedente. Es entonces cuando el conflicto se resuelve hacia la primera voluntad para no hacer peligrar la buena fe de terceros confiados en la misma.

En definitiva, la Administración está sometida al principio de legalidad (art. 9.1, 103 y 106 CE), bloque que tutela intereses generales que le vinculan y que no pueden ser contrariados ni por hechos consumados ni por otra voluntad que empeore la situación del administrado.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El actual sistema según el cual solo se constata la prohibición de la *reformatio in peius* para el caso del error aritmético o material, reduce las necesarias garantías para los alumnos evaluados, toda vez que fuera de esos errores pueden producirse obviamente interpretaciones o valoraciones arbitrarias sobre el contenido de las respuestas que poco o nada tienen que ver con la discrecionalidad técnica de un saber especializado pues, en todo caso, los conocimientos que se evalúan han de estar bien delimitados y aquilatados en los temarios objeto de evaluación en base a los criterios generales y específicos de corrección.

Si bien puede afirmarse que la tarea de calificar estas pruebas de acceso a la Universidad tiene un margen de discrecionalidad —como asimismo lo tiene la calificación de los exámenes intra universitarios una vez que el alumno ya ha accedido a los estudios universitarios en los que se matricula y en los que no se permite la *reformatio in peius*— en modo alguno puede entenderse que estemos ante una discrecionalidad técnica que permita el empeoramiento de la calificación considerada provisional, pues, en realidad y aún con más intensidad, estamos ante la mera subsunción de la prueba(s) realizada(s) por el alumno bajo los criterios generales y específicos tasados en cada convocatoria de pruebas de evaluación.

La probable justificación disuasoria de un procedimiento de tal naturaleza en el que es posible el empeoramiento de la calificación provisional, en evitación de reclamaciones masivas y poco o nada motivadas, no enerva el derecho del alumno a que se le garantice que, tras su reclamación frente a la calificación provisional, su calificación definitiva no se convierta en una evaluación peor. En este sentido se constata que cuando el alumno reclama la calificación provisional, se pone en juego su acceso a la Universidad como asimismo sucede si decide recurrir posteriormente en reposición. En ambos casos un empeoramiento de su calificación provisional de forma incongruente con lo reclamado constituye una lesión del principio de congruencia que ha de presidir todo procedimiento administrativo en consonancia con lo previsto en el 119.3 de la Ley 39/2015, que vincula el principio general de prohibición de la *reformatio in peius* al mismo, citándolo expresamente:

> «(…) 3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.»

Los plazos cortos y razonables previstos en el RD 534/2024 para instar la reclamación frente a la calificación provisional, así como para la resolución administrativa de la misma, no deberían suponer disuasión al alumno para

proceder a la reclamación, teniendo en cuenta que el acceso a la Universidad permite en las mismas fechas y convocatoria de matriculación, un margen temporal. No así si de lo que se trata es de recurrir potestativamente en reposición o aún más, en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa en la que los plazos son incontrolables, siendo casi más efectivo para el alumno presentarse a una nueva convocatoria de evaluación que seguir reclamando. La disuasión en este caso es clara, no ya solo por no seguirse el principio de prohibición de la *reformatio in peius* sino, también, porque en plazos superiores el alumno tiene desventaja calificatoria respecto de los conformes con su calificación y ya matriculados.

El agotamiento de la vía administrativa con la resolución administrativa de la reclamación del alumno frente a la calificación provisional exige que las garantías procedimentales cumplan no solo con los principios de rogación y congruencia, sino también con la motivación de los actos administrativos; motivación que no es suficiente por el mero hecho de poner de manifiesto el examen al alumno en las condiciones previstas en el RD 534/2024, como hemos visto. Asimismo, la garantía de audiencia del interesado y la transparencia de sus calificaciones parciales y final no queda resuelta en la actual regulación de las reclamaciones frente a las calificaciones obtenidas en la evaluación de los exámenes para acceder a la Universidad.

Todos estos motivos que se han tratado de describir como patologías de este procedimiento de revisión permiten concluir que se trata de un procedimiento cuya nueva regulación se hace precisa y urgente con el fin de responder adecuadamente, tanto al principio de congruencia y rogación del que deriva la prohibición de la *reformatio in peius*, como a la motivación y transparencia de las evaluaciones, eliminando criterios ciertamente arbitrarios y poco objetivos para la acreditación del objeto de la evaluación tales como son la media aritmética o el consenso en la determinación de la calificación final del reclamante.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Los ángulos muertos de la Justicia administrativa

Tomás-Ramón Fernández Rodríguez

Catedrático emérito de la Universidad Complutense
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Sumario. I. Introducción.—II. El escandaloso caso del coronel Pérez de los Cobos.—III. El caso de la magistrada Pilar Alonso Saura.—IV. El caso del afortunado fiscal Eduardo Esteban Rincón.—V. Los ángulos muertos a los que la Justicia no consigue llegar y su necesaria y urgente eliminación: 1. La retroacción de las actuaciones, un pronunciamiento que la ley no autoriza y que carece de toda justificación. 2. La repetición del acto anulado por sentencia firme: ¿incidente de ejecución o interposición de un nuevo recurso? 3. El argumento tópico de la imposibilidad de que los jueces sustituyan a la Administración.

I. INTRODUCCIÓN

El año pasado, concretamente el 6 de mayo de 2025, la editorial Lefebre publicó un volumen colectivo, coordinado por Manuel Aragón, con el título *Los ángulos muertos del Estado de Derecho*, cuyo objetivo declarado era señalar «las posibles deficiencias o ángulos muertos de su funcionamiento con el fin de intentar subsanarlos», según se indicaba en las palabras de presentación del citado profesor[1].

Me he tomado la libertad de utilizar ese mismo título, pero en una acepción más restringida, más ajustada, sin embargo, en mi opinión, al sentido militar originario de la expresión, para poner el foco en aquellos espacios, en aquellos ámbitos, a los que, por una razón u otra, la jurisdicción contencioso-administrativa no llega, es decir, no consigue su misión de hacer justicia, en ese, ciertamente difícil, ámbito de las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Ese era el terreno propio de los actos políticos, que la benemérita Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 redujo de forma notable y que la Ley vigente de 13 de julio de 1998 ha concluido por elimi-

[1] *Vid.* M. Aragón (coord.), *Los ángulos muertos del Estado de Derecho,* Ed. Lefebvre, Madrid, 2005, página 9.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nar prácticamente[2]. La casi total eliminación de esta vieja figura no ha terminado, ni mucho menos, con las inmunidades del poder, que se resiste a ceder, siguiendo su naturaleza, ante el Derecho, a pesar de la categórica prohibición de arbitrariedad que formula enérgicamente el artículo 9.3 de la Constitución.

Cuando el Poder se muestra en toda su crudeza los ángulos muertos del sistema, esto es, aquellos espacios a los que la Justicia no llega y en los que el Poder, en consecuencia, reina, se hacen más visibles y terminan con la ingenua ilusión de que eso era cosa del pasado. Cuando eso ocurre los viejos mitos, que creíamos haber arrinconado en el desván de los recuerdos, se agigantan y vuelven a alzarse ante nosotros para cerrarnos el paso de nuevo, para impedirnos el acceso a esa justicia efectiva y plena a la que, según proclama el artículo 24 de la Constitución, todos tenemos derecho. El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa reaparece así y con él toda la carga tópica que arrastra, incluida, muy en primer término, la abusiva comprensión de la prohibición dirigida a los Tribunales de sustituir a la Administración y las dificultades tradicionales de ejecutar las sentencias que van más allá de la mera anulación de los actos administrativos e, incluso, de las meramente anulatorias, que se quedan sencillamente en nada cuando el acto anulado se reproduce dejando inerme al litigante vencedor.

La ominosa advertencia de Hauriou vuelve así a primer plano y un siglo después de pronunciada nos encontramos otra vez cuando menos lo esperábamos con que se hace un proceso a un cadáver, que, además, en muchos casos resucita.

¿Exagero? En absoluto, como pondrán de manifiesto los casos que voy a recordar, todos ellos bien recientes, lo que sin duda facilitará la comprensión del problema de fondo que plantean.

II. EL ESCANDALOSO CASO DEL CORONEL PÉREZ DE LOS COBOS

El primero de ellos y el más escandaloso sin duda es el del coronel Pérez de los Cobos, al que por el grave pecado de cumplir rigurosamente la ley el ministro del Interior, que fue un día Juez aunque, al parecer, se ha olvidado de ello totalmente, cesó primero en su cargo de Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid y, con la colaboración de la ministra de Defensa, dada la doble dependencia del Instituto armado, le negó repetidamente después el ascenso a general con inusual saña porque, a pesar de las seis sentencias del Tribunal Supremo que le han dado la razón, ha se-

[2] *Vid.* E. García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* vol. I, 21.ª ed. 2024, págs. 646 y sigs.

guido negándole el ascenso hasta su pase a la reserva, situación en la que su merecido ascenso será ya imposible.

El *viacrucis* del coronel Pérez de los Cobos comenzó, como he dicho, con su cese en el cargo de jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid acordado por el secretario de Seguridad del Estado el 24 de mayo de 2020 y ratificado en alzada por el ministro de Interior «por pérdida de confianza por no informar del desarrollo de las investigaciones y actuaciones de la Guardia Civil en el marco operativo y de Policía Judicial con fines de conocimiento». El coronel cesado recurrió su cese y obtuvo una sentencia favorable del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 8, que fue, sin embargo, revocada en apelación por la Audiencia Nacional, lo que le obligó a recurrir en casación al Tribunal Supremo, cuya Sala 3.ª dictó sentencia el 29 de marzo de 2023 (ponente: J. L. Requero) estimando finalmente su recurso y anulando en consecuencia su cese en la Jefatura de la Comandancia.

Es obvio que el coronel recurrente no podía dar la información que las autoridades del Ministerio del Interior le requirieron porque actuaba en calidad de policía judicial y la Magistrada que dirigía la instrucción le había ordenado absoluta reserva sobre esas investigaciones, que importaban mucho, sin duda, al ministro del Interior y a su equipo porque implicaban, entre otros, al delegado del Gobierno de Madrid. Como no les informó en estricto cumplimiento de la Ley, acordaron su cese inmediato sin más explicaciones, so pretexto de que el cargo que ostentaba era de libre designación.

Pues bien, la sentencia rechaza este planteamiento, expresión típica y tópica del «porque sí» o «porque yo lo digo» característico de la arbitrariedad que la Constitución prohíbe y con un razonamiento extraordinariamente riguroso distingue, primero, entre la libre designación para cargos eventuales y la cobertura de puestos de libre designación entre funcionarios de carrera. En el primer caso basta —dice— la mera confianza personal; en el segundo, la confianza que se requiere es la que resulta de un juicio de idoneidad del candidato, esto es, de su capacidad para hacer frente a las responsabilidades propias del cargo, una confianza profesional, por lo tanto.

De ahí deduce con acierto el juzgador que en un caso como este no basta con una motivación meramente formal del cese, sino que es exigible que «esa motivación no sea vaga, imprecisa o rituaria, a base de expresiones opacas, estandarizadas, sino que dé razón de por qué la confianza profesional que motivó el nombramiento ha decaído y por qué ya no se reúnen las condiciones para desempeñar un destino atendiendo a sus requerimientos».

> «En ese juicio de idoneidad sobrevenida para el desempeño del puesto por pérdida de confianza habrá —dice la Sentencia— un núcleo de libre apreciación que no corresponde al juez sustituir (…) pero esto no quita para plantearse si son ciertos los hechos en que se fundamenta la pérdida

ISBN: 978-84-7777-740-3

> sobrevenida de la idoneidad», lo que la lleva a concluir que «la causa invocada es ajena a una inidoneidad sobrevenida para el cargo, como lo prueba que la iniciativa de cese no procediera de los mandos y no responda a una valoración negativa de la profesionalidad e idoneidad del recurrente.»

El coronel Pérez de los Cobos recuperó la Jefatura de la Comandancia de Madrid, pero la suya fue lamentablemente una victoria pírrica porque su atrevimiento terminó costándole, ni más ni menos, que el acceso al generalato, que se le ha negado desde entonces reiteradamente contra toda razón. Así lo reconocieron tres sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2023 (ponentes: L. M. Díez Picazo, A. J. Fonseca Herrero y J. L. Requero), que estimaron los recursos por él interpuestos contra tres reales decretos que nombraron generales a otros tantos coroneles que habían sido calificados por detrás de él, gracias a un cambio introducido *ad hoc* en el procedimiento y a la omisión en este del informe de la directora general de la Guardia Civil previo a la elevación de la propuesta a la ministra de Defensa.

Las tres sentencias citadas, todas ellas deliberadas en la misma sesión y por ello idénticas, anularon los reales decretos impugnados y ordenaron retrotraer las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe omitido «para que se actúe conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto, 4 de esta sentencia», esto es, para que «el director general de la Guardia Civil, conforme al artículo 67.2 de la LRPGC (Ley 29/2014, de 29 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil), emita su «propio informe» en el que valore la evaluación realizada por el Consejo Superior de la Guardia Civil sobre la idoneidad de quienes vayan a ascender, el orden de prelación y el procedimiento seguido, Y a su vez para que el Ministerio de Defensa, oído el Ministerio de Interior, sea quien haga una propuesta de ascenso al Consejo de Ministros en la que valore la prelación e idoneidad para el desempeño del destino vacante de general de brigada en las que se concretó el ascenso impugnado en cuanto a los evaluados y, en especial, respecto del demandante».

Las sentencias citadas dejaron, pues, absolutamente claro qué era lo que el Ministerio del Interior tenía que hacer para reconstruir con arreglo a Derecho los expedientes anulados, pero este no lo hizo y como, según parece, las autoridades del mismo piensan que el Poder es, justamente, para eso, es decir, para imponer por encima de toda su propia voluntad, otros tres reales decretos, dictados —dice— en cumplimiento de las referidas sentencias, volvieron a reproducir los nombramientos anulados.

Los tres fueron impugnados por el coronel Pérez de los Cobos, que en los correspondientes recursos solicitó no solo la anulación de los nombramientos acordados por los reales decretos del Gobierno, sino también que se le promoviera a él al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil «por existir vacante» en el mismo.

La primera de dichas pretensiones fue acogida por tres Sentencias de 2 y 8 de julio de 2024 (las tres iguales, ya que los recursos fueron deliberados conjuntamente, según indican), tras constatar que «la Administración ha vuelto a incurrir en los mismos defectos que apreciaron en su actuación nuestras sentencias (…) de 25 de septiembre. Es decir, no ha explicado debidamente por qué se modificó el procedimiento seguido por el Consejo Superior de la Guardia Civil y no ha justificado de manera coherente la preferencia que manifiesta por el coronel ascendido sobre el recurrente» (fundamento de derecho cuarto).

Hubo, en efecto, tanto en la primera tanda de nombramientos, como en esta segunda, un cambio en el procedimiento, cuya razón nunca fue explicada, a pesar de que, a resultas del mismo, el coronel Pérez de los Cobos, que había sido clasificado en primer lugar con anterioridad a ese cambio, pasó a ocupar el tercer lugar. «Hemos de entender no justificada —dice la Sentencia— la clasificación operada» porque:

> «no es irrelevante ser el primero en la clasificación o no serlo. Es cierto, insiste en ello el abogado del Estado y no lo niega el recurrente, que el orden de los evaluados establecido por el Consejo Superior de la Guardia Civil no vincula al director general de la Guardia Civil, que puede separarse de él, como también podría hacerlo la ministra de Defensa. No obstante, es igualmente cierto que, de aceptar el orden salido del Consejo Superior, podría ser suficiente motivación esa simple circunstancia. En cambio, si en vez de proponer al coronel que la encabeza decide separarse de ese orden y optar por un Coronel que no sea el primero, deberá ofrecer una motivación específica que justifique ese apartamiento
>
> (…)
>
> En definitiva, el informe del director general ni satisface en estos extremos las exigencias de la Sentencia 1179/2023, ni aporta una justificación válida de la actuación conducente a la postergación en la clasificación del coronel recurrente. No es una mera irregularidad de carácter no invalidante, como dice en sus conclusiones el abogado del Estado, sino un defecto esencial en cuanto priva al recurrente de la posición preferente que sin la motivación habría conservado.»

El razonamiento, irreprochable, conduce a la invalidación de todo lo actuado, por lo que la Sala entiende que «no procede entrar en el debate» sobre los méritos de uno y otro. Rechaza, por lo demás, la Sala el alegato de desviación de poder también esgrimido por el recurrente, que relaciona su desplazamiento «con su cese como jefe de la Comandancia de Madrid» y «se considera víctima de un castigo», porque estima, sin entrar realmente a examinarlo, que «no se han ejercido potestades para fines distintos de aquellos para los que fueron concedidas a la Administración. Simplemente se han ejercitado de manera ilegal por las razones antes expuestas».

ISBN: 978-84-7777-740-3

La Sentencia estima el recurso en lo que respecta a la anulación del Real Decreto impugnado, pero, dice, que la estimación:

> «ha de ser parcial y no plena porque no podemos reconocer al recurrente el derecho a ser nombrado General de Brigada del Cuerpo de la Guardia Civil (…) porque efectivamente no está a nuestro alcance determinar el contenido de los actos discrecionales que ha de dictar la Administración, ya que el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción nos lo impide.»

Después de tan largo *viacrucis* y de obtener siete Sentencias favorables del más Alto Tribunal del país el coronel Pérez de los Cobos acabó su brillante carrera sin ascender a general, ya que, como él mismo advirtió en el recurso resuelto por la Sentencia que acabamos de examinar, el 13 de diciembre de 2024 pasaría a la reserva al cumplir la edad de sesenta y un años, situación en la que ya no es posible el ascenso.

Pagó, pues, muy caro el coronel Pérez de los Cobos cumplir con su deber, porque quien tiene el Poder no lo tolera cuando ese cumplimiento va contra sus intereses. La jurisdicción contencioso-administrativa no parece tener remedio, en estos casos, según el propio Tribunal Supremo, para impedir la injusticia, ni para corregirla.

¿No lo tiene realmente? ¿Tenemos que aceptar con resignación la consumación de una injusticia tan flagrante? ¿Hace imposible el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción otorgar en casos como este una tutela judicial efectiva y plena, como exige el artículo 24 de la Constitución? O, por el contrario, ¿cabe encontrar a ese precepto legal, fruto de un dogmatismo antiguo, una interpretación conforme con el derecho fundamental que el artículo 24 de la Norma Fundamental nos reconoce a todos *sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión,* es decir, incondicionalmente?

Yo me resisto a aceptar una respuesta negativa.

III. EL CASO DE LA MAGISTRADA PILAR ALONSO SAURA

El caso de la magistrada Pilar Alonso Saura es muy similar al anterior. En efecto, la sra. Alonso Saura, magistrada de la Audiencia Provincial de Murcia, optó a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, cuya provisión había sido convocada por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 2014. A esa plaza presentó también su candidatura don Miguel A. Pascual del Riquelme, titular del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Murcia, y un tercero, que se retiró posteriormente.

La plaza fue otorgada finalmente al sr. Pascual del Riquelme por Acuerdo de 29 de enero de 2015, que fue adoptado por 12 votos frente a 7, formulándose un voto particular por seis vocales de la minoría a favor de la

sra. Alonso Saura por entender que la decisión adoptada constituía un supuesto claro de desviación de poder y un caso manifiesto de discriminación por razón de sexo.

Interpuesto recurso contra dicho acuerdo por la sra. Alonso Saura ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, dicha Sala dictó sentencia el 10 de mayo de 2016, siendo ponente don Mariano de Oro-Pulido, estimando parcialmente el recurso y anulando el nombramiento impugnado, acordando además «la retroacción de las actuaciones administrativas en el expediente de su razón a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza *en los términos indicados en la fundamentación jurídica* de esta sentencia».

La Sentencia fue adoptada por 23 votos a favor y 10 en contra. De esos 23 votos a favor dos postularon la estimación total del recurso, como más adelante se precisará.

Dados los términos del fallo, es imprescindible precisar aquí la fundamentación jurídica de la sentencia, a la que el Consejo General del Poder Judicial quedó formalmente obligado a atenerse.

En el fundamento de derecho quinto la Sala hace un análisis minucioso de los méritos alegados por cada uno de los candidatos, que concluye así:

> «A tenor de este repaso, resulta fácil colegir que *en los parámetros de valoración objetivos* que la propia convocatoria contempla (coherentes, insistimos con el Reglamento 1/2010) hay, al menos, una igualdad sustancial de méritos de ambos aspirantes, *que se rompe en varios de ellos a favor de la recurrente de forma incluso notoria*. Así, en cuanto respecta a la antigüedad escalafonal, el tiempo de desempeño profesional en órganos judiciales colegiados y la experiencia judicial en materia civil, *aspectos en los que la diferencia a favor de la recurrente es, como decimos, notoria y evidente*.
>
> (…)
>
> Retengamos, pues, la conclusión inicial de que, *desde el punto de vista de los méritos susceptibles de mayor objetivación, la ahora demandante se sitúa en una posición de ventaja sobre el otro aspirante y ahora codemandado.*»

El fundamento de derecho sexto añade que:

> «desde esta perspectiva que acabamos de anotar, la elogiosa valoración de los méritos del codemandado que contiene el Acuerdo de nombramiento ahora impugnado se presenta visiblemente endeble para sustentar la decisión finalmente adoptada»,

ya que:

> «realmente el único dato verdaderamente relevante (de los que se exponen en la resolución plenaria impugnada) que pudiera resultar predicable

ISBN: 978-84-7777-740-3

> específicamente del designado y no de la actora es el concerniente a la valoración del llamado «proyecto de actuación», que, vista esta, ha merecido a la mayoría del Pleno del CGPJ una valoración máxima favorable.
>
> Sin embargo, *por mucho que se resalte y respete el tan anotado margen de apreciación del órgano de selección en este concreto punto tal dato, por sí solo, no tiene el peso que se le quiere atribuir*»,

porque:

> «si ese dato resultase susceptible de sostener sin más, por sí solo y al margen de los demás, el sentido de la decisión, realmente holgaría analizar los restantes criterios de valoración. Bastaría con requerir a los potenciales aspirantes la aportación de un proyecto de actuación y luego convocarles a una entrevista para su exposición y discusión, sin necesidad de valorar cualesquiera otras cuestiones.»

Dicho esto, concluye afirmando que:

> «cuando, como aquí ha acaecido, el peso de la decisión se hace recaer en las consideraciones y criterios más puramente subjetivos, en detrimento de los parámetros objetivados que la misma convocatoria perfiló, *eso puede y debe ser explicado cumplidamente a fin de despejar cualquier sospecha de posible arbitrariedad o desviación de poder en un ámbito como este en el que incluso las apariencias son importantes cuando lo que está en juego es la confianza ciudadana en la recta adjudicación de los altos cargos judiciales.*»

Como dijo muy bien la sentencia de la Sala 3.ª en Pleno de 7 de febrero de 2011 (rec. 343/2009), que la que aquí se analiza cita, «solo así podrá mantenerse esa confianza social en la Administración de Justicia que es tan trascendente para la eficacia de nuestro sistema constitucional, pues solo un control y justificación rigurosos de la profesionalidad puede evitar el grave riesgo de que la ciudadanía pueda llegar a creer que lo que no ha sido explicado es porque resulta inexplicable».

El fundamento de derecho séptimo se ocupa por último de «un factor que sobreabunda en la necesidad de motivación, sobre el que la resolución impugnada prácticamente pasa de largo, que es el que impone la obligada toma en consideración del principio de preferencia de las mujeres a la hora de adjudicación de las vacantes cuando estas se hallan en un escenario de igualdad sustancial de méritos respecto de los aspirantes varones», afirmando al respecto que, dadas las circunstancia expuestas, la adjudicación de la plaza a favor de candidato varón,

> «exige que se explique cumplidamente, caso por caso, las razones por las que se prescinde de esta regla (…) en detrimento de la aspirante que presenta un perfil profesional parangonable; y eso, una vez más, falta por completo en el caso examinado.»

La sentencia llegó así a la conclusión en su fundamento de derecho octavo de que procede estimar el recurso en el sentido de anular el Acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de actuaciones:

> «a fin de que se dicte nueva resolución debidamente motivada *con observancia y respeto de las pautas que hemos explicado en los fundamentos de derecho 6.º y 7.º anteriores*, en los que, resumidamente, se expresa que en un supuesto como el actual en que *la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente* sobre los del candidato designado, *se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación* en el acuerdo de nombramiento que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos enunciados en el acuerdo de convocatoria.»

Al decidir así el recurso la Sala fue plenamente consciente de que esa justicia a medias podía dar lugar «a la misma decisión, aunque con otro ropaje», que fue lo que impulsó a los magistrados Sieira Míguez y Rodríguez Zapata a formular un voto particular postulando la estimación plena y no meramente parcial del recurso.

Es notable en este sentido la larga cita que la Sala hace en el propio fundamento de derecho octavo de la Sentencia de 4 de febrero de 2011 (rec. 588/2009), que afirma que se debe:

> «procurar dar la máxima respuesta posible para que la controversia quede zanjada sin conformarnos (insistimos, en la medida de lo posible y procedente, en función de las características del litigio y la propia conducta procesal de las partes) con un mero pronunciamiento formal, que revierta en una simple reposición de actuaciones que dé lugar a la misma decisión, aunque con otro ropaje y que al fin y a la postre desemboque en una repetición del mismo litigio entre los mismos contendientes y con arribada a la misma resolución de fondo.»

Y lo es igualmente el recordatorio de que «la jurisprudencia ha hecho uso de la técnica de la denominada reducción a cero de la discrecionalidad en referencia a aquellos casos en que se concluye que no existan en realidad diversas opciones libremente utilizables por el órgano administrativo que decidió, sino que solo había una decisión única», aunque finalmente la sentencia optó por la estimación parcial por entender que el Acuerdo impugnado no había explicado suficientemente las razones determinantes de su decisión, lo que, como era de temer, terminó mal, con un fracaso de la Justicia, como vamos a ver a continuación.

El asunto volvió, pues, a las manos del Consejo General del Poder Judicial, que, sin pérdida de tiempo, dictó, ¡tan solo quince días después!, el 26 de mayo de 2016 un nuevo Acuerdo repitiendo el nombramiento del sr. Pascual del Riquelme y afirmando con indisimulada soberbia que

ISBN: 978-84-7777-740-3

«goza por mandato legal de una amplia discrecionalidad a la hora de priorizar aquellos méritos y capacidades que considere más relevantes y trascendentes para el desempeño de la concreta plaza a cubrir en cada caso y momento» y que lo que entiende que «en ningún caso debe aceptar es que donde el legislador no limite la discrecionalidad o donde no se autolimite el propio Consejo pueda un tercer órgano, el que sea, arrogarse funciones constitucionales que le son ajenas privando de ellas al órgano constitucional que las tiene atribuidas, degradándolo hasta hacer irreconocible su función, que no sería distinguible de la de un simple órgano administrativo».

Con este expresivo introito no hace falta decir que el nuevo Acuerdo del Consejo no se limitó a aportar la motivación que la Sentencia del Tribunal Supremo había echado en falta, ni respetó tampoco la valoración de los méritos de los candidatos realizada por esta, sino que la rectificó sustituyéndola por su propia valoración para volver a nombrar al sr. Pascual del Riquelme.

Recurrido este segundo Acuerdo del Consejo por la sra. Alonso Saura, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo cedió y con fecha 27 de junio de 2017 dictó sentencia desestimando el recurso por 17 votos a favor y 15 en contra[3].

Cuando el Poder se empeña y juega a fondo sus cartas siempre termina ganando, aunque sea por la mínima, como ocurrió en este caso.

IV. EL CASO DEL AFORTUNADO FISCAL EDUARDO ESTEBAN RINCÓN

El tercero de los casos que quiero presentar aquí pasará a la Historia por su desenlace, ciertamente feliz para el fiscal Esteban Rincón, pero demoledor para el Derecho público español, que había discurrido por una senda continuada de progreso desde los años 50 del siglo pasado hasta esta última legislatura.

Por si alguno no entiende qué es lo que quiero decir cuando aludo al progreso y subrayo que este empezó en pleno franquismo, precisaré que el

---

3 La Sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que por Auto de 14 de noviembre de 2018 lo inadmitió a trámite por la *manifiesta* inexistencia de las vulneraciones denunciadas. Subrayo el adjetivo «manifiesta» porque resulta difícil de aceptar que lo fuera cuando al Tribunal le costó ciento siete folios, ni más ni menos, llegar a esa conclusión, de la que discreparon, además, tres Magistrados, que formularon otros tantos votos particulares.

Agotada sin éxito la vía judicial española, la sra. Alonso Saura formuló recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo admitió, aunque terminó desestimándolo por Sentencia de 8 de junio de 2023, de la que discrepó curiosamente el juez *ad hoc* español, que fue en este caso don Luis Jimena Quedasa, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, que firmó un voto particular ejemplarmente fundado en el que sostuvo la procedencia de la estimación del recurso.

progreso al que me refiero es el de las técnicas de racionalización del ejercicio del poder que efectivamente se pusieron en marcha en aquellos años y que contribuyeron a hacer más vivible la dictadura hasta que llegó la hora de la restauración democrática y de la Constitución de 1978, bajo cuyo imperio nunca hubiéramos pensado que pudiera producirse un retroceso y, mucho menos, de la mano del «supremo intérprete» de la Norma Fundamental. Pero, vayamos por partes sin adelantar los acontecimientos.

Durante el periodo de tiempo en el que doña M. Dolores Delgado ocupó el cargo de fiscal general del Estado promovió esta trece nombramientos de la máxima categoría de la Carrera Fiscal, once de los cuales recayeron en miembros de la Unión Progresista de Fiscales, asociación muy minoritaria a la que pertenece la sra. Delgado, que apenas agrupa a un 7% de la Carrera.

El nombramiento número catorce de la serie lo fue para cubrir la plaza de «fiscal de Sala-Primera, Fiscalía de Sala de menores de la Fiscalía General del Estado» que fue convocada por Real Orden de 27 de enero de 2021. A esa convocatoria presentaron su candidatura don José M. de la Rosa Cortina, que ya tenía la categoría de fiscal de Sala, y el sr. Esteban Rincón, que pertenecía entonces a la segunda categoría de la Carrera. Fue este último, sin embargo, el nombrado finalmente para ocupar la plaza convocada por Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo.

Contra este Decreto interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos el sr. De la Rosa Cortina y la Asociación de Fiscales, muy mayoritaria en la Carrera Fiscal, que fueron estimados por las sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 452 y 453/2022, de 19 de abril, por entender que «dada la enorme diferencia entre ambos candidatos en cuanto a méritos en lo específicamente atinente al Derecho de Menores, la preferencia otorgada al sr. Esteban Rincón adolecía de falta de motivación».

Las sentencias en cuestión anularon el nombramiento acordado por el Real Decreto impugnado y, como en los casos anteriores, ordenaron la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta «con la indicación de que esta debía estar adecuadamente motivada con respecto al perfil y las características de la plaza a cubrir».

Como ya hemos visto al examinar los casos del coronel Pérez de los Cobos y de la magistrada Pilar Alonso Saura, las sentencias anulatorias y sus bienintencionadas aunque ingenuas advertencias sobre la necesidad de motivar adecuadamente los nombramientos se convirtieron en papel mojado y sirvieron solo para que la fiscal general del Estado se viniera arriba, como suele decirse, y volviera a proponer a su correligionario el fiscal Esteban Rincón formulando esta vez una propuesta de ¡veintidós folios!, en la que comenzaba desvalorizando la especialización en menores exigida por la propia denominación de la plaza convocada, que, en su opinión, solo sería exigible para ejercer como fiscal ante la jurisdicción de menores y que iría perdiendo

ISBN: 978-84-7777-740-3

relevancia para las plazas que no exigen actuación forense ante órganos jurisdiccionales concretos hasta prácticamente desaparecer en el régimen de nombramiento de fiscal de Sala coordinador de esta materia.

Esta nueva propuesta fue aceptada por el Real Decreto 417/ 2022, de 31 de mayo, que nombró de nuevo al Sr. Esteban Rincón y que fue recurrido también por el sr. De la Rosa Cortina y por la Asociación de Fiscales denunciando la falta de motivación sustancial y la arbitrariedad de este segundo nombramiento, ya que el designado no había demostrado mérito, ni experiencia alguna en Derecho de Menores.

La Sala 3.ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de julio de 2023, de la que fue ponente don Luis M.ª Díez Picazo, volvió a anular este segundo nombramiento con una argumentación absolutamente irreprochable, que es imprescindible reproducir aquí.

Comienza subrayando en su fundamento jurídico séptimo que el objeto de la convocatoria no fue una plaza genérica de fiscal de Sala, sino una plaza «con un perfil determinado, como era la Fiscalía de Sala de Menores» y precisa a continuación:

> «que si se hubiera tratado de decidir solo sobre la promoción a la máxima categoría de la Carrera Fiscal, las razones dadas por la propuesta de la fiscal general del Estado de 5 de mayo de 2022 hubieran constituido una motivación atendible, justificada y suficiente»,

Pero:

> «que la cuestión aquí suscitada no es si la fiscal general del Estado ha motivado adecuadamente que el sr. Esteban Rincón puede ser promovido a la categoría de fiscal de Sala, ni siquiera si lo merecería más que el sr. De la Rosa Cortina si este último no lo fuese ya. *Lo que aquí se debate es otra cosa, a saber: si a la hora de adjudicar una concreta plaza con un perfil determinado, como es la Fiscalía de Sala de Menores, cabe preferir a un candidatos sin ninguna experiencia teórica, ni práctica en la materia sobre otro que ha acreditado ser un verdadero especialista en la misma; y si ello, además puede razonablemente motivarse sobre la base de argumentos que eluden explícitamente dar peso y relevancia a la preparación específica en Derecho de Menores, señalando que lo verdaderamente decisivo son otras consideraciones (experiencia en la jefatura, práctica de Derecho Constitucional, sintonía con la orientación de política criminal de la fiscal general del Estado, etc.).*»

Así planteada la cuestión, la Sentencia no duda en afirmar:

> «La respuesta debe ser negativa. Cuando lo que se trata de decidir es quien resulta más idóneo para cubrir una plaza que tiene un perfil bien identificado, *no cabe infravalorar, cuando no obviar, los méritos relativos a dicho perfil.*»

Poner todo el énfasis en otras consideraciones «no es atendible, porque elude el núcleo de la cuestión».

Se puede aceptar, «a costa de un esforzado ejercicio de formalismo que el Real Decreto 417/2022 tiene una motivación»,

> «pero lo que no resulta en absoluto convincente es que se trate de una motivación mínimamente adecuada a lo que se trata de justificar. La mejor prueba es que los argumentos de la fiscal general del Estado habrían podido ser igualmente utilizados para cualesquiera otros perfiles de fiscalías especializadas (tráfico de drogas, delitos informáticos, tráfico, etc.). En este sentido, como aduce el recurrente, *falta una motivación "sustancial", que despeje la sospecha de que detrás del acto administrativo impugnado hay algo más que puro arbitrio.*»

Como remate de su argumentación la sentencia cita la opinión de «un insigne magistrado y antiguo presidente del Tribunal Supremo» (no dice su nombre, pero se refiere al sr. Delgado Barrio, el mejor magistrado de lo Contencioso-Administrativo que hemos tenido) para el que:

> la motivación no puede ser concebida como «un simple ejercicio literario» y ello porque «el control judicial no se detiene en el aspecto meramente formal de la exigencia de motivación, sino que ha de concluirse que *una decisión es arbitraria cuando, aunque la Administración alegue razones, estas no resultan adecuadas para justificar la decisión adoptada*».

Esta impecable sentencia, que tuvo incluso la delicadeza de dejar a un lado el alegato de desviación de poder también esgrimido por el sr. De la Rosa Cortina, no sin razón dados los antecedentes, ha sido revocada inopinadamente por el Tribunal Conde Pumpido en una Sentencia de 15 de enero de 2026, que estimó el recurso de amparo interpuesto por el sr. Esteban Rincón por el increíble argumento de que advertir el déficit de motivación de un nombramiento discrecional viola el derecho fundamental del favorecido por ese nombramiento injustificado al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, como si el perjudicado por esa decisión no tuviera el mismo derecho a no ser preterido caprichosamente. El recuerdo de Orwell es inevitable.

No voy a detenerme, sin embargo, en analizar esta penosa sentencia constitucional porque me desviaría de lo que hoy es mi propósito. Lo he hecho, además, ya en otro lugar, por lo que basta remitirme a él[4].

[4] *Vid.* Tomás R. Fernández, «El Tribunal Conde Pumpido y el control de la arbitrariedad del poder», en el n.º 136 de la *Revista de Derecho Constitucional*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

V. LOS ÁNGULOS MUERTOS A LOS QUE LA JUSTICIA NO CONSIGUE LLEGAR Y SU NECESARIA Y URGENTE ELIMINACIÓN

He relatado con algún detalle los casos del coronel Pérez de los Cobos, de la magistrada Alonso Saura y del fiscal Esteban Rincón porque muestran con absoluta claridad algunos de los ángulos muertos que impiden hoy el acceso a una justicia, efectiva y plena, como la Constitución quiere que recibamos todos y también a qué se deben en concreto, paso previo inexcusable si se quiere eliminarlos. El primero de ellos es ese tipo de pronunciamiento tan antiguo y tan extendido todavía que añade a la declaración de nulidad del acto recurrido la orden de retrotraer las actuaciones a un momento anterior a aquel en el que se cometió la infracción determinante de la nulidad; el segundo, muy antiguo también, es el que resulta de la repetición del acto anulado que suele derivar del anterior y el tercero hace referencia a un prejuicio dogmático, tan antiguo como la propia jurisdicción, que postula la prohibición de que los Jueces sustituyan a la Administración.

Los voy a examinar por este orden a continuación.

1. La retroacción de las actuaciones, un pronunciamiento que la ley no autoriza y que carece de toda justificación

En la primera edición del *Curso de Derecho Administrativo* que mi maestro y yo comenzamos a publicar en 1974, hace, pues, más de medio siglo[5], denunciamos enérgicamente el vicio, que lo es y grave, en que con absoluta frecuencia incurrían las sentencias de los tribunales de esta jurisdicción cuando detectaban la existencia de una infracción del procedimiento administrativo del que el acto recurrido venía a ser resultado, vicio consistente en declarar la nulidad de las actuaciones y ordenar la retroacción del expediente al momento en el que la infracción fue cometida para que se emitiera el informe que se había echado en falta, se diera audiencia a algún interesado a quien no se había tenido en cuenta, se motivara adecuadamente la decisión adoptada o cualquier otra cosa semejante.

Dijimos entonces que ese tipo de pronunciamientos no estaba previsto en la Ley de la Jurisdicción de 1956, entonces vigente, cuyo artículo 81 no contemplaba otros fallos que los de inadmisibilidad o los de estimación o desestimación del recurso. El artículo 84.a) precisaba, por su parte, que «cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará, total o parcialmente, el acto o la disposición recurridos», sin añadir nada, absolutamente nada, a lo que podría

---

5 *Vid.* E. García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* vol. I, Civitas-Revista de Occidente, 1971 págs. 462 y 463.

o debería hacer después la Administración autora del acto, a la que, desde luego, no ordenaba, ni mucho menos, que repitiera la suerte y volviera a dictar un nuevo acto mejor fundado en sustitución del anterior.

Medio siglo después seguimos igual que entonces, a pesar de que la ley vigente, de 13 de julio de 1998, sigue diciendo lo mismo en su artículo 71.1.a). Lo único que ha cambiado, quizás, es que las sentencias ya no declaran la nulidad de las actuaciones, sino solo la nulidad del acto impugnado, a la que, eso sí, siguen añadiendo la coletilla de la retroacción de las actuaciones. Sirva de ejemplo la parte dispositiva de la sentencia, muy meritoria por lo demás por su análisis del fondo del asunto, dictada por el Pleno de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo el 10 de mayo de 2016, la primera de las dictadas en el caso de la Magistrada Alonso Saura. Dice así:

> «1.º Anulamos dicho Acuerdo.
>
> 2.º Retrotraemos las actuaciones administrativas en el expediente de su razón a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia.
>
> 3.º Desestimamos en lo demás el presente recurso contencioso-administrativo.
>
> 4.º No hacemos condena en costas.»

En los tres asuntos en estudio se contiene idéntico pronunciamiento y en los tres ha dado idéntico resultado, ya que en los tres el órgano competente (el Consejo de Ministros y el Consejo General del Poder Judicial) ha vuelto a repetir el acto inicialmente anulado.

Tal es el arraigo de esta errónea práctica que en algunos casos incurre en ella también el propio recurrente al solicitar expresamente en su escrito de demanda no solo la anulación del acto recurrido, sino también que «acuerde retrotraer las actuaciones al momento anterior al informe… a fin de que lo emita en debida forma y lo eleve…»[6].

Pues bien, a pesar de llevar medio siglo recalcándolo sin éxito tengo que volver a insistir:

La Ley de la Jurisdicción no autoriza en absoluto este tipo de pronunciamientos, que son, por lo tanto, radicalmente inadmisibles. Son, además, odiosos porque otorgan a la Administración un privilegio descomunal al darle la oportunidad de repetir la operación y de hacer bien lo que inicialmente hizo mal, cosa que no se permite al ciudadano que litiga contra ella, al que por esa misma regla de tres la sentencia que advirtiera que la demanda por él formulada no estaba bien fundada debería de darle la oportuni-

---

6 Así ocurrió, en efecto, tanto en el asunto Pérez de los Cobos, como en el del fiscal Esteban Rincón, según el relato de antecedentes de las sentencias citadas en el texto.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dad de volver a redactarla, retrotrayendo lo actuado en el curso del proceso al momento en el que se le dio traslado del expediente con ese fin.

La orden de retrotraer las actuaciones al momento en el que el vicio o defecto apreciado se produjo es un privilegio carente de toda justificación material que rompe descaradamente la igualdad entre las partes que debe reinar en todo proceso.

Si la Administración comete un error en la tramitación del asunto o dicta una decisión insuficiente o inadecuadamente motivada y carente por ello de justificación, es ella exclusivamente quien debe cargar con el error cometido. El Tribunal que conoce del asunto debe limitarse a constatar su existencia y a declarar la nulidad pura y simple del acto impugnado con las consecuencias a que haya lugar si se han ejercitado también pretensiones de plena jurisdicción. Ordenar la retroacción de las actuaciones, tal y como suele hacerse, es una invitación a repetir el contenido de la decisión primera, que es lo que, como ha podido comprobarse, se produce siempre, lo que hace inútil el proceso y la justicia, en perjuicio del ciudadano, que tiene que afrontar los gastos duplicados que todo proceso conlleva para nada.

El artículo 24 de la Constitución condena este resultado y la conducta de la que deriva.

2. La repetición del acto anulado por sentencia firme: ¿incidente de ejecución o interposición de un nuevo recurso?

El segundo de los ángulos muertos de la jurisdicción contencioso-administrativa consiste en la repetición del acto anulado por sentencia firme. Es un vicio antiguo, que sigue sin tener un remedio claro. A él se refirió un magistrado de Tribunal Supremo don José Fernández Hernando en un excelente trabajo publicado en los estudios dedicados al profesor Jordana de Pozas sobre *El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial*[7].

Sistematizaba en él el sr. Fernández Hernando las formas indirectas de incumplimiento de las sentencias en tres modalidades: la inactividad morosa, la tergiversación de los términos de la ejecutoria y la reproducción del acto anulado o la emisión de otro incompatible con la efectividad de la sentencia de que se trate.

Como diez años después de la publicación de aquel trabajo el problema seguía teniendo plena actualidad yo pensé que sería conveniente insistir

[7] *Vid*. J. Fernández Hernando, «El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial», VV. AA. *Estudios en homenaje a Jordan de Pozas,* IEP Madrid 1961, tomo III, vol. I, págs. 209 y sigs.

sobre ello y publiqué en el número 73 de la *Revista de Administración Pública* un trabajo titulado «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencia de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa» en el que me hacía eco de lo ocurrido con la Sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1968[8].

Esta Sentencia había declarado nula una Orden del Ministerio de Agricultura de 12 de julio de 1967 que había aprobado unas normas para el personal del Servicio Nacional de Cereales infringiendo flagrantemente la disposición transitoria cuarta de la Ley de Entidades Estatales Autónomas que había ordenado taxativamente que hasta que se promulgara el Estatuto General del Personal de los Organismos Autónomos previsto en el artículo 82 de dicha Ley los funcionarios de dichos organismos habían de continuar rigiéndose por las normas existentes antes de la entrada en vigor de dicha Ley.

Pues bien, el Ministerio de Agricultura pretendió primero eludir la ejecución de la sentencia alegando para ello la supuesta concurrencia de causas determinantes de la imposibilidad legal o material de ejecutarla al amparo de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley de la jurisdicción de 1956 entonces vigente, intento que fue frenado por la Sala sentenciadora mediante Auto de 12 de mayo de 1969.

El Ministerio de Agricultura optó entonces por demorar la ejecución, lo que le permitió prologar ocho meses más la aplicación de la Orden anulada en su día por la Sentencia pendiente de ejecución. Ante esta actitud el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos Agrícolas, que era el recurrente, se dirigió a la Sala solicitando que se requiriera personalmente al director del Servicio Nacional de Cereales para que, bajo las intimaciones legales procedentes, adoptara las medidas necesarias para dar el debido cumplimiento a la Sentencia.

Ante el cariz que estaban tomando los acontecimientos la Administración optó por reproducir las normas anuladas, dándolas esta vez un rango superior, el de Decreto, aunque también insuficiente, dado que la prohibición de dictarlas venía impuesta por una Ley.

¿Qué hacer entonces? La interposición de un nuevo recurso no parecía ser la solución, ya que existía una cierta jurisprudencia, que el sr. Fernández Hernando citaba puntualmente en su trabajo más atrás citado, que consideraba que lo procedente era promover un incidente de ejecución. A eso se

---

8 *Vid*. Tomás R. Fernández, «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa», en el n.º 73 de la *Revista de Administración Pública*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

atuvo la Corporación recurrente, pero su solicitud en ese sentido fue rechazada por la Sala afirmando, mediante Auto de 28 de octubre de 1969,

> «que la fiscalización jurisdiccional de las diligencias administrativas practicadas en la ejecución del fallo (…) no permite a la jurisdicción revisora declarar formalmente nulas aquellas disposiciones generales que no fueron impugnadas en el proceso de cuya ejecución se trata, debiendo limitarse a resolver las discrepancias que surjan (…) *pero sin extenderse a anular por sí ni menos a ordenar a una autoridad administrativa inferior que adopte la medida de estimar nulo un Decreto dimanante del órgano administrativo superior*, dictado con posterioridad a la Orden anulada por la Sentencia».

El Ministerio de Agricultura se salió de este modo con la suya. La Corporación recurrente interpuso un nuevo recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de 24 de julio de 1969, pero el recurso quedó sin objeto, ya que por Decreto de 23 de julio de 1971 se aprobó, ¡por fin!, el Estatuto del Personal de los Organismos Autónomos.

Medio siglo después estamos ante el mismo dilema: si se reproduce el acto anulado, ¿qué es lo que hay que hacer, recurrirlo o promover un incidente de ejecución?

La nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de julio de 1998 ha querido resolver el dilema estableciendo en el apartado 4 de su artículo 103 que «*serán nulos de pleno derecho* los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, *que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*» con lo que el apartado siguiente añade que «el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, *salvo que careciese de competencia para ello* conforme a lo dispuesto en esta Ley».

La solución legal es clara: si se reproduce el acto anulado, lo procedente es ponerlo en conocimiento del órgano judicial encargado de la ejecución, que anulará el acto en cuestión por el procedimiento de los incidentes. Hay, sin embargo, dos peros que reducen a la nada el precepto: el inciso que limita esa respuesta a los casos en que el órgano judicial tenga competencia para declarar la nulidad solicitada, cosa que no ocurrirá en muchos casos, ya que la competencia para la ejecución de las sentencias corresponde al órgano judicial inferior cuando la sentencia anulatoria se haya dictado en apelación o casación y, sobre todo, el desafortunadísimo inciso final del artículo 103.4, que limita la declaración de nulidad a los actos «*que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*», que son sencillamente todos los que se adoptan en estos casos, ya que cuando se tiene pendiente, ni más ni menos, que la ejecución de una Sentencia firme no hay inadvertencia posible.

En otra ocasión me he referido a este asunto, por lo que no voy a insistir de nuevo aquí. Me limitaré a recordar que en el asunto del fiscal Esteban Rincón la Asociación de Fiscales promovió sin resultado un incidente de ejecución con la finalidad de conseguir la anulación del segundo nombramiento que siguió a la Sentencia del Tribunal Supremo que anuló el primero por falta de motivación por entender que se trataba de un intento de eludir las consecuencias de dicha Sentencia. El incidente fue desestimado, sin embargo, mediante Auto de 20 de septiembre de 2022, que rechazó que existiera una deliberada intención de incumplir la ejecutoria. Una ingenuidad indisculpable.

3. El argumento tópico de la imposibilidad de que los jueces sustituyan a la Administración

El tercero y último de los ángulos muertos que me he propuesto denunciar es el tópico de la imposibilidad de que los jueces sustituyan a la Administración, al que el artículo 71.2 de la vigente Ley jurisdiccional ha dado *status* legal cuando dice que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulasen *ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados…*»

La primera parte del precepto citado corrige expresamente el artículo 85 de la Ley jurisdiccional precedente, que, como se recordará, no solo permitía, sino que exigía que los fallos que dictasen las Salas de lo Contencioso-Administrativo en materia de Ordenanzas Fiscales expresaran («*deberán* expresar concretamente») la forma en la que hubiesen de quedar redactados los preceptos impugnados en el caso de que anulasen el acto objeto del recurso.

La segunda parte fue introducida en el curso de la tramitación de la Ley y es un fruto, negativo, de la intensa polémica que tuvo lugar entre los administrativistas a lo largo de la última década del siglo pasado a propósito del control de la arbitrariedad de la Administración[9].

Pues bien, a esa expresa prohibición dirigida a los Tribunales de la jurisdicción de determinar el contenido discrecional de los actos anulados apelan las Sentencias V, VI y VII del asunto del coronel Pérez de los Cobos, de 2 y 8 de julio de 2024 para rechazar la pretensión de este de ser nombrado general de brigada de la Guardia Civil.

---

9 Vid. Tomás R. Fernández, «El artículo 103.4 LJ no les gusta a los Jueces», en A. Sánchez Blanco, M. A. Dominguez Berrueta y J. I. Rivero Ysern (coords.), *El nuevo Derecho Administrativo: libro homenaje al profesor Enrique Rivero Ysern*. Salamanca, 2011.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Dichas Sentencias dicen así en su fundamento de derecho cuarto, apartado D:

> «La estimación del recurso contencioso-administrativo es la consecuencia de cuanto venimos diciendo. Ahora bien, ha de ser parcial y no plena pues no podemos reconocer al recurrente el derecho a ser nombrado general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil. Y ello, no porque, como dice la contestación a la demanda, sería la primera vez que sucediera. No lo hacemos porque, efectivamente, no está a nuestro alcance determinar el contenido de los actos discrecionales que ha de dictar la Administración, *ya que el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción nos lo impide.*»

¿Tan tajante es la prohibición? Y, en todo caso, repito, ¿cómo se compadece el artículo 71.2 de la Ley jurisdiccional con el artículo 24 de la Constitución que nos reconoce a todos con carácter de fundamental, ni más ni menos, el derecho a una tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión?

Al tema me he referido ya varias veces en el curso de aquella polémica que mantuve con algunos compañeros, por lo que no repetiré ahora los argumentos que entonces expuse[10]. Diré solamente que el artículo 71.2 *in fine*, de la Ley de la Jurisdicción no puede ser tomado como lo hacen las sentencias que acabo de citar, es decir, como una prohibición absoluta y sin matices de ningún tipo.

No se puede tomar así porque las circunstancias de cada caso pueden ser muy diferentes. La propia ley habilitante del poder discrecional puede ofrecer en cada caso un margen de apreciación mayor o menor. Puede aportar criterios o pautas de valoración o no hacerlo. Los concursantes que optan a una plaza o a un contrato pueden ser dos solamente o pueden ser más. La Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017, justamente preocupada por asegurar la transparencia de las decisiones y por apartar cualquier sombra de arbitrariedad dedica un buen número de artículos a la adjudicación de los contratos y se preocupa, incluso, de clasificar las proposiciones presentadas por orden decreciente atendiendo a los criterios de adjudicación señalados en el pliego (artículo 150), lo que convierte en automática la eventual sustitución del adjudicatario por quien le sigue en puntuación.

Sin llegar a esos extremos es perfectamente posible que el Juez o Tribunal que ha de resolver un asunto de este tipo pueda —y deba— anular la adjudicación realizada por la Administración y declarar, además, el derecho

10 Sobre esa polémica me remito a mi libro *De la arbitrariedad de la Administración,* 5.ª edición, Civitas 2008. Sobre el asunto que se trata en el texto *vid*. en concreto págs. 91 y sigs. y 160 y sigs.

del recurrente a ser él el adjudicatario del contrato, como muestra con claridad meridiana la ejemplar sentencia de 11 de junio de 1991 (ponente: Javier Delgado Barrio), cuya argumentación, en su sencillez, no tiene réplica posible: «en igualdad de» alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes «para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución», de lo que deriva —sigue diciendo— «que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el contrato a la hoy apelante y así lo ha declarado esta Sala, que, *en virtud del principio de la efectividad de la tutela judicial —artículo 24 de la Constitución— puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base en los autos*».

Este es exactamente el *quid* del problema. La jurisdicción contencioso-administrativa no es una jurisdicción revisora. No ha sido instituida para establecer garantía de los derechos e intereses de los administrados, pero con menos grado de intensidad que cuando esos derechos e intereses están bajo la tutela de otras jurisdicciones. Conserva la terminología de recurso contencioso-administrativo porque es la tradicional, pero el proceso contencioso-administrativo no es una segunda instancia, ni una casación, sino una primera instancia jurisdiccional, cuyo objeto específico no es el acto administrativo, sino las pretensiones que se deduzcan en relación con el mismo. Hace ya setenta años que dejó esto muy claro la exposición de motivos de la benemérita Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que conviene leer y releer de vez en cuando para no dejarse arrastrar por los tópicos derivados de su peculiar historia.

Nuestro proceso contencioso-administrativo no tiene ya nada que ver con el que se instaló en 1845 siguiendo el modelo del *excés de pouvoir*, que entonces pugnaba por abrirse camino en el marco hostil del principio revolucionario de separación de las autoridades administrativas y judiciales, que es en último término de donde arrancan el tan traído y llevado carácter revisor y la prohibición de que los Jueces sustituyan a la Administración. Anular el acto administrativo puede pasar, pero más allá no cabe ir. Esta es una jurisdicción especial, distinta a las demás, dada la excepcionalidad de su origen.

Esto se ha acabado ya. Por si alguna duda quedara al respecto la Constitución de 1978 ha terminado con ella cuando afirma en su artículo 24 el derecho fundamental de todos a una tutela judicial *efectiva*, derecho que es igual en intensidad «en todo tipo de procesos» (artículo 117) y, por lo tanto, también en el proceso contencioso-administrativo.

Es, pues, obligación de los Tribunales otorgar esa tutela efectiva, no una tutela a medias, que de hecho se termina convirtiendo, como ya hemos visto, en una indefensión pura simple, contra la expresa prohibición que el artículo 24 de la Norma Fundamental contiene. Frente a él no puede pre-

ISBN: 978-84-7777-740-3

valecer ni el texto literal del artículo 71.2 de la Ley jurisdiccional vigente, ni ninguna interpretación del mismo que, directa o indirectamente, contribuya a menguar la efectividad de la tutela que la Constitución garantiza.

Los Tribunales de la jurisdicción están, pues, obligados a llegar hasta el final y a sustituir, incluso, a la Administración siempre que materialmente puedan hacerlo porque *existe ya base en los autos*. Si esto es así, pueden —y deben— adjudicar el contrato al autor de la proposición más ventajosa económicamente, como dijo de forma ejemplar, la Sentencia más atrás citada de 11 de junio de 1991. Pueden y deben también «señalar la nueva calificación si las líneas de planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así Sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —artículo 24.1 de la Constitución— que quedaría claramente burlado si los Tribunales, *contando con datos suficientes*, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso» (sentencia de 15 de marzo de 1993).

El Tribunal Constitucional así lo ha dicho también en su sentencia de 29 de abril de 1993: «una decisión judicial que condena a la Administración a hacer algo o que sustituye con un criterio nuevo el criterio inicialmente utilizado por la Administración en el acto objeto del recurso no es una injerencia en el ámbito de la actuación de la Administración, sino una medida idónea para no frustrar la efectividad de la sentencia»[11].

No hay, pues, nada más que decir.

11 *Vid* el comentario de esta importante Sentencia de E. García de Enterría, «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y «jurisdicción plenaria» de los Tribunales contencioso-administrativos no limitada al efecto revisor de actos previos» en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 79.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Propiedad privada y función social: un desequilibrio cada vez más cuestionable*[1]

Juan Ramón Fernández Torres

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario. I. Punto de partida: el artículo 33 de la Constitución española.—II. La ubicación constitucional del Derecho de propiedad y sus consecuencias.—III. La configuración de la propiedad privada como un derecho estatutario.—IV. La sujeción a crecientes limitaciones de la propiedad privada.—V. La transformación de la concepción dominical de la propiedad privada.—VI. La extensión extraordinaria de la potestad expropiatoria y su controvertida y desmesurada aplicación.—VII. Conclusiones.

I. PUNTO DE PARTIDA: EL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El artículo 33 de la Constitución Española (CE, en adelante), cuyo modelo es el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, reconoce la propiedad privada (y la herencia) como un derecho fundamental. Eso sí, su función social debe delimitar de forma razonable su contenido («2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes»), sin perjuicio de lo cual el titular del derecho de propiedad solo puede ser privado del mismo cuando medie una causa justificada de utilidad pública o interés social y sea indemnizado a través del preceptivo procedimiento expropiatorio, todo ello de conformidad con lo dispuesto en las leyes («3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»).

Es decir, la propia CE busca un difícil equilibrio entre el reconocimiento de la propiedad privada como garantía insoslayable del Estado de Derecho y

* El presente trabajo ha sido publicado en la *Revista de Administración Pública,* núm. 230 (2026).

1 El profesor Cobreros Mendazona ha manifestado desde el inicio de su carrera académica una especial sensibilidad hacia la salvaguardia de los derechos y libertades, como acreditan sus estudios sobre el derecho de asociación [*RVAP* (1981) 1, págs. 209-217], el derecho a la salud [RAP (1981) 94, págs. 135-172; y su tesis titulada *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*] o el uso de la lengua [RVAP (1983) 5, págs. 257-262; o REDA (1982) 42, págs. 461-476], entre otros. De ahí la elección del tema de mi colaboración, en un momento de especial importancia desde todos los puntos de vista.

ISBN: 978-84-7777-740-3

la intervención de los Poderes públicos en la misma a través de sus prerrogativas, entre ellas las potestades de planificación y la expropiatoria, que deben orientarse al cumplimiento de fines de interés público en atención a su función social. Así lo expresa el Tribunal Constitucional:

> «La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, y 89/1994, de 17 de abril, FJ 4)

La ubicación concreta de ese punto de equilibrio entre las garantías jurídicas por un lado y la intervención pública a través del ejercicio de diversas prerrogativas administrativas por otro es clave para la determinación del contenido y alcance del derecho de propiedad. Por esta razón el Tribunal Constitucional subraya la «estrecha conexión de los tres apartados del art. 33 CE» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5), de tal manera que «que no pueden ser artificiosamente separados» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).

Con razón algún autor compara el artículo 33 CE a una ecuación «con varias incógnitas»[2]. Lo cierto es que constituye la fuente de no pocas controversias de todo tipo, así como de conflictos judiciales y explica —que no justifica, todo hay que decirlo— los vaivenes legislativos y jurisprudenciales que se han venido produciendo desde la aprobación de la CE, en una tendencia de paulatino vaciamiento del derecho de propiedad.

Para comprender el sentido y enfoque de tales cambios normativos y jurisprudenciales, es indispensable recordar la caracterización jurídica del derecho de propiedad en la CE.

II. LA UBICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y SUS CONSECUENCIAS

Sabido es que los derechos comprendidos en la sección 1.ª del capítulo II del título I de la CE (artículos 14 a 29 y la objeción de conciencia del artículo 30.2) constituyen derechos fundamentales y libertades públicas.

---

2 El profesor Rodríguez de Santiago recuerda la afortunada comparación formulada por los profesores alemanes Bodo Pieroth y Bernhard Schlink (1999) (*Grundrechte. Staatsrecht*, volumen II, Heidelberg) en su detallado análisis del citado artículo 33 CE. *Vid.* José María Rodríguez de Santiago (2018), «Comentario al artículo 33», en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*, Madrid: *BOE,* Ministerio de Justicia y Fundación Wolters Kluwer (págs. 1147-1175).

Se configuran desde un punto de vista técnico como auténticos derechos subjetivos que, como tales, gozan de una especial tutela a través de un procedimiento basado teóricamente en los principios de preferencia y sumariedad en primer lugar, y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en segundo lugar (artículo 53.2 CE).

El derecho de propiedad no se cuenta entre ellos. Vaya por delante que es incuestionable que el derecho de propiedad se configura como un derecho fundamental. Como recuerda el profesor Rodríguez de Santiago[3], esta caracterización está avalada por la Historia del constitucionalismo, el Derecho comparado y los tratados y convenios internacionales ratificados por España y reconocida de forma expresa por la doctrina constitucional. No en balde el derecho de propiedad se define como uno de los «derechos fundamentales de la persona» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5).

Pero su ubicación sistemática se halla en otro lugar de ese mismo capítulo II, no entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1.ª, sino entre los derechos y deberes de los ciudadanos contenidos en su sección 2.ª. Esta sola diferencia no es menor. El motivo estriba en que el derecho de propiedad carece de sustantividad propia para ser tutelado por sí solo. Precisa el auxilio de la Ley para ser protegido, eso sí, dentro del respeto a su contenido esencial, cuyos límites han de ser determinados[4]. Tal como prescribe el artículo 53.1 CE, «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)».

Lo expuesto significa que el ejercicio del derecho de propiedad, y por ende su tutela, requieren el respaldo de un desarrollo legal, en todo caso —como señalan los profesores García de Enterría y Fernández— «sobre el principio constitucional base, que domina la interpretación de ese desarrollo legal[5]». La consecuencia es que el derecho de propiedad no disfruta de la tutela especial del amparo constitucional, porque este recae en los Jueces y Tribunales ordinarios.

La decisión del constituyente encierra un significado de hondo calado, tal como se verá acto seguido.

---

3 *Vid.* José María Rodríguez de Santiago (2018: 1152).

4 Esto no es algo privativo del derecho de propiedad, sino más bien común a todos los derechos fundamentales. *Vid.* Javier Jiménez Campo (1999), «Derechos fundamentales. Concepto y garantías», Madrid: Trotta.

5 *Vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2024), «Curso de Derecho Administrativo», Madrid: Aranzadi, tomo II, 18.ª ed. (pág. 86).

ISBN: 978-84-7777-740-3

III. LA CONFIGURACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA COMO UN DERECHO ESTATUTARIO

La disparidad de trato brindada por la CE que acaba de exponerse refleja un cambio cualitativo de envergadura en la concepción de la propiedad privada, que se halla por lo demás en constante evolución. En efecto, el derecho de propiedad ya no puede concebirse como un derecho estrictamente individual en el sentido liberal clásico. Ya no es «el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», que define el artículo 348 del Código Civil de 1889.

Es innegable la dimensión individual de la propiedad privada como derecho subjetivo que engloba cualesquiera derechos de naturaleza patrimonial, incluida la propiedad inmobiliaria. Prácticamente comprende toda situación jurídica patrimonial, ya sea real, de crédito, o pública o privada, lo que la jurisprudencia constitucional corrobora en gran medida[6]. Por consiguiente, el derecho de propiedad implica una utilidad mínima en el plano personal, es decir, un aprovechamiento mínimo que sobrepase cualesquiera limitaciones administrativas que deriven de la función social atribuida al mismo. Sin ella, la propiedad privada deviene irreconocible al vaciarse de contenido, lo que conlleva una vulneración del artículo 33 CE en relación con el artículo 53.1 CE.

De ahí la importancia de la observancia del contenido esencial del derecho de propiedad privada por parte del legislador, cualquiera que sea. En su defecto, si este derecho fundamental, o cualquiera otro, estuviera desprovisto de contenido esencial, su configuración quedaría enteramente en manos del legislador. Como observa el profesor y ex Magistrado del Tribunal Constitucional Aragón Reyes, «si no sucediera así y, por ello, quedasen a la libre disposición del legislador, los derechos fundamentales dejarían de serlo y pasarían a ser unas declaraciones constitucionales en blanco que el legislador podría rellenar a su capricho[7]».

Pero no lo es menos que, junto a esta dimensión, coexiste otra en tanto que institución jurídica ligada a la función social que en cada caso desempeñan las diversas clases de bienes susceptibles de apropiación privada de acuerdo con lo que disponga el legislador[8]. No en balde la propiedad privada

---

6 Me remito en este punto a las precisiones realizadas por el profesor Rodríguez de Santiago. *Vid.* José María Rodríguez de Santiago (2018: 1155-1157).

7 *Vid.* Manuel Aragón Reyes (2024): «Contenido esencial y función social de la propiedad privada», en Andrés Betancor Rodríguez (coord.), *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones. Contribución a la cultura cívica de la institucionalidad democrática*, Madrid: Fundación Rafael del Pino/*BOE* (págs. 279-281).

8 *Vid.,* al respecto, entre otros, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (1991): «Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución», en Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), «Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor

se configura en la actualidad como un derecho de carácter estatutario y no como un tipo abstracto y homogéneo, que está sometida a distintas formas de intervención pública, bien sea mediante limitaciones, obligaciones o cargas derivadas de la función social que determine el legislador, o bien por medio de su privación pura y lisa. Como declara la STC 8/1984, de 27 de enero,

> «la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.» (FJ 2)

Ello es así, porque de forma paulatina el legislador ha ido caracterizando distintas clases de propiedades sujetas a estatutos jurídicos específicos, que no son coincidentes necesariamente, de conformidad con la naturaleza de los bienes sobre las que recaen, sus usos y aprovechamientos y las finalidades sociales con las que están relacionados. Así se refleja en la jurisprudencia constitucional (entre ellas, SSTC 39/1987, de 26 de marzo; 152/2003, de 17 de julio, 204/2004, de 18 de noviembre, y 281/2005, de 7 de noviembre).

El Tribunal Constitucional estima de forma explícita, al referirse a la concepción constitucional de la propiedad privada, que:

> «su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida, no como mero límite externo a la definición de su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.» (STC 152/2003, de 17 de julio)

A su juicio,

> «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de derechos y obligaciones establecido, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la comunidad...»

Eduardo García de Enterría», Madrid: Civitas, Volumen II (págs. 1257-1270); Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (2001), «La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3 (págs. 601-620); y Encarna Roca Trías (2024), «Función social de la propiedad», en Andrés Betancor (coord.), *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones. Contribución a la cultura cívica de la institucionalidad democrática*, Madrid: Fundación Rafael del Pino/*BOE* (págs. 271-277).

ISBN: 978-84-7777-740-3

La cuestión no queda aquí, como es notorio. El planteamiento va mucho más allá, como se podrá apreciar a continuación.

IV. LA SUJECIÓN A CRECIENTES LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Es un hecho patente que el derecho de propiedad está sometido a un aumento incesante de limitaciones administrativas que son vinculadas a su función social, fruto tanto de la evolución de la jurisprudencia constitucional como de la legislación. Dichas limitaciones, cualquiera que sea su tipo o clase, conllevan la reducción o compresión del contenido normal de la propiedad privada, lo que la doctrina alemana denomina en plural *Eigentumsbeschränkungen*. Un mero repaso a la doctrina constitucional permite observar cómo en los últimos años en especial el Tribunal Constitucional tiende a ratificar la constitucionalidad de un número cada vez mayor de restricciones, limitaciones y privaciones de facultades dominicales que ciertas normas con rango de ley pretenden fundamentar en una diversidad de razones de interés público, pese a que no siempre se vislumbran de forma clara y se antojan en todo caso excesivas por desproporcionadas.

El fenómeno no es nuevo, todo sea dicho. La legislación sectorial nos ofrece una diversidad de tipos de limitaciones administrativas. En el campo del urbanismo, pueden citarse los deberes, obligaciones y cargas que recaen sobre los propietarios para patrimonializar el aprovechamiento previsto por el planeamiento de aplicación (STC 61/1997, de 20 de marzo, FFJJ 7-10).

En el ámbito de la legislación de propiedades públicas (Costas, Carreteras, Sector ferroviario, etc.…) destacan las prohibiciones de construir edificaciones residenciales o de instalar paneles publicitarios en las zonas de servidumbre de protección a determinadas distancias del límite interior del dominio público (STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8.a)

En materia de vivienda pueden mencionarse las prohibiciones de extinción de los contratos de arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda en la fecha del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5) o de enajenación de viviendas protegidas sin comunicación previa a la Administración que posibilite el ejercicio de su derecho de adquisición preferente (STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 4); la reserva mínima obligatoria de suelo residencial con destino a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública (STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8.A.b); o la obligación de los propietarios de viviendas de destinarlas en efecto al uso residencial (SSTC 16/2018, de 22 de febrero, FJ 17; y 32/2018, de 12 de abril, FJ 7).

En lo referente a la protección de la naturaleza y del medio ambiente puede citarse la prohibición de destino de fincas incluidas dentro de los perímetros de espacios naturales protegidos a usos y actividades incompatibles con su régimen de tutela medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8).

Lo más sobresaliente es que el fenómeno se ha agudizado, llegando a exacerbarse en los últimos años. Valgan tres ejemplos concretos para ilustrar esta tendencia incesante. En primer lugar, el Tribunal Constitucional entiende que puede limitarse e incluso prohibirse el alquiler de viviendas en períodos de corta duración por parte de sus propietarios cuando existe una oferta reducida de vivienda en el mercado inmobiliario. Juzga en este sentido que son conformes a la CE las limitaciones de la posibilidad de destinar viviendas a un uso turístico, sin compensación económica alguna, que se imponen en el curso de los últimos tiempos para evitar la reducción de la oferta inmobiliaria y con ello minorar la presión alcista sobre los precios de los alquileres, en ausencia de una eficaz política pública de vivienda que subvenga a las necesidades de la población. Es decir, los Poderes públicos hacen recaer sobre los propietarios privados la carga onerosísima de contribuir con la privación de una parte de sus facultades dominicales a compensar las carencias de la política pública de vivienda, incapaz de atender la demanda del mercado, con el agravante de no contemplar ninguna compensación económica a cambio, sin que el Tribunal Constitucional oponga ningún reparo.

Ese es el caso en particular del legislador catalán, que opta por esa fórmula que en la práctica restringe el acceso de los titulares dominicales de viviendas a la actividad de arrendamiento de corta duración, así como su prosecución para quienes venían ejerciéndola con anterioridad, sin que ello haya merecido el reproche de la mayoría del Tribunal Constitucional. Así, en su Sentencia 64/2025, de 13 de marzo, el Tribunal Constitucional desestima en su integridad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra los artículos 1, 2 y 3, las disposiciones transitorias 1.ª1.a) y 2.ª, la disposición final 1.ª y el anexo del Decreto-Ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico.

Dicho Decreto-Ley catalán establece una nueva ordenación de las viviendas de uso turístico[9], una vez más, pues supone el último cambio normativo en la materia en un intervalo de tiempo reducido. De acuerdo con el mismo, una vivienda puede ser dedicada a uso turístico distinto del residencial solo si observa un triple requisito:

— uno, su previsión expresa en el correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico, en cuya ausencia es incompatible con el uso residencial;

9 *Vid.* sobre esta materia, Javier Valentín Peñate (2025): *Viviendas turísticas en España. Claves normativas y jurisprudenciales para entender su regulación*, Barcelona: Atelier, 1.ª ed.

ISBN: 978-84-7777-740-3

— dos, la obtención de una nueva licencia urbanística previa, hasta ahora inexistente, cuya vigencia dispone de una duración máxima de 5 años desde su entrada en vigor el 9 de noviembre de 2023; y
— tres, la limitación material y temporal del destino a dicho fin (máximo de 10 nuevas licencias por cada 100 habitantes, de 5 años de duración prorrogables). En los demás casos, los propietarios no pueden dedicar sus viviendas al arrendamiento de corta duración, impidiéndoseles de esta suerte la obtención de unas rentas por esta vía que pueden ser capitales para su sustento económico.

Además, de forma alambicada se priva de eficacia a los correspondientes títulos habilitantes al amparo de los cuales los propietarios de viviendas de uso turístico las venían explotando en cualquiera de los 262 municipios incluidos en un anexo del Decreto-Ley catalán 3/2023 en la fecha de su entrada en vigor[10]. La norma obliga a dichos propietarios a pedir y obtener la preceptiva licencia urbanística para poder ejercer la actividad en el plazo de 5 años desde la entrada en vigor del Decreto-Ley. Solo si acreditan que dicho régimen transitorio no compensa la pérdida del anterior título habilitante de vivienda de uso turístico, pueden solicitar una única ampliación del mismo de hasta 5 años más. Para ello, deben solicitar la ampliación del régimen transitorio a los ayuntamientos donde se ubiquen las viviendas de uso turístico tras el transcurso de 4 años desde la entrada en vigor del Decreto-Ley y antes de la finalización del período transitorio (disposición transitoria única 2.ª1 y 2). La disposición transitoria única 2.ª3 afirma que dicho régimen transitorio reviste «carácter de indemnización por todos los conceptos relacionados», reconociendo así que constituye una actuación materialmente expropiatoria.

El recurso de inconstitucionalidad es desestimado con apoyo en varios motivos:

1. A su juicio, el Gobierno autonómico justifica de manera explícita y razonada el recurso a la legislación de urgencia en este caso (artículos 86.1 CE y 64 del Estatuto de Autonomía de Cataluña-EAC), que además cuenta con la necesaria conexión de sentido con la situación que se pretende afrontar, esto es, las externalidades negativas que produce la proliferación de viviendas turísticas en Cataluña (FJ 3.c).

---

10 En realidad, dicho anexo incluye todos los municipios de más de 20.000 habitantes, que son un total de 70 en el año 2025, donde se concentran 5.847.105 habitantes, esto es, el 72% de los residentes en Cataluña (desde Barcelona, con una población de 1.713.247 habitantes, a San Quirce del Vallés, con 20.175 habitantes, de acuerdo con los *datos de Idescat, realizado a partir del censo de población del Instituto Nacional de Estadística*). Ahí no acaba todo, porque a esos 70 municipios se suman otros 192, con una población entre 19.000 y 3.000 habitantes, de forma que es lícito afirmar que la práctica totalidad de los núcleos urbanos están comprendidos en el anexo y en consecuencia se ven afectados por las limitaciones administrativas impuestas por el Decreto-Ley 3/2023.

2. Someter el uso turístico de las viviendas a un régimen de licencia urbanística previa, limitada en número y vigencia, no supone una regulación directa y con vocación de generalidad del derecho de propiedad sobre la vivienda, por lo que tampoco se vulneran los límites materiales de los Decretos-Leyes (artículo 86 CE) (FJ 4);
3. La exigencia de una licencia urbanística previa no es contraria a la legislación básica del Estado relativa a la garantía de la unidad del mercado y, por tanto, no vulnera las competencias estatales en materia de planificación general de la economía. La medida se dirige a la protección del entorno urbano, siendo además necesaria y proporcionada al objetivo perseguido (FJ 5);
4. La regulación impugnada no infringe el principio de autonomía local de los municipios afectados (artículo 137 CE) (FJ 6), por 2 razones:

   — tanto la vivienda como la ordenación del territorio y el urbanismo son materias de fuerte interés supramunicipal; y
   — el régimen de intervención aplicable al uso turístico de las viviendas afecta de manera muy limitada a las competencias urbanísticas municipales. Es más, a los municipios se les asegura un importante nivel de participación en este ámbito.

5. La relación de municipios en los que resulta aplicable el régimen de la licencia urbanística previa

   — no vulnera por sí sola el principio de igualdad, pues no existe homogeneidad de situaciones entre todos los municipios afectados (FJ 7.a);
   — no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, al no tratarse de una Ley singular (FJ 7.b);
   — no infringe el principio de seguridad jurídica, puesto que la posible indefinición de qué municipios presentan «problemas de acceso a la vivienda» puede solventarse mediante los métodos habituales de interpretación de la Ley (FJ 7.c); y

6. La extinción de los títulos habilitantes preexistentes que servían de soporte hasta entonces para el desarrollo de la actividad de vivienda de uso turístico incide sobre una facultad dominical que ya no integra el contenido esencial del derecho de propiedad sobre la vivienda y, en consecuencia, no puede calificarse como materialmente expropiatoria.

Particular interés reviste a los efectos de este trabajo la exposición de los motivos por los que el Tribunal Constitucional estima que no se transgreden ni los límites materiales de los Decretos-Leyes (artículo 86.1 CE en relación con el artículo 33 CE), ni las garantías constitucionales de la expropiación forzosa (artículo 33.3 CE):

ISBN: 978-84-7777-740-3

1. La concepción estatutaria de la propiedad, y en particular de la propiedad urbana, no habilita a Legislador y planificador para dotarla de cualquier contenido patrimonial, mayor o menor. Ni uno, ni otro tienen atribuida ni una cláusula general de apoderamiento, ni una habilitación en blanco, porque la CE lo veda de forma explícita (artículo 53.1 CE, entre otros):

> «La referida concepción estatutaria de la propiedad no impide reconocer la existencia de un contenido constitucionalmente protegido *prima facie* del derecho consagrado en el art. 33.1 CE como derecho a usar, disfrutar y disponer de los bienes y derechos patrimoniales propios, pero implica que la delimitación del contenido del derecho protegido con carácter definitivo por la Constitución para cada categoría de bienes ha de ser operada primariamente por el legislador en atención a la necesaria protección de otros bienes jurídicos de rango constitucional.» (FJ 4.b.ii)

2. Existen 2 formas de identificar el contenido esencial de la propiedad, entendiendo por tal

> «el mínimo de utilidad meramente individual que permita la recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización del derecho (…) La traducción institucional de las exigencias colectivas derivadas de la función social de la propiedad «no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho.» (FJ 4.b.iii)

3. En el supuesto examinado, lejos de atenerse a esta concepción del contenido esencial del derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional expone su contenido normal y sus elementos esenciales sobre la vivienda y afirma sin más, acto seguido, que su explotación mediante su arrendamiento en períodos de corta duración no forma parte de uno y otros y en consecuencia no constituye una facultad esencial que además sea capital para garantizar su recognoscibilidad. De esta suerte, a su juicio el contenido esencial de la propiedad privada no es conculcado:

> «De lo expuesto resulta que la explotación turística, como otros usos productivos distintos del residencial, no puede ser entendida como consustancial a las edificaciones calificadas por el planeamiento para el uso de vivienda, o, dicho en otras palabras, que la posibilidad de destinar la vivienda al uso turístico no es una de las facultades sin las cuales el derecho de propiedad sobre la vivienda deviene irreconocible. De ello se sigue que nin-

guna de las medidas restrictivas previstas en la nueva disposición adicional vigesimoséptima del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña afecta al contenido o elementos esenciales del derecho de propiedad sobre la vivienda: ni la previsión de que el uso turístico será por defecto (salvo previsión expresa en contra del planeamiento) incompatible con el uso de vivienda, ni la exigencia de autorización para destinar la vivienda al uso turístico, ni la limitación en número y duración de tales autorizaciones. Este régimen restrictivo del uso turístico de las viviendas no constituye una supresión del derecho de propiedad sobre aquellas, sino una delimitación de un aspecto concreto de su contenido, en atención a la función social del derecho, que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible.» (FJ 4.c.iii)

4. La norma enjuiciada no reviste carácter expropiatorio, no obstante el doble sistema de compensación arbitrado en su disposición transitoria 2.ª.1 y 2, al que el propio Decreto-Ley atribuye «carácter indemnizatorio», y la literalidad de su apartado 3.º («El régimen transitorio previsto en los apartados anteriores tiene, para todos los afectados, el carácter de indemnización por todos los conceptos relacionados con las modificaciones introducidas por este Decreto-Ley en relación con el nuevo régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico»). Estima por el contrario que dicha previsión remite a:

> «la garantía patrimonial del ciudadano, género al que, según hemos recordado antes, pertenecen tanto la indemnización expropiatoria (art. 33.3 CE) como la resultante de la responsabilidad patrimonial de la administración (art. 106.2 CE). En este caso, el legislador de urgencia se ha anticipado a esa posible problemática introduciendo, mediante la disposición transitoria segunda del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 3/2023, un mecanismo de mitigación temporal de los efectos de la nueva regulación para quienes se hubiesen incorporado ya al mercado de la vivienda de uso turístico, de modo que sus títulos habilitantes no queden privados de efectos de manera inmediata, sino solo transcurrido un dilatado periodo de tiempo —cinco años, prorrogables a diez si el titular de la vivienda acredita que el régimen transitorio ordinario «no compensa la pérdida del título habilitante», en dicción de la propia norma—. Esta previsión reduce considerablemente el impacto patrimonial del cambio regulatorio sobre los titulares de viviendas habilitadas para el uso turístico conforme a los regímenes anteriores, máxime teniendo en cuenta que la pervivencia temporal de esos títulos habilitantes está llamada a producirse en un contexto de no otorgamiento de nuevos títulos o de otorgamiento de una cantidad limitada de títulos nuevos, lo que garantiza su explotación durante el periodo de referencia en condicio-

ISBN: 978-84-7777-740-3

> nes de competencia limitada que permiten presumir una mayor rentabilidad que la que les hubiera deparado la continuación de la regulación anterior.» (FJ 4.c.iv)

Esta doctrina que, en abstracto puede parecer sólida y convincente, no lo es aplicada al caso enjuiciado por varias razones[11]. Entre ellas, y sin ánimo de exhaustividad, pueden invocarse las siguientes[12]:

1. Las viviendas de uso turístico constituyen un fenómeno económico desde hace muchos años, que es objeto de una ordenación —oscilante— en Cataluña al menos desde 2007, de suerte que si las medidas vigentes hasta el momento no han rendido fruto para regular el mercado de alquiler lo procedente es su reforma en sede parlamentaria, y no al margen del mismo, mediante un simple Decreto-Ley, máxime cuando estamos en un régimen de democracia parlamentaria.
2. Lo anterior determina por sí solo que no concurre, por fuerza, el presupuesto de hecho habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» que requiere el artículo 86.1 CE. La conveniencia y hasta la mera necesidad de un cambio normativo no pueden equipararse sin más con la extraordinaria y urgente necesidad impuesta constitucionalmente, porque como es patente constituyen conceptos que apelan a nociones que operan en planos diversos: la conveniencia y la oportunidad se mueven en el ámbito de la política y la necesidad y la urgencia se desenvuelven en el campo del derecho, pero no son conceptos jurídicos intercambiables e indistintos, ni mucho menos. Así lo expone el propio Tribunal Constitucional en ocasiones anteriores[13].

---

11 Coincido en buena medida con el voto particular discrepante de los Magistrados doña Concepción Espejel Jorquera y don Enrique Arnaldo Alcubilla.

12 Sobre las cuestiones de la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE) y la garantía institucional de la autonomía local escriben sendas reflexiones los profesores Francisco Velasco Caballero (2025): «Licencias municipales y autonomía local en la STC 64/2025, de 13 de marzo, sobre el Decreto-ley catalán 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico», *entrada publicada el 23 de abril de 2025 en el blog del del IDLUAM-Licencias municipales y autonomía local en la STC 64/2025, de 13 de marzo —IDGL-UAM—*), y Luis Medina Alcoz (2025): «Rel 284 mayo 2025. ¿Una nueva doctrina sobre la garantía constitucional de la autonomía local? Comentario a la STC 64/2025, de 3 de marzo», *Revista Cunal, 284*, publicado en la versión digital el 4 de junio de 2025).

13 P. e., SSTC 110/2021 y 111/2021, de 13 de mayo, y 113/2024, de 10 de septiembre. Esta última declara que: «No corresponde a este tribunal enjuiciar la necesidad o conveniencia de dichas modificaciones, sino el hecho de que se haya llevado a cabo mediante el uso del decreto-ley, porque, como dijimos en la STC 111/2021, de 13 de mayo, FJ 7 "[e]l mero deseo o interés del Gobierno en la inmediata entrada en vigor de la reforma no constituye una justificación de su extraordinaria y urgente necesidad (STC 68/2007, [de 28 de marzo,] FJ 9), lo mismo que la opción por el empleo de una concreta técnica o formulación normativa, existiendo otras que no obstaculizan el cumplimiento de los objetivos de la medida, no permite sacrificar la posición institucional del Poder Legislativo. Tal sacrificio el art. 86.1 CE lo condiciona a la satisfacción de una necesidad extraordinaria y urgente, pero no, por

3. El Decreto-Ley cuestionado no demuestra la existencia de un agravamiento de los problemas de acceso a la vivienda como consecuencia de la existencia de viviendas de uso turístico que sea de tal calibre que legitime el recurso al mismo.
4. El Decreto-Ley priva coactivamente a los propietarios de viviendas de uso turístico de la facultad de destinarlas a dicho uso pese a que cuentan con los correspondientes títulos habilitantes y forman parte del estatuto jurídico de la propiedad urbana hasta entonces. Dicho de otro modo, la norma arrebata a los propietarios la utilidad meramente individual de su derecho de propiedad, pese a constituir un criterio clave de recognoscibilidad del mismo.
5. El establecimiento a cambio, de forma única, de un denominado doble sistema de compensación que consiste en la mera posibilidad de la extensión del régimen transitorio de 5 años de duración, mediante una sola prórroga de un plazo máximo de 5 años más, para lo cual deben concurrir 2 elementos clave (uno, el planeamiento urbanístico en vigor debe permitirlo de forma expresa y los propietarios deben demostrar que ello no compensa la pérdida de dichos títulos habilitantes, lo que además ha de ser corroborado por la Administración competente) no constituye una reparación en sentido estricto.
6. No cabe negar lo innegable. Si el propio Decreto-Ley 3/2023 se califica a sí mismo de norma materialmente expropiatoria como consecuencia de las limitaciones que recaen sobre los propietarios de viviendas de uso turístico que soportan el sacrificio imperativo de su derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional no puede obviarlo, ni siquiera a efectos semánticos o terminológicos.
7. La invocación de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 106.2 CE) constituye un error, porque los daños y perjuicios derivados de las medidas contenidas en el Decreto-Ley no son imputables a la Administración en rigor, sino en todo caso al Legislador, lo que queda fuera del ámbito de dicho precepto constitucional.

En definitiva, salta a la vista que, entre otros extremos,

— uno, la privación impuesta por el Decreto-Ley reviste naturaleza materialmente expropiatoria, eso sí, sin la observancia de los requisitos establecidos por el artículo 33.3 CE;

---

muy legítimos que sean los objetivos que se tratan de alcanzar, al designio de 'abreviar el proceso' o de 'utilizar la vía más rápida' o 'el mecanismo más directo', que no es el fundamento de la potestad legislativa extraordinaria del Gobierno (STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 4). Y en el presente supuesto, conforme a todo lo expuesto, cabe concluir que no se ha justificado que estemos ante casos objetivos de urgente y extraordinaria necesidad, esto es, ante coyunturas en las que se haga presente la exigencia de una intervención normativa inmediata, solo atendible mediante esa disposición legislativa provisional"».

ISBN: 978-84-7777-740-3

— dos, la medida no genera un derecho a la percepción de una indemnización económica a favor de los propietarios afectados; y
— tres, la denominada compensación no es tal, porque no solo no está garantizada al ordenarse con muchas incógnitas, sino que además depende esencialmente de la voluntad de unas Administraciones Públicas que han dejado claro una y otra vez que no están dispuestas a acoger viviendas de uso turístico en sus respectivos territorios.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional entiende que las Administraciones Públicas pueden ser habilitadas para forzar el arrendamiento de viviendas que pertenecen a particulares cuando éstos no las ponen en el mercado, ni siquiera cuando son requeridos para ello. A juicio del Tribunal Constitucional, no infringe la CE la atribución a las Administraciones Públicas de una prerrogativa para acordar la cesión obligatoria de viviendas de particulares, sin compensación pública alguna y con una duración temporal de 7 años, con el fin de incorporarlas a un fondo de viviendas de alquiler para políticas sociales en determinadas condiciones (entre ellas, la previa declaración administrativa del incumplimiento de la función social de la vivienda por su falta de ocupación). En este sentido, la medida es análoga a la previsión de la expropiación de las facultades de uso y disfrute enjuiciada por la STC 37/1987, de 26 de marzo, por incumplimiento de la función social de la propiedad[14], con la diferencia capital de la ausencia de indemnización económica alguna por parte de la administración expropiante.

Así lo manifiesta en su Sentencia 120/2024, de 8 de octubre, en relación con el artículo 10 de la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016,

---

14 La citada STC 37/1987 enjuicia la constitucionalidad de la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía, que como otras Leyes precedentes inviste a la Administración autonómica, a través de una entidad pública de carácter instrumental (el IARA, Instituto Andaluz de Reforma Agraria), de una potestad para expropiar primero el derecho de uso de una finca y abonar el justiprecio correspondiente al propietario que no la explotara, y segundo cederlo a un tercero en virtud de un contrato de arrendamiento o análogo, a cambio de un precio y otras condiciones. El Tribunal Constitucional rechaza la denuncia de infracción del derecho de propiedad, por varias razones:

1. la reserva material de ley del derecho de propiedad no veda la habilitación a la Administración para que fije criterios objetivos para el mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos en tanto en cuanto la Ley recurrida define las clases de criterios objetivos, formas y modalidades de su concreción, así como sus fines;
2. la expropiación de las facultades de uso y disfrute por incumplimiento de la función social de la propiedad, no conlleva por sí sola una privación plena de los derechos de propiedad.

Vid. al respecto, Javier Barnés Vázquez (1989), «La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza», *Revista de Administración Pública*, 119 (págs. 269-311).

para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda[15]. Entiende que el otorgamiento de dicha prerrogativa obedece a la necesidad de garantizar la satisfacción de la función social de la propiedad sobre la vivienda en los supuestos de desatención por los propietarios de los requerimientos administrativos de ocupación legal de las mismas en el plazo de un mes.

Sin embargo, la argumentación empleada por la STC 120/2024 dista de ser consistente y lógica[16]. Es indiscutible que la imposición normativa a los propietarios de la cesión obligatoria de sus viviendas a través de un expediente contradictorio representa una privación motivada por una causa de interés social de naturaleza expropiatoria, que como tal requiere inexcusablemente del otorgamiento de una indemnización que la compense.

---

15 Debe señalarse que dicha STC 120/2024 estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra dicha Ley. Declara que son inconstitucionales y nulos los artículos 1.3 (modifica el artículo 5.2.f de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda), 7 (añade el artículo 126.5 de la Ley 18/2007), 11 (añade el artículo 10 a la Ley 24/2015) y 12 (añade la disposición adicional 1.ª a la Ley 24/2015), afectando la declaración de inconstitucionalidad y nulidad a los apartados 1, 2 e inciso «y, en cualquier caso, no inferior a 5 años si el titular de la vivienda es una persona física y no inferior a siete años si es una persona jurídica» del apartado 3, y disposición transitoria.

El Tribunal Constitucional considera que

1. la obligación de ofrecer una propuesta de alquiler social antes de la interposición de una demanda judicial supone la imposición a los propietarios de las viviendas de una carga que deben satisfacer antes de acceder a la jurisdicción, lo que constituye una vulneración de las competencias estatales en materia procesal. A su juicio, las competencias autonómicas en materia de vivienda, ya sea la planificación, el fomento o la promoción, no hacen posible el establecimiento de requisitos de acceso al proceso no previstos por el legislador procesal;
2. la renovación obligatoria de los contratos de alquiler social al cumplirse el término y la determinación de su duración entrañan la invasión de las competencias exclusivas del Estado sobre la determinación de las reglas concernientes a las bases de las obligaciones contractuales. Entiende que imponer la formalización de un nuevo contrato y desplazar la normativa estatal sobre la duración mínima de dichos contratos constituyen limitaciones a la libertad de contratación y diluyen el principio de autonomía privada, con el efecto de alterar la naturaleza del contrato de arrendamiento urbano; y
3. la subrogación de las personas jurídicas adquirentes de vivienda en la responsabilidad de los transmitentes por el incumplimiento de la función social de la propiedad vulnera el principio de legalidad sancionadora. Significa imponer una responsabilidad objetiva aneja a la vivienda objeto de adquisición por hechos ajenos, ignorando las exigencias del principio de culpabilidad.

16 De hecho, la STC 120/2024 es objeto de 4 votos particulares discrepantes de los Magistrados doña Concepción Espejel Jorquera (disiente, p. e., sobre el hecho de la resolución de este recurso antes de varios recursos contra la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la Vivienda), don César Tolosa Tribiño, don José María Macías Castaño, y don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla (sostienen que debió ser declarado inconstitucional el artículo 10 de la Ley 1/2022, que da nueva redacción al artículo 7.1 de la Ley 24/2015 —cesión obligatoria de viviendas—, por lesionar el art. 33.3 de la Constitución).

ISBN: 978-84-7777-740-3

No puede equipararse a ello la renta, por otro lado limitada, que el beneficiario de la cesión obligatoria acordada unilateralmente por la Administración competente debe abonar al propietario de la vivienda. Y ello, por al menos 2 motivos:

1. No está prevista la determinación y abono de un justiprecio expropiatorio que asegure la observancia del principio de indemnidad, de suerte que no se proporciona al propietario afectado el equivalente económico a la pérdida ocasionada. El importe de la renta del cesionario no suple esta carencia, tanto más cuanto que su importe es fijado en su función de su nivel de renta, que puede llegar a ser muy baja, y nada tiene que ver con el valor de la privación padecida por el propietario de la vivienda; y
2. La garantía del abono del justiprecio expropiatorio por la Administración expropiante y la tutela de los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contrastan de forma categórica con la ausencia de tales tratándose de la renta adeudada por el cesionario, más aún existiendo la posibilidad de su declaración de insolvencia, que hace muy difícil e incluso estéril la reclamación de abono en vía civil, por no hablar de otras posibles dificultades.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional estima compatible con la CE la posibilidad de la expropiación forzosa de terrenos de propiedad privada con destino a caminos públicos y rutas senderistas. En su Sentencia 116/2019, de 16 de octubre, se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley balear 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca, que determina que la aprobación de los planes o proyectos de rutas senderistas lleve implícita la declaración de utilidad pública de los terrenos necesarios para ejecutarlos (apartado 1), pero prevé al tiempo que su obtención derive preferentemente de la alienación o cesión voluntaria de las personas titulares, en lugar de mediante expropiación (artículo 50.2 en relación con el artículo 46.2).

El Tribunal Constitucional rechaza el recurso de inconstitucionalidad promovido por el grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, que considera que la Ley balear posibilita la expropiación de terrenos sin haber justificado el legislador la imprescindible causa legitimadora de utilidad pública o interés social. Con apoyo en la doctrina capital contenida en las SSTC 166/1986 (FJ 13) y 37/1987 (FJ 9), sostiene que no hay infracción de la exigencia constitucional de la concurrencia de una causa de utilidad pública o interés social (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 4). La Ley balear «dispone una serie de finalidades legítimas en el seno de políticas sectoriales de su competencia, expresivas de unos intereses sociales fijados en abstracto, que justifican que, para su consecución y en los términos previstos en la norma, se haga uso de la potestad expropiatoria»: se re-

fiere a aquellos fines públicos de interés general, que están ligados a la necesidad de asegurar una utilización adecuada de las rutas senderistas y, con ello, una mayor sensibilización ambiental aproximando la población a la naturaleza y al medio rural, que como tales legitiman el ejercicio de la potestad expropiatoria para su consecución.

Además,

— el ejercicio de la potestad expropiatoria reviste «carácter excepcional o residual, privilegiando los mecanismos de acuerdo o concertación con los particulares»;
— la finalidad de utilidad pública se halla también implícita en el carácter de instrumento de ordenación de los planes, contando con el respaldo de la legislación urbanística; y
— semejante previsión no afecta al control judicial de las actuaciones expropiatorias, puesto que los propietarios afectados pueden impugnarlas.

Como puede apreciarse, los ejemplos expuestos son sumamente expresivos de la tendencia creciente a la imposición de limitaciones administrativas a la propiedad privada, que con distinto alcance e intensidad tienen por efecto comprimir de forma muy acusada el ámbito de desenvolvimiento del titular del derecho, en la mayor parte de los casos sin indemnización[17].

---

17 Es cierto que en ciertas ocasiones el Tribunal Constitucional pone freno a algunas iniciativas. Así, las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, 32/2018, de 12 de abril, 43/2018, de 26 de abril, 93/2015, de 14 de mayo, 16/2018, de 22 de febrero, 80/2018, de 6 de julio, y 8/2019, de 17 de enero, declaran la inconstitucionalidad y nulidad de disposiciones generales que prevén la expropiación forzosa del uso de viviendas objeto de procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria instados por entidades financieras (o de gestión de activos) en los que éstas resultan adjudicatarias del remate.

En esta línea, la STC 16/2021, de 28 de enero, declara la inconstitucionalidad de los preceptos de los Decretos-Leyes catalanes 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, y 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior, que bien regulan el incumplimiento de la función social de la propiedad (requerimientos a propietarios, multas coercitivas para la ejecución forzosa, expropiación forzosa o cesión obligatoria para uso durante 3 años) y medidas coactivas para su cumplimiento, o bien imponen a los propietarios la obligación de ofrecer un alquiler social en ciertas circunstancias y condiciones, porque los limites materiales de este tipo de normas generales (artículo 86.1 CE), al regular el contenido general del derecho de propiedad sobre la vivienda.

Ahora bien, el cambio radical de composición ha dado lugar a un cambio de mayoría en el seno del Tribunal Constitucional, motivando un giro de su doctrina, en términos contrapuestos a los defendidos en el curso de los años precedentes. Prueba de ello son las SSTC 9/2023, de 22 de febrero, 15/2023, de 7 de marzo, y 7/2024, de 16 de enero, confrontadas al Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que extiende a los procesos penales la posibilidad de suspensión del lanzamiento en procedimientos de desahucio sustanciados durante el estado de alarma cuando afecten a personas en situación vulnerable. El Tribunal Constitucional estima que no transgrede los límites materiales de los Decretos-Leyes, porque no afecta al derecho de propiedad, y menos aún a su contenido esencial, en razón de sus límites subjetivos (sólo personas en situación de vulnerabi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ello hace ociosa la exposición de otros muchos casos de sacrificio imperativo del derecho de propiedad que su titular se ve obligado a sufrir, que en rigor deberían generar el surgimiento de un derecho a percibir una indemnización por la pérdida material que aquél implica.

A ello se suma la delimitación administrativa de la propiedad privada, que define su contenido normal, a la que se dedican las páginas que siguen.

V. LA TRANSFORMACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DOMINICAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La doctrina alemana contrapone a las *Eigentumsbeschränkungen* que acaban de exponerse la delimitación administrativa de la propiedad privada, o *Eigentumsbegrenzung*. Es justamente esta técnica de configuración por las Administraciones Públicas del contenido normal de los derechos privados la que ha servido de soporte a la transformación de la concepción dominical de la propiedad privada.

El recurso a esta técnica confiere al legislador una libertad muy amplia para delimitar el contenido normal del derecho de propiedad, al tiempo que correlativamente se flexibiliza de forma sustancial la reserva material de Ley. Importa recalcar que esa libertad en rigor no es ilimitada, porque debe salvaguardar en todo caso el contenido esencial del derecho de propiedad y respetar el principio de proporcionalidad[18]. Como señala la STC 89/1994, de 17 de marzo, a propósito de la ordenación contemplada en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964,

> «corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho. Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales.»

En este punto procede hacer una observación a mi entender relevante. El Tribunal Constitucional tiende a considerar desde muy pronto que los di-

---

lidad), objetivos (sólo viviendas no habituales y su propietario debe poseer más de 10 viviendas) y temporales (la duración del estado de alarma), pasando por alto la afectación directa de las facultades dominicales de los propietarios, las cargas desproporcionadas soportadas por ellos y el desequilibrio causado, entre otros efectos.

18 *Vid.* Javier Barnés Vázquez (1995): «El Derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», en Javier Barnés Vázquez (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado,* Madrid: Tecnos (págs. 25-66, en especial págs. 54 y 52).

versos deberes, obligaciones y cargas que son impuestos a los titulares dominicales contribuyen asimismo a definir su contenido, de forma conjunta con la utilidad estrictamente individual de la propiedad privada. Afirma incluso que la determinación del contenido esencial de la propiedad privada debe hacer también referencia a la función social y que esta última lo delimita, idea que parece hacer suya la profesora y ex Magistrada del Tribunal Constitucional Roca[19].

No puedo compartir semejante afirmación. Coincido más bien con los profesores Rodríguez de Santiago[20] y Barnés Vázquez en que la función social delimita el contenido de la propiedad privada, pero dejando a salvo en todo caso su contenido esencial en tanto que límite último insuperable para el legislador, que comprende una mínima utilidad privada individual o «frontera de la rentabilidad del derecho»[21], sin la cual deviene irreconocible y deja de ser tal.

El caso de la propiedad privada urbana es paradigmático. Los Poderes públicos no se contentan ya con acudir a las técnicas clásicas de las limitaciones administrativas de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil (artículos 348, 350 y 571, entre otros). No establecen fórmulas diversas de restricción o compresión de un concreto contenido previo del derecho de propiedad que limitan las posibilidades de su ejercicio. Van más allá y hacen descansar el estatuto jurídico de la propiedad del suelo sobre unas bases completamente distintas desde hace 70 años[22].

En efecto, la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 no se contenta con someter la propiedad del suelo a simples limitaciones administrativas, sino que va más allá, estableciendo su contenido normal y ordinario, delimitándolo en suma, a partir del diseño del modelo de ciudad que la Administración impulse en cada momento histórico con fundamento teóricamente en razones de interés público. A tal fin, prescribe que «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios» (artículo 61) y que la regulación de su uso así como de las construcciones contenidas en los mismos «define el contenido normal de la propiedad» (artículo 70). Esta definición se concreta a través de la Ley en primer lugar, que es desarrollada y completada en segundo lugar por medio de planes de urbanismo dictados en aplicación de la legislación urbanística, a los que incumbe determinar la clasificación urbanística de

---

19 Encarna Roca Trías (2024: 271-277).

20 *Vid.* José María Rodríguez de Santiago (2018: 1161).

21 *Vid.* Javier Barnés Vázquez (1995: 45).

22 *Vid.* en detalle, Tomás-Ramón Fernández (2023): *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid: Civitas, 23.ª ed. (págs. 103 y sigs.).

ISBN: 978-84-7777-740-3

los predios que fijan los límites y deberes para el ejercicio del derecho de propiedad[23].

Esta formulación ha permanecido a lo largo del tiempo a través de las Leyes urbanísticas que se han sucedido desde entonces. Prueba de ello es que el vigente 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, preceptúa que «el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística» (artículo 11.1), que sigue apoyándose en los planes de urbanismo para concretar los posibles usos del suelo y su destino en cada momento, de suerte que completa y precisa los derechos y deberes de los propietarios dentro del respeto a su contenido esencial[24].

Significa lisa y llanamente que el derecho a edificar ya no se configura como una mera facultad más inherente a la titularidad dominical del suelo, sino que deriva de lo que disponga en cada caso el plan de urbanismo. De este modo, el propietario no ostenta más facultades edificatorias sobre su terreno que las que le sean otorgadas por el plan de urbanismo[25] y hasta

---

23 En palabras de los profesores García de Enterría y Fernández, «que la delimitación del derecho de propiedad urbana se realice por decisión especial de la Administración y no mediante normas generales y abstractas (y aquí está una de las técnicas más características de la planificación) se explica a través del mecanismo de la remisión legal: las Leyes urbanísticas remiten al Plan aprobado por la Administración esa determinación, que queda hecha no en función de valoraciones abstractas (éste es el sistema de delimitación legal de los derechos), sino desde la perspectiva de una situación espacial, urbana, social absolutamente singular, la que es propia de cada ciudad o núcleo urbano. El fenómeno de remisión legal (*Vid. supra,* capítulo V, § II, 3) está confesado en la LS; que, como hemos visto, dice, en efecto, que la utilización del suelo habrá de hacerse conforme a lo dispuesto en la legislación territorial y urbanística y en los instrumentos de ordenación, esto es, en los planes. Por eso mismo, el plan urbanístico es necesariamente una norma —aunque sea una norma singularizada a un supuesto concreto: la jurisprudencia así lo admite, incluso a los efectos de la excepción de ilegalidad, o del recurso indirecto contra Reglamentos: Sentencias, entre otras muchas, de 18 de julio de 1997, 16 de mayo de 1996, 26 de abril de 1996, 26 de diciembre de 1995, 20 de diciembre de 1994, etc.—.

Se trata, como vemos, de una de las más espectaculares transformaciones, a la vez, del derecho de propiedad y de las técnicas administrativas de intervención» [*Vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2024: 186), tomo II].

24 *Vid*. José María Baño León (2009): *Derecho urbanístico común*, Madrid: Iustel (pág. 337).

25 Esta cuestión no es enteramente pacífica en la doctrina. Baste indicar que se tiende a identificar el contenido inicial de la propiedad del suelo con la realidad natural, esto es, con el aprovechamiento inherente a sus cualidades estrictamente naturales, como son los usos rústicos (agrícola, forestal, ganadero o cinegético), y así se refleja en la legislación urbanística (p. e., artículo 13.1 del referido Real Decreto Legislativo 7/2015). Sin embargo, diversos autores defienden que ese aprovechamiento no tiene por qué ser siempre el único posible, sino que debe incluir ciertas facultades constructivas o edificatorias, en tanto en cuanto son consustanciales a ciertas propiedades inmobiliarias. *Vid.* a este respecto, Alfredo Gallego Anabitarte (2006): «Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actua-

donde este lo haga, con todas las determinaciones procedentes de relevancia[26].

Por este motivo la legislación urbanística dispone desde hace 70 años que, cualquiera que sea la ordenación contenida en los planes de urbanismo, «son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este», de modo que «esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes» (artículo 4.1 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015)[27].

Lca descrita en la definición del derecho de propiedad urbana ha sido por lo demás avalada por la jurisprudencia constitucional, con mayor o menor fortuna, en sus Sentencias 61/1997, de 20 de marzo, 164/2001, de 11 de julio, 14/2007, de 18 de enero, 141/2014, de 11 de septiembre, o 218/2015, de 22 de octubre.

Baste añadir que esta misma técnica es empleada de igual modo en otros ámbitos de actuación administrativa. Tal es el caso de los espacios naturales protegidos. Tanto su normativa de cabecera (en detalle, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) como las Leyes de creación de cada uno de los espacios naturales protegidos imponen numerosas limitaciones administrativas, incluyendo prohibiciones incondicionadas y absolutas, así como vinculaciones de carácter no indemnizable, que reducen de forma muy apreciable los usos y actividades susceptibles de llevarse a cabo con el fin de garantizar la integridad e identidad de los valores que atesoran y justifican su protección.

---

les», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 225 (págs. 119-15); Jorge Agudo González (2011): «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria: o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», *Revista de Administración Pública,* 185 (págs. 9-47); y Francisco Velasco Caballero (2018): «Derecho urbanístico en la Comunidad de Madrid», Madrid: Instituto de Derecho Local, UAM, 3.ª ed., versión 1.3 (pág. 80).

26 Este juego combinado entre Ley y plan de urbanismo, en tanto que reglamento, a través de una remisión legal, sólo es posible en razón de una flexibilización de la reserva material de ley en lo referente a la delimitación del contenido del derecho de propiedad urbana, con fundamento en la función social que está llamada a desempeñar. Dicha flexibilización es respaldada por el Tribunal Constitucional, que distingue la proscripción constitucional de la deslegalización de la definición del derecho de propiedad y su ordenación mediante reglamentos independientes de la remisión legal para completarla por vía reglamentaria (SSTC 112/2006, de 5 de abril, y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9.B; y, con anterioridad, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3, y 170/1989, de 19 de octubre).

27 De esta forma, la simple delimitación legal del derecho de propiedad no genera derecho a indemnización, siempre que respete su contenido esencial (STC 112/2006, de 5 de abril).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ello entraña 2 efectos. Por un lado, tiene como efecto inmediato constreñir y comprimir las facultades dominicales. Y, por otro lado, el efecto mediato consiste en minorar el valor de las propiedades inmuebles afectadas, causando su correspondiente demérito. Eso explica que semejantes decisiones de los Poderes públicos susciten con frecuencia las protestas e incluso el rechazo de los propietarios de terrenos incluidos dentro de sus perímetros e incluso en sus zonas periféricas de protección, que son en su mayor parte agricultores y ganaderos.

Es expresiva en este sentido la STC 170/1989, de 19 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por 50 Diputados contra la Ley madrileña 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares. El Tribunal Constitucional rechaza las 2 denuncias de inconstitucionalidad planteadas por los recurrentes:

1. Niega la existencia de una expropiación *ope legis*. A su juicio, los artículos 14 a 22 de la Ley recurrida no llevan a cabo:

> «una privación de propiedad alguna de los terrenos incluidos en el Parque Regional, o de cualquier otro derecho que deba ser indemnizable, por lo que no existe medida ablatoria del derecho de propiedad. La Ley realiza, eso si, una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá, no supone en si misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino solo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger. No cabe duda, por otra parte, que si las exigencias que impone la protección de los espacios naturales llevara al poder público a estimar necesaria la expropiación, ésta se vería obviamente sujeta a la legislación vigente en materia de expropiación; y lo mismo ha de decirse en relación con cualquier otra limitación singular de un derecho patrimonial susceptible de provocar daños que aunque legítimos deban ser objeto de resarcimiento.»

2. Respecto de las limitaciones, prohibiciones y vinculaciones de los derechos patrimoniales con carácter no indemnizable que contiene la Ley, que los recurrentes estiman contrarias al art. 33.3 CE, el Tribunal Constitucional recuerda en primer lugar su doctrina según la cual:

> «el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 de la Constitución) no es siempre fácil de determinar. En este sentido, y a partir de la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, se ha señalado respecto del derecho de propiedad que «la fijación

> de su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» (STC 37/1987). Partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (arts. 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben «delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes». Esto no supone, claro está, una absoluta libertad del poder público que llegue «a anular la utilidad meramente individual del derecho», o, lo que es lo mismo, el límite se encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 C.E., en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho.»

Sobre esta base, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional razona que:

> «las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados, al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el art. 45 CE. (…)
>
> Los apartados 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que si existe privación de derechos. En efecto se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado. Esta técnica, utilizada también en el art. 87 de la Ley del Suelo respecto del suelo no urbanizable, tiende precisamente a permitir la identificación del contenido esencial de los derechos; el mismo principio se ha utilizado en la Ley de Aguas, estimándose por este Tribunal que no suponía vulneración alguna de la garantía indemnizatoria del art. 33.3 de la Constitución, sino delimitación del contenido de los derechos patrimoniales (STC 227/1988)».

Reconoce con todo que la fórmula legal no es enteramente satisfactoria, toda vez que no garantiza una protección adecuada del derecho de propiedad. Afirma en detalle que:

> «no cabe duda que en ocasiones podrán plantearse problemas concretos para enjuiciar si ese límite se sobrepasa o no. Pero, si así ocurriera, deberá en cada caso valorarse esa circunstancia por la autoridad competente, sin perjuicio de la facultad de revisión que los órganos judiciales posean de

ISBN: 978-84-7777-740-3

> esas decisiones. Por lo que respecta a lo aquí cuestionado, la previsión legal de que solo son indemnizables aquellas vinculaciones o limitaciones de derechos que sobrepasen la barrera del uso tradicional y consolidado del bien, no supone una invasión del contenido esencial de los derechos, sino una delimitación de ese contenido, en el que se incluye, tanto respecto de la propiedad como de otros derechos patrimoniales, la función social que deben cumplir.»

En definitiva, la técnica de la delimitación administrativa de la propiedad privada ha contribuido de forma determinante a la transformación de su concepción. La particularidad de este proceso es la reducción progresiva de la tutela del contenido esencial del derecho de propiedad.

Ese proceso, por lo demás, se ha intensificado como consecuencia del otorgamiento de una amplísima potestad expropiatoria a las Administraciones Públicas.

VI. LA EXTENSIÓN EXTRAORDINARIA DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA Y SU CONTROVERTIDA Y DESMESURADA APLICACIÓN

Las Administraciones Públicas disponen de forma general de una extensísima potestad expropiatoria cuyo regulación y ejercicio, tan controvertidos como desmesurados, han coadyuvado asimismo a transformar la concepción dominical de la propiedad privada[28]. La triple exigencia constitucional de la concurrencia de una causa de utilidad pública e interés social, el ejercicio de la potestad expropiatoria a través de un procedimiento con todas las garantías y la determinación y pago de la correspondiente indemnización que compense la privación coactiva del bien o derecho que establece el artículo 33.3 CE no es bastante para prevenir prácticas que para muchos son infundadas en unos casos, abusivas en otros y desproporcionadas en todo caso, en tanto en cuanto no respetan los derechos e intereses de los propietarios privados, e incluso son contraproducentes para los propios intereses públicos.

No es el momento y el lugar de abordar esta cuestión tan relevante, bastando una remisión a algún trabajo anterior[29].

---

28 A juicio del Tribunal Constitucional, es la propia evolución del concepto mismo de propiedad privada la que entraña una transformación del concepto de expropiación forzosa: «la transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada» conlleva «una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa» que conoce «un proceso de extensión (…) a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales» (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13; y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 4).

29 *Vid.,* p. ej., Juan Ramón Fernández Torres (2007): «Teoría y práctica del procedimiento expropiatorio: algunas reflexiones sobre su estado de crisis y esbozo de posibles soluciones», *Revista General de Derecho Administrativo de iustel.com,* 16, y la bibliografía citada en el mismo.

Tampoco pretendo abordar el tema de la concepción formal y material de expropiación forzosa que prima en la doctrina constitucional. Me contento aquí con reproducir la definición recogida por la STC 204/2004, de 18 de noviembre, que ha sido ratificada con posterioridad:

> «Debe entenderse por (expropiación forzosa) la privación *singular* de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o de interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la *privación singular* característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su *contenido esencial,* pues en tal caso no cabría hablar de una *regulación general* del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente.» (FJ 5, *in fine*)

Lo que quiero señalar ahora es que entre las muchas cuestiones que generan debate y controversia se hallan dos que procede apuntar aquí. Por un lado, deben mencionarse las dificultades existentes para el cumplimiento de la exigencia constitucional de una compensación económica que asegure un valor de sustitución del bien o derecho objeto de privación que permita al propietario acudir al mercado y obtener otro análogo con el importe del mismo[30]. A juicio del Tribunal Constitucional, la garantía constitucional de la indemnización,

> «concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea este, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación.» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13)

---

30 Me remito a mis obras que siguen:

—Juan Ramón Fernández Torres (2007): *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, Pamplona: Thomson-Aranzadi Editorial, 2.ª ed., 720 págs.;

—Juan Ramón Fernández Torres (2022) «Comentario a los artículos 42 a 47 y Disposición Adicional 5.ª», en E. Sánchez Goyanes (director), *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (págs. 1389-1480 y 1919-1921); y

—Juan Ramón Fernández Torres (2023) «Capítulo 18. Expropiación forzosa (artículos 42 a 47 TRLSRU/2015)», en Alejandro Javier Criado Sánchez (director), *Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*, III, Pamplona: Aranzadi (págs. 663-718).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Cuál sea el contenido o cuantía de la indemnización es algo que el Tribunal Constitucional no determina en términos precisos, sino todo lo contrario:

> «una vez que la Constitución no utiliza el término de justo precio, dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre este y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable.» (STC 166/1986, FJ 13)

Esta doctrina es ratificada por la STC 141/2014, de 11 de septiembre, añadiendo más inconcreción y vaguedad, al declarar que:

> «la Constitución no exige, pues, que la indemnización correspondiente por la privación de bienes y derechos sea equivalente al valor de mercado de éstos, consintiendo así pues al legislador estatal un margen de apreciación para instituir distintas modalidades de valoración. Tampoco se deriva de la Constitución que el método de valoración del suelo haya de atender necesariamente al contenido del plan y, más concretamente, a la clasificación que este prevea para el terreno.» (en la misma línea, STC 218/2015, de 22 de octubre)

Como puede apreciarse, esta doctrina del Tribunal Constitucional dista de ser clara y satisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica: si en un principio recalca la exigencia de que la indemnización alcance el «valor económico del bien» y el «valor real» o «de mercado», más adelante subraya la necesidad de un «proporcional equilibrio», que sea «razonable» entre el daño causado y su reparación, y con posterioridad se limita a declarar que aquélla no debe hallarse «desprovista manifiestamente de base razonable» o sea lisa y llanamente «inexistente» o, peor aún, revista carácter «confiscatori(o)».

Por otro lado, el legislador recurre con frecuencia a las expropiaciones legislativas, en tanto que operaciones material y/o formalmente expropiatorias llevadas a cabo por el Legislador mediante una Ley singular, especial o *ad hoc*, con la particularidad de que llegan incluso a excluir el otorgamiento a los propietarios afectados del derecho a la percepción de una indemnización. Las expropiaciones legislativas plantean un doble problema.

El primero de ellos se refiere a las denominadas leyes de caso único. Es cierto que desde 1983[31] el Tribunal Constitucional declara la constitucionali-

[31] Me refiero a las 4 SSTC que ratifican no sin polémica la constitucionalidad de la expropiación del holding Rumasa: 111/1983, de 2 de diciembre (Rumasa I); 166/1986, de 19 de diciembre (Rumasa II), 67/1988, de 18 de abril (Rumasa III), y 6/1991, de 15 de enero (Rumasa IV). *Vid.* sobre el tema, José Ramón Parada Vázquez (1983): «Expropiaciones legis-

dad de las expropiaciones legislativas, siempre que sean observadas las garantías establecidas por el artículo 33.3 CE. De acuerdo con su doctrina, las expropiaciones por Ley singular tienen cabida, porque

1. la CE «no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración», y
2. el principio constitucional de igualdad admite regulaciones que atiendan:

> «una situación excepcional igualmente singular» y «su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad del supuesto de hecho sobre el que se proyecta(n)», porque «la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable.»

Añade que:

> «el control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que solo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas.»

Tales leyes singulares, según el Tribunal Constitucional, «requieren, por ser expropiatorias, que respeten las garantías del artículo 33.3 de la Constitución». Significa que es imprescindible la concurrencia de una causa de utilidad pública e interés social, un procedimiento expropiatorio con todas las garantías y la determinación y abono de la correspondiente indemnización.

Pero no lo es menos que esta doctrina constitucional es controvertida por varios motivos[32]:

---

lativas y garantías jurídicas (el caso Rumasa)», *Revista de Administración Pública,* 100-102 (págs. 1139-1168); y Javier Pardo Falcón (1995): «El Tribunal Constitucional y la propiedad», en Javier Barnés Vázquez (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid: Tecnos (págs. 67-88).

32 Estas ni son las únicas razones esgrimidas por la doctrina, ni son compartidas por todos. P.e, el profesor Rodríguez de Santiago entiende que el punto más vulnerable de la doctrina constitucional sobre el artículo 33 CE reside en que «está marcada por la confusión y la mezcolanza entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad; por la inconsistencia de afirmaciones —para mí— sorprendentes sobre las relaciones entre ley general y ley singular», «por el injustificado convencimiento, que se deja ver en las resoluciones sobre esta materia, de que las posibilidades de defensa que tiene el expropiado en el procedimiento general expropiatorio administrativo deben ser canon de constitucionalidad también de la expropiación legislativa (¿por qué?), de forma tal que la compatibilidad entre la expropiación legislativa y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se ha resuelto con afirmaciones que —como se verá— no satisfacen ni siquiera a la jurisprudencia constitucional posterior, que, sin embargo, se siente obligada a seguir sometiéndose a ellas formalmente». *Vid.* José María Rodríguez de Santiago (2018: 1164).

ISBN: 978-84-7777-740-3

1. el establecimiento de un régimen singular *ad hoc* que de solución a un caso único al margen del régimen general, como es el supuesto de la expropiación del holding Rumasa al margen de la legislación expropiatoria general, pugna con el principio constitucional de igualdad;
2. la observancia de las garantías establecidas por el artículo 33.3 CE no está asegurada en todos los casos; y
3. la merma de la garantía judicial, esto es, la degradación de la tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 24 CE, como consecuencia de la inimpugnabilidad de la Ley expropiatoria por parte de los propietarios afectados, es a mi juicio incontrovertible[33]. Por mucho que quepa la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad y de acceder en amparo ante el Tribunal Constitucional, es patente que lo primero depende de la decisión de un órgano judicial ordinario en el marco de un proceso judicial que ha de promover el propio propietario afectado, si quiere al menos intentarlo, con todas las limitaciones asociadas, y lo segundo requiere el previo agotamiento de las vías de recurso, y su ulterior admisión a trámite, cuya probabilidad no supera el 1 % en el mejor de los casos, de modo que no se satisfacen en absoluto las exigencias derivadas del artículo 24 CE[34].

---

33 Por este motivo, autores como el profesor Barnés Vázquez defienden que el test de proporcionalidad conforme al cual debe juzgarse la constitucionalidad de las Leyes que delimiten la propiedad privada ha de incluir un tercer escalón que contemple la expropiación legislativa como subsidiaria de la administrativa. *Vid*. Javier Barnés Vázquez (1995: 52).

En esta misma línea se pronuncia asimismo el profesor Rodríguez de Santiago con apoyo en el Derecho alemán. *Vid*. José María Rodríguez de Santiago (2018: 1167-1168). La previsión constitucional de la expropiación legislativa está revestida de cautelas: en la medida en que limita de manera más intensa las posibilidades de defensa, sólo se justifica el recurso a la misma «en circunstancias excepcionales, en las que no pueda atenderse con la misma eficacia a la satisfacción de la *causa expropiandi* (interés público que justifica la expropiación) por los medios ordinarios, menos limitativos, que son los que ofrece la aplicación de las leyes generales que regulan la expropiación administrativa».

34 No es en absoluto convincente la afirmación del Tribunal Constitucional según la cual, «la inexistencia de recursos directos frente a la Ley no quiere, sin embargo, decir que los expropiados queden indefensos frente a la *causa expropriandi* declarada en una Ley singular, pues estando ésta sometida al principio de igualdad, los expropiados que consideren que la privación singular de sus bienes o derechos carece de base razonable podrán… solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad» e interponer en su caso recurso de amparo.

Es mucho más consistente el planteamiento del Magistrado Francisco Rubio Llorente en sus votos particulares a varias de las SSTC precitadas, para quien «ni la jurisdicción constitucional forma parte del Poder Judicial, ni cabe el recurso de amparo frente a Leyes, ni puede reducirse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la posibilidad de pedir a un Juez o Tribunal que plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, en términos abstractos, basada sólo en las dudas que albergue el órgano proponente y sin que exista siquiera la posibilidad de que el autor de la petición (titular del derecho) comparezca ante nosotros en defensa de sus tesis».

Estas carencias y limitaciones de la doctrina constitucional son objeto de una matización sustancial en la STC 48/2005, de 3 marzo, que declara la inconstitucionalidad de la Ley canaria 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de varios edificios en Santa Cruz de Tenerife para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento. Son varias las precisiones que deben destacarse aquí:

1. Las Leyes expropiatorias singulares solo son legítimas cuando:

> «están constreñidas a supuestos estrictamente excepcionales frente a los que no resulta posible responder mediante el sistema expropiatorio general.»

2. Sin perjuicio de que puedan contener «las especialidades procedimentales que sean necesarias para hacer frente a la situación excepcional», realiza una advertencia muy relevante, consistente en que:

> «un acto legislativo expropiatorio solo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de Ley es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso»,

debiendo comprender la posibilidad de debatir acerca de:

> «la existencia de otros bienes capaces de proveer a la necesidad del expropiante en la misma o mejor medida que los que el legislador ha señalado como objeto de expropiación.»

Más de una década después, el Tribunal Constitucional declara que la anulación legal de una pensión excepcional destinada a miembros de las Fuerzas Armadas (y sus familiares) que sufren lesiones o fallecimiento como consecuencia de la participación en operaciones internacionales de paz y seguridad constituye una expropiación mediante Ley singular que es inconstitucional y nula en la medida en que ni se exterioriza, ni puede considerarse implícita una causa constitucionalmente legítima de utilidad pública o interés social que justifique su razonabilidad. En la STC 45/2018, de 26 de abril, el Tribunal Constitucional sostiene que

1. debe concurrir una finalidad de utilidad pública o interés social que legitime cualquier medida de naturaleza expropiatoria, incluida una Ley singular, de manera que en su ausencia se entiende conculcado el artículo 33.3 CE;
2. una medida legal como la cuestionada que comporte la privación singular de un derecho subjetivo de contenido patrimonial, la sustracción o ablación de un derecho impuesta a un único sujeto

ISBN: 978-84-7777-740-3

identificado individualmente, encaja «de pleno» en el concepto de expropiación forzosa acuñado por la doctrina constitucional, que se extiende a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y da cobertura a los derechos reconocidos a través de acciones de protección social;

3. cualquier Ley singular debe superar en primer término el canon de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, de acuerdo con su doctrina (SSTC *129/2013, 203/2013* y *170/2016*); y
4. el canon de razonabilidad propio de todas las Leyes singulares estriba en su justificación objetiva, que en el caso de las expropiaciones legislativas singulares no puede ser otra que la concurrencia de una causa de utilidad pública o interés social.

El segundo problema ligado a las expropiaciones legislativas surge cuando una Ley establece una ordenación general afectante a una pluralidad indeterminada de destinatarios, con la particularidad de entrañar un efectivo despojo de sus derechos, amparados hasta entonces por el ordenamiento jurídico. Como advierten los profesores García de Enterría y Fernández, «aquí ya no puede erigirse en criterio delimitador entre limitación y expropiación el de medida general-medida singular»[35]. Esto es particularmente visible en 2 supuestos, de extraordinario alcance, todo sea dicho. Por un lado, la Ley 29/1985, de 2 agosto, de Aguas, dispone la conversión en dominio público de la totalidad de las aguas existentes en España (salvo contadísimas excepciones). La demanialización legal comprende las aguas que hasta entonces eran consideradas privadas, dando a sus titulares la posibilidad de seguir disfrutando de las mismas durante 50 años y otorgándoles un derecho preferente para obtener la correspondiente concesión administrativa (disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª)[36].

Por otro lado, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, declara la demanialidad de la zona marítimo-terrestre, con una extensión extraordinaria[37],

---

35 *Vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2024: 252), tomo II.

36 La STC 227/1988, de 29 de noviembre, declara a propósito del empleo por el Legislador de la técnica descrita que «es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traducirá en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la norma constitucional salvo que medie la indemnización correspondiente».

37 Téngase presente que, según el artículo 3.1.a), la zona marítimo-terrestre es el espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial, extendiéndose por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas e incluyendo las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar.

así como de todas las playas, entendidas asimismo en un sentido igualmente muy extenso[38]. De esta manera se incorporan al dominio público marítimo-terrestre un número muy elevado de fincas privadas amparadas en los correspondientes títulos dominicales e incluso en Sentencias judiciales firmes (disposición transitoria 1.ª) y se someten a otras muchas colindantes con el mismo a servidumbres y limitaciones administrativas en atención a la naturaleza, características y función social que la Ley de Costas atribuye a las mismas. A juicio del Tribunal Constitucional, la decisión del legislador constituye una auténtica expropiación a pesar de su carácter general (una «privación de derechos», reconoce)[39], motivo por el cual debe respetar el contenido esencial del derecho de propiedad para asegurar un «proporcional equilibrio», en cuya ausencia —como es el caso— deben observarse las garantías contenidas en el artículo 33.3 CE y, muy en especial, la indemnizatoria. Es decir, la constitucionalidad de una Ley materialmente expropiatoria depende de la previsión de la indemnización exigida por el artículo 33.3 CE.

El debate se traslada entonces a la cuestión de la suficiencia o no de la compensación prevista en la Ley de Costas, que consiste en la conversión de las titularidades dominicales preexistentes en concesiones administrativas de 30 años de duración. El Tribunal Constitucional estima en su STC 149/1991, de 4 de julio, que

1. si la expropiación se realiza a través de la transformación de la propiedad dominical en concesión administrativa, su valor económico «no puede ser entendido sino como compensación, determinada *ope legis*, por la privación del título dominical», siendo «una decisión expropiatoria en la que es la Ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización» (FJ 8);
2. la insuficiencia de la indemnización solo entraña la inconstitucionalidad de la norma que la fija para la expropiación de un conjunto de bienes si no existe un «proporcional equilibrio» (STC *166/1986*) entre el valor de los bienes o derechos expropiados y la cuantía de dicha

38 Repárese en que el artículo 3.1.b) de la Ley de Costas define las playas como las zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, con la particularidad de que estas últimas se prolongan «hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa», lo que es objeto de una interpretación desmesuradamente expansiva por parte de la Administración de Costas, con el efecto de incorporar al dominio público marítimo-terrestre decenas de miles de propiedades privadas, pese a disponer de la cobertura de los correspondientes títulos dominicales.

39 En sus propias palabras, «cosa bien distinta es que la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución incorporó al demanio pueda ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, pues ésta es cuestión que atañe al respeto de la garantía expropiatoria, que la Constitución reconoce» (STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8).

ISBN: 978-84-7777-740-3

indemnización ofrecida. Afirma que la insuficiencia no se produce en el supuesto enjuiciado, porque existe un equilibrio entre la titularidad dominical objeto de privación y el otorgamiento de una concesión administrativa de duración limitada a 30 años, lo que no es en absoluto el caso por razones patentes (diversidad de titularidades, facultades, duración, etc.)[40]; y

3. los propietarios afectados por la expropiación están facultados, naturalmente, para impugnar ante la Jurisdicción competente los actos administrativos de conversión de sus títulos dominicales en títulos concesionales y deducir las pretensiones que juzguen pertinentes (FJ 8), pero no tiene presente que la premisa de su argumentación brilla por su ausencia en la práctica.

Como puede apreciarse, la extensión extraordinaria de la potestad expropiatoria y su aplicación han sido ratificadas en lo esencial por la jurisprudencia constitucional a través de una doctrina polémica y controvertida.

VII. CONCLUSIONES

El transcurso de 48 años ya desde el advenimiento del régimen constitucional pone de relieve la existencia de un proceso de transformación de la concepción dominical de la propiedad privada reconocida en el artículo 33 CE, con respaldo explícito del Tribunal Constitucional, que conlleva al menos dos efectos. Por un lado, provoca una minoración sustancial del contenido de la propiedad privada e incluso su vaciamiento, a pesar de la exigencia constitucional de la salvaguardia de su contenido esencial[41]. En estas circunstancias, no es extraño oír hablar de mutación constitucional por transformación del derecho de propiedad.

Cada día es más habitual que una nueva norma restrinja cuando no impida lisa y llanamente bien el uso y disfrute de bienes inmuebles de propiedad privada por parte de sus titulares, o bien la obtención de un fruto o rendimiento económico mediante su explotación, o incluso el ejercicio de la facultad de disposición, desdibujando su contenido y vaciándolo en suma,

---

40 Me remito en este punto a las valiosas reflexiones del profesor García de Enterría. *Vid.* Eduardo García de Enterría (1996): «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, 141 (págs. 131-152); y del mismo autor (2005), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Madrid: Civitas.

41 Con razón el profesor Aragón Reyes insiste en que «el contenido esencial ha de ser un haz de facultades que ni siquiera, apoyándose en la legitimidad de los fines y la proporcionalidad de las medidas, el legislador pueda franquear» [*Vid.* Manuel Aragón Reyes (2024: 280)].

invocando una función social que en realidad oculta el ineficacia y el fracaso de unas determinadas políticas públicas, como es la de vivienda, que es imputable en todo caso a sus responsables y no a aquellos[42].

Por otro lado, este proceso causa una degradación paulatina de las garantías jurídicas de los propietarios, tanto sustantivas como formales o procedimentales. Dicha degradación tiene como resultado un debilitamiento muy sensible de su posición jurídica. Ello es tanto más visible cuanto que en gran medida se produce por vía legislativa, de suerte que los propietarios afectados no pueden combatirla en sede judicial de forma directa e inmediata, al tener vedada la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra las correspondientes Leyes.

Son contadas las sentencias del Tribunal Constitucional que se esfuerzan en poner freno a prácticas legislativas y administrativas que ignoran el canon de constitucionalidad de razonabilidad y proporcionalidad en la materia[43]. Es indispensable que dicho canon opere con más intensidad para restablecer un equilibrio hoy por hoy inexistente[44]. Si la CE reconoce la propiedad privada como un derecho fundamental, los Poderes públicos están inexorablemente obligados a protegerla en lugar de convertirla cada vez con más frecuencia en un cascarón vacío. Y si la privan de contenido hasta hacerla difícilmente reconocible, deben ofrecer una compensación al titular del

---

42 En esta línea, la profesora Cuena Casas afirma que «España no resolverá su habitacional mientras siga confundiendo quién debe garantizar el derecho a la vivienda. No son los propietarios privados. No son los jueces. No es el mercado. *Es el Estado,* obligado por la Constitución, quien debe construir, planificar y sostener una política de vivienda a largo plazo» [*vid.* Matilde Cuena Casas (2025): *Derecho a la vivienda y devaluación constitucional de la propiedad privada,* artículo digital publicado el 6 de diciembre de 2025]. *Vid.* un examen sistemático de esta materia en Matilde Cuena Casas y Julio Tejedor Bielsa (dirs.) (2025): *Tratado de Derecho de la vivienda*, Madrid: *BOE*.

43 Valga la cita de la STC 168/2023, de 22 de noviembre, que estima la cuestión de inconstitucionalidad en relación con las disposiciones transitorias de la Ley 5/2014, de 25 de julio, y del Real Decreto Legislativo 1/2012, de 18 de junio, que suspenden los plazos para el ejercicio de la expropiación rogada. Declara que dicha medida vulnera:

1. el derecho de propiedad al impedir durante un periodo de tiempo prolongado como consecuencia de sus prórrogas sucesivas a lo largo de los años el ejercicio por los propietarios de su derecho a instar de la Administración la expropiación de sus inmuebles, con la consecuencia de obligarles a soportar una carga excesiva al concurrir los requisitos de la expropiación rogada; y
2. el principio de seguridad jurídica, porque nada justificación la suspensión de los plazos para solicitar y tramitar la expropiación rogada.

44 *Vid*. José María Rodríguez de Santiago (2018: 1162, 1163 y 1167), quien aboga a favor del empleo del test de los tres escalones de la proporcionalidad (estricta necesidad de las medidas para la defensa de los intereses generales que especifican la función social; preferencia de la carga derivada de la función social a la expropiación; y subsidiariedad de la expropiación legislativa frente a la administrativa) en razón de su mayor intensidad en lugar del «más liviano» canon de razonabilidad, manifestado a través de los conceptos de «equilibrio justo» o «relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida».

ISBN: 978-84-7777-740-3

derecho en función de la intensidad del daño o perjuicio causado como consecuencia de ello[45].

Al actuar como ha sido expuesto en páginas anteriores, los Poderes públicos no transgreden solo la CE. Vulneran asimismo los tratados y convenios internacionales de los que España es parte y, en particular el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por un lado, y el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 1950 por otro, en tanto en cuanto proclaman el derecho a la protección de la propiedad privada.

Hace ahora 30 años el profesor García de Enterría manifestó de forma lapidaria que «España es quizás el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad[46]». El tiempo le ha dado la razón. Hora es de que la función social deje de ser una patente de corso de carácter materialmente confiscatorio al servicio de unos gestores públicos incapaces de articular sólidas y eficaces políticas públicas.

---

45 Así se pronuncia el profesor Fernández Farreres: «¿acaso el titular del derecho *no habría de ser compensado atendiendo a la proporcionalidad e intensidad del daño o perjuicio que la ley infrinja a causa de la limitación que impone?*

El beneficio que la comunidad recibe como consecuencia de la limitación del derecho individual, no debe serlo a costa exclusivamente de quienes sufren el daño o perjuicio. Y por eso, la decisión del legislador, por muy amparada que lo esté en la «activación» de la función social de la propiedad y con ello en la concreción del derecho, *cuando impone* «sacrificios» *singulares e individualizados en beneficio de la comunidad o de determinados sectores de la comunidad, aunque lo sea por exigencia de la función social* que se estima ha de cumplir en cada caso y ser, incluso, plenamente constitucional, *ha de ir acompañada de la correspondiente compensación»*. *Vid.* Germán Fernández Farreres (2024): «Algunas consideraciones a propósito del derecho de propiedad, su función social y el contenido esencial del derecho como límite a la ley», en Andrés Betancor (coord.), *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones. Contribución a la cultura cívica de la institucionalidad democrática*, Madrid: Fundación Rafael del Pino/BOE (págs. 283-286).

Esta es igualmente la tesis defendida por los profesores Barnés Vázquez y Rodríguez de Santiago respecto de las expropiaciones legislativas con respaldo en la exigencia *Junktim-Klausel* del Derecho alemán. *Vid.* Javier Barnés Vázquez (1995: 43); y José María Rodríguez de Santiago (2018: 1172-1174).

46 *Vid.* Eduardo García de Enterría (1996: 134).

La autonomía local como participación en los procedimientos normativos: una aproximación

Tomàs Font i Llovet
ORCID: 0000-0003-1842-0946

Es para mí una verdadera satisfacción participar en esta obra colectiva que se ofrece en homenaje a mi querido y admirado amigo y compañero Edorta Cobreros Mendazona

Su ejemplar trayectoria académica, la solidez de su producción científica y su compromiso con las instituciones públicas dibujan el perfil del universitario y del ciudadano que, en palabras de Albert Camus, se siente solidario con el destino del mundo.

Sumario. I. Introducción.—II. La exclusión de la participación en la STC 64/2025.—III. La garantía estatutaria de la participación local.—IV. Sobre la eficacia constitucional de la participación local.—V. ¿Es suficiente «algo de participación»?—VI. La participación local en procedimientos reglamentarios.—VII. Mecanismos para la eficacia jurídica de la participación local en la elaboración de las leyes: la «alerta temprana».—VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los «retos actuales del Derecho público» que da título a este volumen se encuentra, creo yo, el de perfilar y actualizar el concepto y el contenido de la autonomía local. En una síntesis apretada, podemos decir que la autonomía local se proyecta esencialmente en cuatro vertientes:

— En primer lugar, el reconocimiento a los municipios —y a los demás entes locales territoriales— de un núcleo sustancial de competencias propias, completas y suficientes.
— En segundo lugar, la ausencia de tutelas y de controles administrativos por parte de otras instancias gubernamentales o administrativas.
— En tercer lugar, la participación de los gobiernos locales en las decisiones del Estado y de las comunidades autónomas que les afectan.
— Y, por último, la existencia de un mecanismo eficaz de protección jurisdiccional de la autonomía local.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La STC 64/2025, de 13 de marzo, ha enriquecido el planteamiento tradicional sobre el contenido competencial de la autonomía local, señalando que la garantía constitucional de la autonomía local no se agota en la existencia de un núcleo mínimo de autonomía que no puede ser desconocido por el legislador —la conocida garantía institucional—, sino que «también le(s) dirige un *mandato de optimización* para la consecución de los mayores niveles posibles de autonomía local» [FJ 6 b)] (Font i Llovet y Vilalta Reixach, 2025:24-31).

Pero, como digo, la autonomía local no se agota solamente en su dimensión competencial, aun siendo esta la más significativa, sino que se manifiesta también, en lo que aquí interesa, en un contenido procedimental. En esta colaboración se ofrece una aproximación al estudio de la participación de los entes locales, y en particular de los municipios, en los procedimientos de elaboración de las disposiciones legales y reglamentarias que les afectan[1].

Esta aproximación no pretende tener un carácter sistemático y completo del tema, sino más bien sintomático —señalar problemas— sobre la base que ofrecen diversos pronunciamientos jurisprudenciales y de órganos consultivos.

II. LA EXCLUSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN LA STC 64/2025

La referencia a la participación en el procedimiento legislativo resulta especialmente pertinente, puesto que esta cuestión fue expresamente planteada en el proceso constitucional que dio lugar a la STC 64/2025, referida al Decreto-ley 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico. En efecto, los diputados (estatales) recurrentes contra el Decreto-Ley catalán denunciaron que los ayuntamientos no fueron consultados durante la tramitación de dicha norma, pese a que su contenido les afectaba de manera muy directa.

El Tribunal Constitucional responde a esta queja en los siguientes términos: «Entrando ya al fondo de la queja, esta debe ser desestimada en cuanto se dirige contra la falta de participación de los municipios en la determinación del contenido y del ámbito de aplicación del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 3/2023, al que pertenecen los preceptos ahora impugnados. Y ello porque, como hemos señalado en la STC 57/2015, FJ 6, "[t]ratándose de normas con rango de ley, no puede invocarse el principio de autonomía local para condicionar los correspondientes procedimientos legislativos imponiendo en ellos la audiencia de los

[1] Una visión de conjunto acerca de esta problemática puede verse, entre otros, en Medina Alcoz, 2009, Villar Crespo, 2023: 93-113 o Vilalta Reixach, 2007: 33-80.

ayuntamientos que pudieran resultar afectados por los proyectos en tramitación. Dicho principio actúa como canon de constitucionalidad del contenido de las leyes, no del procedimiento de su elaboración"».

Con la última precisión, la sentencia descarta de plano lo que aquí denominamos la vertiente procedimental de la autonomía local o, en otros términos, su garantía procedimental. Y lo hace sin tomar en consideración la normativa específica que, en el ámbito del sistema estatutario catalán, sí condiciona el procedimiento legislativo cuando éste afecta a los intereses y a las competencias propias de los municipios, como enseguida se verá.

Conviene recordar, antes de entrar en esta cuestión, que el supuesto analizado en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 57/2015, de 18 de marzo —que el Tribunal invoca y reproduce en la STC 64/2025—, se refería a una ley de contenido muy específico: la aprobación del plan de ordenación del litoral de Cantabria. Se trataba, por tanto, de una ley de carácter «autoaplicativo», con una incidencia territorial singularizada sobre unos determinados municipios. Y, en aquel caso, lo que se discutía era si dicha ley debía haber seguido la tramitación prevista en la legislación autonómica en materia de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo[2], en la que sí se garantizaba la participación municipal, participación que quedó excluida al optarse por la aprobación del plan mediante una ley formal.

III. LA GARANTÍA ESTATUTARIA DE LA PARTICIPACIÓN LOCAL

Pero el ordenamiento catalán sí que establece determinadas garantías de participación de los municipios en la tramitación parlamentaria de las *iniciativas legislativas* que les afecten de manera específica. En concreto, destaca la intervención preceptiva del Consejo de Gobiernos Locales, creado por el art. 85 EAC y regulado por la Ley catalana 12/2010, de 19 de mayo. Se trata de un organismo de carácter representativo de los gobiernos locales —y no de composición mixta entre la Comunidad Autónoma y los entes locales— que debe informar preceptivamente los proyectos y proposiciones de ley que se tramitan en el Parlamento, así como en la tramitación de los planes, normas reglamentarias y anteproyectos de ley que afecten de forma específica a las administraciones locales. Este modelo encuentra, además, reflejo en el ordenamiento de otras comunidades autónomas (Font i Llovet y Vilalta Reixach, 2011: 1717-1746).

Debe subrayarse que la incorporación de este órgano de representación y participación local en el sistema institucional de la Comunidad Autónoma se encuadra y es coherente con una concepción más completa de

[2] Véase la, por entonces vigente, Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria.

ISBN: 978-84-7777-740-3

la autonomía local diseñada por el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En efecto, el artículo 86.3 EAC dispone que el Estatuto «garantiza al municipio la autonomía para el ejercicio de las competencias que tiene encomendadas *y la defensa de los intereses propios de la colectividad que representa*». Es decir, el Estatuto añade al concepto de autonomía municipal un *plus*, un contenido «no competencial» en sentido estricto, al garantizar también la participación de los municipios en procedimientos normativos y en procesos jurisdiccionales en los que puedan defender los intereses propios de la colectividad local que representan[3].

En este contexto, adquiere relevancia el hecho de que, en la tramitación del Decreto-Ley catalán al que se refiere la STC 64/2025, el Consejo de Gobiernos Locales no tuvo ocasión de intervenir. La ausencia de esta garantía procedimental ya fue objeto de consideración por el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries catalán núm. 3/2023, de 1 de diciembre, que se pronunció sobre el citado Decreto-ley de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico.

En dicho dictamen, el Consell ya dijo «que la tramitación por decreto-ley y la extraordinaria y urgente necesidad que le es inherente hace imposible la participación del Consejo de Gobiernos Locales, a quien el Estatuto, en el artículo 85, otorga el carácter y las funciones de representación de municipios y veguerías. El DL 3/2023 sí prevé un sistema de participación, mediante audiencia previa de los municipios afectados, cuando se dicten las futuras órdenes de revisión, que tendrá lugar cada 5 años, por parte de la persona titular del departamento competente en materia de urbanismo (art. 3). No hay que insistir, por otra parte, *en la importancia de la intervención y participación de los municipios en la tramitación de cualquier iniciativa que afecte a sus intereses, especialmente relevante en este caso en tanto que, como acabamos de indicar, la norma en cuestión deriva a los municipios la articulación de las medidas que prevé* mediante la planificación urbanística y les atribuye también la potestad de otorgar las licencias, sus prórrogas y la gestión de resolver las incidencias que resulten del exceso de actividad existente hasta ahora en el municipio respectivo. *Esta participación, naturalmente, debería producirse en el caso de que el Decreto-ley se tramitara como Proyecto de ley, con lo que se posibilitaría, entonces, que los municipios, a través del Consejo de Gobiernos Locales, pudieran hacer presente, en el trámite legislativo, sus diversas situaciones, necesidades, intereses y singularidades*».

Es ampliamente conocido el debate sobre la disminución de las garantías de participación democrática que comporta la aprobación de decre-

[3] El papel de los Estatutos en supuestos como el presente —en el que se enjuiciaba un Decreto-Ley catalán en materia de viviendas de uso turístico— adquiere así un notable relieve, en la medida que pasa a integrar efectivamente el denominado «bloque de la constitucionalidad territorial local» (Font i Llovet, 2006).

tos-leyes por los gobiernos estatal y autonómicos. Sin embargo, aquí se plantea un aspecto más específico, que no afecta únicamente a la representación parlamentaria, sino, de manera particular, a la intervención de los gobiernos locales cuando esta se encuentra expresamente prevista en el Estatuto de Autonomía, que, como hemos dicho, aporta un *plus* al estándar constitucional de la autonomía local[4].

Ahora bien, el déficit de participación local en los procedimientos normativos, allí donde esta resulta exigible, no se circunscribe a los supuestos de aprobación de decretos-leyes, sino que también puede producirse en la tramitación parlamentaria de iniciativas legislativas ordinarias. Nuevamente, el caso de Catalunya ofrece un ejemplo que merece atención. En efecto, la aprobación por el Parlamento de Cataluña de la Ley 11/2025, de 29 de diciembre, de medidas en materia de vivienda y urbanismo, permite calibrar el alcance real de este tipo de mecanismos de garantía del principio de autonomía local.

Esta cuestión se analiza en el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Cataluña núm. 5/2025, de 2 de diciembre, relativo a la citada Ley 11/2025, de 29 de diciembre. En concreto, se examina, entre otros motivos, si durante su tramitación parlamentaria se había vulnerado el principio de autonomía local, al limitarse el derecho de las entidades locales a participar en los asuntos que afecten directamente a su círculo de intereses.

Uno de los primeros aspectos que analiza el Dictamen es si dicha vulneración podía derivarse de la forma en que se articuló la participación local en el procedimiento legislativo autonómico: mediante la *simple* intervención de las entidades municipalistas catalanas[5] en el trámite de comparecencias, sin la participación del Consejo de Gobiernos Locales citado.

En este punto, la mayoría del Consell descarta estas objeciones. Considera que, si bien el Estatuto catalán configura la participación de los entes locales en el procedimiento normativo como una garantía relevante (art. 85 EAC y art. 86.3 EAC), no la erige en un trámite dotado de un contenido rígido ni en un límite automático frente a las incidencias propias del procedimiento legislativo.

Desde esta perspectiva, el Dictamen sostiene que el principio de autonomía local no exige un determinado modelo de participación local, sino

---

4 El problema es común a las demás comunidades autónomas que tienen prevista la intervención de un órgano de representación local en los procedimientos legislativos. En este sentido, puede verse la Resolución de 4 de octubre de 2023, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, sobre consulta al Consejo Andaluz de Concertación Local y al Consejo Andaluz de Gobiernos Locales en la tramitación parlamentaria de las disposiciones legislativas y planes que afecten de forma específica a las entidades locales (*BOJA* 201/2023, de 19 de octubre de 2023), que prevé expresamente la intervención de estos organismos en la tramitación parlamentaria de la ratificación de los Decretos leyes.

5 Se trata de la Asociación Catalana de Municipios (ACM) y la Federación de Municipios de Cataluña (FMC).

ISBN: 978-84-7777-740-3

que admite una pluralidad de cauces. Entre ellos, tal y como ocurrió en este caso, se incluiría la participación por escrito, sin necesidad de comparecencias presenciales, siempre que se permita trasladar la posición de los gobiernos locales antes de la adopción de la decisión normativa.

Se añade, además, una circunstancia relevante: en el momento de la tramitación parlamentaria de la Ley, el Consejo de Gobiernos Locales catalán aún no se había constituido tras las últimas elecciones municipales. Por lo que, según el Consell, no cabía otra opción que acudir a formas de participación alternativas, como podían ser las articuladas a través de las entidades municipalistas, lo que, por cierto, estaba previsto en el Reglamento del Parlamento.

Ahora bien, esta solución puede suscitar algunas objeciones. En la práctica, la participación cualificada de los entes locales prevista en el Estatuto de Autonomía queda equiparada a la de cualquier otro sujeto portador de intereses sectoriales —las asociaciones municipalistas no dejan de ser formalmente entidades privadas—, diluyéndose así la posición institucional de los gobiernos locales como elementos del sistema institucional de autogobierno (art. 2.3 EAC). Y tampoco es menor la diferencia entre comparecer y debatir con los miembros de la comisión parlamentaria correspondiente que limitarse a emitir un mero informe escrito.

Por otra parte, el Dictamen aborda también una cuestión recurrente en los procedimientos normativos y de planeamiento: la eventual necesidad de reiterar el trámite de participación de los entes locales cuando, con posterioridad a su intervención, el texto ha sido objeto de modificaciones sustanciales. En este caso, la mayoría del Consell rechaza esta posibilidad, incluso si las modificaciones en el texto normativo eran de alcance relevante, como así sucedió, al considerar que la facultad de enmienda forma parte del núcleo del *ius in officium* de los diputados, que no puede ser limitado.

Naturalmente, no se cuestionaba la facultad de enmienda, sino la conveniencia de que los gobiernos locales pudieran pronunciarse sobre el texto que finalmente habría de someterse a aprobación. Este extremo fue, precisamente, objeto de un interesante voto particular, formulado por el consejero Francesc Esteve Balaguer, quien sostiene que la participación de los entes locales en el procedimiento legislativo no puede reducirse a un trámite meramente formal, sino que debe permitir una intervención real y efectiva.

En este sentido, afirma que la participación debe reunir una doble condición: por un lado, debe ser temporalmente adecuada, es decir, producirse antes que la decisión normativa esté sustancialmente determinada; por otro, ha de ser materialmente relevante, es decir, referida al texto que efectivamente será objeto de debate y aprobación. Aplicado este criterio al caso concreto, se pone de relieve que las enmiendas incorporadas tenían una inci-

dencia directa y sustancial en el ámbito competencial de los ayuntamientos en la materia regulada, de modo que su intervención previa quedó privada de eficacia real, convirtiéndose en un trámite formal incapaz de cumplir con la finalidad que le es propia. De ello concluía el voto particular que se había producido una vulneración del principio de autonomía local; conclusión derivada de un planteamiento teleológico que comparto plenamente.

Como puede observarse, las cuestiones que surgen en torno a la participación de los entes locales en los procedimientos normativos que les afectan de manera específica son complejas y están dando lugar a opiniones y matices interpretativos diversos, que merecen un seguimiento atento.

IV. SOBRE LA EFICACIA CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN LOCAL

En esta línea, resulta oportuno recuperar la atención que suscitó en su momento la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 82/2020, de 15 de julio, referida a la Ley de Servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana. En términos generales, esta norma fue avalada por el Tribunal, si bien se declaró la inconstitucionalidad de la letra b) del apartado 4 de su disposición transitoria cuarta[6].

Este precepto venía a establecer directamente los porcentajes mínimos de participación de las diputaciones provinciales en la financiación del personal adscrito a dichos servicios sociales. Mas en concreto, fijaba porcentajes que, en algunos casos, alcanzaban hasta el 90% de los módulos de financiación, lo que, en palabras del propio Tribunal Constitucional, suponía «una prefiguración exhaustiva del contenido de la actividad del ente coordinado».

Con esta expresión, el Tribunal ponía de relieve que, por su contenido, la disposición enjuiciada estaba limitando de manera muy incisiva la capacidad de actuación de las diputaciones, pero no llega a efectuar ningún pronunciamiento sobre si esta determinación sustantiva suponía una vulneración de la autonomía local de las diputaciones afectadas. En su lugar, prefiere orientar su argumentación hacia los aspectos procedimentales, en los que detecta la ausencia de participación de los gobiernos locales afectados.

Así, el Tribunal señala lo siguiente: «La referida prefiguración exhaustiva no se adecua, sin embargo, a la normativa básica estatal cuando exige, en el art. 59.1 LRBRL, que la potestad de coordinación de la comunidad autónoma de la función provincial de asistencia económica a los ayuntamientos *se realice a través de planes sectoriales en los que se garantice la*

6 *Vid*. al respecto De la Quadra-Salcedo Janini, 2022: 243-262.

ISBN: 978-84-7777-740-3

participación de los entes locales con la finalidad de armonizar los intereses públicos afectados. Así, *las exigencias recogidas en la normativa básica suponen indudablemente una garantía de la autonomía local*, pues implican, por un lado, *la participación de los entes locales* en la tramitación del plan y, por otro, que cualquier desviación respecto de los intereses locales manifestados mediante su participación en la elaboración de aquel, solo podría justificarse en la armonización de los intereses públicos en presencia.»

La participación se configura, así, como una auténtica garantía de la autonomía local. En consecuencia, la Sentencia 82/2020 considera conforme con la Constitución la regulación de la potestad de coordinación autonómica sobre las diputaciones en la medida en que la ley valenciana la articula a través de instrumentos de planificación, en cuya tramitación participan expresamente los entes locales. Sin embargo, «la letra b) del apartado 4 de la disposición transitoria cuarta, [de la Ley de Servicios Sociales impugnada] al establecer *directamente* los porcentajes mínimos de participación de las diputaciones provinciales en la financiación del personal, no se adecua a las exigencias recogidas en la normativa básica estatal para desarrollar la función de coordinación, *y que tienen como finalidad garantizar la autonomía local*. Por ello vulneran aquella garantía y el recurso debe ser estimado en este punto (…) ya que los referidos porcentajes mínimos de participación deben establecerse a través de los planes sectoriales *en los que se garantice la participación de los entes locales afectados, y no directamente en una disposición transitoria*».

Como sucede en tantas ocasiones, el argumento decisivo del Tribunal Constitucional para anular la norma autonómica es de índole competencial, y se concreta en la vulneración, por parte de la ley valenciana, de la normativa básica estatal que establece —en este caso, en su vertiente procedimental— una garantía de la autonomía local (art. 59 LBRL)[7]. Sin embargo, el significado último de la Sentencia que aquí se quiere destacar es otro: no resulta admisible el ejercicio de potestades de coordinación sobre los entes locales —ni siquiera mediante ley—, si en su elaboración no han tenido participación los gobiernos locales afectados. En definitiva, la vulneración de la autonomía local se produce, en este caso, por la ausencia de participación en el procedimiento de elaboración de la norma.

V. ¿ES SUFICIENTE «ALGO DE PARTICIPACIÓN»?

Ahora bien, como hemos señalado en otro lugar (Font i Llovet, 2022: 134-135), las dudas que surgen son inquietantes. ¿Qué habría sucedido si,

[7] Sobre la relación entre la ley de bases de régimen local, los estatutos de autonomía y la legislación autonómica, vid. Álvarez García, 2013: 61-97.

en la elaboración de la ley, hubieran participado las diputaciones, ya fuera directamente o a través de un órgano representativo cómo puede ser un Consejo de gobiernos locales? Lo cierto es que, según consta en los antecedentes de la Sentencia, en el procedimiento de elaboración de la Ley impugnada participaron cuatro representantes de la Diputación Provincial de Alicante —que precisamente era la institución disconforme con esta norma y la que consigue que sea impugnada por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular—, sin que no conste que formularan objeciones relativas a una eventual vulneración de la autonomía local.

La cuestión, por tanto, no es en absoluto trivial. ¿Podría considerarse suficiente un mero trámite de audiencia a los entes locales afectados para entender que no quedaba vulnerada su autonomía local? ¿Cabría alcanzar la misma conclusión cuando dicha participación se articula indirectamente a través de sus asociaciones representativas, como sucedía en el supuesto analizado por el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries que hemos estudiado anteriormente?

Una posible respuesta a las dudas planteadas puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2014, de 22 de julio, dictada en un conflicto en defensa de la autonomía local frente a una ley de la Comunidad de La Rioja que disponía una alteración de términos municipales que implicaba la pérdida del 40 % del territorio del municipio de Torremontalbo[8]. Nos hallamos, de nuevo, ante un supuesto de una ley singular que incide directamente en la posición jurídica de un ayuntamiento, en este caso, respecto de uno de sus elementos constitutivos: el territorio.

Aunque el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre este extremo —pese a su evidente relevancia— sí tiene interés en señalar lo siguiente: «Por último añadir que el Ayuntamiento de Torremontalbo *intervino,* como no podía ser de otro modo*, en el procedimiento* que concluyó con la alteración de su término municipal, anexionando el lugar de Somalo al municipio de Uruñuela, y que fue elevado al Parlamento de La Rioja, que lo aprobó mediante la Ley 3/2010, *cumpliéndose así el trámite de audiencia indispensable en todo caso, aun cuando sus razones no fueran tomadas en consideración*, tal y como resulta del texto de la norma legal citada que expuso los motivos de la alteración de términos municipales que llevaba a cabo».

Cierto es que en el contexto de la sentencia esto último parece más un argumento «a mayor abundamiento» y que no es la *ratio decidendi* para desestimar el conflicto, pero no hay duda de que para el Tribunal es un alivio haber comprobado el cumplimiento del trámite de audiencia y entender así que basta «algo» de participación para «subsanar» la pérdida del 40% del término municipal impuesta por una Ley.

8 *Vid*. un estudio detallado de esta sentencia en Nieto Garrido 2019: 88-103.

ISBN: 978-84-7777-740-3

VI. LA PARTICIPACIÓN LOCAL EN PROCEDIMIENTOS REGLAMENTARIOS

Nos hemos referido al problema de la falta de intervención de los gobiernos locales en los procedimientos legislativos a través de sus órganos de representación institucional —como puede ser, en los casos estudiados, el Consejo de Gobiernos Locales de Cataluña—, pero la misma problemática se reproduce cuando se trata de intervenir en otro tipo de procedimientos normativos, como los de aprobación de disposiciones administrativas de carácter general, ya sean reglamentos, planes de coordinación, etc.

En ese sentido resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 941/2019, 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:941), relativa a diversos instrumentos de planificación hidrológica para las cuencas mediterráneas de Andalucía, impugnados por una Junta de compensación de Torremolinos. Dichas disposiciones fueron anuladas por la omisión de la intervención preceptiva del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, creado por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

El Tribunal Supremo, citando una anterior Sentencia de 21 de abril de 2016 (rec. 4135/14), subraya el carácter cualificado de este órgano, por su composición, por sus funciones y por los efectos de sus informes, Así, aunque estos no son vinculantes, sí que obligan a la Administración a ofrecer una respuesta expresa y motivada a las observaciones formuladas al proyecto normativo. Por ello, su intervención no puede considerarse sustituible por la de otros organismos representativos de composición mixta entre la Comunidad Autónoma y los entes locales, ni por entidades de carácter sectorial[9].

Como ocurre con frecuencia cuando se anulan disposiciones generales por vicios formales o de procedimiento sin entrar en el fondo del asunto, la valoración de la Sentencia es, en cierto modo, agridulce. Por un lado, resulta positivo que la Sentencia reconozca y refuerce la cualificada posición institucional de los órganos de participación local y así justificar los efectos invalidantes de su falta de intervención en el procedimiento normativo. Pero, por otro lado, no deja de ser llamativo que quien invoca este vicio no sea un ayuntamiento eventualmente perjudicado por el plan hidrológico impugnado, sino un sujeto privado —en este caso, los propietarios de unos terrenos inundables—.

En cualquier caso, debe valorarse positivamente la atención que merecen los órganos de participación local como mecanismos de protección y garantía de la autonomía local.

---

9 Especial controversia se había producido ya antes en torno al Consejo Andaluz de Concertación local, creado en 2007, que luego tuvo que encajar con el Consejo de Gobiernos Locales regulado por la Ley de Autonomía local de Andalucía de 2010, lo que suscitó un complejo posicionamiento del Consejo Consultivo de Andalucía.

En todo caso, esta misma opinión jurisprudencial ha sido compartida en otros ámbitos. Así, por ejemplo, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña, en su Dictamen núm. 13/2026 de 15 de enero —reiterando lo ya indicado en su Dictamen 20/2021, de 28 de enero— invoca la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2019 para afirmar que la intervención el Consejo de Gobiernos Locales catalán, en cuanto órgano estatutario, no puede ser sustituida por la de otros órganos administrativos —como la Comisión de Gobierno Local de Cataluña— cuya composición (mixta y paritaria) y competencias (de colaboración) no resultan equivalentes[10]. De ahí que insista en la necesidad de justificar motivadamente cualquier omisión de dicho trámite.

De nuevo aparece aquí la circunstancia de que el Consejo de Gobiernos Locales no había sido constituido tras las últimas elecciones municipales —cuestión que ya se había planteado ante el Consell de Garantías Estatutarias, según hemos visto—. Ello resulta particularmente relevante si se tiene en cuenta que, en ocasiones anteriores, la propia Comisión Jurídica Asesora había considerado suficiente la intervención de la citada Comisión de Gobierno Local, configurada «como órgano permanente de colaboración entre la administración de la Generalitat y las administraciones locales» (Dictamen núm. 132/2025, de 3 de abril).

Incluso el Derecho positivo ha venido a concretar en algún caso el valor jurídico que se debe atribuir a la intervención de estos organismos de participación local. En concreto, el artículo 21 de la Ley de Euskadi 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General, establece que «el informe preceptivo de la Comisión de Gobiernos Locales *tiene carácter esencial* cuando procede en procedimientos de elaboración de disposiciones normativas de carácter general que afecten a las competencias propias de los municipios, de acuerdo con lo previsto en los artículos 90 y 91 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi».

No cabe ninguna duda que la expresa calificación como *esencial* del informe preceptivo de la Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi lo que busca es disipar cualquier duda sobre el hecho de que la ausencia de este trámite constituye vicio de nulidad absoluta de la disposición general.

Por el contrario, el proyecto de Ley de elaboración de disposiciones generales que se tramitó ante el Parlamento de Cataluña ante de su última disolución se limitaba a disponer que «la participación de los entes locales en los procedimientos de elaboración de disposiciones normativas se puede vehicular mediante los órganos de representación y colaboración correspondientes».

---

10 *Vid.* el Decreto 29/2002, de 5 de febrero, por el que se regula la Comisión de Gobierno Local de Catalunya.

ISBN: 978-84-7777-740-3

VII. MECANISMOS PARA LA EFICACIA JURÍDICA DE LA PARTICIPACIÓN LOCAL EN LA ELABORACIÓN DE LAS LEYES: LA «ALERTA TEMPRANA»

El estudio de la participación local en los procedimientos normativos presenta aún otra vertiente del máximo interés: la relativa a su eficacia jurídica. Ya hemos apuntado dos aspectos relevantes. Por un lado, la posibilidad de atribuirle un carácter dinámico, en la medida que podría exigir la repetición del trámite participativo si, con posterioridad al mismo, el texto normativo sufre modificaciones sustanciales. Por lado, la eventual eficacia invalidante de la omisión de dicha participación cuando se trata de órganos cualificados —como puede ser el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales o la Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi— al menos en el ámbito de las disposiciones reglamentarias. No obstante, aún no contamos de un pronunciamiento definitivo sobre los efectos que esta omisión podría tener respecto de normas con rango de ley.

A ello cabe añadir nuevas referencias procedentes del Derecho autonómico más reciente. Así, la ya citada Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi, introducida por la Ley vasca 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi de 2016 (LILE)[11], además de su intervención «esencial» en la elaboración de disposiciones normativas de carácter general, debe emitir también un informe preceptivo en el que exprese su acuerdo o desacuerdo con el contenido de los anteproyectos de ley o de decretos legislativos que afecten a las competencias propias de los municipios. En caso de formular objeciones que no fueran acogidas, se prevé la convocatoria de una comisión bilateral entre la administración promotora y una delegación de tres miembros de la Comisión. En caso de no alcanzarse un acuerdo en el plazo de un mes, el órgano promotor puede continuar con la tramitación, pero con la obligación de motivar expresamente las razones del rechazo a las objeciones formuladas por la representación local, con una valoración expresa de su no afectación a la autonomía local o el grado de afectación. El art. 90 LILE califica esta actuación de la Comisión de Gobiernos Locales como la de órgano de «alerta temprana», tomando la expresión habitual en otros ordenamientos europeos.

En términos similares, también la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura (LGAMEX), establece un mecanismo de «alerta temprana» (art. 37 LGAMEX) a activar por la Comisión de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura (CGALE). Este sistema incorpora igualmente la previsión de una comisión bilateral en caso de que no se acojan las modificaciones al texto normativo propuestas por la

[11] Sobre esta norma legal *vid*. el número monográfico publicado en el núm. 107-II de la *Revista Vasca de Administración Pública*. Y, más concretamente, sobre la Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi, Zafra Víctor (2017:107-128).

CGALE y, en caso de desacuerdo, la obligación de elaborar un informe justificativo de las razones del rechazo, que se remite a la Asamblea legislativa.

De este modo, a la obligación de motivación expresa y detallada —ya presente en relación con la intervención del Consejo Andaluz de Gobiernos locales— en las leyes vasca y extremeña se añade un elemento adicional: la institucionalización de mecanismos preventivos de resolución de conflictos en fase prelegislativa. Ello contrasta con los modelos catalán y andaluz, en los que la participación se articula principalmente durante la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas.

En todo caso, tanto si la participación local tiene lugar en la fase prelegislativa, como si se produce durante la tramitación parlamentaria, lo cierto es que cobra relevancia la incorporación al procedimiento —y, en particular, en el preámbulo de la norma finalmente aprobada— de una justificación específica y motivada acerca de su incidencia en la autonomía local.

En este sentido, la exigencia de una motivación reforzada por parte del legislador abre una vía particularmente relevante hacia una mayor efectividad de la concepción constitucional de la autonomía local como principio constitucional que incluye un mandato de optimización al legislador. A la vista de la STC 64/2025 que hemos citado al inicio, es muy probable que la atención del juez constitucional se oriente cada vez más analizar no solo el contenido propiamente normativo de la ley, sino también los elementos formales, documentales y procedimentales que configuran su elaboración, en busca de la «justificación suficiente» de que la ley impugnada consigue el máximo posible de autonomía local.

En efecto, en la Sentencia núm. 64/2025, el Tribunal Constitucional ya apunta en parte en esta dirección, al analizar el contenido de la memoria que acompañaba el proyecto de Decreto-ley impugnado. Cabe prever que esta línea de control continúe, y se intensifique, en relación con aquellas comunidades autónomas que cuentan con mecanismos cualificados de participación local, tales como los órganos estatutarios de representación, sistemas de alerta temprana y exigencias de motivación reforzada[12]. Como también deberán haberlo hecho previamente los consejos consultivos autonómicos, llamados a verificar el cumplimiento de estas garantías en fases previas.

En definitiva, la eficacia jurídica de la participación cualificada de los gobiernos locales en los procedimientos normativos puede llegar a configurarse como un factor determinante de la constitucionalidad de las normas que afectan a los intereses y a las competencias locales.

---

12 En relación con la STC 64/2025, Luis Medina entiende precisamente que «la doctrina constitucional podría ser más incisiva p. ej., en punto a vincular la garantía constitucional de la autonomía local con la participación local en la elaboración de iniciativas legislativas de interés local directo» (Medina Alcoz, 2026:131).

ISBN: 978-84-7777-740-3

De esta manera se va consolidando la nueva concepción de la autonomía local, según la cual la autonomía no lo es sólo para la gestión «interna» de los propios intereses sino para su defensa «externa» ante las instancias autonómicas y estatales, tal y como figura en el art. 86.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y en el art. 5 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2013). «Las reglas constitucionales sobre la interiorización del régimen local en los Estatutos de Autonomía de segunda generación y la problemática naturaleza jurídica de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 99, 61-97.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2022). «Dos cuestiones en la reciente jurisprudencia constitucional: las condiciones de la coordinación y la suficiencia financiera de las diputaciones provinciales (STC 82/2020, de 15 de julio)». En A. LÓPEZ CASTILLO y A. ARROYO GIL (dirs.), *Garantías y límites de la autonomía local* (pp. 243-262). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FONT I LLOVET, T. (2006). «El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía». En T. FONT, L. ORTEGA, F. VELASCO, *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía* (pp. 40-51). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).

FONT I LLOVET, T. y VILALTA REIXACH, M. (2011). «Los órganos de participación local en las comunidades autónomas». En S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II (pp. 1717-1746). Madrid: Ed. Iustel.

FONT I LLOVET, T. y VILALTA REIXACH, M. (2025). «El gobierno local a los 40 años de la Ley de Bases de Régimen Local: diferenciación, autonomía local y retos territoriales». *Anuario del Gobierno local 2024*, 11-45.

MEDINA ALCOZ, L. (2009). *La participación de los entes locales en la elaboración de las normas autonómicas y estatales*. Madrid, INAP.

MEDINA ALCOZ, L. (2026). «¿Una nueva doctrina sobre la garantía constitucional de la autonomía local? (comentario a la STC 64/2025, de 3 de marzo)», *Revista de Estudios Locales* (CUNAL), 284, 125-131.

NIETO GARRIDO, E. (2019). *El Estatuto constitucional de los entes locales*. Navarra: Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.

TORRECILLAS MARTÍNEZ, A. (2025). «Renombrar no es innovar: a propósito de la STC 64/2025 y la "optimización" de la autonomía local». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA),* 24, 104-116.

VILALTA REIXACH, M. (2007). *El Consejo de Gobiernos Locales. La nueva participación de los entes locales en las comunidades autónomas*. Madrid: Ed. Iustel.

VILLAR CRESPO, G. (2023). «La participación de las ciudades en la toma de decisiones de las autoridades estatales y autonómicas en España: estado de la cuestión y reflexiones al efecto». *Anuario del Gobierno Local 2022*, 93-138.

ZAFRA VÍCTOR, M. (2017). «Garantías de la autonomía municipal. La participación de los municipios en las instituciones autonómicas». *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP),* Extra 107 (2), 107-128.

La inculturación del conflicto de interés en la tradición jurídico-administrativa española: un viaje (inacabado) de ida y vuelta[1]

Eduardo Gamero Casado

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla
Of Counsel en Montero Aramburu & Gómez-Villares Atencia
ORCID: 0000-0002-6734-8672

Sumario. I. Introducción: 1. Alcance, objetivos y estructura de este trabajo. 2. La transfiguración del conflicto de interés en su inculturación del *common law* al *civil law*: de concepto jurídico indeterminado a sistema de reglas.—II. Orígenes del concepto de conflicto de interés en el Derecho anglosajón y su irradiación al ámbito de la abogacía y del arbitraje internacional: 1. La tradición de la lealtad fiduciaria: de Keech v Sandford a Aberdeen Railway. 2. La máxima *nemo iudex in causa sua* y la doctrina del *apparent bias* por parte de un *fair-minded and informed observer*. 3. La génesis y evolución del concepto en el Derecho de EE. UU. 4. La recepción del conflicto de interés en el Derecho de sociedades, el régimen de la abogacía y el arbitraje internacional.—III. La tradición jurídico-administrativa española: 1. La abstención y recusación. 2. El régimen de incompatibilidades. 3. Las prohibiciones de contratar. 4. Similitudes y diferencias entre la tradición jurídico-administrativa española y la categoría originaria del conflicto de interés.—IV. La evolución del concepto de conflicto de interés en el Derecho de la Unión Europea: 1. Los orígenes del conflicto de interés en el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas. 2. El conflicto de interés en los Reglamentos Financieros de 2002. 3. La jurisprudencia del TJUE sobre conflicto de interés en la contratación pública y su acogida por las directivas de contratos de 2014. 4. El Reglamento Financiero de 2018 y el Reglamento de 2020 sobre protección del Presupuesto de la Unión.—V. La incorporación del conflicto de interés al Derecho español: un viaje de ida y vuelta: 1. La transposición de las Directivas de contratos 2014/24/UE. 2. La arquitectura CoFFEE-MINERVA-DACI: articulación del conflicto de interés en el marco del PRTR. 3. La declaración responsable de ausencia de conflicto de interés (DACI) como técnica operativa. 4. Algunas manifestaciones de inculturación del conflicto de interés en el ámbito de la normativa universitaria.—VI. La meta deseable de la inculturación: la integración armónica de modelos: 1. Las virtudes del modelo continental y la lógica de la *check list*. 2. Las aportaciones del modelo del *common law*: apertura y perspectiva del observador externo. 3. La integración armónica: propuesta. 4. La optimización del modelo con banderas rojas y cruces de datos automatizados.—VII. Reflexión final.—VIII. Anexo: plantilla de declaración responsable de ausencia de conflicto de interés (DACI) (integración de modelos).—IX. Bibliografía citada.

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación de Generación del Conocimiento PID2022-139090NB-I00, «La potestad reglamentaria. Concepto y régimen jurídico de los reglamentos» (POTERES), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.

ISBN: 978-84-7777-740-3

I. INTRODUCCIÓN

1. Alcance, objetivos y estructura de este trabajo

El conflicto de interés es una de las categorías jurídicas de mayor expansión en el Derecho administrativo contemporáneo. En el curso de las últimas dos décadas ha pasado de ser una noción de contornos difusos, conocida fundamentalmente en el ámbito de la ética pública y del Derecho comparado anglosajón, a convertirse en una figura jurídica positivizada, dotada de una definición normativa expresa, de un régimen de gestión articulado y de consecuencias jurídicas propias, que opera con creciente intensidad en los procedimientos de contratación pública, en la gestión de fondos europeos y, progresivamente, en otros sectores de la actividad administrativa.

Este trabajo se propone estudiar la evolución de esa figura, desde sus orígenes en ámbitos ajenos al Derecho administrativo hasta su configuración actual, con el objetivo de identificar las continuidades y las rupturas que jalonan ese proceso, así como el punto de llegada en que nos encontramos hoy. La hipótesis central que recorre este análisis puede formularse como un «viaje de ida y vuelta»: el concepto nace en el *common law* anglosajón como una cláusula general de apariencia, diseñada para proteger la confianza pública en la imparcialidad de las decisiones; viaja al Derecho de la Unión Europea, donde se incorpora con esa misma lógica expansiva; llega al Derecho administrativo español, donde el legislador reproduce formalmente el lenguaje europeo pero los operadores jurídicos y el propio legislador tienden a traducirlo a la lógica del catálogo cerrado de causas tipificadas, que es la técnica normativa propia de la tradición continental; y, finalmente, en su plasmación más avanzada —el sistema CoFFEE-MINERVA-DACI desplegado para la gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia—, ese «viaje de vuelta» se hace plenamente visible: la cláusula general de apariencia se convierte, operativamente, en un repertorio automatizado de supuestos objetivos verificables con bases de datos. Se produce así una inculturación del conflicto de interés para adecuar su operativa a los cánones clásicos de nuestra tradición jurídica.

El trabajo se articula en seis apartados y un anexo que desarrollan la secuencia lógica de ese viaje. El Apartado II reconstruye los fundamentos dogmáticos del conflicto de interés en el Derecho anglosajón —la doctrina de la *lealtad fiduciaria* desde Keech *v.* Sandford, la máxima *nemo iudex in causa sua* y el estándar del *apparent bias* consolidado en Porter *v.* Magill—, que constituyen la matriz conceptual de la que bebe el Derecho europeo. El Apartado III identifica los antecedentes funcionales de la figura en la tradición jurídico-administrativa española: el régimen de abstención y recusación, el estatuto de incompatibilidades y las prohibiciones de contratar, instituciones que, en algunos de sus pro-

pósitos, abordan la misma problemática, pero desde una lógica de catálogo tasado ajena al estándar de apariencia anglosajón. El Apartado IV analiza la construcción del concepto en el Derecho de la Unión Europea —desde el Estatuto de los funcionarios de 1968 hasta el Reglamento Financiero de 2018 y el Reglamento 2020/2092—, con atención a la jurisprudencia del TJUE en materia de contratación pública y a las debilidades de los mecanismos de verificación detectadas por el Tribunal de Cuentas Europeo en el Informe SR-2023/06. El Apartado V examina la recepción del concepto en el Derecho español, desde la trasposición operada por los artículos 64 y 71 LCSP hasta la arquitectura CoFFEE-MINERVA-DACI desplegada para la gestión del PRTR, con epígrafes específicos dedicados a la DACI como técnica operativa y a las manifestaciones de inculturación en la normativa universitaria. Por último, el Apartado VI formula una propuesta de integración armónica de ambos modelos —la *check list* continental y la cláusula general de apariencia—, que se proyecta en el Anexo final, donde se incorpora una plantilla de DACI construida conforme a ese enfoque bidimensional.

2. La transfiguración del conflicto de interés en su inculturación del *common law* al *civil law*: de concepto indeterminado a sistema de reglas

La manera en que se está produciendo la recepción del conflicto de interés en nuestro Derecho no es un fenómeno aislado. Refleja una dificultad estructural más profunda que acompaña a la incorporación de cualquier categoría jurídica procedente del *common law* que se asiente sobre un concepto jurídico indeterminado.

El ordenamiento jurídico español, heredero de la tradición del *civil law* europeo-continental, está construido sobre la confianza en la norma escrita precisa como fuente primaria de certeza[2]. El principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, exige que las normas sean claras y precisas y que sus destinatarios puedan conocer de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos. Esta arquitectura genera una preferencia sistemática por las reglas —proposiciones normativas que establecen consecuencias jurídicas precisas para supuestos de hecho previa y detalladamente definidos— frente a los estándares —proposiciones normativas que establecen consecuencias jurídicas para supuestos de hecho articulados mediante conceptos indeterminados que requieren valoración caso por caso—. Esa preferencia no es irracional: en un sistema en que el

[2] Sobre lo que sostenemos en este párrafo, véanse Merryman, J. H., y Pérez-Perdomo, R. (2007: 48-53); De Eizaguirre, J. M. (2012:534 ss.); Pejovic (2001: 817 ss.); y Ugartemendia Eceizabarrena (2006: 18 ss.).

ISBN: 978-84-7777-740-3

juez no crea Derecho, sino que lo aplica: las reglas precisas reducen el margen de incertidumbre y el riesgo de arbitrariedad.

El problema es que la realidad social y económica contemporánea genera con frecuencia situaciones que las reglas precisas no pueden anticipar ni predecir. En esos casos, el legislador se ve obligado a recurrir a conceptos jurídicos indeterminados —como «interés público», «buena fe», «urgencia», «razonabilidad»— que trasladan al operador jurídico, y en última instancia al juez, la tarea de precisar el contenido normativo en cada caso concreto. Esa traslación genera lo que puede denominarse *nerviosismo del operador:* una incertidumbre sobre el alcance exacto de la obligación que dificulta la planificación de la conducta, incrementa el riesgo de error y, en el ámbito del Derecho sancionador o del Derecho de la contratación pública, puede tener consecuencias patrimoniales graves. Como señala García de Enterría —cuya doctrina sobre los conceptos jurídicos indeterminados constituye el punto de referencia de la disciplina en España—, estos conceptos admiten una única solución justa en cada caso, pero esa solución no está predeterminada en la norma, sino que debe ser encontrada mediante el proceso de aplicación, lo que exige un nivel de argumentación jurídica y de tolerancia ante la incertidumbre que no siempre está presente en el operador jurídico administrativo ordinario[3].

Esta dificultad se agrava cuando el concepto indeterminado no procede de la propia tradición normativa del ordenamiento receptor, sino de un sistema jurídico ajeno, en el que su contenido ha sido decantado a lo largo de siglos de jurisprudencia que el operador nacional desconoce o no puede invocar como fuente directa. Es exactamente lo que sucede con el conflicto de interés: la figura llega al Derecho español importando el estándar de apariencia del *reasonable observer* anglosajón, cuyo contenido preciso ha sido elaborado por la jurisprudencia británica a lo largo de más de tres siglos de casuística. El operador jurídico español que debe aplicar el artículo 64 LCSP, o el artículo 61.3 del Reglamento Financiero, se enfrenta a un estándar cuya delimitación práctica no puede extraer del propio ordenamiento español, porque la jurisprudencia española sobre el conflicto de interés en sentido propio es todavía incipiente, y ha de buscarla en la jurisprudencia del TJUE —que es el intérprete más autorizado de las normas europeas de referencia—, todavía incipiente y carente de un volumen suficiente de casos; o en los instrumentos orientativos de la Comisión Europea, que carecen de fuerza normativa directa.

El concepto de «conflicto de interés» que hoy opera en el Derecho administrativo español y en el Derecho de la Unión Europea no es el resultado de la evolución lineal de una única categoría jurídica, sino el producto de la convergencia de dos tradiciones que durante siglos corrieron paralelas sin encontrarse: la tradición de la *lealtad fiduciaria* del Derecho anglosajón —cuyo núcleo es la prohibición de que quien actúa en beneficio de otro tenga inte-

[3] García de Enterría y Fernández Rodríguez (2024: 460 ss.).

reses propios que conflictúen con ese deber— y la tradición de la *imparcialidad decisoria* del Derecho procesal continental y sus concreciones en las causas de abstención y recusación—.

Estas dos tradiciones responden a lógicas distintas. La primera es de cláusula general: identifica una situación de riesgo estructural que debe gestionarse antes de que produzca efectos. La segunda es de listado cerrado: se articula con la certeza del catálogo, pero también con su rigidez. El concepto moderno de conflicto de interés —el que recogen el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 61.3 del Reglamento Financiero europeo— hereda fundamentalmente la primera tradición, pero incorpora progresivamente, como se expondrá en el Apartado V, las técnicas de la segunda para hacerse operativo en los ordenamientos continentales, y singularmente el español, que es el concreto objeto de nuestro análisis.

El punto de encuentro entre ambas tradiciones —el elemento que permite tender el puente— es la máxima *nemo iudex in causa sua* en su formulación inglesa moderna: no en su versión continental de listado taxativo de causas, sino en su versión anglosajona de criterio de apariencia (*apparent bias*). Este criterio —que pregunta si un observador razonable e imparcial concluiría que existe riesgo de parcialidad— es el eslabón que une la tradición del *common law* con el concepto europeo moderno, y es el que resulta más ajeno a la tradición continental (de la abstención, las incompatibilidades y las prohibiciones de contratar), que opera con causas objetivas tipificadas, no con las percepciones que pudiera tener un tercero razonable.

La reacción que esta situación genera en el sistema jurídico español es, como se describe en los Apartados IV y V del trabajo, una *inculturación* del concepto: el legislador y las autoridades reguladoras tienden a especificar, en la medida de lo posible, los supuestos de hecho que activan la figura, reduciendo el espacio de apreciación discrecional del operador. La Orden HFP/55/2023 y el sistema Minerva son la expresión más avanzada de esa tendencia: en lugar de confiar en que cada gestor aprecie *ad casum* si concurre un riesgo de apariencia, el sistema lista automáticamente las vinculaciones verificables y emite una señal de alerta objetiva.

II. ORÍGENES DEL CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERÉS EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y SU IRRADIACIÓN AL ÁMBITO DE LA ABOGACÍA Y DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En este apartado se exponen los orígenes del concepto de conflicto de interés recorriendo sus dos fuentes principales: la tradición de la lealtad fiduciaria en el Derecho anglosajón (§ 1), la formulación del *nemo iudex* y la doctrina de la *apparent bias* (§ 2), la construcción del concepto en el De-

ISBN: 978-84-7777-740-3

recho de los EEUU —que constituye el puente entre ambas tradiciones— (§ 3), y su extensión posterior al Derecho de la abogacía y al arbitraje internacional (§ 4).

1. La tradición de la lealtad fiduciaria: de Keech *v.* Sandford a Aberdeen Railway[4]

La raíz más profunda del concepto moderno de conflicto de interés se encuentra en la doctrina fiduciaria (*fiduciary law*) del Derecho inglés de equidad, elaborada principalmente por los tribunales de *equity* durante los siglos XVII, XVIII y XIX. Un fiduciario —concepto que engloba al *trustee*, al director de sociedad, al abogado, al albacea testamentario y, por extensión, al agente público— es quien actúa en beneficio de otro y tiene el deber de anteponer los intereses de ese otro a los suyos propios. El conflicto de interés nace cuando esa lealtad se quiebra porque el fiduciario tiene intereses propios que pueden influir —o parecer que influyen— en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas.

El caso fundacional de esta doctrina es Keech *v.* Sandford EWHC J76 (Exchequer of Chancery). En este asunto, el *trustee* de una arrendataria menor de edad renovó en su propio nombre un arrendamiento que el arrendador se había negado a renovar en nombre del menor. El Lord Chancellor King declaró que, aunque el *trustee* no había actuado en perjuicio real del menor —el contrato no habría podido renovarse a su nombre—, la mera posibilidad de un conflicto entre el interés del fiduciario y el interés del beneficiario era suficiente para hacer procedente la restitución: «el fiduciario no puede obtener ningún beneficio del cargo que administra». El fallo de Keech estableció así la regla de la prohibición absoluta de conflicto potencial como principio rector del Derecho fiduciario anglosajón. No es casual que Keech *v.* Sandford se fallara en 1726, inmediatamente después del escándalo de la South Sea Bubble y de la condena del Lord Chancellor Macclesfield por especular con fondos de los que era *trustee*. La prohibición no solo resolvía el conflicto concreto, sino que servía de disuasión general (*deterrence*) frente a conductas análogas.

El siguiente eslabón en la construcción de la doctrina fiduciaria del conflicto de interés es el fallo de la Cámara de los Lores en Aberdeen Railway Co. *v.* Blaikie Brothers (1854). En este asunto, el presidente del Consejo de Administración de la Aberdeen Railway Company celebró en nombre de la compañía un contrato de suministro de materiales con su propia sociedad mercantil. La Cámara de los Lores, por resolución del lord Chancellor

[4] Sobre este apartado, véanse, entre otros, Pawlowski, M. (2020: 200 ss.); Epstein (1992); Conaglen (2010); y Finn (1977).

Cranworth, anuló el contrato en los siguientes términos: «Es una regla de aplicación universal que ningún fiduciario podrá celebrar actos en los que tenga, o pueda tener, un interés personal que entre en conflicto, o que posiblemente pueda entrar en conflicto, con los intereses de quienes está obligado a proteger en virtud de su deber fiduciario».

La decisión de Aberdeen Railway trasladó la doctrina Keech al ámbito del Derecho societario y del gobierno corporativo, y estableció dos principios seminales para el desarrollo posterior del concepto: primero, la *objetividad* de la regla —la anulabilidad no requiere probar daño real ni mala fe—; segundo, la extensión a los conflictos *potenciales* —basta con que el conflicto «pueda posiblemente» existir—.

La doctrina anglosajona del conflicto de interés, en su versión fiduciaria clásica, es más estricta que el concepto europeo moderno: mientras que este último admite mecanismos de gestión del conflicto (declaración, abstención, supervisión reforzada), la regla fiduciaria original de Keech-Aberdeen impone una prohibición absoluta que no admite dispensa salvo consentimiento informado del principal[5].

2. La máxima *nemo iudex in causa sua* y la doctrina del *apparent bias* por parte de un *fair-minded and informed observer*[6]

El principio de que nadie puede ser juez en su propia causa tiene antecedentes en el Derecho romano clásico: el Código de Justiniano, en el libro 3, título 5, recoge el principio *neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere* («nadie debe ser juez en su propio asunto ni pronunciar el Derecho para sí mismo») en un rescripto imperial del año 376 d.C. Sin embargo, la formulación técnica de la máxima como principio jurídico de alcance general no es romana sino inglesa: en el siglo XVII, el jurista sir Edward Coke acuñó la expresión *nemo debet esse iudex in propria causa* y la elevó a la condición de principio fundamental de la justicia natural (*natural justice*) en el famoso Dr Bonham's Case (1610), donde declaró que el Colegio de Médicos no podía ejercer como juez en asuntos en que era parte interesada.

El principio fue invocado por el Tribunal Supremo de los EE. UU. en Calder *v.* Bull (1798), y reformulado como *constitutional first principle* en Marbury v. Madison (1803). Vermeule (2012) lo ha calificado como uno de los principios más influyentes —y más frecuentemente invocados de forma imprecisa— del constitucionalismo angloamericano. Lo relevante para el

---

5 Epstein (1992: 579 ss.); Conaglen (2010: 1-30 y 55-80); y Finn (1977).

6 Acerca de este epígrafe, Moussa (2025); Vermeule (2012); Aktar (2014 y 2024); y Olowofoyeku (2009).

ISBN: 978-84-7777-740-3

análisis que nos ocupa es que, en su formulación original, la máxima opera como una regla de exclusión objetiva: el vínculo del decisor con el asunto —por interés, parentesco, enemistad— basta para fundar la exclusión, sin necesidad de probar que ese vínculo haya influido efectivamente en la decisión.

La evolución más significativa de la máxima *nemo iudex* en el Derecho inglés moderno es el desarrollo de la doctrina del sesgo aparente (*apparent bias*). Esta doctrina interroga no si el decisor ha sido efectivamente parcial, sino si un observador razonable e imparcial, con conocimiento de todos los hechos relevantes, concluiría que existe una posibilidad real de parcialidad.

La evolución jurisprudencial de este estándar discurre a través de tres hitos principales:

1. R *v.* Gough AC 646 (House of Lords, 20/05/1993): el test dominante pasó a ser el de si existía «peligro real» (*real danger*) de parcialidad, pero evaluado desde la perspectiva del tribunal, no del observador externo.
2. Re Medicaments and Related Classes of Goods (No. 2) 1 WLR 700 (Court of Appeal, 26/07/2001): el tribunal moderó el test, desplazando la perspectiva desde el juez hacia la del «observador razonable e imparcial» con pleno conocimiento de los hechos.
3. Porter *v.* Magill 2 AC 357 (House of Lords, 13/12/2001): Lord Hope fijó el estándar definitivo del Derecho inglés en los siguientes términos: «el tribunal debe, primero, identificar todas las circunstancias relevantes para la alegación de parcialidad; y luego, preguntarse si dichas circunstancias llevarían a un observador imparcial e informado a concluir que existe una posibilidad real de que el tribunal sea parcial». Este test —conocido como el *fair-minded and informed observer test*— rechazó expresamente el criterio anterior de «peligro real» por concentrarse en los hechos objetivos en lugar de en la percepción pública, y convirtió la apariencia de parcialidad en el criterio autónomo de activación de la exclusión.

Hay que destacar la importancia de Porter *v.* Magill para la genealogía del conflicto de interés contemporáneo: el mismo criterio de la apariencia («pudiera parecer que compromete») que el legislador europeo incorporó mucho después al artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE en 2014, es el criterio que el *common law* inglés había elaborado progresivamente, a través de la jurisprudencia del King's Bench y la House of Lords durante cuatro siglos. Esta coincidencia no es casual: la doctrina de la *apparent bias* del *common law* influyó directamente sobre el modelo del observador razonable que subyace al concepto europeo de conflicto de interés.

La diferencia estructural con la tradición continental de abstención-recusación es precisamente esta: mientras que el Derecho continental fija un catálogo de causas objetivas que imponen la inhibición con independencia de la apariencia externa, el modelo anglosajón —y, por herencia, el modelo europeo de conflicto de interés— centra el análisis en el juicio de un tercero razonable imparcial. Esta diferencia de perspectiva —el decisor frente al observador externo— explica por qué el concepto europeo resulta más difícil de articular en los ordenamientos continentales que en los anglosajones.

3. La génesis y evolución del concepto en el Derecho de EE. UU.[7]

En los Estados Unidos, la historia del conflicto de interés en el sector público no comienza como categoría dogmática ni ética, sino como tipificación penal. Las primeras leyes federales que regularon los conflictos de funcionarios gubernamentales se aprobaron en el contexto de los escándalos de especulación con contratos de suministro al Ejército durante la Guerra Civil (década de 1860), y consistían en prohibiciones criminales específicas para conductas determinadas: el funcionario que celebraba un contrato con el Gobierno en beneficio propio cometía un delito. Esta aproximación penal y casuística dominó la regulación federal hasta bien entrado el siglo XX.

El primer análisis sistemático de los problemas estructurales de esta legislación se produjo con el Informe del Comité de la Asociación del Foro de la Ciudad de Nueva York (1960), estudio encargado por el Comité Judicial del Congreso, que concluyó que las leyes de conflicto de interés entonces vigentes eran «demasiado antiguas, demasiado estrechas y de difícil aplicación práctica», y propuso una reforma integral basada no en prohibiciones criminales reactivas, sino en un sistema preventivo de gestión del riesgo.

El punto de inflexión decisivo se produjo en los primeros años de la Administración Kennedy (1961-1963). Como ha explicado la Oficina de Ética Gubernamental de los EE. UU. en su documento *Managing Conflicts of Interest at the U.S. Federal Level* (Office of Government Ethics, 2019), el contexto político de la «nueva frontera» generó un interés sin precedentes en elevar los estándares éticos del servicio público, con la premisa de que «la confianza del público en el Gobierno se daña siempre que *parece* que ha ocurrido un conflicto de interés, aunque no haya ocurrido uno real». Esa frase —fechada en 1961 en los trabajos preparatorios de la reforma— es la primera formulación explícita en el Derecho norteamericano del criterio de la apariencia como estándar autónomo de activación del conflicto de interés, diferenciado del daño real.

---

7 Acerca de lo expuesto en este epígrafe, Manning (1964); Association of the Bar of the City of New York (1960); y Congressional Research Service (2014 y 2015).

ISBN: 978-84-7777-740-3

El resultado fue doble. En el plano legislativo, la Ley de 1962 (18 U.S.C. Ch. 11, «Bribery, Graft, and Conflicts of Interest») codificó y sistematizó en un solo texto los preceptos penales dispersos, incorporando el término uniforme de «conflicto de interés» como categoría técnica. En el plano administrativo, la Executive Order 11222 del presidente Johnson (1965) estableció las primeras normas de conducta de carácter no penal —preventivo— para los funcionarios del ejecutivo, que incluían la obligación de declarar los intereses susceptibles de generar conflictos y la prohibición de conductas que crearan la *apariencia* de conflicto, aunque no existiera conflicto real.

Este doble movimiento —sistematización penal más código preventivo de conducta— es el modelo que la doctrina comparatista identificaría como el prototipo del sistema moderno de conflicto de interés, y que inspiraría directamente la construcción europea de las décadas posteriores. La aportación de Manning (1964) constituyó el primer estudio sistemático de Derecho público sobre el conflicto de interés y fijó la distinción —hoy canónica— entre conflicto *real*, conflicto *aparente* y conflicto *potencial* que los instrumentos europeos recogerían medio siglo después.

4. La recepción del conflicto de interés en el Derecho de sociedades, el régimen de la abogacía y el arbitraje internacional[8]

El concepto de conflicto de interés no llegó al Derecho administrativo en estado bruto desde el *common law* anglosajón. Antes de alcanzar el Derecho público, la figura había atravesado un dilatado proceso de elaboración en tres ramas del Derecho privado y del Derecho transnacional —el Derecho de sociedades, el Derecho de la abogacía y el arbitraje internacional— que fue donde, en buena medida, se acuñó su vocabulario técnico y donde se observan sus modelos más desarrollados de articulación. El análisis de esos tres ámbitos permite, además, apreciar que el proceso de «inculturación» descrito en la hipótesis central de este trabajo —la transformación de la cláusula general de apariencia en catálogos de supuestos objetivos— no es un fenómeno exclusivo del Derecho administrativo continental, sino una tendencia estructural que se reproduce en todos los sistemas jurídicos que han intentado hacer operativo el estándar anglosajón del *apparent bias* más allá de su ámbito de origen.

[8] Los ámbitos en que se explora el fenómeno en este apartado no son exhaustivos, sino indiciarios. Para conocer la expansión de la noción del conflicto de interés en otros contextos, véase Cerrillo (2018: 243 ss.), donde se exponen, por ejemplo, los antecedentes que representan Naciones Unidas, la OCDE y el Consejo de Europa.

a) El Derecho de sociedades: de Aberdeen Railway al artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital[9]

El punto de partida es, una vez más, el Derecho inglés de equidad. Como se expuso en el epígrafe 1 de este apartado II, la doctrina fiduciaria del conflicto de interés en el Derecho de sociedades se consolidó con la sentencia de la Cámara de los Lores en Aberdeen Railway Co *v.* Blaikie Brothers [(1854) 1 Paterson 394, 1 Macq 461], que estableció la regla de que ningún fiduciario podría celebrar actos en los que tuviese, o pudiera tener, un interés personal que entrara en conflicto, o que posiblemente pudiera entrar en conflicto, con los intereses de quienes estaba obligado a proteger. Esta formulación —la referencia al conflicto *posible* y al conflicto *potencial*, no solo al conflicto real ya consumado— es la que fija el estándar de anticipación preventiva que distingue al modelo anglosajón de la tradición continental de la abstención-recusación, anclada en causas tipificadas y efectivas.

El Derecho continental recibió esta doctrina a través de la codificación societaria. En el ordenamiento español, el proceso de recepción tuvo lugar en dos fases. La primera, introducida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), recogió en el artículo 229.1 la obligación del administrador de comunicar «cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad», con el consiguiente deber de abstención en la deliberación y votación de los acuerdos afectados. La segunda fase, y la más relevante desde el punto de vista de la técnica normativa, se produjo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Esta reforma sustituyó la cláusula general del artículo 229.1 LSC por un catálogo específico de supuestos: el administrador queda obligado a abstenerse de, entre otras conductas, realizar transacciones con la sociedad, utilizar los activos sociales con fines privados, aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, obtener ventajas de terceros asociadas al desempeño de su cargo, o desarrollar actividades que entrañen competencia efectiva con la sociedad.

El movimiento que describe la evolución del artículo 229 LSC entre 2010 y 2014 es exactamente el mismo que la hipótesis central de este trabajo identifica en el Derecho administrativo: una cláusula general de apariencia —«cualquier situación de conflicto, directo o indirecto»— se transforma, por exigencias de seguridad jurídica y de previsibilidad para el

---

9 En relación con este apartado, por lo que se refiere al Derecho anglosajón, véanse Hannigan, B. (2021: 253-315); Davies, P. L., y Worthington, S. (2021: 621-642) y Sitkoff, R. H. (2011: 1039-1049); y, en cuanto al Derecho español de sociedades, Boldó Roda, C. (2015: 241-280).

ISBN: 978-84-7777-740-3

operador, en un listado de supuestos concretos. La tensión entre ambas técnicas no desaparece del todo con la reforma: el artículo 229.1 LSC vigente conserva, en su letra f), una cláusula residual que se refiere a actividades que «de cualquier otro modo» sitúen al administrador en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad, lo que introduce un elemento de apertura que el intérprete debe integrar con el espíritu preventivo heredado de *Aberdeen Railway*. Un asolución que nosotros mismos postularemos más adelante, como mecanismo de integración de ambos modelos.

b) El régimen de la abogacía: el CCBE *Code of Conduct* y la ABA *Model Rule* 1.7[10]

El Derecho de la abogacía ofrece el segundo gran laboratorio de elaboración técnica del conflicto de interés. La razón es evidente: el abogado, como el fiduciario del Derecho de equidad, actúa en beneficio de otro y tiene el deber de anteponer los intereses de su cliente a los suyos propios y a los de cualquier tercero, incluidos otros clientes. La concurrencia de representaciones de clientes con intereses contrapuestos —el supuesto paradigmático de conflicto de interés en la abogacía— genera el mismo riesgo de parcialidad que el Derecho de la contratación pública identifica en el funcionario que decide sobre un asunto en el que tiene intereses privados.

En el plano europeo, el *Code of Conduct for European Lawyers* del Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE), en su versión vigente aprobada por la Asamblea Plenaria del CCBE el 25 de noviembre de 2006, regula el conflicto de interés en el artículo 3.2. Conforme a su apartado 3.2.1, «un abogado no podrá asesorar, representar o actuar en nombre de dos o más clientes en el mismo asunto si existe un conflicto de intereses, o un riesgo significativo de conflicto, entre los intereses de esos clientes». El apartado 3.2.2 establece que el abogado deberá cesar en su actuación para ambos clientes cuando surja un conflicto de intereses, así como cuando exista riesgo de violación de la confidencialidad o de menoscabo de la independencia del abogado. Nótese que la fórmula del artículo 3.2.1 CCBE no exige la existencia de un conflicto efectivo y consumado, sino que basta con «un riesgo significativo de conflicto»: se trata, de nuevo, de la extensión al conflicto *potencial* que caracteriza al modelo anglosajón de raíz fiduciaria.

En el Derecho estadounidense, la *Model Rule* 1.7 de la *American Bar Association* (*ABA Model Rules of Professional Conduct*, 1983, posteriormente modificada) regula el conflicto de interés con clientes actuales. Su apartado (a) establece que «un abogado no podrá representar a un cliente

10 Sobre esta cuestión, véanse Crystal, N. M. (2022: 1-52); y Wolfram, C. W. (1986: 457-505).

si la representación implica un conflicto de interés concurrente», definiendo la concurrencia de conflicto en dos supuestos: que la representación de un cliente sea directamente contraria a la de otro; o que exista un «riesgo significativo» de que la representación de uno o más clientes quede materialmente limitada por las responsabilidades del abogado respecto de otro cliente, un antiguo cliente —*former client*—, un tercero o sus propios intereses personales. Esta formulación introduce, de nuevo, un estándar de riesgo potencial —«riesgo significativo»— que no requiere la concurrencia de un perjuicio actual verificable.

La contribución técnica más relevante del Derecho de la abogacía al desarrollo del concepto de conflicto de interés no reside, sin embargo, en estas normas sustantivas, sino en el procedimiento que articulan para gestionar los conflictos detectados: la comunicación al cliente, el consentimiento informado y la posibilidad de que el conflicto sea purgado mediante ese consentimiento si no compromete la independencia del abogado. Este modelo de gestión activa —declarar, comunicar, obtener consentimiento o renunciar— es el precedente más directo de la DACI que el Derecho administrativo contemporáneo ha generalizado para el empleado público, como se analizará en el Apartado V.

c) El arbitraje internacional y las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest*: un sistema de semáforo como paradigma de objetivación del estándar abierto[11]

El ámbito del arbitraje internacional constituye, de los tres examinados en este epígrafe, el que ofrece el modelo más elaborado y técnicamente más relevante para la comprensión del proceso de inculturación descrito en este trabajo. Las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, elaboradas por el Grupo de Trabajo sobre el Conflicto de Interés en el Arbitraje Internacional de la *International Bar Association* y publicadas en su versión original en 2004, revisadas en 2014 y nuevamente actualizadas en 2024, representan el intento más sistemático hasta la fecha de traducir la cláusula general de apariencia del *common law* en un instrumento normativo practicable por operadores jurídicos procedentes de tradiciones jurídicas diferentes —angloamericana y continental— mediante listas de supuestos y mecanismos de gestión del conflicto.

El punto de partida de las *IBA Guidelines* es la consagración del estándar del observador externo razonable como criterio general de determinación del conflicto de interés. El Estándar General 2 establece que un árbitro deberá declinar o renunciar a su nombramiento si existen «hechos o circunstancias que, desde el punto de vista de un tercero razonable que

11 En relación con el contenido de esta letra, véanse Luttrell, S. (2009); Guccione, F. (2024); y Blackaby, N.; Partasides, C.; Redfern, A.; y Hunter, M. (2015).

ISBN: 978-84-7777-740-3

tenga conocimiento de los hechos relevantes, den lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro». Este estándar —*justifiable doubts* from the perspective of a *reasonable third person*— es la versión arbitral del *fair-minded and informed observer test* de Porter *v.* Magill, y conecta directamente con el criterio de «pudiera parecer que compromete» la imparcialidad que el artículo 61.3 del Reglamento Financiero de 2018 de la Unión Europea recoge para el conflicto de interés en la gestión de fondos de la Unión, como veremos más tarde.

Pero la aportación más singular de las *IBA Guidelines* no reside en la enunciación de este estándar —que en esencia reproduce el criterio anglosajón ya conocido—, sino en el mecanismo que articulan para hacerlo operativo: las *Application Lists* o Listas de Aplicación, divididas en tres categorías según un sistema cromático o de semáforo:

— La *Lista Roja* (*Red List*) comprende, a su vez, dos subcategorías: la Lista Roja no dispensable (*Non-Waivable Red List*), que recoge situaciones en que el conflicto de interés es tan grave que el árbitro no puede actuar bajo ninguna circunstancia y las partes no pueden renunciar a su derecho a plantear la objeción —como la existencia de una identidad entre el árbitro y una de las partes, o el hecho de que el árbitro tenga un interés económico significativo en el resultado del arbitraje—; y la Lista Roja dispensable (*Waivable Red List*), que incluye situaciones igualmente graves pero que pueden ser salvadas mediante renuncia expresa e informada de las partes —como la existencia de una relación familiar cercana entre el árbitro y una de las partes o sus representantes—.
— La *Lista Naranja* (*Orange List*) enumera situaciones que, dependiendo de los hechos concretos de cada caso, pueden generar, a ojos de las partes, dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, y que, por tanto, deben ser objeto de revelación (*disclosure*) obligatoria, si bien el árbitro puede continuar actuando salvo que alguna de las partes formule una objeción en plazo. La Lista Naranja incluye supuestos como haber actuado como árbitro en un arbitraje anterior en que intervino una de las partes o sus representantes en los últimos tres años, o haber mantenido una relación académica significativa con alguna de las partes.
— La *Lista Verde* (*Green List*) comprende las situaciones que, con carácter general, no dan lugar a ningún deber de revelación porque no generan conflicto de interés ni apariencia del mismo desde la perspectiva del observador razonable. Su función principal es la de despejar la incertidumbre del árbitro en los supuestos más frecuentes de vínculos menores o puramente profesionales con alguna de las partes.

Las *IBA Guidelines* muestran que el proceso de objetivación de la cláusula general mediante listas de supuestos no es una deformación introducida por la cultura jurídica continental, sino una necesidad práctica que cualquier sistema que pretenda hacer operativo el estándar del *reasonable third person* puede acabar desarrollando, con independencia de la tradición jurídica del contexto en que opera. En segundo lugar, las *IBA Guidelines* logran integrar, dentro de una misma arquitectura normativa, la convivencia de ambas lógicas: la cláusula general del Estándar General 2 —que preserva la apertura del estándar de apariencia y permite detectar situaciones no previstas expresamente— y las Listas de Aplicación —que proporcionan la certeza y previsibilidad que el operador continental demanda—. La relación entre ambas aproximaciones es, además, explícita: las propias *IBA Guidelines* advierten que «en todo caso, los Estándares Generales deben controlar el resultado; en otras palabras, los Estándares Generales prevalecen sobre las Listas de Aplicación ilustrativas».

Esta estructura de dos niveles —cláusula general más catálogo ilustrativo, con primacía normativa del primero— es precisamente la que la propuesta de integración formulada en el Apartado VI de este trabajo traslada al Derecho administrativo español, a través de la plantilla de DACI que figura como Anexo. La experiencia de las *IBA Guidelines* acredita que esa integración no solo es jurídicamente posible, sino eficaz en la práctica: el arbitraje internacional, que opera en el entorno más multicultural y más pluralista en términos de tradiciones jurídicas de todo el Derecho transnacional, ha sido capaz de construir un sistema de gestión del conflicto de interés que resulta funcional tanto para operadores del *common law* como para operadores del *civil law*, precisamente porque no renuncia a ninguno de los dos modelos.

III. LA TRADICIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA

La problemática subyacente en el conflicto de interés —la colisión entre el interés privado del servidor público y el interés general que tiene encomendado— no fue desconocida para el Derecho administrativo español antes de la recepción del Derecho europeo. Muy al contrario, el ordenamiento español articuló, desde fecha muy temprana y de forma independiente, varias respuestas institucionales diferenciadas a esa misma problemática, que constituyen los antecedentes dogmáticos del conflicto de interés moderno: el régimen de abstención y recusación, el régimen de incompatibilidades y las prohibiciones de contratar. Estas categorías convergen funcionalmente con el concepto de conflicto de interés, aunque lo hacen desde lógicas jurídicas distintas y a través de técnicas normativas propias.

ISBN: 978-84-7777-740-3

1. La abstención y recusación[12]

La abstención y la recusación constituyen, probablemente, las instituciones más antiguas del Derecho administrativo español en conexión con la problemática del conflicto de interés. Como han subrayado Fernández Ramos y Pérez Monguió, «la abstención y recusación es una de las instituciones clásicas del procedimiento administrativo, sorprendentemente poco tratada por la doctrina administrativista, y ello a pesar de su enorme trascendencia práctica en múltiples tipos de procedimientos»[13]. Sus raíces se hunden en el Derecho procesal, del que el Derecho administrativo las tomó, adaptándolas a las particularidades de la actuación administrativa.

La Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889, conocida como Ley Azcárate, no reguló la abstención y recusación como garantía de imparcialidad, pero los reglamentos ministeriales que se dictaron en su desarrollo abordaron la cuestión de diferentes maneras. La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA 1958) fija, por primera vez, un régimen sistemático de la abstención y recusación de aplicación general a toda la Administración del Estado. Su Exposición de Motivos reconocía que, en cuanto a «la recusación y abstención, la Ley apenas si introduce algunas innovaciones respecto a los preceptos contenidos en los reglamentos de procedimiento administrativo que se referían a aquéllas», lo que acredita la existencia de una práctica administrativa consolidada con anterioridad. El texto articulado reguló la abstención en su artículo 20 y la recusación en su artículo 21, estableciendo un elenco tasado de causas que determinaban la obligación de inhibición del funcionario actuante.

Esta regulación fue sucesivamente acogida sin rupturas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 28 y 29); y, después, por los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LJRSP). Como señalan Fernández Ramos y Pérez Monguió «la regulación actual de la misma es prácticamente idéntica a la contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958»[14] lo que ilustra la continuidad y la solidez de esta tradición jurídica.

El elemento más relevante de esta regulación, en su contraste con el moderno conflicto de interés, es la técnica legislativa del listado cerrado o *numerus clausus*. Los artículos 20 LPA 1958, 28 Ley 30/1992 y 23 LRJSP, relacionan individualizadamente los supuestos en que nace la obligación de abstenerse. El actualmente vigente artículo 23.2 de la Ley 40/2015 revela

12 Véanse, por todos, Fernández Ramos y Pérez Monguió (2012) y García Luengo (2022).

13 Fernández Ramos y Pérez Monguió (2012: 11 ss.).

14 Fernández Ramos y Pérez Monguió (2012: 17).

una continuidad esencial con el artículo 20.2 de la LPA 1958: los cinco tipos de causas —interés personal, parentesco, amistad o enemistad, intervención previa como perito o testigo, y relación de servicio con el interesado— se encontraban ya, sustancialmente, en sus antecedentes inmediatos. La evolución consiste, fundamentalmente, en un perfeccionamiento técnico y en una ampliación de los grados de parentesco y de las formas de relación profesional contempladas, no en un cambio de la estructura conceptual.

Esta técnica del listado cerrado reviste una notable importancia desde el punto de vista del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). El operador jurídico —el propio funcionario y, en su caso, su superior jerárquico— dispone de criterios claros y precisos para determinar si concurre o no la causa de abstención: basta comprobar si la situación real encaja en alguno de los supuestos enumerados. No existe apenas margen de apreciación discrecional sobre si la situación en cuestión «compromete la imparcialidad», como sucede en cambio con la noción de conflicto de interés de origen comparado. Ello determina, como venimos apuntando, una diferencia estructural fundamental entre ambas instituciones.

Cabe señalar, no obstante, que la opción del legislador español por el *numerus clausus* ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina más reciente. En particular, García Luengo ha cuestionado dicha opción, por considerar que una enumeración taxativa puede dejar sin cobertura situaciones reales de riesgo para la imparcialidad que no encajan formalmente en ninguno de los tipos previstos[15]. Esta tensión entre la seguridad jurídica del listado cerrado y la eficacia preventiva de una cláusula general es, precisamente, uno de los ejes centrales del debate que plantea la incorporación al Derecho español del concepto europeo de conflicto de interés.

La obligación de abstención es, en la construcción del Derecho administrativo español, una garantía de naturaleza procedimental y de alcance estrictamente *ad casum*: opera dentro de un procedimiento concreto y produce como efecto único la separación del funcionario de ese específico expediente. No genera, por sí sola, ninguna consecuencia jurídica sobre la estructura orgánica del funcionario afectado ni sobre sus relaciones con el exterior de la Administración.

El fundamento constitucional de la abstención reside en los principios de objetividad e imparcialidad de la Administración Pública consagrados en el artículo 103.1 de la Constitución española, que establece que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales». El Tribunal Constitucional ha precisado que «la imparcialidad en el ejercicio de la función pública viene garantizada *ad extra*, es decir, en las relaciones con la ciudadanía, por una serie de cautelas legales, entre las que ocupa un lu-

15 García Luengo (2022: 89 ss.).

ISBN: 978-84-7777-740-3

gar destacado la obligación de abstención y la posibilidad de recusación de los funcionarios cuando concurren determinadas circunstancias previstas legalmente que pueden poner en peligro objetivo la rectitud de su actuación» (STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 13).

Como he tenido ocasión de exponer en otro lugar, la razón última de estas instituciones es la necesidad de que las apariencias no enturbien la presunción de neutralidad que debe exhibir toda decisión administrativa[16]. Posteriormente también lo ha resaltado Pérez Monguió[17], con las siguientes palabras:

> «Este es, en efecto, el más profundo de cuantos fines se pueden atribuir al régimen de abstención y recusación: no se trata sólo de evitar que elementos externos o ajenos influyan en la decisión de quienes intervienen en los procedimientos, sino incluso de diluir cualquier sombra de sospecha sobre su actitud, que tal vez pudiera ser recta, pero además debe parecerlo. En efecto, para la total aceptación de la voluntad administrativa, expresada en resoluciones que adoptan personas concretas, lo mejor es conjurar la mera sospecha, evitar que cualquier observador desconfíe siquiera de las decisiones adoptadas porque se presente alguna causa que la pueda haber contaminado entendiendo que su auténtica razón ha podido ser el odio, el favoritismo, el prejuicio o el propio interés. Para lograr ese propósito, para alcanzar esa asepsia total no ya sólo en la mente del que decide, sino también del observador, lo mejor es apartar radicalmente de la esfera decisoria a cualquier efectivo que pudiera estar incurso en alguna de esas causas potencialmente contaminantes de su juicio.»

Esta formulación conecta directamente con el criterio del *reasonable third party* o «apariencia de imparcialidad» que, como se expuso en la Parte I, opera también en el Derecho anglosajón y en la normativa del arbitraje internacional como elemento definidor del conflicto de interés, y que el TJUE ha recogido en la definición comunitaria de la figura. Pero es una aproximación muy reciente a esta problemática.

La doctrina ha precisado igualmente que la abstención es el instrumento que permite preservar la objetividad administrativa frente a la amenaza que representa la presencia de intereses privados del agente en el asunto concreto que le compete resolver: «el ordenamiento jurídico prohíbe participar en un procedimiento a un servidor público porque la situación en la cual éste se halla hace temer por la imparcialidad y objetividad de su actuación en el caso concreto y, en consecuencia, por el acierto de la decisión»[18]. Esta afirmación describe la misma preocupación que está en la base del concepto moderno de conflicto de interés.

---

16 En el Prólogo a Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2012.

17 Pérez Monguió (2014: 78).

18 Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2012: 45 ss.

2. El régimen de incompatibilidades

Frente a la naturaleza procedimental de la abstención, el régimen de incompatibilidades opera sobre una lógica jurídica completamente diferente: no pretende identificar y gestionar situaciones concretas de posible parcialidad en expedientes individuales, sino estructurar previamente el estatuto del personal al servicio de las Administraciones Públicas de modo que sea improbable —o imposible— que tales situaciones lleguen a producirse. Es, en terminología contemporánea, una técnica de gestión *ex ante* del riesgo de conflicto de interés.

Los antecedentes más remotos del régimen de incompatibilidades se sitúan en el Real Decreto de 7 de septiembre de 1918, conocido como «Estatuto de Maura», que aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley de Bases de 22 de julio a los Cuerpos Generales de la Administración civil de Estado y al personal subalterno de la misma. Su artículo 39 recogía tres supuestos de incompatibilidad, con un sistema de lista, sumamente esquemático, debiendo destacarse la incompatibilidad para «2.ª El servicio de Agencias de negocios ó el desempeño de representaciones en cualquier clase de asuntos que se tramiten o sean de la competencia del respectivo Ministerio».

Ante la parquedad de este régimen se dictó el Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, sobre incompatibilidades de funcionarios de la Administración Civil del Estado, sedicentemente abocado a completar los supuestos. También se articula mediante un sistema de lista, acorde con la tradición jurídica que venimos comentando, si bien, en uno de los supuestos, consigna una causa de incompatibilidad que realmente constituye una cláusula abierta y que se asimila más con la tradición anglosajona que con la nuestra. Este Decreto-ley carece de artículos numerados y se limita a describir las situaciones que deben evitarse; su letra b) reza así:

> «Que los intereses propios del funcionario o los de personas con quienes le liguen o distancien cualificadas relaciones manifiestas, posibles inspiradoras de móviles humanamente comprensibles, produzcan recelo de parcialidad en la intervención de los funcionarios sin medios reglados que faciliten la abstención de éstos o su recusación por parte legítima.»

Sin embargo, este tipo de cláusula abierta desapareció después de la normativa de incompatibilidades. Es sintomático que la Ley 109/1963, de 20 de julio, de Bases de los funcionarios civiles del Estado, declarase que «en cuanto al tema de las incompatibilidades, se ha entendido que el principio general que ha de consagrarse es éste: que el desempeño de la función pública es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad que impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario», por lo que la preocupación principal de la norma se centra en

ISBN: 978-84-7777-740-3

garantizar la plena dedicación del funcionario a su empleo público, evitando que se distraiga con otras ocupaciones, más que en prevenir la corrupción o el conflicto de interés.

No obstante, el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, desarrolla la cuestión con un listado de causas de incompatibilidad recogido en su artículo 83[19]; algunos de los supuestos sí guardan conexión con el conflicto de interés, en la tónica que desde entonces se va a reproducir en toda la legislación posterior, similar a las causas de abstención y recusación establecidas en la normativa del procedimiento administrativo.

Actualmente, el fundamento constitucional del régimen de incompatibilidades se encuentra en el artículo 103.3 de la Constitución española, que encomienda a la ley la regulación del «sistema de incompatibilidades» del personal al servicio de las Administraciones Públicas, vinculándolo explícitamente a «las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». Este anclaje constitucional expreso es, en cualquier caso, significativo: el constituyente de 1978 identificó las incompatibilidades como un instrumento de garantía de la imparcialidad, es decir, como una respuesta a la misma problemática que en el Derecho comparado se denominaba ya conflicto de interés.

El desarrollo legislativo de este mandato constitucional se articuló, en un primer momento, a través de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, cuya Exposición de Motivos declaraba que la norma pretendía «evitar toda posible colisión de intereses, no sólo en las relaciones del sector público con el privado, sino también entre esferas distintas de aquél»; actualmente, la materia se regula en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo en la Administración General del Estado, que establece un régimen más intenso para quienes ocupan posiciones de poder político o directivo[20].

Por su parte, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas[21], extendió el régimen al conjunto del personal; su Exposición de Motivos vinculó el régimen de incompatibilidades a la «moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración».

En definitiva, al igual que el régimen de abstención, las leyes de incompatibilidades operan mediante la técnica del listado de supuestos. La Ley 53/1984 estructura su contenido normativo en torno a dos grandes

---

19 Véase Mendoza (1964: 51 ss.).

20 Jiménez Asensio (1998); Pérez Monguió y Fernández Ramos (2016); Cerrillo (2018: 254 ss.); y, más especialmente, Pérez Monguió (2020); y Meseguer Yebra (2007).

21 Sobre el régimen general de incompatibilidades, véase Lorenzo de Membiela, J. B. (2011).

elencos: las actividades en el sector público que no pueden simultanearse con el puesto principal (régimen de segunda actividad pública, artículos 1 a 10) y las actividades privadas incompatibles (artículos 11 y siguientes). El artículo 11 de la Ley 53/1984 prohíbe, con carácter general, «el ejercicio de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado». A este supuesto general se añaden, en el artículo 12, las actividades absolutamente incompatibles con independencia de cualquier relación con el puesto, entre las que figuran la pertenencia a consejos de administración de empresas con contratos con la Administración, o la asesoría de estas.

También aquí la técnica normativa es la de la enumeración y concreción: la compatibilidad o incompatibilidad no se juzga aplicando una cláusula general de principios, sino comprobando si la actividad concreta encaja en alguno de los supuestos definidos por la ley. La certeza y la previsibilidad de la norma son, por consiguiente, valores estructuralmente garantizados por la propia técnica legislativa empleada. Este régimen opera con una lógica preventiva y estructural: no regula la participación en un procedimiento concreto, sino la colisión permanente de la condición de empleado o cargo público con intereses privados.

3. Las prohibiciones de contratar[22]

Las prohibiciones de contratar son también un exponente histórico de medidas que pretenden evitar situaciones que actualmente aparecen bajo el paraguas del conflicto de interés.

El artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, tipificó el primer catálogo sistematizado de causas de prohibición. Este precepto ya incluía una causa directamente vinculable a lo que hoy llamamos conflicto de interés: la infracción del régimen de incompatibilidades de los funcionarios y altos cargos en su relación con empresas contratistas. La técnica normativa era la propia del *civil law* y de nuestro acervo jurídico: listado de causas tasadas, referida a situaciones abstractas y predefinidas (el cargo, la relación con la empresa), sin que se exigiera probar que esa situación hubiera influido concretamente en el procedimiento de contratación. En particular, el artículo 4.6 instauró una prohibición de contratar a todo funcionario público, con independencia de que tenga o no relación con

[22] Sobre la evolución histórica, véase principalmente Bermejo Vera (2008: 109 ss.); sobre las prohibiciones de contratar en general, Aymerich (2019: 306 ss.); y Gosálbez (2025: 1.447 ss.).

ISBN: 978-84-7777-740-3

el contrato concreto, lo que revela una lógica abstracta, idéntica a la de las incompatibilidades, no a la del conflicto de interés. Y el artículo 4.7 extiende la prohibición a empresas en cuyo capital participen personas «incompatibles con arreglo a la legislación vigente», remitiendo al régimen administrativo de incompatibilidades entonces vigente. No existía en 1965 ninguna referencia al «conflicto de interés» como categoría conceptual autónoma; la figura se canalizaba íntegramente a través del régimen de incompatibilidades.

Más tarde, el artículo 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, mantuvo la misma técnica de lista tasada, si bien redactó las causas de manera diferente, estableciendo tres supuestos: *i)* La concurrencia, en la persona física o en los administradores de la persona jurídica licitadora, de algún supuesto de incompatibilidad para contratar recogido en la legislación específica que resulte aplicable en cada caso; *ii)* La condición de cargo electivo de los contemplados en la legislación electoral general, en los términos establecidos en la misma; y *iii)* Las empresas que hayan intervenido en la determinación de las especificaciones técnicas de los contratos, así como las empresas vinculadas a aquéllas.

En cuanto a la posterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, regula la cuestión en el artículo 49, claramente inspirado en su antecedente, cuya redacción completa y mejora desde el punto de vista técnico, pero inspirándose en la misma lógica.

Actualmente las prohibiciones de contratar se regulan en los artículos 71 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). A diferencia de la abstención —que recae sobre el funcionario decisor— y del régimen de incompatibilidades —que recae sobre el empleado o cargo público—, las prohibiciones de contratar recaen sobre el licitador, excluyéndolo del procedimiento cuando concurren determinadas circunstancias. Su lógica es, también, la del catálogo cerrado.

4. Similitudes y diferencias entre la tradición jurídico-administrativa española y la categoría originaria del conflicto de interés

A pesar de que abstención, incompatibilidades y prohibiciones de contratar, desde la perspectiva que las analizamos aquí —el conflicto de interés— persiguen la misma finalidad última —garantizar la imparcialidad y objetividad del servidor público en el ejercicio de sus funciones—, lo hacen desde lógicas jurídicas distintas: la abstención opera *ad hoc* y *ex post*, una vez que el funcionario ya está implicado en un expediente concreto: detectado el conflicto, se le aparta de ese procedimiento. No altera su estatuto ni sus relaciones exteriores. El efecto de la no abstención no es en todo caso

determinante sobre la validez del acto: el artículo 23.4 de la Ley 40/2015 dispone que «la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido». En cambio, las incompatibilidades y las prohibiciones de contratar operan *ex ante*, con carácter permanente y con independencia de que exista o no un procedimiento concreto en que pueda producirse el conflicto: la actividad incompatible está prohibida con carácter general, y el servidor público no puede ejercerla mientras dure su relación con la Administración. El incumplimiento genera responsabilidad disciplinaria y la obligación de opción entre actividades, pero no se vincula directamente a la validez de los actos dictados.

Ahora bien, tanto la abstención y recusación, como el régimen de incompatibilidades y las prohibiciones de contratar, salvo excepciones muy puntuales que hemos resaltado debidamente, ponen el foco en la esfera interna o propia del empleado o cargo público: bien estableciendo supuestos predefinidos de contaminación del decisor en un expediente concreto —abstención y recusación—, bien delimitando el perímetro de las actividades privadas incompatibles con el desempeño del cargo público —incompatibilidades—, bien excluyendo del procedimiento de contratación a quienes se hallan en situación de vinculación objetiva con la Administración —prohibiciones de contratar—. En todos los casos, el análisis se centra en la situación objetiva del sujeto afectado, no en la percepción que de esa situación pueda tener un tercero externo, razonable e informado.

Estas instituciones y el moderno concepto de conflicto de interés convergen sobre el mismo espacio material —la colisión entre el interés privado del servidor público y el interés general— pero lo acotan desde perspectivas distintas. El propio legislador ha reconocido expresamente este solapamiento: el artículo 53.5 del Estatuto Básico del Empleado Público —Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba su Texto Refundido— dispone que los empleados públicos «se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o intereses que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público». Este precepto es especialmente revelador, en cuanto que alude simultáneamente a la abstención y a los conflictos de interés, reconociendo que son categorías que operan sobre el mismo fenómeno, aunque a través de instrumentos distintos.

El rasgo que mejor define el modelo español previo a la recepción del Derecho europeo —y que lo diferencia más nítidamente del concepto de conflicto de interés en su formulación originaria por el Derecho comparado— es la primacía de la seguridad jurídica lograda mediante la técnica del listado cerrado. Tanto la abstención como las incompatibilidades se

ISBN: 978-84-7777-740-3

construyen a través de enumeraciones de supuestos en los que se concreta y delimita el ámbito de lo prohibido. El empleado público sabe con certeza qué situaciones le obligan a inhibirse y qué actividades le están vedadas. El operador jurídico externo —el interesado, el órgano de control— puede verificar objetivamente si concurren o no las circunstancias tipificadas. El artículo 23 LRJSP enumera las causas de abstención y recusación; los artículos 79-81 del Texto Articulado de 1964 y la Ley 53/1984 fijan los supuestos de incompatibilidad; y los sucesivos artículos 4 LCE 1965, 20 LCAP 1995 y 71 LCSP 2017 establecen las prohibiciones de contratar como listado cerrado de situaciones predeterminadas. En todos estos casos, la norma describe abstractamente la situación objetiva del sujeto —cargo, parentesco, participación societaria, condena firme— y vincula a ella la consecuencia jurídica con independencia de que el interés haya influido o pueda influir concretamente en el acto o procedimiento de que se trate. El operador jurídico no tiene que valorar nada más allá de si el supuesto de hecho tipificado concurre o no: la norma le proporciona certeza al precio de renunciar a cobertura sobre situaciones no tipificadas.

Por el contrario, el *common law* opera de manera radicalmente distinta, estructurando el conflicto de interés como un concepto abierto. La doctrina del *apparent bias*, consolidada en el Derecho inglés a partir de Porter *v.* Magill AC 357, no parte de un catálogo sino de una pregunta abierta: ¿concluiría un observador razonable e informado, tras examinar las circunstancias del caso, que existe un riesgo real de parcialidad? El estándar no define situaciones; define un método de valoración. El juez o árbitro que aplica la doctrina no coteja el caso con una lista, sino que reconstruye la perspectiva de ese observador externo hipotético y examina el conjunto de las circunstancias concurrentes. Esto permite cubrir situaciones que ningún catálogo puede anticipar —vínculos informales, afinidades ideológicas, relaciones profesionales pasadas— pero al coste de una incertidumbre estructural: el decisor solo conoce *ex post,* cuando el estándar se aplica, si su situación era o no constitutiva de *bias*.

La segunda diferencia es igualmente profunda y opera en el plano de la perspectiva desde la que se valora la situación. El sistema español se construye desde la *perspectiva interna del decisor*: la norma le impone un deber de autodeclaración (abstención) o permite al interesado instar su separación (recusación), pero en ambos casos el análisis parte de si el decisor *se encuentra* en alguno de los supuestos tipificados. La cuestión no es cómo percibe el caso un tercero externo, sino si concurren en esa persona los elementos objetivos del tipo.

La doctrina anglosajona del *apparent bias* desplaza por completo esa perspectiva. El test no pregunta si el decisor *tiene* un interés, sino si un observador externo *lo percibiría* así. La regla clásica de Lord Hewart en R *v.* Sussex Justices (1924) —«*it is not merely of some importance but is of fun-*

damental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done»— expresa esta lógica con precisión: lo determinante no es la realidad del sesgo sino su apariencia ante la sociedad. En consecuencia, un decisor puede estar subjetivamente convencido de su imparcialidad y ser excluido igualmente si las circunstancias generan en el observador razonable e informado la percepción contraria. Esta primacía de la apariencia sobre la realidad subjetiva es estructuralmente ajena a la técnica del listado cerrado, que opera con independencia de percepciones externas.

Claramente lo expresa —con profusión de citas que le avalan— Miranzo (2019: 305):

> «la intención de la persona afectada por el conflicto es irrelevante de cara a la calificación de una situación cono conflicto de intereses. No es necesario, pues, que la persona tenga la intención de sacar alguna ventaja de dicha situación irregular, sino que basta con su propia existencia objetiva, tratándose de una realidad situacional.
>
> Si un observador externo razonable puede percibir un conflicto de interés, entonces existe un conflicto de interés, independientemente de que ese conflicto pueda, eventualmente, interferir o no en las actuaciones de dicha persona y generar actos corruptos, e independientemente de las intenciones *reales* de ese sujeto. Es irrelevante que los intereses en conflicto puedan, *de facto*, influir o no en el desarrollo de las actuaciones. El elemento determinante de un conflicto de interés es la apariencia de parcialidad, y no la parcialidad en sí misma, que deberá ser entendida, en caso de existir, como corrupción.
>
> (…) Debido a su naturaleza objetiva, que implica que su apreciación deba ser siempre externa e independiente de los afectados, sería más apropiado, así, aceptar que los conflictos de interés son siempre una cuestión de apariencia.
>
> Por tanto, a la hora de dilucidar la existencia de un conflicto de interés, la pregunta a formular debe ser si una persona razonable hubiera concluido que existían intereses en conflicto que podrían poner o haber puesto en riesgo la imparcialidad del acto.»

Estas dos diferencias —catálogo cerrado frente a estándar abierto; perspectiva interna frente a perspectiva externa— explican la tensión que el concepto de conflicto de interés genera en el ordenamiento español desde su introducción a través del Derecho de la Unión Europea: la Directiva 2014/24/UE y el Reglamento Financiero 2018/1046 adoptan la lógica anglosajona del estándar abierto y la apariencia, pero los instrumentos nacionales de transposición tienden a reconducirla, casi instintivamente, hacia la forma del catálogo tipificado, que es la única técnica con la que el operador jurídico continental se siente seguro. Comprobémoslo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

IV. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONFLICTO DE INTERÉS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA[23]

La construcción del concepto de conflicto de interés en el Derecho de la Unión Europea no emana de un ámbito material único. Es el producto de un proceso evolutivo que arranca en los primeros instrumentos de Derecho estatutario de los años sesenta del siglo XX, se nutre de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y culmina en la positivación explícita y generalizada del concepto a través del Derecho derivado del primer cuarto del siglo XXI. Ese proceso se articula en cuatro etapas, cuyo examen conjunto permite apreciar, tanto la coherencia interna de la evolución, como las tensiones no resueltas que la norma europea ha trasladado a los ordenamientos nacionales.

1. Los orígenes del conflicto de interés en el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas

El punto de partida histórico del tratamiento del conflicto de interés en el Derecho europeo se encuentra en el Reglamento n.º 31 (CEE) y n.º 11 (CEEA), de 18 de diciembre de 1961, por el que se estableció el primer Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas. Este instrumento, que constituyó el fundamento del régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones europeas, no empleaba aún la expresión «conflicto de interés» como categoría técnica, pero fijó con toda claridad su sentido originario: el principio de independencia del funcionario comunitario, que debía desempeñar sus funciones teniendo en cuenta exclusivamente el interés de las Comunidades, sin solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno, autoridad u organismo exterior.

Este principio de independencia fue reforzado y precisado por el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, que aprobó el nuevo Estatuto unificado de los funcionarios de las Comunidades Europeas. El Título II del Estatuto, dedicado a los derechos y obligaciones del funcionario, contenía ya disposiciones expresas sobre la prohibición de actividades privadas incompatibles, la obligación de comunicar intereses personales que pudieran afectar a la independencia del funcionario, y restricciones a las actividades posteriores al cese en el servicio. Aunque la norma no empleaba la categoría «conflicto de interés» con la sistematicidad que se impondría posteriormente, el sustrato de sus previsiones era idéntico al de esa noción: impedir que los intere-

[23] Además de la bibliografía específica que aportamos en algunos de los epígrafes de este apartado, véanse Demmke y otros (2020); Parlamento Europeo (2020); y Tribunal de Cuentas Europeo (2023).

ses privados del agente comprometieran el ejercicio objetivo de sus funciones.

Es significativo que este régimen estatutario precediera en varias décadas a la regulación del conflicto de interés en el Derecho derivado sectorial. Ello indica que el Derecho europeo abordó la problemática del conflicto de interés en primer lugar en el ámbito del estatuto del personal de las instituciones comunitarias —siguiendo la misma lógica orgánico-preventiva que el régimen de incompatibilidades del Derecho español— antes de extender el concepto, con una lógica distinta, al conjunto de las actividades financiadas por la Unión.

La reforma del Estatuto llevada a cabo mediante el Reglamento (CE, Euratom) n.º 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004 supuso la introducción explícita de la expresión «conflicto de interés» en el Derecho estatutario europeo. El nuevo artículo 11 *bis* del Estatuto, introducido por esta reforma, dispuso:

> «En el ejercicio de sus funciones, el funcionario no deberá tratar ningún asunto en el que tenga, directa o indirectamente, un interés personal, en particular de carácter familiar o financiero, que pudiera comprometer su independencia. Deberá informar inmediatamente al jefe jerárquico, utilizando para ello un formulario específico, de cualquier conflicto de intereses real o potencial.»

Esta disposición formalizó, por primera vez en el Derecho del estatuto de la función pública europea, la noción de «conflicto de interés potencial», que va más allá del conflicto real y acreditado y anticipa la lógica preventiva que caracterizará toda la regulación posterior. La reforma de 2004 también reforzó las normas sobre actividades posteriores al cese en el servicio —el problema del denominado *revolving door* o «puerta giratoria»—, imponiendo la obligación de comunicar y obtener autorización para las actividades privadas ejercidas durante los dos años siguientes al abandono del servicio, cuando dichas actividades guardaran relación con los asuntos tratados durante los últimos tres años de carrera.

2. El conflicto de interés en los Reglamentos Financieros de 2002

El Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, constituye el segundo eslabón histórico en la construcción del concepto en el Derecho europeo. Este instrumento estableció normas sobre los agentes financieros —ordenadores de créditos, contables, gestores de anticipos de caja— y, en ese contexto, reguló por

ISBN: 978-84-7777-740-3

primera vez en el ámbito presupuestario la obligación de estos agentes de abstenerse de intervenir cuando concurriera un conflicto de interés.

El Reglamento 1605/2002 no contenía todavía una definición precisa y sistemática de la noción, sino que articulaba su tratamiento a través de previsiones dispersas que imponían a los agentes financieros la obligación de no intervenir en operaciones presupuestarias en las que tuvieran intereses de carácter personal. El régimen se desarrolló a través del Reglamento (CE, Euratom) n.º 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, de normas de desarrollo del Reglamento Financiero, que precisó las obligaciones de los agentes financieros en materia de conflicto de interés. La lógica normativa de este régimen seguía siendo fundamentalmente procedimental y de carácter administrativo-interno: se trataba de una norma dirigida a los propios funcionarios y agentes de las instituciones europeas en el ejercicio de sus funciones de gestión presupuestaria, sin proyección directa sobre los Estados miembros en la gestión de los fondos europeos.

3. La jurisprudencia del TJUE sobre conflicto de interés en la contratación pública y su acogida por las directivas de contratos de 2014[24]

Entre la aprobación del Reglamento Financiero de 2002 y la codificación definitiva del concepto en las Directivas de 2014, el TJUE desempeñó un papel decisivo en la elaboración dogmática de la noción de conflicto de interés a través de su jurisprudencia en materia de contratación pública. El Tribunal desarrolló, sobre la base de los principios del Tratado —igualdad de trato, no discriminación, transparencia, libre concurrencia— una doctrina sobre el conflicto de interés que superó las limitaciones de los textos normativos entonces vigentes y anticipó las soluciones que el legislador europeo adoptaría más tarde.

El punto de partida de esta construcción jurisprudencial puede situarse en los asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, Fabricom, resueltos en sentencia de 3 de marzo de 2005. En estos asuntos, el TJUE declaró que la exclusión automática de los candidatos que hubieran participado en la preparación del contrato era incompatible con el principio de igualdad de trato, por no prever la posibilidad de que el candidato afectado demostrara que la preparación del contrato no había creado un riesgo real para la competencia. El Tribunal introdujo así el principio de que la existencia de un conflicto de interés no puede presumirse *iuris et de iure* a partir de una situación objetiva,

[24] En relación con el conflicto de interés y las medidas establecidas contra la corrupción en materia de contratación pública, véanse las obras de Gimeno Feliu, J. M. (2010: 524-527; 2016: 258-263 y 268-271; 2017: 45-52 y 60-65; 2019; 2024: 240 ss.). Sobre este concreto apartado, Cerrillo (2018, *passim*, y especialmente, 292 ss.); Medina Arnáiz (2014: 271 ss.); Medina Arnáiz (2016: 77 ss.); Miranzo (2019: 298 ss.); Dragos (2021: 259 ss.); e Iglesias (2025: 53 ss.).

sino que debe ser apreciado en función de las circunstancias concretas y conforme al principio de proporcionalidad.

La doctrina Fabricom fue completada y precisada por la sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, eVigilo, que constituye la referencia jurisprudencial más citada en materia de conflicto de interés en la contratación pública. En esta sentencia, dictada ya vigente la Directiva 2014/24/UE, el Tribunal precisó tres elementos fundamentales: (i) que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la posible existencia de conflictos de interés y a adoptar las medidas adecuadas para prevenirlos, detectarlos y remediarlos; (ii) que el concepto de conflicto de interés abarca las situaciones en que el licitador tiene un interés directo o indirecto en el contrato que comprometa la imparcialidad del procedimiento, con independencia de que exista o no un beneficio acreditado; y (iii) que cuando el licitador ha aportado indicios serios de la posible parcialidad de los evaluadores, corresponde al poder adjudicador verificar si efectivamente existe conflicto y, en su caso, tomar las medidas oportunas.

Esta construcción jurisprudencial tuvo un considerable efecto expansivo: obligó a los poderes adjudicadores nacionales a gestionar activamente el riesgo de conflicto de interés incluso antes de que existiera una definición legal expresa en el Derecho derivado aplicable, y situó el concepto en el centro del debate sobre la integridad de los procedimientos de contratación pública en los Estados miembros.

Por otra parte, la OLAF (2013) publicó el documento *Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions. A practical guide for managers*, dirigida específicamente a los funcionarios y gestores nacionales que participan en la adjudicación de contratos financiados con fondos europeos. Esta guía incluye una definición del conflicto de interés; un modelo de declaración de ausencia de conflicto; procedimientos y herramientas de verificación que podrían utilizarse para gestionar los conflictos de interés; y una lista de *banderas rojas* para su detección, estableciendo así un estándar operativo uniforme para toda la Unión. Conviene resaltar que constituye un exponente más de la progresiva incorporación al acervo de la UE de listados de supuestos de conflictos de interés, frente a la tradición anglosajona de la cláusula abierta.

Pero la primera definición normativa del conflicto de interés en el Derecho derivado sectorial europeo aparece en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. La Directiva 2004/18/CE, que la antecede, no contenía ninguna definición de esta figura ni articulaba un régimen específico para su gestión, pese a que la jurisprudencia del TJUE había venido aplicando la noción con anterioridad. La Directiva 2014/24/UE supone, en este sentido, la recepción legislativa de la doctrina jurisprudencial desarrollada durante más de una década por el Tribunal de Justicia.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE define el conflicto de interés en los siguientes términos:

> «El concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.»

Esta definición presenta características técnicas de gran relevancia para la comprensión del concepto tal y como se incorpora al Derecho español. En primer lugar, es una definición de mínimos («abarcará, al menos»): los Estados miembros pueden adoptar conceptos más amplios, pero no pueden restringirlos por debajo del umbral fijado. En segundo lugar, adopta el criterio de la apariencia de afección a la imparcialidad («pudiera parecer que compromete»), siguiendo la tradición anglosajona del *reasonable third party* ya examinada en el Apartado II y la doctrina del TJUE: no se requiere que el conflicto sea real y probado, sino que basta con que la situación «pueda parecer» que compromete la objetividad del decisor. Esta opción legislativa maximiza la tutela preventiva, pero al precio de una mayor indeterminación conceptual.

El artículo 57.4.e) de la misma Directiva complementa esta definición al establecer como causa de exclusión facultativa de los licitadores la existencia de un conflicto de interés —en el sentido del artículo 24— que no pueda resolverse por medios menos restrictivos. Junto a estas previsiones, el considerando 16 de la Directiva impone a los poderes adjudicadores la obligación de disponer de «procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses». La Directiva 2014/23/UE, sobre adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/25/UE, sobre contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, aprobadas simultáneamente, reproducen en sus artículos equivalentes el mismo concepto de conflicto de interés que la Directiva 2014/24/UE, consolidando así su aplicación en el conjunto del espacio europeo de la contratación pública.

4. El Reglamento Financiero de 2018 y el Reglamento de 2020 sobre protección del Presupuesto de la Unión

La regulación más extensa, precisa y sistemática del conflicto de interés en el Derecho europeo vigente se encuentra en el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto ge-

neral de la Unión. Este instrumento, que deroga y sustituye al Reglamento 966/2012, introduce en su artículo 61 una regulación integral del conflicto de interés que supera con creces las previsiones del Reglamento de 2002 tanto en extensión como en precisión conceptual.

La definición del artículo 61.3 del Reglamento Financiero 2018/1046 establece que:

> «A efectos del presente Reglamento, existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros y demás personas a que se refieren el apartado 1 del presente artículo y el artículo 150 se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro interés personal directo o indirecto.»

Esta definición es notablemente más amplia que la de la Directiva 2014/24/UE en dos aspectos. En primer lugar, amplía los *factores generadores* del conflicto: junto al interés económico o personal, incluye expresamente las razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional. En segundo lugar, amplía el *ámbito subjetivo* de aplicación: no se limita al personal del órgano de contratación, sino que se extiende a todos los «agentes financieros y demás personas» que participen en la ejecución del presupuesto de la Unión, incluyendo las autoridades de los Estados miembros que gestionan fondos europeos.

El artículo 61 sistematiza los tipos de conflicto de interés, recogiendo la distinción ya elaborada por la Comisión Europea en sus instrumentos orientativos: el conflicto *real* (el interés privado efectivamente influye en el ejercicio de las funciones), el conflicto *aparente* (el interés privado puede percibirse como susceptible de comprometer el ejercicio objetivo de las funciones, aunque no lo haga en realidad) y el conflicto *potencial* (el agente tiene intereses privados que podrían ocasionar un conflicto si asumiera determinadas responsabilidades futuras).

Para contribuir a la gestión de los conflictos de interés en este ámbito, la Comisión Europea (2021) elaboró las *Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero* [COM(2021/C 121/01)]. Este documento ilustra la tensión que genera la importación del estándar anglosajón al ordenamiento europeo y, por extensión, a los ordenamientos continentales: la definición del artículo 61 del Reglamento Financiero conserva la amplitud característica del concepto anglosajón —incluyendo el conflicto aparente, que no requiere que el interés haya influido efectivamente en la decisión—, pero las Orientaciones la desarrollan a través de un procedimiento formalizado y tipificado: la declaración de ausencia de conflicto de interés (DACI) obligatoria, la comunicación al superior jerárquico, la intervención de un órgano de verificación y la documentación escrita de todo el proceso. Este encauzamiento

ISBN: 978-84-7777-740-3

procedimental supone, en la práctica, una reducción de la apertura del estándar original: lo que en el *common law* opera como consecuencia jurídica automática vinculada a la situación, queda, en el sistema de las Orientaciones, reconducido a un proceso de gestión que puede concluir sin exclusión del afectado si la declaración no identifica riesgo real. Aquí reside la diferencia estructural que venimos resaltando en este trabajo: el ordenamiento europeo ha adoptado el lenguaje del conflicto de interés en sentido amplio, pero lo administra a través de técnicas de certeza formal propias de la tradición continental.

La tripartición del conflicto de interés —real, aparente y potencial— asumida por el Derecho de la UE en el Reglamento Financiero y en estas *Orientaciones* inspira claramente el sistema operativo que España ha implementado para la gestión de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), atendiendo a las previsiones de los Reglamentos en examen. La articulación de esa tripartición en el marco PRTR español ha generado un sistema de dos niveles —el catálogo automatizado de detección Minerva y la cláusula general de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI)— cuya coexistencia pone de manifiesto la tensión estructural entre los dos modelos que recorre todo este trabajo: el modelo de la cláusula general de apariencia (propio del Derecho europeo y del *common law*) y el modelo del listado cerrado de causas tipificadas (propio de la tradición continental), como comprobaremos en el Apartado V.

Ahora bien, la eficacia de este modelo ha sido cuestionada por el Tribunal de Cuentas Europeo en su Informe Especial SR-2023/06, *Conflict of interest in EU cohesion and agricultural spending*, 2023. El Tribunal constata que, si bien la declaración responsable constituye el núcleo del sistema de detección *ex ante* en la mayoría de los Estados miembros, su eficacia real depende de la existencia de mecanismos de verificación cruzada que en muchos casos son insuficientes o incluso inexistentes[25]. Esta debilidad estructural es precisamente la que el sistema español Minerva-DACI trata de corregir mediante el cruce automatizado de datos con las bases de la Agencia Tributaria, si bien —como se analizará en el Apartado V— ese cruce solo alcanza a los supuestos objetivamente verificables y deja sin cobertura real la dimensión —más abierta— de la cláusula general de apariencia.

Para concluir, el Reglamento (UE) 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, dictado en pleno contexto de la pandemia por COVID-19, y preocupado por la gestión

25 Afirmando que: «The audit showed that management verifications to check for conflicts of interest were not always sufficient and that not all Member States had a system for cross-checking declarations against external databases»; cfr. Tribunal de Cuentas Europeo (2023: párrs. 65-66).

de los fondos Next Generation EU, dispone —artículo 3.b)—que el manejo deficiente del conflicto de interés puede considerarse un indicador de déficit del Estado de Derecho que justifique la suspensión o reducción de los fondos europeos[26].

V. LA INCORPORACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS AL DERECHO ESPAÑOL: UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

1. La trasposición de la Directivas de contratos 2014/24/UE

Los artículos 64 y 71 LCSP, regulan el conflicto de interés en transposición de la Directiva 2014/24/UE. Conviene transcribir sus textos, para desarrollar mejor después nuestro comentario. El primero de ellos dispone:

> «Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.
>
> 1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.
>
> 2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.
>
> Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.»

Por su parte, el artículo 71 LCSP, al regular las prohibiciones de contratar, traspone la alusión al conflicto de interés acogida en la Directiva mediante su conversión en una extensa lista de causas, entre las que se encuentra —apdo. 1.g)— una remisión a la legislación de incompatibilidades, que se extiende

> «a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titu-

26 Véase Kolling (2022).

ISBN: 978-84-7777-740-3

> lar del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.»

Como se observa, el artículo 64 LCSP sí refleja adecuadamente la dimensión del *apparent bias* propia del conflicto de interés; sin embargo —todo hay que decirlo— ha generado mucha ansiedad en los operadores jurídicos, al no estar familiarizados con el concepto y no disponer de herramientas adecuadas para su aplicación efectiva. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión en algunas de sus resoluciones[27].

En cambio, el artículo 71 LCSP se aparta de la lógica ontológica del conflicto de interés para reemplazarla por un listado de causas o supuestos, en la más pura tradición jurídica española. La doctrina científica —especialmente, Miranzo, 2019: 327 ss.— ha reprochado este modo de trasponer la directiva, considerando que el régimen queda excesivamente asimilado al de incompatibilidades, cuando el ámbito del concepto de conflicto de interés es más amplio.

Estas deficiencias muestran que el sistema español se mueve, *de facto*, entre dos lógicas distintas sin haber optado formalmente por ninguna: en el artículo 64 LCSP reproduce el lenguaje del modelo europeo de cláusula general de apariencia, pero no logra aplicarlo adecuadamente por falta de asideros; y, tanto en la interpretación de ese precepto como en la redacción del artículo 71 de la misma Ley, aplica operativamente la lógica del listado cerrado de causas, que es la que resulta familiar a los operadores jurídicos formados en la tradición continental.

Esta tensión, que aflora en la gestión cotidiana de los procedimientos de contratación, es precisamente la que la arquitectura CoFFEE-MINERVA-DACI trata de resolver en el ámbito específico de los fondos europeos, como comprobaremos a continuación.

2. La arquitectura CoFFEE-MINERVA-DACI: articulación del conflicto de interés en el marco del PRTR

La operativa española de gestión sistematizada del conflicto de interés en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) tiene su fundamento normativo en la disposición adicional 112.ª de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, que encargó a la AEAT el desarrollo de una herramienta de aná-

27 Así, Resoluciones TACRC 1551/2024, de 5 de diciembre (rec. 1330/2024); 122/2024, de 1 de febrero (rec. 1679/2023); y 1936/2021, de 29 de diciembre (rec. 1576/2021).

lisis de riesgo de conflicto de interés, y en la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, que regula el procedimiento de análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el PRTR. Esta Orden desarrolla el artículo 61.3 del Reglamento Financiero 2018 y los compromisos de control establecidos en el Acuerdo de Financiación del Plan suscrito entre España y la Comisión Europea.

CoFFEE (*Common Financial Framework for the Execution of PRTR*, Plataforma Común de Fondos Europeos — Módulo del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia), es la plataforma integral de seguimiento, gestión y control del PRTR, gestionada por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). Todas las operaciones financiadas con fondos del Plan —contratos, subvenciones, convenios— son registradas en CoFFEE, que asigna a cada una un Código de Referencia de Operación (CRO), identificador único que permite el seguimiento transversal de la operación a lo largo de todo su ciclo de vida, desde la convocatoria hasta el pago y el control posterior.

En el ámbito del conflicto de interés, CoFFEE actúa como plataforma de registro y trazabilidad: recibe y almacena los resultados del análisis de riesgo realizado por Minerva —que exponemos seguidamente—, las declaraciones de ausencia de conflicto de interés (DACI) suscritas por los operadores —que también veremos un poco más adelante—, y las decisiones adoptadas por el órgano responsable de la operación en caso de bandera roja. Todo queda registrado en CoFFEE con carácter previo a la valoración de las ofertas o solicitudes, lo que permite su verificación posterior por las autoridades de auditoría del MRR.

Por su parte, Minerva es una herramienta informática de minería de datos —*data mining*— desarrollada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y puesta a disposición de todas las entidades decisoras, ejecutoras e instrumentales del PRTR. Su funcionamiento se puede describir en tres fases:

1. *Fase de carga de datos*. Con carácter previo a la valoración de las ofertas o solicitudes, el responsable de operación —que es el empleado público designado para gestionar el procedimiento en CoFFEE— incorpora en Minerva, a través de la sede electrónica de la AEAT, los datos identificativos de dos grupos de sujetos: (i) los decisores, esto es, todos los empleados públicos que participan en la evaluación o adjudicación de la operación y que tienen capacidad de influir en su resultado; y (ii) los potenciales beneficiarios —licitadores en el caso de contratos, solicitantes en el caso de subvenciones—.
2. *Fase de cruce de datos*. Minerva realiza un cruce automatizado entre los datos de los decisores y los de los potenciales beneficiarios, confrontando ambos grupos con las bases de datos tributarias y regis-

ISBN: 978-84-7777-740-3

trales de la AEAT, que incluyen datos de titularidad real de las personas jurídicas, relaciones familiares directas y vínculos societarios. El cruce se efectúa de un día para otro: el responsable de operación envía la petición de análisis y obtiene el resultado al día siguiente.

3. *Fase de emisión de resultados*. Minerva emite un informe con tres posibles resultados:

    a) *No se han detectado banderas rojas*: no se ha detectado ninguna circunstancia que ponga de manifiesto la existencia de riesgo de conflicto de interés. El procedimiento puede seguir su curso.
    b) *Se han detectado una o varias banderas rojas*: se han detectado circunstancias que ponen de manifiesto la existencia de riesgo de conflicto de interés. El resultado reflejará el NIF del decisor afectado y el NIF o CIF de su «pareja de riesgo» (licitador o solicitante). El responsable de operación deberá poner la bandera roja en conocimiento del decisor afectado y de su superior jerárquico, a fin de que, en su caso, se abstenga.
    c) *Bandera negra*: no existe información sobre riesgo de conflicto de interés para alguno de los participantes, por tratarse de una entidad sobre la que no se dispone de datos de titularidad real en la AEAT (habitualmente, entidades no residentes).

Cuando Minerva emite una bandera roja, el artículo 6 de la Orden HFP/55/2023 articula el siguiente procedimiento, en el plazo de dos días hábiles:

i. En primer lugar, el decisor afectado puede *abstenerse voluntariamente* en ese plazo. Si se abstiene, el análisis de riesgo se repite respecto de quien lo sustituya.
ii. En segundo lugar, si el decisor no se abstiene, puede *manifestar su ausencia de conflicto de interés* mediante una DACI motivada, en la que explique por qué, a pesar de la bandera roja de Minerva, considera que la relación detectada no genera un conflicto de interés real en el caso concreto. Esta DACI queda registrada en CoFFEE, junto con el informe de detalle de Minerva que describe todos los riesgos que activaron la bandera.
iii. En tercer lugar, el *superior jerárquico* del decisor resuelve: puede aceptar la participación del decisor señalado en la bandera roja —sobre la base de la DACI motivada— u ordenar su abstención. En ningún caso la bandera roja de Minerva tiene efecto automático de exclusión: existe siempre una valoración posterior por un órgano de supervisión.

Este diseño es coherente con la doctrina del TJUE establecida en los asuntos Fabricom (2005), y confirmada en eVigilo (2015), así como

con las resoluciones del TACRC, que exigen que la existencia de un conflicto de interés sea apreciada en función de las circunstancias concretas y conforme al principio de proporcionalidad, sin posibilidad de exclusión automática.

3. La declaración responsable de ausencia de conflicto de interés (DACI) como técnica operativa

La Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI) es el instrumento operativo central del sistema español de gestión del conflicto de interés en el ámbito de los fondos europeos y, cada vez más, en otros ámbitos de la actividad administrativa. Su naturaleza jurídica es la de una declaración responsable en sentido técnico-jurídico —en los términos del artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común—, dotada de efectos específicos en el contexto del procedimiento en que se produce: quien la suscribe declara bajo su responsabilidad que no se encuentra en ninguna de las situaciones que el Derecho aplicable califica como constitutivas de conflicto de interés.

Para el caso de los fondos europeos, la DACI ha sido objeto de una regulación detallada en la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo Anexo I establece —pormenorizadamente— el contenido mínimo de la DACI. A lo cual debe sumarse el cribado de potenciales causas de conflicto de interés que el decisor debe superar en Minerva.

Desde el punto de vista de su momento de actuación, el compuesto DACI+MINERVA introduce un mecanismo de control *ex ante* que presenta similitudes y diferencias con las técnicas clásicas de abstención, incompatibilidades y prohibiciones de contratar existentes en nuestro acervo jurídico. La similitud reside en que en ambos casos se opera antes de que el funcionario intervenga en el procedimiento. En cuanto a las diferencias, son, esencialmente dos: *i)* La DACI no se limita a descartar las causas tipificadas del artículo 23.2 LRJSP, sino que exige al decisor pronunciarse también sobre cualquier situación que, no estando en el catálogo, pudiera comprometer la apariencia de imparcialidad conforme al estándar del artículo 61.3 del Reglamento Financiero 2018; y *ii)* La DACI impone una actitud proactiva de búsqueda y valoración del riesgo, no solo de verificación de la ausencia de causas tipificadas.

La generalización de la DACI en múltiples ámbitos de la actividad pública —desde los procedimientos universitarios de selección de personal hasta los procesos de evaluación de proyectos de I+D+i— ha tenido un efecto culturalmente relevante: ha instalado en la práctica administrativa

ISBN: 978-84-7777-740-3

española la idea de que la imparcialidad no es solo una consecuencia automática de la ausencia de causas de abstención o de prohibiciones de contratar, sino también una obligación activa de autoevaluación y declaración que recae sobre cada decisor individual, lo que representa un cambio cultural.

La declaración responsable a secas presenta, sin embargo, limitaciones de eficacia que el Tribunal de Cuentas Europeo han puesto de manifiesto. La primera limitación es la *dependencia de la buena fe del declarante*: la DACI solo es eficaz si quien la suscribe tiene la voluntad de identificar y declarar situaciones de riesgo, incluso cuando esas situaciones no están tipificadas en ningún catálogo y dependen de una valoración de apariencia que el propio interesado puede minimizar. La segunda limitación es la *ausencia de mecanismos de verificación cruzada*: sin cruce con bases de datos objetivas, la DACI es en gran medida una formalidad declarativa cuya veracidad es muy difícil de controlar. La tercera limitación es la *indeterminación del estándar*: la pregunta sobre si una situación «pudiera parecer» que compromete la imparcialidad es una pregunta de apreciación cualitativa que el declarante no siempre puede responder de manera fiable desde su propia perspectiva.

Estas limitaciones son las que motivan la creación del sistema Minerva, diseñado precisamente para objetivar y verificar sistemáticamente parte del contenido de la DACI mediante el cruce automatizado de datos. Y también, lo que ha terminado provocando que en otros ámbitos sectoriales se hayan implantado DACIs que incluyen un catálogo o lista de causas o supuestos de conflicto de interés.

Por ejemplo, la DACI aprobada por el Ministerio de Universidades para el Componente 16 del PRTR, «Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial», reproduce íntegramente, en su apartado «Primero», el listado de causas de abstención del artículo 23.2 LRJSP como relación de supuestos constitutivos de conflicto de interés. Tras este listado, el declarante suscribe que «no se encuentra incurso en ninguna situación que pueda calificarse de conflicto de intereses de las indicadas en el artículo 61.3 del Reglamento Financiero de la UE y que no concurre en su persona ninguna causa de abstención del artículo 23.2 de la Ley 40/2015». Esta yuxtaposición entre la cláusula abierta europea y el listado cerrado nacional es exactamente la tensión de técnica jurídica que venimos resaltando.

El Anexo IV-A del Ministerio de Transportes para proyectos PRTR reproduce la misma estructura: primero recoge la definición abierta del artículo 61.3 del Reglamento Financiero, después transcribe el listado cerrado del artículo 23.2 LRJSP, y finalmente exige una declaración de ausencia de ambas situaciones. El modelo opera, por tanto, con la doble cobertura: concepto abierto europeo + lista cerrada nacional.

4. Algunas manifestaciones de inculturación del conflicto de interés en el ámbito de la normativa universitaria

En los últimos años, el concepto de conflicto de interés ha penetrado también, de forma creciente, aunque todavía desigual, en otros ámbitos. A modo ilustrativo exponemos aquí sus manifestaciones en el ámbito de la actividad universitaria: tanto en los procesos de selección y promoción del profesorado, como en la evaluación de proyectos y solicitudes de ayudas a la investigación. Este examen permite constatar la misma tensión entre el estándar abierto de origen europeo y la tendencia del operador nacional a concretarlo en listas de supuestos objetivos.

Así, el Real Decreto 678/2023, de 18 de julio, que regula la acreditación estatal y los concursos de acceso a los cuerpos docentes universitarios, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU), introduce por primera vez en la normativa básica universitaria española una regulación específica del conflicto de interés en las comisiones de selección, diferenciada del régimen general de abstención y recusación del artículo 23 LRJSP. En su artículo 32.4 establece la siguiente previsión:

> «Los miembros seleccionados deberán declarar sus posibles conflictos de interés y renunciar a formar parte de la comisión. El conflicto de interés motivará la renuncia cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias respecto de alguna de las personas candidatas: a) Haber sido coautor o coautora de publicaciones o patentes en los últimos seis años. b) Haber tenido relación contractual o ser miembro de los equipos de investigación que participan en proyectos o contratos de investigación junto con la persona candidata. c) Ser o haber sido director o directora de la tesis doctoral, defendida en los últimos seis años. En todo caso los miembros seleccionados deberán abstenerse cuando concurra alguna de las causas de abstención reconocidas en el artículo 23 de la Ley 40/2015.»

La importancia de esta previsión es doble. En primer lugar, supone la recepción formal del concepto de conflicto de interés —diferenciado de la abstención del artículo 23.2 LRJSP— en el ámbito del personal docente e investigador, estableciendo como consecuencia no ya la mera abstención *ad casum* (respecto de la persona candidata que determine el conflicto de interés), sino la renuncia a integrar la comisión. En segundo lugar, y en coherencia con la tendencia de inculturación que venimos describiendo, adopta la técnica del listado tasado de causas: frente a la cláusula general del artículo 61.3 del Reglamento Financiero —que engloba cualquier situación que «pudiera parecer que compromete» la imparcialidad—, el artículo 32.4 establece un *numerus clausus* de tres causas objetivas y verificables. El modelo, una vez más, es continental: certeza a cambio de apertura.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Hay que señalar que el propio artículo 32.4 añade, en su párrafo final, que los miembros de las comisiones «deberán abstenerse de actuar cuando concurra alguna de las causas de abstención reconocidas en el artículo 23 de la Ley 40/2015». La arquitectura normativa resultante presenta, así, una estructura de dos niveles: el artículo 23 LRJSP (abstención, con su listado clásico) y el artículo 32.4 RD 678/2023 (renuncia a la comisión, con su listado específico universitario). Ambas capas operan como catálogos cerrados. La cláusula general de apariencia del Derecho europeo —el estándar del observador razonable— no tiene reflejo explícito en ninguna de ellas.

La recepción del artículo 32.4 RD 678/2023 en el ámbito de las universidades ha generado un proceso en cascada que ilustra la tendencia descrita a lo largo de este trabajo. Las universidades han respondido a la nueva obligación dictando disposiciones internas que, lejos de incorporar la lógica de la cláusula general, han profundizado en la objetivación del listado, detallando con mayor precisión los supuestos que activan la obligación de renuncia y precisando los casos dudosos mediante tablas de situaciones concretas.

Un ejemplo muy desarrollado es el elaborado por el Vicerrectorado de Profesorado de la Universidad de Extremadura[28], que ha publicado unas directrices sobre conflicto de intereses en las comisiones de selección para concursos de acceso a cuerpos docentes, con un Anexo III que articula el análisis en tres bloques materiales —coautoría, relaciones contractuales y proyectos de investigación, y dirección de tesis doctoral—, con tablas de situaciones clasificadas según si generan o no conflicto de interés. Así, en el ámbito de la coautoría, la tabla distingue entre ser coautor de un artículo en revista o capítulo de libro (genera conflicto), ser editor o coordinador de un volumen colectivo junto con el candidato (genera conflicto) y formar parte conjuntamente de comités de editoriales de revistas (no genera conflicto). En el ámbito de las relaciones contractuales, el listado comprende la existencia de relación laboral, civil o mercantil con el candidato, haber sido IP o co-IP del proyecto en que fue contratado el candidato, y la participación conjunta en el mismo grupo de investigación en la fecha de cierre del plazo de presentación de solicitudes.

En la misma línea, la Resolución de 19 de abril de 2025, de la Universidad de Sevilla, por la que se convoca concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes (*BOE* núm. 101, de 27 de abril de 2025), reproduce en su base 5.5 el listado del artículo 32.4 RD 678/2023 y establece el procedimiento operativo para la gestión del conflicto una vez que un miembro de la comisión lo detecta: comunicación al Presidente de la comisión y a la unidad de concursos, y suspensión de los trabajos de la comisión hasta la resolución del incidente.

---

28 Universidad de Extremadura, Vicerrectorado de Profesorado, *Anexo III: conflicto de intereses en las comisiones de selección*, 2025.

Por su parte, la Resolución de 24 de junio de 2025, de la Universidad de Zaragoza, por la que se convoca concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios (BOA núm. 127, de 3 de julio de 2025), remite, para la gestión del conflicto de interés, al procedimiento específico de conflicto de intereses de la propia Universidad de Zaragoza, ordenando que, cuando exista conflicto, «se cumplimentará el Anexo II de dicho procedimiento y se seguirá el procedimiento previsto en el mismo». La Guía para las comisiones de selección en los concursos de contratación del PDI de la Universidad de Zaragoza[29] establece, de forma significativa, que «si por el contrario se comprueba que algún miembro de la comisión declara tener conflicto de intereses, se plasmará en el acta de la sesión y se pospondrá la reunión», lo que introduce un mecanismo de publicidad interna del conflicto que refuerza la transparencia del procedimiento.

Asimismo, la Normativa de la Universidad de Alicante sobre conflicto de interés en las comisiones de selección, aprobada por el Consejo de Gobierno en sesión de 30 de noviembre de 2023 (*BOUA* de 30 de noviembre de 2023[30]), establece en su artículo 6.6 que «el nombramiento como componente de una comisión es irrenunciable, salvo cuando exista conflicto de interés por concurrir alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 32.4 del Real Decreto 678/2023 o cualquier otra causa justificada que impida su actuación». El inciso «o cualquier otra causa justificada» podría interpretarse como una apertura hacia la lógica de la cláusula general, aunque su alcance efectivo depende de la interpretación que los órganos universitarios hagan del término «justificada».

Pero la recepción del conflicto de interés en el ámbito universitario no se limita a los concursos de acceso regulados por el artículo 32.4 RD 678/2023. También alcanza a los procedimientos de acreditación estatal, en cuyo marco ANECA ha desarrollado sus propios instrumentos de gestión.

El artículo 10 del Real Decreto 678/2023 impone a ANECA el deber de aprobar un Código Ético aplicable a los miembros de las comisiones de acreditación, cuya designación implica la obligación de cumplirlo. En ejecución de este mandato, el Código Ético de ANECA fue aprobado por su Consejo Rector y publicado mediante Resolución de 23 de noviembre de 2023 (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 2023), con vigencia desde el 30 de diciembre de 2023. El Código define el conflicto de interés en términos notablemente más amplios y abiertos que el artículo 32.4 RD 678/2023:

> «se considerará conflicto de interés cualquier situación en que la evaluadora o el evaluador, o cualquier miembro de las comisiones de ANECA,

29 Universidad de Zaragoza, Recursos Humanos PDI, *Guía para las comisiones de selección en concursos de contratación del PDI*.

30 Disponible en *este enlace*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> pudiera tener interés personal o profesional en un expediente o asunto a tratar, por cuanto afecte a familiares, personas con quien tenga amistad íntima o enemistad manifiesta, personas con las que tenga una cuestión litigiosa pendiente, personas con las que haya colaborado en su actividad académica o profesional, o a instituciones en las que desarrolla o ha desarrollado su actividad.»

Esta definición incorpora, como puede comprobarse, tanto el modelo de listado como referencias abiertas a la «colaboración en la actividad académica o profesional», aproximándose sensiblemente a la estructura tripartita (real, aparente, potencial) del artículo 61.3 del Reglamento Financiero, aunque sin reproducir formalmente el estándar del observador razonable.

La tensión entre el Código Ético de ANECA —más abierto— y el artículo 32.4 RD 678/2023 —más cerrado— genera una dualidad normativa dentro del propio sistema universitario. Los miembros de las comisiones de acreditación están sujetos al estándar más amplio del Código; los miembros de las comisiones de acceso, al catálogo más restrictivo del artículo 32.4. Esta asimetría carece de justificación material suficiente y es susceptible de generar resultados dispares ante situaciones de riesgo equivalente para la imparcialidad del operador.

Otra manifestación relevante de la inculturación del conflicto de interés en el ámbito universitario se produce en la evaluación de proyectos y ayudas de investigación. La Agencia Estatal de Investigación (AEI), en su condición de órgano gestor de fondos europeos canalizados a través del PRTR y del Programa Marco de Investigación de la Unión Europea, ha articulado un sistema de DACI aplicable tanto a su personal funcionario como a los expertos externos que participan en las comisiones de evaluación de solicitudes.

El Plan de Medidas Antifraude de la AEI[31] establece que deben cumplimentar una DACI todos los funcionarios de nivel 28 o superior que intervengan en los procedimientos de adjudicación de contratos o de concesión de subvenciones, así como los expertos externos que evalúen las solicitudes y los miembros de los comités de evaluación; en el caso de órganos colegiados, la declaración puede realizarse colectivamente al inicio de la reunión y reflejarse en el acta. Además, la Disposición Adicional centésima décima segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023 —recogida en el modelo DACI de la AEI vigente[32] — extiende la obligación del análisis automatizado de riesgo de conflicto de interés al personal de las entidades decisoras, ejecutoras e instrumentales que participen en procedimientos de adjudicación o concesión. La referencia a la Ley de Presupuestos como soporte normativo de la obli-

31 Agencia Estatal de Investigación, *Plan de Medidas Antifraude*, versión vigente.

32 Agencia Estatal de Investigación, *Modelo DACI AEI*, 2024.

gación de análisis automatizado pone de manifiesto la velocidad con que el sistema CoFFEE-MINERVA-DACI descrito en el epígrafe V.2 está irradiando hacia ámbitos más allá de la gestión directa del PRTR, incluida la actividad de la AEI.

De otro lado, el análisis que hemos desplegado en relación con la normativa universitaria permite comprobar que los listados de supuestos que progresivamente se van decantando no parecen abarcar todo el conjunto de vínculos informales, relacionales y de larga duración entre candidatos y evaluadores que no encajan en ninguna de las tres causas específicas del artículo 32.4 RD 678/2023, ni en ninguno de los supuestos del artículo 23.2 LRJSP, pero que un observador externo razonable e informado podría considerar suficientes para comprometer la apariencia de imparcialidad de la evaluación. Así, la coautoría con más de seis años de antigüedad, la participación conjunta en grupos de investigación ya disueltos en el momento de la convocatoria, las relaciones de mentoría informal sin plasmación contractual, la pertenencia histórica a las mismas redes de investigación nacionales o internacionales, o los vínculos de solidaridad institucional o corporativa entre el evaluador y el candidato procedentes de una misma institución, son ejemplos que no activan la obligación de renuncia del artículo 32.4 RD 678/2023, ni la de abstención del artículo 23.2 LRJSP. Sin embargo, todos ellos podrían generar, ante un observador razonable e informado, una apariencia de parcialidad que el sistema vigente, en su configuración actual de catálogo cerrado, no está en condiciones de capturar.

Esta laguna no es casual: es la misma que García Luengo ha señalado con carácter general respecto del artículo 23.2 LRJSP, al argumentar que una enumeración taxativa puede dejar sin cobertura situaciones reales de riesgo para la imparcialidad que no encajan formalmente en ninguno de los tipos previstos, recordando que la garantía del principio constitucional de imparcialidad precisa «una interpretación generosa de nuestra normativa» y cambios normativos «que nos sitúen en la senda de otros ordenamientos próximos» (García Luengo, 2022: 171). En el ámbito universitario, esta laguna adquiere una dimensión especialmente sensible, habida cuenta de la densidad relacional que caracteriza a la comunidad académica española y las atávicas sospechas de endogamia que recaen sobre el sector.

Ahora bien, también es preciso tener presente la singularidad que representa el ámbito universitario en lo que respecta a dos aspectos: *i)* El reducido universo de personas que conforman cada disciplina académica, debido a la articulación de todo el sistema mediante áreas de conocimiento (no grandes ámbitos del saber) para mejorar la cualificación técnica de las evaluaciones; y *ii)* Las amplias y estrechas redes de colaboración que caracterizan la actividad académica en la actualidad, al haberse intensificado la colaboración entre diferentes grupos de pensamiento y en ámbitos geográficos muy alejados. Esto puede dificultar en la práctica la implantación de

ISBN: 978-84-7777-740-3

criterios rigurosos de evitación del conflicto de interés, sobre todo, a la vista de sistemas de selección que se articulan mediante listas amplias de sorteables: puede llegarse a la imposibilidad real de evitar los conflictos de interés, ya sea por afinidad o por animosidad, pues no solo es preciso considerar los vínculos que potencialmente puedan influir a favor de las personas evaluadas, sino también las situaciones o relaciones académicas que puedan actuar en su contra. Cabe explorar en este ámbito la implantación de un sistema de semáforo similar al establecido en el arbitraje internacional, con las tres listas de supuestos (roja, naranja y verde), combinada con una regla prudencial: en procedimientos de concurrencia competitiva (en especial, las comisiones de selección de plazas), la incursión en supuestos de la lista naranja no impediría, de suyo, la participación, pero la composición final de la comisión no podrá tener una mayoría de miembros que incurran en supuestos incluidos en esta lista.

Por otra parte, la declaración de ausencia de conflictos de interés en el ámbito universitario no puede operar eficazmente si no va acompañada de mecanismos de verificación externa y de criterios claros para los casos límite. El modelo del observador externo razonable —que el artículo 32.4 RD 678/2023 no incorpora, pero que el Código Ético de ANECA esboza— constituye un instrumento adecuado para colmar esta laguna, siempre que se articule mediante procedimientos que reduzcan la incertidumbre del evaluador y del gestor. La integración armónica de ambos modelos que se propone en el Apartado VI de este trabajo —y que se plasma en la plantilla DACI que figura como Anexo— pretende, precisamente, ofrecer una respuesta práctica a este déficit: combinar la seguridad del catálogo con la capacidad expansiva de la cláusula general, aplicada desde la perspectiva del observador externo, para que ninguna situación de riesgo real para la imparcialidad quede sin cobertura por el mero hecho de no estar expresamente tipificada.

VI. LA META DESEABLE DE LA INCULTURACIÓN: LA INTEGRACIÓN ARMÓNICA DE MODELOS[33]

El conflicto de interés es un exponente paradigmático de la tensión general que acompaña a la recepción de conceptos del *common law* en el Derecho administrativo español. Esa tensión no se resuelve de una vez, sino que se gestiona progresivamente: primero mediante la incorporación formal del concepto con el lenguaje del ordenamiento de origen; después, mediante la elaboración jurisprudencial y regulatoria que va decantando su con-

[33] Además de las propuestas que hacemos aquí, sobre la manera de potenciar las técnicas que rodean la prevención, detección, gestión y control del conflicto de interés véase el catálogo de sugerencias de Cerrillo (2018: 292 ss.).

tenido en el contexto del ordenamiento receptor; y, finalmente, mediante la cristalización de esa jurisprudencia en instrumentos normativos más precisos que reducen la incertidumbre inicial.

En efecto: cuando el Derecho de la Unión Europea introdujo en el ordenamiento español el concepto de conflicto de interés —articulado originariamente como cláusula general abierta, de contornos más imprecisos—, se generó una tensión de fondo con esta tradición normativa que el legislador español está resolviendo progresivamente, como hemos venido comprobando en este trabajo, mediante el recurso a su propio acervo de concreción por listados. Esta técnica refleja una opción legislativa coherente con la tradición jurídica continental, con los valores del Estado de Derecho y, concretamente, con el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la Constitución española: la limitación de derechos y el establecimiento de obligaciones exigen una determinación normativa precisa, que permita al ciudadano conocer de antemano las reglas del juego. En este sentido, la incorporación del concepto europeo no supone una ruptura con la tradición española, sino su enriquecimiento mediante una categoría nueva que, en su proceso de adaptación —inculturación— al Derecho interno, ha terminado adoptando —al menos parcialmente— las formas propias de esa tradición.

Si bien, en la materia en examen, el Derecho español está todavía en las fases intermedias de ese proceso: la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el alcance del conflicto de interés se está formando, las autoridades de control comienzan a emitir criterios interpretativos, y el legislador sectorial va especificando supuestos. Es previsible que esa evolución continúe.

El recorrido que hemos efectuado a lo largo de este trabajo ha permitido trazar la trayectoria del conflicto de interés desde sus orígenes en el Derecho anglosajón —donde opera como una cláusula general de apariencia, cuyo eje es el juicio del observador razonable e informado— hasta su incorporación al Derecho administrativo español, donde el proceso de inculturación lo ha ido transformando, progresivamente, en un repertorio de causas objetivadas y verificables, articulado mediante listas de supuestos concretos. El sistema CoFFEE-MINERVA-DACI desplegado en el marco del PRTR constituye la expresión más avanzada de ese proceso, y representa, al mismo tiempo, el punto en que la tensión entre los dos modelos se hace más visible y más urgente de resolver.

La pregunta que este análisis deja abierta no es meramente descriptiva —cómo se ha producido la inculturación— sino normativa: ¿en qué dirección debería proseguir? ¿Es deseable que el proceso culmine en una completa objetivación del estándar de conflicto de interés, reducido a un catálogo cerrado de causas verificables? ¿O cabe, por el contrario, preservar la lógica de la cláusula general en el Derecho administrativo español, asumiendo el coste de incertidumbre que ello implica para el operador?

ISBN: 978-84-7777-740-3

La respuesta que este trabajo propone no es ninguna de las dos en su estado puro, sino una tercera vía: la *integración armónica de los elementos positivos de ambos modelos*. Ni la cláusula general —sin más—, ni el catálogo cerrado —sin más—; sino la combinación de los instrumentos de certeza propios del *civil law* con los elementos de apertura y perspectiva externa propios del *common law*.

1. Las virtudes del modelo continental y la lógica de la *check list*

El modelo de tradición jurídico-administrativa continental —y, en particular, la técnica de la lista tasada de causas que caracteriza tanto al régimen de abstención y recusación como al estatuto de incompatibilidades y las prohibiciones de contratar— no es un síntoma de timidez normativa ni un residuo burocrático de otra época. Responde a una razón de fondo que conserva plena vigencia: la certeza jurídica.

El operador —el funcionario, el miembro de un tribunal evaluador, el gestor de fondos europeos— necesita saber con precisión cuándo está obligado a declarar un conflicto y a abstenerse de actuar. Esa certeza no se obtiene de un estándar abierto cuya aplicación depende del juicio discrecional del propio afectado, sino de una regla que le diga: «si te encuentras en alguna de estas situaciones, actúa». La lista cerrada cumple esa función de forma eficiente: convierte el análisis en un examen sistemático y verificable que el operador puede realizar de manera autónoma, sin necesidad de asesoramiento jurídico especializado en cada caso.

Pero hay un segundo elemento positivo de la lógica del catálogo que frecuentemente se pasa por alto: cuando la lista está bien construida, *obliga al operador a desarrollar un examen individualizado y estructurado* de los distintos ámbitos en que puede producirse el conflicto. Una *check list* bien diseñada no es un mero formulario de marcación de casillas: es un instrumento que guía al operador a través de una reflexión ordenada sobre sus vínculos familiares, sus relaciones profesionales, sus intereses económicos, sus actividades privadas, sus relaciones con los sujetos implicados en el procedimiento. En este sentido, la *check list* realiza, en el plano de la práctica, la misma función que el catálogo dogmático realiza en el plano de la teoría: estructurar el análisis, reducir la arbitrariedad y producir resultados comparables y verificables.

La declaración responsable de ausencia de conflicto de interés (DACI), tal y como ha sido diseñada en el sistema Minerva-CoFFEE para el PRTR, incorpora ya esta lógica de excelente manera: obliga al declarante a recorrer una serie de ámbitos predefinidos y a pronunciarse expresamente sobre cada uno de ellos. El resultado es una declaración estructurada, con valor jurídico formal y consecuencias disciplinarias y penales en caso de falsedad. Es, en definitiva, la *check list* convertida en instrumento jurídico de gestión del riesgo.

2. Las aportaciones del modelo del *common law*: apertura y perspectiva del observador externo

Ahora bien, el modelo continental, por más bien articulado que esté, adolece de un límite estructural: la lista nunca puede anticipar todas las situaciones posibles. La realidad de las relaciones humanas, políticas, profesionales y económicas —y la creatividad con que esas relaciones pueden generar situaciones de riesgo para la imparcialidad— excede siempre la capacidad de previsión del legislador. El Decreto-ley de 1955, como se ha visto, llegó a reconocer esto implícitamente, incorporando una cláusula abierta que luego desapareció de la normativa de incompatibilidades. El art. 64 LCSP ha recuperado, importando el estándar europeo, esa dimensión abierta; pero su convivencia con el art. 71 LCSP —que opera con la lógica del catálogo— genera una zona de incertidumbre que el operador difícilmente puede gestionar sin criterios claros.

El modelo del *common law* aporta a este problema dos elementos que el modelo continental no puede reproducir con sus propios instrumentos.

El primero es la *cláusula general de apariencia*: la proposición de que debe examinarse no solo si el decisor se halla en alguna de las situaciones predefinidas como conflicto, sino si existe *cualquier otra circunstancia* —no prevista en el catálogo— que llevaría a un observador razonable e informado a concluir que existe una posibilidad real de parcialidad. Esta cláusula de cierre no sustituye al catálogo: lo complementa. Actúa como red de seguridad para los casos que la lista no ha podido anticipar, sin generar la incertidumbre generalizada que produciría un sistema basado exclusivamente en la cláusula general.

El segundo elemento es igualmente valioso: el *cambio de perspectiva*. El examen del conflicto de interés no debe realizarse únicamente desde la perspectiva interna del decisor —quien, por razones psicológicas comprensibles, tiende a valorar como tolerable su propia situación— sino también desde la perspectiva de un tercero externo, razonable e informado, que carece del sesgo de la autoexculpación. Este desplazamiento de perspectiva es una técnica cognitiva, no solo jurídica: exige al operador salir de su propio punto de vista y preguntarse cómo percibiría su situación alguien ajeno a ella, con conocimiento completo de los hechos pero sin interés personal en el resultado. Es, en términos prácticos, la operacionalización jurídica de lo que la ética pública denomina el «test del periódico»: ¿podría un periodista informado presentar esta situación como un caso de conflicto de interés?

3. La integración armónica: propuesta

La meta deseable del proceso de inculturación no es, por tanto, ni la absorción del estándar abierto por el catálogo cerrado —lo que reduciría

ISBN: 978-84-7777-740-3

el conflicto de interés a un mero régimen más amplio de abstención y recusación— ni el mantenimiento de la cláusula general sin instrumentos de objetivación —lo que condenaría al operador a una incertidumbre estructural incompatible con las exigencias del Estado de Derecho—. La meta deseable es la *articulación de ambos modelos en un instrumento único* que aproveche los beneficios de cada uno: la certeza del catálogo y el poder expansivo de la cláusula general, combinados mediante una estructura que obligue al operador a recorrer ordenadamente los supuestos tipificados y, después, a proyectar sobre su situación la perspectiva del observador externo razonable.

Esta integración debería orientarse, en sede normativa, hacia la reforma, en primer lugar, del artículo 23.2 LRJSP, para añadir, al final del listado de causas de abstención, una cláusula de cierre del siguiente tenor: «cualquier otra circunstancia que, valorada desde la perspectiva de un observador razonable e informado, genere una apariencia fundada de que su imparcialidad puede estar comprometida». El mecanismo de activación de esa cláusula —que no puede quedar al arbitrio del propio empleado público— debería estar sujeto a un procedimiento reglado con intervención del superior jerárquico o del órgano de control interno, siguiendo el modelo que ya opera, con variantes, en las estrategias antifraude de las administraciones gestoras del PRTR.

La reforma del artículo 23.2 LRJSP no debe abordarse, sin embargo, de forma aislada: convendría una intervención coordinada sobre los artículos 64 y 71 LCSP, que son los preceptos donde el conflicto de interés produce sus efectos más intensos y donde la tensión entre ambos modelos se manifiesta con mayor agudeza.

En cuanto al artículo 64 LCSP, debería incorporar dos precisiones que la práctica ha revelado como necesarias y que la doctrina del TACRC viene reclamando implícitamente en sus resoluciones más recientes: de un lado, la obligación expresa del órgano de contratación de documentar el análisis de riesgo realizado en cada procedimiento, con independencia de que el resultado sea negativo; de otro, el establecimiento de un plazo máximo dentro del cual ese análisis debe completarse con carácter previo a la valoración de las ofertas, evitando que la comprobación del conflicto se convierta en un trámite de convalidación *ex post facto* de decisiones ya materialmente adoptadas. Ambas precisiones son plenamente compatibles con la redacción vigente del artículo 64, que podría acogerlas mediante la adición de un nuevo apartado, sin necesidad de alterar su estructura.

De otro lado, descendiendo del plano normativo a la fase operativa, la misma integración puede lograrse mediante el diseño de los instrumentos de declaración responsable. Una DACI bien construida puede incorporar ambas dimensiones en un único documento: una primera parte con la *check list* de supuestos objetivos —que obliga al declarante a revisar ordenadamente los ámbitos de riesgo—, y una segunda parte con una cláusula

de apreciación general en la que se invite al declarante a adoptar explícitamente la perspectiva del observador externo e informado y a declarar si, desde esa perspectiva, existe alguna circunstancia adicional que no haya sido captada por la lista. Esa cláusula de cierre convierte la DACI en un instrumento de autoexamen genuino, no en un mero formulario de descargo.

Con este objetivo, se incluye como Anexo al presente trabajo una plantilla de DACI de integración de modelos, diseñada para incorporar las dos dimensiones descritas: la *check list* de supuestos objetivos tipificados y la cláusula de apreciación general en clave de observador externo razonable e informado. La plantilla incorpora, para cada uno de los bloques temáticos, una breve explicación del alcance de la declaración y del cambio de perspectiva que el declarante debe operar en cada momento, de manera que el documento no sea solo un instrumento de gestión, sino también de formación cívica e institucional de quienes lo suscriben.

4. La optimización del modelo con banderas rojas y cruces de datos automatizados

El análisis de la arquitectura CoFFEE-MINERVA-DACI realizado en el Apartado V pone de manifiesto que la eficacia del sistema de gestión del conflicto de interés no depende únicamente de la calidad técnica del instrumento declarativo —la DACI—, sino también de la existencia de un soporte tecnológico que permita verificar, con carácter inmediato y sistemático, la veracidad de lo declarado. La experiencia del sistema Minerva acredita que el cruce automatizado de los datos contenidos en la DACI con registros externos —el Registro Mercantil, el Registro de la Propiedad, las bases de datos tributarias, el censo electoral, los registros de titularidades reales y las bases de datos de licitadores y contratistas— transforma la declaración responsable de un mero compromiso formal en un instrumento de control efectivo. Sin ese respaldo tecnológico, la DACI opera como lo que el Tribunal de Cuentas Europeo ha denominado, críticamente, un mecanismo de «cumplimiento simbólico»: el declarante suscribe su ausencia de conflicto de interés, pero nadie verifica si esa declaración responde a la realidad.

Por ello, la propuesta de integración armónica que se formula en este Apartado quedaría incompleta si no incorporara esta dimensión tecnológica. La plantilla de DACI que figura como Anexo a este trabajo está concebida, en su lógica interna, como el instrumento declarativo de un sistema más amplio que debe incluir, necesariamente, una fase de verificación automatizada posterior a su presentación. En esa fase, el sistema debería realizar, al menos, las siguientes operaciones: contrastar la identidad del declarante y de las personas vinculadas que este mencione con los registros públicos de

ISBN: 978-84-7777-740-3

titularidad de sociedades, contratos públicos y cargos directivos; detectar coincidencias entre el objeto del procedimiento en cuestión y los intereses económicos del declarante o de su entorno relacional; y generar una señal de alerta —una «bandera roja»— cuando esa detección arroje un resultado positivo, activando un protocolo de revisión reforzada a cargo de la unidad de control interno competente. Este es, en esencia, el modelo que Minerva aplica en el ámbito del PRTR y que debería generalizarse al conjunto de la actividad administrativa.

La irrupción de la inteligencia artificial ofrece, en este punto, posibilidades que van más allá de las que Minerva explota actualmente. Los sistemas de *machine learning* aplicados al análisis de redes relacionales permiten detectar vínculos indirectos —de segundo y tercer grado— entre el decisor y los interesados en un procedimiento, que escapan a los cruces de datos convencionales basados en registros formales. Un sistema de IA entrenado con datos históricos de conflictos de interés detectados y sancionados podría identificar patrones de riesgo que no son perceptibles en el análisis caso a caso, y ponderar la probabilidad de que una situación determinada genere un conflicto real o aparente, aunque no encaje en ninguno de los supuestos del catálogo tasado. Esta capacidad predictiva no sustituye al juicio jurídico del gestor ni al criterio del observador externo razonable —que siguen siendo el referente normativo del sistema—, pero lo enriquece con información objetiva y verificable que reduce el margen de incertidumbre del operador y dificulta las estrategias de ocultación deliberada.

La relevancia de esta tecnificación no es solo de eficiencia administrativa. Es, en su dimensión más profunda, una cuestión de integridad pública. Todas las instituciones analizadas a lo largo de este trabajo — el estándar del observador externo razonable e informado, la abstención y recusación, el régimen de incompatibilidades, las prohibiciones de contratar, el conflicto de interés en la abogacía, en el arbitraje internacional, en el Derecho societario, en la contratación pública y en el ámbito universitario— comparten una finalidad última común: prevenir la corrupción, entendida en su sentido más amplio como la desviación de la función pública hacia la satisfacción de intereses privados en detrimento del interés general. Esa finalidad no se agota en la sanción de las conductas corruptas ya consumadas, sino que exige, con carácter prioritario, la articulación de sistemas preventivos que reduzcan la probabilidad de que tales conductas lleguen a producirse. Un sistema integrado de DACI + verificación automatizada + análisis inteligente de redes relacionales constituiría, en ese sentido, la expresión más avanzada de la inculturación que este trabajo ha venido describiendo: no solo la adaptación del estándar de apariencia del *common law* a la lógica procedimental continental, sino el enriquecimiento de esa adaptación con los instrumentos técnicos y tecnológicos que hacen posible su aplicación rigurosa y sistemática en el conjunto de la actividad pública.

VII. REFLEXIÓN FINAL

El conflicto de interés no es, en último término, un problema de Derecho positivo. Es un problema de confianza: la confianza del ciudadano en que las decisiones que le afectan son adoptadas por quien actúa libre de cualquier influencia ajena al interés general. El Derecho regula el conflicto de interés porque esa confianza —la imparcialidad objetiva de las decisiones públicas— no puede dejarse exclusivamente en manos de la virtud individual de los servidores públicos, por más que esta sea deseable y exigible.

El proceso de inculturación que este trabajo ha descrito no debe ser leído, por tanto, como una pérdida: como la degradación de un estándar noble —el del observador razonable anglosajón— en un catálogo burocrático de causas tasadas; sino como el comienzo de una integración: la incorporación paulatina a la tradición jurídico-administrativa española de una perspectiva nueva —la del tercero externo— que sus instrumentos clásicos no habían contemplado, y cuya plena asimilación exigirá tiempo, jurisprudencia y, sobre todo, una cultura institucional que todavía está en proceso de formación. La meta no está en el punto de llegada del viaje que hemos descrito —el catálogo automatizado de Minerva—, sino en un horizonte más ambicioso: el de una Administración que no solo gestione los riesgos del conflicto de interés, sino que genuinamente los comprenda, los anticipe y actúe frente a ellos como lo haría quien siempre se pregunta, antes de decidir, si su decisión puede ser defendida ante cualquier ciudadano razonable e informado.

VIII. ANEXO: PLANTILLA DE DECLARACIÓN RESPONSABLE DE AUSENCIA DE CONFLICTO DE INTERÉS (DACI) — INTEGRACIÓN DE MODELOS

Nota preliminar. Esta plantilla es una propuesta inicial de carácter académico, elaborada con el objetivo de servir de modelo de referencia para el diseño de instrumentos de declaración responsable que integren la lógica del catálogo objetivado (*civil law*) y el estándar del observador externo razonable (*common law*). Su aplicación práctica en contextos institucionales concretos requerirá necesariamente su adaptación, depuración y mejora progresiva a la vista de la experiencia acumulada, la normativa específica aplicable y las particularidades del procedimiento o sector de que se trate. Los usuarios deberán suprimir los bloques o epígrafes que no sean de aplicación en su contexto antes de utilizar este documento. Esta plantilla no sustituye al asesoramiento jurídico en cada caso.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Datos del declarante

Campo	Contenido
Nombre y apellidos	
NIF/NIE	
Cargo o función que desempeña	
Órgano, organismo o entidad	
Procedimiento o actuación a que se refiere la declaración	
Fecha de la declaración	

Orientación general para el declarante

Esta declaración tiene por objeto garantizar que su intervención en el procedimiento o actuación indicados es objetiva e imparcial, libre de cualquier interés personal o profesional que pueda comprometer —o parecer que compromete— la rectitud de su actuación.

La declaración se estructura en dos bloques. El Bloque I le pide que examine su situación en relación con una lista de supuestos específicos, revisando ordenadamente cada ámbito en el que puede producirse un conflicto de interés. El Bloque II le pide que, una vez concluido ese examen, adopte la perspectiva de un tercero externo, razonable e informado, y se pregunte si, desde esa perspectiva, existe alguna circunstancia adicional —no necesariamente recogida en la lista— que pudiera comprometer su imparcialidad.

Sobre las consecuencias. La declaración tiene valor jurídico formal. La omisión deliberada de información relevante o la declaración de datos falsos puede tener consecuencias disciplinarias, administrativas y penales. Si tiene dudas sobre si una situación concreta debe ser declarada, consulte con el órgano de control o la unidad de integridad antes de firmar.

Bloque I. Revisión ordenada de supuestos objetivos

Orientación para el Bloque I

En este bloque, usted debe revisar de manera sistemática y ordenada si se encuentra en alguna de las situaciones descritas en cada epígrafe. Para cada uno de ellos, señale SÍ (existe la situación), NO (no existe) o NS/NC (no sabe o no puede determinarlo con certeza). Si responde «SÍ» o «NS/NC» en cualquier epígrafe, indíquelo en el apartado de observaciones de ese epígrafe y comuníquelo al superior jerárquico o al órgano de control antes de continuar actuando en el procedimiento.

1. Interés personal directo o indirecto

Orientación. Existe interés personal cuando usted, o personas vinculadas a usted, pueden obtener un beneficio o sufrir un perjuicio económico, profesional o de cualquier otro tipo como consecuencia directa o indirecta del resultado del procedimiento o de la decisión que se adopte.

N.º	Supuesto	SÍ/NO/ NS-NC
1.1	¿Tiene usted un interés económico directo en el resultado del procedimiento (participación en el capital de empresas afectadas, derechos sobre contratos, subvenciones o ayudas en juego)?	
1.2	¿Tiene usted un interés profesional directo en el resultado (posibilidades de empleo, promoción, adjudicación de trabajos o encargos vinculados al procedimiento)?	
1.3	¿Tiene usted cualquier otro tipo de interés personal —no económico ni profesional— que pudiera influir en su juicio (reputacional, ideológico, emocional)?	

Observaciones:

2. Vínculos familiares y relaciones personales

Orientación. Deben declararse los vínculos familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, así como las relaciones de pareja —con o sin vínculo matrimonial— y las relaciones de amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los interesados, representantes, beneficiarios o sujetos que puedan verse afectados por el procedimiento.

Referencia normativa: artículo 23.2.b) LRJSP (Ley 40/2015); artículo 61.3 Reglamento Financiero UE 2018/1046.

N.º	Supuesto	SÍ/NO/ NS-NC
2.1	¿Es usted cónyuge, pareja de hecho o tiene parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado con alguno de los interesados, solicitantes, licitadores, beneficiarios, evaluados o sus representantes?	
2.2	¿Tiene usted parentesco por afinidad hasta el segundo grado con alguno de los sujetos anteriores?	
2.3	¿Mantiene usted una relación de amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los sujetos anteriores que pudiera comprometer la objetividad de su actuación?	

Observaciones:

ISBN: 978-84-7777-740-3

3. Relaciones profesionales y laborales

Orientación. Deben declararse las relaciones laborales o de prestación de servicios —actuales o recientes— con cualquiera de los sujetos implicados en el procedimiento, así como las relaciones de dependencia o jerarquía que pudieran influir en la libertad de criterio del declarante.

Referencia normativa: artículo 23.2.c) y d) LRJSP; artículo 61.3 Reglamento Financiero UE 2018/1046.

N.º	Supuesto	SÍ/NO/ NS-NC
3.1	¿Ha prestado usted servicios —como empleado, colaborador, asesor o consultor— para alguno de los interesados, licitadores o beneficiarios en los últimos cinco años?	
3.2	¿Tiene usted en la actualidad —o ha tenido recientemente— alguna relación de dependencia económica o jerárquica con alguno de los sujetos implicados?	
3.3	¿Ha intervenido usted previamente en el mismo procedimiento o en un procedimiento estrechamente relacionado en calidad de perito, consultor, asesor o representante de alguna de las partes?	
3.4	*(Solo para evaluadores en el ámbito universitario o científico)* ¿Mantiene o ha mantenido usted en los últimos cinco años una relación de coautoría, codirección de tesis, participación en el mismo grupo de investigación o colaboración en proyectos de investigación comunes con alguno de los candidatos o evaluados?	
3.5	*(Solo para evaluadores en procesos de acreditación o habilitación)* ¿Tiene usted vínculos institucionales actuales —pertenencia a los mismos órganos, comisiones o estructuras académicas— con el candidato que pudieran comprometer la independencia de su juicio?	

Observaciones:

4. Actividades privadas e incompatibilidades

Orientación. Este epígrafe está dirigido a verificar si el declarante desarrolla o ha desarrollado actividades privadas que, conforme al régimen legal de incompatibilidades, pudieran resultar incompatibles con el ejercicio de sus funciones públicas o generar un conflicto de interés en el procedimiento concreto.

Referencia normativa: Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas; Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado; normativa autonómica y sectorial aplicable.

N.º	Supuesto	SÍ/NO/ NS-NC
4.1	¿Ejerce usted —o ha ejercido en los últimos dos años— alguna actividad privada —como directivo, administrador, consejero, socio, asesor o representante— en una entidad privada relacionada con el objeto del procedimiento?	
4.2	¿Ostenta usted —o ha ostentado en los últimos dos años— cargos en asociaciones, fundaciones, colegios profesionales u otras entidades sin ánimo de lucro relacionadas con el objeto del procedimiento?	
4.3	¿Ha recibido usted, en los últimos dos años, retribuciones, honorarios, donaciones o cualquier otro beneficio económico de alguno de los interesados, licitadores, beneficiarios o sujetos implicados en el procedimiento?	
4.4	*(Solo para altos cargos y personal directivo)* ¿Desarrolla usted actividades privadas cuyo ejercicio requeriría autorización de compatibilidad con arreglo a la normativa aplicable que no haya sido debidamente solicitada y concedida?	

Observaciones:

ISBN: 978-84-7777-740-3

5. Intervención previa en el procedimiento

Orientación. La intervención previa en el mismo expediente o en expedientes relacionados puede comprometer la objetividad del declarante, tanto por la formación de un prejuicio sobre el resultado como por la incapacidad de revisar con imparcialidad las propias actuaciones anteriores.

Referencia normativa: artículo 23.2.e) y f) LRJSP.

N.º	Supuesto	SÍ/NO/ NS-NC
5.1	¿Ha intervenido usted en una fase anterior de este procedimiento adoptando decisiones, emitiendo informes o realizando actuaciones que ahora deba revisar, valorar o controlar?	
5.2	¿Ha manifestado usted públicamente —oralmente o por escrito— una posición sobre el fondo del asunto que pudiera comprometer la apertura de su criterio en el presente procedimiento?	
5.3	*(Solo para procedimientos de contratación y gestión de fondos europeos)* ¿Ha participado usted en la elaboración de las especificaciones técnicas, los pliegos o los criterios de evaluación del procedimiento en condiciones que pudieran haber favorecido a alguno de los licitadores o solicitantes?	

Observaciones:

6. Conflicto de interés en la contratación pública

Orientación. Este epígrafe aplica específicamente a quienes intervienen en procedimientos de contratación pública como miembros de mesas de contratación, comités de expertos, órganos de contratación o cualquier otra figura con capacidad de influir en el resultado de una licitación.

Referencia normativa: artículos 64 y 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP); artículo 24 Directiva 2014/24/UE.

N.º	Supuesto	SÍ/NO/ NS-NC
6.1	¿Tiene usted o alguno de sus familiares próximos (hasta el grado indicado en el epígrafe 2) participación en el capital o en la gestión de alguna de las empresas licitadoras?	
6.2	¿Ha prestado usted servicios —retribuidos o no— para alguna de las empresas licitadoras en los tres años anteriores?	
6.3	¿Está previsto que, una vez concluido el procedimiento, usted pase a colaborar o prestar servicios para alguna de las empresas licitadoras?	
6.4	¿Tiene usted relaciones contractuales, deudas, créditos u obligaciones económicas relevantes con alguno de los licitadores o sus representantes?	

Observaciones:

ISBN: 978-84-7777-740-3

7. Conflicto de interés en la gestión de fondos europeos

Orientación. Este epígrafe aplica específicamente a quienes intervienen en procedimientos de selección, evaluación, concesión o control de fondos europeos —incluyendo los vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)—. La referencia normativa principal es el artículo 61.3 del Reglamento Financiero de la UE (Reglamento 2018/1046) y la Orden HFP/55/2023, que debe considerarse complementaria, no sustitutiva, de la cláusula general europea.

Recuerde que el artículo 61.3 del Reglamento Financiero define el conflicto de interés de forma más amplia que el artículo 71 LCSP: abarca no solo vínculos familiares, económicos y profesionales, sino también «razones de afinidad política, nacional o de otra naturaleza» con los sujetos implicados, siempre que comprometan la imparcialidad objetiva del declarante.

N.º	Supuesto	SÍ/NO/ NS-NC
7.1	¿Existe algún vínculo de los descritos en los epígrafes anteriores entre usted y alguno de los beneficiarios, solicitantes o entidades participantes en el procedimiento de gestión de fondos?	
7.2	¿Ha recibido usted financiación, donaciones o cualquier otro beneficio de alguno de los beneficiarios o solicitantes en los últimos tres años?	
7.3	¿Tiene usted razones de afinidad política, institucional o de otra naturaleza con alguno de los beneficiarios o solicitantes que pudieran influir en la objetividad de su valoración?	
7.4	¿Ha sido usted alertado por el sistema Minerva o por cualquier otro sistema automatizado sobre alguna vinculación con alguno de los sujetos implicados en el procedimiento? En caso afirmativo, ¿ha sido resuelta satisfactoriamente esa alerta?	

Observaciones:

Bloque II. Cláusula de apreciación general desde la perspectiva del observador externo razonable e informado

Orientación para el Bloque II

Este bloque completa el examen anterior con una dimensión que los supuestos objetivos no pueden predecir por sí solos: la valoración de la situación desde una perspectiva externa.

Le pedimos que, una vez concluida la revisión del Bloque I, realice el siguiente ejercicio: imagine que un tercero externo a usted, razonable, imparcial e informado de todos los hechos relevantes —incluyendo los que usted ha revelado en el Bloque I y cualquier otra circunstancia que usted conozca—, observa su situación y su participación en este procedimiento. Pregúntese: ¿llegaría ese observador a la conclusión de que existe una posibilidad real de que su imparcialidad esté comprometida?

Este estándar no exige probar que usted vaya a actuar parcialmente, ni que exista un daño real. Basta con que la situación pudiera razonablemente *parecer* que compromete su objetividad. En la duda, prevalece la transparencia.

Para orientar su reflexión, puede utilizar como guía práctica la siguiente pregunta: ¿podría usted explicar públicamente, sin incomodidad, todos sus vínculos con las personas e intereses implicados en este procedimiento? Si la respuesta genera alguna reserva, aunque sea mínima, lo procedente es declararlo.

Declaración de apreciación libre

Tras haber completado el examen del Bloque I y habiendo adoptado la perspectiva del observador externo razonable descrita en las orientaciones anteriores, el declarante manifiesta:

- ☐ **No concurre ninguna circunstancia adicional** —más allá de las ya examinadas en el Bloque I— que, valorada desde la perspectiva del observador externo razonable, pudiera generar una apariencia fundada de que su imparcialidad está comprometida en el presente procedimiento.
- ☐ **Concurre la siguiente circunstancia adicional** que, aunque no encaja exactamente en ninguno de los supuestos del Bloque I, considera que debe ser declarada a la vista del estándar del observador externo razonable:

Descripción de la circunstancia:

Valoración del declarante sobre su incidencia en la imparcialidad:

ISBN: 978-84-7777-740-3

Bloque III. Declaración final y firma

En virtud de todo lo anterior, el declarante:

☐ **Declara la ausencia de conflicto de interés** en su intervención en el procedimiento o actuación indicados, tanto en los supuestos objetivos del Bloque I como en la apreciación libre del Bloque II.

☐ **Declara la existencia de una situación de posible conflicto de interés** (real, aparente o potencial) en los términos indicados en las observaciones del Bloque I y/o en el Bloque II, y solicita que se adopten las medidas procedentes conforme a la normativa aplicable —abstención, sustitución, supervisión reforzada u otras—.

Advertencia final. La presente declaración tiene el valor de declaración responsable conforme a la normativa aplicable. Su contenido falso o incompleto puede constituir infracción disciplinaria y, en su caso, ilícito penal conforme al artículo 390 y siguientes del Código Penal (falsedad en documento oficial).

En _____, a _____ de _____ de _____.

Firma del declarante: _____

Diligencia del órgano receptor

Recibida la presente declaración por _____ en su condición de _____, en fecha _____.

En caso de haberse declarado una situación de posible conflicto de interés, se adoptarán las siguientes medidas:

Firma y sello del órgano receptor: _____

Nota de uso para las instituciones. Esta plantilla está diseñada para ser adaptada por cada institución u organismo antes de su uso. Antes de aplicarla en un contexto concreto: (i) suprima los epígrafes y supuestos que no correspondan al procedimiento o sector de que se trate; (ii) ajuste las referencias normativas a la legislación específicamente aplicable; (iii) incorpore los campos identificativos adicionales que requiera su sistema de gestión documental; y (iv) someta el documento resultante a validación jurídica interna. Esta plantilla no tiene valor normativo propio: su eficacia jurídica depende del acto institucional que la adopte y de la normativa en que se ampare.

IX. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AKHTAR, Z. (2014). «The Rule against Bias: The impact of the Judicial Code of Conduct in England and the need for impartiality in European Court rulings». *Civil Procedure Review*, v.5, n.3: 20-40.

AKHTAR, Z. (2024). «Regulatory bodies, professional rules of conduct and the rule against bias». *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, 27*(S2), 1-15.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (2024). *Model Rules of Professional Conduct* (versión actualizada). ABA.

ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK (1960). *Conflict of Interest and Federal Service*. Cambridge (MA), Harvard University Press.

AYMERICH CANO, C. (2019). «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 53 (306-343).

BERMEJO VERA, J. (2008). «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 33 (109-140).

BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; y HUNTER, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6.ª ed.). Oxford, Oxford University Press.

BOLDÓ RODA, C. (2015). «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores». En HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*. Barcelona, Bosch, 241-280.

MANNING, B. (1964). *Federal Conflict of Interest Law*. Cambridge (MA), Harvard University Press.

CAMPOS ACUÑA, C. (2023). «Conflicto de intereses: cómo aplicar el artículo 64 de la Ley de Contratos en 4 pasos». *ConcepciónCampos.org*.

CAMPOS ACUÑA, C. (2022). «Integridad y transparencia en la contratación pública como una herramienta de eficacia y eficiencia en la gestión pública pos-COVID». *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 82, 115-150.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2018). *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.

COMISIÓN EUROPEA (2021). *Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero*. COM(2021/C 121/01)

CONAGLEN, M. (2010). *Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*. Oxford, Hart Publishing.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2014). *Financial Assets and Conflict of Interest Regulation in the Executive Branch.*

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2015). *Entering the Executive Branch of Government: Potential Conflicts of Interest with Previous Employments and Affiliations*.

COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE (CCBE). (2006). *Code of Conduct for European Lawyers* (adoptado el 28 de octubre de 1988; revisado el 25 de noviembre de 2006). CCBE.

CRYSTAL, N. M. (2022). «Choice of law and risk management for conflicts of interest». *Charleston Law Review*, 16(1), 1-52.

DAVIES, P. L., y WORTHINGTON, S. (2021). *Gower's Principles of Modern Company Law* (11.ª ed.). London, Sweet & Maxwell.

ISBN: 978-84-7777-740-3

DEMMKE, C.; PAULINI, M.; AUTIONIEMI, J.; y LENNER, F. (2020). *The Effectiveness of Conflict of Interest Policies in the EU Member States* (Study PE 651.697). Bruselas, Parlamento Europeo.

DE EIZAGUIRRE, J. M. (2012). «*Civil law*: la vigencia de una categoría convencional». *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXV, fasc.II, 534-546.

DRAGOS, D. C. (2021). «Article 24 — Conflicts of interest». En CARANTA, R., y SANCHEZ-GRAELLS, A. (eds.) (2021), *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (259-273). Cheltenham (UK), Edward Elgar.

EPSTEIN, R. A. (1992). «The legal regulation of lawyers' conflicts of interest». *Fordham Law Review*, 60-4, 579-630.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2018). *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi.

FINN, P. D. (1977). *Fiduciary Obligations*. Sidney, Law Book Co.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2024). *Curso de Derecho Administrativo,* vol. I, 21.ª ed. Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters.

GARCÍA LUENGO, J. (2022). *La abstención y la recusación en el procedimiento administrativo*. Madrid, Iustel.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2010). »La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 147, 517-535.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2016). «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad». En VV. AA., *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona, Atelier, 247-300.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2017). «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, *7,* 45-67.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2019). *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2021). «De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos». *Cuadernos de Derecho Local*, 55, 88-130.

GIMENO FELIU, J. M. (2024). «Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP». En E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, 2.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch. Tomo I, 240-318.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2024). «Las prohibiciones de contratar. En especial, las prohibiciones de origen administrativo». En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.) (2025), *Tratado de contratos del sector público*, 2.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch. Tomo II, 1.447-1.497.

GUCCIONE, F. (2024). «The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration of 2024». *b-Arbitra: Belgian Review of Arbitration*, 2024(1).

IGLESIAS REY, P. (2025). *La integridad, la prevención de riesgos y el control externo en la contratación pública. En especial: la fase de ejecución de los contratos públicos*. Iustel, Madrid.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2024). *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (versión revisada). IBA.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1998). *Altos cargos y directivos públicos*. Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.

KOLLING, M. (2022). «La condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 37.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2011). *Incompatibilidades de los funcionarios públicos*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi.

LUTTRELL, S. (2009). *Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a 'Real Danger' Test*. Alphen a/d Rijn, Kluwer Law International.

MANNING, B. (1964). *Federal Conflict of Interest Law*. Cambridge (MA), Harvard University Press.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2014). «Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública». En M. A. BERNAL BLAY & J. M. GIMENO FELIÚ (dirs.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (271-302). Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2016). «Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública». *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 8, 77-104.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2021). «Integridad en la contratación pública y lucha contra la corrupción». *Observatorio de Contratos Públicos*.

MENDOZA OLIVAN, V. (1964). «La ordenación de las incompatibilidades en la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado». *Documentación Administrativa*, 77 (51-63)

MERRYMAN, J. H., y PÉREZ-PERDOMO, R. (2007). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3.ª ed.). Redwood City (CA), Stanford University Press.

MESEGER YEBRA, J. (2007). *Régimen de conflictos e incompatibilidad de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración*. Barcelona, Bosch.

MIRANZO DÍAZ, J. (2019). «Deficiencias e incoherencias en la transposición de la normativa europea sobre conflicto de interés por la Ley de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 54, 298-336.

MOUSSA, M. (2025). «Expanding the Nemo Judex Rule: Reflections on Non-Pecuniary Bias». *Judicial Review*, 30.

OFFICE OF GOVERNMENT ETHICS (2019). *Managing Conflicts of Interest at the U.S. Federal Level*.

OLAF (2013). *Identifying conflicts of interests in public procurement procedures for structural actions. A practical guide for managers*.

OLOWOFOYEKU, A. A. (2009). «Bias and the Informed Observer: a Cal for a Return to Gough». *Cambridge Law Journal*, 62(2), 388-409.

PARLAMENTO EUROPEO (2020). *EU Agencies and Conflicts of Interest* (PE 621.934). Brussels, European Parliament.

PAWLOWSKI, M. (2020). The Modern Application of the Rule in *Keech v Sandford*. *Trust & Trustees*, 28-3, 200-205.

PEJOVIC, C. (2001). «Civil law and common law: Two different paths leading to the same goal». *Victoria University of Wellington Law Review*, *32*(3), 817-841.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2014). Imparcialidad y buena administración. En ZAMBONINO PULITO, M. (dir.), *Gobernanza, Derecho administrativo y políticas públicas en España y Marruecos*. Madrid, Dykinson.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2020). «Conflicto de interés en el estatuto de los altos cargos de la Administración General del Estado». *Revista General de Derecho Administrativo*, 53.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016). *El estatuto de los altos cargos*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi.

ISBN: 978-84-7777-740-3

SITKOFF, R. H. (2011). «The economic structure of fiduciary law». *Boston University Law Review*, *91*(3), 1039-1049.

SWISHER, K. (2014). «The practice and theory of lawyer disqualification». *SSRN Electronic Journal*.

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO (2023). *Informe Especial SR-2023/06: conflictos de intereses en el gasto agrícola y de cohesión de la UE. Se ha establecido un marco, pero hay lagunas en las medidas de transparencia y de detección*.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (2006). «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado». *Cuadernos de Derecho Público*, 28, 18-54.

US EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT (1965). *Executive Order 11222: Prescribing Standards of Ethical Conduct for Government Officers and Employees* (8 May 1965). Federal Register, 30, 6469.

VALSAN, R. (2016). «Fiduciary Duties, Conflict of Interest, and Proper Exercise of Judgment». *McGill Law Journal*, 62-1.

VERMEULE, A. (2012). «Contra *Nemo Iudex in Sua Causa*: The limits of impartiality». *Yale Law Journal*, 122, 384-436.

VILLORIA MENDIETA, M. (2012). *El marco institucional de integridad en España. Situación actual y recomendaciones*. Valencia, Tirant lo Blanch.

WOLFRAM, C. W. (1986). *Modern Legal Ethics*. Egan (MN, USA), West Publishing.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Riesgos y oportunidades en la presentación de ofertas por las uniones temporales de empresarios: el ambivalente juego de la competencia en la contratación del sector público

Javier García Luengo

Catedrático de Derecho Administrativo
Of Counsel de J&A Garrigues

Sumario. I. Introducción.—II. Dudas y dificultades en la composición de la UTE.—III. En especial, el posible indicio de una actuación anticompetitiva: 1. Uniones de empresarios que no podrían optar por separado al contrato o que pertenecen al mismo grupo: A) Uniones de empresarios «necesarias». B) Uniones de empresarios del mismo grupo. 2. Uniones de empresarios que podrían presentarse por separado: análisis de una posible infracción por objeto: A) Análisis de una posible infracción por efecto de la competencia. B) Posible aplicación de las excepciones a la infracción contempladas en los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC. 3. Algunas consideraciones adicionales sobre la regulación de la problemática de las Uniones de empresarios y la competencia en la normativa de contratos del sector público: A) Consideración de las especialidades que plantea el control de las prácticas anticompetitivas en los compromisos de constitución de uniones temporales de empresarios. B) El procedimiento para el control de los posibles pactos colusorios en la LCSP.—IV. Consideraciones sobre la determinación de los requisitos previos para contratar de la UTE.—V. Algunas consideraciones generales.—VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no es más que la constatación, que no pago, de la deuda que su autor ha contraído a través de los años con el profesor Cobreros Mendazona, universitario ejemplar, que nos ha ofrecido una obra sólida y honesta como pocas, y lo ha hecho desde la generosidad intelectual y personal de la que muchos nos hemos beneficiado. Por eso, es una obligación, que cumplo con satisfacción, participar en el libro homenaje que festeja su brillante carrera[1].

[1] El autor expresa su agradecimiento a las profesoras Carmen Agoués Mendizábal y Jasone Urkola Iriarte por la invitación para participar en esta obra y por su impecable labor de coordinación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Para ello he elegido un tema que es buen ejemplo de un fenómeno magistralmente estudiado por el profesor Cobreros Mendazona como es la primacía del Derecho de la Unión en la práctica administrativa, el de los riesgos que plantea para el licitador la concurrencia en colaboración con otros bajo la figura de la unión temporal de empresarios.

Entre las muchas paradojas de nuestro Derecho de la contratación pública destaca la existencia de figuras que aúnan una utilidad innegable y un uso frecuentísimo con una ausencia o deficiencia regulatoria igualmente notable a pesar de las quejas, ya convertidas en un tópico, sobre la extensión de las normas que lo regulan. En la sucesión de leyes básicas dedicadas a trasponer a nuestro sistema las distintas generaciones de Directivas parece que el Legislador interno ha descuidado abiertamente elementos esenciales de la regulación que debían ir más allá de la mera adaptación más o menos afortunada de las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

En ocasiones a esta desidia del Legislador se une el hecho de que el impacto sobre la normativa de contratación de las exigencias de la defensa de la competencia, que supone un verdadero cambio de paradigma, es sumamente difícil de asimilar por la propia complejidad de los instrumentos que implica y por resistencias motivadas por la inercia o por otros motivos que no conviene ni mencionar ni olvidar.

La problemática específica de la concurrencia de los empresarios en UTE es un buen ejemplo de la tensión entre los distintos principios que intervienen en la regulación de la contratación, especialmente el servicio eficaz al interés público y la necesidad de la salvaguardia de la competencia, pero también de las paradojas y ambivalencias del propio principio de salvaguarda de la libre competencia.

En este sentido, la UTE es un instrumento que sirve normalmente para favorecer la competencia incrementando la oferta, ya que permite que distintos empresarios, que normalmente no podrían concurrir o no lo harían con posibilidades de éxito, cooperen en la formulación de ofertas competitivas, pero al tiempo puede constituir un instrumento que restrinja el mercado si se usa para favorecer la colusión entre competidores y reducir las ofertas disponibles. Determinar los supuestos en los que el uso de la figura cae de uno o del otro lado no es una tarea fácil, pero el mero hecho de que existan criterios bien asentados y procedimientos específicos para combatir los abusos debe contribuir a repensar y potenciar otros aspectos positivos y favorables a la competencia del régimen jurídico de esta figura.

En las próximas páginas vamos a intentar un acercamiento a estas cuestiones.

II. DUDAS Y DIFICULTADES EN LA COMPOSICIÓN DE LA UTE

La parquedad de la LCSP sobre la composición de la UTE es notable ya que solo regula esta cuestión de forma indirecta y fragmentaria.

Del texto de la Ley se pueden, no obstante, deducir algunas cuestiones al respecto:

— La UTE puede estar constituida por empresas españolas, de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, pero también extranjeras.
— La unión carece de personalidad jurídica y no es preciso formalizarla en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.
— Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento, si bien, no tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación.
— Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la UTE cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quede incursa en prohibición de contratar.

Más allá de estas previsiones normativas son muchas las incógnitas que la LCSP no resuelve y que empiezan por el tipo de UTE que están admitidas en nuestro sistema.

Objetivamente, caben distintas clases de UTE y podríamos destacar las siguientes[2]:

UTE horizontales y verticales

Son UTE horizontales aquellas que están conformadas por empresas del mismo ramo de actividad, mientras que son verticales aquellas UTE que están compuestas por empresas que tienen distintos giros en el tráfico jurídico y, por lo tanto, no compiten en el mismo mercado.

Aunque en otros sistemas no parece haber duda, al menos con carácter general, sobre la legalidad de ambos tipos de cooperación[3], en nuestro sistema la posibilidad de que empresas de distintos giros cooperen ha resul-

[2] Para las clasificaciones que siguen, similares en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, por ejemplo, Lux, J. (2009), *Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht*, Nomos, Baden-Baden, págs. 43 y sigs.

[3] En tal sentido, por ejemplo, Lux, J., *Bietergemeinschaften…*, cit., pág. 44.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tado tradicionalmente problemática dada la tendencia a exigir que todas las empresas que concurrían tuvieran al menos una solvencia mínima para ejecutar el contrato en su conjunto y a una interpretación, en ocasiones muy restrictiva, de otros requisitos para concurrir. En parte estos obstáculos tradicionales se han ido superando con los años, como veremos con cierto detalle en el apartado IV de este trabajo —aunque el proceso no ha sido lineal y la jurisprudencia nos sorprende con algún paso atrás[4]—.

Tal vez, en el origen de estas posiciones contrarias a la cooperación vertical, más allá de la influencia de una institución peculiar como la clasificación, pueda estar el hecho de que nuestro sistema impone una responsabilidad solidaria a los miembros de la UTE, por lo que una empresa que no tenga ni la solvencia mínima ni otros requisitos de capacidad o habilitación en la prestación principal del contrato no podría asumir la obligación de cumplimiento en solitario del contrato que este tipo de responsabilidad presupone.

No obstante, entendemos que, por exigencias básicas de los principios de concurrencia y proporcionalidad, debería descartarse tal idea ya que la colaboración vertical de las empresas no solo no es problemática desde el punto de la vista de la libre competencia, como veremos, sino que facilita una mayor participación de pymes en la contratación de las prestaciones más complejas en las que la lotificación de las prestaciones no siempre es posible o deseable. La responsabilidad solidaria es un instrumento de garantía del cumplimiento contractual que podría reforzarse en el caso de las UTE con una regulación más detallada de los mecanismos para garantizar el mantenimiento del contrato en los casos en los que algún miembro de la UTE entra en crisis. Lo que no tiene sentido es convertir esa garantía, que no ofrecen los licitadores que acuden en solitario, en un lastre para una figura que beneficia, rectamente entendida, objetivamente la concurrencia y, por lo tanto, el propio interés público.

Por lo demás, nos remitimos al análisis del cumplimiento de los requisitos previos para contratar por los empresarios que concurren en UTE que haremos en el apartado IV de este trabajo.

UTE de dos o de múltiples miembros

La LCSP no alude con claridad a que la UTE pueda estar formada por más de dos personas contratistas, pero nada impide, en principio, que una UTE este formada por varias empresas o empresarios individuales, si

[4] La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2026, en el recurso 9060/2023, que comentaremos en el apartado IV de este trabajo, es un buen ejemplo.

se cumplen los requisitos generales para contratar[5] y de hecho este es un fenómeno muy frecuente en la práctica.

Más polémica es la cuestión de si una UTE ya constituida puede concurrir a una nueva licitación[6]. En la práctica administrativa, incluso, se ha admitido, que una UTE ya constituida por dos empresas se una para una nueva contratación a otras empresas, siempre que entre sus fines y objetivos se encuentren las prestaciones exigidas en el objeto del contrato licitado y su duración abarque la del nuevo contrato[7].

La cuestión es compleja, y no creemos que el tenor literal del artículo 69 resuelva claramente el asunto[8], en especial porque el apartado cuarto de dicho artículo parece permitir una duración de la UTE más allá del propio contrato cuando afirma que la «duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente, *al menos*, con la del contrato hasta su extinción». Ello con independencia de que la vetusta Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, solo reconozca a las UTE los beneficios fiscales que regula si su duración es «idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto[9]», lo que no parece muy razonable[10], puesto que puede exigir una reformulación sucesiva de la UTE para diferentes contratos aumentando inútilmente la burocracia[11].

Sin embargo, la UTE como instrumento carente de personalidad jurídica no parece un instrumento idóneo para adoptar la posición de licitador y todos los compromisos jurídicos que ello supone, no parece, por ejem-

---

5 Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el sistema alemán, Lux, J.*, Bietergemeinschaften*…, cit., pág. 43.

6 Lo afirma, por ejemplo, Pérez Paredes, E., «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2012, págs. 361 a 402, en concreto, pág. 387, por el contrario lo niegan, Pérez Delgado, M. y Rodríguez Pérez, R. P., «No existe impedimento legal alguno para que una UTE preconstituida puede conformar un compromiso de UTE con otras entidades empresariales para concurrir a la licitación de un contrato», *Contratación administrativa práctica*, n.º 186, 2003.

7 En tal sentido, la Resolución 99/2023, de 19 de abril, del Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

8 En contra, Pérez Delgado, M. y Rodríguez Pérez, R. P., «No existe impedimento legal…», cit., loc. cit.

9 Cfr., artículo 8.c) de la citada Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

10 En tal sentido, con razón, Pérez Paredes, E., «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», cit., pág. 387.

11 El argumento de que este tipo de UTE de larga duración suponen un indicio de práctica colusorias no es tampoco concluyente, ya que si la UTE la forman empresas que no concurren entre sí ningún obstáculo serio podrían plantear en este ámbito, como veremos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

plo, razonable que la UTE presente un DEUC que solo sería una declaración de las condiciones de las empresas unidas, lo correcto en estos casos sería que las empresas, aunque ya se hayan constituido en UTE, se presenten con el compromiso bien de constituir la futura UTE con otras o de aprovechar una UTE ya constituida y extenderla al nuevo contrato, posibilidad que, nuevamente, y por elementales razones de seguridad jurídica, debería estar autoriza expresamente en la LCSP.

UTE abiertas y UTE encubiertas

Se habla de UTE encubiertas cuando la colaboración en la ejecución del contrato entre las empresas no se hace «visible» ante el órgano de contratación, siendo solo una de las empresas la que adquiere formalmente la condición de contratista. En estos casos, no se puede hablar en puridad de una UTE[12], sino de otro tipo pacto entre empresas que puede tener amparo legal si se traduce en otras figuras como la integración de la solvencia con medio de terceros, prevista en el artículo 75 de la LCSP o la subcontratación del artículo 215 de la LCSP, pero no será admisible en Derecho si con ello se quiere eludir las normas que delimitan estas figuras (como los porcentajes máximos de subcontratación que puedan imponer los pliegos) las normas sobre prohibición de contratar o inhabilitación de contratistas, otras reglas que impongan los pliegos como la limitación del número de lotes que puede recibir un contratista, o, en general, la prohibición de pactos colusorios u otras prácticas contrarias a la libre competencia.

III. EN ESPECIAL, LA OFERTA EN UTE PUEDE CONSTITUIR UNA ACTUACIÓN ANTICOMPETITIVA

Mientras la participación de empresas que normalmente no compiten entre sí en una UTE favorece generalmente una mayor competencia en la contratación pública, por el contrario, la participación de empresas competidoras en una UTE, aunque de por sí no es automáticamente ilegal, puede constituir una práctica contraria a la sana competencia[13].

---

12 En el mismo sentido, Lux, J., *Bietergemeinschaften*…, cit., pág. 43.

13 En este sentido ya en el año 2011, la entonces Comisión Nacional de la Competencia, publicó una «Guía sobre contratación pública y competencia», en la que señalaba (pág. 42) que la utilización de UTE para participar en procedimientos de licitación puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de pymes que pongan en común recursos complementarios, pero advertía, igualmente de que «estas agrupaciones de empresas también pueden facilitar la colusión, y por ello deben recibir una especial atención».

Tanto la Comisión Europea, como la CNMC y la propia jurisprudencia han desarrollado algunas pautas interpretativas para determinar los supuestos en los que la concurrencia en UTE puede ser un indicio de prácticas contrarias al Derecho de defensa de la competencia.

En particular, en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, aprobadas por la Comisión el 1 de junio de 2023[14], se establecen unos detallados criterios para determinar la acomodación de los acuerdos de constitución de una UTE a las reglas sobre la libre competencia, que entendemos que pueden ser considerados un buen punto de partida para que las empresas y el resto de administraciones puedan analizar los riesgos y retos que implica la licitación de las uniones de empresarios, ya que, aunque como nuestro Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente[15], aunque estas Directrices no tienen efecto vinculante directo sobre los tribunales españoles, sí representan una guía interpretativa adecuada en tanto reproducen la jurisprudencia europea en la materia[16].

A nivel español, la CNMC también se ha ocupado ampliamente sobre los problemas que para la libre competencia puede plantear el empleo de UTE en la contratación pública. De hecho, entre los diez indicios que

---

14 «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», *DOUE*, n.º. 259, de 21 de julio de 2023, págs. 1 a 125 (en lo sucesivo, Directrices de 2023), en concreto, los apartados 352 y sigs.

15 En tal sentido la STS de 21 de enero de 2019, en el recurso 4323/2017 y, más recientemente, la Sentencia del mismo Tribunal de 15 de marzo de 2021, en el recurso 3405/2020: «las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfleiderer (C-360/09 , Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia».

16 Hay que tener en cuenta que en materia de pactos colusorios, y a diferencia de otras prácticas restrictivas de la competencia como el abuso de la posición dominante, el artículo 3.2 del Reglamento (CE) N.º 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado no permite a la normativa nacional la introducción de nuevas prohibiciones de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas, que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, distintas de las previstas en el artículo 101 del TFUE. *Vid.*, en este sentido, Huergo Lora, A. (2016), «Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y tribunales», en la obra colectiva dirigida por Baño León, J. M., *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, págs. 2283 a 2312, en concreto, pág. 2288.

ISBN: 978-84-7777-740-3

deben analizar los órganos de contratación para garantizar una sana competencia en las licitaciones y cumplir las obligaciones que les imponen los artículos 132 y 150 de la LCSP, según la reciente «Guía a los órganos de contratación para la remisión de indicios»[17], se encuentra expresamente la constitución de UTE entre licitadores sin justificación aparente.

Trataremos en la exposición que sigue, partiendo de las directrices expuestas por la Comisión Europea (completada por los criterios jurisprudenciales o de la CNMC), ofrecer, sin ánimo de exhaustividad, un cuadro actualizado de los riesgos de concurrir en UTE, que nos permita determinar los problemas que entraña la incompleta regulación de esta materia en la LCSP.

1. Uniones de empresarios que no podrían optar por separado al contrato o que pertenecen al mismo grupo

a) Uniones de empresarios «necesarias»

Existe un consenso generalizado en que el acuerdo para concurrir en UTE de varias empresas o empresarios no vulnerará el derecho de defensa de la competencia, por regla general, si los participantes no hubiesen podido presentarse por separado a la licitación en cuestión[18].

Este será el caso en las UTE verticales en las que cada empresa componente de la UTE aporta una prestación distinta que las otras componentes no pueden desarrollar o no lo pueden hacer con la intensidad o calidad requerida en el contrato[19].

---

17 Se puede consultar en <https://www.cnmc.es/guia/competencia-contratacion-publica>.

18 En tal sentido, las citadas Directrices de 2023 en su apartado 352 y, en la jurisprudencia española, entre otras muchas, la STS de 14 de febrero de 2006, en el recurso 4628/2003. En la doctrina, por ejemplo, Armengol i Gasull, O. (2019), «Uniones temporales de empresas y Derecho de la competencia», *Economía Industrial*, 412, págs. 59 a 65, en concreto, pág. 60; Guillén Caramés, J. (2020), «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en la obra colectiva dirigida por Recuerda Girela, M. A., *Anuario de derecho administrativo* 2019, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 301 a 336, apartado IV.3.3 (consultado en Legalteca) o Miño López, A. (2024), «Defensa de la competencia y contratación pública», en la obra colectiva dirigida por Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I., *Tratado de contratos del sector público*, 2.ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 433 a 485, en concreto, pág.464. Obviamente también es un requisito en los países de nuestro entorno europeo, así para Alemania, puede verse ya la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de lo Civil —BGH— de 13 de diciembre de 1983, KBR 3/83, o más recientemente, la Sentencia del OLG Saarbrücken, de 27 de junio de 2016-1 Verg 2/16.

19 En tal sentido, la Comisión Europea —en la citadas Directrices de 2023, apartado 352— establece un principio general que también es válido, aunque un tanto más superfluo, para una cooperación vertical: «Un acuerdo de un consorcio de licitadores, independientemente de su calificación jurídica, no restringirá la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, si permite a las partes participar en proyectos que no podrían emprender individual-

También será el caso de las UTE horizontales siempre que cada competidor por sí solo no hubiese podido reunir la solvencia exigida en el contrato cuantitativa o cualitativamente[20] (no poder cubrir todo el ámbito geográfico, técnico o material exigido en el contrato podría justificar la formación de la UTE).

La Comisión Europea permite aquí una aproximación flexible a la valoración de la posibilidad de que la empresa pueda presentarse por sí misma, señalando que el mero hecho de que una empresa cumpla matemáticamente los criterios para presentarse a la licitación no significa que la concurrencia en UTE sea automáticamente una presunta vulneración de la competencia, es necesario evaluar si cada parte es realmente capaz de cumplir el contrato por sí sola, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, tales como el tamaño y las capacidades de la empresa, el nivel de riesgo financiero que conlleva el proyecto, así como el montante de las inversiones necesarias para llevarlo a buen término, y la capacidad actual y futura de la empresa, evaluada a la luz de los requisitos contractuales[21].

En este mismo sentido la CNMC señala, en la ya citada «Guía a los órganos de contratación para la remisión de indicios» que «la constitución de la UTE debe ser objetivamente necesaria e indispensable para concurrir a la licitación por razones económicas, geográficas, técnicas u otras según reciente jurisprudencia. Una UTE creada por varias empresas capacitadas para competir individualmente, sin aparente justificación, puede ser indicio de manipulación de la licitación, especialmente si el número de licitadores es muy reducido».

Como se puede entender, la aplicación práctica de este criterio es problemática ya que los organismos de control de la competencia tenderán a poner de manifiesto la existencia de alternativas menos lesivas para la competencia, mientras los miembros de la UTE pueden alegar que las circunstancias concretas de la licitación hacen inasumible desde un punto de vista técnico o económico la licitación individual[22]. No obstante, aunque la

---

mente. En este supuesto, las partes en el acuerdo de consorcio de licitadores no son ni competidores reales ni potenciales para la ejecución del proyecto. Este puede ser el caso cuando las partes de un acuerdo de consorcio de licitadores suministran diferentes servicios que son complementarios a efectos de la participación en el procedimiento de licitación».

20 Así añade la Comisión Europea al razonamiento que se reproducía en la nota anterior (en las citadas Directrices de 2023, apartado 352): «También puede darse el caso de que las partes del acuerdo de consorcio de licitadores, aunque todas operen en el mismo mercado o mercados, no puedan llevar a cabo el proyecto individualmente, por ejemplo, debido a la envergadura del proyecto o a su complejidad».

21 En tal sentido, las citadas Directrices de 2023, en su apartado 353.

22 Para una actualizada y brillante exposición detallada de esta problemática, Arpio Santacruz, J. (2024), «La colaboración en UTE como acuerdo restrictivo de la competencia», *ACI*, 44, págs. 31 a 58, concretamente, págs. 39 y sigs.

ISBN: 978-84-7777-740-3

aproximación a este tema es necesariamente, como hemos visto, casuística, se pueden adelantar algunos criterios generales:

— El que algunas de las empresas hayan participado en otras licitaciones similares en el pasado en solitario es un indicio significativo de que la UTE no sería precisa. Si bien una exigencia en la licitación específica que no se exigió en los contratos formalizados en el pasado puede hacer necesaria la UTE[23], por lo que lejos de suponer un criterio automático debe valorarse en el contexto concreto de cada licitación[24].
— El hecho de que otras empresas similares en tamaño y capacidades, o incluso con menor capacidad objetiva, se presenten por separado es indicio de que la UTE no sería necesaria (aunque debe notarse que en determinadas circunstancias empresas de similar tamaño tiene capacidades distintas que pueden ser determinante de una licitación como el acceso a una patente[25] o a un certificado o etiqueta

23 Un buen ejemplo lo ofrece la Sentencia del TSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2019, en el recurso 124/2016, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2021, en el recurso 2040/2020 en la que analizando un contrato licitado por el Servicio Catalán de Salud entiende justificada la concurrencia en UTE de varias empresas porque, entre otras circunstancias, se exigía disponer de establecimiento con autorizaciones para prestar el servicio de rehabilitación y logopedia en varias localidades y con estrictas exigencias de calidad, constituyendo estas exigencias un obstáculo muy importante para la concurrencia de las empresas que tuvieron que constituir la UTE para reunir dichos requerimientos de los pliegos. En palabras del citado Tribunal: «En el concurso de 2012 se establecieron criterios de solvencia técnica no previstos en el año 2006, específicamente habla que aportar la autorización administrativa de funcionamiento, de los locales que ofrecían los licitadores y el cumplimiento de los estándares de calidad; se detallaba exhaustivamente todo el equipamiento a puntuar y los protocolos asistenciales; habla que aportar los certificados de calidad asistencial y los sistemas de evaluación de los resultados asistenciales; se valoraban las ofertas adicionales de recursos físicos y humanos y la Innovación en nuevas tecnologías».

24 En tal sentido, también la Resolución del TACRC 780/2020, de 3 de julio, en el recurso 462/2020: «En cuanto a la existencia de posibles indicios que hagan pensar que ha habido en este caso una actuación dirigida a falsear la competencia, que deba ser comunicada a la CNMC conforme al art. 132.3 LCSP, no se aprecian en los hechos destacados por la Recurrente. Ante todo, la capacidad de las empresas en el pasado para presentarse a licitaciones parecidas de manera individual no puede ser considerada, como pretende la Recurrente, en sí misma y por sí sola, como un indicio de actuación contraria a la libre competencia si no se especifica con un mínimo detalle en qué consistiría esta. (…) A mayor abundamiento, la capacidad de las integrantes de la UTE de participar en la licitación por separado se apoya en el recurso en licitaciones de hace varios años, que nada indican realmente sobre la capacidad tecnológica y productiva de las empresas en la fecha de la licitación».

25 Como apreció la Audiencia Nacional en las Sentencias sobre la UTE para el suministro de desvíos ferroviarios, al estimar que la necesidad de contar con la licencia de la patente de la tecnología que requería el contrato justificaba la concurrencia en UTE de las empresas. Así, por ejemplo, la SAN de 30 de junio de 2016, en el recurso 432/2026 (la primera de varias sobre este asunto): «GIF/ADIF eligió desde el principio una tecnología mixta para la construcción de las infraestructuras para vías de alta velocidad (tecnología alemana en la parte del cambio y tecnología francesa en la parte del cruzamiento), cuyas patentes eran propiedad de empresas extranjeras (la alemana VAE-BWG y la francesa COGIFER). Ninguna de las empresas tenía las licencias de las patentes para poder acometer, por sí sola,

que resulta determinante en esa licitación y que otro competidor solo puede obtener razonablemente concurriendo en UTE).

— Como señala la propia Comisión Europea, si el contrato está dividido en lotes[26] y los miembros de la UTE podrían haber competido individualmente por algún lote, pero han decidido acudir en UTE para hacer una oferta combinada o más ventajosa, se ha de entender, en principio, que estamos ante un pacto entre competidores[27], que debe ser analizado de conformidad con el artículo 101.3 del TFUE[28].
— También sería un indicio de que la UTE no era necesaria para acudir a la licitación el que se unan a la misma, con claridad, más empresas de las necesarias para licitar con garantías[29].

Como se ve la labor de interpretación caso por caso de la jurisprudencia y el esfuerzo compilatorio de la Comisión Europea nos ofrecen algunos puntos de partida para un análisis del carácter necesario de la UTE que requiere siempre de una aproximación a las circunstancias del caso.

b) Uniones de empresarios del mismo grupo

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea parte, especialmente cuando se enfrenta a asuntos de competencia, de un concepto material de empresa que incluye a todas las sociedades perteneciente a un grupo[30].

---

ninguno de los contratos. Es evidente que el concurso en solitario de cada empresa hacía imposible la ejecución de los contratos, puesto que no disponía de las licencias y por lo tanto de la tecnología para desarrollarlos. Por lo tanto, no está justificada la categórica afirmación que hace la resolución de que «[p]odían haber acudido por separado [...]», al menos no explica como por esta vía de licitación hubieran podido tan siquiera no ya cumplir con los compromisos sino acceder a licitación».

26 Sobre la obligación de motivar la no división de los contratos en lotes que es una garantía más de la competencia en el marco de la licitación pública, nos remitimos a García Luengo, J. (2022), *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Iustel, Madrid, págs. 109 y sigs.

27 Para este mismo planteamiento en la práctica de la CNMC, Armengol i Gasull, O. (2019), «Uniones temporales de empresas y Derecho de la competencia», cit., págs. 62 y 63.

28 Lo que significa que sólo será una práctica válida si contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserva al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
b) ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

29 Nuevamente, las reiteradamente citadas «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», en su apartado 355.

30 Por ejemplo, en la reciente STJUE de 13 de febrero de 2025, asunto C-383/23 ILVA S/A, apartado 22: «A este respecto, procede subrayar que, a efectos de la aplicación de las normas de competencia, contempladas en los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, este concepto

ISBN: 978-84-7777-740-3

El efecto de esta jurisprudencia es ambivalente puesto que, si bien sustenta la posibilidad de sancionar a la sociedad matriz por actuaciones de las filiales[31] —o, incluso, viceversa, a la filial por las acciones de la matriz o de sus «hermanas»[32]—, también protege a las sociedades del grupo de las acusaciones de pactos colusorios por cooperar en la empresa[33]. Este efecto se suele denominar en la doctrina y la jurisprudencia, «privilegio de grupo».

La unión en UTE de dos o más sociedades de un grupo no pueden en aplicación de esta doctrina configurar un pacto entre competidores, ya que la empresa no puede competir contra sí misma, y, en consecuencia, no constituye una acción integrable en el artículo 101.1 del TFUE o en el artículo 1.1 de la LDC.

Si, sin embargo, en un nuevo ejemplo de la ambivalencia de la noción amplia de empresa, las sociedades del grupo se presentan por separado a la licitación, integradas, por ejemplo, en distintas UTE podríamos estar ante un indicio de una conducta anticompetitiva[34], ya que podría llegar a afirmarse que la misma empresa está presentando dos precios distintos, lo que, por lo pronto, supone una vulneración abierta a lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LCSP[35], con la gravísima consecuencia de que todas las proposiciones presentadas, aunque lo hayan sido en UTE con terceros se inadmitirán.

---

comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación. Designa, así, una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado (sentencia de 5 de diciembre de 2023, Deutsche Wohnen, C-807/21, EU:C:2023:950, apartado 56 y jurisprudencia citada)». También, STJUE de 15 de enero de 2026, C-692/23, AUR-Afvalverwerking-BV, apartado 55.

31 Al respecto, es hoy imprescindible la consulta del magnífico trabajo de Rodríguez Cembellín, D. (2024), *Potestad sancionadora y grupos de empresas*, Iustel, Madrid, especialmente, págs. 165 y sigs.

32 Al respecto, Rodríguez Cembellín, D. (2024), op. cit., págs. 233 y sigs.

33 En tal sentido, con un estudio detallado de la jurisprudencia del TJUE, Girgado Perandones, P. (2007), *Grupo de Empresas y Derecho antitrust. La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, págs. 18 y sigs. y, en extenso, en el capítulo III (págs. 59 y sigs.). También, Alfaro Ágila-Real, A. (2020), «El otro privilegio del grupo: las operaciones intragrupo y el futuro artículo 231 bis LSC» en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/10/el-otro-privilegio-del-grupo-las.html. o Rodríguez Cembellín, D. (2024), *op. cit.*, pág. 166. En la jurisprudencia nacional el uso de esta figura es frecuente, puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 14 de noviembre de 2015, en el recurso 30/2014 o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de junio de 2104, rec. 327/2013.

34 Así lo establecía ya la anterior Comisión Nacional de la Competencia, en la citada «Guía sobre contratación pública y competencia», pág. 42.

35 Precepto que dispone lo siguiente: «Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta

2. Uniones de empresarios que podrían presentarse por separado

El hecho de que las empresas puedan concurrir por separado y sin embargo se hayan unido en la UTE no supone automáticamente que exista una conducta anticompetitiva, pero requiera profundizar en la evaluación de la UTE desde la perspectiva del derecho de defensa de la competencia[36]. Lo ha señalado con claridad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2019, en el recurso 173/16[37]:

> «Hay que significar al mismo tiempo que la capacidad de las empresas que se asociaron en la UTE y la posibilidad de competir por separado no opera necesariamente como un indicio indicativo de una infracción, sino como un presupuesto para descartar la infracción cuando se trata de empresas que no podrían competir por separado. (Directrices UE, apartados 30, 44 y 240, y STS de 14 de febrero de 2006, recurso n.º 4628/2003).
>
> Esto es, la capacidad de las empresas hace en este caso que no se tenga que descartar de entrada la infracción, pero no constituye necesariamente una prueba de la misma.»

A partir de estas consideraciones será necesario si las empresas que colaboran en la UTE compiten entre sí hacer una evaluación sobre si se está vulnerando o no los artículos 101 del TFUE o 1.1 de la LDC.

Esta evaluación le compete al órgano administrativo que quiera hacer valer la infracción y en el ámbito del procedimiento de contratación se hará, en su caso, tras el informe de la autoridad de defensa de la competencia recabado por la vía prevista en el artículo 150.1 de la LCSP al que se remite el artículo 69.2 de la misma norma.

---

electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas».

36 La consideración de que las empresas podrían acudir a la licitación por separado no implica automáticamente que la práctica sea ilegal, pero sí que estamos ante un indicio de un acuerdo entre competidores a los efectos del artículo 101.1 del TFUE. Se trata de un criterio generalizado en la doctrina y en la práctica administrativa, y tiene también respaldo jurisprudencial. Así, doctrinalmente, por todos, Guillén Caramés, J., «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», cit., apartado IV.3.3 y Magide Herrero, M. y Díaz-Grande Rojo, F. (2024), «Uniones de empresarios» en la obra colectiva dirigida por Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I., *Tratado de contratos del sector público*, 2.ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1413 a 1446, en concreto, pág. 1443 y 1444. En los órganos de control, no sólo se pronuncia en tal sentido el apartado 355 de la citadas Directrices de la Comisión Europea, sino ya la antigua Comisión Nacional de la Competencia, en la citada «Guía sobre contratación pública y competencia», insistía en esa idea en la pág.42. En cuanto a la jurisprudencia, puede consultase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006, en el recurso 3658/2004.

37 Confirmada por la STS de 15 de marzo de 2021, en el recurso 3405/2020.

ISBN: 978-84-7777-740-3

a) Análisis de una posible infracción por objeto

En este análisis debe, en primer lugar, determinarse si el acuerdo para constituir la UTE resulta restrictivo de la competencia por objeto, lo que supone que el acuerdo será contrario a la competencia con independencia de sus efectos en el caso concreto y sin tener que entrar a analizar los mismos[38]. En este contexto, se ha de considerar, según aclara la Comisión Europea que «por lo que respecta a las restricciones por el objeto, el artículo 101, apartado 1, se aplica independientemente de las cuotas de mercado de las partes. Esto se debe a que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia puede, por su naturaleza e independientemente de cualquier efecto concreto, constituir una restricción sensible de la competencia[39]».

En cuanto a los parámetros para hacer este análisis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara que «para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto», a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53 y jurisprudencia citada)».

El análisis, tomando en cuenta todos esos elementos, requiere, asimismo distinguir entre las UTE centradas en la producción y las UTE centradas en la comercialización de productos y servicios.

En los casos en los que los miembros de la UTE van a desarrollar un grado significativo de integración de sus recursos y sus actividades, primando la actividad de producción sobre la comercialización que se revela aquí como

---

38 Al respecto ha señalado el TJUE en su Sentencia de 2 de abril de 2020, asunto C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal: «En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para ser calificados de restricción por el objeto, de modo que es innecesario examinar sus efectos. Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego de la competencia (sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartados 184 y 185, y de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 26)».

39 Cfr. Comisión Europea, «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», en su apartado 41.

accesoria[40], la fijación de precios para los productos o servicios del contrato no se considera, por lo general, una restricción por el objeto y será necesario pasar a realizar una evaluación de la posible infracción por el efecto.

Por el contrario, cuando los empresarios unidos en la UTE podrían presentar ofertas de forma individual y su unión tiene su centro de gravedad en la comercialización de productos o servicios, al no existir un grado significativo de integración de los recursos y las actividades de las partes, su oferta conjunta equivaldrá, en principio, a una restricción de la competencia por objeto, ya que implica la fijación de precios entre competidores[41].

Sin embargo, en el caso de las UTE en las que participen más partes de las necesarias, si solo una de ellas pudiera licitar de forma individual, en principio el mero hecho de que haya más empresas participantes podría no ser suficiente por sí solo para considerar que se trata de una restricción por objeto de la competencia, dado que es posible que las partes no sean competidores reales o potenciales. Sin embargo, podría haber otras razones para que dicho acuerdo de UTE se considere una restricción por objeto, por ejemplo, si una parte que podría haber licitado individualmente celebra un acuerdo de UTE con una o más partes con el objetivo específico de adelantarse a una licitación conjunta competidora de esas otras partes por sí solas o con un tercero[42]. Entendemos también que es particularmente importante, en este supuesto, indagar qué aporta a la empresa que puede presentarse por sí sola acudir en UTE, porque si no hay una respuesta razonable el motivo puede ser anticompetitivo (por ejemplo, un arraigo territorial o, incluso, una «cercanía» a los poderes adjudicadores que poco añade objetivamente a una mejor prestación).

b) Análisis de una posible infracción por efecto de la competencia

En segundo lugar, un acuerdo de UTE que no sea restrictivo por su objeto puede, no obstante, tener efectos restrictivos sobre la competencia.

En el caso de las UTE en las que prima la producción de bienes o servicios sobre la comercialización es posible, por regla general, evitar de antemano[43] este examen por aplicación del artículo 2.1 del Reglamento (UE)

---

40 En tal sentido el apartado 350 de la citadas Directrices de 2023 de la Comisión Europea: «En las situaciones en las que la comercialización conjunta es accesoria a la integración de las actividades de producción de las partes (producción en común), el centro de gravedad del acuerdo reside en la actividad de producción y la evaluación de la competencia debe llevarse a cabo utilizando las normas y orientaciones aplicables a los acuerdos de producción en común».

41 En tal sentido, el apartado 357 a) de las citadas Directrices de 2023.

42 *Vid.*, nuevamente, las «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» de 2023, en su apartado 357 b).

43 Aunque el Reglamento se base en el artículo 101.3 del TFUE que establece una excepción cuando se considera aplicable el 101.1, lo lógico en este tipo de acuerdos es valo-

ISBN: 978-84-7777-740-3

2023/1067, de la Comisión, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, que considera exentos de la aplicación del artículo 101.1 del TFUE a los acuerdos de especialización[44], entre los que están los acuerdos de producción en común, siempre que, por regla general, las partes no acumulen más del 20% de la producción del mercado de referencia[45] y no se generen restricciones especialmente graves de la competencia[46].

En el caso, ciertamente no muy probable, de que no sean aplicables esas exenciones, habrá que evaluar si el acuerdo de UTE que se centra en la producción de bienes o servicios tiene el efecto de restringir la competencia, para lo que es necesario tener en cuenta varios factores, según las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal, serían los siguientes[47]:

a) si las partes del acuerdo son competidores reales o potenciales[48];
b) la situación que prevalecería en ausencia del acuerdo, incluidas las restricciones que contenga;

---

rar primero si estamos ante la excepción, porque no tendría sentido hacer todo el análisis necesario para determinar si existe una infracción de la competencia por efecto si el propio Reglamento considera exentas de la prohibición a las UTE que reúnan sus requisitos.

44 Definidos en el artículo 1.1 del citado Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización: «A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 1) «acuerdo de especialización»: un acuerdo de especialización unilateral, un acuerdo de especialización recíproca o un acuerdo de producción en común;

a) «acuerdo de especialización unilateral»: un acuerdo entre dos o más partes presentes en el mismo mercado de producto y en virtud del cual una o más partes aceptan cesar total o parcialmente la producción de determinados productos o abstenerse de producir esos productos, y se comprometen a comprárselos a otra parte o partes, las cuales se obligan a producirlos y suministrárselos;
b) «acuerdo de especialización recíproca»: un acuerdo entre dos o más partes presentes en el mismo mercado de producto y en virtud del cual dos o más partes aceptan, sobre una base de reciprocidad, cesar total o parcialmente o abstenerse de producir productos determinados y diferentes, y se comprometen a comprárselos a una o más de las otras partes, las cuales se obligan a producirlos y suministrárselos;
c) «acuerdo de producción en común»: un acuerdo en virtud del cual dos o más partes se comprometen a producir conjuntamente determinados productos».

45 Según las reglas previstas en los artículos 3 y 4 del citado Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión a los que es preciso remitirse.

46 Véase el artículo 5 del Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión.

47 *Vid.*, el apartado 226 de las citadas Directrices de 2023.

48 Para lo que hay que estar a lo dispuesto en el apartado 16 de las Directrices citadas de 2023.

c) las características del mercado de referencia y si las partes del acuerdo tienen poder de mercado[49];
d) la naturaleza y el contenido de la cooperación;
e) los productos afectados por la cooperación.

No obstante, las propias Directrices señalan los supuestos en los que los acuerdos de producción probablemente no tengan efectos restrictivos[50], como puede ser el caso de los acuerdos de producción que permiten a las partes lanzar un producto que, objetivamente, no habrían podido producir de otro modo.

En cuanto a los acuerdos de concurrencia en UTE entre competidores que tienen su centro de gravedad en la comercialización de los productos o servicios, y que no constituyan un supuesto de infracción por el objeto (aunque, como vimos, lo más probable, en este caso, es que lo sean), deberá evaluarse si tienen efectos restrictivos de la competencia, para lo que se tienen que considerar los siguientes factores[51]:

a) la naturaleza y el contenido del acuerdo;
b) el marco concreto en el que se inscribe la cooperación, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas que forman la UTE, la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes[52];
c) hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, el mantenimiento o el fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso de este;
d) los efectos restrictivos de la competencia, que pueden ser reales o potenciales, pero, en cualquier caso, deben ser suficientemente apreciables.

Con carácter general, los acuerdos de comercialización entre competidores que no restringen la competencia por el objeto solo producirán efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. Para la Comisión Europea, en principio, no es probable que exista ese poder de mercado si la cuota de mercado combinada de las partes de la

49 Para la determinación del poder de mercado en este supuesto hay que estar a lo dispuesto en los apartados 228 y siguientes de las Directrices de 2023.

50 Apartado 227 de las Directrices de 2023.

51 Apartado 32 de las Directrices de 2023, al que se remite el apartado 333, aplicable, a su vez, en virtud del apartado 357, que es el que alude a los acuerdos de cooperación como las UTE.

52 Para determinar el mercado hay que estar a lo dispuesto en el apartado 334.

ISBN: 978-84-7777-740-3

UTE es inferior al 15% en el mercado[53]. Si, por el contrario, la cuota de mercado combinada de las partes es superior al 15%, no es posible presumir que su acuerdo no tendrá efectos restrictivos y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto del acuerdo de comercialización conjunta en el mercado o mercados de referencia, conforme a los criterios ya señalados[54].

c) Posible aplicación de las excepciones a la infracción contempladas en los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC

Finalmente, como aclara el apartado 358 de las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal de 2023, un acuerdo para constituir una UTE entre competidores al que resulte de aplicación el artículo 101.1 del TFUE o el artículo 1.1 de la LDC, podría, no obstante, quedar excepcionado de la prohibición que entrañan dichos artículos si se puede demostrar que se cumplen todos y cada uno de los requisitos que establecen los artículos 101.3 del TFUE o 1.3 de la LDC[55] y que son los siguientes[56]:

---

53 Apartado 339 de las Directrices de 2023.

54 Apartado 340 de las Directrices de 2023.

55 Recordemos que también formalmente quedan aquí eximidas las UTE que cumplan los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, si bien como hemos explicado, lo razonable es que antes de realizar el análisis de una posible infracción por efecto se valore la aplicación de dicha excepción.

56 Seguimos en su exposición la clasificación de los requisitos que se refleja en la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en la Sentencia de 21 de diciembre de 2023, en el asunto C-333/21 European Superleague Company, SL, apartado190: «Con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3, para que resulte aplicable esta excepción en un caso concreto, deben cumplirse cuatro requisitos acumulativos. En primer término, debe demostrarse con un grado suficiente de probabilidad (sentencia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, C 501/06 P, C 513/06 P, C 515/06 P y C 519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 95) que el acuerdo, la decisión de una asociación de empresas o la práctica concertada en cuestión ha de permitir que se obtengan incrementos de eficiencia, contribuyendo a mejorar la producción o la distribución de los productos o servicios de que se trate o a fomentar el progreso técnico o económico. En segundo término, debe demostrarse, en esa misma medida, que se reserva a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante de esos incrementos de eficiencia. En tercer término, el acuerdo, decisión o práctica en cuestión no debe imponer a las empresas participantes restricciones que no sean indispensables para alcanzar esos incrementos de eficiencia. En cuarto término, este acuerdo, decisión o práctica no debe ofrecer a las empresas participantes la posibilidad de eliminar cualquier competencia efectiva respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate».

En la jurisprudencia española, puede verse este mismo planteamiento, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2018, en el recurso 2452/2017 y de 15 de marzo de 2021, en el recurso 3405/2020. En la doctrina, entre otros muchos, Armengol i Gasull, O. (2019), «Uniones temporales de empresas y Derecho de la competencia», págs. 63 y 64

— En primer lugar, la UTE debe contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, de forma que dé lugar a una oferta de obras, servicios o suministros más competitiva en términos de calidad o de precio[57].
En este sentido, las posibles eficiencias pueden adoptar la forma de precios más bajos, pero también de mejor calidad, mayor oferta o realización más rápida de los productos o servicios objeto de la licitación[58].
— Debe, además, reservar al mismo tiempo a los usuarios —aquí los entes contratantes— una participación equitativa en el beneficio resultante. Si las posibles eficiencias solo benefician a los miembros de la UTE no se aplicará la excepción[59]. También se podrían valorar, con prudencia y siempre que tengan la adecuada relación con el objeto del contrato, los posibles beneficios que se den para los ciudadanos en general, como los relacionados con el medio ambiente o los de naturaleza social[60].
— En tercer lugar, no debe imponer restricciones a la competencia que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos[61].
La valoración de este requisito es compleja puesto que existen alternativas a la UTE, como los acuerdos para completar la solvencia o la subcontratación que podrían plantear los mismos problemas, pero «en la sombra» o que simplemente no se puede asegurar de antemano que se puedan celebrar en cuanto convierten una relación entre iguales en una relación de cierta subordinación al contratista principal. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Au-

---

57 La propia Comisión Europea pone, en el apartado 365 de las Directrices de 2023, un ejemplo muy ilustrativo del análisis a realizar, si dos empresas A y B han concurrido por separado a una licitación de material sanitario en el que se valora especialmente el ofrecimiento de productos o servicios opcionales y han perdido por ser sus catálogos insuficientes, una licitación conjunta, siempre que haya un número significativo de competidores no sería, en principio, anticompetitiva, ya que se trata de complementar sus ofertas ampliando esos servicios opcionales a disposición del órgano de contratación para tratar de ofrecer una mejor relación calidad precio y alcanzar el objetivo de ganar la licitación, con lo que la UTE buscaría mejorar la eficiencia de ambas empresas y aunque estamos ante una asociación de competidores que reúne los requisitos del artículo 101.1 del TFUE, podría, si la competencia es intensa en el sector, cumplir con lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo, y, por lo tanto, no suponer una restricción ilegal de la competencia.

58 Apartado 258 de las Directrices de 2023.

59 Apartado 359 de las Directrices de 2023.

60 *Vid.*, al respecto, Guillén Caramés, J., «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», cit., apartado IV.3.5.

61 En este sentido, por ejemplo, en el apartado 357 d) de las Directrices de la Comisión Europea de 2023 se insiste en que la información entre los miembros de la UTE debe ser lo más limitada posible «solo lo estrictamente necesario para preparar la oferta y ejecutar el contrato» y su manejo se debe limitar a las personas cuya participación sea igualmente imprescindible, aplicando el principio de «necesidad de conocer».

ISBN: 978-84-7777-740-3

diencia Nacional, de hecho, ya ha señalado que el planteamiento de la CNMC de que un acuerdo de UTE que permite a distintas empresas acceder a tecnología patentada puede ser sustituido, como medida menos restrictiva de la competencia, por autorizaciones de uso de las patentes, no puede afirmarse sin más y sin tener en cuenta el juego de la voluntad de los miembros de la UTE[62].

— Por último, no puede ofrecer a los miembros de la UTE la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

En los procedimientos de licitación, estas condiciones, como señala la propia Comisión Europea suelen estar interrelacionadas. Así, las mejoras de eficiencia de una oferta conjunta a través de un acuerdo de UTE se transmiten más fácilmente a los entes adjudicadores —y en último término a los ciudadanos—, en forma de precios más bajos o de mejor calidad de la oferta, siempre y cuando no se elimine la competencia para la adjudicación del contrato, y otros competidores efectivos puedan participar en el procedimiento de licitación.

Es importante, finalmente, señalar que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se delimita con claridad a quién corresponde la carga de la alegación y prueba de la aplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 101.3 del TFUE de forma que corresponderá alegar y probar que concurren los requisitos para aplicar la excepción a quien la quiera hacer valer y, por otra parte, las autoridades si no comparten las alegaciones deben motivar su rechazo[63]. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023, en el asunto C-333/21 European Superleague Company, SL, afirma, en su apartado 191, lo siguiente:

> «Incumbe a la parte que invoca esta excepción demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren todos los requisitos exigidos para obtenerla (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, EU:C:1985:327, apartado 45, y de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, C 501/06 P, C 513/06 P, C 515/06 P y C 519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 82). Cuando la naturaleza de estos argumentos y pruebas pueda obligar a la otra parte a refutarlos de forma convincente, cabe considerar que, en ausencia de tal refutación, la parte que invoca el artículo 101 TFUE, apartado 3, ha satisfecho la carga de la prueba que recae sobre ella

62 Al respecto, la ya citada SAN de 30 de junio de 2016, en el recurso 432/2026 en el asunto de los desvíos ferroviarios.

63 Esta misma doctrina se refleja en la jurisprudencia española, como ha señalado con razón Arpio Santacruz, J., «La colaboración en UTE como acuerdo restrictivo de la competencia…», cit., pág. 53, con cita de la línea jurisprudencial abierta por la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 14 de octubre de 2019, en recurso 108/2016.

(véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P y C 219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 79, y de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, C 501/06 P, C 513/06 P, C 515/06 P y C 519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 83)».

Este planteamiento, supone en el seno del «incidente» previsto en los artículos 69.2 y 150.1 de la LCSP que las empresas que piensan constituir la UTE —o la UTE si se entiende que la misma ya puede estar constituida—, deben plantear y probar la posible aplicación de la excepción prevista en el artículo 101.3 del TFUE —o en el artículo 1.3 de la LDC— en el plazo de alegaciones por diez días previsto en el párrafo séptimo del artículo 150.1 de la LCSP[64].

3. Algunas consideraciones adicionales sobre la regulación de la problemática de las Uniones de empresarios y la competencia en la normativa de contratos del sector público

a) Consideración de las especialidades que plantea el control de las prácticas anticompetitivas en los compromisos de constitución de uniones temporales de empresarios

Como se observa, determinar que el pacto para formar una UTE pueda ser una conducta anticompetitiva no es precisamente una cuestión sencilla y requiere, generalmente, una laboriosa valoración caso por caso. Dicha evaluación, además, se ajusta con dificultad a la práctica administrativa y judicial en el control de prácticas colusorias que se ha forjado en un contexto muy distinto.

En efecto, la intervención de las autoridades en materia de competencia en el ámbito de los acuerdos colusorios se da principalmente con motivo de procedimientos sancionadores[65] y este origen se deja sentir de forma muy notable en las propias Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, que tan reiteradamente hemos citado en el apartado anterior y, en general, en la práctica y la jurisprudencia que han aplicado los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC.

---

64 Entendemos, no obstante, que nada evita que si la autoridad competente en materia de competencia ha apreciado a la vista de las circunstancias del caso la procedencia de la excepción —incluida la posible aplicación de un reglamento de excepción por categorías— lo refleje en su informe y pueda fundamentar la decisión de la mesa o del órgano de contratación de no excluir a la UTE en cuestión.

65 Para un cuadro descriptivo de los supuestos usuales de aplicación del Derecho de la competencia, en sentido estricto, Huergo Lora, A. (2016), «Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y tribunales», cit., pág. 2298.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sin embargo, la normativa de contratación del sector público, que por influencia del Derecho de la Unión Europea hoy es, en buena medida, en nuestro sistema un instrumento más del Derecho de defensa de la competencia plantea dicha defensa en otro plano distinto, alejado de la tendencia acusada de nuestro sistema a «administrar sancionando» que el Profesor Huergo ha descrito haciendo hincapié precisamente en el ámbito de la defensa de la competencia[66].

En efecto, la aproximación a la problemática de los riesgos que para la libre competencia pueden llegar a plantear las UTE que realiza la LCSP está más cercana a los mecanismos de prevención o restauración de la legalidad. De hecho, el efecto principal de la aplicación del artículo 69.2 de dicha Ley será la expulsión del procedimiento de licitación[67] de la UTE que representa una distorsión de la competencia en lo que lejos de ser una sanción administrativa, no es más que una actuación de restauración de la legalidad, alterada por la presencia en la licitación de un elemento irregular y distorsionador de los propios principios que la rigen. No hay sanción porque nadie tiene derecho a presentarse a una licitación con un instrumento destinado a distorsionarla. Lo que justifica que la exclusión del procedimiento sea perfectamente compatible con una sanción posterior y que, también, pueda ser totalmente legítima, aunque finalmente las autoridades de defensa de la competencia no sancionen a los miembros de la UTE, si es que se les abrió el procedimiento correspondiente.

Estas constataciones son importantes para entender tanto los aspectos formales y procedimentales de esta potestad de control, que vamos a ver, como para situar en su debido contexto el propio examen material que hemos visto en el epígrafe anterior.

b) El procedimiento para el control de los posibles pactos colusorios en la LCSP

El apartado 2 del artículo 69 de la LCPS se limita, en su actual redacción fruto de la reforma operada por la Ley de Presupuesto Generales para 2023[68], a señalar que cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciasen po-

---

66 *Vid.*, Huergo Lora, A. (2018), «Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas», en la obra colectiva dirigida por él, *Problemas del Derecho Administrativo Sancionador*, Iustel, Madrid, págs. 15 a 59, en concreto, págs. 25 y sigs.

67 Como había propugnado el prof. Guillén Caramés ante la ambigüedad de la redacción originaria del artículo 69.2 de la LCSP. Puede consultase al respecto, Guillén Caramés, J., «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», cit., apartado IV.1.

68 La reforma se introdujo, concretamente, por la disposición final 27.2 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuesto Generales del Estado para el año 2023.

sibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, se solicitará informe a la CNMC o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente (conforme al procedimiento establecido en el artículo 150.1 de la LCSP).

Este precepto suscita en su brevedad algunas cuestiones.

En primer lugar, mientras el artículo 150.1 de la LCSP, parece limitar su ámbito de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada, el artículo 69.2 parece activarse ante cualquier indicio de colusión entre los miembros de una UTE. Lo cierto es que la doctrina ha apuntado con razón[69] que dado que la protección de la libre competencia es un principio rector de toda la LCSP no tiene sentido que los órganos de contratación no tengan la facultad de expulsar a cualquier licitador que incurra en estas conductas, ni de recabar el auxilio de las autoridades de defensa de la competencia para asistirles en dicha labor. Por lo tanto, nos parece que, a la interpretación gramatical del precepto, que no hace distinción alguna entre contratos, se suma la sistemática que impone aquí la máxima eficacia posible del principio de salvaguarda de la libre competencia al que alude precisamente el artículo 1 de la LCPS.

Igualmente, la ubicación sistemática de este precepto en el Libro I de la LCSP debería determinar su aplicación a todos los contratos del sector público, sin que tenga sentido dejar inermes ante este tipo de prácticas a los entes del sector público que no tienen la condición de poderes adjudicadores.

Por otra parte, aunque el artículo 69.2 de la LCSP no fija un momento preciso para activar el procedimiento para determinar si debe expulsar a los licitadores que propongan una UTE contraria a la libre competencia, parece que lo correcto sería hacerlo una vez que se abran todas las ofertas. Así, el artículo 150.1 de la misma Ley exige remitir a la autoridad de competencia la totalidad de dichas ofertas cuya apertura anticipada invalidaría el procedimiento, y, además, con frecuencia solo la apertura de la oferta económica permite apreciar los indicios necesarios para iniciar el incidente.

Finalmente, en lo que respecta a este precepto, es significativo que se haya excluido, en la citada reforma operada por la Ley 31/2022, la posibilidad de que la mesa o el órgano de contratación requiriesen a los licitadores que quieran presentar su oferta en UTE para que justificasen «de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas». El precepto no era precisamente oportuno en cuanto tal requerimiento pondría en alerta a

69 En este sentido, ya, Guillén Caramés, J., «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», cit., apartado IV.2.2. También, Magide Herrero, M. y Díaz-Grande Rojo, F. (2024), «Uniones de empresarios», cit., págs. 1436 y 1437.

ISBN: 978-84-7777-740-3

los potenciales miembros del acuerdo colusorio, que podrían destruir pruebas[70]. Sin embargo, la exigencia de que los miembros de la UTE tengan que justificar, sin requerimiento previo, tales razones cuando presentan la oferta es un contenido habitual en los pliegos de las licitaciones en algunos países de nuestro entorno como Alemania[71], y tiene todo el sentido porque obliga a los empresarios a valorar el riesgo de concurrir en UTE y a diseñar su oferta con la perspectiva de las exigencias del derecho de defensa de la competencia muy presentes. La carga burocrática que esta exigencia puede suponer se ve compensada, en mi opinión, con la mayor seguridad que da a los propios licitadores y con la mejor información que se suministra a todos los órganos que pueden intervenir en el procedimiento.

El artículo 150 de la LCSP plantea, a su vez, también importantes interrogantes a la hora de configurar el procedimiento.

En primer lugar, el precepto deja abierta la determinación de la autoridad de defensa de la competencia que debería ser consultada para que emita el preceptivo informe, lo que es correcto por la variedad de situaciones que se pueden plantear en la práctica y, sobre todo, si se entiende, como la generalidad de la doctrina sostiene, que el procedimiento es aplicable más allá, según expusimos, de los contratos armonizados, ya que en lo que respecta a esta última categoría, dado que por definición se trata de operaciones que pueden tener un efecto a nivel de la Unión, lo aconsejable,

---

70 Así lo advirtió la propia CNMC en su informe de 22 de noviembre de 2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 6 de noviembre, de Contratos del Sector Público (INF/CNMC/085/2018), oportunamente citado por Guillén Caramés, J., «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», cit., apartado IV.1, nota 14.

71 En tal sentido, la clarificadora exposición de Feldmann, H. (2022), «Zulässigkeit von Bietergemeinschaften in Vergabeverfahren», *Recht und Verwaltung*:

> «Con frecuencia, los pliegos de contratación incluyen la exigencia de que los licitadores que concurren en una unión expliquen, ya en el momento de la presentación de la oferta, los motivos por los que se ha constituido dicha unión, en un anexo separado de la oferta. Si no se cumple con ese requisito, se les requerirá tras la presentación de la oferta, por lo general con un plazo muy breve de aproximadamente una semana. Si los licitadores solo entonces comienzan a comprobar si su unión era o es admisible han cometido un notorio error.
> Los motivos para la constitución de la unión deben comunicarse detalladamente al poder adjudicador. Este está obligado a mantener la confidencialidad y solo puede utilizar la información obtenida a tal efecto para examinar la oferta en este procedimiento (…) La unión debe explicar con precisión por qué no era objetivamente posible que los miembros que la componen presentaran una oferta independiente. Para ello, la unión debe referirse exactamente a los requisitos de esa licitación que imposibilitan una oferta independiente y nombrarlos concretamente. Alternativamente, debe revelarse al poder adjudicador dónde y por qué las capacidades los licitadores están actualmente comprometidas en otros contratos.»

En el mismo sentido, recomienda esta práctica, Queisner, G. (2014), «Sind Bietergemeinschaften in der Regel unzulässig und nur ausnahmsweise zulässig, oder umgekehrt? (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 04.06.2014-1 VK 15/14)» Consultado en Vergabeblog.de

a la vista de los artículos 1.1 y 1.2.a) de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en cuanto la repercusión supraautonómica parece predicable por el propio volumen del contrato, sería atribuir la competencia a la CNMC y no a las autoridades de defensa de la competencia autonómicas[72]. En las Comunidades Autónomas en las que no hay organismo propio, obviamente, la competencia corresponderá a la CNMC[73].

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación del precepto, los indicios fundados de conductas colusorias que se deben tramitar por esta vía no solo serán los determinados de conformidad con el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sino también los determinados en aplicación del artículo 101.1 del TFUE[74], ya que, con independencia de la similitud del contenido de ambas normas, debemos recordar que en el ámbito específico de las conductas colusorias el artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, no permite a la normativa nacional la introducción de nuevas prohibiciones de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas, que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, distintas de las previstas en el artículo 101 del TFUE, por lo que se impone aquí la primacía en la aplicación del Derecho de la Unión[75], y no el particular régimen de distribución competencial que caracteriza a otros ámbitos del Derecho de la competencia. En definitiva, las conductas prohibidas serán las del artículo 101.1 del TFUE que deberían coincidir, en virtud del citado principio de primacía[76], con las del artículo 1 de la LDC, por lo menos en el ámbito de los contratos armonizados.

---

72 En tal sentido, Magide Herrero, M. y Díaz-Grande Rojo, F. (2024), «Uniones de empresarios», cit., págs. 1440 y 1441.

73 Véase, Guillén Caramés, J., «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», cit., apartado IV.2.3.

74 Con plena razón, Guillén Caramés, J., «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», cit., apartado IV.2.3.

75 Magistralmente estudiado, precisamente en cuanto obliga a la Administración nacional, por el profesor Cobreros Mendazona, E. (2015), «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *RVAP*, n.º 103, págs. 171 a 207, especialmente, págs. 177 y sigs.

76 *Vid*., sobre el papel específico de este principio en el ámbito de la competencia, Guillén Caramés, J. (2016), «La ejecución del Derecho Comunitario de la competencia por las autoridades nacionales. Un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea», en la obra colectiva dirigida por Baño León, J. M., *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, págs. 2313 a 2351, en concreto, pág. 2318.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En cuanto al procedimiento propiamente dicho el precepto lo describe con cierto detenimiento destacando el papel que en el mismo ocupan los informes de la CNMC o, en su caso, la autoridad de competencia autonómica correspondiente.

El primer informe, que es preceptivo, se solicitará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación para que analice los indicios de práctica colusoria que se hayan apreciado. Si el informe no aprecia dichos indicios fundados de conductas colusorias, el órgano de contratación alzará la suspensión y no podrá decretar la exclusión de ningún licitador por este motivo, con lo que el informe tiene en tal sentido un contenido vinculante.

Si, por el contrario, el informe aprecia que existen dichos indicios de práctica colusoria, simplemente el órgano de contratación notificará y publicará la suspensión y remitirá a los licitadores afectados la documentación necesaria para que en un plazo de diez días hábiles aleguen cuanto tengan por conveniente en defensa de sus derechos. En este trámite de audiencia los licitadores que concurren en UTE podrán, por ejemplo, poner de manifiesto la concurrencia de las condiciones previstas en los artículos 101.3 del TFUE y 1.3 de la LDC y que podrían excepcionar la prohibición prevista en los apartados primeros de dichos preceptos, lo que obligaría a la Administración, según hemos visto, a dar una respuesta motivada si finalmente decide excluir a los licitadores del procedimiento.

Para adoptar esta decisión, el órgano de contratación puede recabar de la CNMC o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente los informes que juzgue necesarios para resolver, que deberán ser emitidos en el plazo improrrogable de 3 días hábiles. Así pues, estos segundos informes no se conciben en la LCSP como preceptivos, pero, además, el precepto permite al órgano de contratación decidir de forma motivada a la vista de todo lo actuado[77], sin atribuir carácter vinculante alguno al posible segundo informe de las autoridades de defensa de la competencia, lo que ha sido objeto de críticas en la doctrina[78].

Lo cierto es que, con independencia de lo llamativo que resultaría que, si el segundo informe mantenía igualmente la existencia de la conducta anticompetitiva, el órgano de contratación decidiese no excluir a los licitadores, la LCSP atribuye la responsabilidad última a la autoridad de contratación y no a la de competencia y lo hace, además, trasponiendo el artículo 57.4.b)

---

77 El artículo 150.1 de la LCSP señala concretamente que el órgano de contratación resolverá a «la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones».

78 En tal sentido, Magide Herrero, M. y Díaz-Grande Rojo, F. (2024), «Uniones de empresarios», cit., págs. 1438 y sigs.

de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que dispone lo siguiente:

> «4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: (…)
>
> d) cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia».

Entendemos, por más que la solución pueda ser poco práctica o criticable, que atribuir la competencia final sobre la exclusión a la CNMC o a las autoridades de defensa de competencia de las Comunidades Autónomas podría resultar en una vulneración de estas previsiones de la citada Directiva. Además, debe considerarse que, en puridad, todo el sentido de la intervención de las instituciones de la Unión Europea en la contratación pública está motivado por su política de defensa de la competencia, con lo que los órganos de contratación son una pieza esencial e insustituible en todo el engranaje europeo destinado a la protección de la libre competencia.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS PREVIOS PARA CONTRATAR DE LA UTE

La extensa exposición de la problemática de los riesgos para la competencia que pueden plantear las uniones temporales de empresarios que antecede nos ofrece algunas claves para una mejor comprensión de otros aspectos de su régimen jurídico.

La acumulación de los requisitos previos para contratar es el origen y la clave de la figura, y, de hecho, la propia regulación de las UTE en la LCSP se hace precisamente en el capítulo dedicado a la «capacidad y solvencia del empresario» (capítulo 2.º del título II del libro I de la LCSP), con independencia de que, como hemos visto en el epígrafe anterior, la unión de empresarios puede tener también sentido si su objetivo se centra no tanto en el cumplimiento de los requisitos previos, sino en la propia competitividad de la oferta.

Como ya hemos adelantado, el principal problema se plantea aquí por un llamativo silencio del Legislador que apenas regula esta cuestión esencial y una jurisprudencia y práctica administrativa que, sin el necesario respaldo normativo, ha tratado esta cuestión de forma ambivalente permitiendo unas veces la acumulación de estos requisitos como parece lo razonable si se quiere dotar de valor a esta figura y favorecer la competencia, pero también limitándola gravemente en otras ocasiones.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Las razones de fondo a estas aproximaciones son varias, de una parte, la tensión entre las facilidades para la competencia y el propio régimen de responsabilidad de la UTE que se caracteriza porque todos los miembros de la unión asumen solidariamente las obligaciones derivadas del contrato, pero también, de otra, en una cierta desconfianza ante una figura que despierta sospechas de comportamientos ilegítimos.

Sin embargo, estimamos que un recto entendimiento de los principios que concurren en esta figura exige soluciones distintas a las que se están proponiendo. Vamos a concretar esta idea, lo que exige una aproximación requisito a requisito y huir de planteamientos maximalistas.

La exigencia básica de ausencia de causas de prohibición de contratar es claro que debe concurrir sin excepción en todos y cada uno de los miembros de la UTE.

En cuanto a la capacidad de obrar, también es exigible que todos los empresarios o empresas concurrentes en la UTE deban tener capacidad pero, debe matizarse, para abordar aquella parte del contrato que justifique su participación en el contrato y no necesariamente para ejecutarlo en su totalidad.

En este sentido, la regla del artículo 66.1 de la LCSP que solo permite a las personas jurídicas ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que les sean propios, según sus estatutos o reglas fundacionales, debe ser rectamente entendida como referida al ámbito específico de la contribución de la empresa en cuestión a la UTE[79], so pena de limitar antijurídicamente la competencia y vulnerar el principio de proporcionalidad[80]. De forma que todas las empresas que concurren en la UTE tienen un objeto social relacionado con la licitación, pero no necesariamente con todas las prestaciones incluidas en el contrato[81].

La doctrina correcta, en este sentido la contiene, entre otros, el Informe 7/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y diversas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales como

---

79 En tal sentido, con razón, Nicolás Lucas, A. (2019), «Los requisitos de solvencia técnica-profesional. La experiencia», *REALA*, 12, págs. 26 a 51, en concreto, pág. 37.

80 Sobre el papel de este principio en el ámbito específico de la contratación pública, puede verse, recientemente, Gimeno Feliú, J. M. (2024), *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Madrid, especialmente, págs. 54 a 56.

81 Como apunta el prof. Guillén Caramés, J. (2020), «Uniones de empresarios y contratación Pública», *REDA*, 203, págs. 9 a 48 (consultado en Legalteca), apartado IV.1, no sería admisible que concurriese en la UTE una empresa cuyo objeto social no coincide con ninguna prestación del contrato.

la 1208/2022, de 11 de noviembre, en el recurso 1208/2022, al señalar lo siguiente:

> «… la UTE no cumple con el requisito de capacidad de obrar, cuando el objeto social de alguna de las empresas que la integran no guarde relación alguna con la parte o partes del objeto del contrato pero sí se acreditará tal capacidad, cuando el objeto social de cada una de las empresas concurrentes, guarde relación con el objeto del contrato, aunque tal relación lo sea solo con una parte de dicho objeto contractual, directa o indirectamente» (tal y como recientemente se ha razonado por este Tribunal en su Resolución n.º 1133/2022, de 29 de septiembre».

En el mismo sentido, con claridad, la Resolución 6/2012, de 11 de mayo de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. En palabras de esta última resolución:

> «… la necesaria vinculación entre el objeto social de las empresas que integran la UTE y el objeto contractual debe interpretarse en sentido amplio y no restrictivo, por lo que es suficiente con que exista una relación indirecta, ya sea total o parcial, entre el objeto social y el del contrato. En definitiva, la constitución de una UTE tiene como finalidad la cobertura de las diversas prestaciones de un contrato y el órgano de contratación debe verificar si éstas quedan debidamente cubiertas con los objetos sociales de las empresas que integran la UTE».

En este sentido, el hecho de que la doctrina no admita, sin embargo, la integración con medios ajenos de la capacidad de la empresa[82] no debe poner en peligro esta interpretación, ya que la colaboración en la UTE de las distintas empresas que la componen con un régimen de responsabilidad solidaria justifica aquí un tratamiento distinto, impuesto por las exigencias del principio de salvaguarda de la concurrencia, favoreciendo la cooperación entre empresas que precisamente al dedicarse a tráficos distintos no plantearan mayor riesgo de prácticas colusorias, como hemos analizado extensamente en el apartado anterior de este trabajo, limitar de una forma tan general la cooperación vertical entre empresas de distintos sectores no tiene simplemente sentido y es una medida anticompetitiva y desproporcionada.

En lo que atañe a la solvencia, el artículo 24.1 del RGLCAP no deja duda alguna a que la regla es simplemente la acumulación de las distintas solvencias acreditadas por cada una de las empresas o empresarios que concurren en la UTE. No obstante, la práctica administrativa se ha empeñado en oscurecer la regla normativamente impuesta.

---

82 Al respecto, por ejemplo, el Acuerdo 89/2023, de 13 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el recurso 66/2023, con múltiples citas en el mismo sentido de otros órganos de resolución de recursos contractuales.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En tal sentido, debemos citar la tradicional exigencia de una solvencia mínima a todos los miembros de la UTE, antes de proceder a la acumulación de las solvencias individuales para determinar la solvencia de la UTE. Esta exigencia se ha justificado históricamente en la necesidad de evitar un fin fraudulento como sería el que la empresa sin experiencia la obtuviese para futuras licitaciones de forma ficticia al no haber contribuido en nada a la ejecución del contrato[83].

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha rechazado esa interpretación, con razón, en la importante Sentencia de 21 de junio de 2021, en el recurso 906/2018[84], con el siguiente razonamiento:

> «Atendiendo al objeto del contrato al que se refiere la controversia —gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Santomera— no advertimos ninguna razón o circunstancia que justifique que el requisito de experiencia que se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas deba considerarse referido de forma individualizada a cada de las empresas que integran la unión temporal y que tales empresas no puedan sumar sus capacidades. Dicho de otro modo, esta Sala considera que negar la posibilidad de que se acumulen o sumen las capacidades técnicas de las empresas que concurren juntas a la licitación resulta carente de justificación y vulnera los principios de funcionalidad, de complementariedad de las capacidades y de proporcionalidad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que ya nos hemos referido, deben imperar en la interpretación de esos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico precisamente para favorecer el acceso de las empresas a la contratación pública».

Jurisprudencia que ha llevado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales a modificar expresamente su propia doctrina, arriba

---

83 En tal sentido, la anterior doctrina del TACRC reflejada en su Resolución 34/2021, de 8 de enero, en el recurso 1098/2020: «Lo que sí ocurre es que las UTE son manifestación de la participación conjunta de varias empresas en una licitación aunando medios, por lo que no es congruente con la esencia de esa figura colaborativa empresarial la mera participación nominal de una empresa en la UTE si no aporta nada desde la perspectiva del conjunto y al logro del fin que persiguen. Es más, la mera participación nominal de una empresa en una UTE sin aportar nada al conjunto es claro indicio de un fin fraudulento, cual puede ser el obtener, caso de ser adjudicataria la UTE, una aparente o ficticia experiencia de esa empresa para futuras licitaciones que no ha obtenido realmente al no haber contribuido en nada a la ejecución del contrato con medios aportados por ella. Ello mismo determina la afirmación de que es necesario que toda participe en una UTE ostente al menos una mínima solvencia que aporta a la UTE y tenga una participación justificada en ella, aunque el PCAP no va a exigir que cada participe ostente un mínimo de solvencia determinada, sino solo que la UTE en conjunto alcance la exigida a todos los licitadores en el PCAP».

84 Sobre esta Sentencia, Gallego Córcoles, I. (2021), «Acumulación de la solvencia técnica de las UTE», *Contratación Administrativa Práctica*, 176, págs. 94 a 96.

reseñada[85] y a realizar la siguiente declaración general en la Resolución del Pleno 1411/2023, de 27 de octubre, en el recurso 1131/2023:

> «La integración de solvencia técnica entre los miembros de una UTE llega al nivel de que no pueda exigirse a cada una de ellas ni una solvencia proporcional a su participación en la UTE ni siquiera una mínima solvencia. Basta que una de ellas acredite íntegramente la solvencia técnica, para que no sea necesario acudir a la acumulación».

Esta solución del Tribunal Supremo es plenamente correcta, ya que las posibles dudas o sospechas sobre las razones de una UTE descompensada en su formación no se pueden solucionar alterando o forzando las normas que rigen la figura, sino con un adecuado análisis de la compatibilidad de la unión con los artículos 101.1 del TFUE y 1.1 de la LDC, como hemos expuesto en este trabajo.

También ha sido polémica la posibilidad de acumulación de certificados en los casos en los que se requiere a los licitadores la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad o de gestión ambiental (artículos 93 y 94), la solución correcta, no es centrarse en el carácter personalísimo del certificado por afectar a la estructura de la empresa, ya que obviamente la UTE siempre tendría, aunque todos sus miembros tuviesen los certificados, que optar por acomodarse al sistema de calidad de uno u otro de sus miembros, sino permitir que la UTE asuma en la gestión del contrato el cumplimiento de las normas requeridas. En tal sentido, adopta la doctrina correcta la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 713/2018, de 27 de julio, en los recursos 446 y 447/2018[86]:

> «Pues bien, la norma reglamentaria citada [se refiere al artículo 24.1 del RGLCAP] determina que las capacidades técnicas y la solvencia de las empresas integrantes de la UTE se acumulan para determinar la de la UTE y si cumple o no los niveles de solvencia exigidos. Por tanto, si el propio texto reglamentario impone esa acumulación para determinar la solvencia de la UTE, que es una figura empresarial asociativa temporal normalmente limitada a un contrato, no apreciamos qué puede impedir que la solvencia o capacidad técnica acreditada por una de las integrante de la UTE no sirva para justificar la solvencia de esta, y se exija además esa misma capacidad técnica a la otra miembro de la UTE, lo que excluye *per se* la idea de acumulación para determinar la solvencia de la UTE mermando la eficacia de

85 En tal sentido, la Resolución del citado TACRC 578/2022, de 19 de mayo, en el recurso 316/2022, que tras analizar la jurisprudencia citada señala lo siguiente: «… la conclusión debe ser que procede integrar la solvencia de las entidades integrantes de la UTE, aunque una de ellas no acredite mínimamente los requisitos para ello, al hacerlo la otra, pues de las cláusulas 7.3 B y 10 del PCAP no resulta exigible que cada uno de los miembros de la UTE deba acreditar la solvencia exigible».

86 También aplica esta doctrina a la integración de la solvencia con certificados de otras empresas del mismo grupo, la Resolución 628/2019, de 6 de junio, en el recurso 411/2019.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> este instrumento de colaboración empresarial y, por ello, restringiendo la competencia.
>
> Tampoco podemos entender por qué se afirma que el poseer una determinada certificación acreditativa del cumplimiento de unas determinadas normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental por su titular en las prestaciones que ejecute, no se pueda aplicar a otra prestación que se realice conjuntamente por los agrupados en la UTE, ni qué pueda impedir que los métodos, controles, prácticas, etc. aplicados por la empresa que posee ese certificado acreditativo de una determinada forma de realizar sus prestaciones de servicio no se puedan aplicar a la prestación realizada conjuntamente por los integrantes de la UTE, si la poseedora de la certificación aplica sus métodos y sistemas de medidas para asegurar la calidad de la prestación contratada, o en este caso, para alcanzar los niveles adecuados de seguridad y salud en la ejecución de la prestación contratada[87]».

Nuevamente, la solución no puede pasar, ante la parquedad de la normativa, por una interpretación contraria a la libre concurrencia y desproporcionada que negase la posibilidad de que la UTE se acoja al entramado de normas y protocolos que haya desarrollado uno de sus miembros.

En el caso de la clasificación, el artículo 52.1 del RGLCAP exige como «requisito básico», para la acumulación de las características de cada uno de los integrantes a efectos de determinar la clasificación de la UTE[88], que todas las empresas que concurran a la licitación del contrato hayan obtenido previamente clasificación como empresas de obras o como empresas de servicios, en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación.

---

87 Concluyendo, con plena razón, lo siguiente: «Pues bien, en nuestro caso, no vemos razón alguna para negar la posibilidad de la acumulación determinada reglamentariamente de las capacidades y medios de solvencia de la empresas integrantes de la UTE para determinar la solvencia de esta, ni tampoco para afirmar que las prácticas, métodos, reglas y normas establecidas por una empresa miembro de la UTE para conseguir la seguridad y salud en la ejecución de la prestación del contrato sean circunstancias personalísimas propias de ellas no trasladables a otras o, más en concreto, a las prestaciones realizadas conjuntamente por ellas, pues si se trata de métodos, controles, prácticas, reglas, etc. para conseguir, en este caso, los niveles adecuados de seguridad y salud en la realización de la prestación, no vemos por qué si la empresa que posee el certificado los aplica a sus propias prestaciones, no los puede aplicar a la prestación realizada conjuntamente con otra empresa integrante de la UTE, ya se realice la prestación conjuntamente ya se realice por la otra empresa, limitándose la poseedora de la certificación exigida precisamente a asegurar el cumplimento de la normas de seguridad y salud exigidas en la ejecución de las prestaciones del contrato.

En fin, y como ha razonado este Tribunal en ocasiones anteriores, si se admite la integración de la solvencia con medios externos, con mayor motivo deberán sumarse las capacidades de las sociedades que se comprometen a la ejecución en UTE. La participación en la licitación y la presentación de este recurso puede considerarse como compromiso suficiente de que Germania dispondrá de tal solvencia y medios durante la ejecución del contrato».

88 Para lo que se aplicarán las reglas que establece ese mismo artículo 52 del RGLCAP, puede consultarse sobre las mismas, por ejemplo, Juristo Sánchez, R. (2010), *La unión temporal de empresas contratistas de obras*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 80 y sigs., o más recientemente, Guillén Caramés, J. (2020), «Uniones de empresarios y contratación pública», cit., apartado IV.2.2.

Ahora bien, esta regla debe ser rectamente entendida, se trata de una norma que solo determina en qué casos puede acumularse las características de los contratistas a efectos de calcular la clasificación de la UTE, por lo que si un miembro de la UTE ya por sí solo está clasificado en la categoría exigida por los pliegos no es necesario sumar características y la UTE ya debe ser considerada clasificada, aunque otros miembros ni siquiera estén clasificados[89].

Finalmente, más problemática es la solución en el caso de los requisitos de habilitación empresarial o profesional que se pueden exigir de conformidad con el artículo 65.2 de la LCSP, ya que el Tribunal Supremo ha establecido en la recentísima Sentencia de 16 de marzo de 2026, en el recurso 9060/2023, la siguiente doctrina jurisprudencial:

> «Las habilitaciones empresariales o profesionales para ser admitido a la licitación de un contrato del sector público a que se refiere el artículo 65.2 de la LCSP constituyen requisitos adicionales de capacidad para determinados contratos y si los Pliegos de un contrato exigen una determinada habilitación empresarial/ profesional, todos los licitadores que concurren en UTE deben constar con ésta de forma completa, aun cuando se trate de sociedades que en el conjunto de la agrupación realicen actuaciones que ocasionalmente puedan ser consideradas accesorias o complementarias dentro de la misma prestación objeto del contrato».

El juicio del Alto Tribunal seguramente se ha condicionado mucho por las circunstancias del caso, que la Sala describe en los siguientes términos:

> «En este caso concreto, es el propio objeto del contrato —verificación de la interoperabilidad del sistema ferroviario—, puesto en relación con el apartado II.6 del Cuadro de Características del PCAP: «El presente contrato no permite su división en lotes puesto que ninguna de las prestaciones objeto del contrato constituye una unidad funcional, ni se configura como una prestación lo suficientemente diferenciada como para presentar

89 En tal sentido, tanto los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 35/21, de 17 de diciembre, referido a cuestiones relacionadas con la integración de la solvencia con medios externos en el caso de las UTE, y 29/2023, de 26 de noviembre, relativo a la clasificación del contratista y acreditación de solvencia por medios externos, como la Resolución del TACRC 950/2024, de 24 de julio, en el recurso 717/24: «Así, en el caso que nos ocupa, cabe precisar que la licitadora es la UTE, no cada uno de sus miembros y, aunque todos ellos deban cumplir unos requisitos, respecto de la solvencia, el cumplimiento de la clasificación exigida por una de las integrantes de la agrupación (Lantania, SAU), mientras que la otra carece de clasificación (STM Alta Tensión, SAU), se estima suficiente a los efectos de dar por cumplida la clasificación, haciendo innecesario acudir al régimen de acumulación.

Por tanto, resultando incontrovertido que una de las empresas integrantes de la UTE tiene la clasificación por sí sola para contratar (la empresa Lantania, SAU), resulta desproporcionado considerar incumplido el requisito de solvencia por el hecho de que la otra integrante carezca de clasificación. Por todo lo anterior, debe estimarse la pretensión de la recurrente, retrotrayendo las actuaciones al momento previo a su exclusión, admitiéndola a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que legalmente procedan».

ISBN: 978-84-7777-740-3

> una sustantividad que permita su ejecución por separado», lo que determina la necesidad de que cada una de las empresas integrantes de la UTE disponga individualmente de las habilitaciones Nobo y Debo. Se trata de habilitaciones que condicionan directamente la posibilidad jurídica de ejecutar las prestaciones, de forma que no cabe acudir al principio de proporcionalidad ni a la libertad de concurrencia para permitir una acumulación que el ordenamiento no contempla en materia de habilitación profesional. Además, en la escritura de constitución de la UTE no se diferenció la actuación asumida por cada una de ellas».

Lo que no se entiende es que se imponga a partir de estas circunstancias concretas una doctrina general tan lesiva de la concurrencia de las UTE y que equivale de facto a la prohibición de las UTE verticales, precisamente las que menos dudas pueden generar en materia de defensa de la competencia, siempre que se exija para el contrato una habilitación profesional que podría venir referida a alguna prestación concreta[90]. También se coarta con esa doctrina general la posibilidad de que diversos contratistas de un mismo sector, como podría ser el sanitario, puedan concurrir a contratos en los que se requieren varias habilitaciones (por ejemplo, la autorización de los licitadores para prestar distintos servicios sanitarios) acumulando las distintas habilitaciones de cada uno de ellos, lo que supone una restricción muy notable de la libre competencia.

Es más, la LCSP no carece de medios para que el órgano de contratación pueda asegurarse de que las prestaciones las realiza, cuando es preciso, quien tiene la habilitación suficiente, y así lo destaca expresamente el artículo 75.4 al señalar que en el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, se podrá exigir en los pliegos que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente uno de los participantes en la UTE. Lo que no creemos que quepa es imponer una limitación general a la suma de habilitaciones o a la cooperación de empresarios que están habilitados con otros que puedan hacerse cargo de prestaciones en el contrato para las que no sea precisa dicha capacitación.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

El acceso de los empresarios a la contratación pública a través de una UTE es una vía que permite, rectamente entendida fomentar la compe-

90 Hasta esta Sentencia la mejor doctrina entendía, con plena corrección, que no tenía sentido excluir a una UTE porque uno de los miembros carezca de la habilitación profesional necesaria para una prestación que no va a asumir. En tal sentido, Guillén Caramés, J. (2020), «Uniones de empresarios y contratación Pública», cit., apartado IV 2.4.

tencia, al permitir que medianas y pequeñas empresas o empresas con especialidades muy distintas cooperen satisfaciendo las prestaciones que demandan las administraciones.

Este efecto, a favor de la competencia, de la concurrencia en UTE es compatible con el hecho de que la unión entre competidores puede constituir una práctica colusoria destinada a eliminar o reducir la competencia.

Decenios de práctica en el control de este tipo de situaciones a nivel europeo han permitido establecer reglas, complejas, pero precisas para evitar abusos en el uso de las UTE.

El uso de esas reglas y de los mecanismos que permiten su implementación debería contribuir a disipar algunos de los reparos que tradicionalmente se han opuesto a la concurrencia de los empresarios en UTE y a evitar soluciones maximalistas para abordar un fenómeno que es complejo.

Es cierto, no obstante, que la normativa actual es en esta concreta materia excesivamente parca, con lagunas llamativas que deberían atenderse para ofrecer una regulación de la licitación pública que permita un uso seguro de las UTE y, por lo tanto, que estimule la presentación de más ofertas precisamente por aquellas empresas que más difícil tienen el acceso a la contratación del sector público.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGILA-REAL, A. (2020), «El otro privilegio del grupo: las operaciones intragrupo y el futuro artículo 231 bis LSC», en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/10/el-otro-privilegio-del-grupo-las.html

ARMENGOL I GASULL, O. (2019), «Uniones temporales de empresas y Derecho de la competencia», *Economía Industrial*, 412, págs. 59 a 65.

ARPIO SANTACRUZ, J. (2024), «La colaboración en UTE como acuerdo restrictivo de la competencia», *ACI*, 44, págs. 31 a 58.

COBREROS MENDAZONA, E. (2015), «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *RVAP*, n.º 103, págs. 171 a 207.

FELDMANN, H. (2022), «Zulässigkeit von Bietergemeinschaften in Vergabeverfahren», *Recht und Verwaltung* (disponible en https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/bietergemeinschaften-in-vergabeverfahren).

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2021), «Acumulación de la solvencia técnica de las UTE», *Contratación Administrativa Práctica*, 176, págs. 94 a 96.

GARCÍA LUENGO, J. (2022), *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Iustel, Madrid.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2024), *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Madrid.

GIRGADO PERANDONES, P. (2007), *Grupo de Empresas y Derecho antitrust. La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

ISBN: 978-84-7777-740-3

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2016), «La ejecución del Derecho Comunitario de la competencia por las autoridades nacionales. Un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea», en la obra colectiva dirigida por BAÑO LEÓN, J. M., *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, págs. 2313 a 2351.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020), «Las uniones de empresarios ante el Derecho de la Competencia: novedades y desafíos a raíz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en la obra colectiva dirigida por RECUERDA GIRELA, M. A., *Anuario de Derecho Administrativo* 2019, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 301 a 336.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020), «Uniones de empresarios y contratación pública», *REDA*, 203, págs. 9 a 48.

HUERGO LORA, A. (2016), «Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y tribunales», en la obra colectiva dirigida por BAÑO LEÓN, J. M., *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, págs. 2283 a 2312.

HUERGO LORA, A. (2018), «Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas», en la obra colectiva dirigida por él, *Problemas del Derecho Administrativo Sancionador*, Iustel, Madrid, págs. 15 a 59.

JURISTO SÁNCHEZ, R. (2010), *La unión temporal de empresas contratistas de obras*, Aranzadi, Cizir Menor.

LUX, J. (2009)*, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht*, Nomos, Baden-Baden.

MAGIDE HERRERO, M. y DÍAZ-GRANDE ROJO, F. (2024), «Uniones de empresarios», en la obra colectiva dirigida por GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I., *Tratado de contratos del sector público*, 2.ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1413 a 1446.

MIÑO LÓPEZ, A. (2024), «Defensa de la competencia y contratación pública», en la obra colectiva dirigida por GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I., *Tratado de contratos del sector público*, 2.ª edic, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 433 a 485.

NICOLÁS LUCAS, A. (2019), «Los requisitos de solvencia técnica-profesional. La experiencia», *REALA*, 12, págs. 26 a 51.

PÉREZ PAREDES, E., «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2012, págs. 361 a 402.

PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R. P., «No existe impedimento legal alguno para que una UTE preconstituida puede conformar un compromiso de UTE con otras entidades empresariales para concurrir a la licitación de un contrato», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 186, 2003 (consultado en https://www.aranzadilaley.es/).

QUEISNER, G. (2014), «Sind Bietergemeinschaften in der Regel unzulässig und nur ausnahmsweise zulässig, oder umgekehrt? (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 04.06.2014-1 VK 15/14)» (disponible en https://vergabeblog.de/2014-11-02/sind-bietergemeinschaften-der-regel-unzulaessig-und-nur-ausnahmsweise-zulaessig-oder-umgekehrt-vk-baden-wuerttemberg-beschl-v-04-06-2014-1-vk-1514/).

RODRÍGUEZ CEMBELLÍN, D. (2024), *Potestad sancionadora y grupos de empresas*, Iustel, Madrid.

La regulación de las Zonas de Bajas Emisiones y su traslación en las tres capitales vascas

Agustín García Ureta

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0001-5623-4031

Sumario. —I. Introducción: derecho al aire limpio.—II. Las características de las ZBE en la Ley 7/2021 y en el Real Decreto 1052/2022: 1. Finalidades. 2. Características de las ZBE a la luz de su definición. 3. ZBE y principio de no regresión. 4. Los requerimientos de las ZBE en materia de calidad del aire, cambio climático y ruido: 4.1. Calidad del aire. 4.2. Ruido. 4.3. Cambio climático, cambio modal y eficiencia energética. 5. Particularidades del régimen sancionador.—III. Una reseña sobre la jurisprudencia en materia de Zonas de Bajas Emisiones: 1. El caso de la ZBE de Barcelona. 2. El caso de la ZBE de Madrid. 3. Otras sentencias que han considerado las ZBE.—IV. La regulación de las ZBE en las tres capitales de la Comunidad Autónoma Vasca: 1. Normativa en la que se fundamentan las Ordenanzas. 2. Justificación de las Ordenanzas bajo los principios de buena regulación. 3. Ámbito de aplicación. 4. Régimen de circulación. 6. Régimen sancionador. 7. Evaluación de la implantación de las ZBE.—V. Comentarios conclusivos.—VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO AL AIRE LIMPIO

1. La contaminación atmosférica continúa siendo uno de los problemas más graves al que se enfrentan las personas[1]. Solo en la Unión Europea (UE) se calcula que fallecen anualmente 182.000 debido a la exposición a concentraciones de $PM_{2,5}$[2] superiores al nivel recomendado por la Organización Mundial de la Salud[3]. En las sociedades actuales las emisiones de con-

[1] Fuller, G. (2018): *The Invisible Killer. The Rising Global Threat of Air Pollution-and How We Can Fight Back*, Melville House, Londres, pp. 119-129.

[2] Estas partículas tienen un diámetro de 2.5 micrómetros o lo que es equivalente a menos del diámetro de un cabello. La Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, las define como «[p]artículas que pasan a través del cabezal de muestreo definido en la norma EN 14907, con un rendimiento de separación del 50% para un diámetro aerodinámico de 2,5 µm».

[3] https://www.eea.europa.eu/en/analysis/publications/harm-to-human-health-from-air-pollution-burden-of-disease-status-2025 (último acceso, 24 de marzo de 2026).

ISBN: 978-84-7777-740-3

taminantes no se reducen a las que provienen de actividades industriales, sino de otras múltiples fuentes (*v.g.,* partículas desprendidas de los neumáticos de los vehículos)[4]. A lo anterior se le añade que el 70% de la población de la UE vive en zonas urbanas y de que existe «una alta probabilidad (>75%) de que grandes áreas (que suman aproximadamente 77.500 km^2) del continente europeo se conviertan o se hayan convertido en zonas urbanas entre 2000 y 2030»[5]. Las ciudades padecen fuertes movimientos de personas, pero también de servicios (mercancías) con su traducción en el tráfico rodado y, por ende, en la contaminación al aire.

2. Las acciones de la UE en esta materia no han sido pocas. Con todo, el reconocimiento a un derecho al aire limpio no aparece explícitamente en su ordenamiento jurídico. Tampoco sucede en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). No obstante, la jurisprudencia del TEDH ha llegado a reconocer que la exposición durante amplios períodos de tiempo a la contaminación atmosférica, superando los valores establecidos en la normativa estatal, constituye una violación del art. 8 CEDH[6]. El fundamento radica en la constatación de que las partículas de polvo respirables pueden tener un efecto perjudicial grave para la salud, en particular en zonas densamente pobladas con mucho tráfico[7]. Por su parte, la abogada general explicitó la relación entre la contaminación del aire y el derecho a la salud en el asunto *Craeynest*:

> «Las normas sobre la calidad del aire ambiente especifican las obligaciones de protección establecidas en la Unión *que se derivan del derecho fundamental a la vida*, con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la Carta, y del alto nivel de protección del medio ambiente exigido por el artículo 3

---

4 De acuerdo con la Agencia Europea de Medio Ambiente, en los 27 Estados miembros de la UE, entre 1990 y 2023, las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) procedentes del transporte se redujeron en un 53%, las de óxidos de azufre (SOx) en un 82% y las de monóxido de carbono (CO) en un 90%. El metano (CH_4) y los compuestos orgánicos volátiles no metánicos (COVNM) lo hicieron en un 76% y un 91%, respectivamente. En el mismo periodo, las emisiones del transporte de la UE-27 de partículas con un diámetro de 10 µm (PM_{10}) y 2,5 µm ($PM_{2,5}$) o menos, incluidas las emisiones no procedentes de los gases de escape, disminuyeron un 47% y un 59%, respectivamente. Si bien se observa una reducción significativa tanto para el PM_{10} como para el $PM_{2,5}$, la fracción de estas emisiones no procedente de los gases de escape —por ejemplo, del desgaste de los frenos y los neumáticos o de la abrasión de la carretera— está aumentando en porcentaje. Esta fracción constituyó el 77% y el 60% de las emisiones de PM_{10} y $PM_{2,5}$ del transporte por carretera en 2023, y se prevé que adquiera aún mayor relevancia con la progresiva descarbonización del sector y el aumento de la masa de los vehículos debido a la mayor prevalencia de vehículos eléctricos más pesados en la composición de la flota. https://www.eea.europa.eu/en/analysis/indicators/emissions-of-air-pollutants-from (último acceso, 25 de marzo de 2026).

5 AEMA, Informe 11/2016, *Urban Sprawl in Europe*, p. 16 (la única versión es en inglés).

6 «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

7 Greenpeace E.V. contra Alemania, demanda 18215/06, sentencia del TEDH de 12 de mayo de 2009.

> TUE, apartado 3, el artículo 37 de la Carta y el artículo 191 TFUE, apartado 2. En consecuencia, las medidas que pueden restringir la aplicación efectiva de la Directiva 2008/50 son, en lo que afecta a su peso, comparables con una injerencia grave en los derechos fundamentales, razón por la cual el Tribunal de Justicia sometió la conservación de datos de comunicación a un control riguroso.[8]»

3. Ahora bien, sin necesidad de acudir al art. 8 CEDH, en el estricto contexto de la UE, el TJUE ha recalcado que los Estados deben cumplir con los valores límite de calidad del aire[9]. Así, en el asunto C-237/07, Janecek, el TJUE determinó que una persona podía exigir a las autoridades competentes que elaborasen un plan de acción con arreglo a la Directiva 96/62/CE, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente. Con fundamento en una jurisprudencia asentada, el TJUE declaró que era incompatible con el carácter vinculante reconocido a las directivas impedir a las personas invocar sus disposiciones, lo que era especialmente válido en el supuesto de una directiva cuyo objetivo era controlar y reducir la contaminación atmosférica, persiguiendo, en consecuencia, proteger la salud pública. De esta manera, en todos aquellos casos en que la inobservancia de las medidas exigidas para protegerla la pudiesen poner en peligro, aquellas debían poder invocar las normas imperativas correspondientes.

> «De lo anterior se desprende que las personas físicas o jurídicas directamente afectadas por un riesgo de que se sobrepasen los valores límite o los umbrales de alerta deben poder obtener de las autoridades competentes, en su caso acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes, que se elabore un plan de acción desde el momento en que exista tal riesgo.
>
> La circunstancia de que dichas personas dispongan de otros medios de acción, en particular, la facultad de exigir que las autoridades competentes adopten medidas concretas para reducir la contaminación, como prevé el Derecho alemán e indica el órgano jurisdiccional remitente, resulta irrelevante a este respecto[10].»

4. Sin embargo, el TJUE no llegó a vincular la existencia de obligaciones «bastante claras y precisas», en cuanto al resultado a alcanzar en materia de contaminación atmosférica, con la atribución de derechos a los efec-

---

8 Asunto C-723/17, Craeynest contra Brussels Hoofdstedelijk Gewest, apt. 53, cursiva añadida.

9 Pouikli, K., y Tsoukala, A. (2023): «Air Pollution Crisis Across Europe: The European Courts, the Governments, the Citizens and the Persistent Ineffectiveness of EU Law», *Journal of Environmental & Planning Law*, pp. 260-286. Misonne, D. (2020): «The emergence of a right to clean air: Transforming European Union law through litigation and citizen science», *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (RECIEL), pp. 34-45.

10 Asunto C-237/07, Janecek contra Freistaat Bayern, apts. 39-40. Calzolari, L. (2024): «Gome with the Wind: JP and the Right to Clean Air Under EU Law», *European Papers*, vol. 9, pp. 337-366.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tos de reconocer una indemnización[11]. Según el TJUE las obligaciones que recaían en los Estados miembros perseguían «un objetivo general de protección de la salud y del medio ambiente»[12]. Esta circunstancia se ha visto modificada mediante la Directiva 2024/2881, sobre la calidad del aire ambiente y una atmósfera más limpia en Europa (a transponer para el 11 de diciembre de 2026), que reconoce un derecho a ser indemnizado, en el caso de la superación de los niveles a los que se aquella refiere, cuando las autoridades competentes hayan incurrido en dolo o negligencia (la directiva no añade el adjetivo «grave»)[13]. A pesar de que los Estados miembros pueden establecer plazos de prescripción para la interposición de acciones de indemnización, estos no pueden comenzar a transcurrir antes de que la infracción haya cesado y la persona que reclame la indemnización sepa o pueda razonablemente esperarse que conozca que ha sufrido un daño derivado de una contravención de lo dispuesto en la directiva.

5. En este contexto, el objeto de este trabajo pasa por examinar el régimen jurídico de las denominadas zonas de bajas emisiones (ZBE) y su virtud para reducir, en la medida de lo posible, la contaminación atmosférica. Para ello, se analiza la normativa que rige este tipo de zonas, la litigiosidad que se ha producido y el caso de las tres capitales vascas, que cuentan con las correspondientes ordenanzas, algunas de ellas recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia que, en el momento de escribir esto, todavía no se ha pronunciado.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS ZBE EN LA LEY 7/2021 Y EN EL REAL DECRETO 1052/2022

6. Las ZBE no son nuevas en el panorama de los Estados, con la pionera de Estocolmo en 1996. La UE no las regula. Se ha argumentado que la causa radicaría en la aplicación del principio de subsidiariedad[14], al tener que adaptarse la normativa que eventualmente se adoptase a las características de cada ciudad[15]. Sin embargo, esta razón no constituiría necesariamente un obstáculo para adoptar criterios comunes, al igual que sucede con las propias disposiciones en materia de calidad del aire (o del ruido). Otra cuestión diferente es que la UE carezca, en realidad, de una política ambiental integral para las ciudades que no pase por la aprobación de dis-

---

11 Asunto C-61/21, JP contra Ministre de la Transition écologique y Premier minister, apts. 56 y 62, respectivamente.

12 Asunto C-61/21, apt. 55, cursiva añadida.

13 Art. 28.

14 Art. 5.3 TUE.

15 Informe Especial 05/2026 del Tribunal de Cuentas, Desplazamientos sostenibles del domicilio al lugar del trabajo en torno a las zonas urbanas.

tintas normas sectoriales relativas a diferentes contaminantes, ya sean del aire u otros (*v.g.,* residuos o aguas) que tienen por objeto también al entorno urbano, al igual que sucede con otras como las de restauración de la naturaleza[16]. De hecho, la normativa de la UE sí tiene por objeto aquellas áreas en las que se puedan superar los niveles que esta determina. Así, el anexo VIII (*Información que deberá incluirse en los planes de calidad del aire y las hojas de ruta de calidad del aire para la mejora de la calidad del aire ambiente*) de la Directiva 2024/2881, incluye, entre la información acerca de las medidas de reducción de la contaminación cuya aplicación se haya considerado en el ámbito local, regional o nacional para la consecución de los objetivos de calidad del aire, el establecimiento de sistemas de restricciones de acceso urbano a los vehículos, *incluidas* las ZBE y las zonas de cero emisiones[17].

7. La referencia normativa inicial expresa sobre las ZBE se encuentra en la Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética (LCCTE), ubicada entre las medidas de promoción de movilidad sin emisiones[18], y en el Real Decreto 1052/2022[19], que desarrolla las previsiones de la ley (RDZBE). No

---

16 Reglamento 2024/1991, art. 8. La Estrategia de Biodiversidad de la UE 2030 (COM(2020)380 final) señala respecto de las ciudades: «A fin de traer la naturaleza de vuelta a las ciudades y recompensar las actuaciones comunitarias, la Comisión hace un llamamiento a las ciudades europeas de 20.000 habitantes o más para que elaboren, antes de finales de 2021, ambiciosos planes de ecologización urbana que incluyan medidas para crear bosques urbanos, parques y jardines accesibles y ricos en biodiversidad; granjas urbanas; muros y cubiertas verdes; calles arboladas; praderas urbanas y setos urbanos. Además, deben contribuir a mejorar las conexiones entre espacios verdes, eliminar el uso de plaguicidas y limitar el corte excesivo del césped en espacios verdes urbanos y otras prácticas perjudiciales para la biodiversidad. Esos planes podrían movilizar instrumentos políticos, reglamentarios y financieros»

17 Anexo VIII.2.g.iv).

18 Título IV. Fortes Martín, A. (2022): «La promoción de la movilidad limpia o sin emisiones», en Alenza García, J., y Mellado Ruiz, L., *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Marcial Pons, Madrid, pp. 361-382, pp. 377-380. González Mendoza, D. P. (2025): «Algunas acciones de las entidades locales en movilidad urbana sostenible», en Tolívar Alas, L., y Cueto Pérez, M., *Nuevos retos de la actuación administrativa pospandemia*, Atelier, Madrid, 2025, pp. 127-150. Guillén Navarro, N. A. (2024): «Sobre Marco legal asociado a la problemática de las emisiones de los vehículos a motor e incidencia en la regulación de las Zonas de Bajas Emisiones (ZBE) en las ciudades españolas», *Anuario. Observatorio de Políticas Ambientales 2024*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 619-649. Fuentes i Gasó, J. P. (2023): «Zonas de Bajas Emisiones: acotando jurídicamente la movilidad sostenible y otras referencias normativas y jurisprudenciales locales», en *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de políticas ambientales 2023*. Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, pp. 313-335, pp. 313-330.

19 Como señala el dictamen del Consejo de Estado 1709/2022, relativo al proyecto de real decreto, que se requirió de urgencia, la causa radicó en la constatación por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico de que en ese momento: (i) muchas entidades locales obligadas a establecer ZBE antes del 1 de enero de 2023 no lo habían hecho; y (ii) entre aquellas que sí las habían creado existía una importante disparidad de criterios que perjudicaba la seguridad jurídica y la eficacia de estas medidas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

obstante, la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, ya indicaba que las entidades locales, con el objeto de alcanzar los objetivos de esta ley, podían adoptar «medidas de restricción total o parcial del tráfico, incluyendo restricciones a los vehículos más contaminantes, a ciertas matrículas, a ciertas horas o a ciertas zonas»[20]. La LCCTE exige que los municipios de más de 50.000 habitantes y los territorios insulares deben adoptar antes de 2023 planes de movilidad urbana sostenible introduciendo medidas de mitigación que permitiese reducir las emisiones derivadas de la movilidad incluyendo, al menos: «a) El establecimiento de zonas de bajas emisiones antes de 2023». Tal inclusión, por tanto, debía ser anterior a la aprobación de la correspondiente ordenanza[21]. A pesar de que la LCCTE introduce la categoría de la ZBE, hay que tener en cuenta que el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (LTCSV)[22] recoge, entre las competencias de los municipios, la de restringir la circulación «a determinados vehículos en vías urbanas por motivos medioambientales».[23] Asimismo, el art. 18 ya establecía que «[c]uando razones de seguridad o fluidez de la circulación lo aconsejen, *o por motivos medioambientales*, se podrá ordenar por la autoridad competente otro sentido de circulación, la prohibición total o parcial de acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos, el cierre de determinadas vías, el seguimiento obligatorio de itinerarios concretos, o la utilización de arcenes o carriles en sentido opuesto al normalmente previsto[24]». Más en general, la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, indica que corresponde a las entidades locales ejercer aquellas competencias en materia de calidad del aire y protección de la atmósfera que tengan atribuidas en el ámbito de su legislación específica, así como aquellas otras que les sean atribuidas en el marco de la legislación básica del Estado y de la legislación de las comunidades autónomas en esta materia[25].

8. El RDZBE surgió a consecuencia de la problemática regulación de tales zonas, en particular en dos ciudades, Barcelona y Madrid, y, como

---

20 Art. 16.4 (segundo párrafo).

21 Esto lo destacan, en particular, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en su sentencia de 16 de mayo de 2025, rec. 72/2024, y la sentencia del Tribunal de Castilla León de 21 de marzo de 2025, rec. 379/2024. Téngase en cuenta por otra parte, la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para el Programa de ayudas a municipios para la implantación de zonas de bajas emisiones y la transformación digital y sostenible del transporte urbano, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y se aprueba y publica la convocatoria correspondiente al ejercicio 2021. Esta orden ha sido modificada en dos ocasiones en los años 2022 y 2023, respectivamente.

22 Aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 6/2015.

23 Art. 7.g).

24 Art. 18.

25 Art. 5.3.

señaló el Consejo de Estado, de la necesidad de «asegurar un cierto nivel de homogeneidad formal (procedimientos de aprobación de las ZBE, monitorización de sus resultados y revisión periódica de su desempeño) y material (contenidos sustantivos en forma de medidas para alcanzar sus objetivos)»[26]. El RDZBE armoniza diversas cuestiones[27], en particular, en lo relativo al contenido del proyecto de ZBE, teniendo en cuenta las alegaciones que se habían planteado en contra las anteriores zonas. Así, se pueden destacar dos aspectos recogidos en su Anexo I.A (*Contenido mínimo del proyecto de zonas de bajas emisiones*), en vista de su ausencia en el caso del procedimiento general de aprobación de ordenanzas previsto en la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL)[28]:

> «10. Memoria económica en la que se incluyan, al menos, los siguientes análisis de impacto:
>
> a) Análisis del impacto presupuestario y económico de la ZBE en las entidades locales conforme al artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y en el artículo 129.7 de la Ley 39/2015[29].
> b) Análisis de las consecuencias en la competencia y el mercado, conforme a lo exigido por los artículos 129 y siguientes de la Ley 39/2015.
> c) Consecuencias del establecimiento de las ZBE para los grupos sociales de mayor vulnerabilidad.
>
> 11. Análisis de impacto social, de género y de discapacidad y, con especial énfasis en los grupos sociales de mayor vulnerabilidad, tanto desde la perspectiva de beneficios para la salud como de limitación individual de la movilidad, incluyendo las campañas previstas para su publicidad.»

1. Finalidades

9. De acuerdo con la LCCTE, por ZBE se entiende «el ámbito delimitado por una administración pública, en ejercicio de sus competencias, dentro de su territorio, de carácter continuo, y en el que se aplican restricciones de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos para mejorar la calidad del aire y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero,

---

26 Consejo de Estado, Dictamen 1709/2022. Téngase en cuenta el Anexo I del RDZBE, sobre todo los apartados 9-11.

27 Téngase en cuenta también la *ordenanza tipo de la Federación Española e Municipios y Provincias.*

28 Art. 49. Véase también Velasco Caballero, F. (2019): «Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común», *Revista Vasca de Administración Públic*a, n. 113, pp. 299-349.

29 Esta cuestión era aplicable con independencia de lo establecido en el RDZBE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

conforme a la clasificación de los vehículos por su nivel de emisiones de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Vehículos vigente»[30]. Siendo la finalidad de las ZBE la mejora de la calidad del aire, pero también el cumplimiento de los objetivos en materia de cambio climático, la normativa no parece haberse detenido solo en estos[31]. Así, el RDZBE expone lo siguiente:

> «La implantación de ZBE ofrece una gran oportunidad para favorecer la capacidad de adaptación urbana a los impactos del cambio climático, a través de intervenciones en el espacio físico liberado del uso circulatorio que ayuden a combatir el efecto de isla de calor, mejoren la permeabilidad del suelo y *favorezcan la "renaturalización", la conectividad natural y la mejora de la biodiversidad urbana*, en línea con el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030, de 22 de septiembre de 2020 (PNACC) y su primer Programa de Trabajo 2021-2025, así como los Planes de Impulso al Medio Ambiente, con incentivos en las actuaciones anteriormente citadas.[32]»

10. Algunos de los objetivos que se mencionan en el párrafo anterior resultan coincidentes con los de la LCCTE, pero otros no parece que sean alcanzables a través de la implantación de las ZBE, como es el caso de la renaturalización de la conectividad natural, ya que exigiría impedir la circulación y, sobre todo, implantar otras medidas mucho más ambiciosas, como sería la supresión de las vías urbanas y su sustitución por zonas verdes, lo que no parece que se vaya a llevar a cabo a través de la ZBE, sino, más bien por medio de otras medidas derivadas, básicamente aunque no solo, del Reglamento 2024/1991, relativo a la restauración de la naturaleza, que resulta de aplicación también a los ecosistemas urbanos[33]. De manera más

---

30 Art. 14.3 (cuarto párrafo).

31 Por su parte, el Consejo de Estado señaló en su dictamen lo siguiente: «el Proyecto al precisar las normas que contribuyen a fijar el contenido de la ZBE, incorpora algunas medidas que, o bien persiguen los mismos fines en relación con las emisiones así como otros que también contribuyen a los mismos (referidos en los artículos 1.2, 3.1 y 5.1 del Proyecto) desde otros sectores de la intervención administrativa como son los de la rehabilitación residencial, y la movilidad sostenible, así como una regulación de la calidad acústica, cuyos fines si bien no aparecen expresamente en el citado artículo 14.3 de la Ley 7/2021, sí presentan conexión con las restricciones al tráfico rodado (dado que un descenso del tráfico comportará una reducción de la contaminación ambiental). Por ello, el Proyecto también añade otros fines complementarios a los principales en sus artículos 1.2 (mejora de la salud de la ciudadanía, calidad de vida urbana, movilidad sostenible e inclusiva, mejora del medio ambiente sonoro, movilidad activa y recuperación del espacio público) y 3.2 (cumplimiento de los objetivos de calidad acústica, fomento del transporte sostenible, eficiencia energética del transporte)».

32 Cursiva añadida.

33 Art. 8. Las carreteras y las vías férreas fragmentan y dividen las áreas de distribución de las especies y afectan también a las masas forestales. Según algunas estimaciones, casi una cuarta parte de toda la superficie terrestre de Europa (22,4%) se encuentra a menos de 500 m de la infraestructura de transporte más cercana, y el 50% a menos de 1,5 km.

contenida, el art. 1.2 RDZBE limita su posible contribución a lo que serían las finalidades básicas de las ZBE[34], cuando indica lo siguiente:

> «Esta norma tiene como finalidades, contribuir a mejorar la calidad del aire y mitigar el cambio climático, resultando en una mejora de la salud de la ciudadanía y la calidad de vida urbana, impulsando una movilidad más sostenible e inclusiva con menor impacto en la calidad del medio ambiente sonoro, fomentando la movilidad activa y la recuperación del espacio público y promoviendo la mejora de la seguridad vial y la pacificación del tráfico.»

11. Este mismo enfoque se desprende de los objetivos que señala el art. 3, más centrados en lo que puede se puede perseguir a través de una ZBE, caso de la calidad acústica o el cambio hacia modos de transporte más sostenibles. De hecho, el RDZBE solo recoge tres requerimientos, que se mencionan más adelante, relativos a la calidad del aire, cambio climático y ruido, sin añadir ninguno sobre la conectividad.

2. Características de las ZBE a la luz de su definición

12. Si se atiende a la definición de ZBE en la LCCTE se pueden extraer algunas características generales de tales zonas. Por una parte, que su delimitación no responde a patrones reglados, tanto en lo relativo al ámbito territorial, salvo que debe ser continuo, como respecto de la calidad del aire, si bien con sujeción a los niveles obligatorios que establece la normativa de calidad del aire[35], que no se pueden soslayar. La definición también determina que las restricciones son de tres tipos, esto es, de acceso, circulación y estacionamiento. Por tanto, no resultaría posible, en principio, que una zona solo estableciese restricciones de un tipo (*v.g.,* acceso) en la medida en que no sería acorde con la finalidad de mejora de la calidad del aire y, de paso, de mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero.

13. Antes se ha indicado que la delimitación de las ZBE cuenta con un margen de discrecionalidad por parte de las entidades locales. A la hora de considerar la superficie, el RDZBE emplea los adjetivos «adecuada y suficiente» para el cumplimiento de sus objetivos, aparte de que sea proporcio-

---

En el caso de la UE, estas cifras son casi idénticas (22,8% y 1,5 km, respectivamente). El 95% de toda Europa se encuentra a menos de 9,2 km de una infraestructura de transporte (a menos de 8 km en el caso de la UE). Torres, A., Jaeger, J. A. G., Alonso, J. C. (2016): «Assessing large-scale wildlife responses to human infrastructure development», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, pp. 8472-8477.

34 Por su parte, las Directrices para la creación de ZBE, adoptadas por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, citan como objetivos, la mejora de la calidad del aire y la salud de la ciudadanía, la contribución a la mitigación del cambio climático, el cambio modal hacia modos de transporte más sostenibles y el impulso de la eficiencia energética en el uso de los medios de transporte.

35 Real Decreto 102/2011, relativo a la mejora de la calidad del aire.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nal. Sin embargo, la regulación referida a los requerimientos en materia de ruido impone que se integren en las ZBE las zonas tranquilas en las aglomeraciones que las entidades locales hayan delimitado. Estas zonas tranquilas vienen definidas en la Ley 37/2003, del Ruido, como los espacios en los que no se supere un valor (fijado por el gobierno central[36]) de un determinado índice acústico[37]. Las Directrices para la creación de zonas de bajas emisiones, adoptadas por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico,[38] contemplan una zona «núcleo», esto es, concreta en el municipio, y otra «anillo». Con respecto a la primera advierte que, si se opta por un modelo reducido, a solo una parte del municipio, realizar un plan de extensión de la ZBE en diferentes fases puede ser positivo para los barrios colindantes. En el caso del anillo se trataría de una o varias zonas de transición de las ZBE, con aplicación de medidas graduales para evitar un «efecto frontera». En relación con este último aspecto, una de las limitaciones a la hora de diseñar el ámbito territorial de las ZBE pasa porque estas traten de evitar una mayor concentración de los vehículos en las áreas adyacentes (esto es, exteriores) a ellas, «de manera que, *en ningún caso*, se deteriore la calidad del aire o la calidad acústica de aquéllas»[39]. La finalidad de la previsión es lógica, ya que la determinación de una ZBE puede tener como efecto pernicioso expulsar vehículos de aquella derivándolos extramuros, incrementando la contaminación en dichas áreas. Interesa destacar de lo anterior la amplitud del tenor del art. 4.1 (segundo párrafo) RDZBE, ya que, en sentido estricto, no cualifica de ninguna manera la noción de «deterioro» (*v.g.,* grave o significativo). A pesar de que el RDZBE exige la justificación del ámbito territorial de la ZBE[40], no precisa la consecuencia jurídica de la constatación de que la designación de una ZBE implique tal efecto de expulsión, lo que, en principio, debería pasar, bien por incluir tales zonas adyacentes en la ZBE o adoptar otras medidas restrictivas sobre el tráfico y el ruido. En todo caso, una constatación de tal efecto puede resultar de compleja determinación, en la medida en que el RDZBE carece de criterios al respecto, tanto sustantivos como temporales (*v.g.,* lapso de tiempo que demuestre tal efecto de expulsión) lo que deja en manos de los municipios su verificación.

14. Las ZBE tienen, en principio, una implantación municipal, pero el RDZBE deja abierta la puerta para que puedan alcanzar carácter supramu-

---

36 Véase el art. 14.4 del Real Decreto 1367/2007, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, el Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas. Aguirre i Font, J. (2025): «Contaminación acústica y zonas de bajas emisiones», en *Anuario de derecho ambiental. Observatorio de políticas ambientales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2025, pp. 471-498.

37 Art. 3.q).

38 *Directrices para la creación de Zonas de Bajas Emisiones.*

39 Cursiva añadida.

40 Anexo I.A, apt. 7 (tercer inciso).

nicipal[41]. Tampoco las ZBE son las únicas zonas previstas en el RDZBE, si bien no es obligatorio implantarlas. En efecto, bajo la denominación de «zonas de especial sensibilidad» (ZES), se cobijan aquellas destinadas a proteger los sectores más vulnerables de la población (incluida la infantil) de los impactos sobre la salud derivados de la circulación de vehículos motorizados por sus inmediaciones. Estas ZES deben establecerse prioritariamente en las proximidades de equipamientos escolares, sanitarios, hospitalarios y residencias de ancianos. Hay que advertir que la única causa que recoge el RDZBE es esta y no, por tanto, otros posibles focos de contaminación del aire que pueden ser también relevantes, pero cuyo control pueda exceder del ámbito competencial municipal. La clave de estas zonas radica en la reducción de emisiones «más exigentes que las que se establezcan en la [ZBE] principal». Si bien puede ser loable la determinación de ZES, el RDZBE impone una obligación de resultado de difícil logro, a saber, garantizar el acceso a estas zonas y, sobre todo, el uso seguro y saludable a las mismas.[42] En otras palabras, el RDZBE asume que, en principio, sería posible compartimentalizar y garantizar, dentro de las propias ZBE, otras con características atmosféricas mucho más estrictas.

15. Las ZBE deben incluir «*prohibiciones o restricciones* de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos, según su potencial contaminante[43]». Como se puede observar, el RDZBE emplea la disyuntiva «o» puesto que resulta diferente fijar una prohibición que imponer una restricción, en el sentido de limitar, pero no necesariamente vedar. Resulta interesante destacar que, a diferencia de aquel, la LCCTE no menciona la posibilidad de prohibir cuando define las ZBE, indicando que en ella «se aplican *restricciones* de acceso, circulación y estacionamiento[44]». El Real Decreto reitera la posibilidad de vedar cuando indica que las prohibiciones o restricciones de acceso afectarán prioritariamente a los vehículos con más potencial contaminante y serán proporcionales a los objetivos de calidad del aire y mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero que se dispongan. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que el texto refundido de la LTCSV establece la competencia municipal para, por motivos medioambientales, prohibir de manera total o parcial el acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos[45].

---

41 Art. 13.2.

42 Art. 4.3 (tercera frase).

43 Art. 5.2 RDZBE. El anexo II.e del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, recoge la clasificación de los vehículos por su potencial contaminante divididos en 5 categorías: vehículos 0 emisiones; vehículos ECO; vehículos C; vehículos B; vehículos A (sin distintivo) 18.

44 Art. 14.3 (cuarto párrafo), cursiva añadida.

45 Art. 18.

ISBN: 978-84-7777-740-3

3. ZBE y principio de no regresión

16. Otro aspecto destacable de lo dispuesto en el art. 14 LCCTE es la referencia a que «[c]ualquier medida que suponga una regresión de las zonas de bajas emisiones *ya existentes* deberá contar con el informe previo del órgano autonómico competente en materia de protección del medio ambiente». A pesar de la llamada a la no regresión, que la LCCTE no cualifica, queda la duda de qué quiere decir cuando se refiere a las «ya existentes», es decir, si concierne a aquellas que ya estaban implantadas antes de la entrada en vigor de la ley o a las que, habiéndose adoptado bajo, estas pudiesen verse afectadas por cualesquiera medidas posteriores[46], lo que sería correcto, en la medida en que los logros que se puedan alcanzar con las ZBE no pueden verse sujetos a ulteriores reducciones, sino, por el contrario, a ampliaciones, incluidas las espaciales. En otras palabras, las ZBE no pueden ser una isla atmosférica en las ciudades que cuenten con ellas, ya que el objetivo es que la calidad del aire se expanda por ellas. A este respecto, es destacable el ámbito de tales posibles medidas, ya que la LCCTE no las especifica de ninguna manera, por lo que no tendrían que limitarse a las relativas a la calidad del aire, sino también otras que pudiesen verse afectadas (*v.g.,* urbanísticas). En todo caso, el principio de no regresión queda en entredicho, ya que solo queda sujeto a la solicitud de un informe preceptivo del órgano ambiental autonómico. No obstante, no será posible exceder los niveles obligatorios de calidad del aire.

4. Los requerimientos de las ZBE en materia de calidad del aire, cambio climático y ruido

4.1. Calidad del aire

17. El RDZBE incluye tres previsiones (requerimientos) que deben contemplar las ZBE respecto de la calidad del aire, el cambio climático y ruido. De los tres, el primero y el tercero resultan los más específicos, mientras que el segundo lo es en menor medida. Tratándose de la calidad del aire, que es el objetivo principal que se persigue con las ZBE, el RDZBE exige la definición de «objetivos cuantificables de calidad del aire que comporten una mejora respecto de la situación de partida en el interior de su perímetro». Lógicamente, se mantiene la obligación de cumplir con los valores límite de calidad del aire (VLC) previstos en el Real Decreto 102/2011, relativo a la mejora de la calidad del aire, pero el RDZBE exige, además, que

[46] Téngase en cuenta la disposición transitoria única (Adecuación de las Zonas de Bajas Emisiones), por la que las ZBE establecidas con fecha anterior a la entrada del RDZBE deben revisarse para adecuase a este en un plazo máximo de 18 meses desde su entrada en vigor y posteriormente, cada cuatro años.

se incluyan las medidas para alcanzar tales valores. No obstante, se prevé que, en el supuesto de que, en una ZBE, se superen los VLC del Real Decreto 102/2011, los objetivos y medidas adoptados deberán contribuir a alcanzar su cumplimento «en el menor tiempo posible», estableciendo un calendario y evaluando el impacto de las medidas establecidas. Hay que entender que el RDZBE está contemplando el caso de una ZBE ya designada en la que dichos VLC no se cumplan. Sin embargo, la redacción de la norma resulta genérica, en la medida en que se habla de *contribuir* a alcanzarlos y, sobre todo, que emplea un concepto indeterminado como es el «menor tiempo posible».

18. Para considerar esta cuestión es necesario acudir al Real Decreto 102/2011, que prevé esa circunstancia, exigiendo la aprobación de planes de calidad del aire. Si bien estos corresponden inicialmente a las comunidades autónomas, las entidades locales «a instancia del órgano autonómico competente», deben elaborar la parte del plan que, por motivos de control de tráfico u otras circunstancias, les corresponda de acuerdo con sus competencias. Tras la aprobación del RDZBE, habrá que entender que tal requerimiento no será preciso y que, habiéndose designado una ZBE en la que se superen los VLC, el municipio de que se trate deberá adoptar tal plan. En todo caso, la Ley 34/2007 atribuye a los entes locales la facultad («podrán») de elaborar, en el ámbito de sus competencias, sus propios planes y programas, si bien aquellos con población superior a 100.000 habitantes y las aglomeraciones deben adoptarlos para el cumplimiento y mejora de los objetivos de calidad del aire, «en el marco de la legislación sobre seguridad vial y de la planificación autonómica[47]».

4.2. Ruido

19. Otro de los objetivos de las ZBE es lograr una reducción del ruido. De ahí que deban incorporar los objetivos de calidad acústica que sean aplicables en las áreas en las que se encuentren de acuerdo con la zonificación acústica establecida. En este caso, las ZBE contribuyen a la mejora de la calidad acústica para alcanzar estos valores. Para ello las entidades locales pueden emplear las zonas de protección acústica especial y las zonas de situación acústica especial, que se definen en la Ley 37/2003, del Ruido. Como ya se ha señalado más arriba, el RDZBE exige que se integren en la ZBE las zonas tranquilas en las aglomeraciones en aquellas entidades locales que las hayan delimitado. En todo caso, en estas zonas tranquilas los objetivos de calidad acústica deben más restrictivos que los aplicables a las demás áreas acústicas delimitadas en las ZBE[48].

47 Art. 16.4.

48 Art. 9.4 RDZBE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

4.3. Cambio climático, cambio modal y eficiencia energética

20. El tercer requerimiento exigible a las ZBE pasa por las cuestiones relativas al cambio climático, modal y de eficiencia energética. En este caso, se puede destacar, por una parte, la obligación de definir objetivos, para 2030, medibles y cuantificables de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero «en» las ZBE, de modo coherente con los objetivos establecidos en el Clima (PNIEC)[49], en particular, con el objetivo de reducción de la utilización del vehículo privado motorizado frente al resto de modos de transporte[50]. A este respecto, el PNIEC indica lo siguiente:

> «La medida pretende reducir el uso del vehículo privado, especialmente de aquellos con motor de combustión, de manera que este PNIEC considera factible la reducción de los tráficos en entornos urbanos en un 41,3% hasta 2030 y de los tráficos metropolitanos del orden de un 1,5% anual; el teletrabajo, el vehículo compartido, el uso de los medios no motorizados y del transporte público colectivo posibilitarán el cumplimiento de estos objetivos, siendo de gran importancia posibilitar una financiación adecuada del transporte público que permita mejorar la calidad y el servicio, atraer más usuarios y de esta manera contribuir a la mejora de la calidad del aire de los entornos urbanos.[51]»

21. Con un lenguaje quizás más impreciso, el RDZBE señala, tras la adopción de la Ley Ley 9/2025, de Movilidad Sostenible[52], que las entidades locales «velarán por disponer» de instrumentos que faciliten a las empresas operadoras de servicios de recarga, en condiciones de concurrencia competitiva y transparencia, la tramitación y ubicación de puntos de recarga de vehículos eléctricos, de acceso público dentro y fuera de las ZBE, de modo que se establezca una red mínima de recarga acompasada al crecimiento del parque de vehículos eléctricos. Lo anterior les obliga, no obstante, a establecer objetivos anuales «mínimos» de implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en el interior y exterior de la ZBE[53].

22. La adaptación al cambio climático por medio de las ZBE queda en el plano de las acciones discrecionales[54], de manera que podrán impulsar intervenciones urbanas de carácter adaptativo, basadas en atenuar el efecto

---

49 Accesible *en este enlace*.

50 A este respecto, la *Memoria Económica del Ayuntamiento de Bilbao* señala (p. 11, negrita suprimida) de una manera general que «[e]n cuanto al porcentaje de vehículos 100% eléctricos nuestro objetivo es que pasen del 0,5% actual a un 8% en 2030, y esta media tenga un efecto positivo demostrado en términos de protección del clima».

51 PNIEC, pp. 247-252.

52 Disposición final decimocuarta.

53 Art. 8.2 RDZBE, tras la reforma operada por la Ley 9/2015.

54 El Anexo I.A, apt. 7 (primer inciso) habla de «posibles» medidas.

de «isla de calor», el aumento de zonas verdes urbanas con especies adaptadas, la mejora de la conectividad natural, el fomento de los sistemas de drenaje y captación de aguas. Algunas de estas intervenciones, no obstante, exceden del ámbito territorial de las ZBE, internándose en las medidas de restauración exigidas por el Reglamento de la UE 2024/1991, a plasmar en el correspondiente plan de restauración[55], y, de manera general, en la LCCET[56].

5. Particularidades del régimen sancionador

23. El RDZBE contiene una previsión sobre el régimen sancionador[57], de acuerdo con la cual, en el supuesto de que «no se respeten las restricciones de acceso, circulación y estacionamiento derivadas de las ZBE, conducta constitutiva de la infracción tipificada como grave en el artículo 76.z3) del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, será de aplicación el régimen sancionador previsto en el título V de dicha norma». La redacción plantea algunas consideraciones. Por una parte, se menciona expresamente el tipo de infracción del art. 76.z3. Este tipifica como infracción grave «[n]o respetar las restricciones de circulación derivadas de la aplicación de (…) las zonas de bajas emisiones». El tenor de la norma es lo suficientemente amplio como para poder acoger cualquier medida restrictiva. De hecho, cabría caracterizarla como una medida en blanco, ya que la conducta o las consecuencias jurídicas no se encuentran agotadoramente previstas en la ley, debiendo acudirse, para la integración, a la correspondiente ordenanza. También se plantea la duda, desde la perspectiva de la prohibición de la analogía en el derecho administrativo sancionador, si la locución «restricciones» es aplicable a las prohibiciones, ya que, en un sentido ordinario del término, como ya se ha señalado, no es equivalente establecer una restricción o limitación (*v.g.,* horaria)[58] que vedar (por completo) la entrada en una ZBE. No obstante, como ya se ha señalado, el texto refundido de la LTCSV establece la competencia municipal para, por

---

55 El Anexo VII del Reglamento 2024/1991 incluye como posibles medidas a contemplar en los planes de restauración (apt. 31) aumentar los espacios verdes urbanos con características ecológicas, como parques, árboles y parcelas forestales, techos ecológicos, pastizales de flores silvestres, jardines, horticultura urbana, calles arboladas, prados y setos urbanos, estanques y cursos de aguas, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la diversidad de las especies, las especies autóctonas, las condiciones locales y la resiliencia frente al cambio climático.

56 Art. 21.

57 Art. 15.

58 El *Diccionario de la RAE* define restringir como ceñir, circunscribir, reducir a menores límites.

ISBN: 978-84-7777-740-3

motivos medioambientales, prohibir de manera total o parcial el acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos. En todo caso, suscita también alguna consideración la vinculación que se hace entre la infracción concreta sobre las ZBE y el régimen sancionador previsto en el título V de dicha norma. La locución «régimen sancionador» en el art. 15 RDZBE es muy amplia, ya que no solo se refiere a las infracciones y sanciones allí recogidas, sino a otros aspectos, que pasan por la graduación de las cuantías o las personas responsables, así como el procedimiento sancionador, que posiblemente sea el aspecto al que, en realidad y con una no muy adecuada redacción, se refiere el Real Decreto.

III. UNA RESEÑA SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ZONAS DE BAJAS EMISIONES

24. La implantación de las ZBE ha dado paso a la correspondiente litigiosidad, incluso con antelación a que la LCCTE impusiese su obligatoriedad. Los ejemplos de las zonas adoptadas en Barcelona y Madrid son elocuentes de esto, aunque no han sido los únicos. En ellas subyace la necesidad de la debida justificación de la potestad reglamentaria, a pesar de que algunas previsiones, como las contenidas en el art. 129.7 LPAC y en el art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, exigiesen considerar implicaciones de esta naturaleza. La ausencia o insuficiencia de las memorias justificativas ha sido un patrón común en aquellos casos que han dado paso a la anulación de la correspondiente ordenanza, al igual que la falta de consideración de determinados impactos sobre los titulares de los vehículos afectados. Como antes se ha indicado, el RDZBE ha venido a armonizar esta materia, a través de los aspectos que necesariamente hay que contemplar para la adopción de la normativa sobre las ZBE, tal y como se contemplan en sus anexos I y II.

1. El caso de la ZBE de Barcelona

25. El 2 de noviembre de 2023, el Tribunal Supremo dictó la primera de las sentencias relativas a los distintos recursos de casación planteados contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña[59], de 21 de

[59] Recurso 4910/22. Téngase en cuenta las siguientes sentencias con el mismo objeto: STS de 30 de enero de 2024, rec. 4737/2022. STS de 2 de febrero de 2024, rec. 4961/2022. STS de 28 de febrero de 2024, rec. 5281/2022. STS de 11 de abril de 2024, rec. 4954/2022. Montoro Chiner, M. J. (2023): «Ordenanza relativa a la Zona de Bajas Emisiones para preservar la calidad del aire en la ciudad de Barcelona. Análisis del instrumento ambiental, reflexión sobre el alcance de las restricciones impuestas y consideraciones sobre las sentencias del Tribunal», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, vol. 1, pp. 115-136.

marzo de 2022, que había anulado la ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en Barcelona con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire (aprobada el 20 de diciembre de 2019)[60]. Esta sentencia concluyó, entre otras cosas, que en el procedimiento de elaboración de la ordenanza no se habían ponderado suficientemente las consecuencias económicas y sociales que podían derivarse de las medidas restrictivas para los titulares de un vehículo sin distintivo ambiental, ni se habían valorado medidas alternativas o menos restrictivas. Tampoco el régimen de transitoriedad y las autorizaciones puntuales se habían justificado debidamente. En el caso de los vehículos profesionales, los efectos limitativos se proyectaban sobre los colectivos empresariales de menor capacidad económica para la renovación del vehículo (*v.g.,* autónomos o microempresas), sin haberse considerado en las memorias de la ordenanza[61]. Por lo que respecta a la prohibición general de circulación de vehículos en la ZBE, no solo se trataba de una interdicción de acceso sino también de impedir que los vehículos ubicados «en» la ZBE pudiesen circular los días y horas prohibidos, lo que, en opinión del Tribunal Superior podía constituir una privación del uso profesional del vehículo sin distintivo ambiental[62]. Fue también objeto de crítica el análisis de las consecuencias económicas y sociales («muy escueto») sin poder ponderar los diferentes costes y cargas que implicaba la promulgación de la ordenanza, al igual que el efecto sobre la competencia en el ámbito del transporte[63].

26. Al desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta diversas críticas vertidas en contra de esta. Una de ellas radicó en que no había tenido en cuenta la condena del TJUE al Estado en su sentencia en el asunto C-125/20 (de 22 diciembre de 2022) por no haberse adoptado medidas suficientes para el evitar el aumento de la contaminación[64]. A lo anterior se añadió que el Tribunal Superior no podía llegar a la conclusión de que los valores tomados en consideración al elaborar la ordenanza no eran fiables, ya que el TJUE había concluido que los informes relativos al período 2010-2018 constataban una superación de los valores límites establecidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo salió al paso de los anteriores razonamientos sosteniendo que el Tribunal Superior, en realidad, no había afirmado que no debiesen adoptarse medidas para mejorar la calidad del aire en Barcelona, sino que se habían

---

60 El razonamiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aceptado por el Tribunal Supremo, ha servido de base también para la anulación de las ordenanzas del municipio de San Adrià del Besós y de Esplugues de Llobregat. SSTJC de 17 de abril de 2024, recs. 1272/2024 y 1281/2024, respectivamente.

61 FJ. 3, apt. 1.2.

62 FJ. 3, apt. 2.1.

63 FJ. 3, apt. 3.

64 Asunto C-125/20, Comisión contra España.

ISBN: 978-84-7777-740-3

aprobado sin una información real y una afectación territorial coherente con dicha contaminación.

27. Un segundo argumento que el Tribunal Supremo rechazó se había referido al alcance del control de la potestad reglamentaria, sosteniendo que requería de matizaciones cuando se trataba de la protección del medioambiente, considerada como preventiva, permanente y proactiva para proteger bienes superiores, caso de la integridad física y la vida de las personas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, sin negar la trascendencia de la protección del medio ambiente, no apreció que el Tribunal Superior hubiese otorgado una mayor preponderancia a los derechos a la movilidad, sino que no se había podido valorar adecuadamente la incidencia sobre tales derechos, al no recabarse informes concluyentes para realizar una ponderación adecuada del balance de beneficios y de proporcionalidad o para adoptar medidas menos restrictivas. Ahora bien, por encima de lo anterior, el Tribunal Supremo afirmó que no concurría una especialidad de control o que este tuviese que ser diferente en los términos avanzados por el recurso, ya que no había una norma que respaldase tal enfoque.

> «Pero es que, además de esa delimitación de los argumentos de la sentencia, y suscitado el debate en sede de hacer preponderar medidas restrictivas, el argumento no puede acogerse al amparo de una pretendida peculiaridad en el control de la potestad reglamentaria por los Tribunales, la cual, cuando se trate de actuaciones administrativas preventivas, permanentes y proactividad en protección del medio ambiente, deba estar condicionada. No hay ninguna especialidad y el control no tiene por qué ser diferente, porque no hay norma que lo respalde.
>
> Otra cosa será que en el juicio de preponderar valores —que en el caso de autos no se hace porque no existe información— deban tener mayor relevancia los intereses púbicos concretamente afectados que, no cabe dudar, son los vinculados a la protección del medio ambiente que tiene, en apretada síntesis, un valor esencial en sí mismo considerado —protección de los recursos naturales— y reforzado por los derechos humanos a él vinculados, como son la propia calidad de vida, la salud y la propia vida de las personas. Pero esa protección tampoco es absoluta —ningún derecho fundamental lo es— y requeriría ese juicio de preponderancia que en el caso de autos no se ha realizado por ausencia de suficiente justificación[65].»

28. El Tribunal Supremo también contestó al argumento de que se habían vulnerado diversas disposiciones de la Directiva 2008/50, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa y de la jurisprudencia del TJUE al respecto. Estas disposiciones exigen a los Estados miembros que, en sus zonas y aglomeraciones, los niveles de con-

65 FJ 4.

taminantes no superen los valores límites que señala la directiva, debiendo elaborar un plan de calidad del aire en caso contrario que cuente con datos científicos sólidos, documentación exhaustiva que justifique los puntos de control e información actualizada. Para el Tribunal Supremo, el argumento del recurso había entendido que el Tribunal Superior había rechazado los resultados de los niveles de contaminantes que se habían considerado para establecer las limitaciones de la ordenanza. Sin embargo, el Tribunal Supremo concluyó que lo que, en realidad, aquel había criticado era que los datos utilizados para elaborar la ordenanza de 2019 no estaban actualizados y que no se habían considerado los distintos niveles de contaminantes para delimitar la ZBE, sin que constase en el expediente que había acompañado la elaboración de la ordenanza el motivo por el que no se había particularizado la ZBE con las singularidades que concurrían en ella[66]. A este respecto, el Tribunal Supremo destacó la diferente extensión de la ZBE de Madrid (4,75 km^2) frente a la de Barcelona (95 km^2)[67].

29. Otra alegación de los recurrentes se centró en la infracción del art. 49 LRBRL, al entender que el Tribunal Superior había llegado a la conclusión, errónea según ellos, de que este exigía la redacción de un informe de impacto económico, presupuestario y social. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que el debate no era procedimental sino de motivación del ejercicio de la potestad reglamentaria para no incurrir en arbitrariedad. Con todo, como ya se ha señalado, el art. 49 LRBRL no exige expresamente la redacción de una memoria económica[68], posiblemente en vista de la diversidad tan amplia de municipios y, por ende, de recursos para encargar, de manera general, tal tipo de informe cuando se redacte un proyecto de ordenanza. Ahora bien, dependiendo de las implicaciones de una ordenanza, como puede ser la de ZBE, pero no solo esta (*v.g.,* uso del espacio público) resultará necesario sostener la regulación de que se trate con informes que no solo justifiquen la incidencia de las medidas que se adopten, sino que ofrezcan datos actualizados, lo que parece esencial en materia como las relativas al medio ambiente. A modo de ejemplo, el TJUE ya se ha manifestado acerca de la actualidad de los estudios científicos cuando ha indicado que no se puede sostener que un Estado miembro dispone de los mejores conocimientos científicos disponibles cuando, en el

---

66 El Tribunal Superior había señalado [FJ 5, apt. 2.3]: «La distinta situación de las subzonas o áreas de la ciudad, en cuanto a la calidad del aire, no se toma en consideración a lo largo del expediente. Tanto en el informe de necesidad como en la Memoria General, se presentan dos gráficos distintos, uno con los datos de las estaciones de tráfico de Eixample y Gracia, y otro con el resto de las estaciones de fondo (8 estaciones). Esta fragmentación de datos no aparece como coherente con la intervención normativa uniforme en el conjunto de la zona, dada su amplia extensión, pues los datos de contaminación son muy distintos en las diferentes subzonas de la ciudad.»

67 FJ 5.

68 Tampoco la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi.

ISBN: 978-84-7777-740-3

momento en que la autoridad competente ha adoptado una decisión, toma como referencia un estudio publicado «siete años» antes, con el resultado de que, salvo que se demostrase lo contrario, es lícito considerar que un estudio posterior, que analiza datos de años más recientes, contiene datos más actualizados y, por lo tanto, es significativamente más preciso y pertinente[69].

2. El caso de la ZBE de Madrid

30. La problemática de la ZBE en Madrid tuvo por objeto la Ordenanza de Movilidad Sostenible de 5 de octubre de 2018 y el Acuerdo de 29 de octubre de 2018 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se desarrolla el régimen de gestión y funcionamiento de la Zona de Bajas Emisiones «Madrid Central». Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de julio de 2020,[70] dieron paso a la anulación de lo anterior,[71] entre otros motivos por la vulneración del procedimiento legalmente establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, así como en las bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Madrid, que venían a exigir los preceptivos informes económicos y de análisis de viabilidad. Según el Tribunal Superior, la memoria elaborada por el Ayuntamiento no contenía «ni la más mínima referencia» al coste económico que para las arcas municipales podía ocasionar la puesta en marcha e implantación de la denominada zona.

31. Mediante una Sentencia de 17 de septiembre de 2024[72], el Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló varios de los artículos de la Ordenanza 10/2021, por la que se modifica la Ordenanza de Movilidad Sostenible, de 5 de octubre de 2018. En este caso y aparte de las exigencias de la LRBRL, del artículo 129.7 LPAC y del art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, el Tribunal Superior indicó que existía un Acuerdo de 3 de mayo de 2018 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, aprobando las directrices sobre la Memoria de Análisis de Impacto Normativo y la Evaluación Normativa (unas directrices en este sentido también concurrían en el caso del ayuntamiento de Barcelona)[73]. A la luz de este acuerdo, el Tribunal Superior entendió que la memoria de impacto presupuestario superaba el *standard* exigible en el control jurisdiccional sobre los fundamentos en que se asentaba la disposición reglamentaria. De esta manera, no era exigible una ponderación

---

69 Asunto C-217/19, Comisión contra Finlandia.

70 Recursos 988/2018; 902/2018 y 911/2018.

71 Estas sentencias se recurrieron ante el Tribunal Supremo que inadmitió el recurso mediante los autos de 14 octubre 2021; 29 abril 2021 y 14 octubre 2021, respectivamente.

72 Recurso 570/2021.

73 De 15 de abril de 2015.

«detallada y exacta» de todos los costes que podía suponer la ordenanza, pues se trataba de datos cuya completa determinación podía resultar imposible en el momento de aprobarse, pero al menos era preciso la elaboración de una estimación aproximada que tuviese en cuenta las variables que podían producirse. Sin embargo, y de forma paralela a lo que había sucedido con la ordenanza de Barcelona, el Tribunal Superior apreció que no existía ni un estudio ni una ponderación, «ni tan siquiera una enumeración o indicación de los concretos efectos y repercusiones económicas de la medida».

> «No se describen sectores de actividad afectados, no se evalúan, ni siquiera aproximadamente, las consecuencias económicas de la aprobación de las medidas, ni se contemplan posibles alternativas a aprobar una normativa de la magnitud de provoca la restricción del acceso y la circulación de vehículos por la ciudad, ni se ponderan escenarios menos restrictivos. Ni tan siquiera se incorporan a este apartado datos como el número aproximado de vehículos que pudieran verse afectados por las restricciones[74].»

32. Por otra parte, a pesar de que el informe de impacto ambiental era amplio y motivado, no barajaba, ni evaluaba ninguna medida alternativa o menos restrictiva, ni otro ámbito espacial de la ZBE que no fuese el delimitado. Según el Tribunal Superior, la extensión de la zona de intervención era un elemento esencial para dirimir si las medidas restrictivas eran proporcionadas, pero no se habían considerado otras posibilidades alternativas, incluso para explicar las causas para rechazarse, tales como subsectores, zonas o anillos y vías principales. Tampoco se distinguían fechas u horarios. La sentencia también resaltó el hecho de que las medidas restrictivas adoptadas por la ordenanza iban a afectar a las personas de menos capacidad económica, al dificultarlas el acceso a nuevos vehículos que cumpliesen con los requisitos de medio ambiente, a pesar de que la LCCTE incluyese el principio de transición justa[75], esto es, la necesidad de establecer planes genéricos y medidas concretas que consideren las situaciones de vulnerabilidad de colectivos a los que deben ofrecerse medidas de apoyo en el proceso de transición.

33. Mediante un auto de 15 de abril de 2026, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación del Ayuntamiento de Madrid contra la anterior sentencia[76].

---

74 FJ 6.

75 De hecho, tal principio no aparece expresamente en a LCCTE. No obstante, esta hace varias menciones a la necesidad de una transición justa. El preámbulo señala a este respecto: «El título VI aborda medidas en el ámbito de la transición justa. La transición a una economía descarbonizada requiere también de medidas que faciliten una transición justa para los colectivos y áreas geográficas más vulnerables, entre ellas, las zonas rurales. Así, pues, para que la transición hacia un modelo productivo más ecológico sea socialmente beneficiosa, en un país con altas tasas de desempleo como España, la misma debe ser motor de nuevos empleos y generar oportunidades de empleo de calidad».

76 Recurso 8840/2024.

ISBN: 978-84-7777-740-3

3. Otras Sentencias que han considerado las ZBE

34. La litigiosidad sobre las ZBE ha continuado en estos años, con resultados dispares. Así como diversas sentencias han desestimado los recursos presentados contra las correspondientes ordenanzas[77], otras las han anulado, sobre todo por la inexistencia de un previo plan de movilidad sostenible, tal y como exige la LCCTE. En el supuesto de la adoptada en Badajoz, la anulación radicó en que la norma se había aprobado mediante una ordenanza y no a través del (previo) plan de movilidad. Ante la ausencia de aprobación de este, mediante una sentencia de 21 de marzo de 2025[78], el Tribunal Superior de Extremadura decretó su nulidad «por vulneración de expresa determinación de norma con rango de Ley», esto es, la LCCTE[79]. Otro tanto se indica en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 16 de mayo de 2025[80], relativa a la ordenanza de Segovia, con el añadido de que el proyecto de ordenanza no se había sometido a información pública. De manera más extensa en cuanto a las infracciones, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 31 de enero de 2023[81], anuló la ordenanza del ayuntamiento de Gijón por diversos motivos. Uno de ellos fue la insuficiencia del estudio en materia económica. Ahora bien, en este punto hay que aclarar que el Tribunal Superior se refiere tanto al estudio presupuestario exigido por la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera como a una memoria económica. Aludiendo a una sentencia del Tribunal Supremo, sobre la adopción de un reglamento ejecutivo, viene a deducir que es exigible una memoria económica para la elaboración de «toda norma reglamentaria», aun cuando, como ya se ha señalado, la LRBRL no la exige (expresamente), siendo, no obstante, requerida tras la aprobación del RDZBE en 2022[82]. Para el Tribunal Superior no se podía ne-

---

77 STSJ de Cantabria de 4 de febrero de 2026, rec. 232/2024 (Ordenanza del municipio de Torrelavega). STSJ de Cantabria de 5 de enero de 2026, rec. 122/2024 (Ordenanza del municipio de Torrelavega). STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2025, rec. 1020/2023 (Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona de 27 de enero de 2023, por la que se fijan los criterios de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos en la Zona de Bajas Emisiones de Barcelona y se promueve una movilidad sin emisiones). STSJ de Castilla y León de 31 de octubre de 2025, rec. 87/2024 (Ordenanza de Burgos). STSJ de Castilla y León de 2 de junio de 2025, rec. 86/2024 (Ordenanza de Ávila).

78 Rec. 379/2015.

79 FJ 4.

80 Rec. 72/2024.

81 Rec. 535/2021.

82 La lectura de la sentencia evidencia la mezcla entre lo exigido por la Ley Orgánica y una memoria económica. Así, se señala el FJ 3.5.2: «[d]esde el ámbito material del contenido de ese pretendido estudio de impacto normativo, no puede afirmarse que nos encontremos ante una memoria o estudio de impacto económico y presupuestario en el sentido apuntado por la doctrina jurisprudencial, es decir no se contiene una serio análisis del impacto sobre gastos e ingresos que la vigencia de la Ordenanza puede suponer, ni sobre la repercusión presupuestaria en términos de estabilidad económica, al margen de hacer omi-

gar el reproche de los recurrentes sobre la generalidad de los términos del informe en cuanto al impacto económico de la ordenanza, con apartados que contenían afirmaciones huérfanas de justificación concreta, dado que no se aportaban datos específicos sobre el estado actual del aire, y perspectivas de futuro, criterios de comparación, influencias económicas concretas y su traducción en orden al equilibrio de ingresos y gastos o informes técnicos[83]. El Tribunal Superior también puso en cuestión que la memoria económica apareciera firmada por el director general de medio ambiente y el jefe del servicio de tráfico, de los que desconocía su formación, titulación y cualificación profesional para emitir un dictamen técnico de tal naturaleza. Una posterior sentencia de 16 de marzo de 2026, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, tuvo por objeto la Ordenanza del Ayuntamiento de Valladolid (de 28 de octubre de 2024)[84]. La sentencia indicó que el Ayuntamiento había aprobado la ordenanza antes del proyecto que debía justificarla, cuando la normativa estatal exigía lo contrario. La sentencia subrayó que el Ayuntamiento se había contradicho, ya que, por un lado, había sostenido el plan de movilidad sostenible (de 2021) ya cumplía esa función, pero por otro lado había aprobado un nuevo proyecto en 2024, lo que demostraba que el plan no podía servir como proyecto previo conforme al RDZBE.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS ZBE EN LAS TRES CAPITALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA

35. Las tres capitales vascas cuentan con la correspondiente ordenanza sobre la ZBE, siendo objeto de diferentes recursos ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, en el momento de escribir esto, todavía no ha dictado ninguna sentencia al respecto, aunque sí algunos autos de inadmisión[85]. La adopción de las ordenanzas lleva a examinar algunas de sus características desde una perspectiva comparada y, en su caso, su adecuación a las previsiones del RDZBE. Por una parte, la fecha de aprobación más temprana fue la de Bilbao (10 de mayo de 2024, en vigor el 15 de junio de 2024), siendo la siguiente la de Donostia-San Sebastián (21 de noviembre de 2024, en vigor el 17 de diciembre de 2024) y la más tardía la de Vitoria-Gasteiz (2 de mayo de 2025, en vigor el 15 de septiembre de 2025). Por

sión absoluta sobre aspectos como la repercusión en materia de competitividad, dadas las restricciones de circulación que impone en algunas zonas de la ciudad, que afectarán a particulares, profesionales y comerciantes».

83 FJ 3.5.2.

84 Recurso 44/2025.

85 Los recursos interpuestos contra las ordenanzas de Vitoria-Gasteiz, de Donostia-San Sebastián y Bilbao por la asociación LIBERUM fueron inadmitidos por falta de legitimación activa (ATSJPV de 3 de febrero de 2026, rec. 368/2025, ATSJPV de 16 de diciembre de 2025, rec. 287/2025 y ATSJPV de 5 de noviembre de 2025, rec. 417/2025).

ISBN: 978-84-7777-740-3

tanto, en los tres casos se incumplió la previsión de la LCCET para su adopción (finales de 2023).

1. Normativa en la que se fundamentan las ordenanzas

36. Las tres ordenanzas invocan la normativa estatal (la LCCTE y el RDZBE), pero solo la de Donostia-San Sebastián hace mención de la legislación vasca, en concreto, de la Ley 4/2019, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca, que indica que «[a] fin de evitar un incremento excesivo del uso de la energía y de las emisiones de gases de efecto invernadero o un deterioro de la calidad del aire atmosférico, los municipios podrán prohibir o restringir el acceso a determinadas zonas de su término municipal a los vehículos que no utilicen combustibles alternativos o a aquellos que sobrepasen determinados niveles de emisión, en razón de su tecnología de propulsión»[86]. La segunda norma vasca que cita es la Ley 11/2023, de movilidad sostenible de Euskadi, si bien esta se refiere a esta materia desde una perspectiva general, al señalar que «[d]e acuerdo a lo dispuesto en la legislación vigente, *se promoverá la progresiva incorporación* de medidas coordinadas tendentes a la disuasión del uso del vehículo motorizado privado, bien mediante la imposición de costes directos, bien incorporando sistemas de limitación del acceso a los núcleos urbanos con mayor impacto ambiental, debiendo ser proporcionales y justificadas con base en criterios ambientales y de salud»[87]. De hecho, esta ordenanza es la única que menciona expresamente en su título la mitigación del cambio climático, mientras que las otras dos simplemente se refieren a las zonas de bajas emisiones. Desde una perspectiva estrictamente competencial, solo la ordenanza de Bilbao cita la LRBRL (art. 25) y, en particular, la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi, aunque sin especificar los títulos en concreto, que pasarían por la ordenación del tráfico y la protección del medio ambiente y desarrollo sostenible, incluida la protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas[88].

2. Justificación de las ordenanzas bajo los principios de buena regulación

37. Como antes se ha indicado, el RDZBE se aprobó con la intención, entre otras, de unificar los criterios de las ZBE, incluidos aquellos relativos a su justificación. En los preámbulos de las tres ordenanzas se ofrece un motivo de la adecuación a dichos principios derivados de los documentos que

86 Art. 23.1.

87 Art. 9.1, cursiva añadida.

88 Art. 17.1.4 y 18, respectivamente (ordenación del tráfico) y 8.

acompañaron su adopción[89], si bien la más general es la que se contiene en la ordenanza de Vitoria-Gasteiz. Esta indica que «es el instrumento más adecuado para conseguir el objetivo que se persigue: la restricción de la circulación de determinados vehículos a motor en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, para contribuir a la mejora de la calidad del aire y del medio ambiente sonoro, contribuir a la mitigación del cambio climático e impulsar el cambio modal hacia medios de transporte más sostenibles». Por lo que respecta a la proporcionalidad, señala que se considera cumplida, «puesto que la ordenanza contiene la regulación imprescindible para atender las necesidades que deben cubrirse y no comporta medidas restrictivas de derechos ni obligaciones a las personas destinatarias que no sean imprescindibles». Por su parte, la de Donostia-Sebastián incluye como justificación la existencia de una obligación legal (la LCCTE y el RDZBE). El principio de proporcionalidad se asienta en dos consideraciones, una más general y otra más específica. La primera es la obligación de preservar el derecho fundamental a la salud que compromete a todas las Administraciones públicas en el ámbito de su competencia. La segunda se centra en el hecho de que los límites de contaminación «se mantienen dentro de los márgenes legales». En el caso de la de Bilbao la justificación de la proporcionalidad pasa, en particular, por la restricción territorial de la ZBE que «alcanza un espacio de aproximadamente 2 km[90], *un espacio limitado* pero lo suficientemente amplio como para cumplir con los objetivos planteados[91]». A su vez, sigue diciendo la ordenanza, la zona es fácilmente identificable por su coincidencia física con un lado de la ría y con varias arterias principales del municipio, así como por las conexiones de transporte público que garantizan la entrada al centro de Bilbao».

3. Ámbito de aplicación

38. Ni la ordenanza de Bilbao, ni la de Donostia-San Sebastián incluyen otras posibles zonas, siguiendo la opción que recoge el RDZBE sobre las ZES antes reseñada[92]. Por su parte, la ordenanza de Vitoria-Gasteiz distin-

---

89 El ayuntamiento de Bilbao tiene publicados los *informes de impacto socioeconómico, de impactos y del proceso participativo;* el de Vitoria-Gasteiz tiene publicado el *proyecto técnico provisional, definitivo y modificado;* por su parte, el de Donostia-San Sebastián publica el *proyecto de ZBE*.

90 Esta referencia se contiene también en el Anexo I (*Delimitación de la zona de bajas emisiones de Bilbao*).

91 Cursiva añadida. La ZBE de Vitoria-Gasteiz, una vez completada, cubrirá 0,82 km^2. La de Donostia-San Sebastián abarca 1,2 km^2.

92 Art. 4.3. Bilbao cuenta con una Zona de Protección Acústica Especial denominada «ZPAE-Urbana» que incluye todo el núcleo urbano de Bilbao. Por su parte, Donostia-San Sebastián cuenta con zonas de protección acústica para la zona de Riberas de Loiola y de Morlans, el Antiguo (parte de los barrios de Antiguo, Ibaeta, Aiete y Añorga), la Vega del Urumea con Loiola y Martutene y los barrios de Gros, Ategorrieta-Ulia, Bide-

ISBN: 978-84-7777-740-3

gue una zona adicional a la ZBE, ubicada en el interior de esta[93] denominada área de prioridad residencial (APR). Esta se define como un espacio urbano, incluido o no en la ZBE, sobre el que se aplican medidas de restricción de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos a motor a las personas no residentes con el objetivo de preservar el uso sostenible de las vías comprendidas en los mismos, así como disminuir los niveles de contaminación acústica y atmosférica de dichos espacios, garantizándose a la vez el necesario acceso a estos ámbitos de vehículos a motor de suministro y servicios[94]. Si bien el tenor de la definición vendría a situarse en el contexto de las zonas de especial sensibilidad (ZES), sin embargo, su finalidad no es paralela a lo que señala el RDZBE, esto es, proteger a los sectores más vulnerables de la población, incluida la población infantil, de los impactos sobre la salud derivados de la circulación de vehículos motorizados por sus inmediaciones[95]. En todo caso, la autorización de acceso a la ZBE no habilita el acceso al área de prioridad residencial, por lo que se precisa de una autorización específica para esto[96].

39. Resulta de interés destacar que el ámbito *ratione materiae* de las ordenanzas varía ligeramente. Así como la de Bilbao y Donostia-San Sebastián tienen por objeto los vehículos que accedan, circulen o estacionen en ella[97], la de Vitoria-Gasteiz indica que su ámbito de aplicación se refiere a «[t]odos los vehículos a motor que circulen *por el término municipal*»[98]. Tampoco son coincidentes en lo que se refiere al ámbito *ratione temporis* de la ZBE. La de Bilbao es aplicable de lunes a viernes de 07:00 a 20:00, mientras que la de Donostia-San Sebastián es la más restrictiva, al ser de aplicación las veinticuatro horas de los siete días de la semana (de manera curiosa, la ordenanza se refiere a todas las horas del día, pero ha querido recalcar que esto es de 0:00 a 24:00 horas[99]). Como se ha indicado, esta ordenanza afirma que se cumplen los límites actuales de contaminación, pero aun así se ha optado por no admitir excepciones temporales. Una posible explicación podría pasar por el objetivo, expresado el preámbulo de la ordenanza, de encaminarse a los niveles más estrictos de la Organización Mundial de la Salud. Por su parte, la ordenanza de Vitoria-Gasteiz no recoge una

---

bieta, Egia e Intxaurrondo, y el centro (barrios Centro, Aiete, Igeldo, Zubieta y Altza). En Vitoria-Gasteiz se han distinguido las siguientes zonas (Casco medieval, Anillo centro, Anillo Interior, Anillo exterior norte, Anillo exterior oeste, Anillo exterior sur, Anillo exterior este y Entidades locales menores).

93 Art. 2 (Vitoria-Gasteiz).

94 Art. 3.d.

95 Art. 4.3.

96 Art. 6.5 y art. 10.1 (decimocuarto párrafo).

97 Art. 3 (Bilbao); art. 2.2 (Donostia-San Sebastián).

98 Art. 6, cursiva añadida.

99 Art. 12.

previsión expresa al respecto, por lo que hay que entender, en principio, que es de veinticuatro horas. El art. 9.3 indica, no obstante, que la señalización también indicará si la ZBE a la que se accede «tiene carácter permanente o sólo tiene restricciones temporales en días y horas establecidas». En este contexto del ámbito temporal, hay que indicar que en las tres ordenanzas se ha previsto su aplicación transitoria, al tratarse de una medida novedosa en el entorno de las tres capitales.

4. Régimen de circulación

40. De acuerdo con el potencial contaminante de los vehículos, las ordenanzas determinan las restricciones para su circulación. En el caso de Bilbao, la fecha límite para que los vehículos que *no sean* «poco contaminantes» (esto es, 0 emisiones, ECO y C) puedan circular es el año 2030. Aparte de estos, solo podrán circular aquellos que la ordenanza exime de la restricción general (seis categorías). No obstante, tal exención no es automática, ya que, en dos supuestos, caso de los que presten servicios esenciales (*v.g.,* seguridad) y los catalogados como históricos, han debido solicitar una autorización «previa al primer acceso»[100]. En Donostia-San Sebastián, la ordenanza distingue una serie de vehículos sin necesidad de contar con autorización o de acceso libre (3 categorías), con autorización permanente sin necesidad de tramitar una solicitud (ya sean residentes en la ZBE o no, pero en este segundo caso cuenten con autorización para el estacionamiento regulado, OTA) y con autorización de acceso permanente (vehículos en los que se desplace una persona con movilidad reducida y los necesarios para prestar servicios públicos[101]). A partir de 2028, nueve categorías de vehículos, todos ellos sin distintivo ambiental, no podrán circular por la ZBE[102]. Una mención aparte es la relativa a los vehículos de personas perceptoras de la Renta de Garantía de Ingresos (RGI) y del Ingreso Mínimo Vital (IMV), que precisan de una autorización para cada fase de implantación de la ZBE[103]. Sin embargo, la ordenanza de Bilbao no contempla estas dos categorías, a pesar de reconocerse en el informe de identificación de impactos que determinados barrios cuentan con una renta más elevada que otros situados fuera de la ZBE[104]. Igualmente, y de manera genérica, indica

100 Art. 15.1.

101 Art. 8.3.1.a) y b).

102 Art. 11. Téngase en cuenta que, desde la entrada en vigor de la Ordenanza, han tenido prohibido el acceso y circulación en la ZBE de Donostia-San Sebastián los vehículos sin distintivo ambiental, salvo las excepciones previstas en la ordenanza.

103 Art. 8.3.2.e).

104 Los primeros son los barrios de Abando (73.017 euros) e Indautxu (36.281 euros) y los segundos, los de Uretamendi (12.064 euros) y Otxarkoaga (11.950 euros). *Informe de identificación de impactos,* p. 14.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que «la implantación de la ZBE contribuirá a la inclusión social de los colectivos más vulnerables de la población»[105]. En Vitoria-Gasteiz, desde 2025 se ha prohibido la entrada en la ZBE de los vehículos a motor más contaminantes[106] y, a partir de 2030, los que tengan la etiqueta B. Por otra parte, se incluye una serie de trece categorías de exención[107], con una duración máxima de tres años[108]. Ahora bien, varias de dichas categorías quedan sujetas a restricciones temporales. Interesa destacar que la ordenanza incluye entre los vehículos exentos a aquellos titulares que acrediten unos ingresos brutos anuales inferiores a dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), incrementado según el número de personas integrantes de la unidad familiar[109].

5. Medidas extraordinarias

41. Las ordenanzas contemplan la posibilidad de adoptar medidas extraordinarias en el caso de episodios de alta contaminación del aire. A diferencia de la Donostia-San Sebastián, la de Bilbao parece incluir un criterio adicional para la adopción de tales medidas, ya que su redacción indica «[e]n el supuesto de episodios de alta contaminación atmosférica, y cuando concurran razones de interés público[110]». En principio, tales episodios no se refieren únicamente a la ZBE (dentro de esta), sino en general. Esta conclusión se desprende con más claridad en la ordenanza de Bilbao, que prevé la extensión de las restricciones que recoge «a otras áreas del municipio», aunque también puedan serlo en la ZBE «ya implantada[111]». Por lo que respecta a las medidas concretas que se puedan adoptar, la ordenanza de Vitoria-Gasteiz desgrana algunas, caso de las restricciones al tráfico, prohibir la circulación de ciertos vehículos a motor en determinadas zonas, en meses, días u horas concretas, y las recomendaciones a la ciudadanía, solicitar a la gente que utilice el transporte público, la bicicleta o que camine en lugar de usar el coche[112]. La de Bilbao se refiere a las restricciones de la propia ordenanza (hay que entender de acceso y circulación) y a otras innominadas «medidas más restrictivas en la ZBE».

---

105 *Informe de identificación de impactos*, p. 14, negrita suprimida.

106 Definidos en el art. 3.e).

107 A 18 de marzo de 2026 el *volumen de exenciones tramitadas desde la puesta en marcha de la ZBE* había sido de 11.200.

108 Art. 10.1.1 (undécimo párrafo).

109 Art. 10.1.f).

110 Adviértase la coma.

111 Art. 12.

112 Art. 11.

6. Régimen sancionador

42. El régimen sancionador presenta algunas peculiaridades a destacar. En primer lugar, hay que recordar que, de acuerdo con la LRBRL, los municipios pueden, *en defecto de normativa sectorial específica*, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas[113]. En el contexto de las zonas de bajas emisiones, el RDZBE indica que, en el caso de que no se respeten las restricciones de acceso, circulación y estacionamiento derivadas de las ZBE, conducta constitutiva de la infracción tipificada como grave en el artículo 76.z3) LTCSV, será de aplicación el régimen sancionador previsto en el título V de dicha norma. La redacción de esta norma hace alusión, en realidad, a dos aspectos, uno concreto, caso de la infracción que expresamente se menciona, y otro más amplio, esto es, el cuadro de infracciones (y sanciones) de la citada ley. Por lo que respecta a lo primero, el art. 76.z3 recoge como infracción grave «[n]o respetar las restricciones de circulación derivadas de la aplicación de las zonas de bajas emisiones». El objeto material de la infracción resulta muy amplio, ya que se mencionan las «restricciones de circulación» (*in genere*), lo que puede abarcar cualquiera de las posibles que contemplan las ordenanzas municipales. A este respecto, tanto la ordenanza de Bilbao como de Donostia-San Sebastián se han ceñido a lo establecido en el RDZBE y, en definitiva, a la LTCSV[114]. La primera meramente se remite a la ley[115]. La segunda especifica el tipo de infracción[116], ya que no se refiere solo a las restricciones *in genere*, sino que añade las de acceso y circulación que quedan, en todo caso, englobadas en lo que indica la citada ley. Sin embargo, difiere de las anteriores ordenanzas la de Vitoria-Gasteiz, ya que no se ha limitado a recoger la infracción de la LTCSV, sino que distingue, en su art. 20, entre dos tipos de infracciones, graves y leves de la siguiente manera:

> «2. Tendrán la consideración de infracciones graves:
>
> a) No respetar las restricciones de acceso o circulación en la ZBE en los términos regulados en esta Ordenanza.
> b) El acceso o circulación en el APR sin autorización.
> c) No respetar las restricciones de acceso o circulación en la ZBE en los términos regulados en esta ordenanza y el acceso o circulación en el APR sin autorización.»

43. Cabe plantearse si la especificación de tipos resulta necesaria, toda vez que los tres supuestos contemplados como infracciones graves quedan

113 Art. 139.

114 Téngase en cuenta que la LCCET carece de infracciones y sanciones.

115 Art. 18.

116 Art. 21.

ISBN: 978-84-7777-740-3

englobados en el genérico tenor del art. 76.z3 LTCSV que conviene recordar en este punto: «No respetar las restricciones de circulación derivadas (…) y de las zonas de bajas emisiones». Esto resulta aplicable en la letra a) (*supra*), pero también en el caso del área de prioridad residencial (APR), ya que para poder circular por esta es preciso contar con una autorización específica. En otras palabras, un vehículo puede estar habilitado para circular en la ZBE, pero esto no implica que lo esté para hacerlo en dicha área, aunque esta ciertamente forme parte de la ZBE. A una conclusión similar se puede llegar en el caso de las infracciones leves que desgrana el art. 20.3 de la ordenanza, que solo tienen por objeto dicha área:

> «Tendrán la consideración de infracciones leves:
>
> a) Superar el tiempo de estancia autorizado en el APR.
> b) Superar el número de accesos autorizados al mes al APR.
> c) Superar el número de vehículos a motor autorizados en el interior del APR.
> d) No respetar las restricciones horarias de acceso al APR.
> e) Acceso al APR por una calle no incluida en la autorización.
> f) Obtención de la autorización de acceso al APR mediante datos o documentos inexactos o falsos.»

44. Por lo que respecta a la cuantía de las sanciones, las tres ordenanzas recogen la previsión de la LTCSV para las infracciones graves (200 euros)[117] y la posibilidad de incremento en un 30% en el supuesto de reincidencia[118]. La divergencia en relación con la cuantía se localiza en la ordenanza de Vitoria-Gasteiz, al haber establecido unos tipos de infracción específicos para las APR (90 euros)[119]. A pesar de que las ordenanzas no lo contemplen expresamente son de aplicación las previsiones de la Ley 39/2015, por las que es posible que: a) que la persona imputada reconozca su responsabilidad; b) sin reconocer su responsabilidad, realice el pago voluntario, antes de dictarse la resolución, y c) reconozca su responsabilidad y, además, proceda a efectuar el pago anticipado. En los dos primeros casos [a) y b), *supra*] se aplica una reducción del 20% como mínimo, de la sanción propuesta y, en el tercer supuesto [c), *supra*], que es una acumulación de los dos primeros, la reducción es del 40%, como mínimo, al adicionarse ambos porcentajes[120]. Debe haber una resolución del procedimiento sancionador tanto si el imputado reconoce su responsabilidad como en el caso del pago anticipado *sin reconocimiento de responsabilidad*[121].

---

117 Art. 80.1

118 Art. 81 (primer párrafo).

119 Art. 20.5.

120 Art. 85.

121 STS de 6 de octubre de 2022, rec. 294/2021.

7. Evaluación de la implantación de las ZBE

45. Desde la entrada en vigor de las ordenanzas ha transcurrido un lapso de tiempo que puede ofrecer algunas referencias sobre su posible efectividad. Antes de mencionarlas brevemente, hay que indicar que, de las tres ordenanzas, solo la de Bilbao prevé expresamente la publicación anual de un informe valorativo del cumplimiento de los objetivos de mejora de la calidad ambiental y mitigación de gases de efecto invernadero[122], aunque el Anexo I.A RDZBE exige que el proyecto de ordenanza incluya los procedimientos para el seguimiento de su cumplimiento y revisión[123]. En Donostia-San Sebastián se ha publicado una nota de prensa[124], al igual que en Vitoria-Gasteiz[125], aunque esta última ofrece datos sobre el número de vehículos[126]. Con todo, no se puede olvidar que son de aplicación las normas, en especial de publicidad activa, de la Ley 27/2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente[127]. Desglosando algunas cuestiones se puede distinguir una diferente situación respecto del dióxido de nitrógeno NO_2, en Bilbao, frente a Donostia-San Sebastián. En el primer caso, si bien no se han registrado superaciones horarias ni diarias durante el año 2025, sin embargo, dos estaciones aún superan el valor objetivo previsto para 2030, lo que pone de manifiesto, se señala, que, aunque la tendencia es favorable, se requiere continuar con las medidas adicionales previstas para alcanzar los estándares marcados a 2030 por la normativa europea y acercarse a los valores recomendados por la Organización Mundial de la Salud[128]. Por el contrario, en Donostia-San Sebastián se ha producido un 19% de reducción respecto a 2024.

46. Por lo que respecta a las partículas (PM_{10} y $PM_{2,5}$) que, como se ha señalado al inicio de este trabajo, representan uno de los contaminantes con mayores efectos sobre la salud, el informe de Bilbao muestra valores positivos con relación al cumplimiento de objetivos, abriéndose, se señala, la posibilidad [de] alinear los objetivos futuros con límites más exigentes como los planteados por la OMS. Sin embargo, en Donostia-San Sebastián

---

122 Art. 9.

123 Apt. 12.

124 *Nota de prensa* (último acceso, 27 de marzo de 2026).

125 *Nota de prensa* (último acceso, 27 de marzo de 2026).

126 No obstante, se ha indicado que en los seis primeros meses de implantación de la ZBE se ha evitado la emisión de aproximadamente 10,65 toneladas de CO_2.

127 Arts. 6-7.

128 El Informe de Identificación de Impactos señaló que la implantación de la ZBE señaló (p. 10) que los niveles de NO_2 presentaban una tendencia a superar los 40 ug/m^3 sólo en las vías que estaban expuestas a un gran movimiento de vehículos, «[s]iendo claramente las más expuestas las zonas próximas a las vías principales y a los accesos a Bilbao».

ISBN: 978-84-7777-740-3

los datos muestran un ligero repunte respecto a 2024, aunque la tendencia general sigue siendo «descendente». La información en este caso se justifica indicando que estas partículas «tienen múltiples fuentes, por lo que su evolución depende también de factores externos como el polvo sahariano o la actividad industrial». Más dispar resulta el dato de reducción del número de los vehículos circulantes. En Bilbao, si bien desde 2019, se ha producido progresivamente una reducción en torno al 11% en el tráfico de la ciudad, el resultado del primer semestre del año 2025 comparado con el mismo periodo del año anterior (2024) muestra un estancamiento en esta tendencia con un número de vehículos que circulan en la ciudad de +1,15%. En Vitoria-Gasteiz circula la mitad de los vehículos sin etiqueta ambiental frente a la situación anterior a la implantación de la ZBE.

V. COMENTARIOS CONCLUSIVOS

47. Las ZBE no constituyen una panacea para combatir la contaminación atmosférica, aunque sí son un instrumento que puede coadyuvar a su reducción, sobre todo en las áreas urbanas, que no dejan de crecer. El aire no se puede compartimentalizar y, por tanto, tampoco su calidad. El aire que se respira hoy probablemente es el que otras personas han respirado en localizaciones bien distantes debido a que no hay diferentes atmósferas, sino una sola que recibe toda la contaminación que se emite[129]. Por ello, la creación de las ZBE no puede esconder el hecho de que, aunque la calidad del aire pueda mejorar, estará sujeta a diversas incidencias provenientes de las propias características de los lugares beneficiados, como de otros externos a ellas. La litigiosidad sobre estas zonas ha puesto de manifiesto la necesidad de una rigurosa justificación, abonada tras la adopción del RDZBE y sus criterios aplicables a su adopción, pero esto tampoco constituye un obstáculo insalvable para las administraciones públicas. Lo que sí evidencian las sentencias que han estimado los recursos, es la necesidad de que estas cuenten con datos fiables y actuales, sin poder acudir a referencias genéricas o poco explicadas. Esta exigencia es consecuencia directa del reconocimiento de la potestad reglamentaria que, aun siendo discrecional, debe justificarse racional y razonadamente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE I FONT, J. (2025). «Contaminación acústica y zonas de bajas emisiones», en *Anuario de derecho ambiental. Observatorio de políticas ambientales*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2025, pp. 471-498.

129 FULLER, *The Invisible Killer*, cit., pp. 201-212.

CALZOLARI, L. (2024). «Gome with the Wind: JP and the Right to Clean Air Under EU Law», *European Papers*, vol. 9, pp. 337-366.

FORTES MARTÍN, A. (2022). «La promoción de la movilidad limpia o sin emisiones», en ALENZA GARCÍA, J., y MELLADO RUIZ, L., *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Marcial Pons, Madrid, pp. 361-382, pp. 377-380.

FUENTES I GASÓ, J. P. (2023). «Zonas de Bajas Emisiones: acotando jurídicamente la movilidad sostenible y otras referencias normativas y jurisprudenciales locales», en *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de políticas ambientales 2023*. Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 313-335, pp. 313-330.

FULLER, G. (2018). *The Invisible Killer. The Rising Global Threat of Air Pollution-and How We Can Fight Back*, Melville House, Londres.

GONZÁLEZ MENDOZA, D. P. (2025). «Algunas acciones de las entidades locales en movilidad urbana sostenible», en TOLÍVAR ALAS, L., y CUETO PÉREZ, M., *Nuevos retos de la actuación administrativa pospandemia*, Atelier, Madrid, 2025, pp. 127-150.

GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2024). «Sobre Marco legal asociado a la problemática de las emisiones de los vehículos a motor e incidencia en la regulación de las Zonas de Bajas Emisiones (ZBE) en las ciudades españolas», *Anuario. Observatorio de Políticas Ambientales 2024*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 619-649.

MISONNE, D. (2020). «The emergence of a right to clean air: Transforming European Union law through litigation and citizen science», *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (RECIEL), pp. 34-45.

MONTORO CHINER, M. J. (2023). «Ordenanza relativa a la Zona de Bajas Emisiones para preservar la calidad del aire en la ciudad de Barcelona. Análisis del instrumento ambiental, reflexión sobre el alcance de las restricciones impuestas y consideraciones sobre las sentencias del Tribunal», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, vol. 1, pp. 115-136.

POUIKLI, K., y TSOUKALA, A. (2023). «Air Pollution Crisis Across Europe: The European Courts, the Governments, the Citizens and the Persistent Ineffectiveness of EU Law», *Journal of Environmental & Planning Law,* pp. 260-286.

TORRES, A., JAEGER, J. A. G., ALONSO, J. C. (2016). «Assessing large-scale wildlife responses to human infrastructure development», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2016, pp. 8472-8477.

VELASCO CABALLERO, F. (2019). «Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común», *Revista Vasca de Administración Públic*a, n. 113, pp. 299-349.

La erosión de la democracia: algunas reflexiones sobre el marco teórico y las respuestas institucionales

Juana Goizueta Vertiz

Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0003-2509-4800

Sumario. I. Introducción.—II. Sistema democrático y representación política: democracia procedimental *versus* democracia sustantiva.—III. De la democracia procedimental a la democracia sustantiva*:* 1. Aproximación a los postulados de la democracia sustantiva. 2. Agenda 2030 y democracia sustantiva.—IV. Respuesta institucional a la erosión de la democracia: especial referencia al plan de acción por la democracia.—V. Algunas reflexiones finales.—VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La democracia[1] entendida como gobierno del pueblo ha sido objeto, históricamente, de diferentes calificaciones: para algunos constituye un mal inevitable (Rousseau, J.-J., 1999, p. 89)[2]; para otros es el mejor sistema de gobierno y un mal necesario (Sieyès, E.-J.)[3]; y también ha sido considerado como el tipo de régimen político deseable (Rosanvallón, P., 1993)[4], el «régimen más cercano al ideal de la gobernanza» (Gómez Suárez, J. L., 2022, p. 57) o como un «campo de posibilidad» (Quiroga, H., 2000, p. 372). Y ello es así probablemente porque como asevera Zuleta la democracia «(…) tiene una larga tradición histórica difícil de definir» (Zuleta, E., 1999, p. 12).

---

1 El origen del término democracia lo podemos encontrar en las palabras griegas *demos* («personas») y *kratos* («poder» o «gobierno»), de modo que lo entendemos como gobierno o poder del pueblo.

2 Así se refiere a la democracia Rousseau para quien la soberanía del pueblo conforma algo inalienable y en tal sentido lo considera no susceptible de ser representado (Rousseau, Jean-Jacques. 1999, p. 89).

3 Cita indirecta extraída de Tajadura Tejada, Javier. (2023). *Sieyès y la lengua de la Constitución*, Athenaica, Sevilla.

4 Traducción de Isidro Vanegas de la obra de Pierre Rosanvallón, « Histoire du mot démocratie à l'époque moderne ». *La Pensée Politique,* 1, París, Gallimard-Le Seuil, abril de 1993, pp. 11-29. Traducción publicada en *Estudios Políticos*, núm. 28, 2006, pp. 9-28.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Si centramos el foco en la actualidad resulta interesante poner la atención en un doble dato: por un lado, España se sitúa en las primeras posiciones de los índices mundiales sobre el estado y funcionamiento de la democracia[5]; y, por otro lado, 8 de cada 10 españoles prefiere la democracia sobre cualquier otra forma de gobierno.

Pues bien, sea cual sea la conceptualización por la que optemos de la democracia y a pesar de que la democracia en España se concibe como un «sistema sólido, consolidado y robusto»[6] uno de los grandes retos que enfrenta es el de su desgaste o erosión. En este orden de cosas, resulta evidente que en los últimos años son recurrentes las voces que apuntan hacía una debilitación o un déficit, incluso, hacia un proceso de erosión de la vida democrática o de la democracia contemporánea hegemónica y una deslegitimación de las instituciones democráticas. En este sentido, se deben entender las palabras de Quiroga cuando sostiene que la democracia decepciona (Quiroga, H., 2000, p. 362). Un fenómeno este de la erosión o déficit de la democracia que no resulta atribuible a democracias emergentes, sino que es predicable de democracias, como acaba de señalarse, sólidas y consolidadas como es la española.

Es cierto que los conceptos de legitimidad y de democracia conforman un tándem automático en el sentido de que aparecen vinculados de forma natural o instantánea y esto significa que se mantiene en el plano teórico tanto la legitimación como la legitimidad democrática[7], pero resulta igual de cierto que en nuestros días está cuestionada y está en crisis la credibilidad institucional por la falta de confianza en las instituciones democráticas[8]. Cabe hacer notar, llegados a este punto que son varias las manifestaciones de la erosión de la democracia: el debilitamiento del Estado de Derecho, la polarización política o la pérdida de la confianza ciudadana en las instituciones a la que acabamos de aludir son solo algunas de estas expresiones.

En este orden de cosas, cabe afirmar que hoy en día la elección de los representantes no es una garantía suficiente de la calidad democrática del

---

5 Democracy Index 2023. *The Economist*.

6 Plan de Acción por la Democracia del Gobierno de España de 2024, p. 5.

7 Recordemos la diferenciación entre los conceptos de legitimación democrática y legitimidad democrática. La legitimación democrática se refiere al proceso (elecciones libres, referéndum…) para asegurar la influencia efectiva del pueblo en el ejercicio del poder estatal de modo que hace alusión al cómo, y por su parte la legitimidad democrática es el estado o cualidad resultante. Así podríamos sostener la legitimidad de un gobierno democrático en cuanto este ha sido elegido democráticamente.

8 En referencia al contexto sudamericano Quiroga, incluso, se refiere a un «(…) cuadro de deterioro institucional que amenaza con la estabilidad democrática» [Quiroga, Hugo (2000). ¿Democracia procedimental o democracia sustantiva? La opción por un modelo de integración. *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. VI, núm. 3, p. 362].

sistema y se está asumiendo que vivimos una crisis global de la democracia y un proceso de desafección de la ciudadanía respecto a las instituciones. Como se ha constatado, actualmente «(…) ni las instituciones democráticas más arraigadas están libres de crítica, indignación y protesta» (García Jurado, R., 2013, p. 206).

Por ello resulta necesario poner el foco en cómo se puede fortalecer y restaurar la calidad democrática del sistema, esto es, es necesario avanzar hacia el restablecimiento de la legitimidad democrática. Cabe recordar en este momento que es precisamente la erosión de la legitimidad de la democracia o el déficit de la representación democrática —que puede adquirir diversas intensidades— uno de los problemas mayores, más actuales y vivos de esta forma de gobierno y, por extensión, de la teoría política contemporánea.

En efecto, una idea clave —y podríamos afirmar que incluso recurrente— es la que hace referencia a la fragilidad de las democracias y a la crisis de legitimidad de los regímenes democráticos. Para abordar este fenómeno, seguiremos el siguiente esquema. Primero, nos aproximaremos al marco teórico idóneo para contrarrestar el actual desgaste de la democracia y posteriormente presentaremos las respuestas institucionales que se han articulado en este sentido. En la actualidad adquiere pleno sentido poner el foco en la democracia sustantiva en cuanto marco teórico idóneo para responder al desafío del actual debilitamiento del sistema democrático. La democracia sustantiva nos permite superando la democracia meramente formal o procedimental evaluar la calidad real del sistema democrático (apartado II). Esto será, principalmente, lo que centre nuestra atención en las siguientes páginas. Una tarea que exigirá, especialmente, poner nuestra atención tanto en los postulados o los fundamentos sobre los que se sostiene la democracia sustantiva —lo que nos posibilitará identificar mejor la democracia sustantiva y diferenciarla de la denominada procedimental— como en la Agenda 2030 donde encontramos, como tendremos ocasión de analizar, el anclaje y el refuerzo de estos postulados de la democracia sustantiva (apartado III). En segundo lugar, también será objeto de nuestra atención la respuesta política que ante el fenómeno de la erosión de la democracia nos ofrecen tanto la Unión Europea como el Gobierno español (apartado IV). Y el trabajo se cerrará con algunas reflexiones finales (apartado V).

II. SISTEMA DEMOCRÁTICO Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA: DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL *VERSUS* DEMOCRACIA SUSTANTIVA

La democracia conforma uno de los temas medulares de la teoría del Estado y del propio Derecho constitucional. Como es conocido, no resulta exigua la literatura existente sobre el origen, el concepto y el significado

ISBN: 978-84-7777-740-3

de la democracia constitucional. Tampoco es poco lo escrito sobre la diferenciación entre el mandato imperativo —prohibido expresamente en el artículo 67.2 de la Constitución española— *versus* mandato representativo[9] y también mucho se ha opinado sobre soberanía nacional y soberanía popular, de modo que no es objeto de estas líneas profundizar sobre las cuestiones apuntadas.

El objetivo que se pretende en este trabajo es doble: por un lado, se trata de realizar una aproximación a las causas de un fenómeno que en la actualidad parece aceptado sin mayor cuestionamiento, a saber, el relativo a la crisis del sistema democrático y la falta de confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas; y, por otro lado, se pretende dar ciertas pistas sobre las posibles claves para recuperar esa confianza y lograr el fortalecimiento del sistema democrático.

Como es por todos conocido la democracia en el constitucionalismo de hoy constituye una forma de Estado y de Gobierno y en tal sentido es «(…) un principio de organización sobre la titularidad y el ejercicio del poder del Estado» (Böckenförde, E. W., 2000, p. 53)[10]. Nos situamos ante un sistema político en el que la ciudadanía ejerce la soberanía, normalmente, a través del principio de representación política[11]. En tal sentido, podemos entender que el régimen representativo está intrínsecamente ligado al concepto de soberanía nacional, siendo los representantes los que expresan, de forma libre, la voluntad de la nación como ente abstracto y soberano[12]. Y ello debido a que la legitimidad del sistema democrático radica en la Nación y se ejerce a través de representantes: a saber, el poder de gobernar se «traslada» a los representantes. Cabe recordar que, como afirma Böckenförde, «(…) la legitimidad en el Estado constitucional social y democrático se constituye como una cadena ininterrumpida que comienza en origen con la

---

9 En este orden de cosas, resulta ilustrativa la diferenciación que realiza Pedro De Vega sobre la representación entendida en la forma de mandato imperativo y su sustitución por el conocido como mandato representativo [De Vega, Pedro (1985). «Significado constitucional de la representación política», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 44, marzo-abril, en particular, pp. 26-30]. Y asimismo resulta de interés su trabajo titulado «Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual», *Working Paper,* núm. 141, pp. 1-33.

10 Téngase en cuenta que la democracia como forma de Estado y de gobierno se desarrolla, principalmente de las pp. 53 a 98 de la obra Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.

11 Por todos, pueden consultarse en este sentido: Sartori, Giovanni (1994). *La democracia después del comunismo*. Editorial Alianza, pág. 88; y Pitkin, Hanna (2014). *El concepto de representación*, Centro de Estudios Políticos e Institucionales, p. 143.

12 Resulta interesante en este sentido y en el contexto de la Europa continental recordar la doctrina de la representación elaborada a partir de la soberanía nacional atribuible a Sieyès y que es compartida por Rousseau y por Locke. En síntesis, se trata de reconocer a la nación como titular de la soberanía que, como ente abstracto, debe actuar a través de representantes que expresan la voluntad de la nación.

elección de representantes» (Böckenförde, E. W., 2000, p. 55)[13]. En otras palabras, los gobiernos democráticos encuentran su primera fuente de legitimidad en la elección de los representantes (García Jurado, R., 2013, p. 207)[14].

Y son los partidos políticos los instrumentos para la canalización de este principio de representación en cuanto que, como es sabido, expresan el pluralismo político y concurren a la formación y a la manifestación de la voluntad popular «(…) lo que implica el obligado paso de lo que Duverger ha denominado el tránsito de una concepción individualista a otra comunitaria de la representación» (De Vega, Pedro, 1985, p. 35). Sobre este particular, conviene recordar que el paso del Estado liberal al Estado social y democrático tras la II Guerra Mundial trae aparejado una «(…) mutación en la configuración y función política del principio representativo»[15]. La mutación a la que se hace referencia implica pasar de entender la representación como sustitución a comprenderla como una forma de participación en el sistema político y, por ende, en la toma de decisiones.

En todo caso, y sea cual sea la función que se le atribuya a la representación —dimensión sustitutiva o participativa del principio representativo— conviene subrayar que la representación es un elemento constitutivo e inherente a la democracia. Ahora bien, es necesario lograr una adecuada complementariedad entre la representación formal y la representación material que permite que el pueblo pueda reconocerse en la acción de los representantes[16]. En suma, bien puede afirmarse que la esencia de la democracia no es la democracia directa ni esta constituye la forma auténtica de democracia en el bien entendido de que, como acabamos de apuntar, la democracia como forma de Estado requiere de la representación. Así, los instrumentos de la democracia directa juegan un papel corrector o de contrapeso del poder de decisión que se otorga a través de las elecciones a los representantes. En otras palabras, el poder de decisión y dirección representativo se puede corregir democráticamente por una doble vía: mediante la sustitución de los representantes o por la vía de la toma de decisión directa por parte del pueblo. En este sentido, como señala Cortina, el modelo

---

13 La versión que se ha manejado de la obra Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia de Böckenförde, Ernst Wolfgang es la traducción realizada por Rafael de Agapito Serrano.

14 García Jurado expone la opinión de Rosanvallón.

15 De Miguel Barcena, Josu (2005). «La Democracia representativa bajo el régimen de la gobernanza liberal», *Anuario da Facultade de Dereito*, núm. 9, p. 128.

16 La distinción entre representación formal y material ha sido delimitada de forma acertada por Böckenförde para quien la formal se refiere al nexo de legitimación y de imputación que se establece entre la acción de los órganos de dirección y el pueblo. Y por su parte, la representación material se refiere a aquella en la que el pueblo se ve reconocido en la acción de los órganos de dirección (Böckenförde, Ernst Wolfgang. 2000, p. 146).

ISBN: 978-84-7777-740-3

adecuado sería la democracia representativa «(…) siempre que los ciudadanos pudieran hacer llegar también sus propuestas a través de diversos mecanismos, como el debate abierto en la esfera de la opinión pública» (Cortina, A., 2009, p. 171).

El principio representativo, en nuestros días, encierra la idea de participación más allá de una mera emisión del voto a favor de los representantes políticos y esto nos sitúa ante el modelo de la democracia participativa que emerge junto al de la democracia representativa[17]. Mientras que la democracia representativa alude al hecho de la participación ciudadana en el proceso político a través de sus representantes electos, la democracia participativa exige diseñar nuevos espacios, sujetos y métodos de participación política ciudadana que deben ser efectivos en períodos interelectorales.

Por un lado, la democracia participativa permite la aparición de nuevos actores que junto con la ciudadanía van a participar en la conformación de la acción política. Y, por otro lado, la mencionada participación ciudadana en la toma de decisiones exige repensar el modelo de relación Estado-sociedad

---

17 También el Tratado de la Unión Europea reconoce como fundamento del propio funcionamiento de la Unión la democracia representativa y la democracia participativa. En concreto, en los artículos 10 y 11 respectivamente. El artículo 10 reza como sigue:

> «1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa.
>
> 2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.
>
> 3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos.
>
> 4. Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión».

Y el tenor literal del artículo 11 dice lo siguiente:

> «1. Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.
>
> 2. Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.
>
> 3. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.
>
> 4. Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados. Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

y redirigir la mirada de un modelo de gobierno constitucional y gobernanza vertical a una gobernanza horizontal que permita alcanzar «una forma de democracia continua» (De Miguel Barcena, J., 2005, p. 134)[18]. En tal sentido, para algunos precisamente es en esa existencia de un vínculo directo que refuerza la participación directa con la racionalidad, efectividad y sostenibilidad de las políticas públicas, donde radica «el atractivo de la gobernanza participativa» (Schmalz-Bruns, R., 2018, p. 18).

Desde una perspectiva teórica, tanto el principio de la democracia representativa como el de la democracia participativa, legitiman el poder político, pero en el orden actual es necesario apostar por la democracia participativa y por un nuevo modelo de gobernanza participativa que además de enlazar con la denominada democracia sustantiva es una forma de «poder transformador» (Chávez Becker, C., 2024, p. 61). Cabe recordar que entre los factores que coadyuvan a la erosión de la democracia están, principalmente, la crisis de la representación política y el aumento de las desigualdades sociales, por ello hay que realizar una firme apuesta por la gobernanza participativa y la democracia sustantiva.

En el momento actual en el que han tomado una preocupante centralidad los autoritarismos creo que es necesario dar un paso cualitativo y poner el foco no tanto en la democracia procedimental sino en la democracia sustantiva y en el «multi utilizado concepto» de gobernanza participativa (Chávez Becker, C., 2024, p. 61). Un tipo de gobernanza este que para algunos conforma un término descriptivo más que una metodología (Chhotray, V. y Stoker, G., 2009, p. 166) y que para otros conforma una «utopía real» (Fung, A. y Wright, E., 2003).

Sobre este particular, según el parecer de Chhotray y Stoker, la gobernanza participativa es no un tipo de gobernanza sino su esencia, «una parte integral de dicho concepto». Una aseveración que los citados autores justifican argumentando que la gobernanza sin participación resulta una expresión «etimológicamente anómala» (Chhotray, V. y Stoker, G., 2009, p. 179). En tal sentido, la gobernanza participativa permite a la ciudadanía ejercer un papel que va más allá de la que le corresponde como votante, «(…) al abarcar prácticas de compromiso deliberativo directo» sobre temas actuales de relevancia (Fischer, F., 2012, pp. 457-458). De modo que, esta idea de la gobernanza participativa nos evoca una idea de la democracia entendida como una «compleja red de variadas formas de participación» que desde luego van más allá del voto en las elecciones periódicas (Heinelt, H., 2018, p. 7). Y

18 De Miguel Barcena utiliza el concepto de democracia continua para referirse a la democracia participativa digital que considera una democracia superior a la tradicional. En concreto, el autor sostiene que frente a la participación intermitente de los ciudadanos propia de la democracia tanto representativa como de la democracia directa, la democracia participativa digital es una forma de democracia continua.

ISBN: 978-84-7777-740-3

entre otros mecanismos participativos, podemos comprender dentro de la gobernanza participativa los relativos a los presupuestos participativos, los planes comunitarios o las políticas de cooperación al desarrollo. En suma, puede aceptarse sin grandes dificultades que la gobernanza participativa implica un fortalecimiento de la democracia.

Llegados a este punto, nos situamos en un marco en el que debemos traer a colación la distinción entre democracia procedimental y democracia sustantiva. Por una parte, la democracia procedimental, como apunta parte de la doctrina, se refiere al conjunto de normas, procedimientos e instituciones que garantizan el cumplimiento de ciertos patrones formales[19]. A saber, la democracia procedimental hace alusión al método. Ahora bien, esta democracia procedimental adolece de lo que podríamos denominar ciertas «imperfecciones» lo que ha llevado en los últimos años a generar un clima de falta de desconfianza en las instituciones, un sentimiento de desafección por parte de la ciudadanía y la deslegitimación del propio sistema democrático. Por todo ello resulta necesario fortalecer la gobernanza democrática.

Por otra parte, la democracia sustantiva apuesta por garantizar ciertos resultados y, la búsqueda del bien común o del interés común se erige en fundamento del sistema democrático. De modo que la democracia sustantiva parte de unos presupuestos éticos exigibles tanto a los ciudadanos como a los cargos políticos. La democracia sustantiva es la que busca el resultado en la implementación de las políticas públicas y, con ello, mayores niveles de justicia social o la garantía de los derechos de la ciudadanía en condiciones de igualdad y libertad.

En suma, la democracia procedimental resulta una condición necesaria pero no necesariamente suficiente para «preservar» la legitimidad democrática y esto es lo que justifica en gran medida que estemos inmersos en un proceso de erosión de esa legitimidad democrática. No debemos perder de vista que la democracia procedimental es «(…) un punto de partida, nunca un punto de llegada» (Quiroga, H., 2000, p. 366). Por esto y para recuperar la credibilidad institucional y la confianza en el sistema democrático es necesario poner el foco en la democracia sustantiva y situarnos en el plano de las políticas públicas participativas[20]. A la democracia sustantiva prestaremos atención en las siguientes páginas.

---

19 Véase, a título ejemplificativo: Dahl, Robert (1993). *La poliarquía.* Red Editorial iberoamericana; Sartori, Giovanni (1994). *La democracia después del comunismo*. Editorial Alianza; o Schumpeter, Joseph Alois. (1998). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Ediciones Orbis.

20 Sobre modos de hacer políticas públicas participativas en España y la evaluación de los casos de los ayuntamientos de Zaragoza, Valladolid, A Coruña y Pamplona como modelos de espacios de gobernanza participativa resulta de interés el trabajo de Juan Mérida e Imanol Tellería [Mérida, J. y Tellería, I. (2021). «¿Una nueva forma de hacer política? Modos de gobernanza participativa y "Ayuntamientos del Cambio" en España», *GAPP*, núm. 26, pp. 92-110].

III. DE LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL A LA DEMOCRACIA SUSTANTIVA

Con carácter preliminar al estudio de los postulados de la democracia sustantiva, conviene traer a colación la siguiente idea: La diferenciación entre la democracia procedimental y la sustantiva nos trae a la mente, siguiendo a Rosanvallón, la teoría de la doble legitimidad o teoría de la legitimidad dual de la democracia. Nos referimos a la legitimidad dual de la democracia para aludir a la legitimidad de origen y la legitimidad funcional o, en otros términos, la legitimidad de establecimiento y legitimidad de desempeño —también denominada «legitimidad por resultados» (Chávez Becker, C., 2024, p. 65)— o *input legitimacy* y *output legitimacy* (García Jurado, R., 2013, pp. 207-208). Y esta idea de la doble legitimidad de la democracia está íntimamente vinculada con la idea de la gobernanza participativa que ha sido introducida en las anteriores páginas.

Una vez que hemos aceptado que la superación del actual proceso de erosión de la democracia solo puede hacerse si nos situamos en la atalaya de la democracia sustantiva, a continuación, corresponde acercarnos a sus postulados. La democracia sustantiva depende del cumplimiento de ciertos valores que han sido recogidos en los ODS sobre los que se cimientan las dimensiones o postulados sobre lo que esta se sustenta.

1. Aproximación a los postulados de la democracia sustantiva

Siguiendo a Natalia Millán y Diana Gómez Bruna (2025, p. 148) las dimensiones o ejes de la democracia sustantiva se identifican con las 4 siguientes que se encuentran presentes, aunque en diversa intensidad, en los 17 ODS: la participación política y empoderamiento ciudadano; la arquitectura institucional democrática; la protección de los derechos de la ciudadanía; y la redistribución y equidad. Los dos primeros postulados se refieren al carácter procedimental u orgánico de la democracia mientras que las dimensiones tercera y cuarta se vinculan con un carácter más finalista orientados a la obtención de resultados. Veamos siquiera de forma muy breve, y siguiendo a las autoras mencionadas, en qué consisten estos cuatro ejes de la democracia sustantiva.

Referirse a la participación política y empoderamiento ciudadano implica en el marco de la democracia sustantiva la construcción de un sistema político abierto y plural, capaz de incorporar diversas visiones e intereses sociales y la necesidad de desarrollar mecanismos efectivos de transparencia de la gestión gubernamental y rendición de cuentas (Millán, N. y Gómez Bruna, D., 2025, p. 149). Una de las ideas sobre las que pivota la democracia sustantiva es la participación ciudadana. Por ello, y aunque no solo, resulta necesario explorar vías o instrumentos de participación de la ciudadanía que permitan contrarrestar esta crisis que afecta a las actuales democracias. Es

ISBN: 978-84-7777-740-3

sabido que el ejercicio activo de la ciudadanía fortalece la legitimidad del sistema democrático y profundiza la calidad democrática[21]. Así pues, la fortaleza o legitimidad de la democracia conlleva —como uno de los ejes de la democracia sustantiva— procesos participativos y mecanismos de rendición de cuentas.

Puede afirmarse que en la actualidad nadie duda de que la participación ciudadana —sea presencial o digital[22]— es inherente al sistema democrático. Es más, estamos de acuerdo con Huaman Pinto cuando sostiene que es esa participación de la ciudadanía la que «(…) le da sentido democrático y validez a la gobernanza actual»[23]. Una participación que conforma una herramienta de gobernanza que ayuda a crear una responsabilidad colectiva por parte de la ciudadanía y que exige mayor transparencia en el actuar a la Administración[24].

Ahora bien, también resulta importante destacar que lo relevante es poner el foco en las características que debe cumplir la mencionada participación ciudadana. Para hacer frente a la desafección política o a la deslegitimación del sistema democrático no resulta suficiente impulsar la participación ciudadana meramente simbólica bien sea mediante el voto o bien a través de las consultas.

Para recuperar y fortalecer la confianza en las instituciones resulta clave empoderar a la ciudadanía mediante procesos participativos que permitan a esta no solo participar activamente en el diseño de políticas públicas sino también asumir el control democrático sobre esas políticas públicas; a saber, evaluar su implementación. Así pues, se debe apostar por la eficacia de la gestión colaborativa o participativa en el diseño o en la formulación de las políticas públicas y en su implementación. Esto significa que la participación ciudadana debe ser decisoria. En este orden de cosas, es necesario que la participación ciudadana sea capaz de transformar los procesos lo que se da cuando se produce debate, se comparte información, hay confianza y se alcanzan acuerdos. En suma, la legitimidad del ejercicio del poder público viene de los procesos de participación que sean deliberativos y decisorios lo que exige la corresponsabilidad en la gestión pública.

---

21 En este sentido han mostrado su parecer, por ejemplo: Sen, Amartya (2000), *Desarrollo y Libertad,* Planeta; o, Castoriadis, Zoe (2007), «Instituir el espacio público», en Franco, Y., Freire, H. y Loretti, M. (coords.), *Insignificancia y autonomía. Debates a partir de Cornelius Castoriadis*, Editorial Biblos.

22 Cuando nos referimos a la participación ciudadana digital estamos pensando, por ejemplo, en las plataformas digitales de gobierno abierto.

23 Huaman Pinto, Abelino Javier (2025). «Gobernanza multinivel y participación ciudadana: una revisión de literatura de los últimos 5 años», *Revista Invecom,* p. 4.

24 Toro Martínez, María (2025). «Cuando la ciudad habla: patrimonio y participación ciudadana como agentes de cambio en las tareas de hacer ciudad», *Vad.* 13, pp. 102-114.

El segundo eje de la democracia sustantiva se refiere a la institucionalidad o arquitectura institucional democrática. Esto significa referirse a instituciones políticas orientadas a la paz y seguridad humana. Asistimos a un proceso de debilitamiento no solo de las instituciones sino del propio estado que se debe, en gran medida, a que las instituciones se «rinden» al servicio de intereses corporativos. Toda democracia sustantiva exige instituciones políticas sólidas, inclusivas y orientadas a la paz y la seguridad humanas lo que pasa por el fortalecimiento de lo público.

La pervivencia de la democracia sustantiva depende de presupuestos éticos lo que incluye la efectividad de un *ethos* democrático entre los ciudadanos y en los cargos públicos, así como la disposición de los representantes políticos a tomar decisiones fundamentadas en el interés común (Böckenförde, E. W., 2000, p. 113).

Por su parte, el tercer eje es el relativo a la protección de los derechos de la ciudadanía. Sobre este tercer eje de la democracia sustantiva téngase en cuenta que, tal y como afirman Fraser, N. (2005) y Held, D. (2007)[25], la democracia encuentra su sentido pleno cuando permite que todas las personas puedan ejercer sus derechos en condiciones reales de igualdad y libertad.

Y el cuarto y último eje es el relativo a la redistribución y equidad. No decimos nada nuevo, aunque curiosamente resulta necesario ser recordado, si afirmamos que la justicia conforma uno de los fundamentos de cualquier sociedad que se califique de democrática. Se entiende que la redistribución de la riqueza y la equidad conforman una de las dimensiones de la democracia sustantiva en tanto que son condiciones estructurales para el ejercicio de una ciudadanía plena. Esto es, la democracia sustantiva exige la intervención en los mercados y la corrección de las desigualdades estructurales que genera el sistema capitalista hegemónico. Y es esta perspectiva la que permite sostener la fuerza igualadora que encierra la democracia sustantiva.

Así, la democracia sustantiva reconoce como principios rectores del orden democrático la justicia distributiva y la equidad multidimensional tanto entre países como entre personas. Las políticas públicas deben lograr distribuciones equitativas que pivoten sobre el principio medular de la justicia social. La participación ciudadana deliberativa y decisoria ha de servir para diseñar políticas públicas más transparentes y equitativas. Y siempre debe ponerse el foco a la hora de diseñar tales políticas públicas en el concepto de justicia social puesto que no debemos perder de vista que la actual crisis de la democracia radica su origen, en buena medida, en que existe una mezcla de debilidad institucional con desigualdades sociales sistémicas. En

25 Held, David (2007), *Modelos de democracia*, Alianza Editorial.

ISBN: 978-84-7777-740-3

suma, la lógica de la democracia ha de situarse en la construcción de una sociedad más justa y nunca deberíamos renunciar, como defiende Quiroga, a las aspiraciones de igualdad social ni a las prácticas participativas (Quiroga, H., 2000, p. 366).

2. Agenda 2030 y democracia sustantiva

No parece difícil sostener la conexión existente entre las dimensiones o ejes de la democracia sustantiva y la Agenda 2030 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015. Es más, esta Agenda 2030 que acuerda los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de alcance mundial —en concreto 17— incorpora una propuesta de fortalecimiento democrático. La nueva Agenda sitúa a la democracia, junto con la buena gobernanza y el Estado de Derecho como elemento esencial del desarrollo sostenible. La Agenda 2030 en tanto que apuesta por promover sociedades más justas, sostenibles e inclusivas propone metas conectadas con la democracia sustantiva y de forma más explícita Natalia Millán y Diana Gómez Bruna, sostienen que la Agenda 2030 «(…), a través de sus diecisiete ODS y ciento sesenta y nueve metas, refuerza los postulados de la democracia sustantiva con diferentes grados de intensidad» (Millán, N. y Gómez Bruna, D., 2025, p. 153).

Este refuerzo de los postulados de la democracia sustantiva en los 17 ODS debe ser valorado positivamente si partimos del poder moral imputable a los mismos. Ahora bien, y a pesar de este marco universal válido para poder avanzar hacia la democracia sustantiva el hecho de que en la actualidad siga siendo una realidad la preocupación por la erosión de la democracia y la desafección de la ciudadanía respecto a las instituciones nos induce a pensar que no hemos sabido aprovechar la potencialidad que este marco universal nos ha ofrecido.

Desde una perspectiva más concreta, presentaremos a continuación siguiendo el estudio de Natalia Millán y Diana Gómez Bruna «El rol de la democracia en la Agenda 2030: un análisis crítico frente a la crisis institucional global» con qué cada ODS en particular se conecta cada uno de los ejes o dimensiones de la democracia sustantiva y en qué nivel se da esa conexión. En este orden de cosas, el eje relativo a la protección de los derechos de la ciudadanía está incorporado, principalmente, en los ODS 1, 2, 3, 4, 5 y 6 y en menor medida en los ODS 7, 8, 10, 11, 14 y 16. El eje referente a la redistribución y equidad está incorporado de forma principal en el ODS 5 y, además, en los ODS 9, 10 y 17. Por otro lado, la dimensión vinculada a la participación política y el empoderamiento de la ciudadanía están presentes, principalmente, en los ODS 5 y 13 y además con una presencia poco relevante que para Natalia Millán y Diana Gómez Bruna «(…) no supera el 10% del total de metas de dichos objetivos» (Millán, N. y Gómez Bruna,

D., 2025, p. 155)[26]. Y finalmente el eje relativo a la institucionalidad está integrado en los ODS de forma más generalizada siendo su presencia más relevante en los siguientes ODS: 9, 13, 16 y 17. Aunque también conviene destacar que esta dimensión instituciones políticas orientadas a la paz y seguridad humana tiene una nula o muy baja presencia en los ODS relativos a salud, educación o ciudades sostenibles.

En suma, las dimensiones más integradas en los ODS son la protección de los derechos de la ciudadanía y la relativa a redistribución y equidad. Y por el contrario las que menor presencia tienen son las relativas a participación política y empoderamiento ciudadano y a la institucionalidad. En todo caso, y sea con mayor o menor intensidad, parece evidente que los ODS significan un afianzamiento y refuerzo de las bases o principios sobre los que se asienta la democracia sustantiva. Como prueba de lo afirmado, conviene resaltar que en 2018 se ha aprobado el Plan de Gobierno Abierto como una de las medidas prioritarias para el desarrollo, en general, de los ODS y con el fin de desarrollar, en particular, el objetivo 16.

IV. RESPUESTA INSTITUCIONAL A LA EROSIÓN DE LA DEMOCRACIA: ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN DE ACCIÓN POR LA DEMOCRACIA

Como hemos tenido ocasión de avanzar, para combatir la erosión de la democracia a la que estamos asistiendo resulta necesario situarse desde un marco conceptual en el ámbito de la democracia participativa y sustantiva. Y a ello hay que añadir que este desgaste que está sufriendo la democracia también ha recibido respuesta desde el ámbito de lo político. En efecto, no se ha hecho esperar la reacción en el plano político o institucional y en este contexto debemos situar el Plan de Acción por la Democracia presentado por el Gobierno español en septiembre de 2024 que incorpora los objetivos de la iniciativa de la Comisión Europea sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea de 2020[27].

Antes de entrar al análisis del Plan de Acción por la Democracia, nos aproximaremos siquiera de forma lacónica a este Plan europeo aprobado en 2020. El Plan de Acción para la Democracia Europea responde a un objetivo general y a tres objetivos específicos. El reforzar la resiliencia de las democracias de la Unión es el objetivo general y para ello se marca la siguiente triada de objetivos específicos: promoción de elecciones libres y justas; refuerzo de la libertad de los medios de comunicación; y lucha contra

26 Téngase en cuenta que la presencia de la dimensión participación política y empoderamiento ciudadano en los ODS 4, 6, 10 12 y 16 resulta prácticamente anecdótica.

27 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea, COM (2020) 290 final, Bruselas de 3.12.2020.

ISBN: 978-84-7777-740-3

la desinformación. Ha sido la Comisión Europea quien se ha encargado de diseñar las acciones clave del plan y en este sentido propone una serie de reformas e iniciativas que afectan a todos los poderes de la Unión. Entre las medidas previstas podrían destacarse las que a continuación se exponen. En el plano de la democracia procedimental se aboga, por ejemplo, por la necesidad de legislar para garantizar una mayor transparencia en el ámbito de lo que denomina «publicidad política»[28] o por la revisión del Reglamento sobre la financiación de los partidos políticos europeos. También centra la atención en el ámbito de las medidas destinadas a luchar contra la desafección de la ciudadanía respecto a las instituciones y en este sentido resulta interesante los conceptos que maneja referentes al compromiso cívico inclusivo y la resiliencia democrática europea. La Comisión Europea hace una firme defensa de la necesidad de reforzar los vínculos entre las personas y las instituciones democráticas que es una de las debilidades de las actuales democracias incluso, como ya hemos señalado, de las más consolidadas. Y cabe señalar, para finalizar, que se les otorga un especial protagonismo a las medidas para combatir la desinformación apuntando que resulta necesario trabajar en un doble sentido. Se apuesta tanto por asegurar la libertad y el pluralismo en los medios de comunicación como por la necesidad de luchar contra la manipulación de información e injerencia por parte de agentes extranjeros.

Tras esta breve referencia al Plan de Acción para la Democracia Europea, corresponde ahora exponer las ideas clave del Plan de Acción por la Democracia (en lo sucesivo, el Plan) que el Consejo de Ministros aprobó el 17 de septiembre del año 2024. En términos generales, el Plan pretende combatir los riesgos que actualmente sufren las democracias diseñando la hoja de ruta para fortalecer los elementos medulares del Estado de Derecho. Y para ello el Plan se estructura en torno a una introducción en la que además de su necesidad se fija la contextualización del mismo, la definición de su objetivo y la delimitación de sus ejes de actuación. El objetivo que se pretende alcanzar pone especial énfasis en la evaluación de la acción de los poderes públicos y está expresado en los siguientes términos: según el Plan su objetivo es «facilitar la tarea de la ciudadanía a la hora de evaluar la acción de los poderes públicos, dotando a nuestra democracia de más transparencia y rendición de cuentas en tres ámbitos clave, como son el poder ejecutivo, los medios de comunicación y el poder legislativo».

Por ende, los principales cambios que se proponen en el Plan que se desarrollará desde 2024 a 2027 apuntan en una triple dirección coincidentes con sus ejes de actuación: poder ejecutivo y gobierno abierto; medios de comunicación y garantía del derecho de los ciudadanos a una información veraz; y poder legislativo. El Plan incluye un paquete de medidas cuyo obje-

28 Con el término publicidad política se hace referencia al contenido político patrocinado.

tivo es ayudar a proteger y regenerar la democracia en España y para ello, en concreto, se contemplan 3 ejes de actuación. Cada eje de actuación incluye una serie de medidas con sus correspondientes instituciones responsables de ejecutarlas las cuales aparecen englobadas en 11 líneas de actuación.

Veamos, en las siguientes páginas, con más detalle este contenido del Plan que engloba 31 medidas.

El primer eje de actuación se formula bajo el epígrafe de «Ampliar y mejorar la calidad de la información gubernamental». En este primer eje se concretan 9 medidas bajo el paraguas de las siguientes cuatro líneas de actuación.

Por un lado, se formula como primera línea de acción la relativa al desarrollo de estrategias y mecanismos de Gobierno Abierto que se materializa en cuatro medidas. Esta primera línea de acción expresa el compromiso del Gobierno de la Nación con la transparencia de la gobernanza y para ello se apuesta por avanzar en un doble sentido: el desarrollo de mecanismos que permitan una rendición de cuentas eficaz y sistemática; y el fomento de la participación ciudadana junto con la colaboración de la sociedad civil en los asuntos públicos. En suma, se declara que el fortalecimiento de la democracia requiere de formas de gobernanza más abiertas y transparentes en las que se da un protagonismo clave a la ciudadanía, así como a la sociedad civil.

Por otro lado, la rendición de cuentas obligatoria constituye la segunda línea de acción. El proyecto más importante dentro del marco de esta segunda línea de acción lo constituye el informe o programa de rendición de cuentas «Cumpliendo». En el Plan se resalta la relación evidente que existe entre la rendición de cuentas y el fortalecimiento de la democracia y en este sentido se apuesta por la obligación legal de rendir cuentas semestralmente para las administraciones públicas. En tal sentido, se otorga a las Cortes Generales y al Ministerio de Transformación Digital y Función Pública la responsabilidad de ejecutar la única medida que se contempla bajo esta segunda línea de acción: a saber, la relativa al establecimiento de una obligación legal de rendición de cuentas cada seis meses para todas las administraciones.

La tercera línea de acción que se enmarca en este primer eje de actuación se refiere a las estrategias e iniciativas para profundizar en transparencia y reforzar la lucha contra la corrupción. En esta tercera línea de acción las tres medidas proyectadas se despliegan en un doble ámbito: el ámbito normativo; y el relativo al de las reformas en la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal. En el ámbito normativo, por ejemplo, se ha aprobado la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción y asimismo se ha aprobado el Real Decreto 1101/2024, de 29 de octubre,

ISBN: 978-84-7777-740-3

por el que se aprueba el Estatuto de la Autoridad Independiente de protección del informante[29].

Respecto a la fiscalía general del Estado las reformas apuntan a la creación de 2 nuevas unidades especializadas para combatir la corrupción. La mencionada reforma se ha operado mediante la aprobación del Real Decreto 1100/2024, de 29 de octubre, por el que se amplía y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes[30]. En concreto, y tal y como se prevé en el propio Real Decreto resulta: «(…) imprescindible continuar con la necesaria especialización de la Carrera Fiscal con el fin de mejorar la eficacia en la respuesta penal frente a hechos delictivos que socavan el patrimonio público y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones democráticas, principalmente frente al fraude a la Hacienda Pública y a la corrupción pública.

Para lograr una verdadera y efectiva lucha contra la corrupción y los delitos en los que existe menoscabo del erario, es preciso ampliar a toda la estructura territorial de la Carrera Fiscal la especialización en estas materias, así como crear dos nuevas unidades en la fiscalía general del Estado dedicadas a su coordinación en todo el territorio nacional.

En este sentido, procede la creación de una plaza de Fiscal de Sala de Delitos Económicos y una plaza de Fiscal de Sala de Delitos contra la Administración Pública».

Y ya para finalizar, haremos referencia a la cuarta y última línea de acción que se refiere a la reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales[31]. Esta línea de acción se enmarca en el derecho de la ciudadanía de acceder a información pública en los términos recogidos en el artículo 105. b) de la Norma Fundamental[32].

Pasamos a continuación a describir lo relativo al segundo eje de actuación contenido en el Plan. Fortalecer la transparencia, pluralidad y responsabilidad de nuestro ecosistema informativo es el título de este segundo eje de actuación que incluye 4 líneas de acción aglutinando 16 medidas. El marco de este segundo eje de actuación lo conforma el Reglamento Europeo de Libertad de Medios de Comunicación de 2024. Las 16 medidas concretadas se agrupan en cuatro grandes bloques: transparencia, independencia, pluralismo y protección.

---

29 *BOE*, núm. 262, de 30 de octubre de 2024.

30 *BOE*, núm. 262, de 30 de octubre de 2024.

31 Téngase en cuenta que el Gobierno ha remitido al Congreso en julio de 2025 el proyecto de ley de Información Clasificada que sustituirá a la Ley de Secretos Oficiales de 1968.

32 El artículo 105.b) de la CE reza como sigue: «La ley regulará:

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.»

La primera línea de acción de este segundo eje hace referencia a la fijación de nuevos estándares de transparencia de los medios de comunicación, y ello porque los contenidos que estos difunden desempeñan un papel nuclear en la formación de la opinión pública y repercuten de forma directa tanto en la participación democrática como en el bienestar social. Asimismo, en esta primera línea de acción se resalta la importancia de la publicidad institucional entendida esta en su sentido amplio; es decir, «(…) la que engloba actividades de promoción o autopromoción, anuncios públicos o campañas informativas, llevadas a cabo por, para o en nombre de una amplia gama de autoridades o entidades públicas, entre las que están los gobiernos nacionales o subnacionales, las autoridades u organismos reguladores y las entidades bajo el control de los gobiernos nacionales o subnacionales».

La segunda línea de acción se ocupa de la independencia de los medios de comunicación con el objetivo de lograr la independencia editorial y los derechos de los profesionales de los medios. Respecto a este ámbito adquiere una relevancia esencial la Directiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública») conocida como Directiva anti SLAPP[33]. Esta norma tiene por objetivo proteger a quienes participan en el debate público, como los periodistas o los activistas, frente a demandas abusivas o manifiestamente infundadas. Así esta Directiva es una norma de litigación civil en defensa de la libertad de expresión e información, la democracia y el Estado de Derecho.

En este orden de cosas y, por ejemplo, junto al impulso de la ley de secreto profesional de los periodistas como garantía jurídica para la protección de fuentes o el refuerzo de la autorregulación de los Medios y las Plataformas digitales en el marco del Código de buenas prácticas a nivel europeo, se contempla en esta línea de acción la medida relativa a la transposición de la Directiva anti SLAPP para la protección de los periodistas de acosos externos. Y precisamente sobre esta última medida, el Consejo de Ministros ha aprobado el 14 de abril de 2026 en primera vuelta el Anteproyecto de Ley y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directa anti SLAPP lo que valoramos positivamente en cuanto que supone un avance en la materialización del Plan de Acción por la Democracia que estamos analizando. Esta transposición dota de una herramienta para que nadie pueda utilizar los tribunales como «arma» de intimidación lo que permite reforzar una democracia que protege a quienes participan en el debate público. Esta reforma se articula a través de dos proyectos legislativos: una ley ordinaria, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Civil y la

33 El término SLAPP hace referencia a Strategic Lawsuits Againts Public Participation.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil; y una ley orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial para establecer que los tribunales españoles sean competentes para conocer de las acciones de reclamación de daños y perjuicios y de las costas a personas domiciliadas en España derivados de estas demandas abusivas en terceros países.

La tercera línea de acción se centra en el pluralismo con el objetivo de evitar la concentración de medios de comunicación en pocas manos. Más en particular, podríamos sostener que el objetivo medular que se persigue con esta tercera línea de acción es el establecimiento de normas y procedimientos lo que conlleva la revisión del actual marco regulatorio a los efectos de «llevar a cabo una evaluación de las concentraciones en el mercado de los medios de comunicación con impacto significativo sobre el pluralismo de los medios de comunicación y la independencia editorial».

Y la última y cuarta línea de acción se refiere a la protección o promoción de una mayor calidad del debate público. Un objetivo que como el propio Plan reconoce exige un esfuerzo de actualización normativa. Se incluyen 6 medidas y entre ellas destacan la primera relativa a la aprobación de una Estrategia Nacional de lucha contra las campañas de desinformación, y la sexta que hace referencia a la creación de una nueva comisión en el Congreso de los Diputados sobre desinformación.

A continuación, describiremos el contenido del tercer y último eje de actuación que incorpora el Plan. Este tercer eje bajo el título de «Reforzar la transparencia del poder legislativo y del sistema electoral» engloba las siguientes tres líneas de acción y 6 medidas de actuación.

La primera línea de acción se refiere a la promoción de instrumentos de transparencia del sistema político y de los procesos electorales. Y son tres las reformas que se plantean bajo el marco de esta primera línea de acción. La primera reforma apuesta por el establecimiento de una obligación reglamentaria de celebrar el Debate sobre el Estado de la Nación con carácter anual. Esta obligación respondería a la oportunidad y pertinencia de dotar de estabilidad al Debate sobre el Estado de la Nación como mecanismo de transparencia y rendición de cuentas del Gobierno y requiere de una reforma del Reglamento del Congreso que todavía no se ha conseguido materializar[34]. La segunda reforma que se prevé afecta a los debates en campañas electorales y responde a la necesidad de regular legalmente los términos en los que es-

34 Fue el Grupo Parlamentario Popular el que presentó el 15 de noviembre de 2024 una Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados relativa a la regulación del debate de política general sobre el estado de la Nación (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie B, de 15 de noviembre de 2024, núm. 159-1). El 8 de abril de 2025 el Congreso de los Diputados acordó con 324 a favor la toma en consideración de la Proposición de reforma mencionada, aunque lo cierto es que la reforma para establecer la obligación legal de la convocatoria anual del debate sobre el estado de la Nación no ha sido aprobada ante la negativa del Gobierno.

tos han de desarrollarse lo que exige una reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). En particular, con esta reforma se pretende establecer la obligación de celebrar debates electorales entre candidatos y candidatas. Y la tercera reforma también pasa por modificar la LOREG en particular en este caso con relación a las encuestas electorales. Esta reforma apunta en la línea de posibilitar el acceso en abierto a los datos individuales para garantizar la fiabilidad de las encuestas electorales. De esta forma se pretende que estos microdatos, convenientemente anonimizados, permitan a cualquier ciudadano, institución u organización comprobar los resultados del sondeo y extraer sus propias estimaciones[35].

El reforzamiento de los mecanismos de prevención y detección de los conflictos de interés conforman la segunda línea de acción y el Plan pone el foco principalmente en el Código de Conducta de las Cortes Generales aprobado el 1 de octubre de 2020. Así, por un lado, se plantea la necesidad de fortalecer la eficacia del deber que pesa sobre los parlamentarios de presentar la declaración de todas las actividades que puedan constituir causa de incompatibilidad y de cualesquiera otras actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales, tanto al adquirir como al perder la condición de parlamentarios y asimismo cuando estos modifiquen sus circunstancias. Y para lograr este objetivo se reconoce que lo idóneo es impulsar una reforma de los reglamentos parlamentarios a fin de reforzar el sistema de sanciones por incumplimiento del deber de presentación y así responder a la demanda social de transparencia en el ámbito de la representación política[36].

---

35 Tal y como se dice en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General las reformas planteadas «(…) se concretan en la reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para regular la obligación de celebrar debates electorales entre candidatos y candidatas, y asimismo la obligación de publicar todos los microdatos de las encuestas electorales, debidamente anonimizados». Y tiene «(…) por objeto incorporar a la norma cabecera de la legislación electoral española las dos medidas mencionadas, pero, sobre todo, ofrecer respuesta a un sentir general de la ciudadanía y de la doctrina científica, que viene pronunciándose a favor de una reforma legislativa en el sentido expuesto» (Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, de 24 de julio de 2025, núm. 63-1). Téngase en cuenta que el 8 de julio de 2025 el Gobierno ha aprobado el anteproyecto de ley orgánica que modifica la LOREG.

36 Sobre este particular, por ejemplo, conviene destacar que el 13 de noviembre de 2025 se presentó la proposición de reforma del Reglamento del Congreso para incorporar un nuevo Título XIV para la regulación de los grupos de interés y los incumplimientos o infracciones por parte de los diputados y grupos parlamentarios (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 13 de noviembre de 2025, núm. 233-5). Y aunque fue en noviembre de 2025 cuando se registró la proposición de reforma ahora (abril 2026) se ha remitido a la Mesa de la Comisión de Reglamento para poner fecha a la ponencia en la que se debatirán las enmiendas presentadas a las reformas. Entre las reformas se prevé desde un apercibimiento hasta la retirada de cargos y complementos salariales para aquellos parlamentarios que mientan sobre su patrimonio.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Y, por otro lado, y relacionado con el artículo 6 del Código de Conducta de las Cortes Generales que prevé que todos los miembros de la Cámara deberán hacer pública su agenda incluyendo las reuniones mantenidas con los representantes de cualquier entidad que tenga la condición de grupo de interés, se fija la necesidad de dibujar un marco normativo que refuerce las obligaciones a los cargos públicos e identifique las actividades de influencia realizadas por determinados *lobbyistas.* Este nuevo marco normativo exige —tal y como consta en el Plan— aprobar una Ley de Grupos de Interés que regule su código de conducta y facilite el seguimiento del proceso legislativo. Ahora bien, finalmente el Proyecto de Ley de transparencia e integridad de las actividades de los grupos de interés presentado en febrero de 2025[37] y que todavía no ha visto la luz no regula la actividad de estos grupos en sus actuaciones ante autoridades y representantes políticos, sino exclusivamente ante las autoridades de la Administración General del Estado lo que reduce el ámbito de actuación a los grupos de interés que actúan en el marco del Poder ejecutivo y no en el del Poder legislativo. Una afirmación que encuentra sustento en el propio tenor literal del citado Proyecto de Ley que dicta como sigue: «Esta Ley regula, en el ámbito de la Administración General del Estado y del sector público estatal, las relaciones entre los grupos de interés y los titulares de los puestos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y el resto de empleadas y empleados públicos, en un marco de transparencia para la prevención de situaciones de riesgo en la toma de decisiones públicas». Este Proyecto de Ley gira en torno a los cuatro siguientes ejes principales y aunque supone un cierto paso al frente respecto a la opaca actividad de *lobbying* todavía resulta mejorable ya que adolece de ciertas lagunas. Los ejes principales del Proyecto de Ley se pueden reconducir a los siguientes:

1. Registro de los grupos de interés, público, accesible y obligatorio para quienes deseen relacionarse con las autoridades.
2. Código ético, al que deben vincular su comportamiento los grupos de interés.
3. Huella normativa, donde se pretende disponer de la trazabilidad de las propuestas de los grupos de interés y la documentación empleada.
4. Y el Proyecto prevé como cuarto eje la previsión de un régimen sancionatorio para los grupos de interés.

Y la tercera y última línea de acción se refiere a la necesidad de fortalecer el régimen sancionador de los partidos políticos que no presenten sus

[37] Proyecto de Ley de transparencia e integridad de las actividades de los grupos de interés (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, de 7 de febrero de 2025, núm. 46-1).

cuentas de manera adecuada. El Plan incorpora esta línea de acción consciente de que los partidos políticos ocupan una posición central en el sistema político lo que exige que su financiación y fiscalización se ejecute con el máximo control y transparencia. Es cierto sobre este particular que la Ley Orgánica 8/2007 sobre financiación de partidos políticos ya contempla mecanismos de auditoría y un régimen sancionatorio para quien incumpla las previsiones normativas sobre financiación, pero el Plan subraya la necesidad de reforzar este régimen para lograr así la vigencia y capacidad disuasoria de la norma[38]. En concreto, se plantea como medida el reforzar el régimen sancionador aplicable a los partidos políticos que presenten sus cuentas de manera inadecuada. Una medida que todavía no se ha adoptado ni impulsado por parte del Gobierno.

Tras la concreción de los ejes de actuación, las líneas de actuación y las medidas concretas, el Plan dedica un espacio al sistema de gobernanza y seguimiento del mismo. En este sentido, en el propio Plan se contempla la creación de una Comisión interministerial que será la encargada de darle seguimiento e impulso y que deberá reunirse con una periodicidad, al menos, trimestral. Y por lo que respecta a su evaluación se apuesta por realizar un seguimiento periódico tanto de su grado de cumplimiento como de los posibles obstáculos que puedan producirse para su efectiva implementación. Finalmente, el Plan se cierra con un anexo en el que se relacionan el listado de medidas desarrolladas con detalle a lo largo de sus páginas.

Hasta aquí la presentación del contenido del Plan y la referencia a algunas de las medidas implementadas. Ya estamos en el ecuador de su implementación y por ello corresponde, ya para ir finalizando, realizar una breve —casi lacónica— valoración sobre su aplicación. Consideramos que resultan positivas las siguientes cuestiones: por un lado, que el Plan se conciba como algo dinámico de modo que se le otorga a la Comisión interministerial encargada de realizar su seguimiento y de impulsarlo la capacidad de elaborar propuestas de modificación del contenido del Plan para lograr su mejora; por otro lado, también valoramos positivamente la previsión de una doble evaluación de modo que junto a la evaluación final del impacto del Plan se pueda llevar a cabo una evaluación intermedia; y además, también resulta positivo que a día de hoy ya se hayan materializado algunas de las medidas y reformas previstas. Ello, no obstante, acerca de la valoración del Plan no podemos perder de vista que a fecha 12 de noviembre de

38 Sobre la financiación de los partidos políticos puede consultarse, entre otros: Olaizola Nogales, Inés (2015). «Medidas de regeneración democrática. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España», *Estudios de Deusto,* 63 (1), pp. 327-358; Sánchez Muñoz, Óscar (2015). «La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, pp. 49-82; Rodríguez Teruel, Juan y Casal Bértoa, Fernando (2016). «La financiación pública de los partidos políticos. España en perspectiva comparada», *Presupuesto y gasto público*, 82, pp. 159-178.

ISBN: 978-84-7777-740-3

2025 eran 17 medidas de las 31 que recoge el Plan las que todavía no habían ni siquiera comenzado a implementarse y además no disponemos de elementos que nos permitan medir el impacto de las medidas cumplidas[39]. En suma, aunque puede hacerse una valoración positiva de la aplicación del Plan en algunos aspectos igual de cierto es que todavía queda mucho camino por andar para lograr combatir el desgaste que hoy en día sufre la democracia y recuperar la confianza en las instituciones democráticas.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Uno de los desafíos actuales de la teoría política contemporánea es el relativo al desgaste o erosión de la democracia en España. Hoy en día, estamos viviendo un proceso de erosión de la democracia contemporánea hegemónica y una deslegitimación de las instituciones democráticas. En este trabajo hemos centrado el foco en el análisis de cómo se puede fortalecer y restaurar la calidad democrática del sistema tanto desde una vertiente teórica como desde el ámbito político.

Situados en un plano teórico, no parece ofrecer duda alguna el hecho de que el origen de la legitimidad de los gobiernos democráticos radica en la elección de los representantes, lo que significa que la representación conforma un elemento constitutivo e inherente a la democracia. Pero no podemos obviar el dato de que en la actualidad el principio representativo encierra una idea de participación que trasciende la mera emisión del voto a favor de los representantes políticos lo que nos sitúa ante el modelo de la democracia participativa. Es necesario superar la idea liberal de la representación como mera sustitución de la voluntad popular y entender esta como una forma de participación de modo que los representantes políticos tiene que ser capaces de canalizar la participación del pueblo.

Así pues y sin poner en tela de juicio que tanto el principio de la democracia representativa como el de la democracia participativa legitiman el poder político, en el orden actual consideramos necesario hacer una firme apuesta por la democracia participativa y por un nuevo modelo de gobernanza participativa que nos sitúa en la atalaya de la democracia sustantiva. En suma, en aras a superar el actual proceso de erosión de la democracia y recuperar la credibilidad institucional es necesario situarnos conceptualmente en el ámbito de la democracia sustantiva entendida como aquella que busca el resultado de la implementación de las políticas públicas y per-

39 Resulta de interés consultar la comparecencia a propuesta del Gobierno del señor ministro de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes para informar y realizar balance de la política llevada a cabo por su departamento, realizada ante la Comisión Constitucional el 25 de febrero de 2025 (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión Constitucional celebrada el viernes 28 de febrero de 2025, año 2025, núm. 281).

sigue mayores niveles de justicia social. La democracia procedimental debe ser instrumental para lograr, en general, los postulados de la democracia sustantiva y en particular, los postulados de justicia social y equidad. En fin, debe evitarse que la democracia se desmarque o se aleje de la búsqueda del bien común.

En el contexto político la respuesta institucional a la erosión de la democracia la encontramos, principalmente, en el Plan de Acción por la Democracia presentado por el Gobierno español el 17 de septiembre de 2024 que incorpora los objetivos de la iniciativa de la Comisión Europea sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea de 2020. Se trata de un Plan que centra el foco de atención en la evaluación de la acción de los poderes públicos y de su análisis deducimos que la superación de la actual crisis de la democracia debe pasar por lograr más transparencia y una rendición de cuentas eficaz y sistemática. Todo apunta a que la democracia no goza de muy buena salud y a pesar de los esfuerzos que se están haciendo para recuperar la confianza en las instituciones democráticas no disponemos de elementos que nos permitan medir el impacto real de las medidas previstas en el Plan y que han sido implementadas.

A la luz de todo lo expuesto, la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones democráticas exige reforzar los fundamentos democráticos del actual Estado. La defensa de una cultura política sólida permitirá cimentar de forma consistente la democracia y neutralizar o aminorar la desconfianza de la ciudadanía hacía la clase política. En fin, debemos hacer un esfuerzo por revitalizar las instituciones democráticas y fortalecer el proyecto democrático participativo. Resulta esencial incidir y apostar por el carácter participativo de la gobernanza si se quiere superar la creciente desafección ciudadana respecto a las instituciones democráticas: a saber, si se quiere superar el déficit democrático contemporáneo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta.

DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2005). «La Democracia representativa bajo el régimen de la gobernanza liberal», *Anuario da Facultade de Dereito*, núm. 9, pp. 125-138.

DE VEGA, Pedro (1985). «Significado constitucional de la representación política», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 44, marzo-abril, pp. 25-45.

DE VEGA, Pedro (1998). «Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual», *Working Paper*, núm. 141, pp. 1-33.

CASTORIADIS, Zoe (2007). «Instituir el espacio público», en FRANCO, Y., FREIRE, H. y LORETTI, M. (coords.), *Insignificancia y autonomía. Debates a partir de Cornelius Castoriadis*, editorial Biblos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

CHÁVEZ BECKER, Carlos (2024). «La gobernanza participativa: teoría, crítica y perspectivas para la reforma política», *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, vol. 88, pp. 59-87.

CHHOTRAY, Vasudha y STOKER, Gerry (2009). «Participatory Governance». En V. CHHOTRAY y G. STOKER, *Governance Theory and Practice. A cross-Disciplinary Approach*, Palgrave MacMillan, pp. 165-190.

CORTINA, Adela (2009). «La política deliberativa de Jürgen Habermas: virtualidades y límites», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 144, pp. 169-193.

DAHL, Robert (1993). *La poliarquía*. Red Editorial Iberoamericana.

FISCHER, Frank (2012). Participatory Governance: from Theory To Practice. En D. LEVI-FAUR, *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, pp. 457-471.

FRASER, Nancy (2005), «Reframing justice in a globalizing world», *New Left Review,* 36, pp. 69-88.

FUNG, Ardon y WRIGHT, Eric Olin (2003). «Thinking about Empowered Participatory Governance». En A. FUNG y E. O. WRIGHT, *Deepening Democracy. Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, Verso Books, pp. 3-44.

GARCÍA JURADO, Roberto (2013). «La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad de Pierre Rosanvallón», Buenos Aires, Manantial, 2009, 334 págs. Recensión realizada en *Política y Gobierno*, vol. XX, núm. 1, pp. 206-209.

GÓMEZ SUÁREZ, José Luis (2022). «Democracia participativa y gobernanza. La imperfección de la democracia, elemento devastador de la gobernanza», *Iustitia*, núm. 18, pp. 55-69.

HEINELT, Hubert (2018). «Introduction». En H. HEINELT, *Handbook on Participatory Governance*. Edward Elgar Publishing Limited, pp. 1-16.

HELD, David (2007). *Modelos de democracia*, Alianza Editorial.

HUAMAN PINTO, Abelino Javier (2025). «Gobernanza multinivel y participación ciudadana: una revisión de literatura de los últimos 5 años», *Revista Invecom*, pp. 1-7.

MÉRIDA, Juan y TELLERÍA, Imanol (2021). «¿Una nueva forma de hacer política? Modos de gobernanza participativa y "Ayuntamientos del Cambio" en España», *GAPP*, núm. 26, pp. 92-110.

MILLÁN, Natalia y GÓMEZ BRUNA, Diana (2025). «El rol de la democracia en la Agenda 2030: un análisis crítico frente a la crisis institucional global», *Relaciones Internacionales*, núm. 60, pp. 139-161.

OLAIZOLA NOGALES, Inés (2015). «Medidas de regeneración democrática. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España», *Estudios de Deusto*, 63 (1), pp. 327-358.

PITKIN, Hanna (2014). *El concepto de representación*, Centro de Estudios Políticos e Institucionales.

QUIROGA, Hugo (2000). «¿Democracia procedimental o democracia sustantiva? La opción por un modelo de integración». *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. VI, núm. 3, pp. 361-374.

RODRÍGUEZ TERUEL, Juan y CASAL BÉRTOA, Fernando (2016). «La financiación pública de los partidos políticos. España en perspectiva comparada», *Presupuesto y gasto público*, 82, pp. 159-178.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (1999). *El contrato social*, ed. Elaleph.com.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar (2015). «La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, pp. 49-82.

SARTORI, Gionavvi (1994). *La democracia después del comunismo*. Editorial Alianza.
SCHMALZ-BRUNS, Rainer (2018). «The normativity of participatory governance». En *Handbook of Participatory Governance*, Hubert Heinelt (ed.), Edward Elgar Publishing, pp. 17-32.
SCHUMPETER, Joseph Alois (1998). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Ediciones Orbis.
SEN, Amartya (2000). *Desarrollo y libertad*, Planeta.
SEVILLANO, Alicia, GONZÁLEZ-MEDINA, Moneyba y BOUZA, Luis (2023). «Redes de políticas en el marco de la Agenda Urbana para la UE. La influencia de las coaliciones temáticas en la politización de la toma de decisiones a escala europea», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 61, pp. 37-63.
TAJADURA TEJADA, Javier (2023*). Sieyès y la lengua de la constitución,* Athenaica, Sevilla.
TORO MARTÍNEZ, María (2025). «Cuando la ciudad habla: patrimonio y participación ciudadana como agentes de cambio en las tareas de hacer ciudad», *VAD*. 13, junio de 2025, pp. 102-114.
VANEGAS, Isidro (2006). Traducción de la obra de Pierre Rosanvallón, « Histoire du mot démocratie à l'époque moderne ». *La Pensée Politique,* 1, París, Gallimard-Le Seuil, abril de 1993, pp. 11-29. Traducción publicada en *Estudios Políticos*, núm. 28, 2006, pp. 9-28.
ZULETA, Estanislao (1999). *Educación y democracia, un campo de combate*, Ariel Colombia.

Otras fuentes

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2020) 790 final, Bruselas, 3.12.2020.
Democracy Index 2023. *The Economist.*
Encuesta sobre hábitos democráticos. Estudio 3432. Centro de Investigaciones Sociológicas, enero de 2024.
Plan de Acción por la Democracia del Gobierno de España de septiembre de 2024.

Dos amparos y un destino: la tutela por el Tribunal Constitucional de los derechos de las minorías parlamentarias

Roberto González de Zárate Lorente

Doctor por la Universidad del País Vasco
Profesor de Derecho Administrativo y de la Unión Europea
Universidad Complutense de Madrid

Sumario. —I. Introducción.—II. La función de calificación y admisión a trámite de escritos y documentos de índole parlamentaria.— III. La doctrina consolidada del TC acerca de la calificación y admisión a trámite de los escritos de índole parlamentaria por las mesas de los parlamentos.—IV. Acerca del *ius in officium* de los parlamentarios.—V. La tutela de los derechos de las minorías parlamentarias.—VI. Las Sentencias 3/2026, de 12 de enero, y 5/2026, de 14 de enero, del Tribunal Constitucional: 1. La Sentencia 3/2026, de 12 de enero de 2026. 2. La STC 5/2026, de 14 de enero de 2026: A) La solicitud de creación de una comisión de investigación. B) La inadmisión de las proposiciones no de ley. C) Las comparecencias. D) Votos particulares a la Sentencia 5/2026, de 14 de enero.—VII. Conclusión.—VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos la función de calificación y admisión a trámite de los escritos de índole parlamentaria por parte de las mesas de los Parlamentos atendiendo a dos recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En tales sentencias, en las que se constata la no conformidad a Derecho de la inadmisión de iniciativas parlamentarias por la mesa y la subsiguiente vulneración del derecho de representación política de los parlamentarios autores de las mismas, el TC tutelará los derechos de las minorías parlamentarias.

Este trabajo versa acerca de la doctrina del TC en los supuestos de inadmisión de iniciativas parlamentarias por parte de las mesas de los Parlamentos cuando estas se extralimitan en sus funciones. No examinamos, por tanto, el supuesto relativo a la admisión de iniciativas parlamentarias cuando exista la facultad o el deber de inadmisión que, de acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal, concurrirá en los supuestos de iniciativas

ISBN: 978-84-7777-740-3

cuya no conformidad a Derecho o inconstitucionalidad sean «palmarias y evidentes»[1].

II. LA FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN Y ADMISIÓN A TRÁMITE DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS DE ÍNDOLE PARLAMENTARIA

Se trata de una función capital de las Cámaras por cuanto conlleva el inicio del procedimiento parlamentario.

En la Cámara de los Comunes del Parlamento británico, y especialmente tras la aprobación de las *Parliamentary Acts* de 1911 y 1949, destacan las potestades de calificación el *Speaker*[2]. En el sistema continental, sin perjuicio de la posibilidad de su realización por parte de las presidencias en los supuestos así contemplados en los Reglamentos parlamentarios[3], esta función recae fundamentalmente en las mesas de los Parlamentos[4].

---

1 Véase, SSTC 24/2022, de 23 de febrero de 2022, F 4, 143/2024, de 20 de noviembre de 2024, F 4.

Acerca de esta cuestión, véase, sin ánimo exhaustivo: De Piniés Ruiz, F J. (2019). «Delimitación de la función de calificación de las Mesas de las Cámaras. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2018, de 26 de abril, y 47/2018, de 26 de abril. Recursos de amparo núms. 4856-2017 y 5239-2017 (*BOE* núm. 130, de 29 de mayo de 2018)». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 107, pp. 533-548; De Piniés Ruiz, F J. (2020). «Acerca de la «palmaria y evidente» inconstitucionalidad de los escritos de índole parlamentaria. comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 115/2019, de 16 de octubre, y 128/2019, de 11 de noviembre. Recursos de amparo núms. 3846-2018 y 2114-2018 (*BOE* núms. 279 y 304, de 20 de noviembre y 19 de diciembre de 2019)». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, pp. 409-427; Miranda López, L. M. (2018). «Consideraciones sobre la jurisprudencia constitucional en materia parlamentaria». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104, pp. 647-675; Ridao Martín, J. (2023). «El control constitucional del Parlamento y la juridificación de la vida política». *Revista de Derecho Político*, núm. 117. 2023, pp. 73-98.

2 Acerca de esta cuestión, véase, García-Escudero Márquez, P. y Pendás García, B. (1996). «Artículo 72.2 Autogobierno de las Cámaras. Sesiones conjuntas». En Alzaga Villaamil, O. (dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VI. Edersa, pp. 435-438.

3 Sin ánimo exhaustivo, cabe citar: artículo 118.2. 3.º del Reglamento del Congreso de los Diputados; artículo 115 del Reglamento del Senado; artículo 123.5 del Reglamento del Parlament de Catalunya; artículo 148.4 del Reglamento de la Asamblea de Madrid; artículo 162 del Reglamento del Parlamento de Navarra y el artículo 143 del Reglamento del Parlamento Vasco.

Finalmente, cabe citar como referencia genérica a esta posibilidad, el artículo 36.1.d) del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, el cual, tras referirse a la función de calificación y admisión a trámite de la Mesa con relación a los escritos y documentos de índole parlamentaria, indica: «salvo en los supuestos en los que este reglamento atribuya la función a otro órgano (…)».

4 Artículo 31.1.4.º del RC; artículo 36.1.c) del RS, artículo 28.1.6.º y 7.º del Reglamento del Parlamento de Andalucía; artículos 60.1.e) y 61, referido este último específicamente a la función de calificación, del Reglamento de las Cortes de Aragón; artículo 36.1.d) y e) del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias; artículo 33.1.4.º y 5.º del Re-

A través de la calificación se analiza el escrito o documento de índole parlamentaria de acuerdo con el régimen jurídico parlamentario y, en caso de apreciarse su adecuación con las exigencias contenidas en el marco normativo parlamentario, se procederá a su admisión a trámite[5].

La iniciación del procedimiento parlamentario que origina la calificación de los órganos rectores de las Cámaras evidencia la necesidad de que se lleve a cabo con corrección, respetando el ordenamiento jurídico-parlamentario y la doctrina del TC por cuanto un rechazo arbitrario, sin fundamento jurídico o bien al margen de la doctrina del TC, conllevará una lesión en el derecho de representación política de los parlamentarios (artículo 23.2 de la CE), lo que redundaría en la conculcación también del derecho de participación política de los ciudadanos *ex* artículo 23.1 de la CE.

La relevancia de la función de calificación y admisión a trámite de las mesas y la consecuencia que de ella deriva de iniciación del procedimiento parlamentario, ha dado lugar a gran conflictividad en la medida en que, en un importante número de casos, los órganos rectores, traslucen un interés político reflejando la voluntad de la mayoría parlamentaria que trata de evitar la tramitación de iniciativas incómodas para el ejecutivo.

Este modo de proceder obvia, de un lado, la función de las mesas «jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las Cámaras para su mayor eficiencia», declarada en la jurisprudencia consolidada del TC[6] y, de otro, la doctrina del Alto Tribunal conforme a la cual corresponde a los órganos competentes de las Cámaras (de naturaleza política), determinar la inclusión de un asunto en el orden del día, si esa es la voluntad expresada al efecto por aquellos.

---

glamento del Parlamento de Canarias; artículo 33.1.e) del Reglamento del Parlamento de Cantabria; artículo 32.1.4.º y 5.º del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha; artículo 27.1.5.º y 6.º del Reglamento de las Cortes de Castilla y León; artículo 37.1.d) y e) del Reglamento del Parlamento de Catalunya; artículos 49.3 y 50 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura; artículo 30.1.5.ª y 6.ª del Reglamento del Parlamento de Galicia; artículo 32.1.4.º y 5.º del Reglamento de les Illes Balears; artículo 49.1.c) del Reglamento de la Asamblea de Madrid; artículo 34.a) del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia; artículo 42.1.6.ª y 7.ª del Reglamento del Parlamento de Navarra; artículo 28.1.e) del Reglamento del Parlamento de La Rioja; artículo 34.1.6.º y 7.º del Reglamento de les Corts Valencianes y artículo 36.1.5.ª y 6.ª del Reglamento del Parlamento Vasco.

5 Acerca de la calificación y admisión a trámite de escritos y documentos de índole parlamentaria, cabe citar, sin ánimo exhaustivo: Arce Janáriz, A. (1990). «Calificación y admisión a trámite en los procedimientos parlamentarios». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, pp. 22-26; De la Peña Rodríguez, L. (2023). «Artículo 31». En Cuenca Miranda, A., Hernández Oliver, B. y Ripollés Serrano, M. R. *Comentarios al reglamento del Congreso de los Diputados*. Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 280-286, Torres Muro, I. (1987). *Los órganos de gobierno de las Cámaras*. Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 208-218.

6 Por todas, STC 89/2005, de 18 de abril de 2005, F 7, y STC 22/2026, de 11 de marzo de 2026, F 2.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La consecuencia de la inadmisión de las iniciativas parlamentarias fuera de los supuestos establecidos en el régimen jurídico parlamentario (fundamentalmente, en el Reglamento de la Cámara de que se trate) determinará una lesión de los derechos de las minorías parlamentarias y también un menoscabo de las funciones que a los órganos de las Cámaras (pleno o comisiones) competen, al impedir el desarrollo del debate parlamentario y, a la postre, evitar la formación de la voluntad de los Parlamentos con relación a determinados asuntos.

III. LA DOCTRINA CONSOLIDADA DEL TC ACERCA DE LA CALIFICACIÓN Y ADMISIÓN A TRÁMITE DE LOS ESCRITOS DE ÍNDOLE PARLAMENTARIA POR LAS MESAS DE LOS PARLAMENTOS

El TC en su jurisprudencia ha sido respetuoso con relación a la autonomía de los Parlamentos y, en ese sentido, respecto de los acuerdos de sus órganos rectores siempre que se ajusten a unos parámetros que el propio Alto Tribunal ha determinado.

El TC ha establecido una doctrina clara a efectos de acotar la labor de las mesas de los Parlamentos. De acuerdo con la doctrina consolidada del TC, la regla general es que el control que se ha de realizar por las mesas de las Cámaras es de naturaleza estrictamente formal, «un control circunscrito a verificar que el documento o escrito en cuestión cumple las condiciones reglamentarias en cada caso establecidas[7]». Ahora bien, el TC ha admitido la posibilidad de que el examen se extienda más allá de los requisitos formales cuando la limitación tenga su origen en la CE, las leyes que integran el bloque de la constitucionalidad o el reglamento parlamentario de que se trate[8].

EL TC, en sus pronunciamientos, se ha referido a supuestos de inadmisión de las distintas iniciativas parlamentarias, sirviéndose como parámetro, a efectos de verificar la conformidad a Derecho de la actuación de los órganos rectores de las Cámaras, de las normas que integran el régimen jurídico-parlamentario respectivo: CE, Estatuto de Autonomía, Reglamento parlamentario, precedentes o usos parlamentarios y la doctrina emanada del propio supremo intérprete de la CE.

Un supuesto que puede acontecer en la práctica y que consideramos que ampararía la inadmisión por parte del órgano rector es que el escrito o documento de índole parlamentaria presentado contenga afirmaciones que puedan ser consideradas irrespetuosas u ofensivas o, en términos simila-

7 Cabe citar, ATC 181/2003 de 2 de junio de 2003, F 3, o las SSTC 208/2003, de 1 de diciembre de 2003, F 5, o 200/2014, de 19 de diciembre de 2014, F 4.

8 Sin ánimo exhaustivo, SSTC 200/2014, de 19 de diciembre de 2014, F 4, y 23/2015, de 23 de febrero de 2015, F 3.

res a los que se suelen contener en los Reglamentos parlamentarios, que pudieran resultar atentatorias contra el decoro o dignidad de un parlamentario o grupo parlamentario. Se trata de supuestos que, como señala Mancisidor Artaraz[9], no superarían un debate parlamentario sin ser reprendidos por la presidencia y cuya inadmisión no cabría ser objeto de reproche jurídico en la medida en que podría presentarse un nuevo escrito o documento corrigiendo o eliminando tales expresiones[10].

Finalmente, la motivación de la decisión de la mesa aplicando tal parámetro normativo aplicable en los supuestos de inadmisión de iniciativas parlamentarias es fundamental. Además de ser necesaria la motivación expresa, en la medida en que los escritos de presentación, o de solicitud, de iniciativas parlamentarias a las mesas son una manifestación del *ius in officium* del parlamentario, tal motivación ha de ser suficiente y adecuada, toda vez que de la aplicación de tales normas jurídicas puede derivarse una restricción o limitación de los derechos y facultades que integran el estatus jurídicamente relevante de los parlamentarios[11].

IV. ACERCA DEL *IUS IN OFFICIUM* DE LOS PARLAMENTARIOS

El derecho de participación política de los parlamentarios (artículo 23.2 de la CE) es un derecho de configuración legal, como ha recordado el TC[12], lo que conlleva que el Reglamento parlamentario, en el marco de la autonomía parlamentaria[13], pueda definir los términos concretos de los derechos y facultades que integran el *ius in officium*, toda vez que, como ha recordado el supremo intérprete de la Constitución, ostentan fuerza de ley en sentido material[14] y valor de ley[15].

---

9 Mancisidor Artaraz, E. (2009). *La prerrogativa constitucional de la inviolabilidad parlamentaria.* Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, p. 108.

10 En la Cámara de los Comunes del Parlamento británico se establece la posibilidad de corrección por los Letrados de la Mesa, con sujeción a lo que disponga el *Speaker*, de las irregularidades en el anuncio de la pregunta o de la moción, incluyéndose dentro de este supuesto la existencia de expresiones improcedentes, o que violen las normas de la Cámara o que sean irregulares por cualquier otro motivo. May. E. (2015). *Práctica parlamentaria.* LexisNexis Asamblea de Madrid. Madrid, pp. 441 y 494-496.

11 Por todas, STC 202/2014, de 15 de diciembre de 2014, F 4.

12 Por todas, STC 208/2003, de 1 de diciembre de 2003, F 4.

13 Artículo 72 de la CE en el marco de las Cortes Generales, y artículos 27.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (EAPV, en adelante); artículo 16 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA, en adelante) y artículo 12 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero (EACM, en adelante).

14 STC 161/1988, de 20 de septiembre de 1988, F 6.

15 STC 119/1990, de 21 de junio de 1990, F 2.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En este sentido, el Alto Tribunal ha señalado: «ahora bien, lo expuesto no debe hacer perder de vista que el derecho que nos ocupa es un derecho de configuración legal, configuración que comprende los Reglamentos parlamentarios, a los que compete fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los parlamentarios corresponden, los cuales, una vez creados, quedan integrados en el *status* propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar la protección del *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren; y, en concreto, podrán hacerlo ante este Tribunal por el cauce del recurso de amparo, según lo previsto en el art. 42 de nuestra Ley Orgánica [SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7; 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 27/2000, de 31 de enero, FJ 4; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3 a); 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3][16]».

El TC ha señalado en su doctrina consolidada que «no cualquier acto que infrinja la legalidad del *ius in officium* lesiona el derecho fundamental, pues solo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el artículo 23.2 CE si los propios órganos impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes (…)[17]».

De acuerdo con la antedicha definición de los derechos y atribuciones que corresponden a los parlamentarios y que se realiza en los Reglamentos de las Cámaras, estos articulan las iniciativas parlamentarias en el marco de las distintas funciones que corresponden a las Cámaras (legislativa, de control, de impulso político, etc.). Así se han delimitado los diferentes instrumentos con relación a las funciones que corresponden al Parlamento: la iniciativa legislativa, la facultad de presentar enmiendas, las peticiones de información, las preguntas, las interpelaciones, la moción subsiguiente a la interpelación, las proposiciones no de ley, las comparecencias, etc. Todas estas iniciativas integran el núcleo de la función representativa, gozando, por tanto, de la protección que corresponde al artículo 23 de la CE.

Ello determina que haya de atenderse especialmente, como régimen jurídico fundamental, a la regulación contenida en los Reglamentos parlamentarios y a la doctrina del TC.

16 STC 208/2003, de 1 de diciembre de 2003, F 4.

17 STC 208/2003, de 1 de diciembre de 2003, F 4.

V. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS PARLAMENTARIAS

El TC se ha referido a la necesidad de que los órganos rectores de las Cámaras tutelen los derechos de los parlamentarios[18]. Es por ello por lo que tal labor de protección de los derechos de las minorías parlamentarias se habrá de llevar a efecto, en un primer momento, por las mesas y, en caso de que estas desconozcan sus derechos, su salvaguarda corresponderá al TC en el marco del recurso de amparo *ex* artículo 42 de la LOTC.

La primera atribución de esta tutela a las mesas de las Cámaras obedece al respeto al principio de autonomía parlamentaria (artículo 72 de la CE y determinaciones concordantes de los estatutos de autonomía[19]), y se materializa, de acuerdo con el precitado precepto de la LOTC, con la necesidad de la firmeza del acto a efectos de su impugnación ante el TC. Ello precisará, a su vez, conforme ha señalado el TC, el agotamiento de las vías internas de impugnación y, por tanto, la previa formulación de la solicitud de reconsideración del acuerdo adoptado por el órgano rector del Parlamento, siempre que tal vía interna exista[20]. Tal firmeza del acto, por tanto, dejará expedita la vía de amparo ante el TC.

El pluralismo (artículo 1.1 de la CE), como señalara García Pelayo, constituye «un valor político» y «un componente necesario de la democracia del presente»[21] y el respeto al pluralismo exige la protección de los derechos de las minorías parlamentarias. Es por ello por lo que resulta capital la función del TC a efectos su tutela en el marco de su doble naturaleza, si-

---

18 SSTC 93/2023, de 12 de septiembre de 2023, F 3, 171/2025, de 17 de noviembre de 2025, F 3.b), y 22/2026, de 11 de marzo de 2026, F 2.

19 Por todos, artículo 27 del EAPV; artículo 16 de la LORAFNA y artículo 12 del EACM.

20 SSTC 20/2008, de 31 de enero de 2008, F 4, y 33/2010, de 19 de julio de 2010, F 2.

La solicitud de reconsideración se ha previsto en la totalidad de los Reglamentos parlamentarios: artículo 31.2 del Reglamento del Congreso; artículo 36.2 del Reglamento del Senado; artículo 28.2 del Reglamento del Parlamento de Andalucía; artículo 61.4 del Reglamento de las Cortes de Aragón; artículo 36.2 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias; artículo 33.2 del Reglamento del Parlamento de Canarias; artículo 32.2 del Reglamento del Parlamento de Cantabria; artículo 32.2 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha; artículo 27.2 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León; artículo 38 del Reglamento del Parlament de Catalunya; artículo 50.5 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura; artículo 30.2 del Reglamento del Parlamento de Galicia; artículo 32.2 del Reglamento de les Illes Balears; artículo 49.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid; artículo 35 del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia; artículo 42.2 del Reglamento del Parlamento de Navarra; artículo 28.2 del Reglamento del Parlamento de La Rioja; artículo 34.2 del Reglamento de les Corts Valencianes y artículo 36.2 del Reglamento del Parlamento Vasco.

21 García Pelayo, M. (1981). «El *status* del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, p. 27.

ISBN: 978-84-7777-740-3

guiendo con el citado autor, de órgano constitucional y también órgano jurisdiccional[22], al poder corregir la decisión de la mayoría[23].

VI. LAS SENTENCIAS 3/2026, DE 12 DE ENERO Y 5/2026, DE 14 DE ENERO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Recientemente, el Alto Tribunal se ha referido a las funciones de calificación de las mesas en el marco de dos recursos de amparo relativos a la inadmisión de iniciativas parlamentarias por parte de la mesa de la Asamblea de Madrid.

El primer recurso de amparo versa acerca de la inadmisión por parte de la mesa del Parlamento autonómico de cinco preguntas de contestación oral en pleno. Por su parte, el segundo recurso de amparo se refiere a una pluralidad de iniciativas parlamentarias de naturaleza diferenciada: una solicitud de creación de una comisión de investigación, cuatro proposiciones no de ley y siete comparecencias.

Un aspecto que no se puede pasar por alto es la tenencia como referencia por parte del Alto Tribunal de sus anteriores pronunciamientos contenidos en las sentencias del TC dictadas en cinco recursos de amparo relativos al mismo Parlamento autonómico hace poco más de una decena de años[24]. La doctrina contenida en tales resoluciones, junto con las determinaciones del Reglamento de la Cámara (RAM, en adelante), serán el parámetro fundamental al que atenderá el TC en las Sentencias que analizamos.

1. La Sentencia 3/2026, de 12 de enero de 2026

La Sentencia de referencia resuelve el recurso de amparo número 5817-2024-P, interpuesto *ex* artículo 42 de la LOTC por la diputada viceportavoz

---

22 García Pelayo, M. (1981). «El *status* del Tribunal Constitucional», *op. cit.,* pp. 11-34.

23 García Pelayo, M. (1981). «El *status* del Tribunal Constitucional», *op. cit.,* pp. 25 y 26.

24 SSTC 200/2014, de 15 de diciembre de 2014, 201/2014, de 15 de diciembre de 2014, 202/2014, de 15 de diciembre de 2014, 1/2015, de 19 de enero de 2015 y 23/2025, de 23 de febrero de 2015. Del mismo modo que el TC tuvo bien presentes tales pronunciamientos, atendiendo a las alusiones constantes a los mismos en las Sentencias de referencia, sin duda, la existencia de la doctrina del Alto Tribunal resultaría capital a efectos de la determinación de la estrategia procesal a seguir por la representación procesal del Parlamento autonómico. Es por ello por lo que, efectivamente, como señala el magistrado Arnaldo Alcubilla, en su voto particular, la ausencia de alegaciones por la representación procesal de la Asamblea acerca de la acumulación de acciones realizada por parte de la representación procesal de los actores, que sí fue realizada en los escritos de oposición frente a los recursos de amparo que dieron lugar a las Sentencias del TC anteriormente referidas, debía de obedecer a su admisión por parte del TC en tales resoluciones. Admisión que creemos, asimismo, que no puede tener otro fundamento que, en el marco del principio *pro actione*, la tutela de los derechos de las minorías.

del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Madrid en la actual legislatura de la Cámara, contra el acuerdo de la mesa de la Asamblea de 22 de marzo de 2024 que inadmite a trámite cinco preguntas presentadas por la recurrente, dirigidas al Consejo de Gobierno para su respuesta oral en el Pleno (artículo 191.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid), y contra el acuerdo de 25 de abril de 2024 de la mesa que desestima el la solicitud de reconsideración del anterior.

Se trata de un recurso de amparo *ex* artículo 42 de la LOTC, interpuesto tras el cumplimiento del requisito establecido en el referido precepto de la LOTC de la firmeza del acto, lo cual se produjo a consecuencia de la previa formulación y decisión de la mesa de la Cámara, previa audiencia de la junta de portavoces, acerca de la solicitud de reconsideración por parte de la parlamentaria autora de las iniciativas.

Atendiendo al contenido de las preguntas, la primera de ellas se refería al cumplimiento del código ético de los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus entes adscritos y en las restantes se preguntaba acerca de la actuación del jefe de gabinete de la Presidencia de la Comunidad[25].

La cuestión objeto de controversia radica en determinar si la decisión de la mesa de inadmitir a trámite las preguntas formuladas por la diputada solicitante de amparo vulneró su derecho fundamental al ejercicio del cargo parlamentario (artículo 23.2 de la CE), en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas (artículo 23.1 de la CE).

---

25 La mesa de la Cámara, en su reunión de en su sesión de 22 de marzo de 2024, acordó, por mayoría, su inadmisión. El motivo de inadmisión fue idéntico para las cinco preguntas: «la mesa, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1.c) del Reglamento de la Asamblea, acuerda su no admisión a trámite por no referirse su objeto a una acción de control al Gobierno, en los términos en que está formulada, y, no tratándose de un mero error formal o de referencia, su devolución a la señora diputada autora por si estimara oportuno presentar una nueva iniciativa en los términos prescritos reglamentariamente».

La parlamentaria autora de las preguntas, el siguiente 9 de abril de 2024, con el visto bueno del portavoz de su grupo parlamentario, solicitó la reconsideración del acuerdo del órgano rector de la Cámara adoptado en su reunión de 22 de marzo de 2024 con relación a las iniciativas de referencia. La mesa en su reunión de 12 de abril de 2024 acordó calificar el escrito y su traslado a la junta de portavoces para ser oída y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 del propio Reglamento, prorrogar el plazo para la resolución definitiva de la solicitud de reconsideración hasta la próxima reunión ordinaria de este órgano. La junta de portavoces, en su sesión de 15 de abril de 2024, de acuerdo con las determinaciones de los artículos 492 y 61.2 del RAM, tomó conocimiento y fue oída.

La mesa de la Cámara, en su reunión de 25 de abril de 2024, adoptó el acuerdo en relación con la solicitud de reconsideración 10579/24, de la parlamentaria del grupo parlamentario Más Madrid, con los votos en contra del vicepresidente tercero y la abstención del secretario segundo, desestimando la solicitud de reconsideración y ratificando en sus estrictos términos el acuerdo inicial de inadmisión a trámite da cada una de las preguntas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

EL TC, tras referirse a la existencia de especial trascendencia constitucional[26], recuerda su doctrina consolidada acerca de las preguntas parlamentarias, concluyendo con la necesidad de que exista una motivación expresa, suficiente y adecuada[27].

De acuerdo con esta doctrina del TC, el derecho de los ciudadanos «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» conlleva el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos y también que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y desempeñen las funciones de acuerdo con los términos que la ley establezca. Asimismo, recuerda el TC que la facultad de formular preguntas pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria[28], y que el juicio de admisión de la mesa del Parlamento lo es respecto del «cumplimiento de los requisitos formales reglamentariamente establecidos[29]» y de acuerdo con ello corresponde a la mesa la verificación de los requisitos formales exigidos por el Reglamento, si bien el Reglamento parlamentario puede permitir, o incluso establecer, que la mesa «extienda su examen más allá de la estricta verificación de los requisitos formales «siempre que los escritos y documentos parlamentarios girados a la mesa, sean de control de la actividad de los ejecutivos o sean de carácter legislativo, vengan limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el reglamento parlamentario»; o en «aquellos supuestos en los que se planteen cuestiones entera y manifiestamente ajenas a las atribuciones de la Cámara[30]».

Recuerda también el TC que una de las manifestaciones del principio de autonomía parlamentaria es la autonomía normativa, en cuyo marco se incardinan no solo los Reglamentos parlamentarios sino también sus normas interpretativas y acuerdos de los órganos de las Cámaras y, en el marco de tal autonomía, los órganos de las Cámaras ostentan «un margen de interpretación suficiente de esa reglamentación interna[31]», destacando el papel

---

26 STC 3/2026, de 12 de enero de 2026, F 2.

27 El TC se refirió a la especial trascendencia constitucional, a resultas de las alegaciones realizadas por la representación procesal de la Asamblea, que entendía que no concurría, considerando el TC que al admitir a trámite el recurso se apreció la existencia de la especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 de la LOTC) al estimar que el asunto trasciende del caso concreto porque pudiera tener unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, de 25 de junio de 2009, F 2.g)]. A juicio del TC no concurren razones para modificar tal posición, sin entrar en lo aducido por la representación procesal de la Cámara y acude, adicionalmente, a «*la especial posición de los amparos de origen parlamentario (art. 42 LOTC)*». STC 3/2026, de 12 de enero de 2026, F 3.

28 Citando SSTC 225/1992, de 14 de diciembre de 1992, F 2, y 107/2001, de 23 de abril de 2001, F 4.

29 STC 205/1990, de 13 de diciembre de 1990, F 6.

30 STC 68/2020, de 29 de junio de 2020, F 2.

31 STC 120/2025, de 26 de mayo de 2025, F 2.

interpretativo y complementario en la aplicación de Derecho escrito que tienen las prácticas y usos parlamentarios que no pueden contravenir el Reglamento (STC 120/2025, F 2, entre otras).

Prosigue el TC que los órganos de las Cámaras han de llevar a cabo una interpretación restrictiva de todas las normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de los derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público y a motivar las razones de su aplicación (STC 115/2019, de 16 de octubre, F 7, entre otras), velando por los derechos de los diputados (STC 93/2023, de 12 de septiembre, F 3).

De acuerdo con ello, el TC circunscribe el alcance de su labor fiscalizadora a un «control negativo» consistente en determinar si las decisiones de la Cámara o de sus órganos «impiden o coartan ilegítimamente el ejercicio de los derechos y facultades que pertenecen al núcleo de la función representativa parlamentaria o contrarían la igualdad entre representantes o la naturaleza de la representación» (citando, por todas, STC 53/2021, de 15 de marzo, F 3).

Resulta necesario, cuando se trate de acuerdos de las mesas de las Cámaras de calificación y admisión a trámite que sean restrictivos del *ius in officium* de los parlamentarios, que tales acuerdos incorporen una «motivación expresa, suficiente y adecuada» y ello en la medida en que en ausencia de motivación no cabría «determinar si el rechazo de la iniciativa de control al Gobierno entraña en sí misma el desconocimiento de la facultad que se ha querido ejercitar, ni si se manifiesta desprovista de razonabilidad en atención al fin institucional propio de la función que quiso ejercerse y los motivos aducidos para impedir su ejercicio[32]».

Finaliza el TC el resumen de su doctrina refiriéndose a la inadmisión de preguntas parlamentarias indicando que conlleva una limitación de los derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos, cuya primera exigencia constitucional es la de que tal limitación aparezca suficientemente motivada (STC 38/1999, de 22 de marzo, F 2) y que corresponde al TC el control de que las resoluciones de inadmisión incorporen una motivación expresa, suficiente y adecuada, en aplicación de las normas a las que se encuentra sujeta la mesa en su función de calificación y admisión a trámite de escritos y documentos de índole parlamentaria (STC 33/2010, F 4).

Tras referirse a su doctrina en los términos anteriormente aludidos, el TC procede a enjuiciar los acuerdos de la mesa de la Cámara impugnados: de 22 de marzo y de 25 de abril de 2024[33].

---

32 SSTC 74/2009, de 23 de marzo de 2009, F 3, 44/2010, de 26 de julio de 2010, F 4, citadas en la STC 68/2020, de 29 de junio de 2020, F 2.

33 STC 3/2026, de 12 de enero de 2026, F 4.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El TC constata que existe una motivación expresa, si bien el TC verifica si esa motivación es suficiente y adecuada.

Si se atiende a la regulación del RAM, los motivos a efectos de la calificación, resolución sobre la admisión o inadmisión a trámite y decisión de la tramitación de las preguntas parlamentarias se encuentran tasados en el artículo 192.3 del Reglamento[34]. Empero, la mesa fundamenta la decisión de inadmisión en un motivo no previsto, cual es «no referirse su objeto a una acción de control del Gobierno».

El TC recuerda su doctrina, atendiendo a tal motivación («no tienen por objeto una acción de control al Gobierno») y sobre la base de la alegación de la representación procesal de la Asamblea (no referirse la pregunta a la «competencia o gestión del Gobierno», con fundamento en el ATC 125/2005[35]), considera que, con relación a las preguntas, resulta «posible que la mesa de la Cámara, al efectuar el juicio de admisión, pudiera rechazar aquellas preguntas, cuyo contenido, en un examen liminar, resultase o pudiera resultar manifiesta e inequívocamente ajeno a la acción del Consejo de Gobierno y de su presidente, o, incluso a los intereses de la Comunidad Autónoma; y ello, por determinar esa relación de ajenidad la promoción de temas o cuestiones respecto a los que pudieran plantearse dudas sobre la competencia de la Asamblea para conocer de los mismos, toda vez que la función que corresponde a esta, aquí concernida, de fiscalización del Ejecutivo, es la de controlar la acción del Consejo de Gobierno y del Presidente…; de modo que pudiera entenderse que no entraría en esa función de control algo inequívoca y manifiestamente ajeno a la competencia de estos» (STC 107/2001, FJ. 9)[36].

---

34 En efecto, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 192 del RAM, «La Mesa de la Asamblea procederá a la calificación, resolución sobre la admisión o inadmisión a trámite y decisión de la tramitación de las preguntas presentadas de acuerdo con lo establecido en este artículo, comprobando en particular el cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Las preguntas de respuesta por escrito a través de las que se soliciten datos, informes o documentos que, por su naturaleza, sean incluibles en el ámbito de las previsiones del artículo 18 del presente Reglamento, serán calificadas como solicitudes de información, al amparo de lo dispuesto en dicho artículo.
b) No será admitida a trámite la pregunta que sea de exclusivo interés personal de quien la formula o de cualquier otra persona singularizada, ni las que se refieran expresamente a personas que no tengan una trascendencia pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid.
c) No será admitida a trámite la pregunta en cuyos antecedentes o formulación se profieran palabras o se viertan conceptos contrarios a las reglas de la cortesía parlamentaria.
d) No será admitida a trámite aquella pregunta que suponga consulta de índole estrictamente jurídica».

35 ATC 125/2005, de 4 de abril de 2005, F 2.

36 STC 3/2026, de 12 de enero de 2026, F 4.

El TC estima que aun cuando el gabinete de la presidencia carezca de funciones ejecutivas, ello no conlleva que no quepa la posibilidad de que el Consejo de Gobierno pueda ser interrogado en la Asamblea acerca de «su posicionamiento o criterio en relación con determinados pronunciamientos o actuaciones de ese alto cargo que hayan alcanzado transcendencia pública[37]».

Tras ello, el TC prosigue en su argumentación constatando que las preguntas formuladas «versan sobre aspectos que afectan, sin duda, a la acción política de ese Gobierno y al ámbito de la Comunidad de Madrid» (art. 192.2 RAM)[38].

Sobre esa base, el TC diferencia la primera pregunta con relación a las restantes y concluye que la motivación dada por la mesa de la Cámara a efectos de inadmitir las iniciativas parlamentarias de referencia no es «suficiente y adecuada»[39].

De este modo, el TC, sin perjuicio de la existencia de otros cauces previstos en el Reglamento de la Cámara (la tramitación de comparecencias) a efectos del control de la acción del Gobierno mediante la presencia de autoridades y funcionarios públicos (artículo 210 del RAM) y de otras personas a efectos de informe y asesoramiento (artículo 211 del RAM), concluye afirmando la posibilidad de fiscalización al ejecutivo mediante preguntas referidas a la actuación de altos cargos que hayan alcanzado trascendencia pública.

2. La STC 5/2026, de 14 de enero de 2026

La Sentencia de referencia se dictó en el recurso de amparo número 5441-2024, promovido por el Grupo Parlamentario Más Madrid de la Asamblea de Madrid y otros, frente a los acuerdos de la mesa del Parlamento autonómico de desestimación de las solicitudes de reconsideración formuladas respecto a los acuerdos del órgano rector de la Asamblea relativos a la inadmisión de una pluralidad de iniciativas parlamentarias[40].

---

37 STC 3/2026, de 12 de enero de 2026, F 4.

38 STC 3/2026, de 12 de enero de 2026, F 4.

39 STC 3/2026, de 12 de enero de 2026, F 4.

40 1. Con fecha de 27 de febrero de 2024 se presentó en el Registro de la Cámara la solicitud formulada por 27 diputados y diputadas del grupo parlamentario Más Madrid de creación de una Comisión de Investigación con objeto «analizar los procesos de contratación celebrados mediante la tramitación de emergencia relacionados con la incidencia y expansión de la Covid-19, con sus distintos variantes y cepas, así como la eficacia de este modo de contratación para abordar las consecuencias de la pandemia» en la Comunidad de Madrid. La solicitud iba acompañada de una exposición de motivos.

La mesa de la Cámara en su sesión de 1 de marzo de 2024 acordó su inadmisión. Con fecha de 22 de marzo de 2024 se presentó por 27 diputados y diputadas del grupo parlamen-

ISBN: 978-84-7777-740-3

En el recurso de amparo que dio lugar a la Sentencia que analizamos, se acumuló por la representación procesal de los actores la impugnación de una pluralidad de acuerdos de desestimación de la solicitud de reconsideración frente a los acuerdos de inadmisión de la mesa de la Cámara relativos a iniciativas parlamentarias de distinta naturaleza: la solicitud de creación de una comisión de investigación, cuatro proposiciones no de ley y siete comparecencias[41].

La Sección Primera del TC acordó la admisión a trámite del recurso entendiendo que éste tenía especial trascendencia constitucional al considerar que trasciende del caso concreto porque pudiera tener consecuencias políticas generales [STC 155/2009, de 25 de junio de 2009, F 2.g)].

El objeto del proceso consistía en determinar si las decisiones de la mesa de la Cámara de inadmisión de las iniciativas parlamentarias dan lugar a una vulneración del derecho de los demandantes de amparo de representación política (artículo 23.2 de la CE), en relación con el derecho de los

---

tario Más Madrid la reconsideración del precitado acuerdo de mesa, que fue desestimado por acuerdo de 5 de abril de 2024, notificado el 12 de abril de 2024.

2. El 18 de marzo de 2024 se presentó por un diputado del grupo parlamentario Más Madrid con la firma de la portavoz del grupo parlamentario Más Madrid las Proposiciones No de Ley PNL 141/2024 y PNL 142/2024. Por su parte, el siguiente 19 de marzo de 2024 se presentaron por una parlamentaria del mismo grupo parlamentario las Proposiciones No de Ley PNL 146/2024, 147/2024. Asimismo, ese mismo día, un diputado del grupo parlamentario Más Madrid presentó las Comparecencias C 695/2024, C 696/2024, C 697/2024, C 698/2024, C 699/2024, C 700/2024 y C 701/2024.

La mesa de la Asamblea, en su reunión de 22 de marzo de 2024, acordó la inadmisión de las referidas iniciativas parlamentarias (PNL 141/2024 y la PNL 142/2024).

El siguiente 11 de abril de 2024, la portavoz del grupo parlamentario Más Madrid presentó escritos solicitando la reconsideración con relación a la no admisión de las iniciativas Proposiciones No de Ley PNL 141/24 y 142/24; las comparecencias C 695/2024, C 696/2024, C 697/2024, C 698/2024, C 699/2024, C 700/2024 y C 701/2024 y con relación a las Proposiciones No de Ley PNL 146/24 y 147/24.

La mesa de la Asamblea, en su reunión de 25 de marzo de 2024, adoptó, en sus acuerdos: «calificar el escrito y su traslado a la junta de portavoces para ser oída y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 del propio Reglamento, prorrogar el plazo para la resolución definitiva de la solicitud de reconsideración hasta la próxima reunión ordinaria de este órgano».

La junta de portavoces, en su sesión de 25 de abril, de acuerdo con las determinaciones de los artículos 492 y 61.2 del RAM, fue oída.

La mesa de la Cámara, en su reunión de 6 de mayo de 2024, adoptó, los acuerdos en relación con las solicitudes de reconsideración presentadas desestimando las solicitudes de reconsideración y ratificando, en sus estrictos términos, los anteriores acuerdos de 22 de marzo de 2024 en relación con las iniciativas parlamentarias de referencia.

Finalmente, en relación a las solicitudes de Comparecencias, la mesa, en su reunión de 6 de mayo de 2024, acordó la desestimación de la solicitud de reconsideración.

41 La representación procesal del Parlamento autonómico no adujo de contrario respecto a tal acumulación, atendiendo a la doctrina del TC existente admitiendo tal singular acumulación.

ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 de la CE) por haberse excedido de los límites de las facultades de control que corresponden a los órganos rectores de los Parlamentos. El TC circunscribe el objeto del pronunciamiento a la constitucionalidad de las decisiones de inadmisión, desde la perspectiva del derecho fundamental invocado, y, asimismo, de la motivación que en ellas se recoge[42].

Cobra importancia cómo el TC recoge su doctrina acerca del derecho de representación política (artículo 23.2 de la CE), de los usos o precedentes parlamentarios y atiende a la afectación que sobre el núcleo de la función representativa y la igualdad entre representantes tiene la toma de decisiones de las Mesas de las Cámaras en el ejercicio de las facultades de calificación y admisión a trámite.

Con relación al derecho de representación política, el Alto Tribunal recuerda la conexión directa entre el derecho de los representantes políticos (artículo 23.2 de la CE) y el de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1) con fundamento en que, «con carácter general, en una democracia representativa son aquellos quienes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos»; asimismo, en que el derecho a la representación política del artículo 23.2 de la CE es un derecho de configuración legal; y en la relación de la naturaleza de este derecho fundamental como derecho de configuración legal con el principio de autonomía parlamentaria previsto en el artículo 72.1 de la CE (y en el ámbito de la Comunidad de Madrid en el artículo 12 de su Estatuto de Autonomía)[43].

Respecto a los usos parlamentarios, el TC recuerda su doctrina. En ella ha reconocido su «trascendencia nomotética» (STC, de 1 de octubre, F 5) y ser *un importante instrumento normativo* (STC 190/2009, de 28 de septiembre, F 4). No obstante, recuerda el TC que «son eficaces para la regulación del modo de ejercicio de los derechos y facultades parlamentarias, siempre que no restrinjan su contenido reconocido en la norma reglamentaria (SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3; 190/2009, de 28 de septiembre, FJ 4; 57/2011, de 25 de mayo, FJ 7, y 76/2017, de 19 de junio, FJ 5) (STC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 8)[44]». Se encuentran subordinados al Derecho escrito y, de acuerdo con ello, no lo pueden contradecir, ostentando un «papel interpretativo y complementario del derecho escrito». Tienen, por tanto, «su límite inmediato en el reglamento mismo». De acuerdo con ello, concluye el TC señalando que «los usos parlamentarios, en cuanto pauta reiterada de comportamiento, fijada mediante la repetición de ac-

42 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 1.

43 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

44 STC 124/2018, de 14 de noviembre de 2018, F 2.B).

ISBN: 978-84-7777-740-3

tos realizados por un mismo órgano parlamentario respecto de una misma cuestión, tienen la capacidad de contribuir a la configuración del contenido del *ius in officium* de los representantes parlamentarios, en supuestos de ambigüedad o de insuficiencia de la norma reglamentaria escrita, pero siempre que aquellas prácticas no contravengan lo dispuesto en el reglamento de la cámara correspondiente[45]».

El TC se refiere a la eventual afectación que sobre el núcleo de la función representativa y la igualdad entre representantes tiene la toma de decisiones de las mesas de las Cámaras en el ejercicio de las facultades de calificación y admisión a trámite de las iniciativas parlamentarias, y recuerda su doctrina consolidada. Parte de la consideración de principio de que «las Cámaras son el instrumento que sirve para el ejercicio del derecho de participación del ciudadano en los asuntos públicos por medio de representantes, no sus mesas». No obstante, es conforme con la CE la función de control de las mesas de la regularidad de los escritos y documentos parlamentarios siempre que ese examen jurídico-técnico «no encubra un juicio sobre la oportunidad de la iniciativa en los casos en que este juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria». Cabe la posibilidad de que la normativa parlamentaria habilite a la mesa para extender su facultad de examen de las iniciativas parlamentarias más allá de la estricta verificación de sus requisitos formales, ahora bien, siempre que se refieran a iniciativas que vengan limitadas materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario pertinente. Ello conlleva que la regla general será que la verificación de admisibilidad será siempre formal cuando la legalidad aplicable no imponga límite material alguno a la iniciativa.

La mesa de la Cámara ha de motivar su decisión de inadmisión de iniciativas parlamentarias. Su rechazo no motivado, arbitrario o contrario al principio de interpretación más favorable al derecho de representación política vulnerará el derecho del artículo 23.2 de la CE[46].

A continuación, el TC se refiere a la función de calificación y admisión con respecto a las distintas iniciativas parlamentarias concernidas en el caso de autos: solicitudes de creación de comisiones de investigación, iniciativas de proposiciones no de ley y de comparecencias. En los tres supuestos, recuerda el TC, se trata de facultades que se integran en el núcleo de la función representativa parlamentaria.

Con relación a las solicitudes de creación de comisiones de investigación, al no ser acorde con la naturaleza de la mesa adoptar decisiones de carácter discrecional, no sería conforme con los poderes que corresponden a la mesa decidir si existen o no motivos que justifiquen la creación de una

45 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

46 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

comisión de investigación, en la medida en que ello conlleva un margen de discrecionalidad política, siguiendo su doctrina[47].

Con relación a las proposiciones no de ley, se trata de iniciativas parlamentarias que, si bien se incardinan en el marco de la función de impulso político y de control del Gobierno, constituyen también «una vía adecuada para forzar el debate político y obligar a que los distintos grupos de la Cámara y esta misma tengan que tomar expresa posición sobre un asunto o tema determinado». De acuerdo con ello, las mesas de las Cámaras han de limitar sus facultades de calificación y admisión a trámite al exclusivo examen de los requisitos reglamentariamente establecidos. De lo contrario, estarían realizando so pretexto de realizar un juicio técnico, una decisión política que solamente al pleno o a las comisiones corresponde y estarían obstaculizando la celebración de un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria[48].

Las comparecencias de determinadas personas ante el pleno de las Cámaras o sus comisiones «cuando aparecen previstas en la normativa de referencia, se integran en el *ius in officium* del representante», y no corresponde a la mesa rechazar *a limine* la solicitud de admisión a trámite de este tipo de iniciativas mediante argumentos de índole material[49].

Con relación al alcance del control del TC, recuerda que solamente corresponde al Tribunal «determinar si impiden o coartan ilegítimamente el ejercicio de los derechos y facultades que pertenecen al núcleo de la función representativa o contrarían la igualdad entre representantes o la naturaleza de la representación» y también que «solo puede realizar un control negativo» en el marco del respeto a la autonomía de las Cámaras sobre los procedimientos que se desarrollan en su seno en la medida en que no le corresponde «reemplazar la voluntad de sus órganos» en el ejercicio de su función de calificación y de decisión de la tramitación que corresponda a los escritos parlamentarios (STC 53/2021, de 15 de marzo de 2021, F 3)[50].

---

47 Doctrina contenida en la STC 88/2012, de 7 de mayo de 2012, F 5. Interesa destacar que estas conclusiones el TC las ha extendido a decisiones de la mesa de paralización de actividades de una comisión de investigación (STC 12/2019, de 28 de enero de 2019, F 6) y a las relativas a las solicitudes de comparecencias ante las mismas. ATC 181/2003, de 2 de junio de 2003, y STC 12/2019, de 28 de enero de 2019, F 7, y la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

48 Con cita de abundante jurisprudencia, incluyendo las SSTC referidas a la Asamblea 200/2014, de 15 de diciembre de 2014, F 5; 202/2014, de 15 de diciembre de 2014, F 5; 1/2015, de 19 de enero de 2015, F 7; 23/2015, de 16 de febrero de 2015, F 7, y la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

49 STC 23/2015, de 16 de febrero de 2015, F 6, y en el mismo sentido, cita otras Sentencias como las también referidas a la Asamblea, SSTC 202/2014, de 15 de diciembre de 2014, F 4, o 1/2015, de 19 de enero de 2015, F 5. STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

50 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Cuando el asunto es sometido al TC *ex* artículo 42 de la LOTC, le corresponde controlar en el caso de que los acuerdos de las mesas de las Cámaras adoptados en el ejercicio de la función de calificación y admisión a trámite sean restrictivos del *ius in officium* de los parlamentarios, si incorporan una «motivación expresa, suficiente y adecuada». Ello es capital por cuanto, señala el TC, «en ausencia de motivación alguna no sería posible determinar si el rechazo de la iniciativa de control al gobierno entraña en sí misma el desconocimiento de la facultad que se ha querido ejercitar, ni si se manifiesta desprovista de razonabilidad en atención al fin institucional propio de la función que quiso ejercerse y los motivos aducidos para impedir su ejercicio[51]».

Nos referimos, a continuación, a las diferentes iniciativas parlamentarias que fueron objeto de inadmisión por la mesa de la Cámara, siguiendo la Sentencia de referencia del Alto Tribunal.

A) La solicitud de creación de una comisión de investigación[52]

El acuerdo de inadmisión se basó en a) no haber hecho ni fundamento que justifique su creación; b) tratarse de una iniciativa ordinaria de control y vigilancia de las contrataciones; c) ser su objeto prospectivo e inconcreto; d) ser una práctica parlamentaria no cuestionar al Gobierno por responsabilidades contraídas por Gobiernos anteriores, por los hechos relativos a otras legislaturas al quedar fuera de los límites materiales del art. 75 del RAM y e) no ser el objeto de la comisión de interés público dentro del ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid, «al estar el llamado caso Ábalos referido a la contratación estatal».

El TC considera que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la decisión de inadmisión de la solicitud de creación de la comisión de investigación vulnera el derecho a la representación política de los solicitantes de amparo.

La decisión de la mesa es motivada, si bien la cuestión, como señala el TC, queda circunscrita a la determinación de si esa motivación es «suficiente y adecuada»[53].

A efectos de la apreciación de tales requisitos en la motivación, el Alto Tribunal toma como referencia el precepto del RAM relativo a las comisio-

---

51 SSTC 74/2009, de 13 de marzo de 2009, F 3; 44/2010, de 26 de julio de 2010, F 4, y STC 68/2020, de 29 de junio de 2020, F 2, en cita de la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

52 El objeto de la comisión de investigación era analizar los procesos de contratación celebrados mediante la tramitación de emergencia y relacionados con la Covid-19 en la Comunidad de Madrid.

53 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 3.

nes de investigación (artículo 75[54]) y, asimismo, la doctrina contenida en la STC 88/2012[55], relativa también a una inadmisión a trámite de una solicitud de creación comisión de investigación en el seno del mismo Parlamento, si bien, no se puede preterir, como indica el propio TC, con una regulación diferenciada que «en cualquier caso, es esencialmente semejante en lo que a los requisitos que se exigen para proponer la creación de una comisión de investigación a la aplicada por la decisión impugnada[56]».

En el referido precepto del RAM se establecen los requisitos formales (sujetos legitimados para solicitar su creación y contenido de la propuesta) y materiales («cualquier asunto de interés público dentro del ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid»).

Por lo que respecta a las facultades de calificación y admisión a trámite de estas iniciativas parlamentarias, el TC señaló que el requisito de que la comisión de investigación se refiera a un «asunto de interés público dentro del ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid no atribuye a la Mesa la facultad de realizar un examen liminar sobre si existen o no motivos que fundamenten la investigación solicitada, sino, simplemente, está estableciendo qué tipos de asuntos pueden ser objeto de estas comisiones y para ello solo se requiere que se trate de asuntos que incidan en cuestiones de interés general y que sobre los mismos tenga competencias la Comunidad de Madrid, con independencia de la valoración que puedan merecer los hechos que pretenden ser investigados. Interpretar de otro modo el referido concepto supondría, como se ha expuesto, no solo ir en contra del tenor literal del precepto, sino también del sentido y finalidad de las comisiones de investigación, y conllevaría, además, atribuir a la Mesa una decisión de carácter político que este órgano, dada su naturaleza, no puede adoptar[57]».

Entrando en el caso de autos, el TC constata que la totalidad de los argumentos utilizados por el órgano rector de la Cámara se encuentran vincu-

---

54 El artículo 75.1 del RAM determina que «[l]a creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público dentro del ámbito de las competencias de la Comunidad de Madrid podrá ser propuesta por dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los miembros de la Cámara. La propuesta deberá contener las reglas básicas sobre la composición, organización y funcionamiento de la Comisión de Investigación que se propone crear, así como el plazo de finalización de sus trabajos.

La Mesa de la Asamblea calificará el escrito y admitirá a trámite la propuesta, ordenando su publicación en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid* (…)».

55 STC 88/2012, de 7 de mayo de 2012. Recurso de amparo 6976-2006. Promovido por don Rafael Simancas Simancas y otros Diputados de la Asamblea de Madrid en relación con los acuerdos de la mesa de la Cámara de 21 de marzo y 4 de abril de 2006 por los que se inadmitió a trámite la solicitud de creación de una comisión no permanente de investigación.

56 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 3.

57 STC 88/2012, de 7 de mayo de 2012, F 5, citado por la propia 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 3.

ISBN: 978-84-7777-740-3

lados con el eventual incumplimiento de los requisitos materiales del artículo 75.1 del RAM si bien, concluye, no se encuentran amparados en la normativa parlamentaria.

Examina el TC los argumentos de la mesa a efectos de inadmitir la solicitud de creación de la comisión de investigación de referencia[58].

En primer lugar, no cabe dudar de que se refieran a un asunto de interés público cuando se trata de procesos de contratación celebrados siguiendo la tramitación de emergencia y relacionados con la pandemia. En este sentido, no puede preterirse que la tramitación de emergencia conlleva como presupuesto «actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional» (artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). Asimismo, tales procesos de contratación se referían a los desarrollados en la Comunidad de Madrid, haciéndose mención expresa en la exposición de motivos a los cinco mil contratos de esas características suscritos por el gobierno autonómico. Entiende el TC que gozan de suficiente concreción y, además, se incardinan en el marco de las competencias de la comunidad autónoma *ex* artículo 27.2 de su Estatuto de Autonomía[59].

Con relación al segundo motivo, el TC «no puede otorgar relevancia alguna» a la alusión «al estar el llamado caso Ábalos referido a la contratación estatal» toda vez que analizado el expediente tal referencia carece de toda conexión con la iniciativa y, asimismo, resulta obviado en las alegaciones de la representación procesal del Parlamento autonómico.

El motivo de inadmisión consistente en tratarse de una iniciativa ordinaria de control y vigilancia de las contrataciones atiende a la existencia en el Parlamento autonómico de una comisión permanente no legislativa de vigilancia de las contrataciones [artículo 72.2.b) del RAM], que tiene como competencia el «control de la labor del Gobierno en relación con el análisis y verificación jurídica de los expedientes contractuales en cuanto a la selección del contratista y la adjudicación del contrato, de conformidad con la legislación vigente en materia de contratación del Sector Público. Será competente, asimismo, para analizar, en su caso, la Memoria anual de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa», de conformidad con el Acuerdo de 27 de septiembre de 2021 de la mesa de la Asamblea de delimitación competencial de esta comisión.

---

58 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 3.

59 «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las siguientes materias: 1. (…) contratos y concesiones administrativas, en el ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid».

No obstante, el TC considera que la existencia de la referida comisión permanente no es un argumento que pueda legitimar la inadmisión de la solicitud de creación de la comisión de investigación atendiendo a la «muy distinta naturaleza, en todo orden de consideraciones, que tiene la labor a desarrollar por cada una de estas comisiones» y, asimismo, «específicamente, la singularidad que, de acuerdo con lo establecido en el art. 75 RAM, tiene el régimen de constitución y funcionamiento de las comisiones de investigación y, de acuerdo con el art. 502 CE, el régimen penal de su incomparecencia o de faltar a la verdad en el testimonio que se preste ante ellas».

Ahora bien, esta argumentación no pondera la autonomía parlamentaria (artículo 12 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), como recuerda el magistrado Arnaldo Alcubilla en su voto particular[60], en la medida en que la contratación pública a que se refiere el objeto de la comisión de investigación sería conocida por una comisión parlamentaria ordinaria y no dejaría, por tanto, de ser controlada por la Cámara. La mesa lleva a cabo en este caso una labor de reconducción al régimen jurídico establecido en la Asamblea de acuerdo con la delimitación competencial de la comisión de vigilancia de las contrataciones y tal labor de reconducción podría tener su amparo, como indicó la representación procesal del Parlamento autonómico, en la propia doctrina del TC, en cuya virtud, el control de las mesas de los Parlamentos puede incluir «un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido» (STC 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 6; 225/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; ATC 155/1993, de 24 de mayo, FJ 3; en similar sentido, STC 41/1995, de 13 de febrero, FJ 4)[61]».

Finalmente, el TC se refiere al argumento de la inadmisión de la existencia de una práctica conforme a la cual el cuestionamiento al Gobierno por responsabilidades contraídas por Gobiernos anteriores por los hechos relativos a otras legislaturas no se adecúa al artículo 75 del RAM.

La argumentación de la representación procesal de la Cámara, sin obviar la naturaleza *sui generis* de las comisiones de investigación, tomó como fundamento la consideración de estas comisiones en el marco de la función de control parlamentario y, por tanto, la posibilidad de que a resultas de sus trabajos pudieran derivarse responsabilidades políticas. Esta posición, por otra parte, resulta coincidente con la posición sostenida por el Consejo de Estado[62] y, asimismo, el propio TC se refirió, dentro de los ámbitos de la ac-

60 Voto particular magistrado Arnaldo Alcubilla a la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

61 STC 208/2003, de 1 de diciembre de 2003, F 5.

62 Dictamen del Consejo de Estado de 6 de marzo de 2025, expediente 208/2025 (Comunidad de Madrid), Consideración II.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tividad investigadora de las Cámaras, a «la determinación de la responsabilidad política[63]».

Sin embargo, el TC parte de una diferenciación entre los distintos instrumentos de control determinando que algunos se encuentran «unidos a la relación fiduciaria que pueden determinar su ruptura» y otros instrumentos de control «que no determinan dicha ruptura» y concluye el Alto Tribunal indicando que en el caso de autos no cabría la posibilidad de la ruptura atendiendo a que «esta comisión de investigación, por la propia naturaleza de este instrumento parlamentario y la expresa finalidad pretendida con su impulso, no puede incluirse entre aquellos instrumentos parlamentarios unidos a la relación fiduciaria que pueden determinar su ruptura».

Empero, permítasenos dudar acerca de que una comisión de investigación e, incluso, tomando la presente como ejemplo, a raíz de sus actuaciones no pueda dar lugar a responsabilidades políticas. En este sentido, en el plano doctrinal García Mahamut califica como «un acto de contra-natura jurídica, depurar "responsabilidades políticas" de un Gobierno anterior a través de la creación de este tipo de comisiones parlamentarias de investigación[64]». Tal calificación, a nuestro juicio, podría trasladarse a la situación que analizamos: el control a un Gobierno por responsabilidades contraídas por ejecutivos anteriores o por los hechos relativos a otras legislaturas.

Finaliza el TC aludiendo a los precedentes aportados por la representación procesal del Parlamento autonómico, que atendían a una pluralidad de iniciativas parlamentarias de control inadmitidas siguiendo el criterio de inadmisión de tratarse de iniciativas parlamentarias referidas a actuaciones de legislaturas anteriores. El TC considera que no cabe su consideración por cuanto la documentación aportada no se refiere a comisiones de investigación, y recordando cómo los usos parlamentarios «solo son eficaces para la regulación del modo de ejercicio de las prerrogativas parlamentarias en supuestos de ambigüedad o de insuficiencia de la norma reglamentaria escrita, pero no pueden invocarse para restringir su contenido reconocido en la norma reglamentaria, que es lo que sucede en este caso». De acuerdo con este último argumento del Alto Tribunal, cabe inferir que, aun cuando hubieran existido usos o precedentes parlamentarios referidos específicamente a comisiones de investigación, no hubieran sido objeto de consideración por el TC.

---

63 Así el TC señaló que «el ámbito de la actividad investigadora de las Cámaras parlamentarias ha de contraerse, con arreglo a parámetros, no de legalidad, sino políticos o de oportunidad, propios de un órgano de su naturaleza, al esclarecimiento o conocimiento más exacto posible de los hechos objeto de la investigación, a las determinaciones de la responsabilidad política (…)». STC 133/2018, de 13 de diciembre de 2018, F 8.

64 García Mahamut, R. (2002). «¿El reconocimiento del derecho de la minoría a crear Comisiones de investigación resultaría suficiente para un ejercicio eficaz del control parlamentario?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 17, p. 47.

Analizada la cuestión por el Alto Tribunal, concluye indicando que la motivación no es adecuada, excediendo de la estricta facultad de control reglado que corresponde a la mesa de la Cámara, «por realizar, bajo la apariencia del control del cumplimiento de un requisito material para el que sí está habilitada, un juicio discrecional sobre la oportunidad de la aprobación de la iniciativa para el que no está facultada». Además, en la medida en que la decisión ha afectado al núcleo esencial del derecho de representación política de los demandantes, al restringir el cumplimiento de las funciones inherentes a su *ius in officium*, el TC concluye que el Acuerdo de Mesa de 1 de marzo de 2024 de inadmisión y el de 5 de abril de 2024, que desestima la solicitud de reconsideración del anterior, han vulnerado el derecho de los recurrentes a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 de la CE), que se encuentra en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (artículo 23.1 de la CE), y a efectos de su restablecimiento declara su nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del primero de los acuerdos para que la mesa adopte otro respetuoso con los derechos fundamentales vulnerados[65].

B) La inadmisión de las proposiciones no de ley

Las proposiciones no de ley números 141/2024 y 142/2024 fueron presentadas por un diputado del grupo parlamentario demandante de amparo y con la firma de su portavoz. La mesa de la Cámara, en su acuerdo de inadmisión y en el ulterior de desestimación de la reconsideración motivó tal decisión argumentando que a) su objeto no era propio de este tipo de iniciativas parlamentarias por tratarse de una reprobación encubierta y referirse a un órgano de asistencia y asesoramiento sin funciones ejecutivas y b) contener un juicio de valor[66].

Por su parte, las proposiciones 146 y 147/2024 se presentaron por una diputada del grupo parlamentario solicitante de amparo junto con su portavoz. La mesa de la Asamblea acordó la inadmisión de las iniciativas y, en un momento ulterior, la desestimación de la solicitud de reconsideración formulada con fundamento en que a) su objeto es prospectivo y contiene un juicio de valor y b) no ser un objeto propio de este tipo de iniciativas al referirse a una empresa privada[67].

---

65 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 3.

66 Estas proposiciones no de ley instaban, la primera de ellas, la adopción de ciertas medidas en relación con los mensajes amenazantes dirigidos a una periodista por el jefe de gabinete de la presidenta del Gobierno, incluyendo su destitución, siendo esta destitución la única medida objeto de la segunda proposición no de ley. STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 4.

67 Instaban al Gobierno a la adopción de ciertas medidas en relación con el modelo de colaboración pública-privada en materia de sanidad en la Comunidad de Madrid. STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 4.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El TC declara que la mesa de la Cámara, con fundamento en la jurisprudencia anteriormente reproducida, ha vulnerado el derecho a la representación política de los demandantes de amparo.

La controversia queda circunscrita a la determinación de si la motivación es suficiente y adecuada.

A tal efecto, el TC toma en consideración la base jurídica aplicable a las iniciativas parlamentarias de referencia (artículos 205 y 206 del RAM, relativos a las proposiciones no de ley) y sus anteriores pronunciamientos referidos a estas iniciativas parlamentarias en el marco de la Asamblea[68], de acuerdo con los cuales el TC indicó que la labor de la mesa de la Asamblea en el ejercicio de la función de calificación y admisión a trámite de las proposiciones no de ley queda circunscrita a «la verificación de los requisitos formales reglamentariamente establecidos, sin que se extienda también al examen del contenido material de la iniciativa». También recuerda el TC que la STC 200/2014 añade que a esa conclusión también se llega de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del RAM, en cuya virtud corresponde a la mesa «calificar los escritos y documentos de índole parlamentaria, resolver sobre la admisión o inadmisión a trámite de los mismos y decidir su tramitación, con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento[69]».

De lo anteriormente expuesto se colige que corresponde a la mesa del Parlamento autonómico una mera verificación del cumplimiento de los requisitos formales previstos en el artículo 206.1 del RAM.

El TC concluye que los argumentos del órgano rector del Parlamento autonómico «carecen del necesario amparo normativo» ponderando, a tal efecto, el régimen jurídico específico del Parlamento autonómico y también teniendo en consideración «el carácter estricta y rigurosamente técnico de las facultades de calificación y admisión de iniciativas por parte de la mesa de una cámara y la limitación con la que cuenta para ejercer esa facultad a verificar la concurrencia de los requisitos establecidos en la normativa parlamentaria de referencia[70]».

Tras determinar la no conformidad a Derecho de la actuación de la mesa de la Cámara, se refiere, a continuación, a los dos argumentos utilizados a efectos de motivar la decisión de inadmisión de las proposiciones no de ley de referencia. Con relación a la inadmisión de las iniciativas por contener un «juicio de valor», recuerda que tal argumento fue repudiado en su STC 202/2014 y «se reafirma» en ello al ser un argumento «inadecuado constitucionalmente». Con respecto a tratarse de una «reprobación encu-

---

68 SSTC 200/2014, de 15 de diciembre de 2014, F 5; 202/2014, de 15 de diciembre de 2014, F 5; 1/2015, de 19 de enero de 2015, F 7; y 23/2015, de 16 de febrero de 2015, F 7.

69 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 4.

70 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 4.

bierta y de que se refería a un órgano de asistencia y asesoramiento sin funciones ejecutivas», se encuentra desprovisto «de cualquier fundamento reglamentario». Ambas consideraciones, prosigue el Alto Tribunal, se refieren a aspectos materiales sin vinculación con ningún requisito de admisibilidad de los previstos en el Reglamento parlamentario «que no determina ni limita las materias que pueden ser objeto de estas iniciativas». Son, por tanto, argumentos «de fondo» que conllevan una «decisión política» que «solo al Pleno o a las comisiones de la Asamblea corresponde», lo que conlleva una obstaculización de la «posibilidad, inherente a toda democracia deliberativa» de celebración de un «debate público entre las distintas fuerzas con representación parlamentaria[71]».

Por su parte, con relación a las proposiciones no de ley 146 y 147/2024, son objeto de inadmisión al referirse a una empresa privada.

El TC concluye que se trata de un argumento inadecuado constitucionalmente desde la perspectiva del artículo 23 de la CE, además de ser una consideración no estrictamente formal, sino material y es un «argumento irrazonable» en la medida en que de la simple lectura de su objeto se desprende que «su objeto no es una empresa privada sino el debatir sobre un concreto modelo de gestión del servicio público sanitario[72]».

De acuerdo con ello, concluye el Alto Tribunal señalando que se trata de una motivación no adecuada a las exigencias del derecho de representación política. La motivación, si se conecta con las determinaciones del artículo 206.1 del RAM excede de los límites de los poderes de control reglado que corresponden a las mesas de las Cámaras que quedan circunscritas a la «verificación del cumplimiento de los requisitos formales» y realiza un «juicio discrecional de fondo sobre la oportunidad de la iniciativa para el que no está facultada» toda vez que tal atribución corresponde al pleno o comisiones. Tal decisión de la mesa afecta al núcleo esencial del derecho de representación política de los demandantes de amparo, al «restringir el cumplimiento de funciones inherentes a su *ius in officium*», y da lugar a que el TC concluya que tales acuerdos de inadmisión de las proposiciones no de ley números 141, 142, 146 y 147/2024 de 22 de mayo de 2024 y también los acuerdos de 6 de mayo de 2024 que desestiman las solicitudes de reconsideración «han vulnerado el derecho de los recurrentes a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), que se encuentra en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE)» y a efectos de su restablecimiento declara su nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de los acuerdos iniciales de inadmisión[73].

---

71 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 4.

72 STC 5/2026, de 13 de enero de 2026, F 4.

73 STC 5/2026, de 13 de enero de 2026, F 4.

ISBN: 978-84-7777-740-3

C) Las comparecencias

Se trataba de siete solicitudes de comparecencia formuladas por uno de los diputados demandantes de amparo, junto con su portavoz, del jefe de gabinete de la presidenta de la Comunidad de Madrid ante la Comisión de Justicia, Presidencia y Administración Local de la Asamblea, para informar sobre determinados aspectos de las conductas desarrolladas en el desempeño de sus funciones.

La mesa de la Cámara, tanto en sus decisiones iniciales como en las resoluciones de las solicitudes de reconsideración, fundamentó las inadmisiones en a) su objeto es prospectivo y no estar suficientemente justificado y b) «aunque hace tiempo sí se aceptaron reprobaciones a partir de la XII legislatura la Mesa cambió el criterio y dejaron de aceptarse».

De acuerdo con la doctrina del TC, el Alto Tribunal señala que los acuerdos de la mesa de inadmisión de las comparecencias lesionan el derecho a la representación política de los demandantes de amparo.

Para llegar a esa conclusión, del mismo modo que en los supuestos anteriores, el TC toma como elementos de referencia las normas que integran la base jurídica aplicable (artículo 210 del RAM[74]) y su jurisprudencia acerca de la cuestión, específicamente las Sentencias dictadas con relación a la inadmisión de comparecencias por parte de la mesa de este Parlamento autonómico.

Por su parte, el Alto Tribunal, siguiendo su doctrina acerca de las comparecencias en el RAM de otras entidades o personas a efectos de asesoramiento[75], indica que lo procedente por parte de la mesa de la Cámara «era dar curso a las solicitudes de comparecencia, remitiéndolas a la mesa de las correspondientes comisiones para que fueran los órganos parlamentarios destinatarios de las mismas los que decidieran, tras el oportuno debate y votación, su formalización o no[76]» y que corresponde a la mesa «en esta fase del procedimiento parlamentario», «a la vista de la normativa parlamentaria», «analizar los requisitos de legitimación, sin que pueda rechazar a limine la solicitud de admisión a trámite mediante argumentos de índole

---

74 De acuerdo con el artículo 210 del RAM, «las autoridades y funcionarios públicos de la Comunidad de Madrid competentes por razón de la materia comparecerán ante las Comisiones para informar sobre un asunto determinado de su competencia por acuerdo de la Comisión correspondiente, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 70.1.d) de este Reglamento, a iniciativa de un Grupo Parlamentario o de la quinta parte de los Diputados miembros de la Comisión correspondiente, debidamente formalizada por escrito ante la Mesa de la Asamblea».

75 La doctrina del TC acerca de las comparecencias en el RAM de otras entidades o personas a efectos de asesoramiento se contiene en las SSTC 1/2015, de 19 de enero de 2015, y 23/2015, de 15 de febrero de 2015.

76 STC 1/2015, de 19 de enero de 2015, F 5.

material, facultad ésta que reside en la comisión competente o, de acuerdo con la delegación prevista en el art. 70.2 RAM, en la mesa de la comisión competente».

De acuerdo con ello, el TC comprueba que los argumentos de la mesa a efectos de inadmitir las solicitudes de comparecencia no se encuentran vinculados con el eventual incumplimiento de los requisitos formales del artículo 210.1 del RAM, circunscritos a la legitimación de la solicitud y del objeto («que se encuentre vinculado con un asunto competencia de la autoridad o funcionario público cuya competencia se insta»)[77].

Desciende el Alto Tribunal a los motivos concretos y con relación al primero de ellos, el carácter prospectivo de su objeto y no suficientemente justificado, considera que no es adecuado en términos constitucionales en la medida en que en todas las solicitudes de comparecencia se incluye «una referencia expresa a las cuestiones sobre las que se pedía que informara el compareciente[78]».

Por su parte, con relación al segundo argumento, el carácter reprobatorio de las solicitudes de comparecencias y que desde la XII legislatura no se admiten comparecencias con carácter reprobatorio, tal argumento, además de no encontrarse vinculado con los requisitos del RAM, carece de cualquier tipo de acreditación en los acuerdos impugnados y en el escrito de alegaciones que no entró en tal consideración. El TC aprovecha la ocasión para recordar que los usos parlamentarios no pueden invocarse para restringir el contenido reconocido en el Reglamento parlamentario, «que es lo que se habría pretendido en este caso[79]».

Concluye el TC señalando que, si bien es cierto que los acuerdos de inadmisión de las iniciativas parlamentarias gozan de motivación expresa, tal motivación no es adecuada desde las exigencias del derecho de representación política. Esta motivación, si se pondera conjuntamente con las determinaciones del artículo 210.1 del RAM, excede de la facultad de control reglado de la mesa al conllevar un juicio discrecional de fondo sobre la oportunidad de la iniciativa parlamentaria, juicio que no corresponde a las mesas sino al pleno o a las comisiones parlamentarias. Habiendo afectado la decisión de la mesa al núcleo esencial del derecho de representación política de los demandantes de amparo, al restringir el cumplimiento de sus funciones inherentes al *ius in officium*, el TC concluye que los acuerdos de inadmisión de 22 de marzo de 2024 de las siete solicitudes de comparecencia (números 695 a 701-2024) y los de desestimación de las solicitudes de reconsideración vulneran el derecho de los recurrentes a ejercer las funciones repre-

77 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 5.

78 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 5.

79 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 5.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sentativas con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 de la CE), en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (artículo 23.1 de la CE) y a efectos de su restablecimiento declara su nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la adopción de los precitados acuerdos del órgano rector del Parlamento autonómico[80].

D) Votos particulares a la Sentencia 5/2026, de 14 de enero

Se formularon dos votos particulares a la Sentencia de referencia, por parte del magistrado Arnaldo Alcubilla y por el magistrado Enríquez Sancho.

El magistrado Arnaldo Alcubilla discrepa de la acumulación de amparos parlamentarios y con relación al fundamento 3 de la Sentencia.

Con respecto a la acumulación, entiende que, al tratarse de iniciativas de diferente naturaleza, no deberían de haberse acumulado. Afirma que la doctrina del Alto Tribunal relativa a la acumulación *seguramente explica* que los representantes de las Cámaras legislativas hayan dejado de objetar acerca de la acumulación en una misma demanda de distintos acuerdos de inadmisión de iniciativas de naturaleza diferenciada y concluye solicitando un cambio en la referida doctrina[81].

Por su parte, con relación al fundamento 3 de la Sentencia, considera que los motivos de inadmisión de la mesa de la Cámara con relación a la creación de una comisión de investigación se ajustan a las determinaciones del Reglamento. A su juicio, la motivación es expresa y adecuada a las exigencias del derecho de representación política y debiendo haberse ponderado que desde el acuerdo de 11 de octubre de 202 en la Cámara siempre se han remitido las cuestiones sobre la contratación relacionadas con la pandemia a la comisión de vigilancia de las contrataciones, y ello atendiendo al respeto del principio de autonomía parlamentaria (artículos 72.1 de la CE y 12 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid)[82].

El magistrado Enríquez Sancho discrepa de la Sentencia también con relación al fundamento 3, al considerar que la aplicación de la doctrina contenida en la STC 88/2012 y de la doctrina general del Alto Tribunal conducen a la desestimación de la demanda con relación a esta cuestión[83].

De acuerdo con la literalidad del artículo 75 del RAM, se refiere a «asunto», y si se atiende al objeto de la comisión, se trata de una «investi-

---

80 STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 5.

81 Voto particular magistrado Arnaldo Alcubilla a la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 1.

82 Voto particular magistrado Arnaldo Alcubilla a la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 2.

83 Voto particular magistrado Enríquez Sancho a la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 1.

gación claramente prospectiva», estando su objeto ya cubierto en el marco de la comisión de vigilancia de las contrataciones[84].

Finalmente, con relación a los precedentes parlamentarios, considera que evidencian que la creación de una comisión de investigación con ese objeto fue ya solicitada con anterioridad en una legislatura pretérita, y la motivación referida a tratarse de una iniciativa ordinaria de control y vigilancia de las contrataciones, a efectos de su inadmisión, era coincidente y no fue objeto de impugnación, aprovechándose el cambio de legislatura para, nuevamente, presentar la iniciativa, por tercera vez, «incurriendo así en un uso abusivo de su derecho del art. 23.2 CE». Esta circunstancia debió de ser objeto de ponderación en la sentencia y no dar el amparo ante una iniciativa prospectiva[85].

VII. CONCLUSIÓN

Estos dos pronunciamientos del TC evidencian la misión conferida al TC de salvaguardar los derechos de las minorías parlamentarias. Se trata de una instancia jurisdiccional a la que le corresponde tal tutela sin perjuicio de que, como el propio Alto Tribunal ha señalado, también corresponde a las mesas de las Cámaras «velar por los derechos de los parlamentarios[86]». Este papel que corresponde a los órganos rectores de los Parlamentos casa con su naturaleza jurídica de órgano de gobierno de las Cámaras que, pese a su composición política, «no está llamado a expresar la voluntad política de la Cámara[87]».

El *ius in officium* de los parlamentarios se ve claramente concernido por cuanto las decisiones de inadmisión de las mesas lo restringen y tal restricción carece de una motivación «suficiente y adecuada». En los asuntos que hemos examinado existe una motivación expresa de la mesa de la Cámara, ahora bien, no cumple las exigencias dimanantes de la doctrina del TC.

A la protección de los derechos de las minorías parlamentarias llega el TC tras permitir, siguiendo su doctrina, la acumulación de iniciativas parlamentarias que resultan disímiles, lo cual es objeto de crítica por el magistrado Arnaldo Alcubilla, en su voto particular, tras analizar las decisiones de inadmisión de la mesa de la Cámara con relación a una pluralidad de inicia-

---

84 Voto particular magistrado Enríquez Sancho a la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, FF 3 y 4.

85 Voto particular magistrado Enríquez Sancho a la STC 5/2026, de 14 de enero de 2026, F 5.

86 SSTC 93/2023, de 12 de septiembre de 2023, F 3; 171/2025, de 17 de noviembre de 2025, F 3.b), y 22/2026, de 11 de marzo de 2026, F 2.

87 Por todas, STC 161/1988, de 20 de septiembre de 1988, F 7.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tivas parlamentarias (preguntas, proposiciones no de ley, comparecencias y una solicitud de creación de una comisión de investigación).

A efectos de la tutela del derecho de participación política *ex* artículo 23.2 de la CE, el TC atiende al régimen jurídico parlamentario, contenido fundamentalmente en el Reglamento de la Cámara, y a su doctrina con relación a las determinaciones de tal norma parlamentaria. Asimismo, realiza una interpretación estricta de todos aquellos elementos que puedan conculcar el *ius in officium* del parlamentario, excluyendo los límites que no se encuentran en el Reglamento parlamentario, repudiando las interpretaciones amplias, irrazonables o rigoristas de las exigencias contenidas en el Reglamento, restringiendo la virtualidad del precedente o uso parlamentario cuando pudiera ser contrario a las determinaciones reglamentarias, y, anteponiendo, por tanto, el principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales.

Además, y a raíz de la salvaguarda de los derechos de las minorías parlamentarias, se tutela el debate parlamentario por cuanto las decisiones de inadmisión de iniciativas parlamentarias con fundamento en razones de oportunidad política hurtan del debate, en pleno o en comisión parlamentaria, determinados asuntos e impiden, en consecuencia, la formación de la voluntad de la Cámara.

Es por ello por lo que estos pronunciamientos del TC, a nuestro juicio, con la excepción, atendiendo a las matizaciones realizadas respecto a la argumentación relativa a la inadmisión de la creación de una comisión de investigación, se han de juzgar positivos al ajustar el funcionamiento de las mesas de las Cámaras conforme al régimen jurídico-parlamentario vigente, protegiendo los derechos de las minorías parlamentarias y favoreciendo, a la postre, el debate parlamentario y la tutela de las funciones que corresponden a los órganos políticos de las Cámaras.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A. (1990). «Calificación y admisión a trámite en los procedimientos parlamentarios». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, pp. 9-116.

DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L. (2023). «Artículo 31». En CUENCA MIRANDA, A., HERNÁNDEZ OLIVER, B. y RIPOLLÉS SERRANO, M. R. *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 280-286.

DE PINIÉS RUIZ, F J. (2019). «Delimitación de la función de calificación de las Mesas de las Cámaras. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2018, de 26 de abril, y 47/2018, de 26 de abril. Recursos de amparo núms. 4856-2017 y 5239-2017 (*BOE* núm. 130, de 29 de mayo de 2018)». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 107, pp. 533-548.

DE PINIÉS RUIZ, F J. (2020). «Acerca de la "palmaria y evidente" inconstitucionalidad de los escritos de índole parlamentaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 115/2019, de 16 de octubre, y 128/2019, de 11 de noviembre. Recursos de amparo núms. 3846-2018 y 2114-2018 (*BOE* núms. 279 y 304, de 20 de noviembre y 19 de diciembre de 2019)». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, pp. 409-427.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. y PENDÁS GARCÍA, B. (1996). «Artículo 72.2 Autogobierno de las Cámaras. Sesiones conjuntas». En ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VI. EDERSA. Madrid, pp. 435-438.

GARCÍA MAHAMUT, R. (2002). «¿El reconocimiento del derecho de la minoría a crear comisiones de investigación resultaría suficiente para un ejercicio eficaz del control parlamentario?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 17, pp. 27 a 48.

GARCÍA PELAYO, M. (1981). «El *status* del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, pp. 11-34.

MANCISIDOR ARTARAZ, E. (2009). *La prerrogativa constitucional de la inviolabilidad parlamentaria*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati.

MAY, E. (2015). *Práctica parlamentaria.* LexisNexis Asamblea de Madrid. Madrid.

MIRANDA LÓPEZ, L. M. (2018). «Consideraciones sobre la jurisprudencia constitucional en materia parlamentaria». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104, pp. 647-675.

RIDAO MARTÍN, J. (2023). «El control constitucional del Parlamento y la juridificación de la vida política». *Revista de Derecho Político*, núm. 117, pp. 73-98.

TORRES MURO, I. (1987). *Los órganos de gobierno de las Cámaras*. Congreso de los Diputados, Madrid.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La construcción y deconstrucción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un *ius commune* de la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos y su reflejo en la jurisprudencia española[1]

Emilio Guichot

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
ORCID: 0000-0001-8945-4604

Sumario. I. Introducción.—II. El alcance de la remisión de la responsabilidad de las instituciones a los «principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros».—III. La determinación del criterio de responsabilidad de las instituciones por actuaciones ilegales.—IV. La afirmación del principio de responsabilidad de los Estados.—V. El efecto *boomerang*: la influencia del régimen de responsabilidad de los estados en el régimen de responsabilidad de las instituciones europeas.—VI. El reparto de responsabilidades entre la Comunidad y los Estados.—VII. La aplicación teórica del principio de equivalencia en el sistema de responsabilidad español.—VIII. La aplicación por el Tribunal Supremo del principio de responsabilidad de los Estados por la aplicación de leyes contrarias al DUE.—IX. La regulación de la responsabilidad por la aplicación de leyes contrarias al DUE por el Legislador español de 2015.—X. El Tribunal Supremo «suaviza» el rigor del Legislador español.—XI. La Sentencia de 28 de junio de 2022, C-278/20, Comisión contra Reino de España.—XII. Su recepción por el Tribunal Supremo.—XIII. Una valoración. ¿Hacia dónde vamos?: 1. La admisión cuestionable y condicionada de la exigencia de búsqueda de la «tutela primaria». 2. Una nueva interpretación del principio de equivalencia y la voluntad de «uniformar» el régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del DUE. 3. ¿Hacia una revisión al alza o a la baja de la garantía indemnizatoria?—XIV. El Proyecto de Ley de adecuación de las Leyes 39 y 40/2015 a la jurisprudencia comunitaria.—XV. Bibliografía citada.

[1] El texto que presento a esta obra en homenaje a mi querido y admirado Edorta Cobreros se corresponde básicamente con el artículo «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos españoles por infracción del derecho de la Unión Europea», en curso de publicación en el número monográfico núm. 120 de 2025 de la *Revista Andaluza de Administración Públi*ca. Aquí se han añadido algunas referencias que por razones temporales allí no se tuvieron en cuenta, tanto jurisprudenciales, como a la Opinión 1/2025 sobre riesgos fiscales de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) y, sobre todo, la parte final dedicada al Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión Europea. La elección de este tema para el homenaje no es casual. El profesor Cobreros estuvo ya como uno de los mayores expertos en la materia en el tribunal de mi tesis doctoral «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario» y he mantenido desde entonces un intercambio intelectual y humano ininterrumpido sobre esta y otras materias del que me siento muy afortunado. Este trabajo que aquí presentamos enlaza así con esa tesis que nos puso en contacto y dialoga en muchos puntos con el homenajeado, que no ha dejado de seguir atenta y lúcidamente el tema en todas sus evoluciones.

ISBN: 978-84-7777-740-3

I. INTRODUCCIÓN

La historia del reconocimiento y desarrollo del principio de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho de la Unión Europea, a la que he dedicado atención desde los comienzos de mi trayectoria universitaria hasta el presente[2], merece ser contada. Hace medio siglo, Lord Mackenzie Stuart (1975) asoció la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual a la imagen de un mapa de África de principios del siglo diecinueve, en el que la costa se hallaba trazada y se podían observar los deltas de los grandes ríos, pero no sus fuentes ni sus cauces. El sistema de responsabilidad comenzaba a construirse. Un cuarto de siglo más tarde, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) había avanzado lejos en la exploración, redefiniendo el parámetro de la antijuridicidad necesaria para generar la responsabilidad por actos ilegales y consagrando el principio de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE), extendiendo, tras una primera aproximación autónoma, el propio canon de responsabilidad aplicable a las Instituciones europeas. El mapa parecía ya casi completado, a falta de una definición del régimen de responsabilidad por actos legales. El edificio parecía ya casi rematado. Otro cuarto de siglo más tarde, el mapa ha sufrido alteraciones, y el sistema se ha, puede decirse, deconstruido, a raíz de una capital sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 2022. Veamos los hitos de este proceso.

II. EL ALCANCE DE LA REMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES A LOS «PRINCIPIOS GENERALES COMUNES A LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS»

El constituyente de Roma optó por anudar el régimen de responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad Económica Europea a los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miem-

[2] Sobre la responsabilidad de la entonces Comunidad Europea, en Guichot (1996). Sobre la formación del sistema de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario, Guichot (1997). Una exposición *in extenso,* integradora de la responsabilidad de las Instituciones europeas y los Estados, con reflexiones sobre la formación de un Derecho común en Guichot (2001), fruto de mi tesis doctoral, una síntesis de la cual en Guichot (2003). Un capítulo de Tratado sobre la responsabilidad de la Unión europea en Guichot (2012). Sobre la acogida de la legislación y en la jurisprudencia española del principio de responsabilidad de los Estados, Guichot (2016). Sobre el giro en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con ocasión del análisis de la normativa española, Guichot (2022). En esos trabajos puede encontrarse abundante bibliografía que, por razones del espacio, no puedo incluir en este trabajo. He examinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión de forma permanente en «Responsabilidad administrativa», desde 1997 a 2013 en *Revista Justicia Administrativa*, y desde 2014 hasta el presente, en *Revista Española de Derecho Administrativo*.

bros»[3], haciendo así una remisión al análisis comparado para establecer un régimen de responsabilidad emparentado con los diferentes sistemas nacionales. Expresaba así la propia esencia del proceso de integración jurídica y el camino hacia la formación de un verdadero Derecho común europeo.

De este modo, el Tribunal de Luxemburgo se vio enfrentado desde un principio a una tarea que fue definida como de «comparación y creación»[4], que luego ha sido extendida como método activo de creación judicial del Derecho a tantos otros sectores.

En este sentido, el análisis comparado al que apelaba el Tratado aportaba una serie de directrices comunes acerca de los fundamentos del régimen sustantivo de responsabilidad en los ordenamientos nacionales, que, medio siglo más tarde, vienen a mantenerse:

— La mayoría de los sistemas de responsabilidad administrativa giran en torno a una serie de nociones más o menos comunes: la culpa, que tiende de forma mayoritaria a objetivarse e identificarse con la ilegalidad (si bien algunos sistemas conservan una concepción subjetiva, que lleva a exonerar de indemnización los daños derivados de errores de apreciación cuando pueden considerarse excusables a la vista de las circunstancias de cada caso); el nexo de causalidad, respecto al que prevalece la teoría de la causalidad adecuada; y la constatación de un perjuicio cierto de cualquier naturaleza, físico, moral o patrimonial. Junto a estas condiciones clásicas, y a través de diferentes caminos argumentales, la mayoría de los Derechos de los Estados miembros excluyen la indemnizabilidad de los daños anudados a infracciones de normas de procedimiento o forma.
— Frente al general reconocimiento de la responsabilidad de las Administraciones nacionales, la del Legislador es un tema cuya construcción se encontraba entonces casi inédita y que aún se encuentra inacabada, que arrastra lastres del pasado. Pese a ello, y a partir del

---

3 Arts. 215, apartado segundo, del Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE) y 188, apartado segundo, del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, TCEEA): «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». El precepto se reprodujo, con el mero cambio de denominación para adaptarse a los cambios del proceso de integración europea, en el art. 288, apartado segundo, del Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante, TCE) y en el actual artículo 340, apartado segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

4 En este sentido, véanse las conclusiones del Abogado general Gand a las Sentencias del Tribunal de las Comunidades Europeas (en adelante, STCE) de 14 de julio de 1967, Firma E. Kampffmeyer y otros contra Comisión, Asuntos acumulados 5, 7 y 13 a 24/66, y de 30 de noviembre de 1967, Firma Kurt A. Becher contra Comisión, Asunto 30/66.

ISBN: 978-84-7777-740-3

principio según el cual «el soberano no puede causar ningún mal», ha ido abriéndose paso con dificultades por diversas vías.

— Junto a este régimen general de responsabilidad por actos ilegales, la responsabilidad tanto administrativa como legislativa por actos legales tiene un carácter excepcional. El examen comparado de la jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los sistemas nacionales, así como de los trabajos desarrollados en el seno del Consejo de Europa, muestra que existe un fundamento común, que puede expresarse en los siguientes términos: los daños especiales y anormales que genera la acción pública han de ser indemnizados.

Ahora bien, el Tribunal de Luxemburgo contaba con una dificultad añadida para construir el sistema de responsabilidad de las Instituciones. Las conclusiones que pudieran extraerse del análisis comparado solo serían trasladables al ámbito comunitario en la medida en que se acomodaran a las múltiples particularidades y matices que tiene la responsabilidad en el campo del intervencionismo económico, a sus presupuestos institucionales, y a su peculiar tipología de actos. En efecto, un viaje a través del tipo de acciones que han dado origen mayoritariamente a la aplicación del régimen de responsabilidad de la Comunidad contribuye a mostrar su contexto, marcado por la libertad de elección de los objetivos y medios con que cuenta el Consejo a la hora de orientar su política económica; y por la complejidad de apreciación y, a menudo, la urgencia en la adopción de medidas de aplicación, que caracterizan la actuación de la Comisión. Este marco justificaba una actitud de prudencia y cautela por parte del Juez comunitario, tanto en sede de legalidad como de responsabilidad, máxime teniendo en cuenta, de una parte, que se tratan de actos de alcance general, susceptibles de afectar por ello a un número elevado de particulares, y que las pretensiones tienen lugar en un mundo tan engañoso y paradójico como el del intervencionismo económico, en que no existen posiciones garantizadas y en que, por tanto, determinar la causalidad y la existencia de un perjuicio puede resultar realmente complejo. Solo con estas consideraciones generales a modo de brújula podía el explorador tratar de abrirse camino sin perder el norte en la selva de la jurisprudencia comunitaria, por finalizar con la metáfora con que comenzamos.

III. LA DETERMINACIÓN DEL CRITERIO DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES POR ACTUACIONES ILEGALES

En 1971, el TJCE optó por instaurar un doble régimen. Con carácter general, exigía una ilegalidad sustantiva, un nexo de causalidad suficientemente directo, y un perjuicio cierto, y un *plus* cuando el daño traía su origen en «un acto normativo que implica opciones de política económica». Esta condición añadida venía a concretarse en el requisito de la «violación

suficientemente caracterizada de una norma superior para la protección de los particulares»[5], que implica que no toda ilegalidad da origen a responsabilidad, sino solo las infracciones manifiestas y graves de normas que tuvieran por objetivo establecer una garantía para los operadores económicos. Una condición tal se anudaba en el razonamiento judicial a la necesidad de no poner obstáculos a la actividad legislativa ante la perspectiva de frecuentes condenas pecuniarias[6]. Ahora bien, lo cierto es que, en la práctica judicial, dicha condición se exigiría en la mayor parte de las ocasiones, habida cuenta los rasgos específicos de la actuación comunitaria, antes señalados, y la interpretación expansiva que progresivamente se dio al concepto de «acto normativo que implica opciones de política económica», que vino a identificarse con todo acto de alcance general, fuera dictado por el Consejo o, incluso, por la Comisión. En estas condiciones, el régimen «general» se aplicó exclusivamente a los daños derivados de decisiones individuales y de actuaciones materiales (y a sus respectivas omisiones). Para ello, el Tribunal optó, sin embargo, por acomodar la justificación teórica del requisito de la ilegalidad grave a su práctica judicial, con cambios sutiles en la dicción en las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX[7].

— En cuanto al requisito de la infracción de una norma «para la protección de los particulares», viene a sustanciarse en la necesidad de que la norma infringida tenga carácter sustantivo, por oposición a las normas de procedimiento, forma o competencia[8]; aunque también ha llevado en alguna ocasión a concluir que determinadas normas incluidas en Acuerdos interestatales no tienen esa condición[9]. A este

---

5 Sentencias de 28 de abril de 1971, Alfons Lütticke GmbH contra Comisión, Asunto 4/69, y de 2 de diciembre de 1971, Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt contra Consejo, Asunto 5/71.

6 Sentencia de 25 de mayo de 1978, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG y otros contra Consejo, Asuntos acumulados 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77.

7 Así, p. ej., en la Sentencia de 19 de septiembre de 1985, Asteris AE y otros contra Comisión, Asuntos acumulados 194 a 206/83, en que se troca la alusión a las opciones políticas y a los actos legislativos por los «actos reglamentarios» (para englobar a un reglamento técnico de la Comisión). Del mismo modo, en la Sentencia de 15 de abril de 1997, Aloys Schröder contra Comisión, Asunto T-390/94, se cambia la mención del poder legislativo por otra a las Instituciones comunitarias (para abarcar, así, a la Comisión).

8 Así, ha descartado que pueda dar origen a responsabilidad la infracción de los principios que regulan la motivación (a partir de la STJCE de 15 de septiembre de 1982, Julius Kind KG contra Comunidad económica europea, Asunto 106/81); el reparto de competencias (STJCE de 13 de marzo de 1992, Asunto C-282/90, Industrie-en Handelsonderneming Vreugdenhil BV contra Comisión); o el procedimiento de elaboración de los actos comunitarios (STPI de 13 de diciembre, Vereniging van Exporteurs in Levende, Varkens contra Comisión, Asuntos T-481/93 y T-484/93).

9 Así en las Sentencias que tienen como marco la regulación de la OCM del plátano. Por todas, STPI de 20 de marzo de 2001, Cordis Obst und Gemüse Grosshandel GmbH, Asunto T-18/99, aún sin publicar.

ISBN: 978-84-7777-740-3

mismo resultado de excluir la responsabilidad se llega, en otras ocasiones, negando la existencia de nexo causal cuando la norma infringida es del tipo de las mencionadas[10]. En estos términos, esta condición se corresponde con lo que puede considerarse un principio general común a los Derechos de los Estados miembros[11].

— En lo que hace a la «violación suficientemente caracterizada», recibió inicialmente un doble enfoque: en tanto que singularidad y gravedad del *daño*, y como cualificación de la *infracción*. La perspectiva de la gravedad y singularidad del daño fue adoptada a finales de los años setenta[12], pero decayó posteriormente (al margen, eso sí, de que en ocasiones estas exigencias están hasta cierto punto insertas en las nociones de ilegalidad, causalidad y perjuicio; así, p. ej., la singularidad en principios como el de confianza legítima o el de no discriminación, o la gravedad en la proporcionalidad). Ha de celebrarse su postergación, pues se trataba de una exigencia descontextualizada, propia de la responsabilidad sin ilegalidad, como habían puesto de manifiesto la doctrina y los abogados generales de forma reiterada[13]. Por su parte, la cualificación de la violación vino a interpretarse en los ochenta y noventa como que un error técnico, una desproporción, por manifiesta, patente o notoria que sea, no da lugar a responsabilidad, si la finalidad de la medida es en sí legítima. Solo un actuar injustificable puede generar la responsabilidad. Esta condición tan restrictiva nació como manifestación del temor, hecho expreso por el Tribunal, de que las eventuales condenas pudieran coartar la acción política. A mi juicio, esta exigencia, en la práctica y en el contexto de la responsabilidad de las Instituciones, era *injustificada*, *imprecisa* e *innecesaria*. *Injustificada*, ya que supone optar por una responsabilidad «penalista», en lugar de hacer girar el sistema sobre la situación

---

10 Así, p. ej., STJCE de 7 de abril de 1992, Compagnia italiana alcool SAS di Mario Mariano & Co. contra Comisión, Asunto C-358/90, en relación con el deber de motivación.

11 En sintonía, a su vez, con la citada Recomendación del Consejo de Europa se establece que no toda infracción puede dar origen a responsabilidad, ya que la norma infringida debe ser un principio o una regla que afecte a un derecho, una libertad o un interés de la persona dañada, y no una norma destinada a la organización interna de la Administración.

12 SSTJCE de 25 de mayo de 1978, Bayerische HNL Bermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG y otros contra Consejo y Comisión, Asuntos acumulados 83 y 94/76, 4, 15 y 40/77; las de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arcady contra Consejo y Comisión, Asunto 238/78, DGV, y otros contra Consejo y Comisión, Asuntos 241, 242, 245 a 250/78, Interquell contra Consejo y Comisión, Asuntos 261 y 262/78, y P. Dumortier Frères y otros contra Consejo, Asuntos 64 y 113/76, 167 y 239/78 y 27, 28 y 45/79, contra Consejo y Comisión, o de 5 de diciembre de 1979, G. R. Amylum NV y Tunnel Refineries Limited contra Consejo y Comisión, Asuntos acumulados 116 y 124/77, y Koninklijke Scholten-Honig NV contra Consejo y Comisión, Asunto 143/77.

13 Por todos, puede verse la valoración de Wathelet y Van Raepenbusch (1997, 42). Entre los Abogados generales, la argumentación de Capotorti en la Sentencia *Bayerische HNL*, citada, mantiene plenamente su vigencia.

de la víctima del daño, en contra de las más modernas tendencias. *Imprecisa*, en tanto que la decisión judicial final es siempre fuente de controversias, muestra de lo cual son las fuertes críticas doctrinales recibidas y el inusual nivel de discrepancia entre el Tribunal de Justicia y sus Abogados generales que suscita la determinación de la gravedad de la infracción en cada caso concreto. Puede apuntarse como guía que la infracción de determinados principios (no discriminación, confianza legítima) es más susceptible de ser considerada suficientemente caracterizada que la de otros (proporcionalidad, en íntima relación con la comisión de errores técnicos). No obstante, se trata de un criterio solo orientativo, teniendo en cuenta que los principios jurídicos están íntimamente relacionados en el contencioso económico[14]. El control de legalidad sobre la apreciación económica es ya extremadamente limitado, y se reserva a casos de desviación de poder o errores manifiestos y graves. Estos últimos, cuando son cometidos por Instituciones especializadas como las comunitarias, revelan las más de las veces una actuación cuasi arbitraria. Por último, es *innecesaria*, ya que los requisitos de ilegalidad, causalidad y perjuicio constituyen una barrera de por sí casi infranqueable para los demandantes. En consecuencia, la supresión de la exigencia de una cualificación de la ilegalidad no entraña un riesgo real de frenar la actividad económica comunitaria ante la perspectiva de futuras indemnizaciones. Cierto es, no obstante, que también la opción acogida pueda probablemente justificarse en el marco de los «principios generales comunes», puesto que no todos los sistemas nacionales asumen dicha objetivación en todos los supuestos[15], y dado que la responsabi-

14 Así, p. ej., las infracciones del principio de no discriminación y de confianza legítima tienen en muchas ocasiones una lógica común en el mundo económico. En el primer caso, se otorga un trato desigual a agentes económicos dentro del mismo sector o a sectores en competencia; en el segundo, no se adoptan medidas especiales para proteger a operadores singularizados respecto a la generalidad. Se provoca en ambos casos una diferencia de trato arbitraria. El principio de confianza legítima se relaciona a su vez con el de proporcionalidad. El primero sólo impone que se garantice la permanencia de un determinado *status* económico; exige que, en determinadas condiciones, se adopten medidas *apropiadas* para la protección de los que actúan de buena fe, previa *ponderación* del interés público en cuestión. Finalmente, los principios de no discriminación y proporcionalidad también se relacionan en el universo del intervencionismo económico. Cuando se trata de *productos en competencia*, la jurisprudencia admite que, a la luz del art. 33 TCE, los diferentes intereses socioeconómicos subyacentes a cada uno de ellos permiten otorgar cierta disparidad de trato, *siempre que no sea desproporcionada*. Si la desigualdad se provoca entre operadores de sectores diversos, en realidad se alude a la desigualdad ante las cargas públicas, y *el juicio se desarrolla en clave de proporcionalidad*.

15 Resulta significativo que la Recomendación del Consejo de Europa R (84) 15 relativa a la responsabilidad pública, de 18 de septiembre de 1984 establece que la culpa debe presumirse, en principio, en toda ilegalidad, si bien admite la prueba en contrario, dejando así abierto el portillo para excusar determinados comportamientos ilegales en casos concretos. No obstante, no debe olvidarse que se trata de una recomendación de mínimos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

lidad por actos normativos, al menos respecto a los dictados por el Consejo, está a medio camino entre la responsabilidad administrativa y la legislativa, de la que no puede decirse que se encuentre ampliamente reconocida.

IV. LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

El principio de responsabilidad de los Estados por infracción del DUE tiene ambiguos precedentes en la jurisprudencia anterior a los años noventa[16]. Ahora bien, solo en esa década el Tribunal lo estableció sin ambages, y precisó su alcance general y el régimen aplicable[17].

La garantía indemnizatoria deriva en su razonamiento de la propia lógica jurídica del sistema comunitario, como necesario complemento de los derechos que a los particulares confiere dicho ordenamiento. Otorgamiento de un derecho y garantía de su reintegración patrimonial en caso de incumplimiento se presentan, de este modo, como las dos caras de la misma moneda. Ahora bien, a esta fundamentación se le añade otra basada en la garantía de la eficacia de la normativa comunitaria[18]. Al respecto, resulta significativo que en 1991 se estableciera la obligación de indemnizar a los particulares ante la reiterada omisión de un Estado miembro de transponer una directiva, lo que pone en evidencia que el reconocimiento del principio de responsabilidad de los Estados se inserta en una lógica que trasciende la

---

16 Ya en su Sentencia de 16 de diciembre de 1960, Jean-E. Humblet, Asunto 6/60, el Tribunal afirmó que «[...] si el Tribunal de Justicia declara en una sentencia que un acto legislativo o administrativo emanado de las Autoridades de un Estado miembro es contrario al Derecho comunitario, este Estado está obligado, en virtud del art. 86 TCECA, tanto a anular el acto de que se trata como *a reparar los efectos ilícitos que haya podido producir*». Con posterioridad, vino poniendo de relieve que el interés de continuar un procedimiento por incumplimiento una vez el Estado en cuestión ha puesto fin al mismo, radica, entre otros, en que la declaración de incumplimiento puede servir de base a una posterior acción de responsabilidad (desde la STJCE de 7 de febrero de 1973, Comisión contra Italia, Asunto 39/72). La propia Comisión sugirió en su Contribución a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión política titulada «Cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia» (*Boletín CE,* suplemento 2/91, pp. 154-157, en p. 157), que el Tribunal reconociera expresamente, en las Sentencias que pusieran de manifiesto un incumplimiento estatal, que éste podía implicar la responsabilidad del Estado. Con esta medida, añadía, se facilitaría la tarea a las víctimas en las posteriores reclamaciones internas de responsabilidad.

17 Las Sentencias de referencia son, sin duda, las de 19 de noviembre de 1991, Andrea Francovich y otros, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, y de 5 de marzo de 1996 Brasserie du pechêur SA/Factortame Ltd y otros, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93.

18 Sentencia Francovich, apartado 33: «La posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario» (apartado 34).

mera garantía patrimonial del individuo para insertarse en la preocupación judicial por asegurar el cumplimiento estatal del Derecho comunitario penalizando las infracciones por vía pecuniaria, como complemento, podría decirse, del sistema de sanciones establecido en el Tratado de Maastricht[19].

En un momento posterior, el Tribunal decidió transponer al campo de la responsabilidad estatal el régimen de responsabilidad de la Unión Europea por actos normativos que implican opciones de política económica, pero con una importante matización: en materia de responsabilidad estatal, se exige siempre una violación suficientemente caracterizada, mientras que, hasta ese momento, en el ámbito de la responsabilidad comunitaria se aplicaba solo respecto a los actos de alcance general. Ahora bien, se trata de una condición de contenido variable. El elemento clave es el margen de apreciación que deja la normativa comunitaria aplicable. Mientras menor sea, menor también será la posibilidad de «exculpar» la actuación estatal y viceversa. Hasta el punto de que, si la norma infringida es clara y terminante, el sistema se comporta, en la práctica, como un régimen de responsabilidad por ilegalidad de corte objetivo, pues toda ilegalidad se considera manifiesta y grave[20].

Es necesario hacer una consideración fundamental para valorar el sistema instaurado en sus justos términos. En su formulación por el Tribunal de Luxemburgo, el régimen de responsabilidad estatal expuesto constituía tan solo un estándar mínimo. En virtud del principio de equivalencia, debía aplicarse el régimen nacional de responsabilidad si es más favorable respecto de infracciones análogas del ordenamiento interno. Esta precisión estaba llamada a tener un peso decisivo respecto de la responsabilidad derivada de actos administrativos, dado que, en numerosos Derechos nacionales, la ilegalidad es en estos casos suficiente para generar la responsabilidad administrativa. A ello se le une el principio de efectividad, según el cual, en los ámbitos en que el Tribunal no ha establecido este estándar mínimo (señaladamente, en materia procesal), las condiciones a las que se someten las acciones nacionales para reclamar la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión Europea no pueden ser tan rigurosas que impidan una garantía efectiva de los particulares. Este concepto es abstracto y amplio, pero supone una reserva por parte del propio Tribunal a través de la cual

---

19 Esta óptica más general fue destacada ya por autores tan cualificados como el Juez Schokweiler (1992, 42): «Es interesante destacar que el Tribunal, en su razonamiento, no se limita a fundar el principio de la responsabilidad del Estado en la necesaria protección de los derechos de los particulares, sino que insiste igualmente en el pleno efecto o la plena eficacia del orden jurídico comunitario; subraya así que no se trata exclusivamente de sancionar el atentado cometido por el Estado contra el patrimonio del particular, sujeto del ordenamiento jurídico comunitario, sino asimismo el atentado que el Estado en cuestión ha llevado a cabo contra el ordenamiento comunitario en sí mismo considerado».

20 En este sentido, desde la Sentencia de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (Ireland) Ltd, Asunto C-5/94.

ISBN: 978-84-7777-740-3

puede llegar a descartar la aplicación de requisitos de regímenes nacionales excesivamente restrictivos.

De esta forma, el Tribunal no armonizaba plenamente el régimen de la responsabilidad —o no parecía hacerlo, habrá que decir a partir de ahora, como se verá— sino que se limitaba a fijar, en determinados aspectos, unos mínimos. En efecto, «las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización», como señalaba la Sentencia Francovich. Consagraba así, respectivamente, los principios de equivalencia y de efectividad. Una vez consagrados los requisitos de la «violación suficientemente caracterizada», la «norma atributiva de derechos» y la «relación de causalidad directa», en la Sentencia Brasserie du Pechêur / Factortame, añadió que «los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos». Cumplidos esos mínimos, como también precisó la Sentencia Francovich, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho de la Unión Europea (principio de autonomía procesal). De este modo, el principio de responsabilidad quedaba armonizado respecto de un mínimo, a partir del cual los Estados eran competentes para la regulación, con el límite, eso sí, de los principios de equivalencia y efectividad, tanto en lo sustantivo como en lo procesal[21], dentro de lo lábil que en materia de responsabilidad es esta distinción[22].

---

21 En nuestra doctrina, si bien todos los autores llegaban al mismo resultado de considerar que no es exigible una ilegalidad cualificada al ser más favorable el régimen objetivo de responsabilidad por leyes inconstitucionales, se ha producido en la más reciente doctrina un debate de si el principio de equivalencia se aplica también o no a las condiciones sustantivas. En efecto, algunos autores consideran que, a la vista del origen de este principio en la jurisprudencia europea, solo sería estrictamente de aplicación a las condiciones procedimentales. Así lo defiende Cobreros Mendazona (2015a, 129-239) o Ruiz López (2016, 2793). En todo caso, la doctrina mayoritaria sigue entendiendo que esta regla es la expresión del principio de equivalencia, que es también de aplicación a las condiciones de fondo. Así, Huelin Martinez de Velasco (2019, 171-176), Iranzo Cerezo (2020, 215), Iglesias Sánchez (2022, 123-124) o Macías Castaño (2021, 483).

22 Una muestra la aporta la consideración en torno al nexo de causalidad. El TJUE estableció con carácter general el requisito de la causalidad directa en su Sentencia Brasserie du pêcheur / Factortame, y consideró que el DUE permite al juez nacional comprobar si el perjudicado ha desplegado un grado de «diligencia razonable» para limitar la magnitud del daño, pero, nótese, lo puso en relación con su jurisprudencia en materia de la responsabilidad de

V. EL EFECTO *BOOMERANG*: LA INFLUENCIA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

Desde 2000, el Tribunal de Luxemburgo acogió para la responsabilidad de las Instituciones la perspectiva recién adoptada en materia de responsabilidad estatal[23]. En este año, el Tribunal hizo una relectura de las claves de su jurisprudencia, entendiendo que el criterio decisivo para la exigencia de una ilegalidad grave es, no ya la naturaleza «legislativa» del acto del que el

las instituciones, por remisión a una sentencia en que se valora la actividad material de una empresa para limitar el daño (en particular, reorientando su actividad económica), y no la actuación «procesal» (STJUE de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros contra Consejo y Comisión, Asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90). Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad estatal se ha planteado si la «diligencia razonable» es exigible también respecto de esta última. El propio Abogado General Tesauro, en sus Conclusiones a esa Sentencia, puso de relieve al respecto que en los Derechos nacionales cabe constatar la diversidad de soluciones. Posteriormente, la cuestión se suscitó en el asunto Danske Slagterier (STJUE de 24 de marzo de 2009, Asunto C-445/06), en relación con la regla del Derecho de la responsabilidad alemán según la cual un particular no puede obtener reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre que sea razonablemente exigible al afectado. Siguiendo a su Abogada General Trstenjak, el TJUE consideró que este requisito conecta con el criterio, apuntado ya en su Sentencia Brasserie, de la «actuación diligente», pero añadiendo para que el tribunal nacional pueda al respecto comprobar «en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían», lo que en opinión del TJUE es un principio general común a los Derechos de los Estados miembros, como él mismo ha admitido en su jurisprudencia sobre responsabilidad de las Instituciones. Pero, obsérvese, no había sido una regla tal, referida al accionamiento de vías procesales alternativas, el contexto de la afirmación en materia de responsabilidad de las Instituciones ni tampoco, al menos expresamente, en Brasserie du Pechêur / Factortame, en la que de hecho el Abogado General Tesauro había puesto en evidencia que no había una regla común. El TJUE advertía que «sin embargo, sería contrario al principio de efectividad obligar a los perjudicados a ejercitar simultáneamente todas las acciones de que dispongan, aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten, a la vista de las circunstancias del caso, que corresponde apreciar al tribunal nacional». Lo que, aplicado al caso en cuestión, venía a significar que, cuando el daño no deriva de un acto administrativo de aplicación de una norma contraria al DUE, no cabe exigir a un particular que «provoque» una decisión administrativa en aplicación de una ley nacional contraria al DUE para después impugnarla. En ese asunto, la Abogada General Trstenjak precisó, además, que la falta de recurso a la primera tutela judicial posible en general y conforme a la jurisprudencia europea no da origen a la exclusión general del derecho a reclamarla —que sólo podría contemplarse de manera excepcional— sino a la aminoración de la responsabilidad. Por su parte, el Abogado General Maduro, que presentó sus Conclusiones a la Sentencia Transportes Urbanos (de 9 de julio de 2009, Asunto C-118/08), en un caso en que el daño se correspondía con el pago de ingresos indebido, consideró, en la misma línea, que una regla nacional que previera un requisito semejante no se opondría al Derecho de la Unión, porque también se admite en el caso de la responsabilidad de las Instituciones precisamente en la medida en que responde a un principio general común al Derecho de los Estados miembros, conectado con la diligencia debida de la víctima y con la prohibición de desviación de procedimiento, siempre que el daño coincida exactamente con un ingreso indebido.

23 El paso fue inicialmente dado en la Sentencia de 4 de julio de 2000, Laboratoires pharmacueutiques Bergaderm SA y Jean Jacques Goupil contra Comisión, Asunto C-352/98.

ISBN: 978-84-7777-740-3

daño trae causa, sino, de forma mucho más amplia, «la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido[24]». En consecuencia, pasó a aceptar que la exigencia de una ilegalidad grave rige, no solo frente a daños derivados de opciones legislativas de política económica, sino siempre que la Institución que adoptó la medida gozara de un margen de apreciación considerable, es decir, con independencia del autor del acto y del carácter normativo o no del mismo. En realidad, y a la postre, el procedimiento argumental consistirá en requerir *siempre* una «violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos», si bien, cuando no existe margen de apreciación o éste es reducido, considerar toda infracción lo suficientemente grave para generar en principio la responsabilidad de las instituciones[25]. Por el contrario, si el margen de apreciación es considerable, se requiere un *plus* de gravedad, una «infracción manifiesta y grave», en expresión judicial reiterada.

VI. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES ENTRE LA COMUNIDAD Y LOS ESTADOS

El sistema comunitario de administración indirecta plantea peculiares dificultades de articulación de las vías de responsabilidad nacional y comunitaria. Rige el principio de separación de jurisdicciones, según el cual solo el Juez comunitario es competente para conocer de una acción de responsabilidad interpuesta contra la Comunidad, y solo los tribunales nacionales lo son cuando la acción se dirige contra los Estados. En la mayoría de las ocasiones, no obstante, en la producción de un daño existe una imbricación de actuaciones comunitarias y nacionales. Pueden distinguirse al respecto dos grandes géneros: la mera ejecución por el Estado de una normativa comunitaria ilegal; y los supuestos de auténtica concurrencia de dos actuaciones, comunitaria y nacional, ambas ilegales.

— Cuando el daño deriva de la aplicación estatal de normas comunitarias ilegales, la solución jurisprudencial consiste en admitir todas las reclamaciones, salvo en los casos en que el *petitum* se identifica con

24 A partir de su Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pechêur SA / Factortame Ltd, Asunto C-46/93 y C-48/93.

25 No obstante, ello no convierte al sistema en objetivo puro, ni siquiera en estos casos. Así, por ejemplo, el Tribunal ha excluido la indemnización en casos en que ha considerado previamente demostrada la incorrección de una medida, pero ha estimado, no obstante, que la Institución en cuestión había cumplido con el grado de buena administración y diligencia exigible (STPI de 12 de julio de 2001, Comafrica SpA y Dole Fresh Fruit Europe Ltd & Co. contra Comisión, Asuntos acumulados 198/95, 171/96, 230/97, 174/98 y 225/99).

una mera reclamación de devolución de ingresos basados en una normativa comunitaria ilegal. En estos supuestos, la vía procedente es la nacional, a través de la *condictio indebiti*. A nuestro juicio, argumentos prácticos claman por el mantenimiento de la vía nacional en los supuestos de ingresos indebidos. A lo sumo, podría admitirse la acción comunitaria en los casos en que existen daños adicionales al mero pago de lo debido, bien que exigiendo solo la ilegalidad para reconocer el derecho a la devolución de ingresos, de acuerdo con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Se llegaría a una mayor economía de medios, ya que el particular no tendría por qué recurrir a dos diferentes instancias alegando los mismos motivos de ilegalidad. En todo caso, una apertura en este sentido no se presenta como inaplazable ni deja de tener inconvenientes; en especial, el riesgo de un uso desviado de esta vía, alegando cualquier perjuicio adicional para acceder a la jurisdicción comunitaria, con el consiguiente aumento de la carga de trabajo del Tribunal.

— En los supuestos de auténtica responsabilidad concurrente[26], el principio de solidaridad es el único coherente con la separación de jurisdicciones[27]. No es posible en estas hipótesis alegar el principio de cosa juzgada, pues cada cual —Estados y Comunidad— responde de su propia ilegalidad y en las condiciones de su régimen de responsabilidad. Tampoco debieran plantearse problemas de doble indemnización, ya que la medida de la indemnización recibida decrece o hace

---

26 El Juez comunitario ha conocido hasta hoy dos grandes tipos de asuntos en que puede pensarse que está en juego la responsabilidad concurrente. En primer lugar, supuestos en que la *conducta de una Institución comunitaria que influye decisivamente en la producción de un acto estatal ilegal*. La jurisprudencia se ha venido asentando sobre un concepto de causalidad jurídica o inmediata (p. ej., STJCE de 10 de mayo de 1978, Société pour l'Exportation des Sucres SA contra Comisión, Asunto 132/77). No obstante, parece en evolución, en el sentido de atender a la causalidad fáctica, real o mediata, en los casos en que la actuación comunitaria, aun cuando no sea vinculante, resulte determinante del daño (véase en este sentido STJCE de 15 de septiembre de 1994, Koinopraxia Eníséon Georgikon synetairismon Diacheiríséos Enchorion Proönton Syn. PE (KYDEP) contra Consejo y Comisión, Asunto C-146/91. Debe aplaudirse esta óptica, máxime cuando, en la mayoría de estas hipótesis (normativas equívocas, guías de actuación o interpretaciones incorrectas dirigidas a los Estados, etc.) bien pueden no concurrir los requisitos de la responsabilidad estatal, por ausencia de un incumplimiento manifiesto y grave. Es precisamente la incorrección de la actuación previa comunitaria la que convierte la acción estatal en disculpable. Una segunda hipótesis es la ausencia de corrección por parte de una Institución comunitaria de una infracción estatal, cuando existe una obligación específica de fiscalización, o visto bueno comunitario a una medida ilegal nacional. En estos supuestos, se suman dos ilegalidades independientes, aunque relacionadas (una muestra nos la ofrece la Sentencia de 8 de abril de 1992, James Joseph Cato contra Comisión, Asunto C-55/90, Rec. p. I-2533). La jurisprudencia admite la posibilidad de responsabilidad comunitaria. En este género de asuntos, bien puede existir también responsabilidad estatal.

27 La doctrina se ha pronunciado desde un principio con práctica unanimidad en pos del reconocimiento de este principio. Así, p. e., Fuss (1968, 206) o Ipsen (1969, 60).

ISBN: 978-84-7777-740-3

desaparecer el perjuicio. Se precisan en estos casos simples mecanismos de información entre las Administraciones y las jurisdicciones nacionales y comunitaria[28].

VII. LA APLICACIÓN TEÓRICA DEL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESPAÑOL

Nos limitaremos aquí a dar cuenta de los puntos claves de lo que parecía ser la consecuencia de la aplicación del instituto de la responsabilidad de los poderes públicos por infracción del DUE en el sistema jurídico español.

— La *responsabilidad del Legislador* por leyes inconstitucionales fue reconocida y perfilada en la década de los noventa por obra del Tribunal Supremo. El principio afirmado fue que cuando un ciudadano sufre un *perjuicio derivado de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales*, tiene derecho a ser indemnizado, incluso si el acto es firme porque no lo impugnó en su día por la vía de los recursos administrativos o contencioso-administrativos (pues en ningún caso está obligado a reaccionar frente a un acto que, hasta la posterior declaración de inconstitucionalidad, goza de la presunción de legalidad con que cuenta la propia ley de la que es aplicación) o sí lo hizo y obtuvo una sentencia firme en su contra. La acción de responsabilidad es, además, autónoma respecto a la posibilidad de instar la revisión de oficio con que cuentan adicionalmente los interesados siempre que el acto no haya sido confirmado por sentencia firme. El Tribunal Supremo ha interpretado que la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, mandato que no podía ser establecido «a priori» en su texto. Ha argumentado que en estos casos el reconocimiento del derecho a indemnización no va en contra del principio de seguridad jurídica ni, cuando existe sentencia firme, del principio de cosa juzgada. Ahora bien, ha precisado que la decisión sobre la procedencia o no de indemnización debe partir del tenor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, pues si del mismo se deriva de forma explícita o implícita la voluntad de mantenimiento de los actos que hayan deve-

28 Ahora bien, la posible repetición de la Comunidad contra un Estado o viceversa suscita arduos problemas que no encuentran fácil solución en virtud del principio de exclusividad de jurisdicciones. Parece que, en caso de articularse una vía adecuada, debiera sentarse en todo caso un principio general de responsabilidad compartida a partes iguales, pues cualquier solución diferente amenaza con subvertir dicho principio.

nido firmes, dotando al pronunciamiento de eficacia *ex nunc*, habrá entonces de excluirse también el derecho a obtener indemnización por los daños que deriven de dichos actos[29]. En todo caso, nunca ha exigido una cualificación en la inconstitucionalidad, luego parecía que, de aplicarse el principio de equivalencia, tampoco podía hacerlo cuando el daño fuera consecuencia de una ley contraria al DUE.

— En cuanto a la responsabilidad administrativa, la peculiaridad del sistema español de responsabilidad es lo que la doctrina y la jurisprudencia llaman su «carácter objetivo». Conforme a este carácter, la procedencia de la indemnización de los daños causados no deriva de un juicio subjetivo en términos de «culpabilidad» o «negligencia» en la actuación u omisión administrativa, sino que depende de un juicio objetivo ajeno a toda noción de culpa, centrado en la situación del perjudicado. De ahí que la Administración responda del «funcionamiento normal o anormal». No obstante, el sistema de responsabilidad administrativa español, con carácter general, no es indiferente a la valoración jurídica de la conducta u omisión del causante del daño. Antes al contrario, la pertinencia de indemnización se supedita con carácter general a un juicio de valor negativo acerca de la conducta u omisión del causante del daño y solo a título excepcional, cuando pese a la ausencia de toda culpa, se produce un perjuicio anormal y singular, un principio de justicia distributiva llama a la compensación de los daños. En el caso de la responsabilidad derivada de la aplicación de actos, con carácter general, puede partirse del principio de que una vulneración de la legalidad implica un funcionamiento anormal que, de causar daño, impone su reparación. Funcionamiento anormal e ilegalidad tienden, pues, a ser sinónimos. Ahora bien, la jurisprudencia viene acogiendo desde hace años la llamada «teoría del margen de tolerancia». Cuando el daño deriva de la adopción de un acto ilegal para cuyo dictado existía un margen de discrecionalidad o una cierta complejidad o indeterminación del marco jurídico o en la apreciación fáctica, la jurisprudencia considera que si la decisión administrativa fue «razonable», aunque resultara ilegal en un juicio *a posteriori*, queda excluida la procedencia de indemnización. De este modo, los tribunales podían sentirse tentados a equiparar esta aproximación a la realizada por el Tribunal de Luxemburgo respecto de la apreciación de la «violación suficientemente caracterizada».

— Finalmente, la *responsabilidad por error judicial* es excepcional en Derecho español y se anuda a errores muy graves, crasos y palmarios[30]. El TJCE ha establecido que el principio de responsabilidad se extiende a todos los poderes públicos y, por tanto, hay que colegir que también al poder judicial. Sin duda, las condenas serán, cuan-

29 Por todas, STS de 18 de mayo de 2006, Ar. 3923.

30 Por todas, STS de 21 de mayo de 1998, Ar. 4299.

ISBN: 978-84-7777-740-3

do menos, absolutamente excepcionales. Difícilmente vendrán de la mano de una interpretación disconforme con el sentido de una norma. Poderosas razones de equilibrio entre las jurisdicciones nacionales y la comunitaria, y la necesidad de no convertir al TJCE en un «tribunal de supercasación» lo impiden. Ahora bien, no puede descartarse que una posición frontalmente contraria a los principios fundamentales que vertebran la aplicación del Derecho de la Unión Europea (entre ellos, los de primacía, efecto directo o el mismo principio de responsabilidad) pueda considerarse una violación suficientemente caracterizada. Una infracción tal debiera calificarse como error judicial también en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; en todo caso, constituiría una violación manifiesta y grave de acuerdo con el estándar mínimo obligatorio que impone el Derecho de la Unión Europea, y, como tal, debiera ser indemnizada[31].

VIII. LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DUE

El Tribunal Supremo mostró fuertes resistencias a la aplicación de los principios del régimen de la responsabilidad por infracción del DUE antes enunciados[32], puede decirse que el Tribunal Supremo negó en un primer momento la condición de «reclamaciones semejantes» a las referidas a la responsabilidad por Leyes contrarias a la Constitución y al DUE, entendiendo de este modo que el principio de equivalencia no le impedía dar un tratamiento diverso a sus requisitos sustantivos y procesales (valga esta distinción, como hemos visto, tan evanescente). Su razonamiento atendió a las posibilidades de acción del ciudadano frente a los actos de aplicación. Mientras que los ciudadanos pueden invocar ante la Administración y ante los Tribunales la primacía del Derecho de la Unión y estos deben inaplicar por sí mismos cualquier acto nacional, incluidas las leyes, contrario al DUE, no ocurre lo mismo con las leyes inconstitucionales, dado el monopolio que ejerce en su control el Tribunal Constitucional. Por ello mismo, en la medida en que los ciudadanos pueden en el primer caso «pelear» con éxito ante los tribunales y en el segundo no, no se trata de reclamaciones semejantes, lo que, entendía, justifica que se pueda poner como requisito a las reclamaciones de daños derivados de la aplicación de leyes contrarias al DUE el recurso previo contra el acto de aplicación (en otra terminología, el ejercicio de la «tutela primaria»), y no exigirlo respecto de las leyes inconstituciona-

31 Puede contrastarse con lo resuelto en la STJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, Asunto C-224/01

32 En profundidad, véase una exposición en Guichot (2016, 76-83).

les, sin por ello vulnerar el principio de equivalencia. Este razonamiento fue descartado en la STJUE Transportes Urbanos[33], que resuelve una cuestión prejudicial al respecto planteada por el Tribunal Supremo. El TJUE consideró que teniendo las dos reclamaciones exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o por una omisión legislativa del Estado, la única diferencia consiste en qué Tribunal declara la infracción jurídica (el TJUE o el Tribunal Constitucional) y esta mera diferencia no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia.

Con independencia de lo convincente o no del razonamiento —la diferencia no es solo quién declara la infracción, sino más bien, como se ha dicho, si el juez nacional puede en efecto por sus propios medios considerar que una ley es contraria a la Constitución o al DUE, y aquí la respuesta es diferente—, la conclusión era clara. El Tribunal Supremo la hizo suya en la propia Sentencia dictada en el asunto que dio lugar a la cuestión prejudicial y otras coetáneas y posteriores, cambiando su doctrina y dejando de exigir el agotamiento previo de la vía interna en los plazos legales para recurrir contra los actos de aplicación origen del daño[34]. Ahora bien, no extendió las consecuencias del principio de equivalencia a los «requisitos de fondo», de tal modo que siguió exigiendo una «violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos», como ha venido haciendo desde el —casi[35]— primer momento, sin que le baste la acreditación de la contrariedad de la ley de la que deriva el daño con el DUE; y ello en clamoroso contraste de su rotunda afirmación de la responsabilidad por mera inconstitucionalidad[36].

De este modo, con posterioridad a la Sentencia Transportes Urbanos, el Tribunal Supremo[37] se mantuvo en esta línea, ahora con otras vías argumentales: la necesaria uniformidad en la aplicación del DUE; la no aplicación del principio de equivalencia a las condiciones de fondo; el diferente mar-

---

33 STJUE de 26 de enero de 2010, Asunto C-118/08.

34 SSTS de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095.

35 Como excepción, véase la STS de 12 de junio de 2003, Ar. 8844.

36 Salvo en los casos en que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional haya excluido expresamente la producción de efectos retroactivos de su pronunciamiento y con el matiz por ahora incógnito de un régimen distinto en «circunstancias singulares, de clara y relevante entidad» «como hipótesis no descartable» (desde la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494 y, a fecha de la redacción de este trabajo, hasta la STS de 8 de febrero de 2021, Ar. 659), que por ahora no ha tenido aplicación.

37 Es más, procedió así incluso en las propias sentencias que resolvieron las reclamaciones una vez resuelta la cuestión prejudicial en la Sentencia Transportes Urbanos (SSTS de 17 de septiembre de 2010, 679/2011, Ar. 7998, 8095 y otras similares posteriores sobre el mismo asunto). La exigencia, por cierto, se ha aplicado también a la responsabilidad por reglamentos estatales contrarios al Derecho de la Unión Europea: STS 5 de marzo de 2012, Ar. 4762 (Real Decreto de transposición incorrecta de una Directiva en materia de investigación celular).

ISBN: 978-84-7777-740-3

gen de discrecionalidad con el que cuenta el Legislador cuando interpreta la Constitución y cuando interpreta el DUE[38]; o la diferencia de efectos de las sentencias del TJUE en una cuestión prejudicial y del Tribunal Constitucional en un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad[39]. Lo cierto es que la cuasi generalidad de los autores consideró que se trataba de una interpretación contraria al Derecho de la Unión Europea, que exigía alinear la responsabilidad del Legislador español por incumplimiento del Derecho de la Unión con su responsabilidad por leyes inconstitucionales, al tratarse de reclamaciones que habían de considerarse sin mayor discusión como semejantes, puesto que el TJUE ya había dicho la última palabra al respecto en su Sentencia Transportes Urbanos [40].

IX. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA APLICACIÓN DE LEYES CONTRARIAS AL DUE POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DE 2015

El Legislador español decidió terciar de forma decisiva en lo que hasta la fecha eran, como hemos visto, construcciones puramente jurisprudenciales y críticas y propuestas doctrinales en materia de responsabilidad legislativa. En efecto, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público procedió a regular la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales y por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. En efecto, su artículo 32.5 dispone que en estos casos solo procede la indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada (y, se entiende,

---

38 Que resulta difícil de interpretar, porque parece que, en esa lógica, el margen de discrecionalidad es tendencialmente mayor al interpretar la Constitución, lo que abogaría precisamente por un régimen más restrictivo de la responsabilidad en este supuesto, y no por lo contrario.

39 El Consejo de Estado también ha aportado «argumentos» diversos e incluso contradictorios, desde la no aplicación del principio de equivalencia a las condiciones sustantivas hasta, incluso, la consideración del régimen de responsabilidad por infracción del DUE como más favorable que el régimen de responsabilidad por infracción de la Constitución, esto último por considerar que el régimen legal español de la Ley 30/1992 condicionaba la indemnización a la previsión legal expresa en el artículo 139.3 (Dictámenes 1228/2010, 23 de septiembre de 2010 y 116 y 210/2011, de 14 de abril de 2011; 341/2011, de 5 de mayo de 2011). Que la comparación ha de hacerse con el régimen efectivamente aplicado de responsabilidad y no con el 139.3 Ley 30/1992 es algo que la doctrina ni se plantea y si lo hace es para resaltar que ha de compararse con la realidad de la interpretación y aplicación por el Tribunal Supremo. Así, Cobreros Mendazona (2015a, 208).

40 En este sentido, por ejemplo, y por todos, Cobreros Mendazona (2015a, 238) y (2015b, p. 59). Como una voz discrepante en la doctrina española, que les niegan la condición de «reclamaciones semejantes», puede verse González Alonso (2016) y Ruiz López (2016, 2795-2796).

el tribunal hubiera decidido por sí mismo que la norma española era compatible con el Derecho de la Unión Europea, sin plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Además, exige que se trate de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que su incumplimiento esté suficientemente caracterizado y que exista una relación de causalidad directa entre dicho incumplimiento y el daño sufrido. En estos casos, además, y al igual que para la responsabilidad por leyes inconstitucionales, el artículo 32.6 dispone que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea,* salvo que en ella se establezca otra cosa y el artículo 34.1 limita los daños indemnizables a los producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación, de nuevo salvo que la sentencia disponga otra cosa.

En trabajos anteriores puse de relieve que esta regulación trasluce, a mi juicio, un gravísimo desconocimiento de los principios, no ya de la responsabilidad en el Derecho de la Unión Europea, sino de las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno, de la posición del juez nacional ante el Derecho de la Unión, del sistema contencioso europeo y hasta de los mecanismos de publicidad de las sentencias. En mi criterio, la Ley 40/2015 llevó a cabo una regulación contraria al Derecho de la Unión, marcada por la extensión a este supuesto de los requisitos «procesales» ultra-restrictivos del nuevo régimen legal acuñado para la responsabilidad del Legislador por leyes inconstitucionales. Y lo hizo, probablemente, llevado de la voluntad de eludir reclamaciones masivas, como las derivadas de la previsión legal del impuesto sobre los carburantes que establecieron algunas comunidades autónomas para financiar la sanidad (el «céntimo sanitario»), declarado contrario al DUE un año antes por el Tribunal de Luxemburgo, que, además, se negó, contra lo solicitado por el Gobierno español, a limitar en el tiempo los efectos de la sentencia. Además, al unificar los requisitos «procedimentales», se perseguía evitar una nueva condena basada en el principio de equivalencia, esto es, un «Transportes Urbanos II». Consideraba yo, en fin, que las condiciones procesales vulneraban el principio de efectividad y las sustantivas el de equivalencia, dentro de lo lábil y relativa de esta distinción entre la forma y el fondo.

X. EL TRIBUNAL SUPREMO «SUAVIZA» EL RIGOR DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

Ya antes del dictado de la sentencia, el Tribunal Supremo se adelantó y fijó su doctrina general sobre la interpretación del citado régimen legal[41].

41 En la STS de 18 de noviembre de 2020, Ar. 4736, en línea con la que había desplegado respecto a la responsabilidad por leyes inconstitucionales en la STS de 14 de septiembre de 2020, Ar. 3710.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En ella, el Tribunal Supremo comenzó sentando los límites de su interpretación, que queda ya constreñida por le existencia de un régimen legal que ha de interpretarse de conformidad con los principios de equivalencia y eficacia. A partir de ahí, examinó los presupuestos legales de la responsabilidad del Legislador en una interpretación que apuraba los márgenes de una regulación legal a todas luces contraria al DUE. Así, estimó que pese al tenor literal del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 circunscribe el derecho a la indemnización a los daños derivados de la «aplicación» de leyes contrarias al DUE, puede aplicarse el artículo también a los casos en que no ha habido intermediación de un acto para provocar un daño, como ocurre en el caso de las autoliquidaciones en cumplimiento de una obligación legal; que el precepto que exige haber agotado la vía contenciosa buscando la anulación del acto origen inmediato del daño debe ser interpretado como incluyente de las sentencias obtenidas por la vía de la revisión de oficio de actos nulos; que basta que la disconformidad con el DUE haya sido invocada por el demandante en cualquier instancia y que puede también apreciarla de oficio el órgano administrativo o el tribunal que conozca del recurso; que la apreciación de la infracción del DUE puede ser apreciada por los tribunales nacionales, y no solo por el TJUE; que el plazo para reclamar debe computarse desde la firmeza del acto del que trae causa inmediata el daño y extenderse a los cinco años anteriores —en aplicación de la limitación prevista por el Legislador— y, finalmente, que la acción de responsabilidad tiene propia autonomía sustantiva y procesal, sin que quepa alegar cosa juzgada respecto de las acciones dirigidas a la anulación de un acto o a la devolución de unos ingresos, al no existir identidad de *causa petendi*. Por lo demás, no entraba a valorar los requisitos de fondo, apuntando tan solo que la exigencia en todo caso de una «violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos» genera dudas desde la perspectiva del principio de equivalencia, si bien, al partir de que en ese caso ya había sido constatada, no entraba en el debate.

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo lleva a cabo una «lectura» del régimen legal que es prácticamente una enmienda a la totalidad, «apurando» —a nuestro juicio, con buena intención, pero más allá de la literalidad— las posibilidades de la interpretación jurídica[42].

---

42 Alonso García (2021) considera que aún con la flexibilización que aporta articular en estos casos la responsabilidad sigue siendo enormemente complejo; Doménech Pascual (2022, 183), apunta que: «El Tribunal Supremo ha interpretado estos requisitos en un sentido muy laxo y favorable a la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado». Para Leiva López (2021, 196), esta flexibilización es bien recibida pero la regulación sigue siendo mejorable, en cuento no deberían existir dos acciones independientes, sino más bien un procedimiento de revisión a través del cual el ciudadano afectado pueda ver resarcidos los daños sufridos. Muy crítico, Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 135) que estima que el Tribunal Supremo ha flexibilizado el requisito del agotamiento de los recursos contra el acto causante directo del daño «de una forma que linda con la indisciplina».

XI. LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022, C-278/20, COMISIÓN CONTRA REINO DE ESPAÑA

El 28 de junio de 2002 el TJUE dictó su sentencia que tiene dos *leit motiv*: la responsabilidad no siempre presupone un acto administrativo de intermediación ni presupone la existencia de un pronunciamiento del propio TJUE que declara la infracción, como entendió el Legislador español en 2015. A partir de ahí, el régimen diseñado bajo estos falsos presupuestos se derrumba, por ser contrario al principio de efectividad de la acción de responsabilidad en supuestos que no responden a este esquema. Ahora bien, el TJUE no consideró contraria a este principio el condicionamiento por el Legislador español de la viabilidad de la acción de responsabilidad a la previa actuación por parte del perjudicado persiguiendo la anulación del acto origen inmediato del acto hasta obtener una sentencia firme desestimatoria en cualquier instancia, cualquiera que sea la argumentación desplegada y aunque no coincida con la finalmente declarada por una sentencia posterior en un asunto semejante. Esta exigencia no regiría cuando el daño deriva de la Ley o de una omisión legislativa sin que exista una actuación administrativa impugnable. Por lo demás, el TJUE entendió, en coherencia con los *leit motiv* apuntados, que el plazo no puede empezar a computar solo desde la (no exigible) declaración por el TJUE y que no cabe al Legislador nacional limitar la extensión del daño (a cinco años, en el caso del Legislador español) enjuiciado, dado que el DUE reconoce el principio de la reparación integral.

Lo más inesperado de esta sentencia es el giro que dio a la interpretación hasta entonces prácticamente unánime del alcance del principio de equivalencia, en la medida en que considera que los requisitos sustantivos fijados por el TJUE y traídos de jurisprudencia en materia de responsabilidad de las Instituciones (una violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos) serían en todo caso exigibles, y, solo una vez reunidos, «incumbe al Estado miembro, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio que haya causado al infringir el Derecho de la Unión», que el TJUE ahora focaliza en los aspectos procesales: «designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el DUE confiere a los justiciables». El principio de equivalencia y el de efectividad tendrían juego, así, solo en materia procesal. El sentido del pronunciamiento es, a mi juicio, el siguiente: el DUE obliga a indemnizar los daños causados directamente por una violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos. Si concurren estas condiciones y a falta de una mayor armonización europea, corresponde a los Estados, por el principio de autonomía procesal, regular los aspectos procedimentales de la reclamación, que en realidad parecen cernirse a designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales, y ello siempre

ISBN: 978-84-7777-740-3

dentro del respeto a los principios de efectividad y equivalencia respecto de reclamaciones semejantes conforme al derecho interno. Un Estado puede, eso sí, regular los requisitos de fondo de forma más generosa al estándar comunitario, que se convierte en un mínimo, pero no está obligado a ello, tampoco cuando su sistema de responsabilidad para reclamaciones equivalentes basadas en el Derecho interno sea menos restrictivo.

XII. SU RECEPCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Con posterioridad a la sentencia del TJUE que acabamos de analizar, el Tribunal Supremo ha dictado sentencias ya tomando por referencia la STJUE referida. Así:

Por una parte, entiende que su doctrina no rigorista sobre la interpretación del requisito de la tutela primaria se encuentra en línea con el reciente pronunciamiento del TJUE[43]. Parte del principio de autonomía de la acción de responsabilidad respecto de la reclamación de responsabilidad, principio además afirmado por el propio TJUE, que implica que no se pueda oponer el principio de cosa juzgada a los que trataron sin éxito de obtener la anulación o la no aplicación del acto normativo o administrativo nacional contrario al DUE[44].

---

43 SSTS de 28 de febrero de 2023 (rec. 246/2020), de 2 de marzo de 2023 (rec. 247/2020), pues «en esta sentencia del TJUE no se ponen reparos al requisito que venimos analizando —haber obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño—, pero siempre que el ejercicio de acciones judiciales contra el acto causante del daño no ocasione dificultades excesivas o suponga una exigencia irrazonable, como cuando el daño deriva de un acto u omisión del legislador contrario al Derecho de la Unión y no exista una actuación administrativa que el particular pueda impugnar».

44 Como señalan las SSTS 231/2025, de 6 de marzo, 326/2025, de 24 de marzo, y 380/2025, de 6 de marzo, sobre responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, en relación con el criterio de autonomía: «Criterio que es, asimismo, el que mejor se acomoda al que rige la posibilidad de ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial contra los Estados miembros, derivadas de los perjuicios que hubiera podido causar la aplicación de normas internas no compatibles con el Derecho de la Unión Europea. Así, en la sentencia de 30 de septiembre de 2003, dictada por el Pleno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Köbler (C-224/2001), se dice en su FJ 39, con una argumentación que recuerda a la que antes hemos desarrollado, que «[s]in embargo, hay que considerar que el reconocimiento del principio de la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de tal resolución. Un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño».

Es más, la jurisprudencia que interpreta este mismo requisito en relación con la responsabilidad por leyes inconstitucionales considera que basta con haber solicitado la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho alegando la inconstitucionalidad —en nuestro caso, la contradicción con el Derecho de la Unión Europea— antes de que se produzca la declaración de inconstitucionalidad de la norma, principio que extiende a la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión Europea, con apoyo en principio de autonomía de la. De este modo, puede pensarse que los afectados que tengan conocimiento de que el asunto se ha planteado ante el Tribunal Supremo o ante el TJUE, se apresurarán a solicitar la revisión de oficio invocando esa posible inconstitucionalidad[45]. Ahora bien, considera que el requisito de la «tutela primaria», ya de por sí gravoso, se aplica ahora también a casos en que no existe acto administrativo causante inmediato del daño, sino autoliquidaciones en las que el ciudadano se limita a cumplir cabalmente lo que le ordena una ley contraria al DUE, teniendo que soportar los daños si no tuvo la capacidad jurídica de discernir que su correcto cumplimiento lo era de una incorrecta actuación del Legislador, y actuar dentro de los presupuestos procedimentales, marcados por la Ley General Tributaria, incluido el plazo de cuatro años para pedir la devolución, argumentando la ilegalidad de la norma, siendo así que la sentencia que declare la incompatibilidad de la ley en cuestión con el DUE puede ser posterior[46].

En cuanto al plazo para ejercitar la acción de responsabilidad, el Tribunal Supremo recuerda, en línea con el TJUE, que para el nacimiento de la acción puede bastar un pronunciamiento de un tribunal nacional, sin que la existencia de un pronunciamiento del TJUE que ponga de relieve la contradicción de la ley nacional con el DUE sea un requisito *sine qua non*. En algunos casos sí se da este presupuesto, y entonces el plazo comienza a computar desde la fecha de la STJUE[47]. Pero en otro, no. En esos supuestos, la fecha para reclamar será aquella en que se haya puesto de manifiesto la contrariedad de la ley con el DUE, que debe ser precisamente una

---

45 Por todas, STS de 10 de abril de 2025 (rec. 31/2024).

46 Así, SSTS de 28 de febrero de 2023 (rec. 246/2020), de 2 de marzo de 2023 (rec. 247/2020): «Como puede apreciarse, ninguna de estas objeciones concurren en el caso que nos ocupa en el que la interesada tenía a su alcance la posibilidad de accionar fácilmente frente a las autoliquidaciones presentadas mediante el correspondiente procedimiento de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos previsto en el art. 221 LGT. Aquí, la actora no reaccionó frente a las autoliquidaciones del IEH cuyo importe ahora reclama por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, a pesar de tener a su alcance un procedimiento administrativo específico para ello, procedimiento de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos, que le abría la puerta para obtener la sentencia desestimatoria exigida por el art. 32.5 de la Ley 40/2015, razón por la cual no puede accederse a su reclamación».

47 Véase la STS de 23 de febrero de 2023 (rec. 276/2021).

ISBN: 978-84-7777-740-3

sentencia del Tribunal Supremo que dé una respuesta directa e inequívoca a la cuestión de la compatibilidad de la ley con el DUE[48].

En cuanto a la limitación de los daños indemnizables a los producidos en los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia del TJUE que declare el incumplimiento del Derecho de la Unión, prevista en el artículo 34.1, párrafo segundo de la Ley 40/2015, constata que ha sido declarada contraria al DUE, y considera «en tanto no se apruebe nueva norma legal, corresponderá al Tribunal que juzgue la responsabilidad determinar su alcance en el tiempo, con respeto a los principios establecidos en la sentencia del TJUE, especialmente el de compensación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos, con la obligación de proporcionar una reparación adecuada[49]».

Finalmente, en relación con los requisitos de fondo, el Tribunal Supremo exige la concurrencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos. Si ya lo hacía en su jurisprudencia anterior, con críticas doctrinales generalizadas por vulneración del principio de equivalencia respecto de la responsabilidad por leyes inconstitucionales, ahora este planteamiento ha sido avalado con la relectura por parte del TJUE del alcance de este principio (léase, su vaciamiento en cuanto al régimen sustantivo de responsabilidad)[50].

---

48 El supuesto de serie de sentencias que comienza con la de STS de 8 de marzo de 2023 (rec. 258/2020) es el de la declaración de disconformidad con el DUE y, en particular, con el principio «constitucional» de no discriminación por razón de la nacionalidad, de la regulación española del impuesto sobre la renta de no residentes, por ser diferente y más gravoso que el régimen de tributación previsto para las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

49 Véanse las sentencias citadas en la nota anterior.

50 Así, en la serie de sentencias que comienza con la de STS de 8 de marzo de 2023 (rec. 258/2020), para el reclamante, la libertad de circulación y la prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad, insertas en los Tratados, sobre las que hay un gran acervo jurisprudencial, reconocen derechos a los ciudadanos y su vulneración es clara como afirmó el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo precisa que no basta que la infracción lo sea de un principio inserto en el Tratado para entenderla constitutiva, por ese solo dato, de una infracción suficientemente caracterizada (en el caso de autos, «ha tenido que ser la jurisprudencia del TJUE la que, a lo largo de varios años, haya ido perfilando este mandato de libertad para que se entendiera incluido en él la prohibición de los regímenes fiscales que diferenciaban a efectos de carga tributaria a las sociedades de inversión colectiva y los fondos de pensiones por razón de su residencia»). Además, la caracterización ha de enjuiciarse retrospectivamente, por relación al momento en que se comete la infracción (y en ese caso, entre 2002 y 2005 «no existía doctrina mínimamente consolidada del TJUE para considerar la existencia de una clara infracción del Derecho de la Unión Europea»), a lo que se suma que «la norma vulnerada no era clara ni precisa en relación con el supuesto contemplado, existiendo margen de apreciación por parte del Estado» y que «tampoco se puede apreciar intencionalidad en la infracción del Derecho de la Unión. Abunda en la falta de intencionalidad la rápida respuesta de las autoridades españolas a las observaciones recibidas desde la Comisión Europea en el año 2009» y, finalmente, que «el eventual error de Derecho no era inexcusable». La conclusión es que no puede afirmarse la existencia de una infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea en el presente caso.

XIII. UNA VALORACIÓN. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Hemos valorado críticamente el régimen legal español y la propia sentencia del TJUE, en su entendimiento del principio de equivalencia, *in extenso*, en un trabajo anterior, al que nos remitimos, analizado este pronunciamiento en un trabajo aún reciente, al que nos remitimos[51]. Pasamos a hacer, por ello, una síntesis conclusiva.

1. La admisión cuestionable y condicionada de la exigencia de búsqueda de la «tutela primaria»

Ha quedado apenas en pie, en la regulación «procesal» española, la posibilidad de condicionar la plena indemnización a la búsqueda de la que algunos autores llaman la «tutela primainfracción,gnando el acto de aplicación del que deriva de forma inmediata el daño, con toda una serie de importantes matices: se trata de una *posibilidad* regulatoria para los Derechos nacionales, no de un requisito que derive del DUE; solo cabe aplicarla a los casos en que el daño deriva de un *acto* de aplicación de una norma contraria al DUE —al que el Tribunal Supremo ha equiparado las autoliquidaciones— pero no a los derivados de leyes autoaplicativas u omisiones legislativas; no puede exigirse el agotamiento de todos los recursos judiciales disponibles, sino tan solo haber interpuesto sin éxito *un* recurso judicial; y no puede supeditarse la reparación a que los que recurrieron sin éxito lo hicieran invocando en concreto la misma infracción finalmente estimada por el TJUE o por el tribunal nacional, bastando que se haya invocado cualquier infracción aunque no sea la efectivamente constatada *a posteriori*. Este posible requisito de la «tutela judicial primaria», sin ninguno o solo con alguno de esos matices, ha sido defendido en España por parte de la doctrina, tanto en relación a la responsabilidad por leyes inconstitucionales como contrarias al DUE, y ello antes de su acogida en la Ley 40/2015[52], con posterioridad a la misma[53], o tras su parcial validación por la Sentencia Comisión contra Reino de España[54]. Por mi parte, discrepo de esta posición, en línea con otro sector doctrinal[55], por una serie de argumentos, que he desarrollado en el trabajo antes citado, y entre los que figuran, en línea con el Tribunal Supremo,

---

51 Guichot (2022).

52 Así, Alonso García (2010) o Rodríguez de Santiago (2011).

53 Alonso García y Martín Delgado (2020, 176), Doménech Pascual (2022, 191), González Alonso (2016).

54 Fernández Farreres (2022, 27-28), con remisión a la posición de Rodríguez de Santiago (2011).

55 Así, Galán Vioque (2016, 5), Huelin Martínez de Velasco, J. (2019, 177), Iranzo Cerezo (2020, 220), Macías Castaño (2021, 484), Plasencia Sánchez y de Pedro Marín (2019, 650-651).

ISBN: 978-84-7777-740-3

la irrazonabilidad de exigir a cualquier ciudadano impugnaciones preventivas de actos en aplicación de leyes, con el colapso de acciones judiciales que ello además supone[56] y la interpretación de la exigencia de diligencia del perjudicado para evitar o atenuar el daño en la ley española como un requisito de procedibilidad de carácter absoluto y no como un elemento a considerar que puede en su caso moderar o excluir la indemnización[57]. Todo ello,

---

56 El DUE regula sectores absolutamente heterogéneos de actividad y afecta tanto a grandes empresas como a ciudadanos de a pie. Por ello mismo, resulta fuera de toda proporción considerar que todo afectado por la aplicación de una ley ha de enjuiciar con sus conocimientos la posible conformidad de cualquier norma interna con el DUE y recurrir el acto de aplicación so pena de ver, no ya minorada, sino, en realidad y al ser un condicionante procesal, excluida una futura indemnización si posteriormente la norma interna se revela contraria al DUE. Y si —lo que me parece irreal— así lo hicieran, se daría origen o bien a una miríada de recursos preventivos, que habrían de analizar la legalidad de cualquier precepto impugnado, en sus respectivas instancias, con la consiguiente carga financiera para los ciudadanos y para el Estado y colapso de los tribunales. Una exigencia tal, en fin, lleva a una sustancial privación de la garantía indemnizatoria. Por el contrario, si cabe exigir responsabilidad una vez se ha producido una declaración judicial que pone de relieve la contrariedad entre una ley y el DUE, las reclamaciones podrían ser resueltas en la vía administrativa, limitándose la Administración a comprobar la identidad de casos y el alcance del daño, sujeto en su caso a la última palabra de los tribunales si hay discrepancias al respecto. Al respecto, resulta elocuente que el Tribunal de Luxemburgo haya admitido la posibilidad de un requisito tal afirmando a la vez que no puede exigirse al perjudicado que la infracción invocada sea la efectivamente retenida por el tribunal nacional o europeo que posteriormente pone de manifiesto la contrariedad de la Ley con el DUE. Como vimos, tanto para el Abogado General como para el propio TJUE, se trataría de una carga excesiva, porque, en palabras del TJUE, «en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia». Pues bien, si es «incluso imposible» saber qué infracción pueden declarar los tribunales, ¿cómo exigir a los perjudicados que impugnen, cualquiera que sea el motivo, y por qué en ese caso «premiar» al que impugna «a ciegas»? Nos parece que el razonamiento muestra la debilidad intrínseca de esta exigencia que impone a la generalidad de los ciudadanos unos «conocimientos» tan poco realistas como inconsecuentes (que intuyan que, por alguna razón, aunque no sea la finalmente estimada, nada menos que una ley parlamentaria puede ser contraria al DUE). En contra de esta visión, Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 137), que considera, incluso que sí resultaría proporcionado condicionar la obtención de responsabilidad a la circunstancia de que el ciudadano hubiera invocado de forma suficientemente clara el derecho derivado del DUE que es vulnerado por la ley nacional.

57 A lo largo de este trabajo se ha puesto de relieve que la exigencia de un grado diligencia al perjudicado estaba conectada por el TJUE en su jurisprudencia en materia de responsabilidad de las Instituciones a un elemento no jurídico: al despliegue de actividades en orden a amortiguar el perjuicio. En el Derecho de la responsabilidad de las Instituciones, el principio de autonomía de la acción de responsabilidad respecto a las demás vías procesales comunitarias está hoy firmemente asentado. Según reiterada jurisprudencia, el recurso de indemnización es una vía de recurso autónoma, que tiene una función determinada en el marco del sistema de recursos, que está supeditada a unos requisitos de ejercicio concebidos en función de su objetivo específico. Se diferencia del recurso de anulación en su objeto, puesto que tiende, no a la supresión de una medida determinada, sino a la reparación del perjuicio causado por una Institución (por todas, STG de 9 de septiembre de 2009, T-437/05, Brink's Security Luxembourg SA contra Comisión). Solo en el caso de que el perjuicio haya sido ocasionado por un acto individual y consistan en el pago de una cantidad indebida, si el objetivo final de la acción de responsabilidad es obtener los mismos efectos que pudieran haberse alcanzado de haber impugnado dicha decisión en plazo (el mismo

a mi juicio, clama por reconocer la posibilidad de la reapertura del plazo para reclamar daños por la aplicación de leyes, se haya o no recurrido en su momento el acto de aplicación, a partir de la fecha de la sentencia que ponga de relieve la contradicción entre la ley nacional y el DUE. Y ello incluso si el acto de aplicación ha sido confirmado por sentencia firme, puesto que tanto el TJUE[58], como el Tribunal Supremo[59], como hemos visto, han considerado que la responsabilidad no afecta al principio de cosa juzgada, al no concurrir identidad de objeto ni necesariamente de partes. O bien, alternativamente, si pese a ello se considera una contradicción dogmáticamente insalvable el

---

montante y los intereses legales), la acción de responsabilidad se inadmite, apelando a la existencia de una «desviación de procedimiento» (STG de 23 de noviembre de 2004, Cantina sociale di Dolianova Soc. coop. rl contra Comisión de las, Asunto T-166/98). Si el perjuicio alegado no coincide exactamente con el contenido del acto que, pudiendo serlo, no fue impugnado a través de un recurso directo de legalidad (como muestra la STG de 15 de marzo de 1995, Cobrecaf SA y otros contra Comisión, Asunto T-514/93) Su campo de aplicación es, pues, el de la recuperación de lo indebido, en que se reclama el importe abonado y los intereses, y no, técnicamente, un perjuicio en concepto de responsabilidad —que en muchas ocasiones va más allá, por los daños que derivan de esa necesidad de hacer frente a un pago jurídicamente indebido— (lo pone de manifiesto el propio Abogado General Maduro, que presentó sus Conclusiones al Asunto Transportes Urbanos, en un caso en que en realidad el daño se correspondía con el pago de ingresos indebido). Incluso si se conecta ahora la diligencia exigible con la prohibición, ya sí procesal, de «desviación de procedimiento», esos habrían de ser sus reducidos límites. Una visión favorable a la exigencia de recurso a la «tutela primaria» en Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 144), que considera que hay que agotar todos los recursos «razonables» (si bien añade que lo que sea razonable «puede ser discutible, según el caso»). Hay que constatar las discrepancias en el seno del propio TJUE sobre si esta regla constituye un principio general común, con divergencia en los estudios de Derecho comparado de sus propios Abogados generales. Así, Tesauro en sus Conclusiones a la Sentencia Brasserie du Pechêur / Factortame, puso de relieve al respecto que en los Derechos nacionales cabe constatar la diversidad de soluciones. Unos sistemas nacionales afirman la autonomía absoluta (sistema francés); otros niegan la indemnización de los daños que hubieran podido evitarse con la interposición de una acción de nulidad (sistema alemán), y otros supeditan la admisión de la acción de responsabilidad a la previa anulación (sistemas italiano o inglés). Por el contrario, sí consideran que es expresivo de un principio general común el Abogado General Maduro, en sus Conclusiones a la Sentencia Transportes Urbanos, y la Abogada General Trstenjak, en sus Conclusiones a la Sentencia Danske Slagterier. Como también han puesto de relieve los estudios de Derecho comparado de los Abogados Generales, la falta de recurso a la primera tutela judicial posible en general y conforme a la jurisprudencia europea y al Derecho comparado no da origen a la exclusión general del derecho a reclamarla —que sólo podría contemplarse de manera excepcional— sino a la aminoración de la responsabilidad (así, la Abogada General Trstenjak en sus Conclusiones al Asunto Danske Slagterier). Ahora bien, si el enfoque no se hace desde el análisis de fondo de la causalidad sino como condición procesal previa, como lo hace la Ley 40/2015 y defienden los autores favorables a esta condición, se llega necesariamente a la exclusión —lo que, adicionalmente, parece encontrar poco acomodo en la reducción de lo procesal a determinar «los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales», como el TJUE apuntó en Francovich y confirma, precisamente, en este misma Sentencia Comisión contra Reino de España—.

58 STJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, Asunto C-224/01.

59 Doctrina uniforme desde su primera sentencia de 29 de febrero de 2000, Ar. 2730.

ISBN: 978-84-7777-740-3

mantenimiento de la firmeza del acto y la reparación de sus consecuencias lesivas, solicitar la revisión de oficio de aquel, si no fue confirmado por sentencia, y anudarle una reclamación de daños y perjuicios[60], vía que no cabría en todo caso si el acto ha sido confirmado por sentencia firme, a riesgo de desmontar otro dogma[61].

2. Una nueva interpretación del principio de equivalencia y la voluntad de «uniformar» el régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del DUE

En lo que hace a la interpretación del principio de equivalencia, la Sentencia Comisión contra Reino de España encierra un giro desde luego sorpresivo no solo para la Comisión sino también para la generalidad de la doctrina, española y del resto de Europa. Hasta esta sentencia, el entendimiento general era que la igualación de las condiciones de fondo y forma respecto de reclamaciones semejante suponía la extensión automática del régimen nacional si era más favorable, fundada en la idea de que el ciudadano no puede tener una menor garantía de sus derechos en función de la naturaleza de la infracción (del Derecho nacional o del europeo), con la consecuencia de que si el DUE es el infringido sus posibilidades de resarcimiento puedan ser menores que en relación con reclamaciones semejantes de derecho interno por leyes inconstitucionales, si en estos casos el régimen es más generoso. El principio queda ahora reducido a que el Legislador nacional *puede* —voluntariamente, pues, no imperativamente— regular los requisitos de fondo de la responsabilidad por infracción del DUE de forma más favorable a los que exige la jurisprudencia («violación suficientemente caracterizada de una norma atributiva de derechos»), sea armonizándolo o no con la responsabilidad por infracciones semejantes del Derecho interno, creándose en ese caso una asimetría en el nivel de garantía de los ciudadanos europeos, que puede ir más allá del mínimo comunitario (lo que, por cierto, tampoco se compadece con la dicción de «necesarias y suficientes»). Ha operado con una técnica que nos es conocida, porque ha sido empleada en materia de responsabilidad de las Instituciones y en la de los Estados, la del ligero retoque o la descontextualización de fundamentaciones precedentes para acomodarlas a la nueva «política judicial»[62].

---

60 Solución a la que parece apuntar Leiva López (2021, 196).

61 En contra, Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 145-146).

62 En efecto, para defender esta argumentación —que a mi juicio supone un cambio, como luego razonaré—, el TJUE da un ligero giro «retrospectivo» a sus propias palabras, muy significativamente, y como hiciera en el pasado tanto en materia de responsabilidad de las Instituciones como de los Estados, para acomodar lo que se dijo a lo que ahora se quiere decir. Afirma ahora que «el Tribunal de Justicia ya ha puntualizado en numerosas ocasiones que, si bien los Estados miembros pueden establecer que se les exija responsabilidad

3. ¿Hacia una revisión al alza o a la baja de la garantía indemnizatoria?

¿Qué consecuencia tendrá la nueva aproximación del TJUE a los requisitos sustantivos de la responsabilidad por infracción del DUE en los Derechos nacionales?

Se me antoja difícil que los Legisladores estatales se vayan a decidir a «tirar piedras contra su propio tejado» y a ir más allá de los requisitos establecidos como «necesarios y suficientes» en su regulación de la responsabilidad por infracción del DUE. ¿Y en España? Pues no parece arriesgado pronosticar que, una vez «validada» la solución de la Ley 40/2015, su reforma, que tendrá que venir más pronto que tarde para cumplir con esta sentencia en sus aspectos «procesales», se limite a reproducir los requisitos «necesarios y suficientes», ya no aplicables solo a la responsabilidad del Legislador por daños causados mediante actos administrativos de aplicación, sino a cualquiera de sus modalidades, o, incluso, a la responsabilidad administrativa. Es más, no es descartable que el Legislador aproveche para igualar «al alza» los requisitos de la responsabilidad del Legislador por infracción de la Constitución, disociando inconstitucionalidad y violación suficientemente caracterizada, siendo este el grado exigible de antijuridicidad la ley causante del daño, solución que se encontraría la línea restrictiva defendida por cualificada doctrina[63], frente a la postura del Tribunal Supremo, que considera que los

---

en virtud de requisitos menos restrictivos que los establecidos por el Tribunal de Justicia, debe considerarse que se incurre en esta responsabilidad sobre la base no del Derecho de la Unión, sino del Derecho nacional», «coletilla» que, sin embargo, no figura en los dos pronunciamientos citados en apoyo de esa afirmación, uno de ellos la propia sentencia Brasserie. Aún más, el TJUE afirma también que «con carácter general, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del Derecho», para lo que se apoya en otra sentencia que nos es conocida, Transportes Urbanos, de nuevo retocando ligera pero trascendentalmente el sentido del apartado al que se remite y descontextualizándolo, omitiendo el anterior y el posterior que llevaban justamente a la solución contraria a la que ahora defiende, esto es, la de que «según jurisprudencia reiterada» sí hay que extender el régimen de los recursos internos cuando se trata de reclamaciones semejante. Rodríguez de Santiago, J. M. (2022, 142), rectifica su anterior entendimiento del principio de equivalencia y estima que la argumentación de la sentencia es «convincente» (aunque no aporta ninguna argumentación propia de por qué).

63 Y es que puede constatarse como, en este campo, en buena medida, el Legislador y la doctrina mayoritaria parecen ir de la mano en su tendencia a restringir la responsabilidad —con el argumento de la protección de los fondos públicos frente a reclamaciones masivas y de no coartar al Legislador y el juez de la conformidad de la Ley con la Constitución y el DUE en su actividad de control ante la amenaza de futuros pagos masivos—. En España, siguiendo la línea crítica que destacadamente iniciara E. García de Enterría, la mayoría de los administrativistas españoles que se han aproximado a ambos regímenes de responsabilidad del legislador, el mínimo comunitario y el español, han postulado, *de lege* o *de iurisprudentia ferenda*, que el Tribunal Supremo debía alinear el régimen de responsabilidad por leyes inconstitucionales por él alumbrado con el régimen sustantivo comunitario de mínimos exigido por el TJUE y limitar los daños indemnizables a los actos que no son firmes o

ISBN: 978-84-7777-740-3

ciudadanos pueden presumir la validez de las leyes que se les aplican y, en relación a la responsabilidad por leyes inconstitucionales, que los principios de cosa juzgada y acto firme no son obstáculo para ello, habida cuenta de la diferente naturaleza de su acción, que no es anulatoria sino resarcitoria, derivada de que la declaración de inconstitucionalidad «por definición» «encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado» y que «debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, solo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño[64]».

A mi juicio, una nueva regulación debería aprovechar para repensar la responsabilidad del Legislador por actuaciones contrarias tanto a la Constitución como al DUE, comenzando, claro, por asumir que, en ambos casos, no todos los daños derivan de leyes objeto de aplicación administrativa[65]. Por los motivos expuestos, creo, como el Tribunal Supremo, que no es exigible de los ciudadanos que presupongan o adivinen que el Legislador contradice la Constitución o el DUE e impugnen toda medida de aplicación de forma preventiva. Como hemos visto, las voces críticas con la responsabilidad objetiva por leyes contrarias a Derecho insisten en la necesaria protección de las finanzas públicas frente a la posibilidad de reclamaciones masivas sin límite en el tiempo. Lo cierto es que este argumento resulta sumamente opinable, cuando hablamos de indemnizaciones de las que ha de hacer frente el Estado o en su caso una Comunidad Autónoma, y no un Ayuntamiento o un particular, y que de hecho queda desmentido por veinte años de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce la responsabilidad por mera inconstitucional sin que se haya producido quiebra alguna de las finanzas públicas o sucesión de pagos inasumibles. Es más, la inmensa mayoría de las reclamaciones encauzadas por esta vía, tanto en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales, como contrarias al DUE, han sido en realidad solicitudes de devolución de tributos indebidamente abonados sumadas al pago de intereses, esto es, que, en realidad, tienen su propio cauce legal y siguen una lógica ajena *per na-*

---

que, siéndolos, trataron de combatirse en su momento sin éxito en vía judicial alegando la contrariedad de la Ley con la Constitución o con el Derecho de la Unión. Así, Rodríguez de Santiago (2011, 158), o Plaza Martín (2021, 3544). Abunda en sus argumentos, Doménech Pascual (2022).

64 STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, de Pleno.

65 Piénsese, por ejemplo, en el ámbito interno, en el caso del Real Decreto-Ley que suprimió los salarios de tramitación que dio origen a la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, referencia en la materia.

tura al principio de culpa, que entronca por el contrario con la prohibición de enriquecimiento injusto. En todo caso, y puesto que los casos pueden ser plurales, y no responder siempre a este esquema y esta lógica, si se estima que el sistema requiere un equilibrio entre seguridad jurídica (en realidad, protección de las finanzas públicas), una «válvula de seguridad»[66], la posibilidad de limitar el alcance de las sentencias y sus consecuencias económicas, consideración en que se mezclan lo político y lo jurídico, debería corresponder, a mi juicio, respectivamente, al Tribunal Constitucional[67], como reconoce el propio Tribunal Supremo[68], y al TJUE, como dispone según vimos su propia jurisprudencia, cuando se pronuncien —en el segundo caso, si se pronuncia— sobre la conformidad de la actuación del Legislador con la Constitución o con el DUE[69].

XIV. EL PROYECTO DE LEY DE ADECUACIÓN DE LAS LEYES 39 Y 40/2015 A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

En las fechas de cierre de este trabajo está en tramitación el Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión Europea[70], con el que el Estado trata de depurar el régimen establecido en las mencionadas leyes y que hemos analizado de aquellos elementos señalados por el TJUE como contradictorios con el DUE. Se introduce para ello un nuevo artículo 32 *bis*

---

66 Constátese, de hecho, que en materia de responsabilidad por leyes inconstitucionales, el propio Tribunal Supremo viene afirmando desde la STS de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, la posibilidad de una «válvula de seguridad» última, afirmando que «en los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño». Pues bien, lo cierto es que el Tribunal Supremo nunca se ha visto llamado a desarrollar o aplicar esta «válvula».

67 En contra, Doménech Pascual (2022, 177).

68 Desde la STS de 1 de julio de 2003, Ar. 5429.

69 En línea opuesta a la concepción aquí defendida, puede verse la reciente propuesta de Doménech Pascual (2022, 219-221).

70 El Proyecto fue presentado al Congreso de los Diputados el 9 de octubre de 2025 y calificado el 14 de octubre de 2025 y a día de cierre de este trabajo (30 de abril de 2026) se encontraba en su vigesimoprimer plazo de ampliación de enmiendas ante la Comisión de Hacienda y Función Pública.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ley 40/2015, rotulado «Principios de la responsabilidad por infracción del Derecho de la Unión Europea», referido, pues, a la infracción por cualquiera de los poderes del Estado[71] y se modifica el artículo 34.1, para limitar la posibilidad de indemnización por aplicación de leyes contrarias al DUE a los que hubieran sido invocados sin éxito en su reclamación previa[72]. Por lo mismo, llama la atención que el título de la Ley («en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión Europea») ya es equivocado, pues regula toda la responsabilidad de cualquier poder público por infracción del DUE, no solo la del Legislador. Se modifica también la Ley 39/2015, en su artículo 67.3, en relación con el *dies a quo* para reclamar[73].

---

71 «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos por infracciones del Derecho de la Unión Europea, cuando se cumplan todos los requisitos siguientes: a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares. b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado. c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y la lesión sufrida por los particulares. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 2. Siempre que se cumplan los requisitos del apartado 1, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las lesiones imputables a las Administraciones Públicas, o de actuaciones realizadas por los particulares que produzcan efectos susceptibles de revisión en vía administrativa, que impliquen infracción del Derecho de la Unión Europea. El reconocimiento de la infracción del Derecho de la Unión Europea podrá obtenerse en vía administrativa o jurisdiccional. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. No obstante, cuando proceda, la indemnización podrá solicitarse y reconocerse en el mismo proceso en que se hayan anulado el acto o disposición. 3. Siempre que se cumplan los requisitos del apartado 1 de este artículo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos imputable al legislador, cuando no exista una actuación administrativa impugnable, mediante la formulación de reclamación por infracción del Derecho de la Unión. 4. Siempre que se cumplan los requisitos del apartado 1, cuando la lesión sea imputable al legislador y haya habido un pronunciamiento que declare la contrariedad al Derecho de la Unión Europea por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o por sentencia del Tribunal Supremo, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido sentencia firme desestimatoria en los casos de los apartados 2 o 3, siempre que se hubiera alegado o analizado en cualquier fase de la vía administrativa o judicial la infracción del Derecho de la Unión Europea».

72 «En el supuesto de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 4 del artículo 32 *bis* serán indemnizables, los daños efectivamente causados que el particular hubiera pretendido, con derecho a ello, al formular las reclamaciones previstas en los apartados 2 y 3 del citado artículo 32 *bis* y que hubieran sido desestimadas por sentencia firme por considerar que no existía una infracción del derecho de la Unión Europea».

73 «Cuando se trate de la responsabilidad patrimonial que se regula en el artículo 32 *bis* de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se producirá la prescripción del derecho a reclamar transcurrido un año: a) En los supuestos del apartado 2 del artículo 32 *bis,* desde la fecha de notificación de la resolución administrativa o de la sentencia, en su caso, en la que se reconoció la infracción del Derecho de la Unión Europea. b) En los supuestos del apartado 3 del artículo 32 *bis,* desde la fecha en que se manifiesten los efectos lesivos ocasionados. c) En los supuestos del apartado 4 del artículo 32 *bis,* desde que se haya publicado

El anteproyecto elaborado por el Gobierno fue sometido a los informes preceptivos del CGPJ[74] y del Consejo de Estado[75], ambos notablemente críticos, que contribuyeron a corregir no pocas inconsistencias.

---

en el *Boletín Oficial del Estado* la sentencia del Tribunal Supremo o en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que haya declarado la infracción del Derecho de la Unión. Como excepción, si al momento de la publicación de las referidas sentencias estuviera pendiente de resolución el recurso o la vía de impugnación promovida previamente contra la actuación administrativa que ocasionó el daño o contra la denegación de la declaración de responsabilidad patrimonial, el plazo de prescripción se computará desde la fecha de la notificación de aquella resolución».

74 El CGPJ emitió el suyo el 19 de julio de 2023. Sus tres principales líneas críticas fueron las siguientes. La primera, la formulación conforme a la cual que no es exigible acudir a la tutela primaria cuando no exista «actividad administrativa impugnable», habida cuenta de lo genérico de esta fórmula («esta formulación, desde el punto de vista de la claridad y la seguridad jurídica, debe reputarse insuficiente, pues no permite discernir qué supuestos pueden considerarse incluidos en tal excepción»), e incluso la enumeración de los casos en que sí existe tal «actividad administrativa impugnable», en los que el Tribunal Supremo flexibiliza el grado de diligencia exigible al particular en su actividad impugnatoria. Concluía que «sería conveniente una reformulación del precepto que le otorgase mayor claridad jurídica», que no se llevó a cabo. La segunda, la limitación de la extensión de la reparación a los «términos que disponga la sentencia firme que declare la norma nacional contraria al DUE, sin que puedan verse afectadas situaciones jurídicas ya prescritas», que consideraba que implicaba otorgar un exceso de competencia normativa al tribunal juzgador, cuyo alcance quedaba indeterminado y que resultaba contrario al principio de efectividad. El Proyecto de ley cambió la formulación. La tercera, que se exigiera que la reclamación se interpusiera en el plazo de un año desde la sentencia que declara la contradicción de la norma nacional con el DUE, también cuando la sentencia desestimatoria firme de la pretensión se dicta transcurrido ese plazo. El Proyecto cambió la formulación. El anteproyecto también pretendía modificar la LJCA en diversos artículos. En primer lugar, para disponer en su artículo 86.1.3 que siempre cabría casación contra sentencias dictadas en única instancia o en apelación cuando declararan la contradicción de una norma nacional con el DUE, que además podían interponer la Administración competente para tramitar el expediente de responsabilidad del legislador. En segundo lugar, en su artículo 88.3, para establecer que se presumiría la existencia de interés casacional si había declarado la vulneración del DUE sin plantear cuestión prejudicial. En tercer lugar, en su artículo 89.1, para afirmar la legitimación para interponer el mencionado recurso de casación de la Administración competente para tramitar el expediente responsabilidad. Se pretendía así garantizar el monopolio del Alto Tribunal de la última palabra sobre estas apreciaciones, lo que se encontraba en línea con la doctrina de este Tribunal, a la que antes aludimos, conforme a la cual la fecha para reclamar será aquella en que se haya puesto de manifiesto la contrariedad de la ley con el DUE, que debe ser precisamente una sentencia del Tribunal Supremo que dé una respuesta directa e inequívoca a la cuestión de la compatibilidad de la ley con el DUE. Ahora bien, el CGPJ consideró que esta previsión daría lugar a la intervención de una administración desdoblada y sobredimensionada. Finalmente, en su artículo 107 LJCA, para introducir un apartado tercero que obligaba a publicar en el diario correspondiente las sentencias que declararan la inaplicación de una norma nacional por ser contraria al DUE. Finalmente, el Gobierno renunció a hacer ninguna de estas modificaciones en la LJCA.

75 El Dictamen del Consejo de Estado núm. 490/2025, de 26 de junio de 2025, consideró que el Anteproyecto suponía la «incorporación de varias contradicciones y conceptos imprecisos», en una materia que, a su juicio, «habría aconsejado concebir una regulación menos exhaustiva y un texto más depurado técnicamente». En relación con la redacción prevista para el nuevo artículo 32. *bis,* realizó las siguientes sugerencias. En el apartado segundo,

ISBN: 978-84-7777-740-3

El proyecto, de este modo, prevé una regulación que puede exponerse del siguiente modo:

— Se unifican los requisitos de la responsabilidad por infracción del DUE para los daños derivados de cualquier actuación pública en la tríada ya contenida en la redacción anterior, esto es: la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado y ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el DUE y la lesión sufrida por los particulares. Además, el daño alegado ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Esto supone el fin del principio de equivalencia respecto del régimen objetivo nacional de responsabilidad administrativa, una posibilidad amparada ya por la STJUE de 2022.
— En el supuesto del perjudicado que impugna una disposición o acto administrativo o una autoliquidación por ser contraria al DUE, puede anudar a su pretensión anulatoria la reclamación de responsabilidad o si tiene éxito su impugnación en vía administrativa o judicial, puede formular esta última con posterioridad, en el plazo de un año desde que la notificación de la resolución administrativa o de la sentencia que reconoció la infracción del DUE. Es el supuesto, llamémoslo así,

---

de simplificación. Entendía que debía quedar claro que el supuesto comprende solo los casos en que el particular puede reaccionar de algún modo en vía administrativa» […] «En línea con lo anterior también resultaría conveniente que la exposición de motivos expresara de manera clara los elementos que sustantivan esta vía, así como su distinción respecto de la prevista en el apartado siguiente». En el apartado tercero, debía especificarse la vía de impugnación y quitar la expresión «aun cuando». En el apartado cuarto, especificar que se requiere que la infracción haya sido declarada por sentencia del TJUE o del TS. Con todo ello, proponía un texto alternativo. En el apartado segundo, en lugar de «lesiones imputables a las Administraciones Públicas» aludir a «que se deriven de los actos o disposiciones administrativas, de la inactividad de la Administraciones y de sus actuaciones materiales». En el apartado tercero, en lugar de «imputable al legislador» referirse a «como consecuencia de la aplicación de actos legislativos que sean contrarios al DUE o de la omisión por el legislador de una regulación requerida por el DUE» y en el apartado cuarto, en lugar de «imputable al legislador y haya habido un pronunciamiento que declare la contrariedad al DUE» aludir a «sea consecuencia de una norma u omisión declarada contraria al DUE». Realizó también sugerencias de redacción respecto a la regulación del *dies a quo* para reclamar regulado en el artículo 67.3 de la Ley 39/2015. Así, sugirió que, en el caso del apartado segundo, el plazo comenzara a computar desde la notificación de la sentencia, y no desde su firmeza, lo que se incorporó al Proyecto. En el plazo del apartado tercero, en el caso de daños derivados de omisiones legislativas, se sugirió que no se computara desde que comenzó la vigencia de la obligación omitida, como se preveía, sino que debía estar abierto mientras se mantuviera el incumplimiento; el Proyecto lo trocó por una referencia a la fecha en que se manifiestan los efectos. Finalmente, en el plazo del apartado cuarto, el Consejo de Estado puso de relieve que no cubría todos los supuestos de los apartados 2 y 3, pues no hace referencia a los actos administrativos ni a las actividades materiales de la Administración; se mantuvo en la redacción del Anteproyecto.

del que logra con éxito la tutela primaria frente a una actuación lesiva susceptible de recurso, del *batallador de primera hora*.

— En el caso del afectado por una ley autoaplicativa, puede reclamar directamente el resarcimiento «desde la fecha en que se manifiesten los efectos lesivos ocasionados». Es el supuesto del *batallador imposible*.

— En la hipótesis del afectado que impugnó sin éxito un acto administrativo o una autoliquidación en aplicación de una ley, o que formuló sin éxito una reclamación indemnizatoria por los daños derivados de una ley autoaplicativa, siempre que se hubiera alegado o analizado en cualquier fase de la vía administrativa o judicial la infracción del DUE, y una posterior sentencia del TJUE o el TS pone de relieve esa contrariedad con al DUE, el plazo de un año para reclamar comienza a computar desde la publicación de sentencia. Como excepción, si en el momento de publicación de la sentencia estuviera pendiente de resolución el recurso o la vía de impugnación promovida previamente contra la actuación administrativa que ocasionó el daño o contra la denegación de declaración de responsabilidad patrimonial, el plazo de prescripción se computará desde la fecha de la notificación de aquella resolución. De esta forma, parece que se mantiene la posibilidad reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de accionar hasta el día antes del dictado de la sentencia del TJUE o del TS que reconoce la infracción, incluida por la vía de la revisión de oficio.

En los casos de que la infracción sea imputable a una ley o a su omisión, conforme a la modificación del artículo 92.1 de la Ley 39/2015, la competencia será del órgano correspondiente de la Administración a la que se imputa. Es el caso del *batallador de último minuto*.

En fin, queda por ver si esta reforma se aprobará y en qué términos. Ya en el apartado anterior hemos expresado nuestra valoración general de cuál debería ser un régimen de responsabilidad adecuado a la garantía patrimonial de los derechos. En el Proyecto de Ley presentado, el Gobierno parece optar por los retoques indispensables para adecuar su restrictiva valoración a los imperativos marcados por la jurisprudencia europea y española[76].

[76] Sobre este tema, es de interés consultar las páginas que le dedica la Opinión 1/25 sobre riesgos fiscales de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), de 13 de marzo de 2025, a los riesgos fiscales derivados de la ejecución de sentencias por responsabilidad del legislador derivada de la infracción de la Constitución o del DUE. Tras analizar los casos principales que se han planteado y sus repercusiones económicas, sus propuestas van dirigidas principalmente a evitar incurrir en estas infracciones mediante buenas prácticas legislativas y administrativas, sin que en ningún momento se sugiera menoscabar la garantía patrimonial de los ciudadanos. La AIReF concluye que: «Las sentencias analizadas revelan errores recurrentes que han sido los principales responsables de la materialización de numerosos riesgos fiscales. Entre ellos destaca el uso inadecuado de instrumentos legales, especialmente del RDL, que ha derivado en varias senten-

ISBN: 978-84-7777-740-3

XV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO GARCÍA, M. C. (2010). «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, pp. 74-81.

---

cias de inconstitucionalidad, como el caso del Impuesto sobre Sociedades (RDL 2/2016 y RDL 3/2016) y la indemnización por el cierre del almacén de gas Castor (RDL 13/2014). Asimismo, la extralimitación normativa respecto a lo regulado en la ley ha dado origen a dos importantes sentencias, que son la del canon hidráulico o la sentencia favorable a Endesa por la retribución de la energía. Además, no se han seguido varias advertencias emitidas por organismos como la Comisión Europea, que frecuentemente alertan sobre posibles incumplimientos de la normativa europea, entre las que se encuentran las sentencias sobre el régimen sancionador del modelo 720, relativo a la declaración de bienes y derechos en el extranjero, y el conocido "céntimo sanitario". Por último, existen materias que han sido objeto de recursos reiterados por motivos similares, como los tres primeros regímenes de financiación del bono social eléctrico (2009, 2014 y 2017), anulados por ser discriminatorios, o los tipos impositivos autonómicos del IVMDH, cuya incompatibilidad con la normativa europea provocó su anulación primero en 2014 y nuevamente en 2024. El análisis realizado de las sentencias pone de manifiesto la importancia cuantitativa que han alcanzado estos litigios en algunos años y la magnitud de los riesgos pendientes de resolución. Ello ilustra la necesidad de que el Gobierno implemente políticas fiscales prudentes y adopte estrategias que minimicen la exposición a estos litigios. En este sentido, en el apartado final de esta Opinión se recogen una serie de propuestas elaboradas por la AIReF. Algunas de estas propuestas tienen carácter preventivo enfocadas a evitar la apertura de litigios, mientras que otras buscan reducir su impacto una vez estos se han iniciado para limitar el efecto en el déficit público. También hay propuestas para mejorar la transparencia de la información sobre las sentencias judiciales en curso y sobre los efectos estimados de su resolución» (pp. 129-130). Las propuestas (pp. 147-151) son las siguientes:

«*Propuesta 1.* Para prevenir conflictos legales y reducir la probabilidad de sentencias en contra del Estado, se propone al Ministerio de Hacienda, o a la administración competente, llevar a cabo las siguientes medidas:

En el proceso de toma de decisiones, reforzar la evaluación del posible impacto financiero y legal antes de implementar cambios significativos en políticas fiscales y económicas. Este análisis debería ser exhaustivo y conllevar la identificación de potenciales reclamaciones, así como el estudio de antecedentes para evitar errores recurrentes.

- Consultar previamente con organismos europeos y considerar la jurisprudencia internacional para evitar litigios derivados de la falta de alineación con la normativa de la Unión Europea. • Utilizar de manera rigurosa los instrumentos legales, respetando las jerarquías normativas para evitar extralimitaciones reglamentarias y haciendo un uso prudente del Real Decreto-ley.
- Realizar una revisión constante de las leyes y demás regulaciones para garantizar que cumplen la normativa en vigor y la jurisprudencia». […]

«*Propuesta 2.* Para dar una respuesta rápida a las sentencias y minimizar el coste de las devoluciones, reduciendo así su impacto en el déficit público, se propone al Ministerio de Hacienda implementar las siguientes acciones:

- Desarrollar mecanismos ágiles que permitan acortar significativamente el tiempo de resolución de sentencias.
- Evaluar la probabilidad de éxito de las reclamaciones y, de ser necesario, modificar rápidamente la norma recurrida para acortar su periodo de vigencia y minimizar las correspondientes devoluciones». […]

ALONSO GARCÍA, M. C. (2021). «El Supremo "alivia" la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el Legislador», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, pp. 179-208.

ALONSO GARCÍA, M. C. y MARTÍN DELGADO, I. (2020). *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid.

COBREROS MENDAZONA, E. (2015a). *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid.

COBREROS MENDAZONA, E. (2015b). «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, pp. 11-59.

COBREROS MENDAZONA, E. (2016a). «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, pp. 67-102.

COBREROS MENDAZONA, E. (2016b). «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 315-339.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2022). «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *InDret*, núm. 4, pp. 168-228.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022). «Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de la configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador (la sentencia del TJUE Gran Sala de 28 de junio de 2022 [As. C-278/20]), *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, pp. 21-50.

FUSS, E.-W., «Grundfragen der Gemeinshaftung», *EuropaRecht*, 1968, pp. 353-370.

GALÁN VIOQUE, R. (2016). «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador: un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo», *Documentación Administrativa*, núm. 2, pp. 1-8.

GONZÁLEZ ALONSO, A. (2016). «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, pp. 381-429.

«*Propuesta 3*. Para mejorar la transparencia de los riesgos derivados de las sentencias, se propone al Ministerio de Hacienda crear una base de datos centralizada que integre toda la información sobre las principales sentencias que podrían tener un impacto significativo en el déficit público. Esta plataforma debería:

- Actualizarse periódicamente y ser accesible al público.
- Comprender el seguimiento de los principales procesos judiciales en curso, desde su inicio hasta su resolución definitiva. A este fin debería incorporarse la información de las memorias, que son elaboradas por los Ministerios de acuerdo con la regla 53 de la Instrucción de Operatoria Contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, sobre los supuestos que generan los litigios en curso, la responsabilidad patrimonial del Estado, o los hechos o circunstancias que puedan dar lugar a obligaciones legales, contractuales o implícitas, así como la estimación de los intereses de demora.
- Completarse con una referencia a los riesgos ya materializados, su imputación temporal y su impacto final en el déficit en términos de contabilidad nacional».

ISBN: 978-84-7777-740-3

GRÉVISSE, F., COMBREXELLE, J.-D. y HONORAT, E., « Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des États membres dans l'élaboration et dans la mise en oeuvre du Droit communautaire: compétences respectives de la Cour de justice des Communautés européennes et des jurisdictions nationales », en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Dúez de Velasco,* Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 933-952.

GUICHOT, E. (1996). «La responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea», en BARNES, J. (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 895-939.

GUICHOT, E. (1997). «La responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario: la jurisprudencia post-Francovich», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 30, pp. 97-154.

GUICHOT, E. (2001). *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GUICHOT, E. (2003). «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario: balance y perspectivas de futuro», *Rivista Italiana dei Diritto Pubblico Comunitario*, núms. 3-4, pp. 585-620.

GUICHOT, E. (2012). «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, tomo V. Sistema jurisdiccional de la UE*, Aranzadi, Cizur menor, pp. 427-507.

GUICHOT, E. (2016). «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», *Revista Española de Derecho Europeo,* núm. 60, pp. 49-101.

GUICHOT, E. (2022). «La regulación legal de la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión europea tras su enjuiciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 84, 2022, pp. 9-57.

HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, J. (2019). «Dos principios generales del Derecho de la Unión equivalencia y efectividad», en CUDERO BLAS, J. y PONCE SOLÉ, J. (coords.), *Balance y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa en su XX aniversario*, Tirant lo Blanch, pp. 163-178.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2022). *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un «sistema completo de vías de recurso»?,* Aranzadi, Cizur Menor.

IPSEN, H. P., «Konkurrenz zwischen amtshaftung der EWG und der Bundesrepublik: primäre Haftung der EWG-Kommission; Art. 215 EWGV, 839 BGB, Art. 34 GG», *EuropaRecht*, 1969, pp. 59-60.

IRANZO CEREZO, I. (2020). «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, pp. 201-226.

LEIVA LÓPEZ, A. D. (2021). «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 63, 185-197.

MACÍAS CASTAÑO, J. M. (2021). «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por violación del Derecho de la Unión Europea. Un régimen jurídico precario y en revisión», *Anuario de Derecho Administrativo 2021*, Civitas, pp. 461-486.

MACKENZY STEWARD, L. (1975). *The 'non-contractual' liability of the European economic Community*, 12 Common Market Law Review, pp. 493-512.

PLASENCIA SÁNCHEZ, F., DE PEDRO MARÍN, L. (2019). «Sobre los límites a la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador introducidos por las Leyes 39 y 40 de 2015. Situación actual y expectativas de futuro a la luz del dictamen de la Comisión Europea sobre la infracción de los principios de efectividad y equivalencia», *Anuario de Derecho Administrativo 2019*, Civitas, pp. 641-663.

PLAZA MARTÍN, C. (2021). «Un viaje de ida y vuelta en transportes urbanos: responsabilidad patrimonial del Estado legislador y principio de equivalencia (sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2010 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010), en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R., *Administración y Justicia (un análisis jurisprudencial). Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, vol. II, pp. 3510-3548.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2011). «Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, pp. 141-171.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2022). «El vigésimo intento. La declaración del incumplimiento de España por su regulación de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (C-278/20), *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 84, pp. 125-148.

RUIZ LÓPEZ, M. A. (2016). «Problemas de concordancia del régimen interno y comunitario de la responsabilidad del Estado-Legislador», en BAÑO LEÓN, J. M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. III, pp. 2783-2805.

SCHOKWEILER, F. « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1992, núm. 1, pp. 27-50.

WATHELET, M. y VAN RAEPENBUSCH, S., « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1-2, 1997, pp. 13-66.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El caso Bosco ante los tribunales españoles: una ocasión perdida

Alejandro Huergo Lora

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo
ORCID: 0000-0003-3159-7981

Sumario. I. Introducción.—II. El origen: dos pronunciamientos contra corriente de la jurisdicción contencioso-administrativa: 1. El bono social y la aplicación Bosco. 2. El caso que llega a los tribunales. 3. Las dos sentencias iniciales reconocen que la aplicación Bosco es instrumental y que no es necesario conocer su funcionamiento para saber si un ciudadano tiene derecho al bono social. 4. La *ratio decidendi* de las sentencias: derechos de autor y ciberseguridad.—III. La Sentencia del Tribunal Supremo: 1. El cambio de criterio: admisión del derecho de acceso. 2. Las funciones de Bosco. 3. Sobre la motivación de las decisiones que aplican el sistema Bosco.—IV. Algunas conclusiones: 1. El olvido de que el algoritmo es (solo) un instrumento. 2. Algoritmos como Bosco no son IA en el sentido del Reglamento. 3. La necesidad de distinguir unos y otros algoritmos. 4. Contraste con otros pronunciamientos sobre la utilización de IA «fuerte».—V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El llamado «caso Bosco» ha sido el más relevante que se ha planteado ante los tribunales españoles sobre el uso de «algoritmos» en un entorno administrativo (aunque esta afirmación requiere muchos matices)[1]. Ha supuesto algo parecido al caso Syri de Países Bajos (2020) o a las sentencias del Consiglio di Stato italiano sobre los concursos de asignación de plazas docentes (2019). En mi opinión, las características del caso concreto, el peso de un estado de opinión apocalíptico y la fuerza de los eslóganes («transparencia algorítmica») han impedido una elaboración más sólida que sirva como punto de referencia para el futuro[2]. Ello sin perjuicio de que,

1 Trabajo elaborado en seno del proyecto de investigación «Herramientas algorítmicas para ciudadanos y administraciones públicas» (PID2021-126881OB-I00).

2 De entre las muchas contribuciones que se han publicado sobre este caso en la doctrina española, mencionaré J. Tahirí Moreno (2025), J. Ponce Solé (2024a, 20224b, 2025), C. Velasco Rico (2025), S. de la Sierra Morón (2026), A. Boix Palop (2026).

ISBN: 978-84-7777-740-3

como explico a continuación, no estoy en contra de la conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal Supremo, aunque soy crítico con parte de la argumentación. Curiosamente, alguna sentencia muy cercana en el tiempo, que sí se enfrenta a problemas graves de transparencia algorítmica pero que son menos conocidos, va en dirección contraria.

II. EL ORIGEN: DOS PRONUNCIAMIENTOS CONTRA CORRIENTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. El bono social y la aplicación Bosco

El bono social eléctrico es un precio bonificado por la energía eléctrica, al que tienen derecho quienes cumplan determinados requisitos económicos y familiares que se enumeran en el artículo 3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre (desarrollado, a su vez, por la Orden ETU/943/2017, de la misma fecha). Por tanto, es un derecho «reglado», en la terminología típica del Derecho administrativo: quien cumple los requisitos, tiene derecho a que le reconozca el bono (no se le puede denegar) y a quien no cumple los requisitos no se le puede conceder. Es algo tan reglado como el acceso a las pensiones de jubilación o el cálculo de la cuota del IRPF o del IBI.

El bono social se solicita al comercializador (es decir, la empresa que sirve la energía y la cobra), y este comprobará el cumplimiento de los requisitos a través de una aplicación informática disponible en la Sede Electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Si existen discrepancias, el afectado puede reclamar ante los servicios de consumo correspondientes.

En efecto, tanto el Real Decreto como la Orden que lo desarrolla establecen que el Gobierno pondrá en marcha una aplicación informática que servirá para tramitar las solicitudes y comprobar el cumplimiento de los requisitos. De no existir la aplicación, el proceso burocrático sería largo y el reconocimiento del bono sufriría grandes demoras. Esa es la aplicación informática denominada Bosco. Este tipo de ayudas informáticas se están utilizando en muchos otros procesos puramente reglados, para acelerar la decisión y evitar que las personas tengan que esperar largos periodos de tiempo.

2. El caso que llega a los tribunales

El proceso contencioso-administrativo en el que han recaído las sentencias que estoy comentando, es decir, el caso Bosco, se refiere precisamente a esta aplicación informática. El pleito no surge porque algún intere-

sado haya recurrido la denegación del bono, sino porque la Fundación Civio solicitó en 2018, en virtud de la Ley de Transparencia, acceso al código fuente de esta aplicación informática. El código fuente es, dicho en términos vulgares, el programa informático mismo, es decir, el conjunto de instrucciones que se carga en el ordenador para ejecutar la aplicación. Una de las cuestiones relevantes de este caso es que una solicitud que se formuló en 2018 encuentra su respuesta definitiva en 2025. No cabe duda de que los términos del debate social —y jurídico— sobre la inteligencia artificial han cambiado mucho entre estos dos años. El hecho de que este caso siga ocupando la atención académica, aunque es inevitable por la demora en la resolución del asunto, me parece sintomático. Curiosamente, no han trascendido casos de errores en la aplicación o de personas que no hayan tenido acceso al bono social por fallos de la misma. No parece que haya más errores en este caso que en otros muchos sectores de la actividad administrativa.

La Administración denegó la solicitud de acceso. La Fundación Civio reclamó ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que estimó parcialmente la reclamación, en el sentido de obligar al Ministerio a facilitar información sobre el funcionamiento de la aplicación, así como las pruebas realizadas para comprobar que se ajusta a sus especificaciones (lo que podemos denominar, de manera muy imprecisa, una «auditoría» y una explicación), pero denegó el acceso al código fuente. Para ello, invocó dos de las causas de denegación previstas en la Ley de Transparencia: la protección de derechos de autor (en este caso, sobre el programa informático de la aplicación Bosco) y razones de seguridad. Esta última cuestión es la abordada con más detalle en las sentencias. En el proceso, la administración demandada presentó un informe, elaborado por el titular de un órgano administrativo (Subdirector General de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo) que decía que el acceso al código fuente facilitaría la comisión de sabotajes y ataques informáticos.

Insisto, porque es relevante para la solución del caso, en la forma en que este asunto llega a los tribunales contencioso-administrativos. No a través de un recurso contra una denegación del bono social eléctrico, sino a través de un recurso contra la resolución que deniega el acceso a una información pública (el código fuente). Lo que se discute es si se cumplen los presupuestos que establece la Ley de Transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) para el acceso a la información, o si entra en juego alguna excepción. Si un consumidor impugnara la denegación del bono social, el tribunal tendría que examinar si se cumplen sus requisitos (los del bono social). Como se trata de una decisión reglada, en la que el tribunal puede comprobar, por sí mismo y sin necesidad de reproducir el *iter* argumental de la decisión administrativa impugnada, si el consumidor tiene derecho al bono so-

ISBN: 978-84-7777-740-3

cial o no, en ese proceso sería irrelevante qué aplicación informática se ha utilizado para tomar la decisión (si es que se ha utilizado una).

En cambio, si se impugnara una decisión administrativa en cuya elaboración sí hubiera sido relevante el uso de una herramienta informática, el tribunal tendría que examinar, si el recurrente lo solicita, el buen o mal funcionamiento de esa herramienta, lo que puede incluir el acceso a toda la información (también, en su caso, el código fuente). Por tanto, en un proceso contencioso-administrativo de control de la legalidad de la Administración, el acceso al código fuente es instrumental y depende de que sea necesario, o no, para decidir la pretensión formulada. En un caso de transparencia (como éste), el acceso al código es la pretensión misma (es el fin perseguido, no un medio) y la viabilidad de esa pretensión depende de que se cumplan, o no, los requisitos de la Ley de Transparencia (positivos y negativos).

3. Las dos sentencias iniciales reconocen que la aplicación Bosco es instrumental y que no es necesario conocer su funcionamiento para saber si un ciudadano tiene derecho al bono social

El recurso contencioso-administrativo de la Fundación Civio fue desestimado en primera instancia por una sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 8, de 30 de diciembre de 2021 (procedimiento ordinario 18/2019). Interpuesto recurso de apelación por la Fundación Civio, fue desestimado por una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 7.ª) de 30 de abril de 2024 (recurso de apelación 118/2022). Después de la primera sentencia, el Consejo de Transparencia cambió de posición y estimó la solicitud de acceso de la Fundación Civio. En todo caso, el debate procesal se produce entre la Fundación y la Administración General del Estado, que no está de acuerdo con esa petición de acceso.

La sentencia del Juzgado, tras repasar lo que dicen el Real Decreto y la Orden, dice:

> «Aplicando al presente asunto los preceptos inmediatamente transcritos, debemos de considerar que el Ministerio para la Transición Ecológica, al reconocer el derecho al bono social, ajusta su actuación a dicha normativa, dictando el correspondiente acto administrativo. Y para ello utiliza una aplicación informática, denominada "sistema de información Bosco", que se inserta en una fase del procedimiento administrativo, *cuyo objeto es verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos previamente por la normativa citada*.
>
> Siendo lo anterior así, no puede considerarse que el acto administrativo se dicte por una aplicación informática, sino por un órgano administrativo, y en caso de que el destinatario de dicho acto esté disconforme con el mismo, podrá impugnarlo en vía administrativa, y en vía judicial.

> Por tanto, *la legalidad del acto administrativo no está justificada por la aplicación informática que instrumentalmente se utiliza en una fase del correspondiente procedimiento administrativo, sino por la normativa que regula la materia.*»

La sentencia de la Audiencia Nacional añade, en el mismo sentido:

> «También nos vemos obligados aquí a disentir del argumento de la recurrente sobre la infracción del artículo 9.3 CE. El debate se centra en el derecho al acceso al código fuente de la aplicación con la que se gestiona el bono social, quedando fuera del valladar del debate determinar si es conforme a derecho el procedimiento de comprobación para verificar la condición de consumidor vulnerable (Real Decreto 897/2017 por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica y Orden ETU 943/2017, sobre el mecanismo de comprobación de los requisitos para ser consumidor vulnerable).
>
> Como dice el Abogado del *Estado la aplicación informática no es más que una herramienta* que se integra en el seno de un procedimiento administrativo que seguirá produciendo un acto administrativo plenamente sujeto al ordenamiento jurídico, de modo que el control de la legalidad de los actos administrativos sigue estando garantizado: *la legalidad (o no) del acto administrativo no viene justificada por el uso de la aplicación informática sino por la adecuación al ordenamiento jurídico del acto producido.*»

Dicho en otras palabras: no es correcto (dicen estas sentencias, y estoy de acuerdo) decir que este «algoritmo» determina quién tiene derecho al bono social. Es como decir que un funcionario «decide» si una persona tiene derecho a una pensión de jubilación (cuando, en realidad, el derecho se tiene o no se tiene en función del cumplimiento de los requisitos, de edad y cotización, legalmente establecidos) o a una prestación por desempleo, o cuánto tiene que pagar por IBI en un determinado ejercicio el propietario de una vivienda. Hay otras cosas que sí decide la Administración, que son aquellas en las que dispone de un margen de discrecionalidad o en las que la norma utiliza conceptos indeterminados que pueden concretarse de distintas formas (y en los que a veces se reconoce a la Administración un margen de apreciación). La Administración sí decide, a través del planeamiento urbanístico, si se puede urbanizar un ámbito o si es posible instalar una gran superficie comercial en él. No se deben confundir ambos supuestos.

4. La *ratio decidendi* de las sentencias: derechos de autor y ciberseguridad

La alusión al carácter instrumental de Bosco es un *obiter dictum* en estas dos sentencias, puesto que lo que se discute es el derecho de acceso

ISBN: 978-84-7777-740-3

al código fuente con arreglo a la Ley de Transparencia, es decir, el cumplimiento de sus requisitos positivos y negativos. Las sentencias utilizan este argumento como un refuerzo, para dejar claro que no es necesario acceder al código fuente para defender a quienes tienen derecho al bono social.

La *ratio decidendi* es que el acceso estaría impedido por dos de los límites contemplados en el artículo 14 de la Ley de Transparencia: «[e]l secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial» y los riesgos para la seguridad, aludida en varios de esos límites: «la seguridad pública», «las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control», y «la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión».

En lo que se refiere a los derechos de autor, se ha dicho que, como Bosco aplica normas jurídicas, y estas no son creaciones protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual (según su artículo 13), no se podrían invocar los derechos de autor para limitar la divulgación pública del código fuente de Bosco. Sin embargo, una cosa es una norma jurídica y otra distinta es un libro que la recoge o un programa informático que la aplica. Es notorio que las bases de datos jurídicas están protegidas por derechos de autor. Se puede y se debe distinguir entre el texto de la norma y la obra editada en forma de libro que lo recoge (obra que sí está protegida por derechos de autor). Mucho más en este caso, en el que la transformación necesaria para convertir la norma (es decir, los artículos que regulan el bono social) en programa informático es mucho mayor que en el caso de un libro. Es como decir que las bases de datos de legislación tienen que ser gratuitas y estar a disposición de todos porque, al recoger normas jurídicas, «son ley».

Por lo que respecta a la ciberseguridad, las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Nacional otorgan crédito al informe aportado por la Administración, que viene a decir que el acceso al código fuente es como publicar los planos de la cámara acorazada de un banco, es decir, que puede hacer más fáciles los ataques.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. El cambio de criterio: admisión del derecho de acceso

La sentencia 1119/2025, de 11 de septiembre, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 3.ª) cierra el caso, estimando el recurso de casación interpuesto por la Fundación Civio y anulando las sentencias del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y de la Audiencia Nacional. El TS reconoce a esta fundación (no a cualquier otro sujeto) el derecho a acceder al código fuente del algoritmo Bosco.

Me habría sorprendido, la verdad, que el Tribunal Supremo hubiera desestimado el recurso de casación, al haber calado en los últimos años

el mensaje de que «el algoritmo» (cualquiera) es un grave peligro para los ciudadanos, que hasta ahora parece que vivían en un mundo feliz de funcionarios humanos que resuelven los expedientes con rapidez, sin errores, aplicando la ley pero con empatía y en todo caso sin peligrosos sesgos. De hecho, lo que me sorprendió fue que el Juzgado y la Audiencia Nacional resolvieran como lo hicieron y, sobre todo, que identificaran lúcidamente la naturaleza y funciones de este concreto algoritmo.

Esta sentencia ha sido saludada como un gran paso adelante y, en efecto, parece destinada a crear grandes titulares en los medios de información general. Una tendencia muy actual, la de sentencias aparentemente históricas, que a veces parece que van a parar incluso el cambio climático. Sin embargo, la decisión está muy dirigida a un caso concreto y tiene en cuenta circunstancias muy específicas, como vamos a ver. De hecho, la respuesta a la cuestión casacional menciona expresamente a la Fundación Civio y al algoritmo Bosco, por lo que su aplicación a otros casos será limitada.

Y, en lo que tiene de más general, esa misma doctrina resulta muy ambigua, puesto que se limita a reflejar que la transparencia es muy importante también cuando se emplean sistemas informáticos en la toma de decisiones automatizadas por administraciones públicas, concluyendo que ello «debe conllevar exigencias de transparencia de los procesos informáticos seguidos en dichas actuaciones, con el objeto de proporcionar a los ciudadanos la información necesaria para su comprensión y el conocimiento de su funcionamiento, lo que puede requerir, *en ocasiones*, el acceso a su código fuente, a fin de posibilitar la comprobación de la conformidad del sistema algorítmico con las previsiones normativas que debe aplicar». Quedamos, por tanto, a la espera de ver cuáles son esas ocasiones en las que sí habrá derecho de acceso. Algo muy parecido a lo que sucede con construcciones jurisprudenciales muy consolidadas, como la del *ius puniendi* único, que supone la aplicación al Derecho administrativo sancionador de principios y garantías penales, pero «con matizaciones», de modo que todo queda remitido a la sentencia de cada caso concreto, en la que se decidirá si el principio penal se aplica o «se matiza».

Lo que viene a decir esta sentencia es que a un sujeto como la Fundación Civio (no a cualquier sujeto) se le permite acceder al código fuente de un algoritmo creado por un ente público (como Bosco), especialmente si toma decisiones administrativas que afectan, de manera particular, a personas vulnerables. Y digo esto porque la sentencia tiene en cuenta expresamente, como argumentos para llegar a la conclusión, que quien pide la información es la Fundación Civio (y no otro sujeto) y que el algoritmo ha sido creado por una entidad pública (y no por una empresa que puede tener, por ejemplo, un interés económico claro en explotarlo y en que su contenido no sea divulgado). De ahí que resulte difícil extrapolar esta sentencia a cual-

ISBN: 978-84-7777-740-3

quier otro caso que tenga que ver con la utilización de algoritmos por administraciones públicas. Utilizo la expresión algoritmo, al igual que en la sentencia, de manera vaga e informal; para mayores precisiones remito a mis publicaciones en la materia (Huergo Lora, 2020, 2024, 2025).

Recordemos que lo que se discute en el caso Bosco no es si la Administración puede utilizar algoritmos (o con qué requisitos), o en qué medida la utilización de algoritmos para elaborar una decisión administrativa influye en el modo de controlarla judicialmente, o si los ciudadanos tienen derecho a conocer exhaustivamente su contenido (código fuente) cuando se enfrenten a esa decisión en los tribunales. Lo que se discute es si el derecho de acceso a la información pública (desarrollado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) otorga a cualquier sujeto el derecho a conocer el código fuente de un algoritmo que utilice la Administración. La respuesta depende, lógicamente, de si entra en juego alguna de las excepciones previstas en dicha Ley, discutiéndose en este caso (en las tres sentencias) la posible aplicación de dos de esas excepciones: 1) que el acceso podría vulnerar los derechos de autor o de propiedad intelectual sobre el algoritmo; y 2) los posibles riesgos para la ciberseguridad derivados del conocimiento público del algoritmo (es decir, el peligro de que publicar los planos de una casa facilite el trabajo a quienes quieren robar en ella).

Ya he dicho que me importa destacar la verdadera función de este algoritmo para evitar que se confunda con otros usos de la informática o de la IA, y que se apliquen las mismas reglas a realidades muy diferentes. Mi interés sobre los dos argumentos que llevaron a las dos primeras sentencias a denegar el acceso es limitado, pero expondré a continuación lo que dice el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo reconoce que el algoritmo (en este caso, Bosco) es una creación protegible como propiedad intelectual, a pesar de que aplica normas jurídicas. El hecho de que las normas jurídicas (publicadas en boletines oficiales) no sean creaciones intelectuales (por lo que pueden ser libremente reproducidas) no significa que las obras creadas a partir de las mismas (libros, recopilaciones, bases de datos, programas informáticos) también sean de dominio público y puedan ser de libre uso. Para conceder, pese a ello, el derecho de acceso, el Tribunal tiene en cuenta, en un ejercicio de ponderación, que este concreto algoritmo es de titularidad de una administración pública, que se supone que no piensa explotarlo comercialmente, pero en muchos otros casos no será así, por lo que no se puede generalizar la doctrina establecida por esta sentencia en cuanto a que el libre acceso prevalece sobre la protección de la propiedad intelectual.

En cuanto a la ciberseguridad, habiendo presentado la administración, como prueba, un informe que enumeraba una serie de riesgos derivados del acceso público, el Tribunal pondera esos riesgos con el interés en el

acceso, teniendo en cuenta igualmente que quien lo solicita es una entidad sin ánimo de lucro y con un historial digno de elogio como la Fundación Civio, por lo que llega a una conclusión favorable al derecho de acceso. De nuevo nos encontramos con una conclusión ligada al caso concreto, no con una regla de aplicación general.

Como es cada vez más frecuente, la sentencia se basa en la ponderación. Es una decisión muy extensa (80 páginas en su versión oficial, algo sin duda desusado para una sentencia del TS en general y, sobre todo, hasta hace pocos años, máxime no habiendo votos particulares) en la que se dedica un espacio considerable a enumerar (acumular) principios jurídicos aplicables o relacionados, algunos de ellos muy genéricos, como el de buena administración. Principios que se utilizan como punto de apoyo para interpretar de manera restrictiva las excepciones al derecho de acceso. La ponderación es una técnica imprescindible en muchos casos, pero que también favorece la discrecionalidad (en este caso, judicial) y reduce la previsibilidad, que es un valor jurídico. De aquí a lo que Max Weber llamaba «justicia del cadí» (concepto que recordaba con frecuencia el profesor García de Enterría) va un paso.

2. Las funciones de Bosco

Como he indicado (y destacan las dos primeras sentencias), no es lo mismo un sistema informático que, de entre todas las decisiones posibles, recomienda una de ellas en función de criterios extraídos de los datos (como hacen los sistemas de IA que sí ayudan a tomar decisiones) que un sistema informático que efectúa cálculos en aplicación de reglas previamente introducidas por un humano (como hacen Renta web, Bosco o la aplicación que tiene cualquier facultad para asignar estudiantes a grupos en función de la prioridad en la elección, el orden alfabético o el criterio que se haya establecido). Por ejemplo, un sistema de IA que atribuye a la persona que solicita un préstamo un coeficiente de solvencia del 1 al 10 (en función de no se sabe qué criterios, puesto que es un sistema algorítmico elaborado a partir del análisis de datos históricos de solvencia), y que puede ser tenido en cuenta por un banco para conceder o denegar un crédito, es un sistema que sí toma (o contribuye a tomar) una decisión relevante para los ciudadanos (sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/21, Schufa). Un sistema de ese tipo no se limita a aplicar criterios preestablecidos. La decisión de conceder, o no, un crédito, no es una decisión pautada jurídicamente: los bancos no están obligados a conceder todos los créditos, y los criterios no se encuentran establecidos en ninguna norma. Si me deniegan un crédito, y la decisión se basa en el informe de ese sistema de IA, solo podré cuestionarla conociendo el funcionamiento del sistema, por lo que el acceso al mismo es imprescindible. Y, si no se

ISBN: 978-84-7777-740-3

puede conceder ese acceso porque lo impiden obligaciones de confidencialidad, o porque, incluso concedido el acceso, no es posible explicar completamente el funcionamiento del sistema, tenemos un problema para utilizar esos sistemas en la toma de algunos tipos de decisiones.

Otra cosa son los sistemas tipo Bosco, que no introducen criterios propios en la decisión, sino que simplemente mecanizan las operaciones necesarias para aplicar criterios reglados establecidos en una norma. Esos sistemas se equivocan cuando la decisión que proponen no es la que resulta de la aplicación de dichos criterios, es decir, cuando al programarlos se ha cometido un error al volcar la norma en un programa informático. Decir que el sistema «decide quién tiene derecho al bono social» es tan inexacto como decir que cada sujeto tiene que pagar por el IRPF lo que diga renta Web. No es así: tanto uno como otro sistema aplican la norma, sin perjuicio de que pueden cometer errores y, del mismo modo que con los operadores humanos, existen las vías de recurso para corregirlos. (Una cosa importante es determinar si en estos casos de aplicación automatizada deben funcionar las vías de recurso ordinarias o hay que implantar otras adicionales, más rápidas, para corregir esos errores).

Pero (y esto es lo más importante), mientras que en el primer caso (predicción de solvencia, es decir, sistemas de IA) es imprescindible conocer «las tripas» del sistema para demostrar que se ha equivocado o ha lanzado una predicción injustificada, en el segundo es innecesario, porque una decisión es incorrecta cuando no se ajusta a la norma, y la administración debe adoptar la decisión que se ajuste a la norma, diga lo que diga el algoritmo (siendo indiferente saber en qué línea de código radica la fuente del error, o qué factor se olvidó durante el proceso de elaboración del sistema).

La sentencia, llevada —en mi opinión— en exceso por este clima de opinión distópico, es deliberadamente ambigua sobre esta cuestión. Se dice en ella que Bosco sirve para la «toma de decisiones automatizadas» y «sirve de soporte al reconocimiento o denegación de derechos sociales, arrojando un resultado positivo o negativo, sin exteriorizar las razones de dicho resultado». También dice que estas aplicaciones tienen «evidente trascendencia en los derechos de los ciudadanos, en la medida que determinan o condicionan el reconocimiento o denegación de derechos y prestaciones públicas, es decir, que operan como fuente de decisiones automatizadas», y que el algoritmo «supone una actuación automatizada de la administración en el ejercicio de sus competencias, a través de la cual se adopta una decisión con evidente impacto en los derechos de los ciudadanos, lo que se desprende directamente de su regulación», o que «el programa toma una decisión que condiciona el acceso al bono social eléctrico».

Esas afirmaciones no son, en mi opinión, correctas salvo con muchos matices, por las razones que acabo de indicar. Vuelvo al ejemplo de Renta web: no podemos decir que «tome decisiones con efectos fiscales» o que

«determine la carga tributaria de cada ciudadano», y eso es lo que parecería que hace Bosco si hacemos caso de la literalidad de las frases entrecomilladas.

Pero en la misma sentencia encontramos, como no puede ser de otro modo, frases que explican la verdadera función de Bosco (tal como la he explicado en anteriores entradas y en otras publicaciones)

— «[E]l código fuente de dicha aplicación ha de responder a las disposiciones normativas que regulan los requisitos que deben cumplir los consumidores para el reconocimiento del bono social por ostentar la condición jurídica de consumidor vulnerable, traduciendo a lenguaje informático dichas normas con el objeto de posibilitar su cabal cumplimiento en la comprobación de la concurrencia de tales requisitos en los consumidores solicitantes del bono social»;
— «Asiste la razón a la Abogacía del Estado cuando niega que la aplicación Bosco tenga la naturaleza de un acto administrativo o de una disposición de carácter general de rango reglamentario, pues se trata de una aplicación instrumental para que las empresas comercializadoras de energía eléctrica puedan comprobar si el consumidor cumple con los requisitos previstos legal y reglamentariamente para tener la consideración de consumidor vulnerable».

3. Sobre la motivación de las decisiones que aplican el sistema Bosco

Es necesaria una pequeña mención al tema de la motivación, porque la sentencia repite varias veces que Bosco no motiva las denegaciones del bono social, como si fuera otro problema adicional que hace necesario el acceso al código fuente. Una vez más, un problema sectorial concreto enturbia lo que pretende ser una construcción general, un «hito histórico». El caso del bono social es bastante particular porque la liberalización del sector eléctrico hace que algunas decisiones imperativas (y, en ese sentido, materialmente administrativas) sean adoptadas por sujetos privados. Es lo que sucede, por ejemplo, con el otorgamiento de permisos de acceso y conexión a la red de transporte y distribución (requisito fundamental para que sea viable un parque eólico o fotovoltaico, o de baterías), que conceden o deniegan empresas privadas como Red Eléctrica. O con el acceso al bono social, que conceden o deniegan las comercializadoras (empresas privadas). La Administración ocupa una posición de garante, resolviendo (en un caso a través de la CNMC, en otro a través de autoridades de consumo) los posibles recursos. En el caso del bono social, se ha arbitrado una solución que persigue la rapidez: la Administración le dice al comercializador si el consumidor cumple o no los requisitos del bono social, porque es la Administración la que tiene rápido acceso a los datos familiares y de renta de los con-

ISBN: 978-84-7777-740-3

sumidores. Y lo hace con un sí o un no, para no facilitar datos personales del consumidor (tal como explica la sentencia que estoy comentando). De ahí que la decisión del comercializador no sea motivada, porque al comercializador no se le facilita la información relativa a la renta y/o circunstancias familiares del consumidor. Este sabe que, si acredita los requisitos del bono social, se le tendrá que reconocer, sin más.

Es obvio que los actos administrativos deben motivarse en los supuestos legalmente previstos y que ese deber de motivación se mantiene cuando en su producción se han utilizado ayudas informáticas. (Gamero Casado, 2023). Esto es algo que nadie discute, como nadie discute que esos actos deben dictarse por el órgano competente (y no por otro), que deben notificarse o que pueden recurrirse exactamente igual que cuando no se utiliza una ayuda de este tipo.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El olvido de que el algoritmo es (solo) un instrumento

Curiosamente, el hecho de que se utilice una ayuda informática (en lugar de que los funcionarios actúen de forma puramente analógica) parece que cambia el marco de la argumentación. Se acaba dando más importancia al instrumento utilizado para elaborar la decisión que a la decisión que se toma y a los criterios que utiliza la Administración para tomarla.

Si las solicitudes de reconocimiento del bono social se gestionasen sin aplicación informática (con un tiempo de tramitación muy superior, desde luego), nadie pretendería tener acceso a la mente del funcionario para ver cómo puede cometer errores en la aplicación de la normativa. Si se deniega la prestación a alguien que tiene derecho a ella, se presenta un recurso y, si se comprueba el error, se estima y se le reconoce el derecho, sin necesidad de indagar si el error se produjo por inadvertencia, por sobrecarga de trabajo o porque había entendido mal la normativa. El hecho de que se utilice un apoyo informático no debería cambiar las cosas. Si a un expropiado, por ejemplo, se le pagan unos intereses de demora menores de lo que le corresponde, podrá recurrir y se le estimará el recurso, sin necesidad de determinar en qué columna de la hoja de cálculo utilizada por el funcionario había un error que llevó a esa liquidación incorrecta. Cuando se hace público que se va a utilizar una aplicación informática para elaborar una determinada decisión administrativa, aunque los criterios de esa decisión sean los mismos que se utilizaban cuando se elaboraba de forma humana o artesanal, la discusión pasa al «algoritmo».

En aplicaciones informáticas como la del bono social, el error puede detectarse comparando lo que dice la aplicación (denegación del bono, por

ejemplo) con lo que resulta del marco normativo (que puede ser su concesión). Es lo que sucede siempre, repito, en todas las actuaciones administrativas regladas. Sería deseable, en un ejercicio de transparencia total (y para prevenir errores y evitar tener que recurrir), conocer todo el funcionamiento interno de la Administración, pero creo que hay tres cosas claras: (1) ese grado de transparencia no es necesario para poder corregir posibles errores o ilegalidades en actuaciones regladas, (2) cuando actúan humanos sin apoyo informático no se exige ese grado de transparencia, ni muchísimo menos (a pesar de que el «código fuente» de los humanos, es decir, lo que motiva su comportamiento, es infinitamente más complejo e inaccesible que el de un ordenador), y (3) no podemos decir que este tipo de aplicaciones informáticas «deciden» sobre los derechos de los ciudadanos, puesto que aplican un marco normativo que solo admite una solución correcta, y están sujetas a recurso cuando no lo cumplen.

Tener esto claro es muy importante para distinguirlo de aquellos casos en que se utilizan sistemas de inteligencia artificial («algoritmos») que sí influyen sobre el contenido de la decisión administrativa. Es decir, sistemas que, en casos en que la Administración sí dispone de un margen de decisión porque no existe un marco normativo que lleve a una única decisión jurídicamente admisible, orientan en una determinada dirección. Existen múltiples variantes: el sistema puede tomar directamente la decisión (actuación administrativa automatizada) o influir, de forma más o menos determinante, en el titular del órgano administrativo (como un informe no vinculante, o incluso más allá); puede tratarse de decisiones finalizadoras de un procedimiento, que crean derechos o imponen obligaciones (resoluciones) o bien actos de trámite, como la decisión de iniciar un procedimiento en el que se pedirá explicaciones al ciudadano, o la decisión de inspeccionar. Puede tratarse de actuaciones desfavorables (inspecciones, sanciones) o bien favorables (ofrecer o aplicar una atención especial, en materia, por ejemplo, educativa o de servicios sociales a quienes pueden tener más necesidad, seleccionados por un sistema de inteligencia artificial).

Pero, en todos los casos, nos encontraremos con una decisión que no se justifica en la aplicación de la norma (como ocurre en el caso del bono social eléctrico), sino en que así lo ha dicho un sistema de inteligencia artificial. De hecho, la inteligencia artificial es un instrumento para la toma de decisiones, lo que presupone que quien la utiliza dispone de un margen decisional. Es evidente que las exigencias de transparencia, motivación, etc., no tienen nada que ver en este caso y en el anterior, y que confundir ambas situaciones solo sirve para provocar alarma ante la utilización de aplicaciones informáticas «regladas» (que son imprescindibles para evitar retrasos intolerables en la actuación administrativa, salvo que se quiera multiplicar el número de empleados públicos) y para que pase inadvertida la utilización de sistemas informáticos que sí contribuyen a la toma de decisiones.

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. Algoritmos como Bosco no son IA en el sentido del Reglamento

El Reglamento de Inteligencia Artificial acoge claramente esta distinción. En su artículo 3, define «sistema de IA» como «un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar *con distintos niveles de autonomía* y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales». Es fundamental la idea de «autonomía», es decir, que el sistema no se limita a realizar operaciones a partir las reglas que previamente se le han dado y de los datos de entrada (como una calculadora, como la aplicación Bosco), sino que «pone algo de su parte», incluso con «capacidad de adaptación tras el despliegue».

El párrafo 12 del preámbulo lo deja claro:

> «la definición debe basarse en las principales características de los sistemas de IA que los distinguen de los sistemas de software o los planteamientos de programación tradicionales y más sencillos, y *no debe incluir los sistemas basados en las normas definidas únicamente por personas físicas para ejecutar automáticamente operaciones*. Una característica principal de los sistemas de IA es su capacidad de inferencia. Esta capacidad de inferencia se refiere al proceso de obtención de resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos y virtuales, y a la capacidad de los sistemas de IA para deducir modelos o algoritmos, o ambos, a partir de información de entrada o datos. Las técnicas que permiten la inferencia al construir un sistema de IA incluyen estrategias de aprendizaje automático que aprenden de los datos cómo alcanzar determinados objetivos y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento que infieren a partir de conocimientos codificados o de una representación simbólica de la tarea que debe resolverse. La capacidad de inferencia de un sistema de IA trasciende el tratamiento básico de datos, al permitir el aprendizaje, el razonamiento o la modelización.»

El Reglamento, por otro lado, solo prevé el acceso al código fuente de los sistemas de inteligencia artificial por parte de la Comisión o las autoridades de vigilancia del mercado (no del público en general) y en condiciones muy estrictas, básicamente cuando «se han agotado todos los procedimientos de prueba o auditoría y todas las comprobaciones basadas en los datos y la documentación facilitados por el proveedor, o han resultado insuficientes» (artículo 74) —es el tipo de información que en este caso el Consejo de Transparencia exigió que se facilitase— y siempre con estrictas obligaciones de confidencialidad (artículo 78).

Las Commission Guidelines on the definition of an artificial intelligence system established by Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act), Brussels,

29.7.2025 C(2025) 5053 final, en sus *recitals* 40 y siguientes, va en esta línea.

Me parece muy significativo (y acertado) que la sentencia del TS no hable una sola vez de «inteligencia artificial», ni mencione tampoco su regulación (Reglamento europeo 1689/2024), reconociendo implícitamente que (como he sostenido *supra*) estamos hablando de otra cosa, concretamente de un sistema informático que, al modo de una calculadora o del programa Renta Web, automatiza operaciones de comprobación del cumplimiento de requisitos reglados. Y digo que es bueno porque en estos momentos se mezcla todo y con frecuencia se mete en el mismo cajón distópico la desinformación provocada por las redes sociales, los sesgos de los sistemas de IA que pueden influir en la toma de determinadas decisiones… y la aplicación de sistemas como Bosco o Renta Web, que en realidad no aportan ningún criterio propio a la decisión administrativa porque son puramente instrumentales y únicamente aplican (con un 100% de acierto o con algunos errores, eso es otra cosa) criterios previamente establecidos en una norma.

3. La necesidad de distinguir unos y otros algoritmos

Como decía al inicio, creo que cualquier persona con experiencia en el funcionamiento de la Administración estará de acuerdo en que la rendición de cuentas, las posibilidades que tiene el ciudadano de obtener un control estricto de la legalidad de la actuación administrativa son todavía muy imperfectas, y no solo cuando se utilizan ayudas informáticas. Hay muchas decisiones (por ejemplo, en cuestiones como los nombramientos de los titulares de distintos órganos, autoridades independientes o empresas públicas) en las que no se exige un nivel de motivación suficiente y en las que, de hecho, la Administración o los Gobiernos actúan como si de puros cargos de confianza se tratase. En otros ámbitos (decisiones en materia de personal, acreditaciones, etc.), quien recurre una decisión solo tiene acceso al expediente de su propio caso, pero no a toda la actuación de ese órgano administrativo, de modo que los sesgos o el trato desigual, en la práctica, no son detectables ni controlables. En materia de transparencia y de tutela judicial efectiva estamos, como digo, en un nivel muy mejorable y creo que sobran los retos sin que el mayor problema se encuentre en aplicaciones cuya relevancia es menor de lo que a veces puede creerse.

Creo que no es correcto que, como se hace con cierta frecuencia, en cualquier exposición sobre «algoritmos» se mezclen todos ellos en el mismo saco y se hable de *big data*, aviones que pueden caerse, inteligencia artificial... Es como si para discutir cualquier asunto de Derecho administrativo sancionador invocáramos la pena de muerte, la prohibición de la tortura, etc. Esta generalización, este discurso distópico, no me parece adecuado a

ISBN: 978-84-7777-740-3

la realidad (porque existen diferencias claras que he tratado de subrayar) y tiene unos costes a los que me referiré más adelante.

Si rascamos mínimamente debajo de los ejemplos que se ponen y que se agrupan en este tipo de discursos, vemos enormes diferencias que se pasan por alto. Por ejemplo, poco tiene que ver un «algoritmo» que un banco utilice o pueda utilizar para conceder o denegar préstamos (acción «discrecional» donde las haya, y llevada a cabo además por una empresa privada) con un sistema informático que sirve para aplicar una norma, ordenando las solicitudes según cumplan o no requisitos reglados (por ejemplo, calcular prestaciones de seguridad social o determinar el número de horas de clase que debe impartir un profesor en función de los sexenios de investigación que tiene reconocidos, por ejemplo). En el primer caso el sistema contribuye a determinar el contenido de la decisión (indicando, de su propia cosecha, quién parece mejor deudor o mejor cliente), mientras que, en el segundo, no. Además, en muchos de esos casos que han dado lugar a una grave preocupación reflejada incluso en series, el error algorítmico es solo el principio de una cadena de graves errores humanos, administrativos e incluso judiciales, que, lejos de corregir el error, lo exacerban.

El Reglamento de Inteligencia Artificial sí distingue, tanto en la definición (al exigir la nota de «autonomía», que los algoritmos «tipo Bosco» no tienen) como en el preámbulo (párrafo 12), entre sistemas de inteligencia artificial y otros puramente reglados que solo aplican criterios que se les han suministrado o programado previamente. Por ello, los sistemas del tipo Bosco no constituyen sistemas de IA y no están sujetos al Reglamento.

A mi juicio, esta generalización y tratamiento conjunto de dos realidades diferentes no es gratuita ni intrascendente. Al aplicar a cualquier algoritmo unas exigencias que solo serían adecuadas para los que sí toman decisiones (es decir, los que eligen de entre distintas opciones consentidas por el marco normativo), imponiendo a todos ellos requisitos que van desde el acceso al código fuente en todo caso, a la exigencia de un procedimiento de «participación pública» previa, nos podemos acercar a la lamentable situación que se vive, por ejemplo, en el Derecho urbanístico actual, en el que la acumulación, durante años, a través de distintas reformas legislativas, de sucesivos informes preceptivos, trámites obligatorios, etc., todos ellos muy loables y justificables, al menos en teoría, si se toman por separado, ha conseguido inutilizar completamente el planeamiento urbanístico y convertir su aprobación en una carrera de obstáculos y en un campo de minas por el peligro de anulaciones posteriores. Sospecho que eso es lo que nos espera si cada utilización de un algoritmo puede ser paralizada o anulada en función de exigencias sucesivas (primero el acceso al código fuente, después la participación previa), incluso si ese algoritmo solo sirve para aplicar normas puramente regladas.

Me sigue pareciendo totalmente pertinente la comparación entre las decisiones tomadas por seres humanos y las decisiones tomadas con la ayuda de un sistema informático. Que las decisiones humanas están sujetas a la influencia de múltiples factores o sesgos (ideológicos, de amistad, de clase social, de simpatía personal, etc.) ajenos al contenido de las normas que se aplican es algo evidente. Esos factores subsisten a pesar de la aplicación de las causas de abstención y recusación y técnicas similares, que solo eliminan los abusos más graves. La obligación de motivar las decisiones y de tener en cuenta todos los factores jurídicamente relevantes y solo ellos no elimina esos sesgos, puesto que, como es perfectamente conocido desde una mínima experiencia, se pueden motivar, normalmente, distintas decisiones (un fallo favorable al demandante, pero también otro favorable al demandado, por ejemplo), de modo que una cosa es la razón (muchas veces oculta) que ha llevado al decisor a decantarse por una de las opciones en presencia, y otra es la motivación jurídica que sirve para justificar la decisión previamente tomada. Naturalmente que hay formas de ir corrigiendo o mitigando esos sesgos, pero no se puede pecar de ingenuo y pensar que solo aparecen con la utilización de algoritmos.

El Derecho (y el Derecho administrativo) no se basan precisamente en la confianza en el «factor humano», sino más bien en lo contrario, en la necesidad de someter el arbitrio humano a normas. La desigualdad «automatizada» es un problema, pero la principal fuente de desigualdad es precisamente el arbitrio humano, es decir, que se trate de forma diferente a los iguales en función de la simpatía política, de tener o no tener un padrino poderoso, de ser una persona débil o socialmente conectada, etc. Se avanza cuando, por ejemplo, las prestaciones de seguridad social pasan de ser ayudas graciables (sometidas a todas esas consideraciones) a derechos subjetivos. Es decir, cuando dejan de depender del arbitrio humano. El debate entre operador humano o inteligencia artificial es un falso debate: la clave es el debate entre norma y arbitrio subjetivo. Y, en la aplicación de las normas, es necesaria tanto la ayuda de los sistemas informáticos como la posibilidad de obtener la revisión de sus resultados por operadores humanos. Por otro lado, es verdad que los errores informáticos (que nadie defiende) tienen un efecto múltiple porque se repiten con la aplicación del programa, pero, por la misma, razón, también son más fáciles de identificar y corregir.

Las administraciones están infradotadas de personal. No tiene sentido que rechacemos la utilización de ayudas informáticas básicas, atemorizando con escenarios distópicos, cuando la alternativa es tener a miles de empleados públicos realizando operaciones simples que en cualquier empresa estarían ya automatizadas y cometiendo errores (humanos, eso sí), y condenar a los ciudadanos a sufrir demoras en la obtención de prestaciones básicas.

Nadie duda (yo, desde luego, no) que todo es poco para mejorar el funcionamiento de la Administración. Estoy convencido de que los actuales

ISBN: 978-84-7777-740-3

mecanismos de control de legalidad son muy imperfectos. Normalmente, el interesado solo conoce lo que la Administración ha hecho en relación con él, pero no su actuación en otros casos similares, siendo esto último imprescindible, con frecuencia, para demostrar la ilegalidad y arbitrariedad de una actuación individual. (Por ejemplo, pueden existir razones para denegar una subvención, pero, si se demuestra que se han concedido a otros proyectos con iguales o menos méritos, la denegación deviene ilegal). Y también porque, aunque se corrijan ilegalidades individuales, existe una masa de actos ilegales que no llegan a los tribunales, lo que, con frecuencia, determina que a la Administración no le merezca la pena cumplir la Ley o que no tenga consecuencias no hacerlo.

Pero no podemos confundir unas cosas y otras y decir que el acceso al código fuente es necesario para corregir actuaciones ilegales porque, cuando hablamos de sistemas automatizados como Bosco, su mal funcionamiento queda demostrado sin necesidad alguna de acceso, cuando a una persona que cumple los requisitos para el reconocimiento de un derecho le dicen que no los cumple, sin necesidad de saber, repito, en qué línea de código está la fuente del error. El acceso al código fuente es un plus; en otros sistemas, una necesidad. En definitiva, es importante evitar la confusión porque hay otros sistemas en los que sí es imprescindible ese acceso para poder comprobar que se ha producido un error (sin perjuicio de que también cabe, incluso en los sistemas de IA, la «auditoría inversa», es decir, demostrar un mal funcionamiento a partir de lo evidentemente inadecuado, o erróneo, o sesgado, de las respuestas del sistema, aunque no se pueda demostrar por qué o cómo se produce el error).

Es interesante recordar que el Reglamento de IA, que se refiere a sistemas mucho más relevantes que Bosco porque sí influyen, con criterios propios y autónomos, en la toma de decisiones, no obliga a revelar el código fuente ni siquiera de los sistemas de IA de alto riesgo. Les impone una serie de obligaciones de transparencia y explicabilidad, pero solo obliga a sus titulares a revelar el código fuente en casos concretos, cuando no existan vías alternativas para cumplir dichas obligaciones y, en esos supuestos, se tendrá que revelar a las autoridades competentes, no a terceros. El Tribunal Supremo ha establecido un deber de apertura mucho más amplio para un sistema informático claramente menos relevante, aunque, eso sí, solo para un sujeto concreto (la Fundación Civio). ¿Veremos a medio plazo una cuestión prejudicial para que el TJUE diga si estos derechos de acceso al código fuente (que suponemos que se extenderán a los sistemas de IA, más relevantes) son compatibles con el Reglamento de IA, que, como sabemos, es una norma armonizadora con la que se quiere expresamente evitar que los Estados miembros establezcan obligaciones adicionales?

4. Contraste con otros pronunciamientos sobre la utilización de IA «fuerte»

Como he dicho varias veces, algoritmos como Bosco no influyen en el contenido de las decisiones administrativas, que está determinado por las normas aplicables. Bosco puede acertar (si su resultado coincide con lo que se desprende de la norma) o equivocarse, pero no concede ni deniega derechos. En cambio, en otros casos, la Administración u otro sujeto disponen de un margen de apreciación y, si confían en un sistema de IA para que les indique qué decisión tomar, este sistema sí habrá influido en la toma de la decisión. Por ejemplo, si pedimos a una IA que señale qué empresas es más probable que estén cometiendo una infracción, y no le indicamos los criterios de identificación de las empresas, sino que le pedimos una predicción basada en datos de anteriores procedimientos.

Uno de estos casos en que la IA sí incide en el tratamiento jurídico a los sujetos es el de los precios singularizados, es decir, cuando una empresa aplica condiciones diferentes a los consumidores en función de lo que espera que sea su comportamiento. Por ejemplo, pedir un precio más alto por un billete de avión a quien, al haberlo buscado insistentemente, demuestra tener más interés, que a quien lo busca por vez primera y ha buscado también otros destinos y puede estar eligiendo en función del precio.

De hecho, en España, la reciente Ley 10/2025, de 26 de diciembre, por la que se regulan los servicios de atención a la clientela, ha modificado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, añadiendo este párrafo en su artículo 20.1.c): «El comerciante facilitará de forma clara y comprensible información sobre el precio cuando este haya sido personalizado sobre la base de una toma de decisiones automatizada. Esta personalización no podrá derivar en incrementos del precio final de venta cuando se produzca un incremento de la demanda en contextos de urgencia, riesgo o necesidad de la persona consumidora».

Sin embargo, la misma Sala Tercera que ha dictado la sentencia sobre Bosco, en otra sentencia de 30 de enero de 2026 (Sentencia 81/2026, recurso de casación 8367/2023) confirma la anulación de una norma reglamentaria autonómica que exigía que las empresas que prestan servicios de VTC comunicaran sus precios a la Administración. La sentencia anula la norma reglamentaria porque considera que la misma impide la aplicación de precios dinámicos o personalizados:

> «Precisamente, en el ejercicio de esa actividad económica, los titulares de las autorizaciones de VTC disponen de plena libertad para la fijación de los precios que deben abonar los usuarios por esos servicios. Y, en el ejercicio de esa libertad, han optado por la fijación de precios dinámicos y

ISBN: 978-84-7777-740-3

> variables, en lugar de precios fijos y estáticos, como sucede en muchos otros sectores de la economía.
>
> La decisión de elegir la aplicación de precios dinámicos y variables en el ejercicio de la actividad económica implica que la concreción del importe de esos precios se efectúa teniendo en cuenta diversos factores que concurren en el momento en el que se inicia la precontratacion por parte del usuario, de tal modo que, a través de la aplicación de algoritmos se determina el precio final del servicio que el usuario conoce con anterioridad a la adopción de la decisión de contratar ese servicio.
>
> Considerando las características específicas de la actuación en el mercado de las VTC y, entre ellas, la libertad en la decisión empresarial de reclamar precios dinámicos por la prestación de sus servicios, concluimos que, la obligación que se ha impuesto a los titulares de las autorizaciones de arrendamientos de VTC en la Región de Murcia es una medida restrictiva de la libertad en el ejercicio de la actividad empresarial, en cuanto que está exigiendo un comportamiento empresarial que restringe su libertad en la toma de decisiones en el ámbito del ejercicio de la iniciativa privada. Ello es así, puesto que, de forma indirecta, está imponiendo que los usuarios de los servicios de VTC abonen precios cerrados y estáticos, en la medida en que solo puede elaborarse un listado de precios si estos tienen la consideración de precios fijos que no exigen que su importe se concrete en el momento de la contratación, frente a los precios dinámicos en los que la determinación de su importe depende de múltiples factores que se aplican en cada momento concreto empleando algoritmos que hace imposible cumplir con la obligación impuesta de aportar un listado de precios a la Administración.»

Por tanto, vemos cómo en un caso en que la IA va a determinar de forma muy significativa las condiciones aplicables a los usuarios (que van a pagar cantidades diferentes por un mismo producto), se protege el secreto de la empresa. Al consumidor no se le informa de que se aplican precios personalizados ni de los criterios que se utilizan para la personalización o de hasta qué punto pueden subir o bajar esos precios. Ni siquiera se hace una interpretación de la norma que obligue a las empresas a facilitar, no unas tarifas cerradas, pero sí los criterios. Curiosamente, en un ámbito (el transporte en VTC) sometido a normas administrativas (lo que supone un plus de protección del consumidor frente a los sectores no regulados), el nivel de protección garantizado en esta sentencia se queda por debajo de lo que exige la Ley 10/2025, lo que exige la Ley 10/2025 para todos los sectores, es decir, también aquellos no regulados o no sometidos a una regulación administrativa intensa.

De aquí mi escepticismo ante las grandes palabras vertidas en relación con el caso Bosco y su desenlace ante los tribunales.

V. BIBLIOGRAFÍA

BOIX PALOP, A. (2026). «El empleo opaco de IA o algoritmos por los poderes públicos es contrario al Estado de Derecho», *EUNOMIA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30 (2026), páginas 389-408.

GAMERO CASADO, E. (2023). «Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial». En GAMERO CASADO, E. (dir.); PÉREZ GUERRERO, F. (coord.) (2023), páginas 397-461.

HUERGO LORA, A. (2020). «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo». En HUERGO LORA, A. (dir.); DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (coord.), *La regulación de los algoritmos*, 2020, Aranzadi (págs. 23-87).

HUERGO LORA, A. (2024). «De la digitalización a la inteligencia artificial: ¿evolución o revolución?». En VALCÁRCEL, P. y HERNÁNDEZ, F. (dir.), *Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)*, 2024, INAP (páginas 31-72).

HUERGO LORA, A. (2025). «Comentario a los artículos 1-2». En HUERGO LORA, A. (dir.); DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (coord.), *The EU Regulation on Artificial Intelligence: A Commentary*, Milano, CEDAM 2025.

PONCE SOLÉ, J. (2024a). «Por qué se equivocan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico». En el blog *Almacén de Derecho*, 13 de mayo de 2024.

PONCE SOLÉ, J. (2024b). «Utopía y algoritmos». En el blog *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2024.

PONCE SOLÉ, J. (2025). «La Sentencia "Bosco": un punto importante... y seguido». En el blog *Almacén de Derecho*, 27 de septiembre de 2025.

DE LA SIERRA MORÓN, S. (2026). «El caso BOSCO ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo: una sentencia "brújula" sobre el control de la Administración inteligente». *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 11 de marzo de 2026, número 85.

TAHIRÍ MORENO, J. «La transparencia algorítmica en la administración pública: reflexiones a la STS 1119/2025, de 11 de septiembre (caso Bosco)». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 63-64 (2025), páginas 189-205.

VELASCO RICO, C. «La transparència algorítmica al sector públic: més enllà del cas BOSCO». *Revista catalana de dret públic*, 71 (2025), páginas 25-47.

ISBN: 978-84-7777-740-3

«Discrecionalidad» y «motivación»: una incierta relación entre dos nociones equívocas

Juan Igartua Salaverría

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

1. Si de bien nacido (¿quién no lo pretende?) es ser agradecido, no puedo prescindir de siquiera una manifestación (serían precisas muchas más) de reconocimiento hacia la *bienveillance* con la que Edorta Cobreros Mendazona (igual de importante es el apellido materno) acostumbra a dispensar a las colaboraciones que, con variable frecuencia, suelo remitirle para que vean la luz en la *Revista Vasca de Administración Pública*, publicación periódica situada hoy en lo más cimero del *ranking* entre las de susodicha especialidad.

No solo por ello —sobra decirlo— me sumo al homenaje que aquí se le tributa (no será el único, a buen seguro) retornando esta vez a un tema por el que siento especial fijación («monográfica» —me atrevería a decir—), relativo a un problema bien recurrente hoy entre los administrativistas: el que afecta al control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos (judiciales, preferentemente).

2. Para volver a la carga, me ha ofrecido una incitante tentación el sonado desacuerdo entre la Sala 3.ª del TS y el TC a propósito de un nombramiento de la Fiscalía General del Estado (para la cobertura de una Fiscalía de Sala de Menores) que anulara —por partida doble— el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (18 y 22 de julio de 2023) y cuyas resoluciones han sido, sin embargo, revertidas por el Constitucional (15 de enero de 2026). Revés que la instancia casacional ha encajado con evidente contrariedad, manifestada en la STS 136/2026; particularmente en un extenso párrafo (FD 7) que —en apariencia— tiene el aire de una mera remisión a una doctrina (de sostenida elaboración jurisprudencial —se dice—) que presuntamente goza de aceptación generalizada, como si tal referencia doctrinal bastara para zanjar la querella de quién acierta y quién incurre en el error.

El desacuerdo tiene su verdadera raíz en otra parte. Así lo pienso. Y, a mayor abundamiento, opino que ambas partes están de acuerdo —aunque parezca contradictorio— en el punto de arranque que, a la postre, provocará el desencuentro. En algún lugar de estas páginas se aclarará (aunque tal vez no se comparta) lo que estoy sosteniendo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

3. Comoquiera que la mayoría de las controversias (en sede jurisdiccional y también académica) sobre nombramientos discrecionales giran alrededor de ese particular, cabe resaltar que la mayoría de los recursos judiciales contra nombramientos discrecionales o contra valoraciones probatorias suelen apuntar al defecto (presunto) de su respectiva *motivación*. Pero no —debo remarcarlo— a una falta *en* la «motivación» sino a la *falta* íntegra *de* «motivación»[1].

De modo que el trasfondo del desacuerdo tendría el aspecto de residir, más allá de en las incidencias singulares del caso, en una distinta concepción *teórica* del ejercicio de la «discrecionalidad» y de su correspondiente «motivación» obligatoria y no —lo reitero— en un disenso parcial sobre la aplicación *práctica* de un mismo y supuestamente compartido corpus doctrinal. Apremia preguntarse entonces dónde se ubica la raíz de desavenencias tan radicales entre Tribunales (o entre Magistrados dentro de un Tribunal) a que suelen dar lugar los nombramientos discrecionales.

I. MOTIVACIÓN, LIBRE VALORACIÓN, DISCRECIONALIDAD

Pues bien, en respuesta a tal interrogante, intentaré mostrar que las controversias que en esta materia menudean (bien sea entre el CGPJ y el TS o entre diferentes Tribunales o entre Magistrados de un mismo órgano) son, en puridad, el reflejo de malentendidos y obsolescencias que han ido amontonándose por una carencia (inconsciente) de una cultura jurídica actualizada. Es decir, todos invocan la «motivación» y la «discrecionalidad», pero usadas con las (im)propiedades de las *nociones* (esto es: concebidas como ideas aproximadas, siempre imprecisas y hasta equívocas) y no con el rigor de los *conceptos* (de contenido definido y unitariamente entendidos) como debería ser.

A fin de intentar aportar un granito de arena a ese propósito de clarificación, propongo un puñado de consideraciones a cuyo conjunto, siquiera para conferirle un aire de cierta coherencia, titularé «motivación, libre valoración de las pruebas y discrecionalidad».

1. ¿Qué parentesco tienen entre sí los actos discrecionales, la valoración judicial de las pruebas y la motivación? Por lo pronto, salta a la vista que tanto los actos discrecionales como la valoración de las pruebas comparten un elemento común: su motivación obligatoria. Y, sobre ese particular, cabe resaltar que la mayoría de los recursos judiciales contra nombramientos discrecionales o contra valoraciones probatorias suelen apuntar precisamente a su respectiva *motivación*.

[1] Igartua, J., 2024, p. 94.

2. Pero hay más. Los actos discrecionales y la valoración de las pruebas exhiben un rasgo en común, lo que contribuye a que su obligada motivación tenga una estructura parecida. Es decir: salta a la vista el evidente paralelismo entre, por un lado, los dos opuestos sistemas de valoración de las pruebas («legalmente tasada» y «libre») y, por el otro, los dos regímenes de actuación operantes en los actos administrativos («reglados» y «discrecionales»). Por ello, entiendo aplicable a los nombramientos *discrecionales* la elaboración teórica que versa en la actualidad sobre la *libre* valoración de las pruebas. Entonces, tanto en un sector como en el otro, garantizar la corrección (de lo que se ha decidido discrecionalmente o de lo que se ha valorado libremente en materia de pruebas) requerirá la reconstrucción de un proceso lógico y jurídico bastante similar, como intentaré esbozar —al menos— en el transcurso de estas páginas.

En resumen: las decisiones discrecionales y las valoraciones de las pruebas han de motivarse y han de motivarse parecidamente. Por eso las meto en el mismo saco[2].

II. ¿QUÉ APORTA, DE VERDAD, LA MOTIVACIÓN?

No vale la pena recordar, lo ya sabido por todos, que históricamente la valoración de las pruebas se centraba en la obtención de la convicción judicial; de ahí que para nada hiciera falta la motivación. Y cuando se instituyó su obligatoriedad, la función de la motivación se ceñía a manifestar la convicción (positiva o negativa) del juzgador sobre el acaecimiento de los hechos objeto de prueba; pero siendo la convicción un fenómeno psicológico, no lógico, esta no admite justificación racional; el hecho de estar convencido no puede razonarse[3].

Tampoco perdemos nada dejando de lado las variadas y curiosas (sonrojantes, más bien) ocurrencias que han pululado, hasta no hace tanto, en la prosa de la jurisdicción contenciosa (mayormente) acerca de la «motivación» (como que basta la simple expresión de la competencia para realizar un nombramiento sin necesidad de exteriorizar las razones de tal designación; o que esta tarea resulta impracticable por la imposibilidad de aglutinar en un único discurso los diferentes itinerarios mentales recorridos por los miembros de un órgano colegiado; o que la motivación es un requisito formal que se satisface al margen de cuál sea su contenido; o que no se ha estipulado —sería un contrasentido— cómo debe motivarse una deci-

2 Del paralelismo entre «discrecionalidad» y «valoración de las pruebas» ya me ocupé, con alguna extensión, en Igartua, J., 2024: 96-102.

3 *Cfr.* Ferrer, J., 2021, pp. 178-179.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sión discrecional; etc.), lo cierto es que hoy día comúnmente se acepta que la «motivación» (de un nombramiento o de una valoración probatoria) consiste en *justificar* racionalmente (o sea, sin contravenir las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia) la *decisión* adoptada —asunto sobre el que habré de volver—.

1. Lo cual, sin embargo, no evita las que ha venido en llamarse «motivaciones hipócritas» («aquellas que, después de adoptar la decisión por una causa concreta, esta no se hace explícita y se justifica la decisión mediante argumentos más o menos laboriosamente elaborados» —como denunciaba en un triple voto particular un Magistrado de la Sala 3.ª—)[4]. ¿De qué vale, entonces, la motivación si con esta se enmascaran nombramientos acordados en base a razones espurias? Pues bien, esta objeción es deudora de un concepto obsoleto de «motivación». Por partida doble, además.
   Primero, desde la primera mitad del siglo XX, y por influjo de la epistemología en general, se ha instalado una concepción teórica de la «motivación» en la que, tanto la sinceridad como la hipocresía, no tienen incidencia ninguna. No importa lo *pensado*, sino lo *expresado*. En oportunísimas palabras: «Lo único que cuenta para el Derecho es el texto escrito en negro sobre blanco, no el proceso psicológico que desarrolla en su íntima convicción el titular del órgano administrativo[5]».
   Segundo, porque no importan las *razones* del órgano decisor por ser *suyas*, sino en tanto justifican por qué es esa decisión (y no otra) la que *debía* tomarse. No vale cualquier razón (por asumible que en principio parezca) si hay razones mejores (que avalan otra decisión). Prescindir de ellas (e incluso abstenerse de preguntar si las hay) supone un comportamiento *arbitrario*.
2. A este respecto, poco (o nada) suele advertirse que en las constituciones modernas comparece la obligatoriedad de motivar (las sentencias, por ejemplo) en dos contextos diferentes[6]: como *garantía* de tutela de los individuos ante el poder estatal (como acontece en el art. 24.1 CE respecto de las manifestaciones de ese poder a través de la jurisdicción); y como exigencia de *controlabilidad* sobre el «poder judicial» mismo ejercida por el pueblo en cuyo nombre se ejerce ese poder (como en el art. 120.3 CE: «Todas las sentencias

4 Con interesante comentario de Fernández, G., 2022, pp. 19-22.

5 Blanquer, D., 2023, p. 470.

6 Idea en la que he reparado leyendo —él la refiere a la Constitución italiana— a Lorusso, S., 2018, pp. 1-2.

serán motivadas»)[7], posibilitando de este modo a la ciudadanía «juzgar al juez que juzga»[8].

Algo similar podría afirmarse de la motivación de los nombramientos discrecionales. Por un lado, la motivación garantiza, a las personas directamente concernidas, la «igualdad» de tratamiento conforme a los criterios de capacidad y mérito —art. 23.2 CE—; por el otro, permite a la ciudadanía verificar que en el nombramiento la Administración ha procedido sin incurrir en «arbitrariedad» —art. 9.3 CE—, es decir eligiendo al más adecuado de los postulantes.

De lo cual se infiere que los poderes públicos (tanto Jueces como Administración) no pueden tomar sus decisiones conforme a reglas de conocimiento o valoraciones *personales* (haciendo un uso *autocrático* de su función) sino de conformidad con una *epistemología pública* (la que demanda una sociedad *democrática*), la única que permite acreditar la imprescindible legitimidad de ejercicio que exige a la instituciones dar razón de sus actos, justificándolo ante los ciudadanos mediante razones socialmente convincentes de que la decisión adoptada es la debida. En definitiva, «motivar» implica, antes que la exteriorización de unas razones, la adecuación de estas a un saber socialmente compartido o compartible[9].

3. Ahora bien, si asumimos que el cometido de la «motivación» radica en justificar la *corrección* de una determinada *actividad* (p. ej. una valoración de pruebas), entonces la «motivación» habrá de configurarse en función del perfil que tiene la actividad concernida. De modo que no cabe teorizar sobre la motivación de una actividad (p. ej. una valoración fáctica) sin antes haber analizado en qué consiste aquella actividad cuya corrección toca justificar.

Pero de golpe caemos en la cuenta de que hay sectores cuya actividad no está regulada, como ocurre con el sistema de la «libre valoración» de las pruebas. Y si el rasgo definitorio de la *libre valoración* es que se trata de una actividad en la que no existe un patrón normativo al que aquélla ha de ajustarse, entonces no habría manera de calificar como correcto o incorrecto el ejercicio de dicha actividad. En consecuencia, entrañaría un flagrante contrasentido obligar —mediante la motivación— a justificar una «corrección» que no se sabe en qué consiste o, incluso, que acaso ni existe.

Situación que aparece calcada en las determinantes zonas —las de *discrecionalidad*— que caracterizan al nombramiento de altos cargos judiciales. Pues no habiendo «reglas» que prescriben cómo debe procederse para

---

7 Característica generalizada en las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial (*cfr.* Taruffo, M., 1975; pp. 370-413, 435-438).

8 Iacoviello, F. M., 2013, p. 298.

9 Iacoviello, F. M., 2013, p. 302.

ISBN: 978-84-7777-740-3

elegir a los candidatos que serán nombrados, ¿conforme a qué parámetros de referencia obligada se podrá acreditar la corrección de la decisión adoptada?

Así las cosas, la obligatoriedad de motivar tanto la valoración de las pruebas como los nombramientos discrecionales deviene irremediablemente ininteligible.

A no ser que reduzcamos la obligatoriedad de la «motivación» a la necesidad de aportar *razones* (no disparatadas) en favor de la decisión adoptada. Ello suele proclamarse hasta la saciedad. Aunque —bien mirado— tal requisito no es óbice para optar por una decisión distinta, siempre que esta cuente con *razones* (otras, no irracionales) que también le sean favorables.

III. LA LIBRE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS: UN ESPEJO PARA MIRARSE

En ese sentido, ante un cuadro probatorio exclusivamente indiciario, quien opte por una valoración individualizada de los indicios se decidirá por la absolución, en razón de que si un indicio es un medio de prueba insuficiente, un indicio sumado a otros cinco indicios formarán media docena de insuficiencias; en tanto que quien los valore conjuntamente razonará que la combinación de seis indicios inconcluyentes pueden formar una prueba concluyente (*quod unum non probat, simul unita probant*); o, también, mientras unos proponen la condena del acusado en razón del peso de las pruebas de cargo que existen contra ese, otros argumentarán (a la contra) que también han de sopesarse las pruebas de descargo obrantes. O sea, que una consideración *individualizada* de los indicios pueden servir de fundamento para una absolución, en tanto que con una valoración *en conjunto* de aquellos puede justificarse una condena; o, también, un razonamiento *verificacionista* (exclusivizando los elementos de prueba que confirman la hipótesis acusatoria) puede contar como apoyo para una condena y, justo lo contrario, es posible conseguir con un razonamiento *falsacionista* (que pone de relieve los elementos de prueba que refutan la hipótesis de la acusación).

Por lo que con los mimos elementos de prueba cabe justificar resultados diferentes. Todo depende del *método* usado. El método condiciona el *resultado*. Variando el método, varía el resultado[10]. En consecuencia ¿cómo se justifica con razones socialmente compartidas la preferencia por un resultado en lugar de por otro? No basta presentar la decisión como un *producto* al que de facto se ha llegado (no importando el método seguido, siempre que haya alguno); debe ser presentada como el *resultado* lógico del método que es preceptivo seguir.

10 Iacoviello, F. M., 2013, p. 309.

Pero, ¿existe tal *método*? ¿Qué tiene entonces de *libre* la «libre valoración de las pruebas»?[11].

1. El sistema de la «libre valoración» de las pruebas surge históricamente como reacción contra el sistema de la «prueba legalmente tasada» (con el que el legislador fijaba un determinado valor probatorio para cada tipo de prueba) transfiriendo al juzgador la competencia para apreciar el valor que los medios de prueba merecen. Aquí empiezan y aquí acaban las implicaciones del adjetivo «libre».

   Pero no confundamos «prueba legal» con «método legal de valoración» (*método* que en la ley se delinea como conjunto de operaciones a observar en la valoración de las pruebas): prescribiendo *reglas de uso* del material probatorio (p. ej. de los indicios), imponiendo *reglas para decidir* (p. ej. asignando a quién corresponde la carga de prueba o fijando los estándares de prueba exigidos), estableciendo *procedimientos de decisión* (p. ej. concatenación de operaciones lógicas en la deliberación de las sentencias, la valoración individual y la conjunta, los resultados del contradictorio, etc.). Rayaría en una supina incoherencia que el ordenamiento procesal, tras empeñarse en regular con abundante y puntillosa normativa las fases de *admisión* y *producción* de pruebas, se desentendiera luego de la decisiva fase de *valoración* (en la que puede echarse a perder todo lo que trabajosamente se ha conseguido en las fases anteriores)[12].

   La finalidad del «método» en la valoración de las pruebas consiste en elaborar un procedimiento estandarizado de operaciones que apliquen normas lógicas en la reconstrucción de los hechos. Estamos, pues, en otra onda (más radical y profunda) que las tantas veces proclamadas «reglas de la sana crítica», como sin con su respeto bastara para asegurar la racionalidad en la valoración de la prueba. La prohibición de usar materiales traicioneros (o sea: argumentos contrarios a la lógica o a los conocimientos científicos o a las máximas de experiencia) en nada condiciona (ni enseña) cuál haya de ser la *estructura lógica* de un recorrido que acaba en una decisión racional.
2. Una escueta semblanza del método a seguir en la fijación de los hechos comenzaría mostrando su afinidad con el método científico-experimental (Bacon, Newton, Galileo), el cual inicia con la distinción entre «hipótesis» (que ofrece una explicación de los datos conoci-

11 Cuestión de la que me he ocupado más detenidamente en Igartua, J., 2020.

12 Todo esto, con la indicación de sus fuentes correspondientes, lo expuse con más detalle en Igartua, J., 2021; pp. 21-31.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dos organizándola en varias sub-hipótesis) y «pruebas» (con las que se intentará corroborar la hipótesis), tareas ambas que ocupan la fase de la investigación.

En la fase del juicio se somete a control la hipótesis mediante un procedimiento dialéctico de *verificación* (corroboración) y *falsación* (refutación) que se efectúa a través de pruebas y contra-pruebas. *Pruebas* y *contra-pruebas* que serán valoradas *una por una* (identificando qué información aporta, cómo se valora y qué resultado se obtiene con ella). Las pruebas y contra-pruebas que superan ese primer filtro, deberán integrarse después en una valoración *conjunta* de todas ellas (en la cual es la hipótesis y sus sub-hipótesis las que organizan el entramado conjunto —a semejanza de un crucigrama[13]— con los resultados obtenidos en la valoración individualizada). Una vez efectuada la valoración conjunta de las pruebas, deberá establecerse qué *probabilidad lógica* confieren estas a la hipótesis. Probabilidad que a continuación deberá compararse con el estándar de prueba exigido (que en lo contencioso suele ser el de la «probabilidad prevalente»; lo que obliga a preferir la hipótesis más probable comparada con otras hipótesis alternativas (si las hay). Y de ese modo se concluirá si la hipótesis en juego ha resultado probada o no-probada.

3. Si el juez no puede elegir el *método* de valoración que quiere, por una parte, y si, por la otra, a la motivación toca garantizar que las pruebas han sido valoradas correctamente, de ahí se sigue que el juez tampoco podrá *motivar* como le parece, sino ajustándose a la secuencia coordinada de operaciones que ha constituido el método de valoración para así acreditar su correcta ejecución[14]. De ahí se infiere que, en justa correspondencia, también la *motivación* habrá de someterse a un *método* (prefigurado por el método que ha guiado la valoración); método de motivación del cual, sin embargo, nadie dice nada (acaso no hay conciencia ni de que existe) cuando se identifican los vicios que deben ser controlados por los tribunales que revisan las motivaciones recurridas[15] (Bargi, 2013).

---

13 La homología entre la «valoración conjunta» y el «crucigrama» ha sido sugerentemente argumentada por la epistemóloga angloamericana Haack, S., 2015, pp. 19-21.

14 La «estructura» de la motivación, la gran olvidada entre nosotros (*cfr.* Igartua, J., 2025; pp. 202-213).

15 Y esto no solo ocurre en Italia —como denuncia Bargi, 2013— sino, más acusadamente todavía, entre nosotros.

IV. ¿TAMBIÉN UN «MÉTODO» PARA LOS NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES?

No es baladí reservar un espacio para explicar la mecánica que por lo general pone en marcha nuestro CGPJ en sus nombramientos discrecionales. El procedimiento consta de dos fases. En la primera, una Comisión de Calificación del propio Consejo efectúa una criba entre los candidatos presentados, elaborando un Informe en el que se hace constar la lista (meramente descriptiva) de los méritos que atesora cada uno de los candidatos que han superado esa primera selección (nada se dice de quienes no la han superado). En la segunda fase, corresponde al Pleno del Consejo elegir a uno, de entre los candidatos seleccionados, confeccionando a tal efecto un Acuerdo en el que —por regla general— se enfatizan los méritos únicamente del candidato elegido e indicando cuál es el singular mérito que ha determinado su elección (pasando por alto los méritos de sus competidores). Así las cosas, si quien recurre no ha superado la primera fase, protestará porque por ningún lado aparece la valoración de sus méritos y las razones de su exclusión; y si quien recurre ha sucumbido ya en la segunda fase, se quejará porque se ha omitido la comparación de sus méritos con los méritos del candidato nombrado.

Ha de subrayarse que en la práctica habitual del CGPJ (y que la Sala 3.ª acostumbra a convalidar): a) no hay atisbo de método por ningún lado: se excluye la «valoración individualizada» alegando su intrínseca asociación con las actividades regladas (contraindicada, por tanto, para la discrecionalidad); b) se reconoce, sí, la pertinencia de la «valoración conjunta», en cuanto consustancial al núcleo de la discrecionalidad, pero no hay rastro de cómo debe hacerse aquella (que, de cualquier modo, no se satisface —como suele ser el caso— mediante una mera relación de los méritos alegados en las solicitudes); c) se proscribe la valoración comparativa entre los candidatos participantes pues ello —se afirma— es propio de la evaluación en un concurso de méritos plenamente reglado (lo contrario de «discrecional»); d) los criterios de «mérito y capacidad» sirven meramente para acreditar la idoneidad de los aspirantes (situándolos en plano de igualdad a los acreditados), pero no para determinar la preferencia por uno entre los considerados cualificados; e) la selección del candidato elegido, entre estos, se efectúa ponderando el elemento —entre la amplia variedad que se exhiben en los *curricula*— que el CGPJ determine (o sea, con independencia de cuáles sean los otros posibles elementos alternativos) ; lo cual puede (y suele) prestarse a algún recurso en razón de que el elemento determinante es manifiestamente inadecuado (bien considerado en sí mismo o bien a la vista de otros de indiscutible mayor pertinencia).

Y las cuestiones que mayoritariamente se invocan en los recursos por *falta de motivación* se refieren a este último apartado (es decir: protestando porque no se ha explicado la elección del elemento equis como el *de-*

ISBN: 978-84-7777-740-3

cisivo para el nombramiento, habiendo otro(s) de un evidente peso superior). Queja que casi nunca acaba prosperando en la vía contenciosa (pese al fundamento que no pocas veces tienen). Hay excepciones (no estaría de más fijarse en cuáles son e intentar explicar por qué); las cuales propulsan y magnifican entonces la *vexata quaestio* de la motivación en los nombramientos discrecionales, como si a ese particular y último lance (el *desempate* entre candidatos tenidos por excelentes) se redujera el problema de la motivación. Problema falso, además, en tanto se deje en suspenso dar a conocer cómo se ha procedido en el complejo recorrido racional que autoriza a tener por «opciones igualmente válidas» varias candidaturas, condición para legitimar el uso de tan salomónica y zanjante solución. Precisamente, a esa oscuridad y silencio nos tiene acostumbrados el CGPJ. Y, curiosamente, con el consentimiento de los unos y de sus contrarios.

1. Si la «discrecionalidad» no es *arbitrariedad* —según es costumbre subrayar—, la motivación obligatoria, como garante de la racionalidad de una decisión discrecional, implica que el ejercicio mismo de la discrecionalidad ha de ser racional; que la racionalidad de una decisión discrecional no es algo que le sobreviene *ex post* a cargo de una motivación más o menos exitosa dando razones a favor de la *conclusión* alcanzada (no se sabe cómo), sino una racionalidad inherente a la *actividad* discrecional misma, la cual ha de seguir un *método* racional (y del que no se habla, porque aquí también suele presuponerse —falsamente— que la discrecionalidad entraña por definición la imprecisión). En un nombramiento discrecional, a semejanza de la valoración libre, no está prefijado el *peso* o el valor de cada mérito —es verdad—, pero sí es preceptivo un *método* a seguir en el procedimiento valorativo.
2. Seguramente, el *método* no aparece diseñado de forma explícita y detallada, pero —al menos en España— no faltan pistas (legales, reglamentarias y en las convocatorias mismas) para orientarnos en cómo reconstruirlo. No en vano la normativa existente suele distinguir cuáles son los méritos que han de contar para cubrir las plazas reservadas a los candidatos procedentes de la Carrera Judicial y cuáles los méritos para ocupar las plazas destinadas a abogados y juristas de reconocida competencia; la normativa específica también qué tipo de méritos contarán para ocupar plazas solo de carácter jurisdiccional o solo de carácter gubernativo o de carácter mixto (jurisdiccional y gubernativo). Y, a menudo, en las bases de las convocatorias se estipulan, además, alguna jerarquía entre los méritos, agrupándolos en tres clases escalonadas: méritos preferentes, méritos que en todo caso deberán ponderarse y méritos complementarios.
3. Visto lo cual, se me ocurre sugerir que, así como en la valoración de las pruebas, los dos polos de referencia eran la *hipótesis* (con

> sus correspondientes sub-hipótesis, unas más centrales que otras) y las *pruebas* para probarla, también el procedimiento lógico para la cobertura de un cargo determinado debiera iniciarse tomando en cuenta los rasgos funcionales del cargo (unos más sustanciales que otros) y de conformidad con ellos elaborar el *perfil* del candidato adecuado (o sea, el «perfil» equivale aquí a la «hipótesis» en el terreno de la valoración de las pruebas).

Entraría en escena, después, la valoración (como antes de las pruebas) ahora de los *méritos* que los candidatos han consignado en sus respectivas solicitudes. Valoración *individualizada* de cada mérito, primero, la cual comprende dos cosas: examinar la *veracidad* del mérito alegado (p. ej. si efectivamente el candidato fue juez durante diez años en un juzgado de primera instancia) y, después, determinar qué *cosa* acredita y en qué *grado* la acredita la susodicha década jurisdiccional en un juzgado de primera instancia. Y así con todos los méritos.

Valoración conjunta, seguidamente, con la vista puesta en el *perfil* (o modelo de candidato) que demanda el cargo a ocupar, tomando el perfil como guion para conjuntar, a modo de un puzzle, los individualizados elementos obrantes en cada currículum, y comprobar si con ellos se puede componer o no una figura coincidente o próxima a la de la muestra. Y así con los *currícula* de todos los candidatos.

Tarea que concluirá diversamente según sea, abundante o simplemente módico, el bagaje de méritos que presente cada solicitante. Lo cual obligará a una inevitable *comparación* entre lo conseguido por todos y cada uno de los peticionarios.

Obsérvese bien que aquí, a diferencia del *estándar probatorio* de la probabilidad prevalente que consiste en elegir una de las hipótesis en liza (la más probable), aquí —digo— como solo opera un perfil de referencia, no habrá lugar a optar «por la mejor de las hipótesis» sino a preferir al candidato cuya estampa curricular «mejor refleje el perfil» estipulado para el venidero titular de la plaza.

Del correcto seguimiento de este método racional corresponderá a la motivación, obviamente, dar debida cuenta.

V. ¿Y EL REGLAMENTO 1/2025? *LASCIATE OGNI SPERANZA*

Debo aclarar que el estado de cosas descrito y cuestionado en estas páginas es anterior a la entrada en vigor del *Reglamento 1/2025* sobre nombramientos discrecionales en órganos judiciales, el cual introduce novedades respecto del precedente Reglamento 1/2010. No obstante, en lo atinente al circunscrito tema que me ha ocupado (el del ensamblaje de la

ISBN: 978-84-7777-740-3

«motivación» con la «discrecionalidad»), seguimos sustancialmente en las mismas, empezando por la asociación del «margen de discrecionalidad» con el «supuesto en que los méritos ponderados desembocan en opciones igualmente válidas en Derecho» (…)[16].

Me interesa recalcar solo que persisten en el nuevo Reglamento las nucleares carencias antes advertidas (esto es: permanece en la oscuridad cómo se efectúa una valoración discrecional y, en consecuencia, tampoco hay modo de saber cómo ha de justificarse en la motivación la correcta ejecución de aquella), tanto en las *propuestas* de nombramiento elevadas al plenario por la Comisión de Calificación del CGPJ como en los *acuerdos* de nombramiento adoptados por el Pleno.

1. En lo que respecta a la *propuesta* de la Comisión, el art. 24.3 del Reglamento establece que esta «deberá ser motivada mediante *valoración en conjunto* de los méritos, capacidades y circunstancias de cada aspirante». Es palmaria, de entrada, la total ausencia de la «valoración individualizada»[17]. No se define, tampoco, cómo se lleva a cabo la «valoración en conjunto»; de esta se dice simplemente que contendrá «la descripción de los méritos considerados adecuados», la «descripción de los materiales empleados como fuentes» para el conocimiento de los méritos, y el «resumen de los trámites cumplidos».

   La propuesta de la Comisión incluye, sí, la «*justificación de la propuesta*, con la indicación de las condiciones apreciadas en sus integrantes», pero deja en la más absoluta oscuridad en qué ha de consistir aquella. Solo se apunta que su objetivo será que «fundamenten la superior idoneidad (de los propuestos) para desempeñar la plaza convocada respecto a los demás no incluidos en ella».

   La inclusión de cada candidatura en la propuesta justificada «deberá estar motivada de forma *individualizada*» (art. 30).

   En coherencia con todo ello, se evita aún más la *comparación* entre los méritos de los candidatos idóneos, en tanto que —«salvo que concurran méritos o circunstancias que justifiquen (un) orden de pre-

---

16 Lo que me produce cierta perplejidad en lo referido al trámite de la elaboración de las propuestas de la Comisión de Calificación que, como bien se sabe, no consideran a todos los candidatos como «opciones igualmente válidas en Derecho» (acaso sí a los que terminarán siendo propuestos al Pleno, pero no de inicio a todos los solicitantes). Me surge la duda, entonces, de si el «margen de discrecionalidad» es también de aplicación para la selección que ha de realizar la citada Comisión. O, en este ámbito ¿funciona una «discrecionalidad» de tipo específico —el «margen de discrecionalidad técnica» (mencionada en el apartado *I*)—? En todo caso, de su operatividad nada se explicita en el Reglamento.

17 Aunque no entiendo, en consecuencia, para qué (en el art. 15 Bases) se dispone que: «Las bases señalarán pormenorizadamente la ponderación de cada uno de los méritos en la valoración global del candidato».

ferencia»—, «la propuesta de la Comisión de Calificación se redactará por *orden alfabético*».

Desde luego, así —me parece— se facilita que el Pleno pueda partir del presupuesto de que los candidatos propuestos sean considerados como «opciones igualmente válidas».

2. En cuanto al procedimiento ante Pleno (el cual podrá incluir en la lista de candidatos propuestos por la Comisión a otras personas peticionarias), una vez decidido el nombramiento tras la votación entre candidaturas, «se dejará constancia de la *motivación* del acuerdo, con expresión de las circunstancias de mérito y capacidad que justifican la elección de una de las personas aspirantes con preferencia sobre las demás. La motivación podrá hacerse por remisión, en lo coincidente, a la motivación de la propuesta de la Comisión de Calificación» (art. 26).

La «motivación» —reducida a la «expresión de las circunstancias de mérito y capacidad que justifica la elección de una de las personas aspirantes con preferencia sobre las demás»— en nada modifica la teoría y la práctica a la que nos han habituado el CGPJ y la Sala 3.ª del TS (descrita páginas antes). Se reproduce la semblanza curricular del candidato nombrado que ha elaborado la Comisión de Calificación, bastando luego con subrayar alguna circunstancia (de mérito o capacidad) que lo distinga del resto de los competidores. Y ya está.

No importará que, en cambio, los competidores hayan acreditado otros méritos de los cuales carece el candidato nombrado.

Ahora bien, elegir un mérito (legítimo, por supuesto), frente a otros méritos (legítimos, también,), sin aportar razones que justifiquen (de manera convincente ante la opinión pública[18]) por qué el mérito elegido ha de ser el *preferido* sobre a los otros, implica no saber en qué consiste la *motivación* ni qué diferencia a la *discrecionalidad* de la arbitrariedad.

18 Sin olvidar, claro está, la atinadísima observación (Blanquer, 2023, p. 243) de que, «en una sociedad abierta al pluralismo y la discrepancia», «personas razonables pueden diferir y tener distintas opiniones igualmente subjetivas». Lo cual no excluye —insisto— que la pluralidad de opiniones *igualmente* razonables será el *resultado* al que quizás se llegue tras haber identificado y confrontado entre sí, valorándolas razonadamente, las alternativas posibles opciones en liza. Y eso no hace el CGPJ, porque tal operación presupone *comparar* el respectivo juego que dan los distintos elementos que deben ser considerados. Y es proverbial, en la teoría y práctica del CGPJ, el sistemático (y sintomático) rechazo de la *comparación*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARGI, F. (2013). «La "giustezza del metodo" come criterio del controllo di legittimità del vizio di motivazione», *Archivio penale*, n.º 3.

BLANQUER CRIADO, D. (2023). *La justificación del acto administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022). «El control judicial de la Administración ante algunos supuestos problemáticos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 219.

FERRER BELTRÁN, J. (20121). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

HAACK, S. (2015). *Legalizzare l'epistemologia* (trad.), EGEA, S.p.A, Milano.

IACOVIELLO, F. M. (2013). *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2020). «¿Qué tiene de *libre* la "libre valoración" (de las pruebas)?», *Diario La Ley*, n.º 9735.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2021). *Indicios, duda razonable, prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2024). «Una endeble cultura teórico-jurídica en la jurisprudencia sobre la "motivación" de los nombramientos discrecionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 128-I.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2025). «La invocación de la "presunción de inocencia" en menoscabo de la motivación (fáctica) en las sentencias absolutorias», en R. BELTRÁN CALFURRAPA (ed.), *El deber de motivación en el contexto del error judicial,* Tirant lo Blanch, Valencia.

LORUSSO, S. (2018). «Il diritto alla motivazione», *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 11.

TARUFFO, M. (1975). *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La «modernización» (pendiente) de las administraciones territoriales

Rafael Jiménez Asensio

Profesor universitario, consultor y ensayista

«Todo sistema sobre el que no se interviene se degrada»
(Michel Crozier)

Resumen. Este artículo analiza, por un lado, los problemas de inadaptación que en las últimas décadas han tenido las administraciones territoriales en el Estado autonómico, donde han fracasado reiteradamente los procesos de reforma, modernización y transformación de su sector público. Por otro, este artículo se detiene en el análisis de algunos ensayos que, desde el ámbito de los gobiernos y administraciones de las entidades territoriales (comunidades autónomas) se han llevado a cabo en estas últimas décadas, con resultados hasta ahora muy pobres. La tesis que se sostiene es que las administraciones públicas españolas desde la reforma tecnocrática del franquismo, y salvo sus adaptaciones estructurales propias del Estado autonómico y de la digitalización, no han sufrido cambios cualitativos desde entonces. Se defiende aquí la necesidad de impulsar procesos de transformación integrales del sector público que adapten a las necesidades actuales del sector público y se asienten en un modelo de Gobernanza robusta y de carácter holístico que preste atención especial a los problemas estructurales (organización), a los procesos (procedimientos y tecnologías de la información) y a la gestión de personas (función pública). Única vía sólida de implantar procesos de transformación del sector público sostenidos en el tiempo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. I. Contexto y alumbramiento de las administraciones territoriales tras la Constitución de 1978.—II. Reforma, modernización y transformación de las administraciones territoriales: 1. Reforma administrativa, modernización y transformación de las administraciones territoriales. 2. La reforma tecnocrático-administrativa y su impacto diferido sobre las administraciones territoriales (1950-1979). 3. La modernización administrativa. Reflejo sobre las administraciones autonómicas (1980-1999). 4. La (lenta y, tal vez, compleja) transformación de las administraciones territoriales: ¿Hacia un modelo de Gobernanza Pública? (2000-2025).—III. A modo de conclusión.

I. CONTEXTO Y ALUMBRAMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978

En estos últimos casi cincuenta años que transitan desde 1978 hasta nuestros días, España se ha modernizado en sus instituciones políticas, en la sociedad, en la economía y, sin duda, se ha mejorado ostensible y cualitativamente el bienestar de sus ciudadanos con el desarrollo del Estado social, aunque algunos de estos pilares hoy en día se tambaleen. Sin embargo, su Administración Pública sigue siendo cautiva de lo que magistralmente trató en su día Alexis de Tocqueville. La Revolución francesa de 1789, como escribió este autor, «fue menos innovadora de lo que supone generalmente». En nuestro caso, la reforma política, que se consolidó con la aprobación de la Constitución de 1978, también mantuvo los cimientos y parte de la estructura de una Administración Pública heredada durante casi dos siglos de andadura. Esa Administración de finales de la década de los setenta traía consigo innumerables patologías acumuladas y, por ser entonces más reciente, con huellas más que evidentes de una Administración franquista reformada tras el abandono gradual de la etapa autárquica que se produjo durante el período 1956-1964, que es cuando —como veremos— la reforma administrativa tecnocrática del franquismo toma cuerpo. En efecto, la Administración mostraba una vez más esa impronta de «masa granítica», a la que se refirió con acierto Napoleón. El tiempo pasa alrededor suyo, pero apenas se ve afectada por esos cambios. Bien lo describió asimismo Tocqueville: «La constitución administrativa ha permanecido siempre en pie en medio de las ruinas de las constituciones políticas (…) Si bien en cada revolución la Administración era decapitada, su cuerpo quedaba intacto y vivo[1]». Todo lo más se depuraban algunos de sus funcionarios más comprometidos con la etapa anterior. Mas las estructuras seguían incólumes.

En España tras la transición política y la aprobación de la Constitución de 1978, a diferencia de otros momentos históricos precedentes, ni siquiera se sometió a la Administración Pública a un proceso de depuración o de selección negativa, que fue atentamente estudiada por el profesor Alejandro

[1] A. de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la revolución,* Guadarrama, 1969.

Nieto[2]. No hubo en aquellos primeros años del régimen constitucional, en efecto, cirugía traumática. La opción política dominante en este punto bebía de las tesis de una reforma pactada, aunque acabara en una ruptura formal con el sistema político anterior. Se prescindió, como había sucedido en otros momentos de nuestra historia, por no llevar a cabo depuraciones masivas de empleados del régimen anterior. En este punto se hicieron oídos sordos de las tesis de Tocqueville, pues la «decapitación· del personal burocrático no fue tal. Se demolieron, eso sí, las estructuras más rancias del sistema autocrático anterior, pero las personas (militares, policías, jueces, funcionarios, etc.) siguieron prestando servicios al Estado Constitucional, por muy dudosos que en algunos casos fueran sus compromisos con la era democrática que se iniciaba. Por lo que se refiere al objeto se estas líneas, este proceso lo explicó con buenas fuentes y acertado criterio Luis Fernando Crespo Montes[3]. La impronta corporativa de la función pública española en la transición política y en los primeros años de andadura constitucional era muy importante, como reflejo de un corporativismo alimentado fervientemente por el propio franquismo, que se había servido, asimismo, de los cuerpos de élite como cantera de cuadros políticos del régimen franquista[4]. Ese rancio regreso al corporativismo franquista (con antecedentes primorriveristas e incluso del tardo sistema político de la Restauración) que se produjo en la transición y en los primeros años del régimen constitucional, tuvo que convivir con un regreso más profundo a las bases del caciquismo decimonónico español que se produjo en esas fechas a través de su reconversión un clientelismo partidista gubernamental. Con el paso del tiempo, tal clientelismo se fue intensificando tanto en la alta Administración como en el sector público instrumental. Y luego esa concepción patrimonial del poder se extendería asimismo a las administraciones territoriales. Volvía España a confrontar dos modelos, ninguno de ellos de factura democrático-liberal, como eran el clientelismo político de base caciquil y el corporativismo funcionarial. De esa amalgama surgen las estructuras político-burocráticas y judiciales que hay hoy día en España[5]. El

---

2 A. Nieto, «De la República a la Democracia. La Administración Pública del franquismo», *Revista Española de Derecho Administrativo* num. 11, p. 571. Ese proceso de depuraciones en la función pública lo tratamos también en: *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978),* MAP, 1989, pp. 339-358.

3 Ver, por ejemplo, su obra: *La función pública española 1976-1986: de la transición al cambio*, INAP, 2001.

4 Sobre el estudio de este fenómeno se ha ocupó, por ejemplo, J. Álvarez Álvarez, *Burocracia y poder político en el régimen franquista*, INAP, 1984. También analizaron este tema diferentes estudios de Manuel Baena del Alcázar (por ejemplo, entre otros muchos: «Los ministros burócratas», *Información Comercial Española,* núm. 522, 1977) y de Miguel Beltrán Villalba (*La élite burocrática española,* Ariel/Fundación Juan March, 1977).

5 Sobre este tema, nuestro trabajo: *Instituciones rotas. Separación de poderes, clientelismo político y partidos en España,* Estudio Sector Público, Zaragoza, 2023. Sobre este mismo tema, hemos vuelto en: *Falsos cimientos: la fragilidad de las instituciones en España*, Tirant lo Blanch, Ágora, 2026.

ISBN: 978-84-7777-740-3

ansiado estado liberal democrático, una construcción siempre dejada a medias en este país, tampoco ha arraigado definitivamente en estas últimas cinco décadas. Y la Administración Pública tenía que sufrir necesariamente esas carencias.

El gran vuelco del sistema administrativo español consistió, sin duda, en la apertura tras la Constitución de 1978 y la aprobación de los primeros estatutos de autonomía de un proceso de descentralización político-administrativa desconocido hasta entonces en este país[6]. Tras los seculares fracasos de descentralización político-administrativa de la I República, que dio pie al movimiento cantonal (1873), así como de la segunda República (1931-1939), que solo conoció el tortuoso desarrollo del Estatuto de Autonomía catalán (1932) y la incipiente aprobación y/o plebiscito —ya en plena guerra civil— de los estatutos vasco y gallego (1936), parecía que a la tercera iba la vencida. El proceso de descentralización política en España, inaugurado antes incluso de la aprobación de la Constitución (entes preautonómicos), y su reflejo abierto en la Constitución de 1978 y en los primeros estatutos de autonomía, parecían advertir un cambio cualitativo frente a lo que hasta entonces había sido un país férreamente centralizado (al menos, en su dimensión formal). Ahí sí, con ese proceso descentralizador en ciernes, parecía incubarse una suerte de revolución administrativa, que finalmente —en sus aspectos materiales— no fue tal. Sí que se descentralizó profundamente el ejercicio del poder político, de eso no cabe duda; mas cabe preguntarse hasta qué punto este proceso supuso en verdad alguna alteración sustancial del modo y manera de comportarse el sistema administrativo y su burocracia en España. Es cierto que el cambio de fisonomía de la Administración Pública sería radical frente a lo hasta entonces conocido, pues se inició un gradual proceso de traspasos de servicios de la centralizada Administración central a los niveles territoriales de Gobierno que se fueron constituyendo. Pero, frente a tanta aparente mutación, la *masa granítica administrativo-burocrática* siguió una vez más incólume, eso sí cuarteada en compartimentos estanco bajo la batuta de estructuras gubernamentales territoriales.

En ese contexto emerge, así, un desdibujado aún Estado autonómico, sin perfiles nada claros en la propia Constitución de 1978, que se configuró en este punto con un buen número de compromisos dilatorios y con una factura desmesuradamente abierta, hasta el punto de que se puede incluso llegar a afirmar que no hay, en sentido estricto del término, y a pesar de los reiterados intentos del Tribunal Constitucional de ofrecer un mínimo de coherencia institucional al sistema autonómico, un modelo acabado o

6 Sobre este proceso y también sobre la emergencia de las Administraciones autonómicas, por todos, la monumental obra de S. Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas,* I y II, Iustel, 2007.

cerrado de Constitución territorial[7]. La prueba evidente de ello es que el modelo territorial de Constitución se sigue improvisando en su concreción puntual. Hoy en día (casi 50 años después de la entrada en vigor de la CE) en función, por ejemplo, de las contingencias políticas de cada momento.

Tras décadas de férreo y autoritario centralismo, la solución autonómica, retomada de una también desdibujada Constitución de la Segunda República española (un modelo nada ejemplar en su configuración técnico-constitucional), se advirtió como remedio taumatúrgico a todos los males del país. En primer lugar, se trataba de devolver el autogobierno a las regiones o territorios que lo habían ostentado antaño (aunque fuera cualitativamente diferente) o que habían plebiscitado sus estatutos de autonomía, fueran estos territorios entidades forales (disposición adicional primera de la CE) o regiones «históricas» (disposición transitoria segunda CE). Luego, según es conocido, se fue abriendo el melón autonómico al resto de comunidades autónomas que se constituyeron haciendo uso del principio dispositivo establecido en la Constitución. No interesa ahora detenerse más en este proceso.

Pero de tal proceso de descentralización político-administrativa surgieron, como es obvio, no solo poderes ejecutivos autonómicos, sino, por lo que ahora interesa, administraciones públicas de nuevo cuño, que aparentemente nacían de la nada, aunque en verdad, si somos honestos en el juicio, heredaron, vía traspaso de servicios, las endebles estructuras burocráticas de la Administración periférica del Estado que se replegaba en el territorio en función de la distinta asunción de competencias y de las transferencias que en su día tuvieron lugar. Por no hablar de la herencia más intangible de una cultura administrativa y unos comportamientos burocráticos asentados firmemente durante los dos últimos siglos, y de forma más particular en los más de treinta y cinco años de dictadura franquista (a los que habrían de añadirse los casi siete años de la dictadura primorriverista). Casi cuarenta y cinco años, por tanto, de impronta corporativo-funcionarial no podían dejar indiferente a unos aparatos administrativos que estaban prefigurados con esos materiales añejos.

Las emergentes entonces administraciones territoriales no nacían de la nada. Tenían hipotecas evidentes. Y un legado que, a veces, actuaba como un pesado fardo. Tampoco podían alumbrar nada nuevo, pues la masa crítica territorial era muy endeble, y el conocimiento de la alta burocracia se ubicaba entonces en la *meca del funcionariado,* en expresión de Giménez Abad[8], que no era otra entonces que la ciudad de Madrid. En efecto,

---

7 Sobre todos estos puntos, nuestras reflexiones en el capítulo denominado «Las disfunciones del estado autonómico», en *Falsos cimientos…*, cit., pp. 123-146.

8 M. Giménez Abad, «La transferencia de funcionarios a las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 28, pp. 101-138.

ISBN: 978-84-7777-740-3

si esto ya condicionaba el futuro de estas nuevas administraciones, también lo determinarían no solo las normas básicas del Estado sobre esas materias, sino sobre todo los tributos derivados —como se viene insistiendo— de un modelo administrativo-burocrático matriz, construido a lo largo de casi dos siglos, preñado de innegables patologías que condicionarían la construcción de esas pretendidamente inmaculadas administraciones autonómicas.

Como es harto sabido, tales estructuras burocrático-administrativas territoriales siguieron la estela del modelo estatal en una clara tendencia de isomorfismo institucional, así como con una evidente incapacidad de construir un modelo institucional y administrativo propio o singularizado del modelo matriz. Es cierto que edificar un modelo alternativo era, entonces, algo muy difícil por los condicionamientos expuestos, pero también porque apenas se intentó de modo efectivo. Tampoco se disponía en aquel momento, según se indicaba, de las capacidades institucionales y técnicas para alumbrar una Administración de nuevo cuño. Además, hay que ser conscientes de que la creación de cuadros directivos y técnicos competentes (también políticos) en esas administraciones de nueva planta no se podía hacer de un día para otro. Con esas obvias limitaciones, lo cómodo (y entonces quizás lo más pragmático) fue trasladar esquemas, estructuras, procedimientos, modos de hacer las cosas y pautas de una vieja Administración a otra pretendidamente nueva, que siguió, por tanto, adoptando las formas tradicionales y los comportamientos burocráticos asentados, sin apenas innovación alguna. Hubo cambios terminológicos puntuales (Consejerías por Ministerios, denominación de altos cargos y de las entidades del sector público algo diferenciadas, etc.); pero, por lo común, todo siguió igual, en esa tendencia a la continuidad administrativa que apenas se ve alterada por los profundos cambios políticos o las reformas de ese cariz, tal y como presagió sabiamente Alexis de Tocqueville.

Por consiguiente, el cambio político-institucional que comportó el alumbramiento del régimen constitucional de 1978 apenas modificó las estructuras y funciones, tampoco en este caso afectó al régimen jurídico y al estatuto del grueso de funcionarios y de jueces y magistrados, que procedían, por tanto, del sistema político anterior, fundamentado en otras bases ideológicas muy distantes al nuevo régimen democrático que la CE implantó a partir de 1978. Bien es cierto que, en un buen número de esos funcionarios, al menos en los últimos años del régimen franquista y en la transición política, estaban ya incubadas en algunos sectores de la función pública tendencias ideológicas que en absoluto casaban con el «antiguo régimen» (esto es, con la dictadura franquista). Pero justo era reconocer que también en ese colectivo funcionarial había quienes colaboraron activamente con el sistema anterior. Aun siendo esto importante, todavía lo era más la herencia administrativa recibida, que, por lo que ahora importa, fue clara y evidente.

La Administración del Estado reflejada en el artículo 103 CE, era, sin duda, una prolongación de un modelo burocrático-administrativo construido con escasos mimbres nuevos a imagen y semejanza del modelo francés, pero con unas singularidades derivadas del particular ecosistema político-administrativo español, gestado en el siglo XIX y principios del XX sobre bases oligárquicas y caciquiles que implicaban patrimonializar la Administración por el poder de turno. Ese modelo tradicional de Administración era, por lo común, ajeno a los comportamientos democrático-liberales y con una fuerte impronta ulterior, conforme el Estado de partidos se fue asentando en España, de un clientelismo político edulcorado con largas etapas de corporativismo (asentado este último durante las más de cuatro décadas de regímenes dictatoriales en la España del siglo XX). Ese es, en síntesis, el legado institucional recibido en 1978 y que, con pocas correcciones aún perdura en nuestros días[9].

Las administraciones autonómicas creadas en los primeros años del proceso de descentralización territorial que se inicia a partir de 1979 (con el tímido precedente de las preautonomías), se enfrentaban desde el punto de vista institucional no solo a las limitaciones expuestas, sino también a un gaseoso marco constitucional y de previsiones estatutarias. Efectivamente, las administraciones territoriales —como se ha dicho— estaban sujetas a una normativa básica que, en algunos casos, tardó mucho tiempo en concretarse (en unos casos más y en otros menos), con lo cual se fueron conformando transitoriamente en una suerte de vacío institucional o, cuando menos, en un marco cogido con hilos, que cubrieron como pudieron tomando como modelo el propio de la Administración del Estado y de su sector público, así como la legislación que regulaba su organización matriz y su sector público (mediante un isomorfismo institucional evidente); tal fue el caso de sus normas de procedimiento administrativo, contratación públicas, etc., y asimismo, sus reglas de personal. Ese marco normativo era entonces, obviamente, preconstitucional, en su mayor parte procedente del franquismo, y de tales disposiciones normativas inadaptadas a la nueva realidad institucional se habían de inferir, además, aquellas que pudieran tener naturaleza básica, tal como el Tribunal Constitucional se apresuró a declarar para taponar los consiguientes vacíos normativos temporales. La contradicción era evidente, pero el pragmatismo se imponía. Si bien, no se podían percibir entonces los costes diferidos de tal transición institucional y normativa.

---

9 Sobre ello me he ocupado en algunos ensayos publicados en los últimos años: *El legado de Galdós. Los mimbres de la política y su cuarto oscuro en España*, Catarata, 2023; en la monografía *Instituciones rotas. Separación de poderes, clientelismo político y partidos en España*, cit.; y en *Juan Valera. Liberalismo político en la España de los turrones,* Athenaica, 2024. Últimamente, aún pendiente de publicación cuando esto se escribe: *Clarín, republicano de las letras* (Ediciones Orígenes, Madrid, 2026).

ISBN: 978-84-7777-740-3

La adaptación de las normas de la función pública se hizo en 1984, pero fue solo parcial y a través de unas medidas. Las normas de procedimiento se adaptaron en 1992, a través de un marco legal entonces muy discutido por la doctrina. Y décadas después se aprobó la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Mientras que las reglas de organización administrativa no se tocaron en sus aspectos básicos salvo en una descafeinada Ley del proceso autonómico de 1983 y, finalmente, en 2015, a través de la Ley de régimen del sector público (Ley 40/2015), que ya nada (o apenas casi nada) podía intervenir al respecto ante una situación orgánico-estructural autonómica plenamente consolidada. En este último punto la normativa básica se contrajo, pues entendió que el marco organizativo estructural de la Administración estaba vinculado a las instituciones autonómicas propias, lo cual era cierto relativamente.

Con la brevedad que se requiere, hay que hacer asimismo una referencia telegráfica al otro nivel de administraciones territoriales, siempre olvidado en España: las administraciones locales. El reconocimiento constitucional de su autonomía, en una regulación de mínimos, configuró nuevos gobiernos locales, que también tenían pesadas herencias del modelo anterior (electorales, institucionales, competenciales y financieras). Su despegue se produjo con la elección democrática de lo que aún se denominan como «corporaciones». Pero también con la Ley reguladora de las bases de régimen local de 1985, reforma liderada por el profesor Luciano Parejo. Esa reforma fue un paso adelante, pero tras ese empuje inicial el papel de tales entidades se mostró insuficiente; pues el nivel local de gobierno terminó desapareciendo gradualmente de la agenda política a partir de entonces, y solo resurgió en momentos puntuales (1999, 2003 y 2013) para insertar en ese marco normativo reformas que, en algún caso, como la de 2013, desfiguraban su razón existencial. Hoy en día, el nivel local de Gobierno sobrevive a duras penas con un peso sobre el total del gasto público igual casi al existente en 1981, con un sistema competencial y de financiación manifiestamente mejorable, atrapado en un modelo bifronte y muy vicarial de cada sistema de gobierno autonómico (que han importado a su propio territorio la lógica centralizadora que tuvo en su día la Administración del Estado). Los gobiernos autonómicos habitualmente han ignorado o minusvalorado la realidad local, así como, salvo excepciones puntuales (y de carácter transitorio) no han sabido otorgar un protagonismo en la agenda política al mundo local. Este proceso se ha agravado en los últimos diez años. La última reforma de la Ley de bases de régimen local de 2023 (Libro II del Real Decreto-ley 6/20213), es un síntoma del declive de la presencia institucional de lo local, preñada por intereses autonómicos contingentes y espurios, así como por unas nuevas reglas de tono muy menor. Nos hallamos, así, con un marco normativo desvencijado, y con estructuras institucionales y organizativas, procesos y sistemas de gestión de personas con marcados tonos tradicionales e inadaptado al contexto actual. Algunos de estos niveles de

gobierno innovan lo que pueden, y lo hacen en algunos ámbitos, pero son ejemplos puntuales. Mas siendo cierto que tales ejemplos pueden servir de emulación, lo cierto es que en muchos casos esa innovación actúa como la «ardilla en su jaula», que con su esfuerzo hace girar el sistema, pero «que aporta energía sin poder cambiarlo»[10].

II. REFORMA, MODERNIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

1. Reforma administrativa, modernización y transformación de las administraciones territoriales

Este estudio se enuncia con la expresión «modernización» de las administraciones territoriales. En verdad, esa noción de *modernización* ya está quemada entre nosotros, sobre todo por su reiterado mal uso. Hemos modernizado tantas veces y logrado tan poco que el uso de tal concepto recuerda a aquella expresión en torno a la aplicación del *Management* en la Administración Pública, que no pocas veces se asemejaba a la «reinvención permanente del agua caliente».

Desde el punto de vista evolutivo, conviene diferenciar entre «reforma administrativa», «modernización administrativa» y «transformación de las administraciones públicas». Ciertamente, esas tres nociones son reconducibles a la idea de la necesaria adaptación de las estructuras, procesos y personas (también la tecnología) que son la premisa en el funcionamiento de las administraciones públicas y cuya adaptación exige adecuarlas a cada contexto histórico, económico y social determinado, evitando de ese modo su obsolescencia frente a los cambios (hoy tan intensos y rápidos) del contexto en el que aquella se mueve.

Dicho esto, con frecuencia se olvida que la Administración Pública es, en sí misma, una estructura tradicional y, además, muy rocosa; esto es, se trata de una organización muy compleja y, por lo común, con una enormemente resistencia al cambio. Ya hemos visto cómo, a pesar de los cambios políticos, incluso revolucionarios, consigue con más frecuencia de la deseable permanecer incólume en no pocos aspectos. No digamos nada si lo que se pretenden hacer son meras reformas o modificaciones normativas, en tales casos esos experimentos fracasan porque se enfrentan a esa realidad granítica a la que antes se hacía referencia.

Aunque sea remontarse en el tiempo, tal vez convenga recurrir a los *clásicos*, si por tales cabe entender (con no poca licencia) algunas contribuciones académicas o intelectuales expuestas hace más de 40 años. Y debe

[10] Michel Crozier, *No se cambia la sociedad por decreto*, INAP, 1984, p. 63.

ISBN: 978-84-7777-740-3

traerse a colación lo que, al respecto, expuso Crozier: «El sistema administrativo condiciona todas las posibilidades de cambio de la sociedad y es extremadamente difícil intervenir sin reformarlo; resulta a la vez insoportable y casi inaccesible. Empleamos nuestro tiempo en denunciar sus defectos, sin que esto haya producido jamás ningún efecto[11]». Efectivamente, desde tiempos inmemoriales seguimos detectando con particular empeño los innumerables males que aquejan a la Administración; pero, en verdad, se han logrado muy pocos cambios efectivos, aunque tal vez algunos más meramente cosméticos. Y eso mismo ha pasado con la reforma de las administraciones territoriales que, como se ha expuesto más arriba, han heredado el modelo matriz y, según se verá, han sido incapaces de impulsar procesos de reforma o modernización de sus estructuras, procesos y personas con los debidos resultados. Pero no adelantemos acontecimientos.

Reforma, modernización y transformación son, en esencia y como se decía, la misma cosa expresada con nociones distintas: esas expresiones nacen de la necesidad que tienen las organizaciones públicas de adaptarse a un contexto siempre cambiante. Pero sobre tales procesos de cambio en el sector público hay una innegable confusión. Tal como se verá, inicialmente, en la etapa de la reforma administrativa, esos procesos se configuraron como reformas normativas o legales, un aspecto que, si bien puede ser necesario en algunos casos, es a todas luces insuficiente. Luego se pretendieron trasladar los esquemas propios de la empresa privada a una Administración Pública que se consideraba poco ágil, enredada en una madeja de procedimientos y trámites, con una burocracia formal y poco efectiva, cargas muy pesadas sobre personas físicas y empresas, pero desconociendo los valores del servicio público y la idea central del actuar administrativo, su propio ADN, como es la atención a la ciudadanía. Y, en fin, ante tales cortapisas que ofrecía lo público se descubrió finalmente la piedra filosofal del Gobierno Abierto, eslogan muy manido, mas, por lo común, poco practicado. De ahí pasamos a la idea de transformación, que ahora parece que todo lo invade.

2. La reforma tecnocrático-administrativa y su impacto diferido sobre las administraciones territoriales (1950-1979)

La reforma administrativa es el primer estadio de esos procesos de cambio, inevitablemente necesarios y escasamente aplicados, del sector público. Aunque el uso de la expresión «reforma administrativa» hunde sus raíces en el siglo XIX (Nieto), el término se asentó y generalizó a partir del final de la Segunda Guerra Mundial hasta la década de los setenta del siglo pasado. Tanto Francia como el Reino Unido, en cada uno de estos países

[11] *Ibídem,* pp. 66-67.

con un alcance diferente, optaron por sistemas de reforma de sus estructuras burocrático-funcionariales. El foco se puso en el personal. Y su impronta fue, principalmente, según decíamos, legislativa; aunque también se crearon estructuras que han pervivido en el tiempo (Escuelas de Administración Pública, Dirección General de la Función Pública, etc.), también en el ámbito territorial en el que se han creado como clones del modelo matriz instituciones similares. Francia, a partir de 1946, fue quien adoptó inicialmente esa bandera, luego seguida por otros muchos países con sus singularidades específicas, como fue el caso del Reino Unido (Informe Fulton de 1966).

En España la reforma administrativa se llevó a cabo durante el período que transita, según se decía más arriba, desde los años 1956 hasta 1964. Y se conoció como una «reforma tecnocrática»; pues fue impulsada por académicos y altos funcionarios apoyados por el sector gubernamental de altos funcionarios encuadrados al menos en su cúpula dirigente en el Opus Dei. Ciertamente, tales tecnócratas, agrupados igualmente en torno a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Presidencia (inicialmente, Subsecretaría), liderada por Laureano López Rodó y, asimismo, alrededor de la Revista *Documentación Administrativa*, dieron un giro importante a la Administración Pública heredada, intentando romper el modelo autárquico y pretendiendo crear estructuras que hicieran posible el desarrollo económico del país puesto en marcha a partir del Plan de Estabilización de 1959. La pretensión del régimen dictatorial era, sin duda, abrir el sector público y hacerlo más competitivo, pero en verdad se trataba más bien de un cambio de decorado, pues nunca se persiguió alterar las bases políticas autocráticas del sistema. Por tanto, la reforma se centró solo en la Administración. Y en este punto fue, efectivamente, una reforma integral, aunque dejando fuera cualquier implicación que directa o indirectamente afectara al marco político-institucional. Se ha dicho que ese fue el acierto estratégico de su impulsor, López Rodó[12], pues consiguió enfrentarse de ese modo a una reforma holística —si bien reducida al plano legal y sin tocar la política— que tenía tres grandes frentes: estructuras organizativas (Ley de Régimen Jurídico y Ley de entidades estatales autónomas); procesos (Ley de procedimiento administrativo); y personas (Ley de Funcionarios Civiles del Estado). Aunque quedó fuera la Administración local, por aquel entonces sin fuerza efectiva, se puede hablar que esa reforma administrativa fue la más completa de las que, en cuanto a su objeto, habían tenido lugar en España hasta entonces. E incluso se puede afirmar que marcó el paso de posteriores reformas administrativas, que nunca han sido integrales: las que más se le aproximaron, sin llegar nunca a su plenitud, fueron la de 2005-2007 impulsada por Jordi Sevilla (Ley de conflicto de intereses, Ley de agencias, Ley de administración electrónica y EBEP)

12 L. F. Crespo Montes, «Nuevos apuntes sobre la reforma administrativa española de los años cincuenta», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* núm. 15, 1999, p. 55.

ISBN: 978-84-7777-740-3

y la de 2015, promovida por la vicepresidenta Sáenz de Santamaría, pero esta última dejó fuera la función pública y, además, siguió el patrón de la reforma tecnocrática de los años cincuenta, aunque adaptando el marco normativo aprobado en su día en la LOFAGE (1997). El mayor déficit de la reforma tecnocrática, sin duda, fue la ausencia de cualquier reforma político-gubernamental (impensable entonces en un marco político dictatorial), lo que significaba abandonar una necesaria adaptación de las instituciones políticas que se acompasara con las reformas administrativas en curso; pero el régimen político franquista vetó de raíz cualquier ensayo en esa dirección.

Como expuso Miguel Beltrán Villalba hace más de 40 años, sorprende que, mientras que la reforma administrativa estuvo muy «presente en la vida pública española prácticamente desde el comienzo de la transición» (esto es, entre los años 1977 y 1982), con el paso del tiempo ese nervio reformista fue desapareciendo de la agenda política hasta difuminarse por completo. Sin duda, ello obedeció, por un lado, a las dificultades que la Administración ofrecía frente a cualquier proceso de cambio; pero, por otro, no se pueden orillar los escasos réditos inmediatos que tales reformas generaban frente a lo que ya era entonces (y lo seguirá siendo hasta ahora) una política crecida en la inmediatez y alejada de cualquier visión estratégica; y, en fin, a que «con frecuencia se ha identificado "reforma de la Administración" con "reforma de la función pública", minimizando, así, el contenido de aquella[13]». Este error, aún sigue muy presente entre nosotros, tal como se verá al final de este estudio.

Aunque pueda sorprender, cabe afirmar que el sistema administrativo vigente en la actualidad en el sector público español (o si se prefiere el modelo de Administración Pública territorial) es, en buena medida, tributario de la reforma tecnocrática de los años 1956-1964, con las adaptaciones propias al complejo sistema territorial existente tras la Constitución de 1978 y los respectivos estatutos de autonomía. Pero tal sistema estuvo condicionado ulteriormente por las inevitables adaptaciones al nuevo contexto tecnológico y a una desordenada y pobre interiorización de determinados instrumentos de la modernización administrativa, consecuencia del denominado (con más palabrería que densidad efectiva) como Gobierno Abierto. En términos similares, aunque contextualizado su juicio en el año 1999, se manifestó hace años Luis Fernando Crespo Montes (quizás en uno de los mejores estudios que se han publicado sobre el proceso de reforma tecnocrática franquista), al expresar la siguiente y capital idea: «La Administración actual sigue siendo tributaria, con sus virtudes y defectos, con ligeros retoques e imprescindibles adaptaciones, de muchos de los principios y esquemas que

13 M. Beltrán Villalba, *Los funcionarios ante la reforma de la Administración,* CIS, 1985, pp. 3 y ss.

emergieron a partir de los últimos cincuenta y los primeros sesenta (del siglo XX)[14]».

Ciertamente, ese juicio se emitió antes de que se aprobara el Estatuto Básico del Empleado Público (2007) y las leyes administrativas de 2015. Pero, en realidad, estas últimas (esto es, las Leyes 39 y 40/2015) beben directamente del modelo administrativo de la reforma tecnocrática, con el inevitable impulso de la Administración electrónica propia de un nuevo contexto. Y el Estatuto Básico del Empleo Público, que formalmente supuso un cambio de orientación a la hora de afrontar los nuevos retos en la gestión de las personas de las organizaciones públicas, tenía no pocas reminiscencias directas o indirectas de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964, con las adaptaciones establecidas en 1984 (personal directivo, puestos de trabajo, clasificaciones de puestos o posteriormente relaciones de puestos de trabajo, evaluación, deberes funcionariales, carrera administrativa, etc.). Eso sí, tales herencias se entreveraban con algunas innovaciones cuyos resultados no han pasado de ser pírricos en sus resultados efectivos hasta la fecha (carrera profesional horizontal o códigos éticos). Además, el fuerte carácter dispositivo de esa norma básica ha hecho que muchas de sus previsiones se hayan descafeinado hasta límites impredecibles o sencillamente no se hayan aplicado. En efecto, aún hay varias comunidades autónomas que carecen de leyes de función pública adaptadas al EBEP. Y la propia Administración del Estado adaptó algunas de sus normas, y se apartó de otras, casi diecisiete años después de la entrada en vigor del Estatuto. Además, lo hizo (Libro II del Real Decreto-ley 6/2023) para pretender satisfacer un hito de reforma exigido por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, como era la *reforma estructural de la función pública*, que no fue tal sino un mero simulacro parcial y tardío. No se puede calificar de reforma estructural lo que es una mera adaptación de la AGE al EBEP casi dos décadas después, sin tocar (solo ignorar en algún punto) las bases estatales.

En este punto, cuando estamos cercanos a cumplir dos décadas del EBEP, el retroceso de la entonces pretendida modernización del subsistema de función pública de las administraciones españolas ha terminado siendo manifiesto: la función pública recogida en las leyes anteriores se ha transformado en una institución mestiza o bastarda, que desfigura el sentido tradicional del servicio civil, configurando *ex novo* un empleo público o, peor aún, *un estatuto de los empleados públicos, no de la función pública como predica el artículo 103.3 CE*. Y ese cambio semántico no es neutro. La finalidad objetiva de la norma era, antes, el servicio a la ciudadanía o la *función pública*, mientras que hoy en día es una norma de protección endogámica y subjetiva de unos ahora denominados *empleados públicos*, que

14 L. F. Crespo Montes, «Nuevos apuntes sobre la reforma administrativa de los años cincuenta», cit., pp. 51-81.

ISBN: 978-84-7777-740-3

son los sujetos centrales de ese subsistema que siempre ha sido (y no es, al parecer ahora) la función pública o el personal al servicio de la Administración Pública[15].

Alejandro Nieto, nada menos que en el año 1962 (aunque es una idea que reiteró en estudios ulteriores), ya advirtió de que uno de los mayores errores de la República de Weimar en materia funcionarial, y que tuvo funestas consecuencias en los años posteriores en los que se hundió tras el nazismo, fue precisamente desdibujar la institución de función pública e inclinarse por una política *subjetiva* de personal: «Esta no pudo ser, en general, más catastrófica. La raíz estriba en que se desconoció por completo la institución del funcionariado y solo se vieron funcionarios aislados[16]». Pues bien, eso y no otra cosa, tal vez de forma inconsciente o poco meditada (con la vana pretensión, nunca conseguida, de ensayar un estatuto básico común para el personal funcionario y laboral al servicio de las administraciones públicas), es lo que intentó el EBEP. En efecto, ese erróneo enfoque —como no podía ser de otro modo— terminó carcomiendo las bases de una función pública profesional, erosionando al fin y a la postre el mérito y la capacidad y, por tanto, deshaciendo, junto con una intensa politización de estructuras, la finalidad de la institución de función pública como contrapeso interno al poder político discrecional, y freno necesario frente a la corrupción. En esas circunstancias, una vez debilitada la institución de función pública como freno al poder arbitrario o despótico, es obvio que ese contrapeso interno se desvanece, y los partidos —con su fuerte cultura patrimonial y constante presión sobre las estructuras administrativas— terminan haciéndose dueños y señores de la Administración, que ya no podrá actúa como límite efectivo y salvaguarda de la objetividad en la actuación administrativa. En ese contexto, cortocircuitado el rol de contrapeso interno de naturaleza técnico-profesional, la institución de función pública se desvanece, encontrando vía libre la corrupción para expandirse[17].

Por tanto, la Administración del Estado, durante los primeros pasos de andadura constitucional tras 1978, no terminó por llevar a cabo una reforma administrativa que alterara sustancialmente el modelo establecido por la reforma tecnocrática del Opus Dei de 1956-1964, salvo en lo que concierne a la aprobación de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función

---

15 Sobre este punto me he ocupado en varios trabajos recientes, sirva como ejemplo: R. Jiménez Asensio, «La institución de la función pública en España (1978-2023). Estado de la cuestión y desafíos», en J. J. Rastrollo Suárez (Coordinador), *Retos y perspectivas de la función pública del futuro: una revisión en Europa e Iberoamérica*, INAP, 2023.

16 A. Nieto, *El mito de la Administración prusiana,* Instituto García Oviedo, Sevilla, 1962, p. 272.

17 Susan Rose-Ackerman, *Corruption and Government. Causes, consequences and reforms,* Cambridge University Press, 1999.

pública[18], necesaria para facilitar ese acelerado proceso de territorialización de los subsistemas de personal autonómicos. Las propias comunidades autónomas, antes de la irrupción y extensión del *New Public Management* (1981-1996), tampoco llevaron a cabo procesos de reforma administrativa que merecieran tal nombre. Tales entidades territoriales se limitaron a aprobar algunas leyes de Gobierno y Administración Pública poco o nada innovadoras o a llevar a cabo la aprobación de regulaciones parciales del sector público autonómico (con fuerte impronta en ambos casos del modelo matriz estatal muy sesgado hacia una concepción patrimonial o politizada que desvanecía cualquier intento de hacer efectiva una descentralización funcional propia de tal nombre[19]). En suma, las comunidades autónomas procedieron a la aprobación de leyes de función pública en desarrollo de la normativa básica del Estado establecida en 1984, cortadas la mayoría de ellas por el mismo patrón. Por consiguiente, entradas de lleno en la década de los ochenta, las administraciones públicas españolas seguían siendo muy tributarias de un modelo en parte decimonónico (alta presencia de la política en sus altas estructuras directivas y en niveles intermedios, así como en entidades del sector público), y, en buena medida, réplica también del dibujo reformador que a mediados del siglo XX había impulsado la reforma administrativa de ese franquismo que pretendía ser entonces algo más aperturista en el plano instrumental, aunque autoritario y dictatorial sin matices en el ámbito político. Dicho en términos más contundentes: las nuevas administraciones territoriales se vistieron con trajes viejos y mostraron una absoluta incapacidad de impulsar procesos de reforma administrativa en los primeros años de andadura, sin apenas excepción alguna (solo con el paréntesis de la citada Ley 30/1984). Pero eso tampoco debe extrañar en exceso, puesto que la Administración del Estado, pese al intensísimo proceso de desguace territorial que sufrió en la década de los ochenta y noventa, fue asimismo impotente a la hora de reformar y adecuar sus estructuras, procesos y personas a los nuevos vientos de la descentralización, que la irían convirtiendo

---

18 L. F. Crespo Montes, *La función pública española 1976-1986: de la transición al cambio*, INAP, 2001.

19 G. Ariño Ortíz, ya expuso que, si bien el surgimiento de la Administración institucional fue *una necesidad biológica —de crecimiento— del Estado moderno,* representó finalmente una vía engañosa, pues sus presupuestos de partida se incumplieron de forma manifiesta, y esas falsas entidades «descentralizadas» se convirtieron «en *meros instrumentos del Estado*, perfectamente insertos e identificados con éste», controlados por los departamentos ministeriales correspondientes y, en consecuencia, por el poder político de turno (*Lecci*ones *de Administración*, Iustel, 2011, pp. 204-207). Una visión reciente del sector público institucional en España y de algunos de sus problemas, se halla en la *Revista de Administración Pública núm. 226*, que recoge un debate sobre determinados problemas de las sociedades mercantiles públicas, cuyo relator es el profesor Germán Fernández Farreres, y en el que se incluyen varios trabajos de interés, en particular, ver el interesante estudio de M. Fuertes, «Sobre el régimen jurídico de las sociedades públicas: claroscuros, sombras y negruras», pp. 33-59.

ISBN: 978-84-7777-740-3

gradualmente en una organización cada vez más menguante, hasta lo que es hoy en día.

3. La modernización administrativa. Reflejo sobre las administraciones autonómicas (1980-1999)

Con algunos precedentes, como el impulsado por la reforma Carter en 1978 (creación del *Senior Civil Service*, puesto en cuestión inicialmente por el binomio Trump/Musk) y la búsqueda de perfiles profesionales para las estructuras directivas de las Agencias estadounidenses[20], lo que se conoce como *modernización administrativa* arranca de los presupuestos conceptuales del *New Public Management* (Nueva Gestión Pública; NPG en lo sucesivo), que se ponen en circulación en el ámbito anglosajón (principalmente, en el Reino Unido; aunque luego se expanden a otros muchos países) desde principios de la década de los ochenta. El foco del NGP se sitúa, en primer lugar, en términos de búsqueda de eficiencia del sector público (Unidades de Eficiencia en el Reino Unido 1981), y más tarde, en una segunda fase, con la creación de un modelo de Agencias con autonomía y responsabilidad por la gestión mediante contratos programas o acuerdos de gestión (1987); un modelo organizativo que pretendía superar las limitaciones del sistema departamental clásico en las estructuras de Gobierno (que ya funcionaba en Suecia o en Estados Unidos), e impulsado en el Reino Unido a través del programa *Next Steps*, 1987)[21]. Y, por último, mediante la creación de la estructura abierta y el asentamiento de la figura de los *Chiefs executives*, una dirección ejecutiva profesional (reclutada a través de procesos competitivos y abiertos, en los que podían participar externos a la Administración), que, con precedentes, se desplegó en el Reino Unido a partir de 1996. Esos impulsos neoliberales iniciales fueron completados, desde una óptica de la ética pública y con el fin de abordar y atajar determinados escándalos institucionales, por medio de la publicación en 1995 del *Informe Nolan (Normas de conducta para la Vida Pública)* y en 1995 del *Civil Service Code*. También en Estados Unidos, unos pocos años antes, se había aprobado el conocido como *Informe Al Gore*[22]. Bien es cierto que esas tenden-

---

20 Sobre la creación del SCS, por todos: M. Villoria Mendieta, *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia,* INAP/BOE, 1996. Una visión más crítica de ese proceso, que se considera como un cierto reforzamiento del papel de los partidos en la Administración federal, es el ofrecido por Guy Peters, en el análisis que lleva a cabo sobre Estados Unidos, en el libro coordinado junto con Jon Pierre, *La politización de la función pública en una perspectiva comparada,* INAP, 2010.

21 Sobre la orientación y primeros pasos del *New Public Management* en el Reino Unido sigue siendo imprescindible el libro de L. Metcalfe, INAP, 1989.

22 Al Gore, *Crear una Administración Pública que funcione mejor y cueste menos, Informe del National Performance Review*, Vitoria-Gasteiz, Instituto Vasco de Administración Pública, 1993.

cias de cambio del sector público tuvieron mucho más eco en países anglosajones o nórdicos, incluyendo entre ellos también a Holanda, pero no lo es menos que con el paso de los años algunas de esas medidas, particularmente la dirección pública profesional, terminaron por encontrar acomodo en países de tradición continental europea, tales como Bélgica (2000), Chile (2003) y Portugal (2011).

Hay que poner de relieve que este modelo de NGP no implicaba un rechazo absoluto del sistema burocrático imperante, sino una mera corrección, de mayor o menor profundidad, según los casos. No eran modelos excluyentes, como bien puso de relieve en su día Joan Prats Catalá[23], sino complementarios. Pero hay que ser conscientes de que en sus orígenes tal modelo tuvo, sin duda, una impronta neoliberal, que marcó mucho su despliegue y generó no pocas resistencias en algunos ámbitos por parte de las expresiones ideológicas de izquierda. Aunque luego, al menos algunos gobiernos socialdemócratas, abrazaron sus líneas de actuación menos agresivas y más innovadoras (como la gestión por resultados y la dirección profesional). Principalmente, los rechazos hacia esas soluciones neoliberales provenían de las políticas de ajuste o de recortes del tamaño del sector público, que venían acompañadas de procesos de privatización de determinados servicios públicos y, por tanto, de pérdida de control por parte de los poderes públicos de tales esferas, así como, en su caso, por adelgazamiento (despidos o ceses) del empleo público. Asimismo, la búsqueda por parte del sector público de soluciones taumatúrgicas en el mercado y en el sector privado, conllevó una cada vez más persistente externalización de actividades ejercidas antaño por la función pública. Y, a partir de que tales ámbitos de diseño estratégico o de gestión cayeran en manos de las grandes empresas de consultoría y luego tecnológicas, parece obvio que el sector público y concretamente el sistema administrativo se vio marcadamente empobrecido en sus capacidades administrativas internas y quedó así, en no pocos casos, cautivo o dependiente del mercado[24]. Este fue uno de los lados oscuros de la NGP (no el único, ni mucho menos), que todavía permanece anclado con fuerza en no pocos ámbitos de actuación de la Administración Pública. Y esa tendencia a la externalización de servicios tecnológicos, jurídicos, económico-financieros, de gestión e incluso de diseño o planificación estratégica, se advierte muy particularmente en las administraciones territoriales, cuyas capacidades administrativas, de gestión o eje-

23 J. Prats i Catalá, *De la Burocracia al Management, del Management a la Gobernanza*, INAP, 2005.

24 Una visión muy crítica sobre los efectos letales que la Nueva Gestión Pública ha producido en este terreno de la descapitalización de las competencias administrativas del sector público y su enorme dependencia del mercado en no pocos ámbitos, puede hallarse en algunas de las recientes obras de M. Mazzucato, especialmente: *No desaprovechemos esta crisis,* Galaxia Gutenberg, 2021; en particular, el capítulo titulado «El gran fracaso del Gobierno pequeño» (escrito junto a Gulio Quaggioto), pp. 102 y ss.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cutivas son bastante más limitadas que las existentes en la Administración del Estado, aunque en este ámbito también ha florecido ese déficit de capacidades administrativas en estos últimos tiempos, en esferas tales como tecnologías disruptivas y gestión de fondos europeos *Next Generation UE*, por solo poner dos ejemplos. Otro terreno abandonado por la NGP fue que, al poner tanto el foco en la eficiencia y en la gestión de resultados, se descuidaron por completo los aspectos relativos a la integridad o la ética profesional en el sector público, tal como puso de relieve Philippe Keraudren, al expresar que la deontología profesional de los altos funcionarios fue «sistemáticamente desvalorizada por los reformadores» de la era modernizadora[25]. Tales valores públicos, han intentado ser rescatados, más bien retóricamente, en al ámbito de las administraciones públicas españolas en estos últimos años (por presiones, sin duda, del marco normativo europeo, y por las prácticas antifraude de la Comisión Europea en el ámbito de la gestión de fondos europeos). Pero, con efectos esencialmente formales, como es habitual entre nosotros.

En España la modernización administrativa vino, además, de la mano de la implantación de los instrumentos más pobres e ideológicos del modelo de NGP; principalmente, las privatizaciones de empresas del sector público (mandato del Gobierno central 1996-2000), así como se produjo a partir de entonces una clara invasión en el ámbito de gestión gubernamental y administrativa por parte de las grandes consultoras tecnológicas y de gestión, que asumieron la puesta en marcha de proyectos organizativos, de procesos de «modernización», e, incluso, de gestión estratégica de los recursos humanos, tanto de las administraciones territoriales como en menor medida de la Administración del Estado, aunque mucho más presentes en las entidades de su sector público instrumental. El profesor Alejando Nieto, ya en 1996 cuando el proceso de modernización administrativa llevaba unos años ejecutándose formalmente, escribió lo siguiente: «Como la fórmula de la "reforma administrativa" está hoy absolutamente desacreditada (…) se ha preferido rebautizar la tendencia con el nombre, hoy tan de moda en todos los terrenos, de modernización». Y ese movimiento, sin embargo, «ha terminado resultando un fracaso total, que la desmedida publicidad oficial terminó convirtiendo en algo patético». A juicio de este autor, lo que sí generó fue un desmesurado crecimiento en «la redacción de costosos informes y dictámenes emitidos a petición de las diferentes administraciones públicas, por equipos y consultorías especializadas en este singular negocio, que en verdad están haciendo su agosto (...)». O, por seguir con el severo diagnóstico de este autor, «el objetivo de la llamada modernización se ha reducido, por tanto, a *salvar la imagen, dando la sensación de que se estaba haciendo algo*[26]».

---

25 Ph. Keraudren, *Les modernisations de l'État et le thatcherisme,* Bruylant, 1993, p. 210.

26 A. Nieto, *La «nueva» organización del desgobierno*, Ariel, 1996, p. 221.

No andaba desencaminado el profesor Nieto. Tras varias décadas de retórica modernizadora en el sector público español, también en el ámbito de las administraciones territoriales, los avances reales de tal proceso han sido nimios. Y ese liderazgo de las grandes consultoras y tecnológicas que han vendido grandes procesos modernizadores con pírricos resultados, se advierte en que el sector público ha pasado a ser en muchos casos (frente a entidades financieras o industriales) el primer cliente de tales grandes empresas de consultoría prestadoras de tales servicios. Así lo confirman incluso las *Big four*, o las cuatro más grandes empresas del sector de consultoría de gestión, pues el sector público es un cliente fiel y en no pocos casos capturado. Las administraciones territoriales, al tener marcados déficits de capacidades institucionales y administrativas, son cada vez más dependientes del mercado, con todo lo que ello implica[27]; particularmente en el ámbito tecnológico, pero también, de forma paradójica, en la gestión estratégica y operativa. Y algunas de las administraciones autonómicas viven encadenadas a tales dependencias.

Como se ha dicho, pocos ensayos hubo en España (más bien casi ninguno) de trasladar las ideas fuerza de esa NGP, al menos en sus elementos nucleares (unidades de eficiencia, descentralización a través de agencias o creación de la dirección pública profesional), a la alta Administración y a su sector público. Y lo cierto es que, de los pocos ensayos que se pusieron en marcha, la mayor parte de ellos se frustraron o se aplicaron de modo muy tibio, hasta quedarse prácticamente en nada. Al calor de la *Estrategia de renovación del sector público de 1989* en Francia, impulsada por Michel Rocard, el entonces ministro de Administraciones Públicas, Joaquín Almunia, pretendió trasladar algunas propuestas de gestión eficiente a la Administración del Estado; pero la dualidad ministerial Hacienda / Administraciones Públicas (y la enconada resistencia del *Ministerio Boyer*) hizo muy difícil liderar un proceso de tales características desde el ministerio más débil política y competencialmente, como era administraciones públicas. Avanzada la década de los noventa sí que se llevaron a cabo algunos procesos de modernización en la Administración del Estado, en ámbitos como la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Seguridad Social o la Dirección General del Catastro, donde se fijaron objetivos, se midieron resultados y se llevaron a cabo evaluaciones del desempeño; pero tales prácticas, situadas todas ellas en la Administración del Estado, fueron abandonándose o perdiendo fuerza.

En 2006, el también ministro de Administraciones Públicas, Jordi Sevilla, llegó a aprobar una Ley de Agencias (Ley 28/2006, de 18 de julio, de

27 Una abierta crítica a esos procesos de externalización y al papel estelar de las grandes empresas consultoras se contiene en el libro de M. Mazzucatto, *El gran engaño. Cómo la industria de consultoría debilita las empresas, infantiliza los Gobiernos y pervierte la economía*, Taurus, 2024.

ISBN: 978-84-7777-740-3

agencias estatales para la mejora de los servicios públicos), bien es cierto que descafeinada en su trazado, pues dejaba incólume la dirección político-gubernamental y mantenía, por tanto, la colonización política de tales agencias por el partido en el poder. Tal diseño de agencias no construyó adecuadamente la relación entre *principal* y *agente*, y tal modelo ha tenido una vida tormentosa con una derogación (2015) y una resurrección (2020), pero muy poco efectiva y sin cambios reales en el panorama organizativo-estructural de la Administración del Estado, que en esencia sigue manteniendo las viejas pautas de un modelo muy preñado, por tanto, de clientelismo político y baja profesionalización directiva.

En 2007, a través del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril; hoy en día Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre: TREBEP), también en otra descafeinada regulación, se permitía dispositivamente la creación de estructuras directivas profesionales (DPP) en las administraciones públicas, pero cuya concreción se derivaba a lo que establecieran las leyes autonómicas de desarrollo, o incluso, con poco rigor, los decretos que la regularan), que en su práctica totalidad han sido timoratas y han mantenido con muy pocos retoques institucionales el tradicional sistema de libre nombramiento y libre designación y, de modo «excepcional», el de libre cese. En verdad, tras la aprobación de varias leyes autonómicas de desarrollo del TREBEP en España, lo cierto es que ese modelo de pretendida profesionalización se ha convertido en la práctica en una suerte de travestismo institucional de la libre designación. La aplicación de tan discutida profesionalización se ha hecho, además, solo a las estructuras directivas intermedias o de la alta función pública (subdirecciones generales y órganos asimilados), sin trasladarlas, por lo común, a los niveles directivos primarios que se agrupan en torno a las Direcciones Generales, que en España siguen estando monopolizados, en su condición nominal de «altos cargos», por nombramientos y ceses basados en la más pura discrecionalidad política, solo limitada en algunos casos por la exigencia (como en la Administración General del Estado) de que deben recaer en funcionarios del subgrupo de clasificación A1. Este sistema fue calificado con acierto en Francia como «*spoils system* de circuito cerrado[28]»: pues el nombramiento y cese sigue siendo político o discrecional, pero solo puede volcarse sobre un colectivo o círculo determinado de funcionarios. En todo caso, no cabe sorprenderse de tan magros resultados legislativos, pues el TREBEP es una disposición normativa de rango legal que tiene por objeto la función pública y no puede extender su aplicabilidad a órganos directivos que no forman parte de aquella, como las direcciones generales o las secretarías generales técnicas; órganos directivos que se conforman como *altos cargos* de provisión en España exclusivamente por criterios de confianza política. La implantación de criterios de profesionalización en la dirección pú-

28 J. L. Quermonne, *L'appareil administratif de l`État,* Seuil, 1991, p. 237.

blica requiere operar desde la perspectiva de la organización y no desde la óptica de la función pública. Algo que no se ha hecho, ni al parecer hay intención de hacer, pues los órganos directivos de la Administración del Estado y de su sector público, así como de las comunidades autónomas, están absolutamente colonizados por la lógica patrimonial partidista. Y no hay por parte de la política interés alguno por cambiar esas reglas clientelares de juego.

Dos ejemplos recientes de ensayos de cambio, ambos con algunos agujeros negros en su diseño o reenvíos dilatorios en materia de dirección pública profesional, son los casos de la Ley 5/2023, de Función Pública de Andalucía, que pretendió ensanchar el perímetro de la dirección profesional también a algunos cargos directivos tasados, hoy en día cubiertos por altos cargos, pero que reenvía su concreción a un *non nato* aún (que debería ser aprobado por ley) Estatuto de Directivos Profesionales. Y, asimismo, cabe traer a colación la regulación también de esa dirección profesional en la Administración del Estado que lleva a cabo el Real Decreto-Ley 6/2023, en su libro segundo (artículos 123 a 127), que si bien se aparta del TREBEP en algún punto (obvia el mérito y la capacidad como criterios de selección o provisión de tales puestos directivos) y limita el perímetro solo a las subdirecciones generales y niveles asimilados. Tal cuadro normativo fue notablemente mejorado en su diseño por la Orden TDF 379/2024, de 28 de marzo, que establece el procedimiento (realmente, procedimientos) para proveer por libre designación tales puestos directivos basándose en un sistema de competencias directivas profesionales recogido en el Anexo de la Orden. El problema de tal sistema es que prevé, en realidad, dos procedimientos de provisión, uno muy exigente en la comprobación de las competencias que acreditan la idoneidad para el desempeño del puesto directivo, y otro bastante blando (o más bien formal en su trazado), estableciendo, así, un sistema dispositivo que hace posible el vaciamiento o reducción del potencial transformador del modelo, al dejar en manos de cada departamento ministerial la opción por uno u otro sistema de provisión (el exigente o el blando)[29]. Esta dualidad está conduciendo a que se acuda sin excepción al procedimiento de provisión con requerimientos blandos, dado que permite un mayor margen de discrecionalidad política en los nombramientos y una mayor rapidez en la cobertura de tales puestos de trabajo estructurales en la organización. Nada nuevo en una Administración con fuertes hipotecas patrimoniales o clientelares por parte de la política en lo que afecta a la alta dirección pública.

Hay una tercera iniciativa, todavía en marcha cuando esto se escribe, que es la promovida por la CRETA (Comisión para la Reforma y Transfor-

29 Un comentario crítico al contenido de esa Orden TDF 379/2024, en: R. Jiménez Asensio, «Los directivos públicos "profesionales" en la Administración del Estado. Debilidades del (nuevo marco) regulador», *Blog Hay Derecho* 20 de mayo de 2024: https://www.hayderecho.com/2024/05/20/administracion-estado-directivos-publicos/

ISBN: 978-84-7777-740-3

mación de la Administración de la Generalitat de Cataluña), cuyo informe final ha sido aprobado en noviembre de 2025, que pretende profesionalizar los órganos directivos de direcciones generales y asimilados (también en el sector público), pero excluyendo a los que (indeterminadamente) tengan «perfil político», lo que abre un margen de discrecionalidad incierto que puede dar al traste con el modelo. Tal propuesta diferencia, además, entre personal directivo de primer nivel y las subdirecciones generales. Aunque hasta la fecha no ha sido normativizado tal sistema, sí que hay un anteproyecto de ley de dirección pública profesional de la Administración de la Generalitat que, no obstante, difiere su aplicabilidad a la aprobación, por norma reglamentaria, de un Estatuto de Directivos Públicos Profesionales en el plazo de un año desde que se apruebe la citada Ley, con lo que antes de 2028 no será aplicable tal marco normativo. Tal regulación en sus aspectos básicos pone el foco de atención más en el régimen jurídico que en la dimensión organizativa del problema, y opta por la creación de una Comisión que actuará como filtro en la *selección* de una terna de personas sobre las que necesariamente deberá recaer el nombramiento (discrecional) de una de ellas. En fin, hay otros muchos aspectos polémicos en ese anteproyecto, que ahora no pueden tratarse[30]. Y, como es lógico presumir, el diablo está en los detalles.

Por consiguiente, en el ámbito autonómico la modernización de las administraciones públicas se ha convertido en una suerte de recurso retórico por parte de la política gubernamental, que —con apoyo de grandes consultoras— pretendieron racionalizar unas organizaciones administrativas y un sector público que cada vez se asemejaba más a las mastodónticas e ineficientes estructuras de la Administración del Estado, sobre todo en las comunidades autónomas de mayor tamaño. Aun así, hubo algunos ensayos de mejora, que finalmente tuvieron, desgraciadamente, muy poco recorrido.

Bastante anterior en el tiempo, fue un proyecto interesante de mejora del sector público que se impulsó en la década de los noventa, con algunos reflejos ulteriores en los primeros años de dos mil, y que se situó en la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En efecto, dentro del marco de la NGP, la iniciativa más relevante, aunque finalmente también fracasada en buena medida, fue la impulsada por el Parlamento Vasco el 10 de junio de 1993 mediante la aprobación de una «Estrategia de reforma administrativa», que se concretó en la creación de la CORAME (*Comisión de Racionalización y Mejora*) y en la aprobación ulterior de un sugerente documento *«Una nueva organización para una nueva etapa del Gobierno Vasco. 47 medidas para renovar la estructura organizativa del Gobierno y la Administración del País Vasco»* (junio de 1994). Tal documento bebía directa-

30 Ver nuestro comentario crítico al anteproyecto en: R. Jiménez Asensio, «Profesionalizar la dirección pública en Cataluña», *Blog Hay Derecho,* abril, 2026.

mente —según se ha dicho más arriba— de las fuentes de la Nueva Gestión Pública, particularmente en lo que afectaba a la flexibilización de la gestión (mayor eficiencia), la creación de una Oficina de Modernización Administrativa (OMA) y la pretensión (nunca cumplida) de articular estructuras directivas profesionales en la Administración vasca y en sus entidades del sector público[31]. Esa iniciativa vino acompañada de una batería de medidas de gestión presupuestaria. Como ha sido reconocido en un estudio sobre ese proceso: «Los pobres resultados de la reforma que proponía la CORAME se explican por la falta de movilización de recursos para promoverla, más que por la magnitud de los obstáculos y las resistencias de la organización, que ni siquiera tuvieron oportunidad de manifestarse». Tal como se expuso, esos magros resultados provinieron también por la falta de presión externa que fomentara ese necesario cambio. No había, por tanto, necesidad imperiosa de ajustar las cuentas públicas ante unos recursos financieros públicos relativamente abundantes; lo que conduce a la hipótesis de que, ante contextos de un (cierto) desahogo financiero, muy propio por lo común de las instituciones vascas por el régimen financiero del Concierto Económico, los incentivos de reforma del sector público se desvanecen[32]. Hubo mejoras, no obstante, como fueron algunas relativas a la gestión presupuestaria, la creación de la OMA, la modificación de la Ley de Función Pública Vasca en 1996 o la cobertura de las comisiones de servicios con criterios profesionales, pero de lo inicialmente establecido a lo que finalmente se ejecutó la distancia era sideral.

Años después (2004-2008), en línea con esas iniciativas, pero centrándose en el campo de los recursos humanos, la Administración vasca impulsó y puso en marcha un importante proceso de racionalización de las estructuras básicas de la organización del empleo público como son los puestos de trabajo, simplificando radicalmente el número de puestos de trabajo existentes en la organización, mediante un modelo de análisis funcional de puestos de trabajo, que tuvo su réplica organizativa en la creación nominal de las áreas funcionales, posteriormente importadas como elemento organizativo de la función pública por diferentes Comunidades Autónomas y, más recientemente, por la Administración del Estado (Libro segundo del Real Decreto-ley 6/2023: artículo 110), aunque con diseños (y, en algún caso, nomenclaturas) diferentes según los casos. Por su parte, el importante documento, al que luego se hace referencia, de estrategia de *Consenso por una Administración Abierta* (2025), hizo una apuesta por la racionalización de las estructuras de puestos de trabajo en la AGE y por las

---

31 Echebarría, K., Longo, F., Jiménez Asensio. R: *Hacia un estatuto de directivos profesionales en el Gobierno Vasco. Condicionamientos y propuestas de régimen transitorio,* IVAP, 1994.

32 E. Unzurrunzaga, «Estrategias de reforma en la administración pública: el caso de la CORAME en el País Vasco», *Ekonomiaz*, 2012, p. 195.

ISBN: 978-84-7777-740-3

áreas funcionales; pero tales apuestas han quedado hasta la fecha inéditas. Sin duda, este modelo vasco de racionalización y organización de puestos de trabajo tuvo muchísima difusión y se convirtió en un sistema de referencia (así lo ha sido, por ejemplo, para la propia Administración General del Estado), y su empuje inicial vino de la mano de un buen alineamiento entre política y gestión, en línea con ese «respaldo político a las buenas ideas» que predicara el profesor Nieto y desarrollara en el ámbito local de Gobierno Manuel Zafra[33]. Pero la realidad es que su aplicación práctica por parte de la propia Administración vasca fue muy relevante mientras el equipo político y técnico-directivo que impulsó el proyecto se mantuvo en sus responsabilidades, pero una vez fueron sustituidas las personas que lideraban ese proceso de transformación organizativa el declive o abandono de su fuerza inicial fue una constante hasta difuminarse casi por completo ese pulso renovador. Al menos quedó como testimonio vivo una racionalización de puestos de trabajo clara y precisa, cierto que desdibujada en los años ulteriores por las prácticas de negociación típicas de un sector público capturado por un sindicalismo que solo piensa en las mejoras individuales de las personas que cubren tales puestos o dotaciones.

Hubo, bien es cierto, diferentes pretensiones de reformas organizativas en otros muchos ámbitos de las estructuras gubernamentales y autonómicas, que se plasmaron formalmente en tales, pero sin grandes cambios reales. Traerlas aquí a colación es materialmente imposible. Pero, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma andaluza se ensayó una estructura del sector público institucional por medio de agencias que se quedó a medio camino, y que no supuso finalmente transformaciones radicales, sino un evidente continuismo material. En Cataluña, se impulsó un proceso de reducción y simplificación del ya mastodóntico sector público institucional (en 2010), con algunos resultados menores en lo que afecta al tamaño del mismo (de las más de 600 entidades del sector púbico autonómico existentes, se redujeron pasados los años a algo menos de 500). Y en el ámbito de la función pública, algunas leyes autonómicas en desarrollo del actual TREBEP han incorporado la figura de la dirección pública profesional, pero siempre —hasta ahora al menos— muy descafeinada.

La modernización impulsada por la Nueva Gestión Pública sigue, por tanto, activa, pero con un potencial aplicativo muy bajo o, sencillamente, rebajado en muchos casos a la mínima expresión, cuando no meramente semántico y de anuncio político vacuo. Un caso tardío de aplicación de política de ajustes derivada del duro contexto de contención fiscal entonces existente fue el conocido como Informe CORA (2012), acrónimo de la Co-

33 A esta idea se refiere, en efecto, A. Nieto en su libro *La organización del desgobierno*, Ariel, 1984, p. 41. Y en el sentido literal expuesto en el texto. M. Zafra Víctor, en su libro *Respaldo político para buenas ideas. Mi experiencia en dos Direcciones Generales sobre Gobiernos Locales,* Iustel, 2015.

misión para la Reforma de la Administración Pública, que fue el paso preliminar a las reformas legales de 2015, muy inspiradas en el modelo de reforma tecnocrática de la década de los sesenta, y que puso el foco inmediato en la evitación de pretendidas duplicidades institucionales o de entidades públicas. Como es sabido, esa dura crisis fiscal se cebó principalmente en el empleo público, debilitando notablemente esa institución, crisis de la que tardaría mucho tiempo en recuperarse por los duros impactos de la tasa de reposición sobre las plantillas del empleo público y del sector público[34].

Como se ha expuesto, hay analistas y ensayistas que han atacado frontalmente ese segundo estadio de los procesos de reforma en el sector público conducido bajo la batuta de la Nueva Gestión Pública, tanto desde sus estrechas concepciones de empresa privada y su más que difícil traslación al sector público, como especialmente por los efectos no deseados de las políticas de privatizaciones o de externalización, y la reducción radical de las competencias administrativas o de gestión de las propias instituciones públicas, que quedan, así, capturadas por el mercado. Y más particularmente por las políticas de ajuste de plantillas que estos procesos implicaban.

En los orígenes de ese proceso modernizador, la incisiva mirada de Michel Crozier puso reparos notables a ese *New Public Management* y su aplicación a las administraciones continentales; en particular, a la francesa. Crozier mostraba sus mayores objeciones a la aplicación de lo que denominaba *liberalismo salvaje*, esto es, el emprendido entonces por las experiencias gubernamentales de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, mediante la reducción drástica de las funciones estatales y del número de funcionarios, pues tal fórmula, a su juicio, «era imposible en un mundo de una complejidad sin parangón con aquel existente en el siglo XIX[35]». Allá por los años que emerge con fuerza la NGP ya advertía el profundo ensayista galo sobre una verdadera crisis de la gestión pública, y detectaba, además, un descontento ciudadano por los servicios públicos prestados entonces por el Estado, cuyas razones de fondo no eran solo debidos a una retirada del Estado, sino más bien identificaba que esa estrategia obedecía a una «fórmula más simple», a saber: había «más necesidades y más demandas de intervención, así como más dificultades para intervenir». Para el gran ensayista francés, la modernización de las administraciones públicas era «un asunto de medios humanos, de métodos, y más profundamente de modo de razonamiento y de filosofía». No valían las recetas genéricas, menos aún las importadas, pues esa crisis de la gestión pública debía tener respuesta *ad hoc* o propias de cada país o de cada administración «con sus medios propios, en función

---

34 Sobre este punto, un buen marco conceptual en: K. Echebarría, «Crisis fiscal y empleo público en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2011, número extraordinario 3.

35 M. Crozier, *État modeste, État moderne. Stratégies pour un autre changament,* Seuil, París, 1991, p. 58.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de sus limitaciones, de sus recursos y de sus capacidades particulares». A su juicio, la modernización «exige un abandono de los hábitos y de los principios estatales tradicionales». En otros términos: «la *efectividad del sistema administrativo condiciona el desarrollo del conjunto de la sociedad, de tal modo que* (la Administración y su subsistema burocrático) *debe cambiar absolutamente de prácticas y de filosofía*». Su conclusión era obvia, y ya anunciada en ensayos anteriores: *Las disfunciones y rutinas de un Estado arcaico no se pueden tolerar, puesto que resultan insoportables en un Estado moderno.* Y apuntaba más certeramente aún a las trabas de estos procesos: *Lo que ha fallado, y siempre desgraciadamente falla, es el reconocimiento del carácter determinante de los problemas de organización interna (de las administraciones públicas): su inercia es siempre más fuerte que la voluntad de cambio*[36]. Entre nosotros el profesor Nieto había advertido del grueso problema que suponía la «invertebración orgánica» de las administraciones públicas, tabicadas en compartimentos estanco[37], aislados entre sí y escasamente dúctiles, amén de los reinos de taifas que ese nuevo modelo de descentralización territorial ejecutivo parecía estar alumbrando. En fin, las reflexiones anteriores las podríamos sintetizar en el lamento o abandono de la organización y de la cultura organizativa en tales procesos de cambio, dejadez que conduce derechamente al fracaso de las reformas emprendidas.

Si a todo lo anterior unimos, en nuestro caso, los problemas de diseño institucional y desdén organizativo, así como la omnipresencia cada vez más asfixiante del imperio de la política y el arrinconamiento de la profesionalización e imparcialidad de las estructuras técnico-directivas, los frenos a los procesos de cambio son todavía mucho más diáfanos. La sentencia final que emite el maestro Crozier, que puede ser aplicada también a esas nuevas aventuras rupturistas de la Administración profesional por parte del DOGE (Departamento de Eficiencia Gubernamental) que se pusieron desordenadamente en marcha en la actual Administración Federal estadounidense en 2025, es determinante: «El neoliberalismo a la moda parece completamente superficial[38]».

4. La (lenta y, tal vez, compleja) transformación de las administraciones territoriales: ¿Hacia un modelo de Gobernanza Pública? (2000-2025)

Como ya se ha dicho, los tramos temporales expuestos de los procesos de reforma, modernización o de Gobernanza (transformación) de las admi-

36 *Ibídem*, pp. 70-72.

37 A. Nieto, *La organización del desgobierno,* cit., pp. 23-25.

38 M. Crozier, *État modeste, État moderne. Stratégies pour un autre changament*, cit. p. 112.

nistraciones públicas, son indicativos. Se solapan entre sí, también temporalmente, y se complementan en cuanto a las propuestas e instrumentos que cada uno de ellos aporta.

Lo que se denomina *Gobernanza* surge a finales de la década de 1990, más bien en el plano corporativo-empresarial, y se traslada acto seguido al sector público. La Comisión Europea aprueba en 2001 el *Libro Blanco de la Gobernanza*, y el Consejo de Europa enriquece a partir de 2007 las dimensiones de la Gobernanza, añadiendo la integridad o ética pública a las ya transitadas de la transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas. La Comisión Europea toma nota de tales propuestas e inserta la Gobernanza en el funcionamiento de su sistema institucional, tanto en su concepción de Gobierno abierto como en lo que afecta a sus siempre ricas relaciones intergubernamentales. Con el paso del tiempo, la propia Comisión Europea apuesta por herramientas de Gobierno interno o endógeno, como es una política intensiva de digitalización de los sectores públicos de los Estados miembros y, ya más recientemente (2023), por fortalecer las competencias administrativas de los subsistemas de personal de las administraciones públicas y su función directiva (Programa Compact)[39], de acuerdo con el liderazgo ejecutivo y ético propuesto por la OCDE en sus Recomendaciones de 2017 y 2019. El tránsito de la digitalización a las tecnologías más avanzadas o disruptivas (Inteligencia Artificial), así como el nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial, aplicable plenamente al sector público, abren un antes y un después, pero también un ahora, lleno de retos, en las administraciones públicas y en la propia función pública (como la autorizada doctrina del Derecho Público español ya ha detectado; por todos, Ricardo Rivero[40]). Partiendo de esas premisas, en el año 2025 se publicó —tal como se ha dicho más arriba— un interesante documento de estrategia de transformación de la Administración General del Estado titulado *Consenso por una Administración Abierta*[41]*,* tal vez el proyecto estratégico de reforma de la Administración del Estado más ambicioso desde la reforma tecnocrática de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado. Además, este proyecto se enfocaba con una visión holística de neto sesgo transformador en la línea del fortalecimiento endógeno de las estructuras, procesos y personas, haciendo hincapié en el complejo contexto al que se enfrentaba el sector público tras la irrupción de las tecnologías disruptivas, y particularmente de la Inteligencia Artificial. Ese proyecto

---

39 Ver: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Mejora del Espacio Administrativo Europeo» (ComPAct)* [Com(2023) 667 final]. *Breve comentario al documento inicial.*

40 R. Rivero Ortega, «¿*Bots* expertos en *promptear*?», *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados,* núm. 1, abril, 2025.

41 Ver: *Consenso por una Administración Abierta https://digital.gob.es/consenso-por-una-administracion-abierta.*

ISBN: 978-84-7777-740-3

apostaba también por una implantación de la dirección pública profesional, el refuerzo de las competencias administrativas de la AGE, una modificación sustancial de los procesos selectivos en la función pública y, en fin, un modelo integral de gestión por competencias en el ámbito de los recursos humanos en el sector público estatal, sin olvidar los aspectos relativos a la transparencia y la integridad en la Administración Pública. Esta estrategia, liderada por Clara Mapelli, a la sazón titular de la Secretaría de Estado de Función Pública, quedó en vía muerta una vez que su impulsora fue cesada de forma un tanto inexplicable. Sin apoyo político expreso, un proyecto tan ambicioso como ese resulta impensable que se pueda materializar de forma efectiva. Una iniciativa transformadora de largo alcance que pudo servir como espejo para los procesos de transformación de las administraciones autonómicas, pero cuyo impacto ha sido, por desgracia, irrelevante ante el desdén gubernamental hacia la imprescindible adaptación de la Administración del Estado al nuevo y exigente entorno.

Desde hace algún tiempo, se afirma con claridad que es inviable un desarrollo económico y social sostenido, así como un correcto ejercicio de las complejas transiciones digital y ecológica, sin una *Gobernanza robusta* que sirva de factor esencial de cohesión y de legitimación de un sector público, que atraviesa por momentos muy delicados. Si ese sector público no es tractor de la transformación, las políticas de cambio o de transición no tendrán ningún recorrido. En algunos momentos, sin embargo, más que de tractor, el sector público español da la impresión que actúa como remolque de tales procesos, no facilitándolos precisamente. Y para ello es importante, en efecto, un Gobierno y Administración de factura abierta, pero también, y, sobre todo, una Gobernanza *intraorganizativa* muy sólida[42], que apueste por cambios organizativos y tecnológicos estructurales que eviten la tendencia al anquilosamiento o la inercia propia de las administraciones públicas[43]. Y tal modelo exige una digitalización inclusiva y plenamente respetuosa con los derechos de las personas, un correcto alineamiento política y gestión

---

42 El concepto de *Gobernanza intraorganizativa* lo tomamos de L. Aguilar, profesor de la UNAM, quien, ya hace más de una década, defendió la importancia que tal noción tenía para construir una Gobernanza efectiva y, por tanto, con resultados. El abandono permanente de la dimensión interna de la Gobernanza (estructuras organizativas, procesos y gestión de personas en las Administraciones Públicas), más aún en España, no ha hecho sino empobrecer sus resultados, en cuanto que la ciudadanía y las empresas no perciben mejoras efectivas de transformación, sino se aborda enérgicamente una adaptación de las organizaciones públicas a los nuevos requerimientos del contexto, en estos momentos tan acelerado y cambiante. Siempre resulta mucho más efectista acudir a propuesta de Gobierno Abierto para intentar vender mejoras institucionales (Transparencia, Integridad, Participación, etc.), pero sin una modificación y adaptación permanente de las estructuras, procesos y personas, tal objetivo se queda en mera retórica.

43 Esa tendencia natural a la *anquilosis institucional* fue detectada tempranamente por el profesor García de Enterría en su ensayo: «La organización y sus agentes. Revisión de estructuras», recogido en su libro *La Administración española*, Alianza Editorial, 1961, p. 102.

mediante la articulación de una dirección pública profesional, así como un sistema de gestión de personas que se apoye sobre una función pública imparcial, profesional y que rinda cuentas de los resultados de su gestión. Por no hablar de los ingentes desafíos que plantea la Inteligencia Artificial en el sector público, que deben acometerse sin tardanza.

En España, un país siempre en situación de «desnivel generacional» en relación con otras democracias avanzadas, según la expresión del gran ensayista Julián Marías[44], la Gobernanza, como también la reforma y modernización administrativas, llegaron tarde y, por lo que hemos podido comprobar con el paso del tiempo, mal o parcialmente aplicadas y con una pésima interiorización conceptual de lo que eran en sí mismos tales procesos como motor de cambio. La política española, que vuela al ras del suelo, parece incapaz de percibir la inaplazable necesidad de transformar el sector público. Tras más de veinticinco años desde el lanzamiento de la Gobernanza, se puede afirmar que en este punto nos hemos hecho un lío monumental con lo que esta idea significa. La hemos confundido con el Gobierno Abierto, cuando este es únicamente una dimensión, sin duda importante, de la Gobernanza exógena, y cuyos pilares básicos ya han sido citados (integridad, transparencia, participación y rendición de cuentas, más vinculada a la política que a la gestión). También se ha bastardeado el concepto de Gobernanza, una de cuyas dimensiones básicas es la Gobernanza intergubernamental o multinivel (propia, por ejemplo, de un Estado de estructura compuesta como es el Estado autonómico). Una política ignorante, así como, al parecer, el desconocimiento (o manipulación discursiva) de sus innumerables asesores que la entornan, ha hecho uso de un barbarismo o pleonasmo como es la *cogobernanza*, noción inexistente y menos aún en las relaciones entre administraciones públicas territoriales (que, cada una de ellas, deberían impulsar sus propios sistemas de Gobernanza, en los que las relaciones multinivel con otras estructuras de gobierno territorial son una parte sustancial de aquella). Este disparate conceptual no solo está en boca de nuestros políticos, incluso del presidente del Gobierno o de los presidentes autonómicos, ministros y altos cargos, sino que ha sido ya reflejado en varios preámbulos (o exposiciones de motivos) tanto de normas con rango de ley como de disposiciones de naturaleza reglamentaria. El barbarismo se ha alojado en el *BOE*.

Como ya se decía más arriba y viene siendo habitual en nuestra política gubernamental y en su sector público, la Gobernanza tardó en entrar en la agenda política. Fueron, en principio, algunas administraciones territoriales (por ejemplo, la Diputación Foral de Gipuzkoa en 2015 y el Gobierno Vasco en 2016) quienes crearon departamentos de Gobernanza Pública en sus estructuras gubernamentales. La Administración del Estado, también por

44 J. Marías: *España inteligible. Razón histórica de las Españas,* Alianza editorial, 2014.

ISBN: 978-84-7777-740-3

aquellas fechas, se limitó a crear una Dirección General de Gobernanza (que aún pervive), dentro del Ministerio de Hacienda y Función Pública (hoy en día en el Ministerio de Transformación Digital y Función Pública, dentro de la Secretaría de Estado de Función Pública, donde siempre ha estado ubicada). Pero esa concepción estructural de la Gobernanza, por lo común, se refería a aspectos más bien vinculados con el Gobierno Abierto y no tanto con la Gobernanza interna o *intraorganizativa*, sobre la cual —según se decía— apenas se ha invertido ninguna energía en este país. Tanto el Real Decreto-Ley 36/2020 como el plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del año 2021, utilizaron un concepto pobre de Gobernanza al identificar tal noción con las estructuras departamentales y algunas estructuras de altos cargos de la propia Administración del Estado, sin insertar en tal modelo otras administraciones territoriales que también debían participar, por la naturaleza de las cosas, en la ejecución del citado plan.

Esa mala inteligencia del problema ha generado una notable confusión político-administrativa sobre qué es y para qué sirve la Gobernanza Pública como tercer estadio en esos procesos secuenciales de cambio en las administraciones públicas, siguiendo la estela anteriormente de la reforma y la modernización administrativas, que son conceptos o nociones que continúan siendo utilizados indistintamente cuando hablamos de procesos de transformación en el sector público, pero tal vez sin el rigor necesario. En efecto, la Gobernanza, que puede ser definida como «otro modo de gobernar» (Renate Mayntz), es un concepto más asentado en una proyección horizontal del poder (Daniel Innerarity), y requiere un encuadre holístico de los problemas de la Administración, que se despliega sobre tres dimensiones: externa o exógena (relaciones con la ciudadanía); interna o endógena (estructura organizativa, funcionamiento y procesos, así como gestión de personas); y, en fin, otra que va de suyo como es la relacional (relaciones institucionales multinivel y proyección en redes). Sin afrontar holística, armónica y sistemáticamente tales dimensiones, la transformación de las administraciones públicas se convierte en un pío deseo, resulta incompleta o, como suele suceder a menudo, es meramente cosmética o programática, muy propia de la *política anuncio* como herramienta de comunicación instantánea que en nada legitima la institución, aunque pretenda dar réditos inmediatos disfrazada de relato fácil, más bien vacuo. Como bien se expuso por Innerarity, «la gobernanza democrática aparece así hoy como la posibilidad de salvar al poder político de su ineficacia y de su insignificancia, de recuperar la política y, al mismo tiempo, transformarla profundamente[45]». Este certero diagnóstico, diez años después de haber sido formulado, ha caído en España en saco roto. La Gobernanza Pública no ha sido tomada como un factor de transformación, sino solo en su dimensión más coreográfica o de mero relato vacuo del poder gubernamental.

45 D. Innerarity, *Política para perplejos*, Galaxia Gutenberg, 2015, p. 154.

Así, la idea de transformación de las administraciones públicas parece tomar cada vez más fuerza, pues con frecuencia se airea, pero —como ocurría con sus predecesoras, reforma y modernización— muy poco se practica, y cuando se hace lo es a impulsos del contexto, de las ocurrencias o de la ejecución de determinadas leyes. Hay riesgos muy serios, además, de una pésima comprensión y trazado de esa nueva ola de reformas transformadoras, como son los recientes procesos de *transformación inversa*. Ejemplo de tal desfiguración transformadora es lo que se llevó a cabo en los primeros compases del segundo mandato Trump, en relación a la Administración federal estadounidense y más concretamente con el programa impulsado por el DOGE (Departamento de Eficiencia Gubernamental), que bajo el manto de una pretendida eficiencia llevó a cabo un desordenado desmantelamiento de estructuras administrativas y un debilitamiento obvio de la dirección pública profesional y de la institución del servicio civil (*senior executive service*), de consecuencias enormemente funestas para el futuro papel de la Administración, donde se entreveran intereses políticos de factura iliberal con otros tecnológicos de las grandes compañías, que provocan evidentes conflictos de intereses, con una clara tendencia de sustitución y no complemento por *bots* de la actividad administrativa prestada hasta hoy por humanos, y que en su intervención conjunta ponen contra las cuerdas la tradicional concepción de la Administración imparcial y profesional como contrapeso del poder arbitrario o despótico.

En España, y en sus administraciones territoriales, fuertemente presionadas por la política, esa tendencia destructora aún no ha llegado, pero nadie está libre de esa retórica perversa de *la motosierra*, que —con su discurso demagógico y facilón de una burocracia pretendidamente cara e ineficiente— puede poner contra las cuerdas al Estado Social y Democrático de Derecho, cuestionando de raíz el papel esencial que tiene la Administración Pública en su procura. Este desafío es una suerte de «cruzada antiburocrática[46]». Mas las transformaciones impulsadas desde el poder político de las administraciones territoriales para adaptarlas a un mundo cada vez más exigente y a una ciudadanía cuya confianza es clave para la supervivencia de ese tejido institucional, están siendo entre nosotros muy tardías y timoratas. Tal demora, pone en riesgo a esas administraciones territoriales frente a tales discursos simplistas que calan con facilidad en determinados segmentos de la sociedad. Y ello se advierte claramente en la lenta y pésima aplicación de la Gobernanza y de sus distintas dimensiones. Se debe tomar en serio este problema, que no es menor.

Esta lenta implantación de la Gobernanza se ha mostrado, por ejemplo, en la puesta en marcha de las políticas de transparencia, que tras la

46 R. Jiménez Asensio: https://www.hayderecho.com/2025/03/26/la-cruzada-antiburocratica-que-viene-desde-el-otro-lado-del-atlantico/

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ley 19/2013 fueron aplicando las distintas administraciones territoriales, de conformidad también con lo que regulaban los distintos marcos normativos autonómicos o locales. Esas políticas de transparencia se enmarcaron dentro de diferentes proyectos de Gobierno Abierto, y fueron impulsadas desde tales niveles territoriales de gobierno, a imagen y semejanza de los Planes de Gobierno Abierto aprobados por la Administración del Estado (tomando como referencia hoy en día el plan 2025-2029). Algún otro aspecto de la Gobernanza interna, como la participación ciudadana, también como parte de esa concepción de Gobierno Abierto, ha sido impulsado por los gobiernos locales y por ciertas comunidades autónomas (por ejemplo, con cierta resonancia por el Gobierno de Aragón). Por su parte, las cuestiones relativas a la integridad pública han merecido mucha menos atención; aunque fueron objeto de impulso político inicial, hoy ya olvidado, por el Gobierno Vasco (2013), la Diputación Foral de Gipuzkoa (2016-2021), la Generalitat de Catalunya (2016-2020), y más tímidamente por la Xunta de Galicia (2014 y 2020-24), entre otras instituciones territoriales. En la lucha contra la corrupción, merece destacarse el papel de la AVAF (Agencia Valenciana Antifraude) durante el período 2017-2024, hoy en día también parcialmente desactivada en sus energías de prevención y lucha contra la corrupción, tras el cambio de gobierno en la citada Comunidad Autónoma de 2023 y el nombramiento de una dirección afín con el poder de turno. No cabe duda que la gestión de los fondos europeos NGEU, así como de los fondos estructurales y de inversión de la Unión Europea, obliga a las administraciones receptoras de tales recursos a implantar sistemas de control articulados en torno a medidas preventivas, de detección, corrección y persecución del fraude, la corrupción, los conflictos de intereses y la doble financiación. Pero, en general, estas políticas antifraude o de integridad institucional se están aplicando con niveles de exigencia y compromiso muy bajos, liderados normalmente por el personal técnico-directivo sin apenas contribución de los responsables político-gubernamentales. Y, en fin, en lo que respecta a la rendición de cuentas, los avances, amén de testimoniales y efectistas o retóricos algunos de ellos (Gobierno de España), en las administraciones territoriales han sido prácticamente inexistentes, con algunas excepciones en el ámbito local de gobierno. El balance final es, por tanto, más bien pírrico en sus resultados.

Pero si las conquistas en el terreno del Gobierno Abierto han sido limitadas, más decepcionante es aún todo lo relativo a la Gobernanza interna, sin cuyo fortalecimiento es impensable que las administraciones territoriales puedan garantizar la efectividad plena de las políticas, la prestación de los servicios públicos y la atención adecuada a la ciudadanía, que está en el ADN del funcionamiento del sector público y de su legitimación social. Uno de los déficits más evidentes que muestran hoy en día las administraciones territoriales es el relativo a las bajas capacidades administrativas que acredita en sus respectivas organizaciones públicas. Las administraciones te-

rritoriales han seguido a pies juntillas y con muy pocas variantes el modelo tradicional propio de un sistema administrativo periclitado, avejentado y obsoleto para atender las necesidades presentes del sector público. Se puede afirmar, sin riesgo a equivocarse, que los viejos modelos organizativos y la inefectiva política de recursos humanos son el talón de Aquiles de la impotencia transformadora del sector público. También, o especialmente, en las administraciones territoriales.

La departamentalización o la plena vigencia del modelo divisional, implica, por lo común, que cada ámbito departamental se configure como una suerte de compartimentos estanco («tabiques», los denominaba Nieto) o silos[47], con pocas ventanas abiertas al resto, encerrados o ensimismados en sus competencias, que defiende con celo, y que cuando se han de llevar a cabo políticas transversales muestra su total rigidez por los elevadísimos costes de transacción que su puesta en marcha implica. No se han dado, por tanto, pasos efectivos a modelos organizativos transversales y más flexibles, como es la gestión por proyectos o por misiones. Nada de esto existe. Tan solo una Ley extremeña (4/2022), dibujó una Gobernanza por proyectos, aunque de efectos limitados, pues el cambio de Gobierno se produjo al año siguiente de su aprobación y no se ha vuelto a hablar de tal proceso de transformación organizativa. La tradicional estructura gubernamental a través de departamentos debe repensarse tras varios siglos de funcionamiento, pues el contexto exige medidas organizativas de nuevo cuño, que tengan como foco la transversalidad.

La creación de estructuras directivas profesionales —como se ha expuesto más arriba— tampoco ha sido efectiva. Varias leyes autonómicas de función pública prevén esa figura. En algunos casos se han aprobado reglamentos de desarrollo, y en otras se ha aplazado su implantación; pero, en general, los modelos existentes siguen la línea de los procedimientos de libre designación, con algunos requisitos o exigencias de méritos o competencias en el nombramiento, admitiendo, por lo común, el libre cese, aunque sea con carácter excepcional (ya se sabe cómo operan las excepciones en este tipo de circunstancias). Y cabe constatar que donde hay libre nombramiento y libre cese no puede existir, por definición, dirección pública profesional. Tampoco sin órganos independientes que salvaguarden los procesos de selección o provisión de directivos profesionales, el sistema se tunea o se disfraza (por ejemplo, la CRESAP en Portugal). Esa dirección profesional, allí donde se ha pretendido implantar, se ha limitado al perímetro orgánico de las subdirecciones generales y puestos asimilados, y poco más.

---

47 Mariana Mazzucato, *Misión Economía,* Taurus, 2021. Esta autora pone de relieve las enormes limitaciones que ese modelo de Administración articulado por medio de silos departamentales tiene para impulsar procesos de transformación del sector público. Pone como ejemplo la Agenda 2030, pero se pueden añadir muchos más (digitalización y cualquier otra política que requiera medidas transversales).

ISBN: 978-84-7777-740-3

La impronta política de tales estructuras se ha revestido de una aparente profesionalización que, en verdad, no es tal, pues apenas mejora —solo formalmente— el viejo y denostado sistema de provisión de puestos de trabajo por libre designación. Los cambios estructurales en este ámbito se llevan a cabo a velocidad propia del caracol, y con una resistencia numantina del poder político gubernamental, siempre reacio (por ignorancia e incomprensión de la figura que casa mal con sus eternas pulsiones clientelares) a la implantación de directivos profesionales en el sector público.

Sí que se han aprobado numerosas leyes autonómicas de simplificación administrativa, que en teoría pretendían reducir cargas administrativas; pero en esto, como en tantas otras cosas, hay mucho de retórica y poco de efectividad. De simplificación ya hablaban las leyes de la década de los cincuenta, concretamente la ley de procedimiento administrativo de 1958. La Comisión Europea a inicios del siglo XXI, impulsó políticas de simplificación administrativa, que se manifestaron en diferentes Comunicaciones y Recomendaciones, así como en la importante Directiva de 2006/123, de servicios. Ello dio pie a una trasposición al Derecho español por parte de leyes básicas y leyes de desarrollo autonómico, pero cuyos efectos han sido más bien tibios y formales, al margen de algunas mejoras concretas. Pasados casi veinte años de su aprobación, la simplificación sigue siendo un reto pendiente, pues no se puede abordar aisladamente, como siempre se ha hecho, esto es, con una lógica procedimental o tecnológica (digitalización), sin afrontar los estrechos lazos que tiene con las estructuras organizativas y con la gestión de personas. Los procesos no son algo aislado, ni se pueden reformar sin tocar un ápice la organización ni el personal que presta los servicios públicos.

Y, en fin, queda por abordar uno de los nudos, nunca resueltos, de la Gobernanza interna: el sistema de gestión de personas o lo que se conoce técnicamente como el subsistema de función pública. En este ámbito las debilidades del modelo son enormes y las vías de solución, hasta ahora, prácticamente nulas o, al menos, muy pobremente implantadas.

La primera debilidad del modelo de gestión de personas en las organizaciones públicas en España es la práctica carencia de una planificación estratégica de recursos humanos alineada con los objetivos y retos de la organización, así como con la política presupuestaria plurianual. Es obvia, a tal efecto, la incapacidad del sector público de afrontar estratégicamente la imponente ola de jubilaciones que se abrió hace años y que durará hasta bien entrados los años treinta, y el consiguiente relevo generacional. Otro segundo flanco de debilidad se halla, por un lado, en la fuerte penetración de la política o de la discrecionalidad en los nombramientos y ceses en la zona alta de la Administración; y, por otro, en una debilidad manifiesta del empleador público a la hora de enfrentarse a las voraces exigencias del sindicalismo del sector público, cuya única meta es mejorar permanentemente las

retribuciones y condiciones de los empleados públicos, sin atender —sino de modo secundario y en no pocas ocasiones demagógico (los sindicatos todo lo solucionan con demandar más recursos, mejores condiciones profesionales y más personas)— a la necesaria prestación de servicios a la ciudadanía, elemento determinante en la existencia de la institución de Administración Pública y de su subsistema de función pública o de «servicio civil», por utilizar la terminología anglosajona. Se ha creado, así, un empleo público bulímico en derechos y anoréxico en valores, abriéndose una sima enorme con las condiciones existentes en el sector privado, obviamente a favor de los empleados públicos.

A todo ello cabría añadir el corporativismo, también presente en las administraciones territoriales (sobre todo en su singular expresión de corporativismo sindical), pero no con la intensidad que se da en los cuerpos de élite de la AGE: en la Administración central convergen un tradicional corporativismo funcionarial de los altos cuerpos con un corporativismo sindical focalizado en los cuerpos inferiores de la Administración. El corporativismo territorial se muestra en una concepción endogámica del empleo público, alimentada —como se ha dicho— por el sindicalismo del sector público y una congénita desidia del empleador público (la política). Una tercera debilidad, corolario de lo anterior, y a la que ya se ha hecho eco en estas páginas es el débil alineamiento entre política y gestión, que se manifiesta tanto en la vigencia de una dicotomía o esquizofrenia (como dos mundos separados) entre quienes gobiernan y dirigen la administración (políticos o personal de designación y de confianza política) y una estructura de gestión, cada vez más chata, con menos campo de autonomía profesional y, por tanto, muy vicarial de los impulsos y ocupación intensiva de la política no solo de las estructuras gubernamentales (que es su campo natural), sino de la práctica totalidad de las estructuras directivas, con mayor intensidad en las administraciones territoriales; como también en la incapacidad manifiesta de construir estructuras directivas públicas profesionales a las que accedan los mejores perfiles competenciales y cuya continuidad esté garantizada si se cumplen los resultados de gestión, pues tales estructuras, allí dónde se han creado y regulado, han sido bastardeadas por las viejas patologías burocrático-administrativas propias de una política clientelar.

Los subsistemas de función pública de las administraciones territoriales se han construido, además, como compartimentos estancos o ecosistemas cerrados de empleo público, sin apenas interacción con los demás niveles de gobierno territoriales[48]. Esa concepción cantonal o autárquica se ha impuesto en España en los últimos cuarenta años, al parecer ya sin remedio

48 Sobre todas estas cuestiones que aquí se tratan, nuestro trabajo: «Diez (hipó)tesis sobre (el déficit de) capacidades administrativas de las Administraciones territoriales autonómicas», en Hernández Moreno, J., Ares Castro-Conde, C. (coordinadores), *Gobernanza y Administraciones territoriales para la próxima generación,* INAP, 2023, pp. 115-139.

ISBN: 978-84-7777-740-3

alguno, y, en vez de resolverse o atenuarse, se va agudizando con el paso del tiempo. Ese déficit se manifiesta, por ejemplo, en las bajas capacidades profesionales que esos subsistemas territoriales, por lo general, muestran. Y buena parte de culpa de esas bajas capacidades administrativas la tienen los frágiles y precarios sistemas de acceso a la función pública en las administraciones territoriales, consecuencia de una pobre gestión de recursos humanos y, más concretamente, de una mala configuración de los procesos selectivos, así como de una nula previsión de efectivos. En no pocas Comunidades Autónomas y entes locales, la vía inicial y más generalizada de acceso a la función pública es la interinidad, luego edulcorada con sistemas de ingresos blandos que facilitan la inserción de esos temporales como funcionarios de carrera. Todo ellos han sido muy estudiados por la doctrina y a ella cabe remitirse (Boltaina, Cantero, Castillo Blanco, Fondevila, Mauri, etc.). Se trata, por lo común, de procesos en los que la igualdad, en sentido estricto, se difumina y el mérito y la capacidad se desdibujan. Así no cabe extrañarse que las administraciones territoriales, en este caso las Comunidades Autónomas, hayan llegado a tener más de un tercio de sus plantillas cubiertas con personal temporal. Es más, en algunos casos, como es por ejemplo el de la Administración General del País Vasco (pero hay otros muchos), antes de los procesos de estabilización del personal temporal abiertos tras la Ley 20/2021, casi el 70 por ciento de puestos de trabajo y dotaciones reservadas al Subgrupo de Clasificación A1, estaban cubiertos por personal interino o temporal, entre ellas Jefaturas de Servicio (asimiladas en otras administraciones a las Subdirecciones generales) y otros puestos de responsabilidad funcionarial. Con esas *ratios* de temporalidad, tras ser aplantillado ese colectivo ingente de personal temporal por medio de *procesos selectivos blandos*, y teniendo en cuenta la salida en masa del personal funcionario que ocupa puestos de responsabilidad en tales administraciones. En suma, en estos y en los próximos años como consecuencia de las jubilaciones masivas, el núcleo directivo funcionarial futuro de esas administraciones territoriales estará formado casi exclusivamente por un personal estabilizado, que apenas ha acreditado en el acceso disponer de competencias profesionales técnicas, pues tales procesos han sido configurados, por lo común (salvo excepciones singulares), como medios de *aplantillamiento* masivo del personal temporal. Esos procesos selectivos han sido, por tanto, descafeinados por medio de oposiciones blandas, en los que el peso determinante ha girado en torno a lo que se denominan eufemísticamente los servicios prestados (esto es, la pura y dura antigüedad como interinos o personal temporal). Salvo algunas excepciones, como la Comunidad Valenciana (donde se reservan por ley el 50 por ciento de las vacantes para su selección por oposición libre), en la mayor parte de administraciones territoriales ya no hay apenas procesos de *oposiciones libres*, sino que se ha impuesto de forma generalizada —por presiones sindicales y abandono o descuido de ese empleador débil, como reconoció Francisco Longo, que es la Administración— el sistema de *concurso-oposición*, en el que el factor determi-

nante es siempre el primer elemento (concurso), mientras que el segundo (oposición), en no pocos casos es retórico o nominal. El desfondamiento de la profesionalización e imparcialidad de la función pública es más que evidente (pues algunos interinos ingresaron en la condición de tal por favor, recomendación o apoyo político o sindical indisimulado, o mediante pruebas todavía mucho más blandas). De ahí cabe detectar —como se viene insistiendo— un marcado déficit de las capacidades administrativas requeridas para llevar a cabo sus funciones con rigor. Lo cierto es que este problema, una vez creado, tiene difícil reconducción: la chapucera solución de la estabilización puesta en marcha ha pretendido (que no logrado) resolver el problema de la temporalidad en las administraciones territoriales, pero a medio y largo plazo generará un problema mucho más serio: un marcado déficit de competencias profesionales y de capacidades administrativas, que será, sino se adoptan medidas muy drásticas, un serio hándicap deslegitimador de tales instituciones en los próximos años y décadas.

Pero no terminan ahí los males del subsistema de gestión de personas en las administraciones territoriales. Males endémicos, procedentes también del modelo matriz, son que tales subsistemas desconocen (casi) por completo la *gestión de la diferencia*; esto es, retribuyen igual y promocionan de forma indiferente a personas que trabajan muy bien o bien frente a otras que lo hacen regular o mal. Todo ello es fruto o perversión, mejor dicho, de un falso igualitarismo que se ha impuesto en el empleo público, cuyo mayor promotor ha sido el sindicalismo del sector público, con la anuencia irresponsable de los políticos y directivos con competencia en tales ámbitos de personal, como ya apuntara en su día el profesor Miguel Sánchez Morón[49]. Así, casi veinte años después de la aprobación del EBEP, la evaluación del desempeño, salvo en algunas organizaciones muy concretas, no se ha generalizado en tales administraciones territoriales (y donde se ha establecido lo ha sido, por lo común, con criterios muy laxos o benevolentes), lo que dice mucho sobre la enorme desidia político-gubernamental y directiva en tales materias; pero también sobre la incapacidad de las unidades de recursos humanos de gestionar la diferencia. Y, si no funciona la evaluación del desempeño, la carrera profesional, tanto horizontal como vertical, se convierte en una solución aparente guiada en el mejor de los casos por el cómputo automático de méritos exclusivamente formales, que muchas veces no son tales (tiempo de servicios prestados o antigüedad, cursos de formación a los que se ha asistido, y poco más). También, como se ha dicho, el sistema retributivo se pervierte, consecuencia, por un lado, de la vinculación del grueso de las retribuciones (destino y específico) a la clasificación de puestos de trabajo que se ejerza (que siempre presiona hacia arriba para lograr mejores retribuciones) y, por otro, con el fracaso de la pre-

49 *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 10, febrero, 2010, pp. 58-67.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tendida universalización de un complemento de productividad, que con frecuencia retribuye igual independientemente de lo que se haga, o incluso mide factores absurdos e incomprensibles como la asistencia al trabajo (un deber u obligación funcionariado) u otros de similar carácter. Es más, tras el TREBEP el sistema retributivo debiera haberse adaptado y haber redefinido a sus premisas normativas los tres grandes ámbitos de retribuciones complementarias: complemento de carrera, específico y de desempeño; sin embargo, se ha mantenido también el complemento de destino, lo que incrementa las ventajas retributivas de los funcionarios sin que apenas cambie realmente nada frente a la situación anterior.

La gestión de los procesos selectivos, por último, es lenta y abre innumerables desfases entre las necesidades detectadas y el momento en el cual se cubren, espacio temporal que en no pocas veces en las administraciones territoriales es de varios años (entre dos y cinco), con lo cual el sistema tiende a buscar los atajos obvios de la interinidad para cubrir tales necesidades. Sin entrar ahora en otros temas también críticos tales como el tipo de pruebas selectivas, el amateurismo de los tribunales o de las comisiones de selección, el permanente desfase entre las exigencias y competencias requeridas y los perfiles de los puestos de trabajo, y un largo etcétera.

En fin, podríamos seguir casi infinitamente con este apresurado examen de las grandes debilidades que muestran los sistemas de gestión de personas en las administraciones territoriales, pero con este análisis de algunos de sus elementos pensamos que ya es suficiente para tener una idea cabal del enorme problema al que se enfrentan tales niveles territoriales en lo que a su déficit de capacidades administrativas respecta, que además es una problemática que tiene muy compleja solución, cuando no imposible, por lo enquistado de los problemas.

Capítulo aparte merece el proceso de digitalización del sector público y su afectación tanto al personal al servicio de las administraciones públicas como a la propia ciudadanía. La digitalización de las administraciones territoriales se ha acelerado en los últimos años tras las leyes 39 y 40/2015, y el Real Decreto 203/2021; pero, esa visión de la digitalización del sector público ha estado impregnada de una concepción endogámica (Administración electrónica), sin poner el foco en la siempre debida atención ciudadana y en la necesaria construcción de un modelo híbrido (digital/presencial) que haga factible una transición digital ordenada y no cree espacios a la exclusión digital. Tras años de fervor digital en el sector público, tanto en diferentes Comunicaciones de la Comisión Europea como en las administraciones españolas, parece abrirse gradualmente la idea de que esos procesos no pueden llevarse a cabo sin poner el foco en la centralidad de las personas y, particularmente, en abordar la situación de que hay millones de ciudadanos que carecen aún de competencias digitales

básicas. Todo ese proceso endogámico se ha acelerado tras la crisis Covid19; pero los distintos esfuerzos de diferentes planes estratégicos de digitalización puestos en circulación por el Gobierno de España, así como la Agenda Digital 2025, no han conseguido paliar tales déficits[50]. La cita previa, implantada de forma universal tras la pandemia, con efectos muy negativos en la atención ciudadana y en la deslegitimación del sector público, se está deconstruyendo muy lentamente. Todavía mantiene un vigor excepcional en la AGE. En fin, hay innumerables (malos) ejemplos de que la tan aireada Administración abierta tiene mucho de mito y poco de realidad. Y ello requiere un cambio de actitud por parte de la Administración y de sus servidores públicos; pero también de la política gubernamental, que no puede mirar hacia otro lado siempre. El problema no es menor, aunque no están suficientemente explicitadas sus causas. Lo cierto es que la conjunción de una digitalización mal planteada con una generalización, en algunos casos sin seguimiento ni evaluación real, del teletrabajo (hay algunas administraciones territoriales que tienen reconocido tres y cuatro días, incluso, de teletrabajo) que alcanza en el sector público a más del 50 por ciento de media de la plantilla, frente a poco más del 15 por ciento en el sector privado, no ha contribuido precisamente a mejorar la calidad de los servicios públicos. En efecto, esa proliferación desordenada del teletrabajo, puede estar erosionando no solo la atención ciudadana (que parece claro, y que es el reto existencial de la Administración), sino especialmente la legitimación y confianza que esa ciudadanía receptora de prestaciones y servicios públicos debe tener en la Administración. La implantación de la jornada de 35 horas en el sector público tampoco ayudará en esa mejor imagen del sector público ni tampoco en la atención ciudadana. En fin, una práctica del teletrabajo que pueda erosionar, siquiera sea mínimamente, esa atención ciudadana, debería ser inmediatamente corregido. Más esas conquistas funcionariales y sindicales, una vez implantadas, son enormemente difíciles de revertir.

---

50 Sorprende que, por ejemplo, iniciativas recientes y sin duda necesarias como la denominada *Consenso por una Administración abierta*, siga encerrada en las premisas digitales (ahora de la IA generativa) y del desarrollo tecnológico, sin apenas hacer alusión alguna a la brecha digital y a la existencia de más de veinte millones de españoles que carecen de las competencias digitales básicas que, por tanto, tienen y tendrán serias dificultades en subirse al tren de las relaciones digitales omnicomprensivas que ese modelo pretende implantar. Sin sistemas híbridos de atención ciudadana, la digitalización impulsiva por parte del sector público puede generar exclusiones digitales sistemáticas, con afectación directa a las personas pertenecientes a colectivos con dificultades de vehicular sus relaciones con la Administración a través de medios telemáticos. Esa administración impersonal, distante y fría, olvida que en su ADN está la atención a la ciudadanía. Sobre este punto *in extenso*, nuestro trabajo: «Transición digital, Administración Pública y Ciudadanía», en M. Medina Guerrero (director), *Los derechos de la ciudadanía ante la Administración digital,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, pp. 11-33.

ISBN: 978-84-7777-740-3

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Corresponde ahora ir cerrando esta ya larga reflexión. En los últimos cincuenta años las administraciones territoriales no han sido objeto en España de ningún contundente proceso de reforma, modernización o transformación. Se crearon en su día a imagen y semejanza del modelo matriz, en una clara tendencia de isomorfismo institucional. La pereza política, las resistencias sindicales y las inercias burocráticas, así como la escasa presión mediática y ciudadana, han hecho el resto. Sus procesos de adaptación han sido motivados principalmente por la irrupción de las nuevas tecnologías o por necesidades obvias de adaptación a la normativa básica o a las directrices y exigencias de las instituciones y de la normativa de la Unión Europea. En suma, intrínsecamente o por iniciativas *motu propio*, las administraciones territoriales (con excepción de algunas locales) apenas han transitado por los raíles de la reforma, de la modernización o de la transformación administrativa, y cuando lo han hecho ha sido con proyectos aislados y nunca con una concepción holística.

Cabe recordar que cualquier reforma integral de la Administración requiere afectar, conjuntamente, al Gobierno Abierto (integridad y transparencia efectivas, participación y rendición de cuentas), pero también a la Gobernanza interna (o a «la máquina gubernamental-administrativa»); esto es, por ejemplo, al marco político-institucional, rediseñando estructuras y fortaleciendo las exigencias de cobertura de los niveles gubernamentales de responsabilidad; apostando por la organización administrativa y su tejido instrumental (sector público), previendo estructuras transversales por proyectos o misiones que superen el modelo departamental y la falsa descentralización funcional; incorporando la dirección pública profesional a la alta Administración, lo que implica la despolitización de los espacios cubiertos por prácticas clientelares o corporativas; redefiniendo los procesos administrativos y decisionales mediante la simplificación trámites y reducción de cargas, y mediante el fomento de una transición digital inclusiva; así como, implantando una gestión de personas profesionalizada, imparcial y basada en los resultados; es decir, mediante una evaluación del desempeño y una carrera profesional asentadas en la gestión de la diferencia, con unidades de recursos humanos especializadas y órganos de selección especializados que sean capaces de captar (mediante procesos selectivos objetivos y exigentes) a los mejores profesionales, crearles expectativas de promoción en función de su rendimiento y retenerles, por tanto, retribuyéndoles en clave de resultados de gestión.

Dicho de otro modo, reformar o transformar las organizaciones públicas requiere una visión holística e integral, articulada a través de un instrumento estratégico que, previamente diagnostique los nudos existentes y planifique ordenadamente la puesta en marcha de las medidas a adoptar durante un espacio temporal determinado. Una planificación estratégica que en nuestro

caso ha sido tardíamente reconocida por las normas (1993-1995) y aplazada casi siempre en la práctica, aunque tras décadas silenciada parece tomar hoy el protagonismo que requiere[51]. Si bien, en estos momentos parece obvio que la transformación de las administraciones públicas debe ser un proceso continuo. Planteado en términos de marco legal, no se puede abordar una reforma administrativa seria y efectiva en España sin afectar armónicamente a las leyes de Gobierno y Administración, al marco regulador del sector público instrumental o institucional, a la regulación del procedimiento administrativo y de la digitalización en el sector público, a las relaciones con la ciudadanía, también por medios digitales y presenciales, y, en fin, a las leyes, reglamentos y acuerdos en materia de personal al servicio de las administraciones públicas. Las reformas que tienen como objeto un ámbito específico concreto y aislado (Gobierno, Administración Pública, Gobierno Abierto, sector público, procedimiento administrativo o función pública/empleo público), o las que se proyectan sobre un ámbito objetivo inferior (por ejemplo, transparencia, integridad, digitalización o dirección pública profesional como hechos aislados), están conducidas, por lo común, al fracaso más estrepitoso en sus resultados a medio o largo plazo, pues todas esas reformas tienen vasos comunicantes con el resto de ámbitos del actuar político-administrativo y, si se quieren resultados efectivos, solo se pueden abordar integralmente.

Además, en un Estado de partidos como el existente en España, donde las prácticas clientelares están absolutamente extendidas en los diferentes niveles de Gobierno, la reforma, la modernización o la transformación de la Administración Pública (llámesele como quiera), está igualmente condenada al fracaso o a un recorrido muy estrecho sino se aborda directamente y en paralelo (o previamente) un cambio radical en la forma de hacer política y en el uso y abuso que esta lleva a cabo de la Administración y de su sector público como espacio patrimonial reservado a los más que frecuentes desmanes públicos. Y este es, probablemente, el nudo más difícil de desatar, pues los partidos políticos en España, más aún que en otras democracias occidentales, fruto sin duda de nuestra particular historia político-institucional de los dos últimos siglos, están cada vez más «adosados al poder»[52]. En efecto, los partidos tienen una acusada dependencia de las administraciones públicas como medios de supervivencia existencial y como palanca para repartir «turrones» (en la generalizada expresión de Juan Valera, avalada por el Diccionario de la Real Academia Española) entre sus allegados o

---

51 Sobre este tema, en lo que afecta al empleo público, es muy ilustrativo el trabajo de J. Cuenca Cervera: «Instrumentos de planificación de recursos humanos: ¿Cambio de paradigma?», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* número especial 3/2018, pp. 52-65.

52 P. Mair, *Gobernando el vacío*, Alianza editorial, 2015. También en el mismo sentido: P. Ignazi, *Partido y democracia*, Alianza editorial, 2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

amigos políticos, ya sean cargos públicos, puestos directivos, sinecuras, favores, ayudas, subvenciones o, en casos más llamativos, incluso empleos o contratos públicos. Desmontar un Estado clientelar de partidos con esas profundas raíces que se hunden en el tiempo, no es fácil. Hacer frente a ese viejo modelo oligárquico y caciquil propio del siglo XIX y primeros años del XX, proyectado ahora al siglo XXI y revestido del manto del clientelismo político más descarado, es sencillamente una tarea hercúlea, que requiere un cambio radical de hábitos, una renovación o regeneración de la política, que se ha ensayado algunas veces como mera coreografía sin obtener apenas resultados. Tal misión no es propia de un líder político ni de un gobierno, ni tampoco de una Legislatura, sino que requiere amplísimos acuerdos políticos (en la práctica inalcanzables) y probablemente el esfuerzo de una generación. Pero para ello se necesita además una sociedad civil activa que presione hacia ese objetivo, algo que, con total honestidad, hoy apenas existe en este país. Luego nos sorprendemos de que la corrupción aflore.

Así las cosas, descartada esa transformación holística, habrá que conformarse con reformas puntuales de aspectos aislados que hagan avanzar algo las cosas. Al menos, habría que apostar por unas reformas administrativas que, sin perjuicio de ser puntuales, se enmarquen en una estrategia lo más holística posible. En las administraciones territoriales, los escasos impulsos modernizadores de su sector público respectivo, se han saldado —como se ha visto— con reiterados fracasos y con no poca frustración acumulada. Hay, sin embargo, algunos movimientos, anecdóticos todavía, que empujan hacia alguna mejora del *statu quo* existente, pero no dejan de ser aislados y que, por desgracia se están convirtiendo muchas veces en meros anuncios políticos sin efectividad real.

Muchas de las reformas emprendidas han tenido como objeto exclusivamente el ámbito *funcionarial* o del *personal al servicio de la Administración.* Y cabe reiterar la opinión autorizada en su día por parte de Miguel Beltrán de que una reforma de la función pública no es una reforma administrativa en sentido estricto, sino solo de un subsistema, como es el de personal. Esa visión holística que predicamos en estas páginas casa muy mal con esa concepción de reformas funcionariales que cada vez más, por los motivos expuestos, tienen un carácter endogámico y tienden a exacerbar el aislamiento de los empleados públicos del común de los mortales, esto es, de la sociedad a la que pretenden servir. Es muy llamativo, a tal efecto, que las actuales Leyes de función pública que se están aprobando por las comunidades autónomas son, por lo general, leyes mastodónticas, de centenares de artículos e innumerables páginas, pero que descuidan por completo que se trata de regular una institución al servicio de la ciudadanía.

También se ha citado en estas páginas la creación en 2024 por parte de la Generalitat de Cataluña de la CETRA. Este proyecto de transformación es el único ensayo territorial (casi) integral de abordar una reforma o trans-

formación de la Administración de la Generalitat, cuyos problemas endémicos se han ido agravando con el paso del tiempo hasta configurarse como una estructura institucional-organizativa elefantiásica, altamente politizada en sus niveles superiores, con un sector público institucional desproporcionado y dudosamente eficiente, amén de colonizado por el poder de turno, así como con un empleo público también con rasgos de obesidad mórbida que ofrece capacidades administrativas reducidas y una profesionalización e imparcialidad puestas en duda en diferentes momentos de su existencia (al menos, en los últimos quince años). Nada que no ofrezcan otras comunidades autónomas, pues esos males se comparten. La tarea de la CETRA acabó a finales de 2025 y luego se han puesto en marcha algunas medidas de choque en ámbitos específicos (digitalización, supresión de cita previa y atención a la ciudadanía, etc.), así como se han elaborado o modificado anteproyectos y proyectos de ley en ámbitos tales como el empleo público, la organización o la dirección pública profesional. Pero centrar el enfoque en remedios legislativos tiene sus limitaciones, más aún cuando el Gobierno de la Generalitat no dispone de mayoría parlamentaria suficiente para sacar esos proyectos normativos sin el aval de otros grupos parlamentarios, lo que exige negociar sus contenidos y probablemente desvirtuarlos atendiendo a diferentes enfoques distantes de la opción inicial. Una estrategia de reforma de tales características no se podrá impulsar de modo efectivo en menos de ocho o diez años. Y la fragmentación y polarización política no ayudan nada en ese objetivo.

En fin, comenzamos con una cita de Crozier y finalizamos con otra de este gran ensayista galo del sector público. Y, además, vinculada con las administraciones territoriales. En 1992, escribía lo siguiente: «*Una idea simplista preferiría que la descentralización, de hecho indispensable, fuera suficiente para asegurar una buena administración*». Como concluye este autor, eso no siempre es así y en no pocas ocasiones el efecto deseado no casa con lo que realmente sucede, por muchos motivos, pero también, por las dificultades inherentes que la construcción de un nuevo nivel administrativo comporta: *Las propias desviaciones de ineficacia, irresponsabilidad e inflación de costos tienden a reproducirse en el ámbito municipal y regional en todos los países. Para remediarlo es indispensable un afán de reforma de la cúpula del Estado*[53]. Pero, siendo cierto lo anterior, también habría que añadir la necesidad de una voluntad firme, titánica y permanente de modernizar un complejo institucional y administrativo que aún sigue ofreciendo marcados déficits de funcionamiento y riesgos muy elevados de deslegitimación. Ahí está el reto.

53 M. Crozier, *Cómo reformar el Estado. Tres países, tres estrategias: Suecia, Japón y Estados Unidos,* Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 25.

Sobre los mensajes electrónicos, el contenido de los expedientes administrativos y el acceso a los documentos oficiales: la sentencia del Tribunal General (Gran Sala) del TJUE de 14 de mayo de 2025, asunto T-36/23 Stevi y *The New York Times* / Comisión

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz

Catedrático de Derecho Administrativo

Sumario. I. Presentación.—II. Las normas.—III. Los hechos.—IV. La Sentencia de 14 de mayo de 2025.—V. Hechos posteriores a la Sentencia.—Recapitulación.

I. PRESENTACIÓN

Estaremos todos de acuerdo en que la mutación constitucional que estamos viviendo en España tiene uno de sus elementos más visibles en el hecho de que el control judicial del poder ha dejado de estar en lo contencioso y donde ha encontrado su nuevo asiento es en lo penal. Basta leer cualquier periódico de cualquier día, ya se trate de la adjudicación de contratos de compra de mascarillas, la selección de personal en la Diputación de Badajoz o la organización de un Máster en la Universidad Complutense de Madrid, por poner ejemplos muy a mano: antes, nadie habría dudado de que eran materia típicamente contenciosa. Algo ha cambiado.

Habrá a quien le guste y a quien le disguste. Cabrá también debate sobre las causas (las culpas, si nos colocamos en la perspectiva de la lamentación, que es la del segundo de los grupos). Pero donde no hay espacio para la discusión es en el hecho mismo y, claro está, en sus inevitables consecuencias: la justicia penal y, sobre todo, la instrucción de los delitos, tiene sus propios modos, con mucho más estrépito. Y, mediante la UCO de la Guardia Civil, con una capacidad prácticamente ilimitada de acceder a la información que los políticos guardan en sus dispositivos personales, llámense teléfonos móviles o como en cada caso proceda: nada se le resiste, ni los más ocultos pensamientos. Que los políticos se quejen de *lawfare* —algo que no hicieron jamás cuando quien los controlaba era la justicia contenciosa, siempre tan timorata y respetuosa— resulta algo hu-

ISBN: 978-84-7777-740-3

manamente explicable, porque a nadie le apetece verse sometido a un cotilleo que no tiene nada que envidiar a los de las comadres de los lavaderos de los pueblos en épocas pasadas.

Ni que decir tiene que no estamos ante un fenómeno privativo de España, porque nació en Francia y sobre todo en Italia, sin perjuicio de que al sur de los Pirineos, la tierra del esparto (y donde, por excepción, los partidos siguen siendo los mismos, porque la gente les ha dado una segunda oportunidad), todo presente los rasgos castizos y extremos que han descrito con crudeza un Baroja, un Valle Inclán, un Berlanga —con un punto de ternura, eso sí— y un Alejandro Nieto (y, al fondo de todo, un Quevedo). Pero donde ahora hemos de poner el foco es en las instituciones de la Unión Europea, sabiendo que en el Tribunal de Luxemburgo no existen especializaciones —lo penal o lo contencioso— y que, más aún, al ordenamiento continental le resulta ajeno, salvo aspectos muy concretos, lo criminal. Incluso los Reglamentos más puntillosos, cuando llega la hora de tipificar las infracciones, lo que hacen es remitir a lo que establezcan los legisladores nacionales.

Salvadas todas esas distancias, que no son pequeñas, tal vez tenga interés para el lector celtibérico el relato de lo sucedido, al hilo de la compra de las vacunas contra el COVID-19, con las comunicaciones trabadas en 2021 y 2022 entre la presidenta de la Comisión y el jefazo de unos laboratorios, Pfizer que proveían de ese medicamento: el *Pfizergate*.

II. LAS NORMAS

El art. 15 del TFUE, proveniente del art. 255 del TCE, establece conocidamente lo siguiente:

> «1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.
>
> 2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que este delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo.
>
> 3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.
>
> El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

> Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.
>
> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones solo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.
>
> El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.»

Por su lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en 2000 y con valor normativo desde el Tratado de Lisboa de 2009, contiene el siguiente art. 42, Derecho de acceso a los documentos:

> «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que reside o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquier que sea su soporte.»

Todo depende, así pues, de lo que entendemos por *documento*.

Y ello al margen del *derecho a una buena administración* del art. 41, que, por el apartado 2.b), «incluye en particular (…) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial».

A mencionar también el art. 11, Libertad de expresión y de información.

La norma de desarrollo es el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de ese año 2001, relativo al acceso del público a los documentos de esas dos instituciones y de la Comisión.

Por su art. 2, Beneficiarios y ámbito de aplicación, «el presente Reglamento será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea». Y, entre las definiciones del art. 3, está la siguiente:

> «a) *documento*: todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución.»

ISBN: 978-84-7777-740-3

Con la siguiente regulación del procedimiento:

— *Solicitudes*, art. 6.

— *Tramitación de las solicitudes iniciales*, art. 7.

> «1. Las solicitudes de acceso a los documentos se tramitarán con prontitud. Se enviará un acuse de recibo al solicitante. En el plazo de 15 días laborables a partir del registro de la solicitud, la institución o bien autorizará el acceso al documento solicitado y facilitará dicho acceso con arreglo al artículo 10 dentro de ese plazo, o bien, mediante respuesta por escrito, expondrá los motivos de la denegación total o parcial e informará al solicitante de su derecho de presentar una solicitud confirmatoria conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo.
>
> 2. En caso de denegación total o parcial, el solicitante podrá presentar, en el plazo de 15 días laborables a partir de la recepción de la respuesta de la institución, una solicitud confirmatoria a la institución con el fin de que esta reconsidere su postura.
>
> 3. Con carácter excepcional, por ejemplo, en el caso de que la solicitud se refiera a un documento de gran extensión o a un gran número de documentos, el plazo previsto en el apartado 1 podrá ampliarse en 15 días laborables, siempre y cuando se informe previamente de ello al solicitante y se expliquen debidamente los motivos por los que se ha decidido ampliar el plazo.
>
> 4. La ausencia de respuesta de la institución en el plazo establecido dará derecho al solicitante a presentar una solicitud confirmatoria.»

— *Tramitación de las solicitudes confirmatorias*, art. 8.

> «1. Las solicitudes confirmatorias se tramitarán con prontitud. En el plazo de 15 días laborables a partir del registro de la solicitud, la institución o bien autorizará el acceso al documento solicitado y facilitará dicho acceso con arreglo al artículo 10 dentro de ese mismo plazo, o bien, mediante respuesta por escrito, expondrá los motivos para la denegación total o parcial. En caso de denegación total o parcial deberá informar al solicitante de los recursos de que dispone, a saber, el recurso judicial contra la institución y/o la reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, con arreglo a las condiciones previstas en los artículos 230 y 195 del Tratado CE, respectivamente.
>
> 2. Con carácter excepcional, por ejemplo, en el caso de que la solicitud se refiera a un documento de gran extensión o a un gran número de documentos, el plazo previsto en el apartado 1 podrá ampliarse en 15 días laborables, siempre y cuando se informe previamente de ello al solicitante y se expliquen debidamente los motivos por los que se ha decidido ampliar el plazo.
>
> 3. La ausencia de respuesta de la institución en el plazo establecido se considerará una respuesta denegatoria y dará derecho al solicitante a interponer recurso judicial contra la institución y/o reclamar ante el Defensor del Pueblo Europeo, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Tratado CE.»

Desde 2001 ha pasado un cuarto de siglo y la tecnología ha evolucionado mucho, sobre todo en lo que pudiésemos llamar los mensajes informales (por ejemplo, mediante WhatsApp, red a la que los políticos son muy adictos), pero la norma sigue igual, lo que obliga a poner los ojos en instrumentos subordinados, como la guía de la Secretaría General del Consejo (nota Smart 21/0021, de 28 de enero de 2021) pidiendo un uso restrictivo de la mensajería instantánea en el contexto profesional, usándola solo para contenidos no sensibles o públicos, sin incluir nada sustantivo. Pero donde se encuentra lo más importante es en la jurisprudencia. Al respecto hay que recordar la Sentencia de 20 de septiembre de 2019, Dehouse/TJUE, T-433/17, en cuyo apartado 38 se declaró, con toda lógica, lo siguiente:

> «…el derecho de acceso a los documentos exige que las instituciones hagan lo necesario para facilitar el ejercicio efectivo de ese derecho. Ejercerlo presupone que las instituciones afectadas procedan, en la medida de lo posible y de forma no arbitraria y previsible, a la elaboración y conservación de la documentación relacionada con su actividad.»

O la Sentencia de 25 de septiembre de 2025, Herbert Smith Freehills / Comisión, T-570/22, apartado 76:

> «…las instituciones no pueden vaciar de contenido el derecho de acceso a los documentos que obran en su poder absteniéndose de registrar la documentación relacionada con su actividad.»

Hasta aquí, las normas.

III. LOS HECHOS

Así las cosas, lo sucedido fue lo siguiente:

— Entre el 1 de enero de 2021 y el 11 de mayo de 2022 o sea, durante más de un año, la presidenta de la Comisión se intercambió mensajes con el presidente y director ejecutivo de la compañía farmacéutica Pfizer, Albert Bourla. Se trataba, obviamente, de la compra de vacunas frente al COVID-19, por importe de más de 30.000 millones de euros, que se dice pronto.
— El 25 de abril de 2021, Marina Stevi, periodista del *New York Times (NYT),* mantuvo (separadamente) entrevistas con ambas personas.

De la segunda de las entrevistas se afirma lo siguiente en la Sentencia (53):

> «A este respecto, de la transcripción de la entrevista que la Sra. Stevi mantuvo con el presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer se deriva, en particular, que este declaró que, "ante las dificul-

ISBN: 978-84-7777-740-3

tades […], [la presidenta de la Comisión y él] [habían] empezado a trabajar cada vez más [a menudo]", que "[la presidenta de la Comisión le] [había] enviado su [número de] teléfono", que "[podían] charlar si [la Comisión] tenía preguntas" y que "[habían] intercambia[do] mensajes de texto [cuando tenían] cuestiones que debían abordarse". Por otra parte, el presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer señaló que "el hecho de saber [que se les podía] localizar [y de que la presidenta de la Comisión] podía localizarle a él [había proporcionado] una gran tranquilidad [a la presidenta de la Comisión] y [que ella tenía la posibilidad de] volver a contactar con él [para plantearle] sus preguntas". Por último, el presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer declaró que "lo que era muy diferente con la [presidenta de la Comisión] es que [entre ellos] se había desarrollado una profunda confianza, gracias a la cual [ambos] pudieron mantener conversaciones en profundidad".»

— Pocos días más tarde la periodista publicó un artículo con ese objeto. A ello se refiere la Sentencia (49 a 51) en los siguientes términos:

> «A estos efectos, en primer término, las demandantes señalan que la existencia de los documentos solicitados fue revelada por el artículo publicado en *The New York Times* el 28 de abril de 2021 y redactado sobre la base de las entrevistas que la Sra. Stevi había mantenido con la presidenta de la Comisión y el presidente y director ejecutivo de la compañía farmacéutica Pfizer.
>
> En otras cosas, del artículo de prensa mencionado se desprende que, «durante un mes, [la presidenta de la Comisión] intercambió mensajes de texto y llamadas telefónicas con […] el presidente y director ejecutivo de [la empresa farmacéutica] Pfizer.
>
> Por otra parte, de ese artículo de prensa se infiere igualmente que "[la presidenta de la Comisión] y el [presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer] se pusieron en contacto por primera vez en enero [de 2021], cuando [el presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer] tuvo que explicar la razón por la que su empresa había tenido que interrumpir temporalmente el suministro de vacunas [en la Unión] mientras esta modernizaba sus instalaciones de producción en Bélgica". Este artículo de prensa indica además que, "al mismo tiempo que evolucionaban, con relativa facilidad, las obras de mejora de la fábrica belga, prosiguieron las conversaciones entre [la presidenta de la Comisión] y el [presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer], según informaron ambos en las entrevistas concedidas al [diario] *The New York Times*". Asimismo, del propio artículo de prensa se desprende que "esas llamadas desembocaron en una serie de acuerdos entre la Unión […] y las empresas [farmacéuticas Pfizer y BioNTech]". Por fin, se infiere además del referido artículo de prensa que el presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer afirmó haber «creado un vínculo con [la presidenta de la Comisión].»

— El 11 de mayo de 2022, esa periodista presentó un escrito en la Comisión pidiendo el acceso a esas informaciones.

— El 28 de junio, al no haber obtenido respuesta, reiteró su petición, la llamada «solicitud confirmatoria», ahora en representación de la empresa editora del periódico, NYTC.
— Fue el 20 de julio cuando la Comisión dio señales de vida, contestando a la primera solicitud, manifestando que no tenía en su poder documentos que coincidieran con la descripción que figuraba en aquella.
— La Defensora del Pueblo tomó cartas en el asunto, considerando que se había producido un supuesto de mala administración, porque la Comisión no había pedido al Gabinete de la presidenta que localizara los mensajes, sino solo los documentos que cumplieran los «criterios internos de registro», de suerte que la solicitud se había tramitado *in a narrow way*. Y es que «el registro de un documento es una consecuencia de la existencia de un documento y no un requisito previo para su existencia». En definitiva, que, dicho en términos aristotélicos, lo relevante no es la forma —de mensaje de WhatsApp o de lo que sea—, sino la materia.
— El 9 de agosto la periodista americana presentó una nueva solicitud confirmatoria.
— El 31 de agosto la Comisión volvió a dar noticias, informando que la respuesta seguía su trámite y que era necesario extender el plazo quince días laborable, hasta el 21 de septiembre.
— Llegada esa fecha, la Comisión informó que la evaluación de la solicitud confirmatoria había terminado, pero que su proyecto de respuesta aún debía ser aprobado por el Servicio Jurídico.
— La tal Decisión llegó el 16 de noviembre y consistió en reiterar que no tenía los documentos que se le habían pedido. Y ello pese a haber realizado «nuevas búsquedas en profundidad».

La Sentencia (61) lo explica así:

> «En el presente asunto, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión indicó que los documentos solicitados no obraban en su poder a pesar de nuevas búsquedas en profundidad. Puso de manifiesto, a este respecto, que no cabe invocar el Reglamento n.º 1049/2001 para obligar a una institución a crear un documento que no existe. Además, la Comisión mencionó el artículo 3, letra a), del referido Reglamento, que define el concepto de "documento" en el sentido de aquel, y el artículo 7, apartado 1, de la Decisión (UE) 2021/2121 de la Comisión, de 6 de julio de 2020, relativa a la gestión de documentos y archivos (*DO* 2021, L 430, p. 30), del que se desprende que "los documentos [de la Comisión] se incorporarán al registro si contienen información importante que no sea efímera o si pueden implicar acciones o seguimiento por parte de la Comisión o de uno de sus servicios". La Comisión señaló que los mensajes de texto habrían sido registrados si hubieran satisfecho los criterios que establece el artículo 7, apartado 1, de la Decisión 2021/2121. Indicó que no se había po-

ISBN: 978-84-7777-740-3

> dido identificar ningún documento que se ajustase al alcance de la solicitud de acceso a los documentos. Por consiguiente, la Comisión concluyó que, dado que no tenía en su poder ningún documento que coincidiera con la solicitud de acceso, no le era posible dar acceso a los documentos solicitados.»

En honor de la Comisión hay que decir que, «en un esfuerzo para asegurar una mayor seguridad jurídica en la aplicación del Reglamento, se comprometió a elaborar guías más específicas sobre las herramientas modernos de comunicación como los mensajes de texto y la mensajería instantánea. Por prometer que no quede.

— Se llevó el asunto ante la justicia europea y en concreto el Tribunal General, invocando los siguientes tres motivos:

> a) Principio de buena administración (art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales).
> b) Art. 2.3 del Reglamento de 2001.
> c) Art. 3 del Reglamento y art. 11 de la Carta.

— Los argumentos de defensa de la Comisión consistieron en lo siguiente:

> «(62) En primer lugar, la Comisión se limitó, en la Decisión impugnada, a indicar que, a pesar de nuevas búsquedas en profundidad, no había podido identificar ningún documento coincidente con la solicitud de acceso a los documentos, sin precisar el ámbito o las condiciones de desarrollo de estas búsquedas (…).»

> «(69) En segundo lugar, la Comisión señala en la Decisión impugnada que no cabe invocar el Reglamento n.º 1049/2021 para obligar a una institución a crear un documento que no existe, sugiriendo así la posibilidad de que esos documentos no existan o hayan dejado de existir, sin precisar, no obstante, las razones de tal inexistencia.»

> «(74) En tercer lugar, la Decisión impugnada se refiere al artículo 7 de la Decisión 2021/2021, al que sigue la afirmación de que «los mensajes del texto se habrían grabado si hubieran contenido información importante que no fuera efímera o si hubieran podido implicar una acción o un seguimiento por parte de la Comisión o de algunos de sus servicios de conformidad con sus normas en materia de registro de documentos.»

Una defensa ciertamente torpe y poco feliz —la propia de los políticos cuando se ven contra las cuerdas: el paño lo conocemos bien—, de esas que acaban perjudicando al defendido más que la acusación más implacable.

IV. LA SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2025

El veredicto, en efecto, estaba cantado, porque los goles en propia puerta resultan de difícil remontada. A cada uno de esos alegatos se respondió en la Sentencia de manera concienzuda, para terminar resumiendo las cosas con las siguientes palabras:

> «(81) (…) la Comisión no ha expuesto la razón por la cual llegó a la conclusión de que no se consideró que unos mensajes de texto intercambiados entre su presidenta y el presidente y director ejecutivo de la empresa farmacéutica Pfizer, en el contexto de la compra por dicha institución de vacunas con ocasión de la pandemia de COVID-19, contuvieran información importante y no efímera o precisaran de un seguimiento por su parte o por la de uno de sus servicios, en relación con una materia propia de los políticos, actividades y decisiones de su competencia.
>
> (82) En cualquier caso, aun suponiendo que esos mensajes no contenían información importante y no efímera o no precisaban de un seguimiento por su parte o por la de uno de sus servicios que hubiera justificado su registro y, por tanto, su conservación, la Comisión tendría que haber proporcionado, no obstante, explicaciones plausibles que permitieran llegar a esa conclusión.
>
> (83) Pues bien, sobre este último extremo, por un lado, procede señalar que la Comisión no puede invocar únicamente el no registro en su sistema de gestión de los documentos solicitados para acreditar que no tenía en su poder esos documentos, sin ninguna otra explicación. Por otro lado, como se desprende de los apartados 62 a 73 de la presente sentencia, las explicaciones de la Comisión sobre lo que sucedió con los documentos que existían, o que se supuso que habrían existido en el pasado, se basan en suposiciones o afirmaciones imprecisas y, por tanto, no cabe considerarlas plausibles.»

En resumidas cuentas, de los alegatos de la Comisión se predica (84) que «aun suponiendo que sean pertinentes para apreciar la conformidad a Derecho de la Decisión impugnada, tampoco responden a lo que se exige, ya que no permiten saber qué sucedió concretamente con los documentos solicitados». Con la consecuencia de que la Decisión «vulneró el principio de buena administración establecido en el artículo 41 de la Carta».

La parte dispositiva, sin embargo, se limita, aparte de imponer las costas, a anular la Decisión de 15 de noviembre de 2022, sin condenas de hacer —encontrar los documentos debajo de las piedras, al modo de un arqueólogo— ni de dar, esto es, entregarlos a la solicitante.

Tal fue, en suma, la Sentencia de 14 de mayo de 2025. Llegó hasta donde pudo: Luxemburgo aprieta, pero no ahoga. De hecho, Bruselas habría podido recurrir y no lo hizo. No lo entendió necesario. Total, ¿para qué?

ISBN: 978-84-7777-740-3

V. HECHOS POSTERIORES A LA SENTENCIA

Con fecha 3 de julio de 2025 se presentó en el Parlamento Europeo una moción de censura contra la Comisión, poniendo de relieve, además, lo siguiente:

— La Fiscalía Europea inició en 2022 una investigación sobre los mismos contratos de compra de vacunas.
— Siguen sin utilizarse vacunas por un importe de unos 4.000 millones.
— El Tribunal de Cuentas, en su Informe especial n.º 22/2024, de 26 de septiembre, había detectado graves deficiencias en la aplicación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Pese a todo ello, lo cierto es que la moción se vio rechazada por 360 de 533 parlamentarios. La cosa —el Pfizergate— se ha quedado en nada: un gatillazo, para hablar claro.

VI. RECAPITULACIÓN

Estas líneas se escriben en febrero de 2026, cuando la crisis derivada de estos documentos —en teoría, inexistentes y desde luego no encontrados tampoco después de la Sentencia— se ha diluido en Bruselas en el seno de otras muchas disfunciones que tienen que ver con la geopolítica, la geoeconomía, el rebobine del *pacto verde* de la legislatura anterior y tantísimos otros asuntos. Pero ya se sabe cómo son estas cosas: el TJUE ha optado por no hacer sangre, aunque el aviso ha quedado sobre la mesa.

Tampoco es que, en la tierra de origen de los demandantes, Estados Unidos, el país del caso Epstein, se esté dando un ejemplo precisamente de transparencia y de inmediatez: casi peor que si estuviésemos en España. *Beans are cooked everywhere* o, dicho sea como pobre consuelo, todos son ya como nosotros (igual de malos, quiero decir). Pero los datos para el hartazgo se van acumulando. Algún día, alguien, pensando que *hasta aquí hemos llegado*, hará algo: «se acabó», que diría María Jiménez.

En nuestro querido país, si en lo contencioso acaso resulta todavía algo salvable, habría que ir pensando en que, a la hora de impugnar por ejemplo la adjudicación de un contrato público —sea el de suministro de mascarillas que se ha citado o también el de la obra de un túnel en Navarra, decisión que notoriamente se han adoptado por WhatsApp y no por los informes de los técnicos para la Mesa de Contratación— no todo dependiera del expediente administrativo —lo que en él que se haya querido libremente colocar

o no— y que, en fase de prueba, la parte actora tuviese un elenco de posibilidades que fuera más allá del acartonado y melifluo art. 60 de la timorata Ley de 1998. Eso, insisto, si es que a estas alturas queda acaso algo por redimir de esa criatura.

Se dirá que desde 2013, es decir, hace trece años, tenemos la Ley de Transparencia. Pero la experiencia vuelve a ser desoladora. Y es que sabemos que los problemas reales no se arreglan mediante normas.

El artículo 25.1 de la Constitución española y el principio de legalidad en la imposición de sanciones administrativas en los casos de sucesión de empresa: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2023, de 11 de diciembre de 2023

Santiago Larrazabal Basañez

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

Sumario. I. Introducción.—II. Los antecedentes del caso.—III. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos de imposición de sanciones administrativas cuando hay sucesión de empresa.—IV. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos de imposición de sanciones administrativas cuando hay sucesión de empresa.—V. Las argumentaciones jurídicas de las partes en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: 1. La argumentación de la parte recurrente en amparo. 2. La argumentación de la Abogacía del Estado. 3. La argumentación de la Fiscalía.—VI. La fundamentación jurídica de la Sentencia.—VII. A modo de conclusión.—VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2023, de 11 de diciembre de 2023, que, al resolver (y desestimar) un recurso de amparo, examina si la imposición de una sanción administrativa[1] a una entidad de crédito por incumplir la normativa sobre blanqueo de capitales puede aplicarse directamente, en caso de sucesión de empresa, a la entidad de crédito que la absorbió posteriormente, pero que no tuvo ninguna participación en los hechos que dieron lugar a la sanción, y si ello es compatible con el principio de legalidad sancionadora derivado del artículo 25.1 de la Constitución española (y, más en concreto, con los principios de personalidad y culpabilidad, que forman parte del contenido esencial de ese derecho).

[1] Sobre Derecho administrativo sancionador, en general, pueden consultarse: Abogacía del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2013; Burgués Pascual, A. M.ª / García Cruz, P., 2022; De Fuentes Bardají, J., 2009; Garberí Llobregat, J. / Buitrón Ramírez, G., 2021; García Gómez de Mercado, F., 2017; Gómez Tomillo, M. / Sanz Rubiales, I., 2023; González-Varas Ibáñez, S., 2023; Nieto, A., 2005; VV.AA., 2025.

ISBN: 978-84-7777-740-3

II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

El supuesto que dio lugar al recurso de amparo puede resumirse de la siguiente manera: el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, SEPBLANC) realizó una inspección al entonces existente Banco Popular SA (en adelante, Banco Popular) para verificar si cumplía con sus obligaciones de prevención del blanqueo de capitales[2]. En un informe de 26 de octubre de 2017, la inspección concluyó que habían existido determinadas deficiencias en la comunicación al SEPBLANC de operaciones «sospechosas» de blanqueo. Como consecuencia de ese informe, el 8 de mayo de 2028 se le incoó un expediente sancionador al Banco Popular. Por su parte, el 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo, había comunicado que consideraba inviable al Banco Popular, lo que supuso la resolución de la entidad, según lo previsto en el Reglamento UE 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014[3], por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un mecanismo único de resolución y un fondo único de resolución.

Por tanto, y como consecuencia de esa decisión del Banco Central Europeo, todas las acciones del Banco Popular se transfirieron al Banco Santander SA (en adelante, Banco Santander). Posteriormente, el Banco Santander absorbió al Banco Popular, absorción que se inscribió en el Registro de entidades de crédito del Banco de España el 15 de octubre de 2018 y en el Registro Mercantil de Cantabria, donde tiene su domicilio social el Banco Santander, el 28 de abril de 2019. Concluida la instrucción del procedimiento administrativo sancionador, el Consejo de Ministros impuso al Banco Santander, sucesor del Banco Popular, una sanción de 1.056.000 euros por la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 51.1.a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo[4], por no comunicar al

---

2 Sobre Derecho sancionador bancario, puede consultarse: Pemán Gavín, J., 2022.

3 Reglamento (UE) 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un mecanismo único de resolución y un fondo único de resolución y se modifica el Reglamento (UE) 1093/2010, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (en adelante, *DOUE*, L-225, de 30 de julio de 2014).

4 Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* (en adelante, *BOE*), núm. 103, de 29 de marzo de 2010. El artículo 51.1 a), tipificaba como infracción muy grave «el incumplimiento del deber de comunicación previsto en el artículo 18, cuando algún directivo o empleado del sujeto obligado hubiera puesto de manifiesto internamente la existencia de indicios o la certeza de que un hecho u operación estaba relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo».

SEPBLANC algunas operaciones que los empleados del Banco Popular habían identificado como sospechosas de blanqueo. En las alegaciones presentadas por el Banco Santander en la instrucción del procedimiento sancionador, este argumentó que no cabía responsabilizarle de los actos previos a la absorción imputables al Banco Popular, la entidad absorbida.

Al fundamentar la sanción administrativa, el Consejo de Ministros aplicó el artículo 55.1 de dicha Ley para justificar la transmisión de la sanción. Este artículo dice así: «la responsabilidad administrativa por infracción de la presente Ley será exigible aun cuando con posterioridad al incumplimiento el sujeto obligado hubiera cesado en su actividad o hubiera sido revocada su autorización administrativa para operar». Y aludió al criterio adoptado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015[5]. En esta Sentencia, relativa al Derecho de la competencia[6], se advierte del riesgo de elusión de responsabilidades si bastasen reorganizaciones societarias, cambios de denominación o alteraciones formales para impedir la exigencia de las sanciones, estableciendo que el criterio a tener en cuenta es la permanencia de la misma realidad económica y empresarial. Ya se apuntaba la cuestión que se aborda en este trabajo cuando se decía que la modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependería de que se constatase una quiebra parcial de la continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas[7]. Y añadía que el cambio de comportamiento de la empresa, tras la adquisición de la anterior, podía ser valorado como atenuante de la misma por la actuación anterior, pero ello no suponía que la empresa no hubiese incurrido en su etapa anterior en las conductas sancionables.

El Banco Santander presentó recurso de reposición contra la sanción impuesta, recurso que fue desestimado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de septiembre de 2020. Y, a continuación, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, contra los Acuerdos de 24 de mayo de 2019 y de 29 de septiembre de 2020. En su recurso alegaba que no procedía sancionarle por conductas del Banco Popular, pues los hechos acaecieron entre los años 2013 y 2015 y en ese período el Banco Santander ni intervino ni pudo intervenir en ellos.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso en su Sentencia de 25 de noviembre de 2021[8], y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

---

5 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación n.º 1973/2014, ECLI:ES:TS:2015:5531).

6 Sobre Derecho sancionador de la competencia aplicable a personas jurídicas, puede consultarse Fernández Bacariza, I., 2024.

7 Respecto al principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, puede consultarse: De Palma del Teso, A., 1996.

8 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 1385/2021, de 25 de noviembre de 2021 (recurso ordinario n.º 345/2020, ECLI:ES:TS:2021:4383).

ISBN: 978-84-7777-740-3

de la Unión Europea sobre esta materia, a la que luego aludiré, y sus propios precedentes, afirmó que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el propio Tribunal Supremo vienen admitiendo «la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de fusión por absorción y otros supuestos de permanencia o de continuidad de la actividad económica, sobre la base de la consideración de que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas»[9]. Y al apreciar la continuidad económica en la fusión por absorción del Banco Popular por parte del Banco Santander, entendió que el Banco Santander adquirió la totalidad del patrimonio activo y pasivo del Banco Popular y se convirtió en su sucesor universal, continuando su actividad económica y empresarial en su integridad.

En resumidas cuentas, que el Banco Santander adquirió la totalidad del activo y del pasivo (incluida la sanción administrativa recurrida) como un todo. Y el Tribunal Supremo estableció un criterio claro: las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas.

En opinión de Vélez Fraga (Vélez Fraga, M., 2025, pág. 847), ello nos aproxima bastante «(…) en términos prácticos a un modelo que termina siendo equivalente a un sistema de responsabilidad objetiva en que la sucesión en la responsabilidad sancionadora opera de manera idéntica a la transmisión de la responsabilidad patrimonial y contractual. De este modo, a nuestro entender, se desdibuja la especial consideración que habría de merecer la responsabilidad sancionadora y la proyección que sobre ella tienen los principios de culpabilidad y personalidad de la pena».

No es de extrañar, por tanto, que el Banco Santander recurriese en amparo ante el Tribunal Constitucional la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2021, por violación del artículo 25.1 de la Constitución en su vertiente aplicable a las sanciones administrativas, por vulneración del principio de legalidad (y en concreto, de los principios de personalidad y culpabilidad en materia sancionatoria). Como veremos, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional desestimó por unanimidad este recurso de amparo en su Sentencia 179/2023, de 11 de diciembre de 2023, que es la que estamos analizando ahora[10].

---

9 Fundamento jurídico n.º 2, párrafo n.º 4, de la Sentencia.

10 Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2023, de 11 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TC:2023:179).

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LOS CASOS DE IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS CUANDO HAY SUCESIÓN DE EMPRESA

Como han puesto de manifiesto tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, como veremos posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido construyendo una doctrina acerca de la «identidad económica sustancial» a partir de un concepto funcional de la empresa como unidad económica, poniendo el énfasis en la continuidad real de la actividad, con independencia de las modificaciones jurídicas u organizativas que puedan producirse durante el desarrollo de la misma. Este criterio va a ser decisivo para que ambos Tribunales afirmen que la transmisión de la responsabilidad por infracción entre personas jurídicas que guardan esa identidad económica sustancial entre sí no es no es contraria a los principios de culpabilidad y personalidad, derivados del principio de legalidad sancionadora, amparado por el artículo 25.1 de la Constitución española.

Analizaremos a continuación algunas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea especialmente significativas en esta materia. Comenzaré mencionando la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2007 en el caso ETI y otros[11]. Se trataba en este caso de una cuestión prejudicial presentada por el Consejo de Estado italiano, en el marco de un pleito en el que participaron la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado, el Ente Tabacchi Italiani —ETI— y varias sociedades del Grupo Philip Morris, así como la Administración autónoma de monopolios del Estado italiano, en relación con una «concertación» sobre el precio de venta de los cigarrillos.

En sus apartados 40-44 el Tribunal, declaró que «(…) cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (…) Conforme a esta jurisprudencia, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, esta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido (…) Asimismo, carece de pertinencia la circunstancia de que la transferencia de actividades no haya sido decidida por particulares,

11 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, asunto C-280/06, ECLI:EU: C:2007:775.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sino por el legislador con vistas a una privatización. En efecto, las medidas de reestructuración o de reorganización de empresas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro no pueden legalmente tener como consecuencia poner en peligro el efecto útil del Derecho comunitario de la competencia».

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de septiembre de 2009, en el caso Erste Group Bank AG y otros contra la Comisión[12], el Tribunal se pronunció sobre un recurso de casación interpuesto por varios bancos austriacos contra una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2006, que había desestimado su recurso de anulación de una sanción impuesta por la Comisión Europea en un caso de prácticas restrictivas de la competencia. En concreto, la Comisión reprochaba a dichos bancos, haber creado lo que ella denominaba la «red Lombard», es decir, un conjunto de reuniones periódicas en las que concertaban a intervalos regulares sus comportamientos en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en Austria.

En este caso, y en lo que interesa al tema que estamos analizando, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que: «(…) por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (…) Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades» (apartados 78 y 79).

En un ámbito diferente, y a raíz de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal portugués de Trabajo de Leiria, el Tribunal de Justicia dictó la Sentencia de 5 de marzo de 2015, en el caso Modelo Continente Hipermercados[13], en la que se planteaba una cuestión relativa al régimen de fusiones de sociedades anónimas y se interpretaba el artículo 19 de la

---

12 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank AG y otros contra la Comisión, en los asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07, ECLI:EU:C:2009:576.

13 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 15 de marzo de 2015, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho - Centro Local do Lis (ACT), asunto C-343/13, ECLI:EU:C:2015:146.

Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, en su versión modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 16 de septiembre de 2009[14]. El litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial tuvo lugar entre la sociedad Modelo Continente Hipermercados SA (en lo sucesivo, MCH)» y la Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), en relación con la decisión de esta de condenar a MCH por infracciones al Derecho del trabajo portugués cometidas por Good and Cheap-Comércio Retalhista SA (en lo sucesivo, Good and Cheap) antes de su absorción por MCH. Se planteaban aquí cuestiones relevantes sobre los efectos de la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente, cuando se había producido una infracción cometida por la sociedad absorbida antes de la fusión, cuando la constatación de la infracción había tenido lugar mediante una resolución administrativa posterior a dicha fusión, y si ello suponía la transmisión de la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida.

A este respecto, el Tribunal de Justicia, dijo que: «(…) por lo que atañe al contexto en el que se inscribe el concepto de «patrimonio pasivo», el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 78/855 dispone que una fusión por absorción implica *ipso iure* y, por tanto, de modo automático, no solo la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente sino también, en virtud de dicha disposición, letra c), que la sociedad absorbida deja de existir. De ello se desprende que, si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría» (apartado 28). Y añadió que: «si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados» (apartado 33).

También dijo que «(…) los accionistas de la sociedad absorbente pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obli-

14 Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L, n.º 259, de 2 de octubre de 2009.

ISBN: 978-84-7777-740-3

gaciones de la citada sociedad (apartado 34)[15]». Y concluyó, en respuesta a la cuestión prejudicial, que «el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 78/855 debe interpretarse en el sentido de que una «fusión por absorción», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva, supone la transmisión, a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión» (apartado 35).

Este criterio se ha visto reforzado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2019, en el caso Skanska Industrial Solutions Oy y otros[16], que respondía a una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo de Finlandia, en un litigio entre el Ayuntamiento de Vantaa y varias empresas (entre ellas, Skanska Industrial Solutions Oy) acerca de la reparación del perjuicio resultante de la comisión de prácticas contrarias a la competencia en el mercado de asfalto de Finlandia, en relación con la interpretación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y así, el Tribunal dijo que: «(…) en el caso de una situación de reestructuración empresarial, como la del litigio principal, en la que la entidad que cometió la infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia ya no existe, procede recordar que, cuando una entidad que ha cometido una infracción es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre esta y la nueva entidad (…) Así pues, imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando esta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal. (…) Además, el Tribunal de Justicia precisó que, a efectos de la aplicación eficaz de las normas de la Unión en materia de competencia, puede resultar necesario imputar la responsabilidad de las infracciones de esas normas al adquirente de la empresa infractora cuando esta desaparece a consecuencia de su absorción

---

15 En este sentido, aquí cabría destacar lo recomendable que puede llegar a ser en este campo introducir programas de cumplimiento o *compliance*. Los efectos de llegar a eximir de la responsabilidad o de atenuar las sanciones fueron introducidos por la reforma del Código Penal y la nueva redacción del artículo 31 *bis* del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 77, de 31 de marzo). Si este tipo de programas tienen gran importancia en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podrían llegar a tener también efectos en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que siempre sigue de cerca la normativa sancionadora penal. Sobre esta cuestión, pueden consultarse: Gómez Tomillo, M., 2017, págs. 57-88; Vilca Ravelo. L. / Zúñiga Díaz, G., 2017, págs. 397-412 y Sánchez Sánchez, Z., 2024.

16 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.ª), de 14 de marzo de 2019, Skanska Industrial Solutions Oy y otros, asunto C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204.

por aquel, quien, en su condición de sociedad absorbente, adquiere sus activos y pasivos, incluidas sus responsabilidades derivadas de infracciones del Derecho de la Unión» (apartados 38-40).

Y, por último, hay que mencionar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, Sumal[171]. Esta Sentencia respondió a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el procedimiento de Sumal SL contra Mercedes Benz Trucks España SL, también en materia de competencia, en relación con la responsabilidad de esta última por la participación de su sociedad matriz, Daimler AG, en una infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Tribunal volvió a dejar claro lo que hay que entender por carácter funcional del concepto de empresa y así, dijo que: «(…) con ello, al tener por objeto las actividades de las empresas, el Derecho de la Unión en materia de competencia consagra como criterio decisivo la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado, sin que la separación formal entre diversas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda oponerse a tal unidad a efectos de la aplicación de las normas de competencia (…) Por consiguiente, el concepto de «empresa» y, a través de este, el de «unidad económica», conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción (…) En efecto, como señaló el Abogado General, en esencia, en el punto 58 de sus conclusiones, el concepto de «empresa» empleado en el artículo 101 TFUE es un concepto funcional, y la unidad económica constitutiva de dicha empresa debe identificarse desde la perspectiva del objeto del acuerdo de que se trate (…) De cuanto antecede resulta que, en el marco de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios basada en la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, constatada por la Comisión en una decisión, una entidad jurídica que no haya sido designada en dicha decisión como autora de una infracción del Derecho de la competencia puede, no obstante, ser considerada responsable sobre este fundamento debido al comportamiento infractor de otra entidad jurídica si esas dos personas jurídicas forman parte de la misma unidad económica y constituyen, en consecuencia, una empresa, que es la autora de la infracción en el sentido de dicho artículo 101 TFUE» (apartados 41, 44, 46 y 48).

En definitiva, si el Tribunal de Luxemburgo ha llegado a decir que «imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando esta ya no existe, no es incompatible con el principio de responsabilidad personal», el criterio a seguir en el caso que estamos analizando en el caso que estamos analizando, ha quedado bastante claro.

---

17 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 6 de octubre de 2021, Sumal, asunto C-882/19, ECLI:C:2021:800.

ISBN: 978-84-7777-740-3

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS CASOS DE IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS CUANDO HAY SUCESIÓN DE EMPRESA

El caso concreto que nos ocupa y que dio lugar al recurso de amparo, fue analizado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2021[18] al resolver un recurso ordinario del Banco Santander contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de septiembre de 2020, por el que se desestimaba el recurso potestativo de reposición formulado por el Banco Santander contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2019 por el que se sancionaba al Banco Santander por la infracción muy grave del artículo 51.1.a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Esta Sentencia desestimó el recurso y, posteriormente, como ya sabemos, sería objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, caso que estamos estudiando en el presente trabajo.

La Sentencia recoge en su fundamento jurídico 2.º un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que este ha admitido, con carácter general la sucesión entre personas jurídicas de la responsabilidad por infracciones cometidas por una de ellas. Y así, comienza citando la Sentencia de 18 de abril de 1994[19]. En este caso, el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que había anulado una multa por falta de ingreso de cotizaciones a la Seguridad Social, porque entendió que la sanción administrativa debía imponerse al responsable de la infracción y no a las personas sucesoras de sus obligaciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que la sociedad absorbente (una mutua de accidentes de trabajo) debía hacerse cargo de las sanciones, pues al no existir liquidación de la sociedad absorbida (otra mutua) debía hacerse cargo por aquella en que se integró por voluntad de ambas.

Por su parte, la Sentencia de 20 de septiembre de 1996[20] dejó claro que el régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas es distinto en los casos de disolución de la persona jurídica sancionada y de fallecimiento de la persona física sancionada y entendió que ello no es contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas.

---

18 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (Sección 3.ª), de 25 de noviembre de 2021, n.º de recurso 345/2020, n.º de resolución: 1385/2021, Roj: STS 4383/2021; ECLI:ES:TS:2021:4383.

19 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 18 de abril de 1994, en el recurso de apelación 328/1991.

20 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de septiembre de 1996, en el recurso de apelación 3606/1991).

La Sentencia de 14 de febrero de 2007[21] desestimó un recurso de casación interpuesto por el Banco Santander Central Hispano, resultante de la fusión por absorción de los Bancos de Santander y Central Hispano. El nuevo Banco Santander Central Hispano rechazaba asumir las responsabilidades sancionadoras imputables al Banco de Santander, por un lado, y Central Hispano por otro. Pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso, dejó claro que la situación de las personas físicas y jurídicas en lo que respecta a la transmisibilidad de las sanciones era diferente y manifestó expresamente que «(…) la absorción de una sociedad por otra supone que el patrimonio que se transmite, activo y pasivo, engloba las sanciones ya impuestas o que puedan imponerse».

En la Sentencia de 16 de diciembre de 2015[22], el Tribunal Supremo volvió a abordar la cuestión de la sucesión en la responsabilidad por infracciones entre personas jurídicas y dejó claro, una vez más, el criterio a tener en cuenta a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas: es decir, la permanencia de una entidad económica y empresarial y la identidad sustancial entre las empresas sucesivas: «(…) la modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de denominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría (…) a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones».

En la Sentencia de 23 de noviembre de 2016[23], el Tribunal Supremo rechazó un recurso interpuesto por el Banco Santander, porque la sanción impuesta al Banco Español de Crédito (en adelante, Banesto) por una infracción muy grave en materia de blanqueo de capitales le fue transferida a él puesto que, tras un procedimiento de fusión por absorción, el Banco de Santander se fusionó con Banesto. En este caso, el Tribunal Supremo insistió en que, a diferencia de la sucesión entre personas físicas, en la que rige el principio de la personalidad en la culpabilidad, en el caso de personas jurídicas, «(…) la sucesora universal asume la totalidad de la organización de la anterior y sus consecuencias jurídicas». Y añadió: «…para que la responsabilidad infractora de una persona jurídica se extinga por su extinción requiere su liquidación… En una fusión de sociedades se opera una con-

21 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de febrero de 2007, en el recurso de casación 17/2025.

22 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de diciembre de 2015, en el recurso de casación 1973/2014.

23 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 23 de noviembre de 2016, en el recurso contencioso administrativo 1003/2015.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tinuidad intelectual de su comportamiento que se manifiesta en que, para conseguir la fusión, se produce un voluntario acuerdo de voluntades de ambas sociedades, no forzoso. Y, en consecuencia, se traduce en la incorporación de la totalidad de las relaciones jurídicas entre una sociedad y otra».

En la Sentencia de 15 de marzo de 2017[24] se abordó un supuesto de sanción por infracción muy grave de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. También en este caso se produce la transmisión de la sanción a la empresa resultante de un proceso de fusión o de absorción, aunque el ilícito fue cometido por la empresa fusionada o absorbida que, por tanto, dejó de existir como tal. El Tribunal, siguiendo su criterio de la Sentencia de 16 de diciembre de 2015, consideró que en este caso concurría también el elemento de continuidad empresarial que justificaba la transmisión de la sanción.

Y, finalmente, hay que mencionar dos sentencias de 13 de marzo de 2019[25]. Estas sentencias resolvían dos casos sobre el régimen de transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de segregación de actividad financiera y la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones bancarias de carácter especial. En estos casos la persona jurídica autora de la infracción subsistía y mantenía su personalidad jurídica. El Tribunal mantuvo, una vez más, el mismo criterio que venimos exponiendo incluso cuando «(…) conservando su personalidad jurídica, la empresa infractora cesa en el ejercicio de la actividad económica que motivó la infracción y dicha actividad económica pasa a ser desarrollada por la empresa que le sucede, pues, en estos casos, la entidad infractora, aunque no haya dejado de existir jurídicamente sí lo ha hecho económicamente».

Por todo ello, y en aplicación de su propia jurisprudencia y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes analizada, el Tribunal Supremo, manifestó en esta Sentencia de 25 de noviembre de 2021 (fundamento jurídico 2.º, párrafo 4.º y fundamento jurídico 3.º, párrafo 3.º), una vez más, que en los casos de fusión por absorción y en otros supuestos de sucesión de personas jurídicas, la responsabilidad por infracciones administrativas se transmite cuando concurran las notas de identidad económica, de permanencia o de continuidad de la actividad económica, entendiendo que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, careciendo de trascendencia que la reestructuración no se haya decidido por los particulares , sino que se haya impuesto por norma legal «(…) sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad perso-

24 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 15 de marzo de 2017, en el recurso de casación 2078/2024.

25 Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de marzo de 2019, en los recursos de casación 631/2018 y 638/2018.

nal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas».

Con posterioridad a esta Sentencia de 25 de noviembre de 2021, el Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias sobre el mismo tema, en las que reitera su doctrina. Por ejemplo, en la Sentencia de 25 de abril de 2023[26], resolvió (y desestimó) un recurso de casación interpuesto, una vez más, por el Banco Santander. El recurso se interpuso contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2021, que había desestimado a su vez el recurso interpuesto por el Banco Santander contra la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada interpuesta contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de mayo de 2019 por la que se le impuso a dicho Banco una sanción por la comisión de una sanción grave del artículo 296.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores[27], por omitir algunos datos y por presentar daños engañosos en sus informes anuales sobre la remuneración de los consejeros correspondientes a los ejercicios 2013 a 2015, en relación con los sistemas de ahorro a largo plazo y pagos por resolución de los contratos de los consejeros de la entidad.

En realidad, la sanción se impuso al Banco Popular, pero debido a la fusión por absorción del Banco Popular por parte del Banco Santander, se imputó a este la sanción. Se produjo, por tanto, la traslación de la responsabilidad sancionadora a la entidad absorbente y sucesora del Banco Popular y se volvió a plantear el asunto de la infracción de los principios de culpabilidad y personalidad de los artículos 25 de la Constitución y 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público[28] y el recurrente volvió a argumentar que la fusión por absorción y la consiguiente transmisión universal de activos y pasivos no puede determinar automáticamente y en todos los casos la transmisión a la sociedad absorbente de la responsabilidad por infracciones de la absorbida.

El Tribunal Supremo recordó, de nuevo, su jurisprudencia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la transmisión de la responsabilidad administrativa entre personas jurídicas y, una vez más, reiteró su jurisprudencia, en el sentido de admitir «(…) la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de fusión por absorción y en otros supuestos de sucesión entre personas jurídicas,

---

26 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (sección 3.ª) de 25 de abril de 2023, n.º de resolución: 516/2023, n.º de recurso 1297/2022. Roj: STS 1884/2023, ECLI:ES:TS:2023:1884.

27 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, n.º 255, de 24 de octubre de 2015.

28 Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, n.º 236, de 2 de octubre de 2015.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cuando concurran las notas de identidad económica, permanencia o continuidad de la actividad económica sobre la base de la consideración de que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas» (fundamento jurídico 2.º, apartado C).

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2026[29], declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Banco Santander contra la Sentencia de 13 de julio de 2022 dictada por la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Banco Santander contra la Resolución de 24 de mayo de 2019, de la Subsecretaría de Economía y Empresa, dictada por delegación de la ministra de Economía y Empresa, que desestimó, a su vez, el recurso de alzada contra varias sanciones dictadas por el Consejo de Gobierno del Banco de España, por la comisión de sendas infracciones, una grave y otra muy grave, tipificadas en la normativa reguladora de las entidades de crédito.

El asunto que se planteaba en este supuesto era el siguiente: durante la tramitación del procedimiento sancionador seguido contra la entidad de crédito infractora (el Banco Popular Español), se había producido una sucesión de persona jurídica (fusión por absorción por el Banco Santander). En este caso se discutía si era exigible la retroacción de actuaciones y el otorgamiento de un trámite de audiencia a la nueva persona jurídica a la que se iba a sancionar, por si pudiera producirse indefensión (y, por tanto, violación del artículo 24 de la Constitución Española) y por si se afectase lesivamente el derecho de defensa de la entidad definitivamente sancionada, infringiéndose las garantías del procedimiento administrativo, en referencia a la determinación de los presuntos responsables (garantías recogidas en los artículos 53 y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

El Tribunal Supremo recordó de nuevo su jurisprudencia, la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y ahora también la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2023, de 11 de diciembre y manifestó que «(…) la sucesión opera sobre la relación jurídica de carácter sancionador ya existente, sin exigir la reiteración de los trámites procedimentales válidamente cumplidos, La entidad absorbente no se incorpora como un nuevo interesado distinto, sino que se subroga en la posición jurídica que ocupaba la sociedad absorbida en cuanto titular de la actividad en cuyo seno se cometió la infracción (…) En estas circunstancias, esta Sala del Tribunal Supremo considera

29 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (sección tercera), de 14 de enero de 2026; n.º de recurso 7985/2022; n.º de resolución, 16/2026; Roj: STS 32//2026; ECLI:ES:TS:2026:327.

que los trámites de audiencia y defensa cumplidos en el procedimiento seguido frente a la sociedad absorbida satisfacen el derecho de defensa de la unidad económica, que constituye el único centro relevante de imputación sancionadora. La exigencia de un trámite autónomo de audiencia a la entidad absorbente, fundada exclusivamente en el cambio formal de la persona jurídica, no solo no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico, sino que, además, no resulta coherente con el régimen de transmisión de la responsabilidad sancionadora en los casos de fusiones de empresas por absorción».

Y por si quedase alguna duda, dejó claro que «no resulta jurídicamente coherente afirmar, de un lado, la continuidad material de la unidad económica a efectos sancionadores —como la Sala viene sosteniendo— y, de otro, sostener una discontinuidad procedimental que obligue a reproducir trámites esenciales ya cumplidos. La continuidad de la unidad económica impide escindir la dimensión sustantiva de la procedimental, que han de entenderse integradas en un único régimen de sucesión» (fundamento jurídico 6.º.B).

Finalmente, en el fundamento jurídico 7.º de la Sentencia, al fijar doctrina, el Tribunal dijo que, en los casos en los que, durante la tramitación de un procedimiento sancionador, se produce una sucesión universal entre personas jurídicas, la continuidad de la unidad económica permite considerar satisfechas las garantías del artículo 24 de la Constitución y los derechos reconocidos en los artículos 53 y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando esa unidad económica ha podido conocer los cargos y formular las alegaciones a través de la entidad originaria, de tal modo que la sustitución de la persona jurídica titular de la actividad, no exige habilitar un trámite autónomo de audiencia para la entidad absorbente y la ausencia de dicho trámite no supone una indefensión material que haga necesaria la retroacción de las actuaciones.

Finamente, y hasta donde llega mi conocimiento, la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre esta materia, hasta el momento en que se escriben estas líneas, es la Sentencia de 21 de abril de 2026[30]. Se trata de un nuevo recurso de casación interpuesto por el Banco Santander contra la Sentencia de la sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 16 de septiembre de 2020, por la que se desestima, a su vez, el recurso de reposición presentado por el Banco Santander contra la Orden de la ministra de Economía y Empresa de

30 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (sección 3.ª), de 21 de abril de 2026, n.º de recurso 7088/2024; n.º de resolución: 482/2026; Roj: STS 1806/2026; ECLI:ES:TS:2026:1806.

ISBN: 978-84-7777-740-3

23 de mayo de 2019, por la que se sancionaba a dicho Banco por la comisión de varias infracciones graves de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo cometidas por el Banco Popular Español, que finalmente fue objeto de una fusión por absorción por parte del Banco Santander. El Tribunal Supremo repite la misma argumentación de sentencias anteriores, su jurisprudencia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desestimando el recurso de casación y reafirmándose en la doctrina jurisprudencial expuesta constantemente en sentencias anteriores.

Y así, en el párrafo final del fundamento jurídico 8.º de la Sentencia dice, una vez más, que: «Esta jurisprudencia admite la transmisión de la responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de fusión por absorción y en otros supuestos de sucesión entre personas jurídicas, cuando concurran las notas de identidad económica, de permanencia o de continuidad de la actividad económica, sobre la base de la consideración de que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas, De modo que, en los supuestos de sucesión empresarial, la responsabilidad sancionadora no se anuda a la identidad formal de la persona jurídica, sino a la continuidad de la actividad económica en cuyo seno se cometió la infracción».

V. LAS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS DE LAS PARTES EN EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La argumentación de la parte recurrente en amparo

La parte recurrente en amparo, el Banco Santander, analiza el caso desde dos perspectivas distintas:

a) Por un lado, desde la perspectiva de la transmisión de la responsabilidad en casos de sucesión cuando hay vínculos o continuidad entre la entidad infractora y la sancionada y se esfuerza por argumentar que en este caso no existen esos vínculos o esa continuidad. Para ello, comienza afirmando que responsabilidad sancionadora y responsabilidad patrimonial son dos conceptos distintos porque la sanción administrativa tiene una finalidad de reproche y prevención, y no puede ser objetiva. Sostiene que debería haberse analizado si existían vínculos entre el antiguo Banco Popular y el Banco Santander en la fecha de comisión de la infracción sancionada, que permitiesen la transmisión de la responsabilidad administrativa y afirma que dichos vínculos no existían en ese momento, ni jurídicamente (eran personas jurídicas independientes), ni económicamente (cada uno tenía fondos y recursos diferen-

ciados), ni organizativamente (cada entidad tenía su propio procedimiento de prevención del blanqueo de capitales). La aplicación del mecanismo de resolución de entidades bancarias dio lugar al nuevo Banco Popular resultante del proceso, que era una entidad totalmente distinta a la entidad que cometió la infracción, y que luego fue vendido por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, FROB) al Banco Santander.

Citando las Sentencias del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre, y, sobre todo, la 129/2003, de 30 de junio, alude a su fundamento jurídico 8.º cuando admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, «(…) reconociéndoles así capacidad infractora, conlleva que la responsabilidad se configure sobre la capacidad de infracción y la responsabilidad». En opinión del recurrente, ello no era posible en este caso porque en aquel momento el Banco de Santander no pudo cometer ninguna infracción, dada la ausencia total de vínculos con el entonces Banco Popular. Solamente hubo una oferta en la subasta realizada por el FROB. En virtud de esa oferta, el Banco Popular fue adquirido por el Banco Santander. Sin esa oferta, el Banco Popular tendría que haber sido intervenido por el Estado, y ello hubiera sido muy costoso para las arcas públicas.

Es decir, en su opinión, esta operación fue excepcional, no fue una adquisición societaria ordinaria en la que el comprador pudiera adoptar las cautelas necesarias para cubrirse frente a eventuales responsabilidades de la sociedad comprada y esto debería tenerse en cuenta al ejercitarse la potestad sancionatoria contra el tercero adquirente, que debería resultar protegido. De hecho, el recurrente no dice que sea totalmente incompatible con el artículo 25 de la Constitución trasladar la responsabilidad sancionadora desde una sociedad que cometió la infracción a otra que le suceda en el tráfico jurídico, pero insiste en que no puede predeterminarse que siempre y en todo caso una sucesión suponga automáticamente la transmisión a la sociedad absorbente de la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida. En opinión del recurrente, la «resolución» del Banco Popular supuso la quiebra de su continuidad y su desaparición como centro de imputación de responsabilidades sancionadoras, y en este caso se ha producido una traslación objetiva de responsabilidad que considera incompatible con los principios de culpabilidad y personalidad en el procedimiento sancionador.

Posteriormente, el recurrente deja constancia de que los procedimientos de prevención del blanqueo de capitales cambiaron totalmente tras la resolución y absorción del banco, que el nuevo sistema de control ha sido considerado correcto por el SEPBLANC, que el Banco Santander fue sometido a la misma inspección realizada al Banco Popular y no se le detectaron anomalías. Finalmente, alega que el Banco Santander no ha obtenido ninguna ventaja, directa o indirecta, de la conducta sancionada, por lo que la continuación de la actividad bancaria anterior del Banco Popular no puede justificar sin más la transmisión de la responsabilidad de aquél.

ISBN: 978-84-7777-740-3

b) Hay una segunda perspectiva, totalmente distinta, para alegar la violación del derecho fundamental, aludiendo a que esta sanción no es realmente una sanción administrativa, sino que tiene carácter penal según los parámetros de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[31] en materia sancionadora y, por tanto, deberían aplicarse los principios de culpabilidad y personalidad de la pena. En este sentido, al aplicar las garantías de los artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 7 (principio de legalidad penal) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo utiliza sus propios criterios para determinar en cada caso si estamos ante en el ámbito penal o no. Estos criterios son los siguientes: la calificación jurídica de la infracción enjuiciada en el Derecho interno, la naturaleza de la infracción y la naturaleza y gravedad de la sanción aplicable. Como han explicado algunos autores (Magide Herrero, M. y Vélez Fraga, M., 2015, págs. 576 y ss.; Vélez Fraga, M., 2025, págs. 858-859), si, al aplicar estos criterios, el Tribunal considera que la sanción es penal, deben aplicarse las garantías máximas previstas en los artículos 6 y 7 del Convenio y la culpabilidad forma parte del contenido esencial del derecho a la legalidad penal (tanto en el artículo 25.1 de la Constitución española como en el artículo 7 del Convenio Europeo) y en este caso se exige la responsabilidad subjetiva (prohibiendo la responsabilidad objetiva) y, por tanto, son aplicables los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena (es decir, que se responde por hechos propios y no por los hechos de terceros).

Insiste el recurrente en que los matices o modulaciones con los que pueden aplicarse los principios del Derecho penal sobre las sanciones administrativas no podrían llegar hasta el punto de dejar de aplicar los principios de culpabilidad y personalidad. Lo relevante no sería una transferencia automática de responsabilidad por hechos de las personas físicas que actúan en representación o en nombre de la persona jurídica, sino el hecho propio de la persona jurídica, constituida por las medidas de organización interna que hubiese adoptado y, en este caso, el Banco Santander no podría ser objeto de ningún reproche en el ámbito de prevención del blanqueo de capitales.

2. La argumentación de la Abogacía del Estado

La Abogacía del Estado, en su argumentación de fondo contra el recurso de amparo, entiende, en efecto, que los principios de culpabilidad y responsabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador pro-

[31] En particular, la línea jurisprudencial que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos defendió desde la Sentencia de 8 de junio de 1976 en el asunto Engel y otros contra Holanda (ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071), en relación con los artículos 5 y 6 del Convenio y que ha continuado últimamente en la Sentencia de 30 de junio de 2020 en el asunto Saquetti Iglesias contra España (ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005051413), en la que condenó a España por la violación del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio.

híben regular supuestos de responsabilidad objetiva y exigen que la culpabilidad y la responsabilidad se acrediten mediante un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales recogidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución, entre ellas la adecuada motivación de las resoluciones sancionadoras. Pero considera que solo se violarían estas si la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en relación con la transmisión de la responsabilidad administrativa fuera irrazonable, arbitraria o ilógica y entiende que no es así, porque se ajusta a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la transmisión de responsabilidad en caso de sucesión empresarial.

En relación con la compatibilidad con el artículo 25 de la Constitución, la argumentación de la Abogacía del Estado viene a decir que, si se admitiese la interpretación del recurrente en amparo, dependería de la exclusiva voluntad de la sociedad eludir la responsabilidad mediante el simple proceso de extinguirla mediante fusión por absorción y termina afirmando que, al fin y al cabo, nadie obligó al Banco Santander a adquirir el Banco Popular.

3. La argumentación de la Fiscalía

La Fiscalía comienza sus alegaciones analizando a su vez la alegación del recurrente de que, en este caso, la sanción impuesta podría ser considerada como una sanción penal. Pues bien, incluso una posible consideración de la sanción impuesta como sanción penal y no como sanción administrativa (teniendo en cuenta que es obvio que las garantías en la aplicación del principio de legalidad en el ámbito sancionatorio son más estrictas en el ámbito penal que en el ámbito administrativo), estaría amparada por el artículo 130.2 párrafo primero, del Código Penal, que dice que: «la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella».

En su interpretación, esta regulación implica un traslado de la responsabilidad por ilícito de la empresa originaria, sin exigir (a diferencia de lo regulado en el artículo 130.2, párrafo segundo), que en la empresa resultante concurra estado alguno de injusto ni que la operación se haya realizado para eludir ningún tipo de responsabilidad. El traslado de la responsabilidad a la nueva entidad no se basa en la participación de esta en el hecho sancionable sino en la operación empresarial de transformación, fusión o absorción y en la continuidad en la actividad empresarial y el respeto a los principios de culpabilidad y responsabilidad del artículo 25.1 de la Constitución solo serían aplicables a la entidad que cometió en su momento la infracción, pero no a

ISBN: 978-84-7777-740-3

la que le ha sucedido, que tendría que soportar el traslado de la responsabilidad porque así lo dice el artículo 130.2 del Código Penal y porque participó voluntariamente en la absorción del Banco Popular. Por tanto, el tenor literal del artículo 130.2, párrafo primero del Código Penal, respaldaría la sucesión en la responsabilidad.

Posteriormente, entra en el análisis de si este caso no se considera sanción penal sino sanción administrativa. En este caso, la Fiscalía sostiene que también es aplicable el principio de culpabilidad, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre (fundamento jurídico 2.º), y afirma que la imputabilidad a la persona jurídica debe ser distinta a la de la persona física, porque es una ficción, carente de voluntad en sentido estricto, pero que, a pesar de ello, puede infringir las normas a las que está sometida y su capacidad infractora se deriva del bien jurídico protegido, de la necesidad de la eficacia de esa protección y del riesgo que debe asumir la persona jurídica sometida al cumplimiento de la norma.

Reconoce que en el ámbito administrativo sancionador no existe un precepto como el del art. 130.2 del Código Penal, pero se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la sucesión de empresa cuando hay continuidad económica y, más en concreto, en la Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (que señala que la absorción de una entidad por otra conlleva la transmisión tanto de su activo como de su pasivo, incluyendo la expectativa de sanción en la que podría incurrir aquella por actuaciones anteriores a la absorción) y de 14 de marzo de 2019, que considera que cuando hay identidad sustancial entre la antigua y nueva entidad, imputar a la segunda una responsabilidad de la primera no vulnera el principio de responsabilidad personal. De tal manera que la justificación para poder imponer una sanción administrativa a la persona jurídica sucesora no se basa en que esta hubiera realizado la conducta sancionable (cosa que no hizo), sino en la adquisición de los activos y los pasivos de la persona jurídica infractora, en la continuación de la actividad económica a la que se dedicaba la persona jurídica anterior o en ambas cosas a la vez.

VI. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

El Tribunal Constitucional comienza recordando su jurisprudencia en materia sancionadora en el fundamento jurídico 2.º de la Sentencia[32] y recuerda

[32] En lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas, destacan las siguientes sentencias: 219/1988, de 22 de noviembre, fundamento jurídico 3.º (ECLI:ES:TC:1988:219); 22/1990, de 15 de febrero, fundamento jurídico 4.º (ECLI:ES:TC: 1990:22); 76/1990, de 26 de abril, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 8.º) (ECLI:ES:TC: 1990:76); 246/1991, de 19 de diciembre, funda-

que el principio de personalidad de las sanciones, que forma parte del principio de legalidad penal (y se encuentra comprendido en el artículo 25.1 de la Constitución) implica que solo se puede responder por actos propios y no por los ajenos y que este principio está directamente ligado al principio de culpabilidad, principio estructural básico tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador, que supone la prohibición de imponer sanciones sin atender a la conducta del sancionado. Pues bien, el Tribunal insiste en que los principios de personalidad y culpabilidad, básicos para el Derecho sancionador del Estado, si bien se han desarrollado respecto a las personas físicas, también resultan aplicables a las personas jurídicas, pero de forma distinta.

Y así, recuerda que el Derecho administrativo sancionador admite la responsabilidad de las personas jurídicas[33] y que, en el caso de infracciones administrativas cometidas por las personas jurídicas, en ningún caso se ha suprimido el elemento subjetivo de la culpa, pero este principio debe ser aplicado de manera diferente a como se aplica a las personas físicas, pues las personas jurídicas son una ficción jurídica. No tienen el elemento volitivo en sentido estricto, pero pueden infringir las normas y, por tanto, se les puede reprochar dichas infracciones. Después, se dedica a hacer unas consideraciones sobre las consecuencias derivadas de la diferente naturaleza de las personas físicas y jurídicas. Pero el Tribunal no aclara demasiado cómo se aplican los principios de personalidad y culpabilidad a las personas jurídicas, dice que se aplican de forma distinta a como se les aplican a las personas físicas, pero no aclara cómo.

En el fundamento jurídico 3.º apartado a) aplica su doctrina al caso concreto enjuiciado en el recurso de amparo, para terminar desestimando el recurso de amparo presentado por el Banco de Santander, remitiéndose a la doctrina constante del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la que ya nos hemos referido anteriormente, e insistiendo, una vez más, en el criterio de que, en caso de sucesión entre personas jurídicas (en este caso, en la fusión por absorción), la responsabilidad por infracciones administrativas se transmite siempre que exista una identidad económica sustancial, es decir, cuando la actividad económica en el seno de la cual se cometió la conducta infractora (Banco Popular) continúe en el nuevo titular jurídico (Banco Santander).

---

mento jurídico 2.º (ECLI:ES:TC:1991:246); 146/1994, de 12 de mayo, fundamento jurídico 4.º B (ECLI:ES:TC:1994:146); 169/1998, de 21 de julio, fundamento jurídico 2.º (ECLI:ES:TC:1998:169); 75/2002, de 8 de abril, fundamento jurídico 4.º (ECLI:ES:TC:2002:75); 129/2003, de 30 de junio, fundamento jurídico 8.º (ECLI:ES:TC:2003:129); 86/2017, de 4 de julio, fundamento jurídico 5.º e (ECLI: ES:TC:2017:86); 74/2022, de 14 de junio, fundamento jurídico 3.º B y C (ECLI:ES:TC:2022:74).

33 Sobre esta cuestión puede consultarse, Rebollo Puig, M., 2016.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En el fundamento jurídico 3.º b) el Tribunal responde a la pregunta de por qué no se puede considerar que el criterio de la «identidad económica sustancial» como fundamento de la transmisión de la responsabilidad por infracción entre personas jurídicas, es contrario al principio de culpabilidad y personalidad de las sanciones amparado por el artículo 25.1 de la Constitución. A este respecto, dice que la jurisprudencia constitucional española ha dejado claro que esos principios son aplicables a las personas jurídicas, pero de forma distinta a como se les aplica a las personas físicas (en particular, en el fundamento jurídico 2.º de la STC 246/1991, de 19 de diciembre), y refiriéndose concretamente a su STC 50/2011, de 14 de abril, afirma la diferente naturaleza de las personas físicas y jurídicas hace que determinados actos como, por ejemplo, la fusión por absorción, solo puedan realizarse entre personas jurídicas, lo que impide un traslado automático de los conceptos acuñados para la responsabilidad de las personas físicas.

El Tribunal considera que, admitir que la disolución de una persona jurídica suponga la extinción de toda responsabilidad por infracción, como ocurre con la muerte de las personas físicas, equivaldría a permitir que se eludan las responsabilidades por la vía de continuar bajo otra forma jurídica la misma actividad en cuyo ejercicio se incurrió en la conducta típica. Según el Tribunal, la doctrina de la prevalencia sobre la sustancia o «levantamiento del velo», está presente en el artículo 130.2, párrafo primero del Código Penal, y dice que en el ámbito de las sanciones administrativas debe regir idéntica regla, porque, aunque no hay un precepto general como el del artículo 130.2 del Código Penal, el principio que la inspira está presente también en diversas normas especiales como, por ejemplo, el artículo 55.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aplicada en el caso que se analiza en este recurso de amparo; el artículo 40.5 de la Ley General Tributaria[34] o el artículo 89.2 de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito[35].

---

34 El artículo 40.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, n.º 302, de 18 de diciembre de 2003, dice que: «Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores y, en su caso, hasta el límite del valor determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo».

35 El artículo 89 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, n.º 156, de 27 de junio, afirma que:

> «1. Las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este Título.
> La responsabilidad imputable a una entidad de crédito y a los cargos de administración o dirección de la misma serán independientes. La falta de incoación de expediente sancionador o el archivo o sobreseimiento del incoado contra una entidad de crédito no

Finalmente, el Tribunal Constitucional considera que el Banco Santander admite la sucesión en la sanción «en líneas generales», pero no en este caso concreto, por las razones que se apuntan en el recurso y que el Tribunal Constitucional va desestimando una por una:

a) En relación con la singularidad del procedimiento de «resolución» bancaria, el Tribunal Constitucional considera que, mediante la transmisión en bloque del negocio, todas las relaciones del Banco Popular pasaron al banco sucesor, incluidas las operaciones en cuya gestión se cometieron las conductas sancionadas y las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales, por lo que existe una «identidad económica sustancial» entre el patrimonio empresarial del extinto Banco Popular y el Banco Santander, lo que justifica la sucesión en la responsabilidad por infracción.
b) Respecto a que el Banco Santander fue el único postor en el proceso y que evitó una costosa intervención pública, el Tribunal contesta que este no es un argumento jurídico y que la participación del Banco Santander en el proceso fue voluntaria y libre.
c) En lo que respecta a la modificación posterior de los procedimientos de control en materia de blanqueo realizada por el Banco Santander, hay que analizar cuál era la situación en el momento de realizarse las conductas sancionables. El hecho de que, posteriormente, se corrigiesen, puede tener un efecto atenuante en la sanción impuesta (como así ocurrió, al imponer una multa muy inferior a la posible), pero no elimina la responsabilidad.
d) En lo que concierne a la ausencia de beneficio derivado de la conducta infractora, el Tribunal afirma que el beneficio no integra el tipo infractor aplicado, pues la conducta sancionada era la falta de comunicación al SEPBLAC de algunas operaciones sospechosas de blanqueo. El beneficio obtenido gracias a la infracción puede jugar como criterio de graduación, pero no es requisito para incurrir en la conducta tipificada ni para que la responsabilidad se transmita al sucesor.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional consideró que no se vulneraron los principios de culpabilidad y personalidad de la pena derivados del ar-

---

afectará necesariamente a la responsabilidad en que pueden incurrir los cargos de administración o dirección de la misma, y viceversa.
2. La responsabilidad administrativa contemplada en el apartado anterior podrá alcanzar igualmente a las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa según lo previsto en el Capítulo III del Título I, y a aquellas que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Unión Europea, así como a aquellas sujetas a la obligación de notificación establecida en el artículo 17. La responsabilidad también alcanzará a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables».

ISBN: 978-84-7777-740-3

tículo 25.1 de la Constitución, y desestimó el recurso de amparo por unanimidad de los miembros de su Sala 2.ª.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es evidente que, como hemos visto a lo largo de este trabajo, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo y dado el apoyo que ha prestado a dicha doctrina el Tribunal Constitucional en la Sentencia que estamos analizando, hay que entender que la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en la sucesión de empresas y entre personas jurídicas es compatible con los principios de personalidad y culpabilidad, que forman parte del contenido esencial del principio de legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución española, si concurren las notas de identidad económica entre ellas, permanencia o continuidad de la actividad económica.

En resumen: si la sociedad absorbida o, por decirlo de una manera gráfica, «continuada» fue sancionada administrativamente, y en el proceso sancionatorio se observaron todas las garantías del proceso sancionador, la nueva sociedad que se subroga voluntariamente en su lugar lo hace «para lo bueno y para lo malo», es decir, en su activo y en su pasivo (y las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido), puesto que ya conoce (o debería conocer, a través de auditorías, programas de *compliance*, etc.) cuál es la situación de la sociedad absorbida y, por tanto, es libre de tomar la decisión de «sucederla» o no. Si lo hace, ya sabe a qué atenerse.

Las garantías constitucionales y legales en el ámbito sancionador deben aplicarse a la persona jurídica que realmente infringió la normativa y realizó la conducta sancionable, no a la persona jurídica que le sucede, que ya sabe a quién «sucede» y en qué condiciones «sucede» y, por tanto, una vez realizada la «sucesión», no puede alegar que no fue ella quien realizó la conducta sancionable y que fue sancionada por actos de otra persona jurídica con violación del principio de legalidad sancionadora. La titular del derecho es la persona jurídica «sucedida», no la «sucesora», que, tras la sucesión voluntaria, se subroga en la posición jurídica de la persona jurídica a la que sucede y continúa la actividad económica a la que se dedicaba la persona jurídica a la que sucede. Y es verdad que, si esto no fuese así, el peligro de que la sanción quedase en nada sería muy alto.

Dicho esto, en mi opinión, hay algunas interrogantes en materia de Derecho sancionador de las personas jurídicas que siguen sin despejarse del todo y que requerirían que la jurisprudencia las analizase más a fondo. Yo me centraré en esta reflexión final en una de ellas: quizá habría que explicar más y mejor en qué es y en qué no es exactamente trasladable el principio de responsabilidad o de culpabilidad de las personas físicas a las personas

jurídicas a la hora de imponerles sanciones administrativas o, dicho de otro modo, convendría que la jurisprudencia nos aclarase cómo se aplican exactamente los principios de personalidad y culpabilidad a las personas jurídicas (ya sabemos que en forma distinta a las personas físicas, por la diferente naturaleza de las personas físicas y jurídicas, que son dos supuestos distintos, claro está). Pero esta y otras preguntas siguen en el aire, así que seguiremos atentos a la labor de los Tribunales para intentar ir despejando estas incógnitas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA DEL ESTADO / DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO (2013). *Manual de Derecho administrativo sancionador*. Madrid (3.ª ed.). Ministerio de Justicia / Aranzadi.

BURGUÉS PASCUAL, A. M.ª / GARCÍA CRUZ, P. (2022). *Derecho administrativo sancionador*. Barcelona: Atelier.

DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.) (2009). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Cizur Menor: Ministerio de Justicia /Aranzadi.

DE PALMA DEL TESO, A. (1996). *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ BACARIZA, I. (2024). *Derecho sancionador de la competencia: especialidades en el caso de las personas jurídicas*. Madrid: Aranzadi.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. / BUITRÓN RAMÍREZ, G. (2021). *El procedimiento administrativo sancionador (comentarios, jurisprudencia y formularios)*. Valencia (7.ª ed.). Tirant lo Blanch.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO F. (2017). *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Granada (4.ª ed.). Comares.

GÓMEZ TOMILLO, M. (2017). «La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento». *Revista de Administración Pública*, vol. 203, págs. 57-88.

GÓMEZ TOMILLO, M. / SANZ RUBIALES, I. (2023). *Derecho administrativo sancionador. Parte General*. Cizur Menor (5.ª ed.). Aranzadi.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2023). *Derecho administrativo sancionador*. Cizur Menor: Aranzadi.

MAGIDE HERRERO, M. / VÉLEZ FRAGA, M. (2015). «Sucesión en la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas: el caso de la reestructuración del sector financiero». En RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo: Anuario 2015* (págs. 571-596). Madrid: Civitas.

NIETO, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid (4.ª ed.). Tecnos.

PEMÁN GAVÍN, J. M. (2022). *Derecho sancionador bancario: el régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*. Madrid: Iustel.

REBOLLO PUIG, M. (2016). «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. *Ius et veritas*». *Revista de la Asociación Ius et veritas*, vol. 53, págs. 220-245.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z. (2024). *Cumplimiento normativo y potestad sancionatoria. El necesario carácter subsidiario de las sanciones administrativas*. A Coruña: Colex.

ISBN: 978-84-7777-740-3

VÉLEZ FRAGA, M. (2025). «De nuevo sobre la sucesión en la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas: comentario a la STC 179/2023, de 11 de diciembre de 2023. El caso de la resolución de las entidades bancarias». En RECUERDA GIRELA, M. A. (dir.), *Anuario de Derecho Administrativo 2025* (págs. 843-868). Madrid: Civitas.

VILCA RAVELO, L. / ZÚÑIGA DÍAZ, G. (2017). «La implementación de un programa de cumplimiento efectivo como eximente o atenuante de responsabilidad por infracciones administrativas». *Derecho & Sociedad*. vol. 49, págs. 397-412.

VV.AA. (2025). *El régimen sancionador administrativo. Análisis práctico a través de la jurisprudencia*. Madrid: Aranzadi.

Mutaciones demaniales, cesiones gratuitas de bienes públicos entre administraciones y arrendamientos de bienes privados por parte de la administración. Algunas notas sobre su estatus jurídico[1]

Mariano López Benítez

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

Sumario. I. Consideraciones preliminares: mutaciones demaniales, cesiones gratuitas y arrendamientos como formas de provisión de bienes por parte de las administraciones necesitadas de ellos.—II. El desbordamiento del concepto originario de mutación demanial: mutaciones externas y subjetivas: 1. El ejercicio de las potestades demaniales en las mutaciones externas. 2. Las mutaciones subjetivas como modo peculiar de adquisición de la propiedad de un bien público. La mutación originaria como parámetro subyacente de medición.—III. Las cesiones gratuitas de bienes entre administraciones: 1. El carácter patrimonial del bien para la Administración cedente y la diversidad de fines de utilidad pública o de interés social que el bien cedido puede tener para la Administración cesionaria. 2. Cesiones gratuitas que comportan cambios de titularidad del bien. Consecuencias, en su caso, para la teoría del dominio público. 3. Problemas que se plantean en relación con las cesiones gratuitas de uso.—IV. La Administración como arrendataria de bienes de particulares y la destinación de los bienes arrendados a una finalidad de dominio público.—V. ¿Existe un principio de libre intercambiabilidad entre estas técnicas de provisión de bienes públicos?

La invitación que tan generosamente se me cursó hace unas fechas para participar en el merecido Libro Jubilar en honor del prof. Edorta Cobreros Mendazona y que tanto agradezco, junto a la acertada temática escogida para acotar y argamasar el objeto de las abundantes colaboraciones habidas al respecto, me han permitido creer que tal vez no hallase mejor momento académico que este para satisfacer una serie de inquietudes relacionadas con la institución del dominio público que desde hace muchos años me preocupaban y que, aun hoy, tras la redacción de este texto, continúan preocupándome. Ofrezco, por tanto, al prof. Edorta Cobreros el pre-

[1] El presente trabajo, ofrendado al prof. Cobreros Mendazona con ocasión de su jubilación, se inscribe dentro del Proyecto PID2022-138118NB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sente trabajo mediante el que no pretendo otra cosa que poner por escrito muchas de esas dudas, en la idea de que anunciar las dudas ya es ponerse en el camino de darles solución. Expresando estas dudas no hago sino seguir el modelo intelectual propuesto siempre en sus trabajos por el Profesor Cobreros, sobre el que quiero dejar expresa constancia aquí no sólo de la gran admiración académica que le profeso, sino también de su bonhomía, honestidad y modestia, virtudes todas que expresan el modelo universitario que siempre he querido seguir. Agradezco al tiempo al Prof. Cobreros su amistad, consejo y acogida.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: MUTACIONES DEMANIALES, CESIONES GRATUITAS Y ARRENDAMIENTOS COMO FORMAS DE PROVISIÓN DE BIENES POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES NECESITADAS DE ELLOS

No es infrecuente que la lectura de los diarios oficiales nos ofrezca ejemplos de cesiones gratuitas de bienes inmuebles entre Administraciones; tampoco resulta excesivamente raro que estas mismas Administraciones suscriban como arrendatarias contratos con particulares. La frecuencia con que se realizan estos negocios inmobiliarios contrasta, no obstante, con la escasa atención prestada por nuestra doctrina, reducida las más de las veces a referencias muy marginales efectuadas al hilo de las —por otra parte, tampoco abundantes— exposiciones sobre la enajenación de los bienes patrimoniales en general. Tampoco nuestras normas reguladoras de los bienes públicos, aunque contienen previsiones al respecto, constituyen un dechado de claridad ya que, preocupadas por la estructura sinalagmática formal de los momentos constitutivos de los mencionados negocios, se desentienden, en cambio, salvo para la cuestión de la posible reversión patrimonial, de gran parte de los contenidos vinculados al desenvolvimiento posterior de los bienes objeto de la mutación, cesión o arrendamiento operados.

Observadas estas realidades con detenimiento, es fácil constatar que los arrendamientos y las cesiones gratuitas de bienes inmuebles, pese a sus ostensibles diferencias, responden a idéntica finalidad y, desde este punto de vista teleológico, describen también realidades muy próximas a la representada por las mutaciones demaniales, salvada la disímil naturaleza jurídica del bien que constituye su objeto. Y es que, en puridad, cuando una Administración arrienda una finca o un edificio a un particular, o cuando insta de otra Administración la cesión de un inmueble patrimonial o la mutación de un bien demanial la necesidad que anima a la Administración en todos estos casos es idéntica: la importancia que el bien arrendado, cedido o mutado asume *per se* para la satisfacción de un interés público atribuible a la competencia de la Administración en cuestión. El mero repaso de

los destinos, que por parte de las Administraciones se dan a esos bienes cedidos o arrendados o mutados, muestra que la posesión del inmueble no se pretende en estos casos por un mero capricho o por una vana veleidad patrimonialista, sino porque ese inmueble va a servir de sustrato material para asentar una oficina administrativa, un dispensario de atención médica, un museo, un mercado o un centro público de usos múltiples, por citar únicamente algunos ejemplos, extraídos de nuestros diarios oficiales[2]. Es decir, para dar soporte, servir de cobijo o albergar un uso o un servicio público[3].

---

2 Una somera búsqueda en las páginas del *BOE* nos ofrece a título ejemplificativo y sin ánimo exhaustivo los siguientes resultados: cesión gratuita de la propiedad de un inmueble por parte del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura para construir sobre aquel la Aduana Intermodal de Badajoz [Resolución de 14/01/2026, *BOE* núm. 22, de 24/1]; cesión gratuita de uso de inmueble del Instituto de la Vivienda, Infraestructura y Equipamiento del Ministerio de Defensa (INVIED) al Organismo Autónomo ISFAS para instalación de delegaciones [Resolución 420/38493/2025, de 19/11, *BOE* núm. 280, de 21/11]; cesión de uso por parte de la AGE del edificio que contiene el faro de las Islas Columbretes a la Generalitat valenciana y a la Autoridad Portuaria de Castellón [Resolución 1/10/2025, *BOE* núm. 241, de 7/10]; cesión del Museo de D. Álvaro de Luna por parte de la Confederación Hidrográfica del Duero al Ayuntamiento de Arévalo como sede de un proyecto integrado LITE [Resolución 26/5/2025, *BOE* núm. 136, de 6/6]; cesión por parte del Ayuntamiento de El Ejido de un edificio para albergar la sede del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la localidad [Resolución 12/7/2021, *BOE* núm. 176, de 24/7]; cesión gratuita de un terreno por parte del Ayuntamiento de Alfaro a la Tesorería de la Seguridad Social para construir un hogar del pensionista [RD 599/1990, de 11/5, *BOE* núm. 118, de 17/5]; cesión gratuita para centro de salud [RD 575/1990, de 4/5, *BOE* núm. 112, de 10/5].

También sobre mutaciones demaniales es posible encontrar un variado repertorio. Así, en el ámbito estatal, encontramos algunos casos en que la Autoridad Portuaria concluye mutaciones demaniales con Ayuntamientos cuyo objeto es la cesión de las carreteras de acceso a distintos faros enclavados respectivamente en el término de esos municipios [Resoluciones de 23/07/2020, *BOE* núm. 200, de 23/07; de 26/10/2012, *BOE* núm. 297, de 13/12; y de 1/02/2023, *BOE* núm. 79, de 3/4]. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, hallamos, por ejemplo, las mutaciones demaniales externas por las que se adscriben parcelas demaniales de distintos municipios para oficinas del Servicio Andaluz de Empleo o para dispensarios del Servicio Andaluz de Salud [Decretos 52/2016, de 16/12, BOJA núm. 37, de 24/2, y 509/2015, de 15/12, BOJA núm. 5, de 1/1/2016]. También dentro de la Comunidad Autónoma andaluza, el Decreto 148/2025, de 17/9, BOJA núm. 183, de 23/9, recoge la mutación demanial subjetiva de una parcela denominada Conjunto Asistencial Sanitario, perteneciente a la Diputación Provincial de Jaén, a la Junta de Andalucía para la construcción de una residencia destinada a personas mayores con hijos con discapacidad.

3 En el interesantísimo y exhaustivo estudio que Chinchilla Marín, Carmen (2001), *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons, 2001, págs. 169-173, *passim*, dedicó al análisis —centrado en dos provincias— de los contenidos del Inventario Patrimonial de la Administración General del Estado, llegó a unas conclusiones, claramente extrapolables al trabajo que ahora nos ocupa, a saber: 1.ª) La proliferación de los bienes calificados en el Inventario como demaniales; 2.ª) la «cierta perplejidad» que causa el hecho de que los bienes que sirven al mismo fin ostenten una calificación distinta según cuál sea el título que se tenga sobre el bien en cuestión (propiedad o arrendamiento) y no según cuál sea el destino al que el bien sirva; y 3.ª) la cantidad de bienes cedidos gratuitamente muestra que la finalidad fiscal «no es con mucho» la principal función que cumplen los bienes patrimoniales. Pero, si importantes me parecen estas conclusiones que deduce del análisis del Inventario, análisis que adorna de expresivos ejemplos, más importante me parece aún la recapitulación final

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sin embargo, como ya hemos señalado, entre cesiones, mutaciones y arrendamientos de bienes existen diferencias muy sustanciales tanto en lo que respecta a su propia configuración como en lo que atañe a sus respectivos regímenes jurídicos. No se pretende realizar aquí una exposición pormenorizada de la regulación de cada una de estas figuras; más modestamente solo se intenta reseñar sus caracteres más esenciales para, partiendo de estas diferencias, tratar de plantear y, si fuera posible, dar respuesta a una serie de cuestiones que aparentemente no sabemos encajar bien dentro de la teoría de los patrimonios públicos tal y como tradicionalmente la tenemos aprendida. Entre estas cuestiones, está, sin duda, por un lado, la relativa al régimen jurídico al que quedan sujetos los bienes mutados, cedidos o arrendados de un particular cuando la Administración destinataria de la mutación, cesionaria o arrendataria destinen estos bienes a una finalidad que encaja plenamente dentro de lo que es la afectación a un uso o a un servicio público. Por otro lado, y estrechamente entrelazado con esta cuestión, se encuentra asimismo la relativa al recurso a estas figuras, esto es, si las Administraciones gozan de una plena discrecionalidad para recurrir en cada caso a cualquiera de estas figuras, lo que significaría consagrar en la práctica algo así como un principio de libre intercambiabilidad entre técnicas patrimoniales, o, si, por el contrario, existe una suerte de jerarquización en su elección, de manera que sólo sea posible acudir a cada una de ellas cuando se hayan agotado todas las posibilidades reales de bastarse con la que le precede en ese pretendido *ranking* de figuras.

Mutaciones demaniales, cesiones gratuitas de bienes patrimoniales y arrendamientos de bienes de particulares por parte de las Administraciones encuentran, según hemos señalado, cobijo legal en las normas reguladoras de los patrimonios públicos. A las mutaciones demaniales, la LPAP les presta atención dentro del Título III, dedicado a los bienes y derechos públicos, y más concretamente, junto a la regulación de la afectación y desafectación de los bienes demaniales (arts. 71 y 72), ubicación útil que recalca cómo las mutaciones demaniales, en cualquiera de las variantes mediante las que ha desbordado su estricto y originario concepto, siempre tienen por objeto un bien que ya es de dominio público y que continuará siéndolo tras la mutación. Las cesiones gratuitas se tratan, en cambio, a propósito de la enajenación y gravamen de los bienes patrimoniales y dentro del Título de-

---

que realiza y que no me resisto a transcribir, porque, en gran parte, reflejan la problemática que subyace en el presente trabajo: «De hecho, en el mayor número de los casos, los bienes del Estado que son calificados en el Inventario como patrimoniales son los cedidos a otros entes, los adscritos a organismos autónomos, o los arrendados por el Estado, con independencia de la función que cumplan, esto es, incluso si están afectados a un verdadero servicio público o al uso general. Son, en definitiva, los prejuicios dogmáticos —la imposibilidad de que los entes no territoriales tengan dominio público— o la incompatibilidad del dominio público con otro título que no sea la propiedad, por ejemplo, lo que puede acabar determinando la calificación de un bien del Estado como patrimonial» (págs. 172 y 173).

dicado a la gestión patrimonial (Título V, capítulo V, Sección 5.ª, arts. 145 a 151 LPAP). En ese mismo Título de la LPAP, se contemplan los arrendamientos de bienes de los particulares por parte de la Administración, los cuales son, a su vez, objeto de un capítulo específico, cuyo tratamiento recae exclusivamente sobre el arrendamiento de inmuebles (capítulo III, arts. 122 a 128). Ninguno de los preceptos enunciados reviste carácter básico según la Disposición final segunda LPAP, circunstancia que permite, en consecuencia, un amplísimo ámbito regulatorio a las Comunidades Autónomas, que, en mayor o menor medida, han sabido aprovechar, dibujando, por ejemplo, variadas tipologías de mutaciones demaniales, según que la mutación comporte únicamente cambio de afectación, cambio de titularidad o cambio de ambas cosas a la vez, o moldeando con mayor o menor amplitud el ámbito de beneficiarios de las cesiones gratuitas de bienes patrimoniales.

Pese a la diversidad existente entre la legislación estatal y las autonómicas, lo que sí permanece en todas ellas como un elemento diferenciador entre estas tres figuras es que la mutación demanial —en cualquiera de sus variantes— siempre viene referida a bienes que originariamente son de dominio público y que continuarán siéndolo tras la realización de la mutación demanial. En cambio, las cesiones gratuitas tienen por objeto bienes originalmente patrimoniales. Los arrendamientos de inmuebles por la Administración se sitúan en un espectro bien distinto, ya que forman parte original y secuencialmente del patrimonio de una persona, pública o privada, aunque, a través de la conclusión del negocio arrendaticio, se *integran* de alguna manera en el patrimonio de la Administración arrendataria, al menos, por intermediación no ya de un *ius possesionis* sino del *ius possidendi* que, por su concurso, se adquiere[4].

II. EL DESBORDAMIENTO DEL CONCEPTO ORIGINARIO DE MUTACIÓN DEMANIAL: MUTACIONES EXTERNAS Y SUBJETIVAS

1. El ejercicio de las potestades demaniales en las mutaciones externas

Esta primera aproximación legal nos proporciona valiosa información acerca de la naturaleza original poseída por los bienes inmuebles objeto de una mutación, de una cesión o de un arrendamiento en favor de la Administración, pero, como ya anticipamos, salvo excepciones, explica poco sobre

[4] Conforme a la clásica distinción entre la posesión como hecho por sí mismo protegible provisionalmente (*ius possesionis)* y el derecho a poseer derivado de la titularidad de un derecho (*ius possidendi*), el arrendamiento, al igual que los otros títulos —mutaciones y cesiones— que se estudian en este trabajo proporcionaría un verdadero derecho a poseer la cosa. Sobre esta distinción, véanse Miquel González, José. M.ª (19 : «Posesión (Derecho Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, III, págs. 4946-4952, y Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2012), *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, III (1), 8.ª ed., págs. 88 y 89.

ISBN: 978-84-7777-740-3

las vicisitudes experimentadas posteriormente por estos bienes y, en particular, tanto sobre la naturaleza jurídica que adquirirán los inmuebles concernidos tras la conclusión del negocio patrimonial llevado a término, como respecto a las potestades ejercitables sobre los mismos y los sujetos a los que corresponderá actuarlas. En el caso de las mutaciones demaniales entre Administraciones Públicas, la LPAP permite que se realicen, aunque proscribiendo que mediante ellas se altere la titularidad de los bienes objeto de la mutación (art. 71.4), posibilidad a la que, en cambio, las legislaciones autonómicas sí han abierto las puertas a través de lo que denominan mutaciones demaniales *subjetivas*, esto es, aquellas mutaciones en las que «la titularidad de los bienes y derechos demaniales de la Administración [...] podrá ser transmitida a otras Administraciones Públicas para destinarlos a un uso general o servicio público de su competencia» (art. 22.1 Ley de Patrimonio de Andalucía). Las mutaciones demaniales sin cambio de titularidad, que, respecto a los bienes estatales, la LPAP subordina a la existencia de una suerte de cláusula de reciprocidad en la legislación autonómica, no es una situación desconocida en nuestra doctrina y conecta con alguno de aquellos supuestos de disociación entre titularidad y afectación enunciados tan brillantemente por José Antonio García-Trevijano Fos[5]. El art. 75.1 del Reglamento de Patrimonio de las Administraciones Públicas, al que la LPAP remite la regulación de este tipo de mutaciones, preceptúa que «la Administración Pública a la que se hubieran afectado los bienes o derechos utilizará los mismos de acuerdo con el fin señalado y *ejercerá sobre ellos las correspondientes competencias demaniales».* Quiere decirse, en suma, que, respecto a esta categoría de mutaciones —a las que algunas normas autonómicas identifican como mutaciones *externas* para distinguirlas de las *subjetivas*—, la mutación no entroniza el bien de que se trate dentro del patrimonio de la Administración recipiendaria, o, al menos, no lo incluye como bien de su pertenencia, lo cual no obsta a que sí podamos percibir la existencia de un derecho a poseer el bien distinto del derecho de propiedad y derivado del negocio mutacional. Un *ius possesionis* que, según el art. 75.1 RPAP, no sólo legitima la utilización del inmueble por parte de la Administración destinataria de la mutación, sino también el ejercicio por esta de todas las competencias demaniales y consiguientemente de todas las prerrogativas dirigidas a la preservación del destino y la conservación e integridad del bien. y para cuyo correcto ejercicio no resultaría impertinente ni adecuado algún reflejo en el inventario de bienes.

La carencia de carácter básico de la regulación estatal en esta materia suscita no obstante soluciones diversas respecto a esto último —la competencia para el ejercicio de las potestades demaniales— por parte de las legislaciones autonómicas. Cuando se preparaba la redacción del presente trabajo, se publicaba el Acuerdo de 18 de febrero de 2026 del Consejo de

---

5 García-Trevijano Fos, José Antonio (1959), «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública,* núm. 29, págs. 11-57.

Gobierno de la Junta de Andalucía por el que se afecta por mutación demanial externa al Ayuntamiento de Estepona (Málaga) el complejo deportivo, sito en la Avenida Santo Tomás de Aquino núm. 2 de dicha localidad, con destino a equipamiento público cultural y deportivo, así como usos complementarios y auxiliares del mismo, por el tiempo en que sea destinado a dicho uso[6]. En lo que ahora nos interesa, el punto 8.º del citado Acuerdo *retiene* en la Dirección General de Patrimonio de la Administración de la Junta de Andalucía «las potestades de autotutela sobre el bien cedido, en orden al ejercicio de las prerrogativas contempladas en el capítulo IV del Título VIII de la Ley 7/2025, de 22 de diciembre», esto es, las consabidas potestades administrativas de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio. Pese a que la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía no contempla este aspecto cuando aborda la regulación de la denominada mutación demanial externa (art. 21), sí precisa en otro lugar —la regulación de la facultad de inspección— que esta «es independiente y compatible con cualquier otro derecho de supervisión que se pudiese haber establecido en un título de concesión, cesión, usufructo o *cualquier otro* que otorgue a favor de un tercero el uso o aprovechamiento sobre bienes o derechos del Patrimonio de la Comunidad Autónoma» (art. 167.1). Tal vez esta última previsión, junto a que el mencionado punto 8.º del Acuerdo de mutación demanial diga que la Dirección General de Patrimonio *conservará* el ejercicio de aquellas potestades, nos ponga sobre aviso de que lo que se opera en estos casos es una especie de concurrencia en el ejercicio de estas potestades, de manera que sean ejercitables tanto por la Administración titular del bien demanial mutado como por la Administración beneficiada por la mutación demanial. Solución —esta última— que, lejos de resultar contradictoria con la seguida por la legislación estatal, reforzaría las garantías de defensa de los bienes objeto de la mutación demanial.

2. Las mutaciones subjetivas como modo peculiar de adquisición de la propiedad de un bien público. La mutación originaria como parámetro subyacente de medición

Frente a este tipo de mutaciones, aquellas otras que no se limitan a ceder el uso del bien, sino que también traspasan su titularidad, plantean en principio menos problemas. Si, por mano de la mutación, se transfiere la titularidad del bien, ante lo que nos hallamos no es tanto ante una mutación demanial como ante la configuración de esta como un modo de adquirir la propiedad del bien, ya que el bien así adquirido se integrará en el patrimonio propio de la Administración recipiendaria como un bien demanial. Moviéndonos en la letra del art. 609 CC, estaríamos ante un modo de ad-

[6] *BOJA* núm. 36, de 23 de febrero de 2026.

ISBN: 978-84-7777-740-3

quirir la propiedad muy rayana, por lo que a continuación diré, con la donación, y concebible como una manifestación de lo que Otto Mayer muy gráficamente llamaba comercio público del dominio público[7]. Obviamente, si la Administración favorecida por la mutación asume la titularidad del bien, lo integra con tal carácter en su patrimonio, y como *dominus* del bien resulta asimismo plenamente facultada para ejercitar todas las competencias y prerrogativas demaniales previstas por el ordenamiento jurídico. La operación descrita sólo encuentra un límite, que es precisamente el que aproxima esta figura a la donación y, más en particular, con la donación modal: y es que, aunque las normas reguladoras de este tipo de mutación demanial la conciben como un instrumento válido para verificar el traspaso definitivo de la titularidad de un bien demanial, la sujetan, no obstante, a una especie de *modo* consistente en que se mantenga la vinculación al fin del bien o derecho objeto de la mutación. Con rotundidad lo expresa, por ejemplo, el art. 22.4 de la Ley de Patrimonio de Andalucía:

> «Los bienes o derechos cuya titularidad se transmita deberán destinarse al uso general o servicio público determinante de la mutación. Cuando no fuesen destinados a la finalidad establecida dentro del plazo que, en su caso, se hubiese fijado, dejasen de estarlo posteriormente, se negase su inspección, no se remitiesen los informes de seguimiento, se incumpliese cualquiera de las condiciones establecidas en la mutación demanial o llegase el término fijado, procederá su reversión a la Comunidad Autónoma de Andalucía.»

De esta guisa, podría afirmarse que el negocio mutacional no desparece del todo una vez formalizada la mutación; antes bien, subyace en un estado latente y actúa como una especie de parámetro del que la Administración originariamente titular del bien traspasado se sirve para verificar el cumplimiento de los términos de la mutación por parte de la Administración beneficiaria de la misma. La norma arriba transcrita, al igual que, en general, todas las normas que disciplinan este tipo de mutaciones demaniales suelen ser bastante parcas a la hora de determinar si esta suerte de derecho de reversión en favor de la Administración originalmente titular del bien está sujeta a límites temporales o a condicionantes de otra índole, o si, por el contrario, juega de una manera permanente e indefinida mientras persista la existencia real del inmueble traspasado. Si, como parece, esta última es la respuesta, la vinculación del bien con la finalidad para la que fue mutado deviene permanente so pena de que, en otro caso, pueda ejercitarse su reversión válidamente por parte de la Administración originariamente titular de aquél. Vinculación permanente que, desde luego, se nos antoja no sólo excesivamente rigorista, sino poco adecuada respecto al carácter mutable que

---

7 La referencia se toma del clásico trabajo de Clavero Arévalo, Manuel Francisco (1958), «La inalienabilidad del dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 25, pág. 42.

reviste el interés general al que sirve constitucionalmente la Administración y poco comprensiva también con el carácter esencialmente dinámico que reviste la potestad organizativa de la Administración, entendida como mejor ordenación en cada momento de los medios personales, reales y funcionales de los que dispone una Administración. Sorprende incluso que, entre las circunstancias que permiten el ejercicio del derecho de reversión, el art. 22.4 de la Ley de Patrimonio de Andalucía incluya la llegada del «término fijado», pues tal previsión parece alejarnos del símil de la donación modal para situarnos más propiamente ante una especie de negocio jurídico sujeto a término resolutorio. Pienso que sería necesario evitar tales rigorismos, los cuales podrían conducirnos a situaciones un tanto estrambóticas en que se ejercitase la reversión muchos años después de formalizada la mutación y cumplida con creces durante todo ese tiempo, la vinculación al fin para el que la mutación se realizó. En este sentido, pueden resultar muy enriquecedoras las enseñanzas proporcionadas a este respecto por la reforma del ejercicio de derecho de reversión en la expropiación forzosa que proporcionó, como es sabido, una redacción nueva al art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa[8].

III. LAS CESIONES GRATUITAS DE BIENES ENTRE ADMINISTRACIONES

1. El carácter patrimonial del bien para la Administración cedente y la diversidad de fines de utilidad pública o de interés social que el bien cedido puede tener para la Administración cesionaria

Si del análisis de las mutaciones demaniales pasamos al de las cesiones gratuitas interadministrativas de bienes patrimoniales, los resultados presentan diferencias muy sustanciales con respecto a aquellas. Como premisa debe indicarse que el abanico de finalidades que se abren para estas cesiones gratuitas entre Administraciones es más amplio, pues, en ge-

[8] Aunque referida únicamente a la cesión gratuita de bienes muebles, el art. 148.4, segundo inciso, nos proporciona una solución muy semejante a la propiciada, tras su reforma, por el art. 54 LEF. Señala en este sentido que «en el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente Acuerdo». El problema descrito en el texto lo apuntaba Ponce Solé, Julio (2004): «Cesión y permuta de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003,* del *Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 1.ª ed., pág. 701, nota 34, cuando, hablando de la cláusula de reversión —a la que tacha de un supuesto de ineficacia sobrevenida (pág. 700)— dice: «Nótese, sin querer profundizar en una interesante cuestión que podría llevarnos lejos, que, entonces, a falta de plazo en el acuerdo de cesión y de regulación específica en la LPAP, en realidad, cuando la cesión lo es de la propiedad sobre el bien o derecho patrimonial, esta transmisión de la propiedad podría entenderse sometida permanentemente, a la posibilidad de retorno del bien o derecho de la Administración cedente».

ISBN: 978-84-7777-740-3

neral, no se limita —como en el caso de las mutaciones demaniales— a usos o servicios públicos, sino que más ampliamente comprende «la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia» (art. 145.1 LPAP), locución muy genérica en la que hallan cabida no sólo usos y servicios públicos, sino también otros fines vinculados a políticas públicas, como, por ejemplo, la política de vivienda[9]. Esta diferenciación reviste suma importancia, especialmente por lo que atañe a la destinación última del bien cedido, cuestión muy ligada también a si la cesión gratuita es únicamente de uso o transmite también la propiedad del inmueble cedido. Recordemos que, a diferencia de las mutaciones demaniales, la premisa de la que aquí debemos partir es que el objeto de las cesiones gratuitas son bienes que para la Administración cedente poseen la cualificación de bienes patrimoniales; sin embargo, si atendemos a la información proporcionada por la praxis, no es extraño que la Administración cesionaria precise el bien cedido para el cumplimiento de una funcionalidad que entra plenamente en lo que es atención a un uso o a un servicio público.

Evidentemente cuando esto último ocurre los problemas planteados y las soluciones a los mismos son muy diferentes según que la cesión gratuita sea sólo de uso o comporte, por el contrario, una transferencia de titularidad. En abstracto, podría pensarse que estos casos nos situarían en puridad ante un falso problema, pues lo lógico es que tales necesidades se cubrieran a través del ya visto instituto de las mutaciones demaniales. No obstante, no siempre sucede así, puesto que no escasean los supuestos en que un inmueble que para la Administración cedente es bien patrimonial porque no está afecto a un uso o servicio público concreto de su respectivo haz de intereses, sin embargo, se estime idóneo por la Administración cesionaria para la implantación sobre él de un servicio público de su competencia. Pensemos, por ejemplo, en una finca rústica que la Administración cedente la emplease únicamente para la obtención de las rentas derivadas de su explotación agrícola, pero que por la Administración cesionaria se entendiese idónea por determinadas razones (climatología, estructura y composición edafológicas, extensión, capacidad para ubicar infraestructuras y laboratorios etc.) para ubicar sobre ella una instalación universitaria de investigación agroalimentaria. Huelgan explicaciones para afirmar que dicho predio rústico tendría para la Administración cedente la calificación de bien patrimonial, circunstancia que, por sí misma, impediría su mutación demanial, so pena de que se afectase con la sola finalidad de ser simultánea o posteriormente mutado. Sin embargo, tampoco son necesarias muchas explicaciones para constatar que lo que la Administración cesionaria asentará sobre la mencionada finca será un servicio público en sentido estricto. Semejante situación

9 *Vid.* González García, Julio V. (2007): «Comentario al artículo 79», *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, II, pág. 2060, y, también, Ponce Solé, Julio [2004: 694 y 695].

se da en casos en que un terreno o solar patrimonial de un Ayuntamiento se cede, por ejemplo, a la Administración autonómica para la instalación de un colegio, un instituto de enseñanza secundaria, un centro asistencial de la tercera edad o un dispensario de salud. Pero ¿qué acontece en estos casos? ¿qué calificación tiene para la Administración cesionaria el bien cedido?

2. Cesiones gratuitas que comportan cambios de titularidad del bien. Consecuencias, en su caso, para la teoría del dominio público

Como ya hemos señalado, la respuesta a estas preguntas requiere ponderar muchos factores, y, entre ellos, el primero, el relativo a si la cesión transfiere también la titularidad del bien cedido o únicamente el uso, permaneciendo la Administración cedente como propietaria del bien. Si la cesión comporta traspaso de la titularidad del bien, las consecuencias producidas no difieren en demasía de las soluciones ya alcanzadas con respecto a las denominadas mutaciones demaniales subjetivas. El bien cedido gratuitamente entrará en el patrimonio de la Administración cesionaria, que se convertirá así en su propietaria y que, en su caso, lo destinará al cumplimiento de un uso o servicio público de su competencia. Es más, podría estimarse innecesaria una posterior afectación expresa del bien, puesto que la existencia de una afectación implícita del bien en cuestión podría inferirse del propio acto de aceptación y recepción de la cesión del bien[10]. Es verdad

---

10 El carácter excesivamente hermético de las causas de afectación implícitas previstas en el art. 66.2 LPAP impide ciertamente incardinar el supuesto del que hablamos dentro de las letras c) o d), que describen prototípicamente sendos supuestos de afectaciones implícitas [López Benítez, Mariano (2019): «El régimen jurídico de los bienes de dominio público», *Derecho Administrativo. Modos y medios de la actividad* administrativa, Tecnos, 2.ª ed., pág. 237], que es lo que también cabalmente sucede en los supuestos que venimos describiendo, en los que el acuerdo de cesión incluye ya la destinación del bien cedido, haciendo, a mi parecer, innecesario seguir un ulterior procedimiento de afectación expresa. Por otra parte, tampoco los términos expresados por la letra c) del art. 66.2 LPAP me parecen del todo acertados, ya que dan la idea de que, en toda expropiación forzosa, sea la *causa expropiandi* una utilidad pública o un interés social, funciona una suerte de automatismo que integra el bien expropiado en el dominio público. Ciertamente, en la mayoría de las ocasiones, acontecerá así, particularmente en los casos en que la *causa expropiandi* sea una causa de utilidad pública. Sin embargo, es más dudoso que esta integración en el dominio público se produzca en expropiaciones motivadas por un interés social. Por ejemplo, el art. 37.3 LPHE determina que, por razones de interés social, podrán expropiarse «los inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la declaración de interés cultural o den lugar a riesgos para los mismos». Es claro que en tales casos la finalidad de la expropiación que se lleve a cabo no será otra que la demolición del inmueble que impide la óptima contemplación del monumento o del *BIC* de que se trate, sin que, bajo ningún concepto, quepa entender que ni el inmueble que va a ser demolido ni su resultado —esto es, el solar o espacio que reste tras la demolición puedan considerarse *per se* un bien demanial. En definitiva, una cosa es que la expropiación siempre sea un modo de adquisición de bienes (art. 24 LPAP) y otra muy diferente es que esa adquisición lleve siempre implícita la adquisición de la condición demanial para el bien expropiado.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que, al igual que explicamos en relación con las mutaciones demaniales, el negocio de cesión, al que parte de nuestra doctrina y jurisprudencia califica de contrato administrativo especial[11], no desaparecería del todo en estos casos, sino que, a través de la cláusula de reversión, continuaría jugando latentemente, actuando como parámetro de que los bienes cedidos han sido destinados en plazo y de manera permanente al fin o utilidad pública que funcionaron como *causa* de la cesión gratuita del bien[12].

3. Problemas que se plantean en relación con las cesiones gratuitas de uso

a) La interpretación del art. 151.2 LPAP en relación con las inscripciones registrales de los bienes cedidos gratuitamente

El problema, en cambio, resulta más arduo cuando la cesión gratuita solo es de uso, manteniendo la Administración cedente la propiedad del bien, puesto que entonces se suscitan dos importantes cuestiones: de un lado, la relativa a la naturaleza —patrimonial o demanial— que adquirirá el bien cedido tras la cesión; y, de otro lado, la atinente al régimen jurídico aplicable a los bienes cedidos. La primera de las cuestiones está íntimamente ligada al hecho de que, en muchísimas ocasiones, el destino que, por parte del cesionario se le dará al bien cedido, encajaría sin excesivos esfuerzos dentro de lo que se concibe como un uso o servicio público. Como decimos, esta cuestión no es baladí, puesto que de la naturaleza jurídica que atribuyamos al bien cedido dependerá no sólo el régimen jurídico de las potestades aplicables para la defensa de su integridad, sino también la determinación de la Administración —la cedente, la cesionaria o ambas— competente para su ejercicio. Ni la LPAP ni su Reglamento de desarrollo nos son en este punto de gran ayuda: salvando que las cesiones de esta índole

---

11 Como contrato administrativo especial lo ve López Ramón, Fernando (2012): *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas Thomson-Reuters, pág. 128. Haciéndose eco del tratamiento jurisprudencial al respecto, García Rubio, Fernando (2012): «Transmisiones gratuitas de bienes muebles e inmuebles entre Administraciones Públicas: cesiones gratuitas y mutaciones demaniales interadministrativas (II)», www.laadministracionaldia.inap.es, recoge cómo la STS de 24 de enero de 2006 lo trata como un contrato atípico de naturaleza administrativo; mientras que, en cambio, las sentencias del mismo órgano jurisdiccional de 24 de diciembre de 1985 y de 31 de octubre de 1988, las entienden como una donación modal.

12 Lo explica muy bien Gosálbez Pequeño, Humberto (2002), *Régimen jurídico general de la enajenación del patrimonio privado inmobiliario de la Administración Pública*, Lex Nova, pág. 40: «la transmisión gratuita de los bienes patrimoniales de la Administración está vinculada y sujeta no sólo a unos límites formales, procedimentales y competenciales (a semejanza de las otras modalidades de enajenación: compraventa y permuta), sino que también se encuentra afectada por un peculiar destino y fin (...). Esta especial vinculación finalista explica y justifica la preceptiva reversión del bien cedido transcurrido el plazo previsto en el acuerdo administrativo de cesión o, en su caso, acaecido el incumplimiento de las condiciones establecidas en dicho acuerdo». Sobre el tema véase también ampliamente González Bustos, M.ª Ángeles (1998), *Los bienes de propios. Patrimonio local y Administración,* Marcial Pons, págs. 149-154.

únicamente pueden tener como cesionarios a las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las fundaciones públicas (art. 145.4), el único dato que podría relacionarse con el estatus jurídico del bien cedido, una vez operada la cesión, estaría en la previsión contenida en el art. 151.2 LPAP: «Si la cesión tuviese objeto bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, se procederá a la práctica del correspondiente asiento a favor del cesionario en el Registro de la Propiedad, y no surtirá efecto la cesión en tanto no se cumplimente este requisito, para lo cual el cesionario deberá comunicar a la Dirección General de Patrimonio del Estado la práctica del asiento», práctica para la que, como se precisa más adelante, la Orden por la que se acuerde la cesión resulta título suficiente para practicar la inscripción.

Sin embargo, debe notarse que el alcance interpretativo de esta previsión legal es muy limitado, puesto que no deja del todo claro si se está refiriendo únicamente a las cesiones de propiedad o comprende también las de uso. Partiendo del deber legal existente de inscribir todos los bienes públicos inmuebles, cualquiera que sea su naturaleza, en el Registro de la Propiedad, parece obvio que la cesión de titularidad de un bien inmueble comporta para el cesionario la obligación de practicar la inscripción registral de cambio de titularidad, aun haciendo constar también las condiciones, cargas o modos gravitantes sobre el negocio de cesión de cara al eventual ejercicio del derecho de reversión por parte de la Administración cedente. A esta circunstancia es a la que alude, según creemos, el art. 151 LPAP. La cesión de titularidad del inmueble genera así una modificación de la situación registral del bien que pasa de ser propiedad de la Administración cedente a resultar propiedad de la Administración cesionaria.

Tal modificación de la titularidad registral del bien no se da, sin embargo, con respecto a las cesiones simplemente de uso. Para ellas, constituye, desde luego, un requisito necesario que la Administración cedente tenga inscrito el bien en el Registro de la Propiedad. Con rotundidad lo expresa el art. 110.1.b) RBEL cuando determina que, entre los documentos que deben formar el expediente de cesión gratuita de bienes, ha de constar «certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de patrimoniales de la Entidad Local». Ahora bien, aunque no se produzca transmisión del bien que precise modificación de la titularidad registral del bien, sí que parecería necesario que en el Registro quedase también constancia de las circunstancias que acrediten el uso y disfrute del bien cedido por parte de la Administración cesionaria. Dada la íntima vinculación existente entre el Inventario de Bienes y el Registro de la Propiedad, como manifestaciones ambas del principio de publicidad posesoria[13], es conveniente destacar las previsiones que

13 Sobre esta íntima relación, *vid.* Fernández Rodríguez, Carmen (2004): «Inventario patrimonial y régimen registral», *Comentarios a la Ley 33/2003,* del *Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 1.ªed., págs. 291-332.

ISBN: 978-84-7777-740-3

a este respecto se contienen en el RBEL, estableciendo, por una parte, la obligación de que las Corporaciones Locales formen inventario de todos sus bienes (art. 17.1), y, determinando, por otra parte, que en el mencionado inventario se reseñen, entre otros epígrafes, el relativo a los «bienes y derechos revertibles» [art. 18. 8.º], expresión que el propio RBEL explica más adelante en los siguientes términos:

1. Bajo el epígrafe de «Bienes y derechos revertibles», se reseñarán con el detalle suficiente, según su naturaleza y sin perjuicio de las remisiones a otros epígrafes y números del inventario, todos aquellos cuyo dominio o disfrute hubiere de revertir o consolidarse en la Entidad llegado cierto día o al cumplirse o no determinada condición, de modo que sirva de recordatorio constante para que la Corporación ejercite oportunamente las facultades que le correspondieren en relación con los mismos.
2. Se relacionarán en esta parte del inventario, entre otros bienes, los cedidos por la Corporación condicionalmente o a plazo, las concesiones y los arrendamientos otorgados sobre bienes municipales o provinciales (art. 28).

Como decimos, la íntima conexión existente entre el Inventario de Bienes y el Registro de la Propiedad de cara a hacer realidad el principio de publicidad posesoria de los bienes públicos, induce a pensar que debe existir una correspondencia muy fidedigna entre el contenido de la descripción de los bienes inventariados y el contenido de la inscripción registral, de modo que esta refleje también mediante el asiento pertinente las condiciones de uso y disfrute que la entidad cesionaria tenga sobre el bien cedido.

Mas, tampoco debe olvidarse que, respecto a las cesiones simplemente de uso, el bien inmueble objeto de la cesión tiene que estar inscrito previamente en el Registro de la Propiedad a nombre de la Administración cedente, de tal modo que las vicisitudes surgidas con posterioridad a la originaria inscripción registral —y, entre ellas, la propia cesión del uso en favor de la entidad cesionaria— tendrían que quedar asimismo reflejadas en la correspondiente inscripción registral. Este entendimiento daría a las previsiones del art. 151 LPAP un significado omnicomprensivo en el sentido de que abrazaría no sólo las cesiones de titularidad, sino también las de uso y disfrute de inmuebles.

b) ¿Qué régimen jurídico adquieren en estos casos los bienes cedidos gratuitamente?

No obstante, los aspectos tratados sólo abordan una parte de los problemas planteados al inicio con respecto a las cesiones gratuitas de inmuebles entre Administraciones cuando estos se destinan por la cesiona-

ria a un uso o servicio público, ya que resta la determinación de su régimen jurídico. Como ya hemos señalado, la interrogante no plantea especiales dificultades en relación con las cesiones de propiedad, puesto que, una vez ingresado el bien inmueble en el patrimonio de la entidad cesionaria, esta podrá afectarlo a un uso o servicio público, afectación que, unida a la titularidad del bien, convertirá el bien cedido en un bien demanial de la entidad cesionaria, aplicándole, por consiguiente, el régimen jurídico propio de este tipo de bienes.

Las cosas discurren de manera distinta en relación con las cesiones que sólo transfieren el uso o disfrute del bien patrimonial. Conforme a la doctrina más asentada entre nosotros en torno a los patrimonios públicos, el hecho de que la Administración cesionaria no sea la titular del bien impide, en principio, que el bien cedido pueda ser calificado por la Administración cesionaria como bien demanial aun en los casos en que el destino del bien cedido fuese su aplicación a un uso o servicio público competencia de la cesionaria[14]. Sin embargo, la derogada Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 4/1986), en algunos preceptos que, salvo error u omisión, no hallan concordancia en la vigente Ley, preveía que pasasen a ser de dominio público bienes patrimoniales que se cediesen gratuita u onerosamente a Entidades públicas para un uso o servicio público de su competencia, sin que tal cesión supusiese cambio de titularidad. Esta previsión se completaba con lo establecido por el art. 108: «cuando un bien de dominio privado pase a ser de dominio público, las relaciones jurídicas que sobre el mismo existan quedarán reguladas a partir de entonces por las normas aplicables a este tipo de bienes» [15].

---

14 Por ejemplo, así parece inferirse de las palabras de González Bustos [1998: 236]: «Ante lo expuesto se ha de hacer una referencia al supuesto de cesiones de bienes que se realizan en interés público, al poder entenderse que los bienes de propios se convertirían en bienes de servicio público. Los bienes de propios o patrimoniales no cambiarían su naturaleza, pero quedarán afectos a una finalidad pública durante el tiempo que dure la cesión o por el plazo máximo de treinta días [*sic:* años], terminado el cual los bienes revertirán a la Entidad propietaria con la categoría inicial. Por lo que se produce una afectación temporal de unos bienes patrimoniales o de propios a un servicio público que beneficia a los vecinos y a la propia Entidad Local». La explicación proporcionada por la autora citada probablemente sirva, por ejemplo, para comprender del todo la doctrina establecida por la STC 166/1998, de 15 de julio, cuando declara inembargables no sólo los bienes demaniales, sino también aquellos patrimoniales que *materialmente* estén afectos a un uso o servicios públicos. Sin embargo, aunque dote de significado a los términos —ciertamente ambiguos— de esta doctrina constitucional, deja en la penumbra muchos otros problemas y, entre ellos, los que tratamos en el texto acerca de si por estar estos bienes *materialmente* afectos a un uso o servicio públicos pudieran ejercerse sobre los mismos y por quién las potestades y prerrogativas inherentes al dominio público.

15 Decía el art. 57 de la derogada Ley de Patrimonio de Andalucía de 1986: «Podrán cederse bienes muebles o inmuebles de forma gratuita u onerosa a Entidades públicas para uso o servicio público competencia de ellas. El bien patrimonial cedido quedará así afecto a un uso o servicio público ajeno al cedente, pasando a ser de dominio público sin suponga cambio de titularidad. Tales bienes se someterán a las reglas generales establecidas en

ISBN: 978-84-7777-740-3

c) El problemático ejercicio de las potestades demaniales en los casos de cesiones gratuitas de uso en que los bienes cedidos se destinan a una finalidad de dominio público. Un ejemplo práctico: las cesiones de edificios para centros públicos de educación primaria

En definitiva, la interpretación abonada por estos preceptos es que es posible afirmar el carácter demanial de los bienes patrimoniales objeto de una cesión de disfrute destinados por la Administración cesionaria a un uso o servicio público de su competencia. El fenómeno difiere de la mutación demanial en que los bienes cedidos tienen la naturaleza de bienes patrimoniales para la Administración cedente —que conserva además la titularidad del bien— y recuperan dicha naturaleza patrimonial cuando expire la cesión. En estos casos, la integridad de los elementos constitutivos de la teoría del dominio público parece salvaguardarse a través de la afirmación de la titularidad pública del bien cedido, titularidad que continúa ostentando la Administración cedente. Conforme a ello, el funcionamiento de este tipo de cesiones de uso con posterior destinación por parte de la Administración cesionaria a un uso o servicio público de su competencia no es, en realidad, muy distinto al de las mutaciones demaniales *externas*, con la salvedad del carácter patrimonial de origen que posee el bien cedido para la Administración cedente. La particularidad reside en determinar a qué Administración compete en estos casos el ejercicio de las prerrogativas demaniales: si correspondiese como propietaria del bien a la Administración cedente, se daría la paradoja de que esta estaría ejerciendo unas potestades demaniales respecto a un bien que para ella no es demanial, sino patrimonial.

La situación descrita guarda cierta similitud con la disociación entre titularidad y afectación propiciada por la Ley de Enseñanza Primaria de 17 de julio de 1945 en relación con los edificios destinados a servicios escolares. Su denso art. 51establecía, entre otras determinaciones, que

> «El edificio-escuela puede ser de propiedad particular, municipal o del Estado.
>
> Si es propiedad particular. Las relaciones jurídicas entre el arrendador y el Municipio que, en todo caso, será el arrendatario, se regularán mediante normas distintas a las del derecho común que garanticen la permanencia del servicio público y que se fijarán con detalle en disposiciones complementarias.
>
> Si es propiedad del Municipio, no se podrá destinar el edificio escolar a otro servicio sin consentimiento del Estado.

---

esta Ley para los de naturaleza demanial, al pacto de cesión y a los que se deduzca de la norma que en su caso la haya impuesto (...) Cuando el bien deje de ser utilizado para los fines previstos, se incorporará como patrimonial a la Comunidad Autónoma». *Vid.* el comentario que Flores Domínguez, Luis Enrique (2007): «Aportación y cesión de bienes públicos a los entes institucionales de las Administraciones Públicas», *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, 2007, págs. 343 y 344.

> Si el Estado es el propietario, gozará el «edificio de la consideración de bien de dominio público».

José Antonio García-Trevijano [1959:25], que estudió con detalle este tipo de disociación entre titularidad y afectación, consideraba inexactos los términos de este artículo, pues daba la *impresión* de que en los casos en que el Municipio fuese el titular de los edificios escolares, estos serían de dominio privado, equívoco del que, en su opinión, se hacía eco el propio art. 4 del RBEL de 1955, a la hora de calificar los bienes demaniales municipales afectos a un servicio público[16]. Entendía García-Trevijano que los edificios escolares, aunque perteneciesen al municipio, formaban parte del dominio público municipal y sobre ellos la titularidad municipal era plena «en lo que no perjudique» el destino escolar [*ibidem:* 26]. Afirmando el carácter demanial *per se* del edificio escolar, la construcción de García-Trevijano salvaba, por así decirlo, los *muebles* de la construcción tradicional de la teoría del dominio público y no en balde el ejemplo estudiado se estudiaba por él como uno de los casos de lo que calificaba como supuestos de «modificaciones o mutaciones demaniales» en nuestro ordenamiento jurídico [*ibidem:* 24].

Pese al esfuerzo realizado, resultaba difícil desmentir no obstante los términos tan rotundos empleados tanto por la Ley de Enseñanza Primaria como por el RBEL, normas que se mostraban diáfanas a la hora de exceptuar la cualidad demanial para los edificios municipales destinados a la prestación de la enseñanza primaria, servicio público de carácter estatal. Sin embargo, el valioso e interesantísimo trabajo de García-Trevijano tiene el mérito indudable de subrayar en diversos pasajes la importancia que la afectación asume, una relevancia que, para el supuesto de los edificios escolares, no hace —en sus palabras— extraño que «la idea de afectación, que pertenece al Estado, domine a la titularidad, necesitándose su autorización previa para la desafectación o su modificación» [*ibidem:* 26]. Este *dominio* de la afectación tenía en la propia Ley de Enseñanza Primaria otra manifestación más, pues su art. 51 atribuía a los edificios escolares, «dado el trascendental fin al que están adscritos», todas las prerrogativas de derecho público establecidas por dicho artículo. Es decir, el precepto dejaba claro que las prerrogativas fijadas se establecían no tanto por la titularidad —municipal o estatal— del edificio escolar como por la función o servicio que a través de este edificio se prestaba.

Las normas en materia de educación posteriores a la Ley de Educación Primaria han profundizado y hecho perdurar el esquema originariamente tra-

---

16 «Son bienes de servicio público los destinados directamente al ejercicio de funciones cuya titularidad corresponda al Municipio o a la provincia, como los siguientes: a) Casas consistoriales y palacio provincial, mataderos, mercados, lonjas, alhóndigas, pósitos, escuelas, cantinas, restaurantes y, en general, los demás edificios adscritos a la prestación de servicios municipales o provinciales»

ISBN: 978-84-7777-740-3

zado por la Ley de Educación Primaria, pero incorporan, a mi juicio, determinaciones que explican mejor lo que realmente acontece en estos casos. Establece en este sentido la Disposición adicional 15.ª de la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, lo siguiente:

1. Las Administraciones educativas podrán establecer procedimientos e instrumentos para favorecer y estimular la gestión conjunta con las Administraciones locales y la colaboración entre centros educativos y Administraciones públicas.
   En lo que se refiere a las corporaciones locales, se establecerán procedimientos de consulta y colaboración con sus federaciones o agrupaciones más representativas.
2. La conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al municipio respectivo. Dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración educativa correspondiente.
3. Cuando el Estado o las Comunidades Autónomas deban afectar, por necesidades de escolarización, edificios escolares de propiedad municipal en los que se hallen ubicados centros de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, dependientes de las Administraciones educativas, para impartir educación secundaria o formación profesional, asumirán, respecto de los mencionados centros, los gastos que los municipios vinieran sufragando de acuerdo con las disposiciones vigentes, sin perjuicio de la titularidad demanial que puedan ostentar los municipios respectivos. Lo dispuesto no será de aplicación respecto a los edificios escolares de propiedad municipal en los que se impartan, además de educación infantil y educación primaria o educación especial, el primer ciclo de educación secundaria obligatoria. Si la afectación fuera parcial se establecerá el correspondiente convenio de colaboración entre las Administraciones afectadas.
4. Los municipios cooperarán con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos.
5. Las Administraciones educativas podrán establecer convenios de colaboración con las corporaciones locales para las enseñanzas artísticas. Dichos convenios podrán contemplar una colaboración específica en escuelas de enseñanzas artísticas cuyos estudios no conduzcan a la obtención de títulos con validez académica.
6. Corresponde a las Administraciones educativas establecer el procedimiento para el uso de los centros docentes, que de ellas dependan, por parte de las autoridades municipales, fuera del horario lectivo para actividades educativas, culturales, deportivas u otras de

carácter social. Dicho uso quedará únicamente sujeto a las necesidades derivadas de la programación de las actividades de dichos centros.

7. Las Administraciones educativas, deportivas y municipales, colaborarán para el establecimiento de procedimientos que permitan el doble uso de las instalaciones deportivas pertenecientes a los centros docentes o a los municipios.

Lo que nos revela la lectura de la Disposición adicional transcrita, cuyos apartados 2.º, 3.º y 6.º revisten carácter básico, es que, en estos supuestos en los que un edificio de titularidad municipal se destina por la Administración educativa competente (en la actualidad, la autonómica) a ubicar sobre ellos centros de educación infantil, primaria o especial, la titularidad demanial del municipio se construye a la vez que se perfecciona el negocio de cesión, ya que hasta este momento —y a excepción de los casos en los que el edificio en cuestión tuviese ya la calificación de demanial—, su naturaleza jurídica era la de un bien patrimonial del Municipio. Es, por tanto, el negocio de cesión el que no sólo cambia la calificación del bien, cuando la Administración educativa lo afecta al servicio escolar, sino también el que modula la naturaleza de la titularidad que el Municipio tiene sobre el bien en cuestión, que pasa de proyectarse sobre un bien patrimonial a hacerlo ahora sobre un bien demanial. En otras palabras, las cesiones de uso tienen en estos casos la virtualidad de *construir* un nuevo bien de dominio público, cuya particularidad radica en que la titularidad pública corresponde a un ente —el Municipio— y los resultados o consecuencias de la afectación demanial proporcionada por el uso recaen sobre otra Administración distinta. De este modo, los resultados finales a los que se llegan son, como vemos, muy similares a los que proporcionan las denominadas mutaciones demaniales externas, aunque con la relevante diferencia de que en estos casos es la cesión misma la que transforma la naturaleza del bien municipal *convirtiéndolo* en demanial, y la que transforma simultáneamente la relación de titularidad que el Municipio tiene con respecto al objeto dominical. El apartado 2.º de la Disposición adicional 15.ª de la Ley de Educación, a la vez que limita las facultades dominicales del Municipio sobre el bien, impidiéndole destinarlo a otros finalidades sin autorización previa de la Administración educativa[17], hace también al Municipio responsable del cuidado y de la conservación del bien[18], esto es, le atribuye en otras palabras —como titular del bien que

[17] Aunque continúa vigente el procedimiento de autorización regulado por el RD 605/1987, de 10 de abril, son bastantes también las Administraciones autonómicas que han establecido sus propias ordenaciones de este trámite, como es el caso del País Vasco a través del Decreto 77/2008, de 6 de mayo.

[18] Recuérdese cómo el art. 25.2.n) LRBRL establece «la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial» como integrante del núcleo de com-

ISBN: 978-84-7777-740-3

es— el ejercicio de las potestades y prerrogativas propiamente demaniales, confiando, en cambio, a la Administración educativa el ejercicio de aquellas potestades administrativas directamente dimanantes de la prestación del servicio público educativo. Se llega así a la gran paradoja de que la afectación del bien municipal a la prestación del servicio educativo autonómico es la que confiere a la Administración municipal las potestades demaniales sobre el edificio escolar, potestades que antes de esa dedicación no tenía por tener el bien naturaleza patrimonial.

d) La necesidad de distinguir si los bienes cedidos gratuitamente se destinan a un uso o a un servicio público

El excurso acabado de realizar acerca de lo que acontece con respecto a las cesiones de edificios municipales para albergar escuelas infantiles, de primaria o de educación especial proporciona, en nuestra opinión, algunos elementos hermenéuticos relevantes de cara a dar respuestas a las interrogantes que plantean las cesiones de uso de bienes patrimoniales destinados por la Administración cesionaria al desarrollo de un uso o servicio público de su competencia.

En primer lugar, el elemento determinante para que pueda aplicarse el régimen jurídico del dominio público a los bienes cuyo uso haya sido cedido a otra Administración es ante todo la existencia de una titularidad pública sobre el concreto bien cedido. Como subrayaba García-Trevijano Fos sin titularidad pública del bien no hay dominio público posible[19]. Pero sin afectación del bien a un uso o servicio públicos tampoco lo hay. El ejemplo de lo que ocurre en relación con los edificios escolares pone de relieve que la utilización demanial del bien derivada de su afectación no siempre beneficia necesariamente al titular del bien, aunque haya sido este último el que incluso, al menos formalmente, haya llevado a cabo el acto de afectación.

Apurando más el razonamiento, podría argüirse asimismo que, existiendo una titularidad pública del bien cedido, poco importa cuál sea la Administración —cedente o cesionaria— que lleve a cabo la afectación. En el caso de los edificios escolares destinados a centros infantiles, de primaria o

---

petencias propias de los Municipios; previsión que se encargan de recoger y recordar las normas autonómicas como el art. 9 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía. De todos modos, algunos de los problemas que, en la práctica, plantea esta fórmula es la de determinar hasta dónde llega el contenido del término «conservación o mantenimiento» del edificio y, a partir de dónde comienzan lo que serían mejoras del servicio propiamente educativo, cuyo coste habría de corresponder a la Administración educativa y dejar de gravitar sobre las entecas arcas municipales.

19 «Para que exista dominio público es preciso que la titularidad corresponda a un ente público (...) Quedan fuera, por lo tanto, aquellos bienes que, aunque estén afectados a tales fines, su titularidad pertenezca a un particular (persona física o jurídica) o, dicho de otra forma, los particulares no pueden ser titulares de bienes demaniales» (1959: 18).

de educación especial, aunque se mantenga la ficción de que quien afecta formalmente el inmueble es la Administración cedente —la municipal— aquélla se opera materialmente a instancias de la Administración educativa, hasta el punto de que, como hemos visto, la desafectación de los referidos centros escolares por parte del Municipio sólo resulta posible si cuenta con el beneplácito de la Administración educativa. De este modo, la titularidad pública deviene en realidad un término neutro, pues el elemento verdaderamente determinante es la afectación, que es el acto que rellena de contenido la propia titularidad dominical; el acto que, en definitiva, permite que pueda aplicarse el régimen del dominio público al bien cedido y que respecto a él puedan ejercitarse legítimamente las potestades y prerrogativas demaniales, bien por el mismo titular del bien —como hemos visto sucede en el caso de los edificios escolares municipales afectos a centros escolares de primera etapa—, bien por la Administración cesionaria directamente beneficiaria del uso del bien cedido[20].

Respecto a esto último resulta verdaderamente llamativo que la normativa patrimonial no aclare suficientemente y con carácter unívoco a qué Administración compete el ejercicio de las facultades demaniales en los casos en que el uso del bien cedido lo sea para su destinación a un uso público o para un servicio público competencia de la Administración cesionaria. Como ya hemos señalado, el art. 75.1 RPAP preceptúa que, respecto a las mutaciones demaniales externas, la actuación de estas facultades demaniales corresponde a «la Administración Pública a la que se hubieran afectado los bienes o derechos (que) utilizará los mismos de acuerdo con el fin señalado y *ejercerá sobre ellos las correspondientes competencias demaniales».* Sin embargo, también nos consta que no es esta la solución seguida por algunas legislaciones patrimoniales autonómicas para el mismo supuesto, las cuales optan por retener la competencia para el ejercicio de estas facultades demaniales en la Administración titular del bien objeto de la mutación externa. Por las similitudes que con las mutaciones demaniales externas guardan las cesiones —únicamente de uso— de bienes patrimoniales que

---

20 En cierta forma, podría pensarse que cobra aquí vigor la distinción que, en el ámbito del Derecho Civil se hace, entre posesión mediata e inmediata (*vid.* Díez-Picazo y Gullón [2012: 93 y 94]). Y una distinción sobre la que el Derecho civil discute extremos muy parecidos a los que ahora tratamos: el de las potestades que competen a uno y otro poseedor. Díez-Picazo y Gullón [2012: 111 y 112] sintetizan el estado de la cuestión a propósito precisamente de las dos posesiones —mediata e inmediata— que se dan en el arrendamiento. Recuerdan estos autores que, por regla, «toda lesión de la posesión mediata del arrendador es lesión de la inmediata del arrendatario», y que, si ante actos de perturbación o despojo de su posesión inmediata, la legitimación activa del arrendatario es clara, también la tiene el arrendador, en virtud de lo dispuesto por el art. 446 CC, ya que «con acierto han observado Pérez González y Alguer que desde el momento en que el precepto dispone que no está obligado a hacerlo, viene a indicar que puede hacerlo si quiere, porque si no pudiera estaría de más indicar que no está obligado». Opción de la que carecería la Administración titular del bien, habida cuenta el carácter obligado —y no facultativo— que tiene el ejercicio de las potestades administrativas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

se destinan por la Administración cesionaria a una finalidad de dominio público, podría pensarse en que tal vez no resultase inapropiado aplicar a estas las soluciones legales diseñadas para aquéllas, pese a no contar, según hemos visto, con una solución unívoca. Pero también pienso que podría hilvanarse otra solución distinta para estos casos de cesiones de uso de los que tratamos. Una solución que, a mi juicio, bascularía sobre dos ejes: por un lado, la discriminación entre si el bien, cuya utilización se ha cedido, se destina a una finalidad de uso público o se destina, en cambio, a una finalidad de servicio público. Por otro lado, la anterior discriminación podría verse reforzada si, enlazando con una idea ya anticipada, reconociésemos que el concepto de titularidad pública es en sí mismo un elemento neutro que no hay que identificar siempre y en todo caso y bajo cualquier circunstancia con la ostentación de un genuino derecho de propiedad sobre el bien de que se trate, sino que comprende también otro tipo de titularidades públicas o de derechos que justifican el *ius possidendi* que se ostenta sobre el bien[21].

Muy brillantemente, José Manuel Sala Arquer destacó hace años cómo la naturaleza discrecional o reglada y con o sin destinatarios concretos del acto de desafectación del dominio público dependía en gran manera de si el bien resultaba imprescindible para que se realizasen los derechos de los usuarios (ponía, en este sentido, como ejemplo, el uso de una playa) o de si, por el contrario, el bien constituía únicamente el soporte para la prestación de un servicio público para cuya efectividad podría ser perfectamente intercambiable con otro bien[22]. La diferenciación me parece lúcida y muy

---

21 González García, Julio V. (1998), *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, subraya cómo el derecho real (y, en particular, el derecho de propiedad) no es el único modo de regir las relaciones que unen a los bienes con los sujetos que van a utilizarlos, gestionarlos, mantenerlos y enajenarlos. Para él, el inexcusable punto de partida ha de ser el interés primordial al que vaya a servir el bien (págs. 96 y 97). En otro trabajo posterior, vuelve sobre estas ideas y se pregunta, partiendo de las cesiones gratuitas como uno de los ejemplos a considerar lo siguiente: «¿no será que la legislación, pese a aceptar ese rancio planteamiento doctrinal de que en el patrimonio de un ente público existen bienes de dominio público y bienes patrimoniales, esté reconociendo que, dadas las finalidades de los entes públicos, todos los bienes están vocados al servicio de los intereses generales y que la etiqueta demanial para estos bienes nada quiere decir» [González García, Julio V. (2004), «Enajenación y gravamen de los bienes del Patrimonio del Estado», *Comentarios a la Ley 33/2003,* del *Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 1.ª ed., pág. 648].

22 Como, a propósito de la desafectación, explicaba Sala Arquer, José Manuel (1979), *La desafectación de los bienes de dominio público,* Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 64 y 65: «El fenómeno de la mayor vinculación de la Administración en los bienes de uso público debe explicarse desde otra perspectiva (...), esta debe buscarse en la evolución de la noción de servicio público a partir del concepto de uso público. Como ha puesto de relieve Villar, el origen de la noción de servicio público arranca justamente de la aparición de un uso general y público, desligado de un bien demanial que le sirviera de soporte objetivo. Esta sustantivación del uso, que marca la diferencia entre ambos conceptos, explica la distinta amplitud de la discrecionalidad. En el uso público, lo esencial es la

aprovechable para el caso que nos ocupa. Evidentemente, no es lo mismo que el bien cedido se destine por la Administración cesionaria a un uso que a un servicio público; no es indiferente ciertamente que se ceda a un municipio el uso de una vía de acceso a un faro abandonado para que el municipio lo destine a una vía pública o a una zona de esparcimiento público a que se ceda un inmueble para su destinación a un hogar del pensionista o un centro de salud. En el primer caso, siendo el uso público del bien cedido la *prestación misma* —por así llamarla— para la que se pretendió la cesión, parece también lógico que sea la Administración cesionaria la que resulte competente para el ejercicio de las potestades demaniales o, al menos, para el ejercicio de aquellas potestades demaniales más directamente relacionadas con lo que sería la defensa y conservación de la integridad posesoria del bien, ya que es también la Administración cesionaria la que puede resultar más directamente concernida por las perturbaciones a la posesión del inmueble que puedan producirse. Esta percepción se ve reforzada, como ya he anticipado, con el *ius possidendi* del que a través de la cesión dispone el cesionario, *ius possidendi* que en sí mismo representa también la titularidad de un derecho, aunque diferente y distinto del derecho de propiedad.

En cambio, en lo que respecta a los bienes cedidos cuyo uso lo fuese para servir de soporte a la prestación de un servicio público, el ejercicio de las potestades demaniales tendentes a la conservación y defensa de la integridad del bien cedido competerían a la Administración cedente, puesto que las competencias de la Administración cesionaria se centrarían en lo que es el ejercicio más propiamente de las potestades inherentes del servicio público que se presta sobre el bien cedido. Esta es, según nos consta, la solución seguida en relación con las cesiones de edificios municipales para centros escolares de primera etapa, en la que el deber de conservación, mantenimiento y defensa del bien corresponde legalmente al municipio; deberes que se mantienen incluso para los supuestos en que, según el apartado 3.º de la Disposición adicional 15.ª de la Ley de Educación, «el Estado o las Comunidades Autónomas deban afectar, por necesidades de escolarización, edificios escolares de propiedad municipal en los que se hallen ubicados centros de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, dependientes de las Administraciones educativas, para impartir educación secundaria o formación profesional». En tales supuestos, la Administración educativa —sigue diciendo la Disposición adicional— asumirá, respecto de los mencionados centros, los gastos que los municipios vinieran sufragando de acuerdo con las disposiciones vigentes, todo ello sin per-

conservación del bien; en el servicio público, pese al soporte demanial que puede existir, lo esencial es la continuidad de la actividad, aunque los bienes afectos cambien o se sustituyan. En realidad, en ambos órdenes juegan dos principios muy distintos: en el uso, la protección de la titularidad pública; en el servicio, el principio de continuidad y la organización discrecional de aquél. Por esta razón, en el segundo caso juega también la idea de prevalencia del servicio sobre las reglas del dominio, como luce en el art. 58 RBEL».

ISBN: 978-84-7777-740-3

juicio «de la titularidad demanial que puedan ostentar los municipios respectivos».

e) Algunas conclusiones para la teoría del dominio público

Lejos de impugnar la concepción tradicional sobre los patrimonios públicos, las reflexiones anteriores pondrían servir como simiente para abonar un entendimiento que complementaría aquella concepción, en cuya virtud la titularidad pública sobre un bien —poco importa si patrimonial o demanial— constituye título suficiente *por sí misma* para atribuir al titular del derecho posesorio el conjunto de potestades vinculadas a la defensa, conservación e integridad posesoria de los bienes previsto en nuestro ordenamiento jurídico; potestades cuyo ejercicio resultaría, no obstante, modulado —generalmente para otorgarle un sentido más amplio— cuando a esa titularidad pública se suma la afectación del bien a un uso o servicio público concreto, ya que en estos últimos casos la condición demanial del bien acompañará y enmarcará el ejercicio de aquellas potestades dentro de lo que es el régimen jurídico propio de los bienes de dominio público. Régimen jurídico cuyo contenido como bien expresa el art. 132 CE resulta mucho más proteico que la simple atribución de unas concretas potestades para abarcar también la garantía de unos principios y de unas formas concretas de afectación y desafectación[23].

IV. LA ADMINISTRACIÓN COMO ARRENDATARIA DE BIENES DE PARTICULARES Y LA DESTINACIÓN DE LOS BIENES ARRENDADOS A UNA FINALIDAD DE DOMINIO PÚBLICO

Junto a las técnicas de las que hemos tratado, una Administración puede proveer sus necesidades de bienes recurriendo también al arrendamiento de aquellos que precise para el desempeño de sus funciones. Ante todo, es

---

23 En línea con lo que se apunta en el texto, Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio (2021), «Las potestades demaniales», *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, págs. 667-704, tras destacar la importancia de la afectación como «elemento más característico del régimen demanial» (pág. 674), afirma que hay, por un lado, potestades derivadas de la titularidad, comunes a los bienes patrimoniales y demaniales, y que son básicamente potestades de defensa (investigación, deslinde, recuperación y desahucio); y existen, por otro lado, las potestades propiamente demaniales, derivadas de la afectación y exclusivas de los bienes de dominio público (pág. 677). Estas últimas se concretan en las potestades de uso y utilización. En sus palabras, las potestades de uso son «las genuinas potestades demaniales, las que determinan, si no de una forma total y absoluta, sí en amplia medida, el propio sentido y razón de ser del régimen demanial respecto de muchos de los bienes que lo integran, pues a través de ellas y de los títulos habilitantes que crean, se satisfacen, de ordinario, las exigencias de la afectación, mediante la ocupación física del dominio público» (pág. 681).

necesario resaltar que, pese a su aparente claridad y tipicidad jurídicas, los propios términos «alquiler» o «arrendamiento» se utilizan en ocasiones de manera espuria o incluso se evita su mención para huir, en su lugar, hacia términos aún más espurios. Centraremos nuestra atención en la consideración de los negocios jurídicos de arrendamiento que una Administración concluye con el propietario de un bien. No trataremos, en cambio, los supuestos de los denominados arrendamientos operativos mediante los cuales una Administración desafecta y enajena un bien de su titularidad para posteriormente alquilárselo al comprador de este. Tampoco trataremos los casos en que dos Administraciones evitan el empleo del término arrendamiento, prefiriendo el empleo de circunloquios tales como el de que una Administración *cede* temporalmente a otra Administración el uso de un bien patrimonial no de manera gratuita, sino onerosa, esto es, mediando precio [González Bustos, 1998: 233]. Nos centraremos, por tanto, en los casos en que la Administración como arrendataria alquila un bien a un particular. ¿Qué sucede si el bien arrendado se destina, por ejemplo, a establecer un dispensario o una oficina administrativa? ¿qué régimen jurídico se le aplica? ¿no hay también en estos casos una afectación del bien al cumplimiento de una función pública? ¿no pesan también aquí sólidas razones de protección y continuidad del servicio público suficientes para evitar que la Administración arrendataria pueda sufrir, por ejemplo, un desahucio instado por impago de renta o por cualquiera de las causas que lucen en la legislación arrendaticia? José Antonio García-Trevijano [1959: 22-24, *passim]*, que prestó atención a este problema, destacó cómo esta realidad no era exclusiva del Derecho Administrativo, sino que también bajo el ordenamiento canónico se daban situaciones en que el inmueble que acogía un templo o una parroquia pertenecía a un particular[24]. En tales casos —señalaba— podrían plantearse teóricamente dos posturas: o pensar que automáticamente, por el hecho de la consagración, ha habido un cambio de titularidad en la propiedad de la cosa, lo que constituiría «una confiscación *ex lege*»; o entender, por el contrario, que subsiste la propiedad del particular, el cual ha cedido el bien para el culto mediante contrato. Posición, esta segunda, que García-Trevijano estimaba la «lógica y correcta» y que permitía que el particular conservase todos los

24 En apoyo de sus afirmaciones, citaba el autor los cánones núms. 1150, 1187, 1510 y 1537 del derogado Código Canónico de 1917. El contenido de estos cánones resultaba sumamente interesante a los fines de este trabajo, pues no sólo permitía la existencia de cosas sagradas sobre bienes de particulares (cn. 1150), sino que también establecía un curioso régimen de usucapión para estas cosas sagradas que se hallasen bajo dominio de los particulares, las cuales podían ser prescritas por personas privadas «quienes con todo no pueden emplearlas para usos profanos», salvo que perdiesen la consagración o bendición, circunstancia que permitía su prescripción y destinación a usos profanos, siempre que estos no fuesen indecentes (cn. 1510). El vigente Código de Derecho Canónico de 1983 prevé también en su canon núm. 1171 la posibilidad legal de que afectaciones de culto sagrado recaigan o se desarrollen sobre bienes privados: «Se han de tratar con reverencia las cosas sagradas destinadas al culto mediante dedicación o bendición, y no deben emplearse para un uso profano o impropio, aunque pertenezcan a particulares».

ISBN: 978-84-7777-740-3

derechos procesales y materiales sobre la cosa [*ibidem:* 24]. Concluía, por ello, en que «se debe afirmar que los bienes demaniales necesitan, para ser tales, de la titularidad y el destino como requisitos concurrentes, y en cuanto falte alguno de ellos nos encontraremos con bienes privados, bien de los particulares, bien de la propia Administración» [*ibidem]*.

La solución propugnada por García-Trevijano parece, sin duda, la más convincente. A diferencia de los casos considerados anteriormente en relación con las mutaciones demaniales y con las cesiones gratuitas de bienes patrimoniales, en el supuesto de los arrendamientos de bienes de los particulares por parte de la Administración, no existe, en cambio, una titularidad pública, ni tan siquiera mediata, que permita abonar la ficción de que si el bien arrendado se destina a un uso o servicio público adquiera el régimen y las potestades propias del dominio público. Sin embargo, cuesta pensar que el arrendamiento de un bien privado por parte de la Administración para *afectarlo* a un uso o servicio público tenga un régimen homologable al de cualquier otro contrato de arrendamiento entre particulares, pues cada vez en mayor medida se recurre por la Administración al alquiler de recintos privados para instalar en ellos oficinas públicas, dispensarios, ambulatorios, centros cívicos o residencias de la tercera edad, por citar sólo algunos ejemplos. La LPAP y la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) no son muy explícitas a la hora de establecer especialidades en favor de la Administración respecto a este tipo de contratos. La LPAP subraya que el ejercicio de los derechos y obligaciones propias del arrendatario competen al órgano que ocupe el inmueble, sentando alguna particularidad en lo relativo a la utilización del bien arrendado (arts. 122 y 126); presta atención al procedimiento para concertar los contratos de arrendamiento (art. 124); y, únicamente, contiene una especialidad en lo concerniente a la resolución anticipada del contrato, imponiendo al arrendador como obligatoria la novación contractual sin incremento de renta cuando un departamento ministerial se subrogue en la utilización del bien arrendado (art. 127). A excepción de la exigencia de prestar fianza[25], la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no excluye este tipo de arrendamientos de su ámbito de aplicación (art. 5)[26], no contiene especialidad alguna

25 Art. 36.6, que además constituye uno de los escasísimos preceptos que se consideran de derecho cogente y que, en consecuencia, no pueden ser excepcionados o modificados por la voluntad de las partes.

26 Antes bien, además de no figurar entre los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación por el art. 5, el art. 1 preceptúa que «la presente Ley establece el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o *a usos distintos del de vivienda»,* entendiendo por estos últimos los que tengan «como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior» y, entre ellos, los celebrados por temporada, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, «cualquiera que sean las personas que los celebren» (art. 3.2).

en favor de los contratos de arrendamientos concertados con la Administración. Además, tratándose de arrendamientos de inmuebles destinados a usos distintos al de vivienda, la LAU da preferencia absoluta a la voluntad de las partes, incluso para el desplazamiento de aquellas disposiciones que la LAU considera de derecho cogente para los arrendamientos de vivienda (art. 4, apartados 1 y 3). Sin embargo, consultados algunos de los pliegos que rigen este tipo de contrataciones no se constata, por regla, que en los mismos se contengan cláusulas exorbitantes en favor de la Administraciones arrendatarias.

La indefinición legal existente al respecto, de la que la propia jurisprudencia se hace eco, y que entrega toda su confianza a lo que, en uso de la autonomía de la voluntad, determinen las partes en los respectivos contratos de arrendamientos que suscriban, suscita importantes interrogantes, especialmente en lo atañedero a los arrendamientos de inmuebles sobre los que *materialmente* se esté desarrollando un servicio público, no tanto por el régimen bajo el que se preste dicho servicio —que será el que esté establecido en la reglamentación específica de la que disponga—, cuanto en el régimen que regule las relaciones entre el arrendador y la Administración arrendataria. Por ejemplo, el art. 35 LAU preceptúa que «el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las causas previstas en las letras a) [falta de pago de la renta], b) [falta de pago de la fianza, obligación no aplicable, como ya se ha dicho, a la Administración], d) [Realización de daños dolosos en la finca] y e) [realización en la finca de actividades molestas, insalubres, nocivas peligrosas o ilícitas] del apartado 2 del artículo 27 y por la cesión o subarriendo del local incumpliendo lo dispuesto en el artículo 32 [falta de notificación al arrendador]». Cualquiera de estos incumplimientos, habilitará, por tanto, al arrendador para instar la resolución del contrato de arrendamiento ante la jurisdicción civil. Acordada, en su caso, dicha resolución, la Administración quedará sin título posesorio para seguir prestando el servicio de que se trate sobre el inmueble objeto de la resolución: ¿qué pasará hasta tanto se provea otra dependencia, empresa que, respecto a algunos servicios públicos por las instalaciones que conllevan, requerirá de un tiempo considerable? Y, ¿si se trata del arrendamiento de una finca que haya sido destinada a un uso público, por ejemplo, un parque infantil? Tales inconvenientes, unido al hecho de la inexistencia de un marco legal claro para regular estos negocios celebrados por la Administración, tal vez obliguen a que esta sea muy cautelosa a la hora de albergar oficinas o servicios públicos sobre inmuebles arrendados; arrendamientos que deben quedar circunscritos a otras actividades y finalidades de la Administración menos comprometidas con los derechos de la ciudadanía.

ISBN: 978-84-7777-740-3

V. ¿EXISTE UN PRINCIPIO DE LIBRE INTERCAMBIABILIDAD ENTRE ESTAS TÉCNICAS DE PROVISIÓN DE BIENES PÚBLICOS?

¿Existe —por así llamarlo— un principio de libre intercambiabilidad entre todas estas técnicas patrimoniales a las que hemos venido haciendo referencia? ¿Hay, por el contrario, una suerte de jerarquización entre ellas? Ciertamente, la LPAP no establece expresamente un *ranking* o escala entre estos negocios patrimoniales. Sin embargo, atendiendo a los principios generales que inspiran la LPAP, cabría escudriñar algunas reglas que, si no para el establecimiento de una verdadera escala, sí podrían significar criterios muy valiosos a la hora de colmar aquellas necesidades de bienes padecidas por las Administraciones a cuya satisfacción se hace frente a través de las técnicas o negocios patrimoniales expuestos a lo largo de este trabajo. Los arts. 6 y 8 LPAP establecen en este sentido una serie de principios relativos a la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales y patrimoniales, respectivamente. Ambos preceptos resaltan la importancia de la cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias [arts. 6.g) y 8.1.e)], insistiendo el art. 8.1.e), respecto a la gestión y administración de los bienes patrimoniales, en que dicha colaboración y cooperación interadministrativa ha de estar orientada «a optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes». Esto último enlaza con un Título de la LPAP —el VI— dedicado a la coordinación y optimización de la utilización de los edificios administrativos, cuya virtualidad, sin embargo, al carecer de carácter básico, queda constreñida al ámbito exclusivo de la Administración General del Estado, circunstancia que no es obstáculo a que sus reglas resulten útiles para ordenar, por ejemplo, los procesos de mutaciones demaniales internas.

Centrándonos más en el aspecto interadministrativo al que hemos dedicado este trabajo, el Título VIII de la LPAP, cuyo art. 183 posee la cualidad de precepto básico, sujeta las relaciones entre Administraciones en materia patrimonial al respeto a principios tales como la lealtad institucional, la información mutua, la cooperación y asistencia y la ponderación en su ejercicio de la totalidad de los intereses públicos implicados. Es verdad que la enunciación de estos principios no difiere en demasía de las proclamas realizadas por otras muchas leyes respecto a diversas materias; pero también es cierto que, aplicados a la materia patrimonial, pueden entrañar una serie de consecuencias importantes de cara a la colaboración patrimonial entre Administraciones Públicas.

Para las Administraciones necesitadas de bienes de cara al cumplimiento de sus fines institucionales, los principios enunciados proporcionan un criterio que, más que una mera recomendación, entraña un genuino deber o mandato: el de escrutar, antes de recurrir a otras fórmulas, si otras Administraciones Públicas disponen de bienes que pudieran adecuarse a sus necesidades patrimoniales. Esta pesquisa ha de dirigirse no sólo res-

pecto a los bienes —demaniales o patrimoniales— que estén —por así decirlo— *francos* en el momento de la petición, sino también respecto a aquellos bienes que, aun estando destinados a alguna finalidad concreta por la Administración titular, pudieran resultar más adecuados, eficientes y prestar mejor servicio o rendimiento a la colectividad si se aplicasen al nuevo destino propuesto por la Administración peticionaria[27]. Creemos que el principio de buena administración de los recursos públicos obliga a desterrar una concepción meramente *propietarista* de los patrimonios públicos centrada en la rentabilidad económica de estos, para considerarlos, en cambio, como bienes integrantes de una estructura compuesta por diversos niveles que, lejos de ser impermeables entre ellos, tienden a comunicarse e intercalarse bajo el faro orientador del mejor servicio a la ciudadanía. El art. 185 LPAP, incomprensiblemente carente de carácter básico, expresa muy bien esta idea cuando, bajo el rótulo de «iniciativa de las Administraciones para la gestión de los bienes públicos» afirma:

> «En el marco de las relaciones de cooperación y coordinación, y en relación con bienes determinados, las distintas Administraciones Públicas podrán solicitar a los órganos competentes de las Administraciones titulares de los mismos la adopción, respecto de estos, de cuantos actos de gestión patrimonial, como afectaciones, desafectaciones, mutaciones demaniales, adscripciones o desadscripciones, que consideren pueden contribuir al pleno desenvolvimiento y efectividad de los principios recogidos en los artículos 6, 8 y 183 de esta Ley[28].»

---

27 Respecto a las cesiones gratuitas, el art. 145.1 LPAP dice que podrán cederse los bienes y derechos patrimoniales «cuya afectación o explotación no se juzgue previsible». Esta previsión no es, desde luego, muy favorecedora de lo que se propone en el texto, más aún si reparamos en que, aun habiendo retrocedido terreno en los últimos tiempos, la concepción del patrimonio como fuente de rendimientos económicos, instalada en nuestro ordenamiento jurídico desde las normas desamortizadoras, continúa teniendo un peso bastante importante respecto a la gestión de este tipo de bienes.

28 Como decimos en el texto, es incomprensible que, siendo básicos los otros dos preceptos que conforman este capítulo I del Título VIII de la LPAP; siendo igualmente básicos sus arts. 6 y 8.1 a los que remite el art. 185, este no tenga, en cambio, carácter básico, siendo, como es, un corolario o consecuencia de todos esos preceptos citados. Tal circunstancia constituye, en nuestra opinión, una muestra de la *frivolidad* con la que muchísimos textos normativos separan, a veces, lo básico de lo no básico [*vid.* López Benítez, Mariano (2015): «Las normas básicas y las competencias estatales del artículo 149.1.18 de la Constitución», *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel págs. 111-134]. En este caso concreto, parece haber pesado el temor a que considerar básica la iniciativa de una Administración para solicitar bienes pertenecientes a otras Administraciones pudiera entenderse lesiva a la autonomía organizativa de cada Administración. Lejos de ello, consideramos que el art. 185 —como el mismo subliminalmente dice— hace realidad muchos de los principios contenidos en el art. 8.1 LPAP —que sí tienen condición básica—: eficacia y economía en la gestión de los bienes; rentabilidad y eficacia de su explotación y, especialmente, la colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones para optimizar la utilización y el rendimiento de los bienes.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Aunque aparentemente este precepto únicamente parece referirse al tráfico de bienes demaniales, lo cierto es que no es así, puesto que, por un lado, sería absurdo que una Administración pudiese demandar de otra la realización de determinados comportamientos en relación con los bienes demaniales y no pudiera hacerlo, en cambio, respecto a los bienes patrimoniales. Antes bien, estos últimos van implícitos en las desafectaciones a las que alude el art. 185, desafectaciones que, como es notorio, convertirán los bienes de dominio público en bienes patrimoniales, haciéndolos, por consiguiente, aptos para su enajenación, cesión o para la conclusión de cualquier negocio jurídico típico o atípico en relación con los mismos.

Obviamente, el alcance del juego de este principio del que hablamos no es ilimitado. Las peticiones de bienes que se realicen a su amparo no habilitan la realización de solicitudes indiscriminadas. Por el contrario, delimitada óptimamente la necesidad de la Administración y las concretas características de los bienes apropiados para colmarla, las solicitudes deben dirigirse, en el caso de los bienes inmuebles, hacia aquellas Administraciones con las que exista una coincidencia territorial no sólo en cuanto al ámbito de sus respectivas jurisdicciones, sino también respecto a la ubicación de los bienes solicitados y al lugar en el que la Administración necesitada se proponga prestar el servicio o finalidad pública de que se trate[29].

En rigor, no puede afirmarse que nuestro ordenamiento patrimonial establezca claramente un *ranking* o escala acabados y directamente operables respecto a cómo han de desarrollarse las relaciones interadministrativas en materia patrimonial. Sin embargo, a través del juego de los principios generales que informan la LPAP, es posible extraer en nuestra opinión algunas reglas o consecuencias: la fundamental es, sin duda, que, antes de recurrir a las opciones ofrecidas por el mercado patrimonial privado —la adquisición o arrendamiento de bienes de los particulares—, la buena administración de los recursos públicos requiere agotar hasta el límite la posibilidad de cubrir las necesidades existentes mediante el recurso a los bienes —demaniales o patrimoniales— pertenecientes a otras Administraciones que estén carentes de uso o sean susceptibles de servir mejor al interés público y a la colectividad de un determinado lugar a través de su destinación a la nueva finalidad pública para la que son requeridos. La reciente Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía así lo reconoce, al menos, para la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias: «no se podrán

29 Serían aplicables aquí las palabras que González Bustos [1998: 234] dedica a los requisitos procedentes para que una cesión gratuita de bienes inmuebles patrimoniales opere en favor de entidades o instituciones públicas: «...si se tratan de entidades públicas ha de producir un beneficio para las personas que viven en el término municipal de la Entidad Local propietaria de los bienes cedidos, lo que está en armonía con la competencia territorial de un Ayuntamiento (limitada a su Municipio), donde se debe promover toda clase actividades tendentes a satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal conforme al art. 25 de la LBRL».

arrendar bienes inmuebles con destino a actividades o servicios de la Administración de la Junta de Andalucía o sus agencias mientras existan inmuebles propiedad de la Comunidad Autónoma de Andalucía disponibles para el mismo fin, o que pudieran estarlo con obras de acondicionamiento que fueran económicamente más ventajosas, siempre que sus características sean compatibles con las finalidades propuestas o las necesidades del servicio que pretende instalarse» (art. 101.1).

ISBN: 978-84-7777-740-3

La paradoja del derecho a obtener una resolución expresa: entre su reconocimiento y la erosión de silencio positivo como garantía

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Dedico este artículo a Edorta Cobreros Mendazona, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco desde 1995, con quien me unen lazos de profundo afecto, admiración y agradecimiento. Director del Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho desde enero de 2003, Edorta ha ejercido durante más de dos décadas un liderazgo sereno y generoso. Su trayectoria académica resulta sencillamente excepcional. Autor de una extensa obra científica que abarca monografías de referencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, los tratamientos sanitarios obligatorios y el régimen jurídico de la oficialidad del euskera, Director de la Revista Vasca de Administración Pública, miembro permanente de la Sección de Derecho Público de la Comisión General de Codificación y miembro durante años de la Comisión Arbitral del País Vasco, Edorta encarna como pocos la vocación universitaria en su triple dimensión de docencia, investigación y servicio a las instituciones. Estas líneas quieren ser un modesto testimonio de la deuda personal e intelectual que con él tengo contraída

Sumario. I. El derecho a una buena administración y su consagración por la jurisprudencia española: 1. El origen del derecho a una buena administración en el Derecho de la Unión Europea: el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales. 2. La recepción del principio de buena administración en la jurisprudencia española y su fundamento constitucional. 3. Los derechos procedimentales derivados del principio de la buena administración y, en particular, el derecho a una resolución en un «plazo razonable».—II. El paradójico «abandono» del silencio administrativo como garantía del derecho fundamental a la buena administración. La normalización del silencio negativo como técnica de inactividad administrativa (cómoda y segura): 1. El deber de resolver y su proyección sobre la buena administración y la tutela judicial efectiva. 2. Sentido histórico del silencio: ficción procesal y proceso contencioso-administrativo. 3. De garantía a «alternativa lícita» a la resolución expresa. 4. Causas del abuso del silencio negativo: falta de medios, incentivos y «Administración defensiva». 5. Efectos del abuso del silencio negativo sobre el administrado y sobre la jurisdicción. 6. Reacciones jurisprudenciales: avances y cuestiones pendientes: A. Plazo para recurrir e interpretación del artículo 46.1 LJCA. B. Ejecución de actos con recurso administrativo pendiente: la doctrina de la no ejecutividad sin resolución expresa. C. Costas procesales en litigios frente a desestimaciones presuntas: estado de la cuestión y crítica.—III. El silencio positivo en crisis: excepciones legales y deriva jurisprudencial: 1. Sentido y configuración del silencio positivo en la legislación básica estatal (Ley 30/1992-Ley 39/2015). 2. De regla general a excepción: expansión legal del silencio negativo. 3. Los contrapesos y límites del silencio positivo: posibilidad de revisión y lesividad, y medidas provisionales. 4. El régimen urbanístico: la cláusula de prohibición del silencio positivo *contra legem*. 5. El régimen ambiental: el silencio negativo generalizado y sus tensiones prácticas. 6. Deriva jurisprudencial: aciertos, límites y embates recientes.—IV. Algunas propuestas de *lege ferenda* y una llamada a los tribunales.—V. Bibliografía.

ISBN: 978-84-7777-740-3

I. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y SU CONSAGRACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. El origen del derecho a una buena administración en el Derecho de la Unión Europea: el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales

El cambio de siglo alumbró un nuevo valor jurídico conocido como «principio de buena administración» cuyo origen se sitúa en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, que incorporó por primera vez este derecho al catálogo de derechos de la ciudadanía de la Unión y cuya fuerza jurídica quedó consolidada cuando la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante con el Tratado de Lisboa de 2009. En realidad, con el reconocimiento por el artículo 41 de la CDFUE del derecho a una buena administración se elevan al rango «constitucional» europeo principios ya asentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la labor del Defensor del Pueblo europeo[1].

El artículo 41 reconoce en su primer apartado el derecho de toda persona a que «las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable» y, en su segundo apartado, precisa que este derecho incluye, «en particular», los siguientes derechos o «subderechos» que estaban ya bien asentados en la jurisprudencia europea, como son: el derecho «de toda persona» a que los asuntos propios sean tratados de forma «imparcial equitativamente» y «dentro de un plazo razonable» por las instituciones, órganos y organismos de la Unión; el derecho «a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de confidencialidad y del secreto profesional y comercial»; y el derecho/deber de la administración «de motivar sus decisiones».

¿Qué añade el reconocimiento por la Carta de estos derechos que engloba el más genérico de «la buena administración»? Lo más obvio y, sin duda, importante, es que adquieren rango «constitucional» europeo: quedan positivizados en el Derecho primario, son plenamente exigibles e invocables frente a las instituciones de la Unión y, cuando se aplica Derecho de la Unión, también ante las autoridades públicas de los Estados miembros (art. 52 de la CDFUE). En este sentido, si bien el tenor literal del artículo 41.1 de la Carta únicamente alude a la invocación de este derecho

[1] Sobre los orígenes del derecho a una buena administración reconocido por el artículo 41 de la CDFU y sus antecedentes en la jurisprudencia del TJUE, véanse, por todos, Ponce Solé, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001; Tomás Mallén, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, 2004 (accesible en línea), y Martín Jiménez, B., «La buena administración europea: un hallazgo inesperado para el derecho español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 227, 2025.

frente a «las instituciones y órganos de la Unión», el TJUE ha declarado que «en la medida en que refleja un principio general del derecho de la Unión, conlleva exigencias que los Estados miembros han de respetar cuando ponen en práctica el Derecho de la Unión» (Sentencia de 15 de junio de 2023, asunto C-721/21).

Pero, además, el hecho de que hayan reconocido conjuntamente estos derechos bajo el principio de la buena administración suponen realzar la importancia de una actuación administrativa eficaz y respetuosa con el ciudadano, situando esta exigencia al mismo nivel que otros derechos fundamentales, como el de la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial (art. 47 de la Carta). Con ello, como destaca J. Ponce Solé, se «busca superar una visión de la actividad administrativa que, dando por supuesto que no puede ser arbitraria, todavía parece aceptarse en algunos ámbitos que pueda ser ejercida de cualquier modo y con cualquier resultado por el decisor administrativo».

Así lo confirma la construcción de la buena administración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un principio o pauta orientadora de la actuación administrativa, sin perjuicio del carácter de derechos subjetivos que revisten sus manifestaciones. En esta dimensión objetiva, que conserva tras su consagración en la CDFUE, la buena administración se configura «como un estándar de diligencia que debe seguir la Administración europea en el tratamiento de los asuntos, el buen hacer administrativo»[2].

2. La recepción del principio de buena administración en la jurisprudencia española y su fundamento constitucional

Este principio general de la buena administración ha sido incorporado con entusiasmo a nuestro derecho por la jurisprudencia de la sección segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha extendido sus efectos más allá de la aplicación del derecho de la Unión Europea. Se citan, como *leading cases* en la materia tres sentencias del año 2017 que invocan este principio en sus argumentaciones, la Sentencia de 17 de abril de 2017 (rc. 785/2016; ponente, José Antonio Montero), en relación con una conducta meramente pasiva de la Administración en el deber de comprobar si la obligación principal estaba satisfecha antes de liquidar o exigir retenciones o ingresos a cuenta, afirma que «le era exigible a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, por exigirlo el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efec-

[2] Martín Jiménez, B., *ob. cit.*, pág. 83.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente» (en el mismo sentido, SSTS de 14 de febrero de 2017, rec. 2379/2015, y de 5 de diciembre de 2017, rec. 1797/2016).

Esta sentencia invocaba el principio para reforzar su argumentación por su «tan arraigada raigambre en el Derecho Europeo forjado en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y plasmado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», pero lo consideraba «aún no aplicable al caso en concreto que nos ocupa dado su ámbito material», si bien apuntaba ya hacia su proyección práctica, en cuanto «principio implícito en la Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015».

En los años siguientes, se fue consumando la que J. Ponce Solé califica como «revolución silenciosa» en la jurisprudencia, tanto del TJUE como del TEDH y del Tribunal Supremo, que «han pasado en los últimos años de controlar la discrecionalidad en base meramente al principio de interdicción de la arbitrariedad, entendido como ilegalidad de lo no motivado y de lo irracional, a un control más sutil y exigente, comprobando la diligente ponderación de alternativas e intereses implicados y una motivación que no solo exista y sea racional, sino además suficiente y congruente con el expediente»[3].

Estamos, por consiguiente, ante un nuevo y poderoso instrumento de control de la discrecionalidad administrativa, dotado de reconocimiento expreso en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y que nuestra jurisprudencia ha ampliado a todo el actuar administrativo, sea o no en aplicación del derecho europeo, por considerar que se trata de un derecho implícito en la Constitución, concretamente en sus artículos 9.3, 103 y 106. Así lo vio ya, de forma preclara, el profesor Luis Martín Rebollo cuando afirmó que el derecho o interés *prima facie* afectado por la acción o inacción administrativa que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración es «el derecho al buen funcionamiento de una Administración cuya función es *servir*» (art. 103 CE)[4].

El reconocimiento de la base constitucional del principio de buena administración, en cuanto implícito en nuestra Carta Magna, es actualmente una cuestión pacífica, que cuenta con un reiterado reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cabe destacar, en este sentido, la Senten-

---

3 «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017», en *Revista de Administración Pública,* núm. 221, pp. 163 y ss.

4 Martín Rebollo, L. (1999), «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, pp. 317 y ss. Tomo la indicación de la cita de Ponce Solé, J., *ob. ult. cit.*

cia 1309/2020, de la sección segunda, de 15 de octubre de 2020 (ponente, Jesús Cudero Blas), que sienta la siguiente doctrina:

> «Es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42), constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y —como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones— no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene —debe tener— plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos.»

Desde entonces, varios pronunciamientos de esta Sala y sección del Tribunal Supremo invocaron y aplicaron de forma decidida este principio, que adquirió además efectividad al dotársele de unos contornos más definidos, referidos a los deberes concretos que comporta para la Administración, tal como los define el artículo 41.2 de la CDFUE. En este sentido, el magistrado J. Cudero Blas[5] destaca la declaración contenida en la Sentencia de 18 de diciembre de 2019 (rec. 4442/2018): «Del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa, sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable».

Un auténtico punto de inflexión en la consolidación del principio de buena administración como garantía dotada de auténtica eficacia jurídica fue la Sentencia de la sección segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020 (rec. 5751/2017, ponente Francisco José Navarro Sanchís) que declaró que «de la recta interpretación del principio de ejecutividad, y sus límites, así como del régimen del silencio administrativo (…), así como el principio de buena administración, que cursa más bien como una especie de metaprincipio jurídico inspirador de otros», resulta que «la Administración, cuando pende ante ella un recurso o impugnación administrativa, potestativo u obligatorio, no puede dictar providencia de apremio sin

---

5 Véase Cudero Blas, J. (2019), «El principio de buena administración en la reciente jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia tributaria», en *Anuario de buen gobierno y de la calidad de la regulación*, Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 1.

ISBN: 978-84-7777-740-3

resolver antes ese recurso de forma expresa, como es su deber, pues el silencio administrativo no es sino una mera ficción del acto a efectos de abrir frente a esa omisión las vías impugnatorias pertinentes en cada caso».

Si bien el objeto del recurso era, en el caso resuelto por la sentencia, una liquidación tributaria que se pretendía hacer efectiva mediante providencia de apremio, su doctrina parece extensible a la ejecución de cualquier acto administrativo que haya sido recurrido en reposición, según resulta de los términos de la sentencia y de los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común que son objeto de interpretación. Además, la misma interpretación ha de entenderse aplicable al caso de que la impugnación pendiente de resolver por la Administración sea un recurso de alzada, con mayor razón aún, pues en este caso su interposición es obligatoria para poder acudir a los tribunales (así lo dice, además, la propia sentencia: «cuando pende ante ella un recurso o impugnación administrativa, *potestativo u obligatorio*»)[6].

De hecho, esta doctrina ha sido ya aplicada fuera del ámbito tributario por los Tribunales Superiores de Justicia. Así lo ha hecho la Sentencia 4554/2022, de 8 de noviembre de 2022 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada, ponente Federico Lázaro Guil), que la aplica en un litigio sobre una sanción impuesta por la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Andalucía por una infracción a la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental. En concreto, se recurría la desestimación del recurso frente a la providencia de apremio para el cobro de la multa estando pendiente de resolución expresa el recurso de reposición frente al acuerdo sancionador, habiendo transcurrido el plazo para resolver y sin que el recurrente hubiera solicitado en él la suspensión del acto.

Pues bien, la resolución, invocando la citada doctrina del Tribunal Supremo, declara que la falta de resolución de forma expresa de un recurso de reposición dirigido frente al acuerdo sancionador no permite que la Administración ejecute la multa mediante el procedimiento de apremio.

La sentencia afirma que «aunque en el caso ahora enjuiciado no se cuestiona la validez del apremio de una deuda tributaria previamente recurrida en reposición sin dictar resolución de este recurso, sino de una sanción impuesta en las mismas circunstancias, el criterio mantenido en su pronunciamiento por el Tribunal Supremo es perfectamente trasladable

6 Así lo señalé en mi comentario a la Sentencia (2022), «El Tribunal Supremo declara que no cabe dictar providencia de apremio estando pendiente de resolución un recurso administrativo», *Diario La Ley*, 9703, de 24 de septiembre. Así lo ha entendido también la doctrina posterior. En el mismo sentido, de forma reciente, Ponce Solé, J., *El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos… cit.*

al caso que aquí se enjuicia», y entiende que lo razonado en dicha sentencia para reconocer que «el principio de ejecutividad del acto administrativo no tiene un valor absoluto y que uno de los elementos que lo relativizan es la pendencia de recursos aducidos previamente frente al acto que se ejecuta (…) cobra aún mayor relevancia si cabe cuando lo sometido a revisión administrativa es un acto sancionador, supuesto en el que el órgano sancionador debiera poner especial celo en revisar si el acto dictado se ajusta a derecho, antes de iniciar por vía ejecutiva la recaudación de una multa cuya validez y oportunidad está sometida a consideración».

Nuestra apreciación de la Sentencia fue positiva, porque la solución que alumbra supone un avance importante para que la Administración cumpla el deber jurídico que le impone el artículo 21 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de «dictar resolución expresa» en todas las solicitudes, reclamaciones o recursos. Como dice la Sentencia, ésta «no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración».

Sin embargo, la sentencia recibió también críticas doctrinales, por considerar que se extralimitaba al prescindir de la ley aplicable y considerar que, en su caso, lo que debió hacer el Tribunal era plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos[7]. Estas críticas parecen infundadas, como ha puesto de relieve de forma reciente J. Ponce Solé, desde el correcto entendimiento del derecho a la buena administración como un principio dotado de rango constitucional que exige a los Tribunales llevar a cabo «una interpretación conforme al principio constitucional de buena administración de los preceptos que establecen el privilegio de ejecutoriedad o autotutela ejecutiva», de tal forma que «la LPAC ha sido interpretada por el TS bajo la luz del principio de buena administración en el sentido de que los actos de las Administraciones públicas serán inmediatamente ejecutivos salvo que (art. 98.1, apartado c, existencia de una disposición: el derecho a una buena administración) se haya presentado un recurso administrativo y no se haya resuelto dentro del plazo legalmente fijado».

Hay que señalar que, si bien el principio de buena administración ha sido incorporado a nuestro derecho desde la CDFUE por la sección segunda de la Sala Tercera, en la actualidad todas las secciones lo invocan y reconocen su rango constitucional. Como dice la Sentencia 1461/2025, de la

---

7 Véase, Fernández Farreres, G. (2020), «Recurso administrativo y ejecutoriedad del acto recurrido (comentario a la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, R. C. 5751/2017» (publicado en la web de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, AEPDA), Enríquez Mosquera, J. J. (2022) «El derecho a una buena administración y el dictado de la providencia de apremio. Criterios de aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo 586/2020, de 28 de mayo», *Revista digital CEMCI*, 5.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sección tercera, de 17 de noviembre de 2025, el principio de buena administración «se infiere de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución y del artículo 3.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», señalando, además, esta sentencia, que «el legislador autonómico ha codificado expresamente el principio de buena administración en el artículo 3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía»[8]

3. Los derechos procedimentales derivados del principio de la buena administración y, en particular, el derecho a una resolución en un «plazo razonable»

Los derechos/deberes procedimentales deducidos del principio de buena administración por la jurisprudencia son muy diversos. De su análisis resulta que el apartado primero del artículo 41 de la CDFUE tiene, más allá del refuerzo *a fortiori* de otros derechos, «un contenido sustancial propio», en palabras de Tomás Ramón Fernández[9], que se manifiesta en el derecho a que las Administraciones traten nuestros asuntos *imparcial y equitativamente, y en un plazo razonable*.

El artículo 41 de la Carta singulariza, en particular, tres «subderechos» y obligaciones que están incluidos en este derecho de que la Administración trate nuestros asuntos «imparcial y equitativamente»: «el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente»; el «derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial» y «la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones».

Estas tres manifestaciones de la cláusula de un procedimiento administrativo equitativo e imparcial gozan ya de un reconocimiento expreso en nuestras leyes, pero su vinculación al principio de buena administración, dotado de rango constitucional, les confiere mayor relevancia y refuerza su exigibilidad por los tribunales.

---

8 Actualmente son numerosas las sentencias de las secciones tercera, cuarta y quinta que invocan y aplican aplicado. Cabe citar, entre otras muchas: Sentencia 1677/2020, de la sala quinta, de 2 de diciembre de 2020; Sentencia 940/2024, de la sección cuarta, de 29 de mayo; Sentencia 940/2024, de la sección cuarta, de 29 de mayo de 2024; Sentencia 502/2025, de la sección tercera, de 30 de abril de 2025; Sentencia 1132/2025, de la sección segunda, de 12 de septiembre de 2025; Sentencia 1213/2025, de la sección cuarta, de 30 de septiembre de 2025; Sentencia 1286/2025, de la sección tercera, 15 de octubre de 2025; Sentencia 1561/2025, de la sección 5.ª, de 2 de diciembre de 2025, y Sentencia 119/2025, de la sección tercera, de 11 de septiembre de 2025.

9 Fernández, T.-R., «El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», en *Revista de Administración Pública*, núm. 209, pp. 247 y ss.

Así ha ocurrido, en concreto, con el «derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierne» que reconoce el artículo 41, que ha servido a la jurisprudencia para reforzar la aplicabilidad directa del derecho de acceso a la información pública para preservar su «núcleo esencial», sin necesidad de esperar al desarrollo normativo previsto en el artículo 105.b) de la Constitución (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2024, rec. 1262/2023, y de 11 de septiembre de 2025, rec. 7878/2024), así como la necesidad de llevar a cabo «una interpretación amplia y expansiva de este derecho constitucional, que conlleva una interpretación restrictiva de los límites oponibles al acceso a la información pública, con independencia de que se exija su aplicación justificada y proporcionada» (Sentencia 1213/2025, de 30 de septiembre de 2025).

La jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo ha ido deduciendo, además, otros derechos de los administrados como manifestaciones del deber de la Administración de actuar «imparcial y equitativamente» en el procedimiento administrativo.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca, en este sentido, la doctrina ya expuesta sobre la imposibilidad de que la Administración ejecute si no se han resuelto antes los recursos presentados, así como, en la misma línea, la Sentencia que declara la imposibilidad de la Administración de iniciar el procedimiento de apremio respecto de una deuda tributaria sin haber analizado y dado una respuesta motivada a la solicitud de aplazamiento efectuada por el contribuyente (Sentencia 1309/2020, de 15 de octubre).

Asimismo, cabe considerar una consecuencia de este deber de la Administración de actuar de forma equitativa e imparcial la imposibilidad de que la Administración requiera al administrado para aportar documentos en los que funda su solicitud, cuando éstos ya obran en su poder y no ha manifestado su oposición a que los recabe (Sentencia 27/2023, de 12 de enero de 2023).

De la cláusula de la buena administración se deriva también el «derecho a la tutela administrativa efectiva», que lleva a interpretar de forma restrictiva sus posibles obstáculos (Sentencia 1561/2025, de la sección 5.ª, de 2 de diciembre de 2025, en materia de responsabilidad sanitaria, reconociendo la validez de la reclamación dirigida frente a los centros sanitarios concertados para agotar la vía administrativa).

Aún más importancia reviste para nuestro derecho el reconocimiento por el artículo 41 de la Carta del deber de la Administración de resolver *dentro de un plazo razonable.*

El derecho a que la resolución se dicte en un plazo razonable no aparece expresamente plasmado en la Ley 39/2015, que únicamente establece la obligación de la Administración de «resolver», al decir que «la Adminis-

ISBN: 978-84-7777-740-3

tración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación». Es cierto que, a continuación, al establecer los plazos máximos para resolver, la ley apuesta por unos plazos cortos, que no superarán los seis meses «salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea». El problema es que el incumplimiento de los plazos máximos para resolver, como exponemos en el siguiente epígrafe, no conlleva prácticamente sanción alguna para la Administración incumplidora y el silencio administrativo, que surgió como garantía para hacerlo efectivo, resulta hoy, por diversas razones, inoperante.

Tampoco incorpora esta ley el principio de una buena administración y los derechos básicos que comporta que, en cambio, aparecen expresamente reconocidos en los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 31) y de Castilla y León (art. 12), con mención en ambos casos al derecho de los ciudadanos a que los asuntos que les conciernen sean resueltos «en un plazo razonable». Pero, sin duda, el tratamiento más completo del derecho de los ciudadanos a una buena administración —y del conjunto de subderechos que lo integran— se encuentra en la más reciente Ley 3/2022, del Sector Público Vasco, cuyo artículo 64 no solo reproduce los reconocidos en el artículo 41 de la CDFUE, sino que enuncia otros necesarios para su garantía efectiva (como el «derecho a la simplicidad de los trámites y procedimientos de la Administración pública» o el «derecho a identificar a las autoridades o al personal bajo cuya responsabilidad se presta el servicio»).

En relación con el derecho de los ciudadanos a que los asuntos se resuelvan «dentro de un plazo razonable», esta ley añade una precisión importante, dirigida a dotarle de mayor eficacia, al reconocer el derecho a conocer, en su caso, «los motivos de las demoras que sean inevitables». Esta disposición obliga, por tanto, a la Administración a motivar su demora cuando así lo solicite el interesado y aunque no anuda ninguna consecuencia a su incumplimiento, siempre se podrá alegar como una infracción adicional en el caso de que la resolución tardía o por silencio resulten desfavorables.

El deber de la Administración de resolver en un plazo razonable aparece reflejado, según ha interpretado la jurisprudencia, en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el que se concretan los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución (STS 1853/2019, de 18 de diciembre, ponente Rafael Toledano). De acuerdo con este precepto:

> «Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento

pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: (...)

d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.

e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.»

El deber de actuar con celeridad que recoge este precepto se ha visto reforzado también con la cláusula de la buena administración del artículo 41.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea para dotarle de eficacia jurídica. Así se manifiesta en la doctrina de interés casacional de la sección segunda de la Sala Tercera que afirma que «del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, *el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable*».

Esta doctrina fue sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo STS 1853/2019, de 18 de diciembre, pero había sido afirmada ya, con anterioridad, por la Sentencia del Tribunal Supremo 1909/2017, de 5 de diciembre de 2017, y había sido aplicada, aun sin citarla expresamente, por la Sentencia del Tribunal Supremo 249/2017 de 14 de febrero de 2017. Esta última sentencia declaró que el artículo 150 de la LGT no permite a la Administración «ampliar los plazos mediante dilaciones voluntarias, ni sobrepasar los citados plazos cuando materialmente ha llevado actuaciones antes de recepcionar el expediente», lo que le lleva a entender que el plazo máximo se ha cumplido cuando, tras la retroacción, la Administración lleva a cabo actuaciones que dilatan significativamente la remisión del expediente (como era la interposición de un recurso de alzada contra la resolución del tribunal económico-administrativo y posterior desistimiento), «burlando la finalidad y el fundamento del propio artículo 150».

Con fundamento también en el derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, la Sentencia de la sección quinta del Tribunal Supremo 1667/2020, de 3 de diciembre de 2020 (ponente, Wenceslao Olea Godoy), declara como doctrina de interés casacional «que para la reapertura de un procedimiento administrativo en que se ejercitan potestades de gravamen, existiendo uno previo que debe considerarse caducado, es necesario una previa resolución administrativa expresa declarando la caducidad del inicial, sin que, mientras tanto, pueda considerarse que se trate de un nuevo procedimiento».

La efectividad de este derecho fundamental, según explica la Sentencia, «comporta una indudable carga u obligación para los órganos administrati-

ISBN: 978-84-7777-740-3

vos a los que se les impone la necesidad de someterse a las más exquisitas exigencias legales en sus decisiones, también en las de procedimiento. Y en relación con eso, con el procedimiento, no puede olvidarse que cuando el antes mencionado precepto comunitario delimita este derecho fundamental, lo hace con la expresa referencia al derecho de los ciudadanos a que sus «asuntos» se *traten... dentro de un plazo razonable*; por lo que cabría suscitar la pregunta de cómo se garantizaría ese derecho si la Administración desconoce la imposición legal y procede a continuar actuando en un procedimiento caducado como si dicha caducidad no se hubiera producido, dictando resoluciones que debemos considerar tácitamente como reapertura de un nuevo procedimiento. Sería volver a los tiempos, felizmente superados, preconstitucionales de tan nefasta trascendencia para los ciudadanos en sus relaciones con la Administración (…)».

En apoyo de esta doctrina, la Sentencia cita el principio de buena administración establecido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que «se ha querido vincular, en nuestro Derecho interno, a la exigencia que impone el artículo 9.3.º de nuestra Constitución sobre la proscripción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos; pero que, sobre todo, debe considerarse implícito en la exigencia que impone a la actuación de la Administración en el artículo 103, en particular con lo que le impone los principios de sometimiento «pleno» a la ley y al Derecho».

II. EL PARADÓJICO «ABANDONO» DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN. LA NORMALIZACIÓN DEL SILENCIO NEGATIVO COMO TÉCNICA DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA (CÓMODA Y SEGURA)

La obligación que establece el artículo 21 de la LPAC de que la Administración dicte resolución expresa en todos los procedimientos y de que la notifique en «el plazo máximo» que fije la norma —y, en su defecto, en el de tres meses—, adquiere hoy rango constitucional en cuanto exigencia del principio de buena administración del artículo 41 de la CDFUE que comporta, como ha reiterado la jurisprudencia, el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos se *traten... dentro de un plazo razonable.* Este plazo no puede ser otro que el fijado como máximo por la ley, o uno inferior si fuera posible.

Este deber elemental está, sin embargo, a años luz de cumplirse en la práctica administrativa y, lo que es más grave, no se dispone de ningún mecanismo jurídico efectivo para sancionar su incumplimiento. Resulta curioso observar que mientras se aprueban normas con objetivos tan ambiciosos como «dotar a la Administración del Estado de una arquitectura organiza-

tiva en materia TIC para afrontar con éxito el reto de la transformación digital de las administraciones públicas» y «construir una administración basada en datos plenamente preparada para aprovechar todo el potencial de la inteligencia artificial» (Preámbulo del Real Decreto 1125/2024, por el que se regulan la organización y los instrumentos operativos para la Administración Digital de la Administración del Estado), nada se hace, en cambio, para lograr algo tan simple como que la Administración resuelva de forma expresa en el plazo fijado por la ley.

Como es bien conocido, la Ley 39/2015 califica como mera «irregularidad no invalidante» la emisión de la resolución se dicte fuera del plazo establecido, «salvo que así lo imponga la naturaleza del término o plazo».

Los supuestos en los que la norma configura el término o plazo como esencial son excepcionales y, cuando ocurren, la jurisprudencia los interpreta de forma restrictiva. Puede citarse, como ejemplo destacado, la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio en los que «la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen» (art. 25.1.b de la Ley 39/2015). En este caso, la jurisprudencia ha entendido que, cuando la norma fija un plazo máximo para formalizar el pliego de cargos, su incumplimiento carece de trascendencia jurídica, pues la caducidad del procedimiento «solo tiene lugar por el vencimiento del plazo máximo para resolver», en los demás casos debe estimarse «que se trata de plazos aceleratorios cuyo incumplimiento constituye una irregularidad no invalidante» (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo social, de 15 de octubre de 2001, rec. 13/2000, y de 30 de abril de 2020, rec. 1082/2019).

Existe, eso sí, la previsión legal de que «el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo» y, aún más importante, de que «el incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa aplicable».

Se trata éste, sin embargo, de un precepto meramente «ornamental» por cuanto no conozco ningún caso en el que este procedimiento sancionador por incumplimiento de los plazos haya sido incoado de oficio por la Administración y no existe jurisprudencia alguna sobre la aplicación del precepto. Como mucho, algún ciudadano enfadado habrá intentado alguna vez que se sancione al funcionario por la demora, posiblemente sin éxito.

Solo queda, entonces, la técnica del silencio administrativo, tanto negativo como positivo, que tiene por objetivo que el ciudadano no quede

ISBN: 978-84-7777-740-3

inerme frente al incumplimiento por la Administración de su deber de dictar resolución en plazo. Como destaca Xavier Arzoz, «la obligación de resolver constituiría una más de las obligaciones que incumben a la Administración pública —sin perjuicio de la previsión legal y poco efectiva, como ocurre en otros supuestos de incumplimiento, de responsabilidades disciplinarias— si no se conectara expresamente con la regulación del silencio administrativo»[10].

Y, sin embargo, la garantía del silencio no solo no funciona como debería, sino que ha perdido prácticamente toda función de incentivo de la resolución expresa e, incluso, puede afirmarse que se ha vuelto en contra del propio administrado. Tratamos, a continuación, de analizar las razones que han conducido a esta situación y de proponer algunas posibles soluciones que podrían venir de la mano del legislador o de la jurisprudencia.

1. El deber de resolver y su proyección sobre la buena administración y la tutela judicial efectiva

El incumplimiento del deber de las Administraciones públicas de dictar resolución expresa en el plazo fijado por la ley supone, además de una infracción del deber de resolver de forma expresa (art. 24 de la Ley 39/2015) y, cuando proceda, del deber de motivación (art. 35 de la Ley 39/2015), una afectación del derecho a una buena administración reconocido en el artículo 41 de la CDFUE, en particular en su vertiente de obtener una resolución «en un plazo razonable», cuya proyección en nuestro derecho ha reconocido la jurisprudencia. Asimismo, se ve afectado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, en cuanto impide al interesado conocer de manera fundada las razones de la decisión administrativa y articular adecuadamente su defensa.

La falta de resolución en plazo constituye, por tanto, una situación anómala y antijurídica que apenas debería producirse en la práctica.

2. Sentido histórico del silencio: ficción procesal y proceso contencioso-administrativo

Ante la eventualidad de que la Administración no dictase un pronunciamiento expreso, el legislador previó la técnica del silencio negativo como una mera ficción legal, orientada a permitir al administrado reaccionar e

[10] Arzoz Santisteban, X. (2002), *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Marcial Pons, Madrid, pág. 21.

impugnar la inactividad administrativa, facilitando el acceso a los recursos administrativos o a la jurisdicción contencioso-administrativa, en un sistema en el que el proceso contencioso tenía un carácter predominantemente revisor.

Como pone de relieve el *Curso de Derecho Administrativo* de E. García de Enterría y T. R. Fernández, «la atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene un origen y una funcionalidad muy concretos, estrechamente ligados a la singular configuración técnica del recurso contencioso-administrativo como un proceso impugnatorio de actos previos», que «ofrecía *ab initio* una quiebra importante: la Administración podía eludir el control jurisdiccional con sólo permanecer inactiva; en tal caso el particular afectado por la inactividad de la Administración quedaba inerte ante ella, privado de toda garantía judicial». Esta fisura del sistema de garantías en un proceso contencioso-administrativo de carácter revisor fue la causa y el origen de la técnica del silencio administrativo, instaurada en Francia por primera vez en una Ley de 17 de junio de 1900 y que, en nuestro país, fue instaurándose, de forma parcial y limitada en un primer momento, para generalizarse posteriormente a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956[11].

Cabe preguntarse, sin embargo, si, una vez superado en nuestro derecho el carácter estrictamente revisor del proceso contencioso-administrativo, no sería más efectivo ofrecer al administrado la posibilidad de optar entre recurrir contra la desestimación por silencio o instar la obtención de un acto expreso mediante la vía del recurso frente a la inactividad de la Administración, prevista actualmente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Sobre ello volveremos más adelante, pero queremos dejarlo apuntado ya como posible vía para sortear el uso espurio que hace la Administración de la regla del silencio desestimatorio.

3. De garantía a «alternativa lícita» a la resolución expresa

Lo cierto es que, en la actualidad, el silencio administrativo ha dejado de operar como una garantía del administrado frente a una situación anómala y contraria a derecho para convertirse *de facto* en una «alternativa lícita» a la resolución expresa, de la que las Administraciones hacen uso y abuso. Aunque no existe un estudio transversal que mida el grado de respuesta de la Administración a las solicitudes de los administrados, un dato significativo lo proporciona la información suministrada por el Consejo de Transparencia y

11 Arzoz Santisteban, X. (2002), *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Marcial Pons, Madrid, pág. 21.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Buen Gobierno (CTBG): este organismo independiente señala que, en 2025, recibió un total de 2.767 reclamaciones de acceso a la información en poder de la Administración; 1778 frente a la Administración General del Estado y 989 frente a las Administraciones autonómicas y locales de las comunidades autónomas que le han atribuido la competencia en esta materia.

Pues bien, en cuanto a la causa que motivó la reclamación de ámbito estatal, el CTBG señala que «en un elevadísimo porcentaje, el 45,5% de los casos, los ciudadanos tuvieron que recurrir a esta institución al no haber recibido respuesta alguna de la Administración a su solicitud de información» y el dato es aún más preocupante cuando se trata de reclamaciones de ámbito autonómico y local: «el silencio administrativo, al no haber obtenido respuesta el ciudadano a su solicitud de información, fue de lejos el principal motivo de las reclamaciones resueltas por el Consejo: un 75% tuvieron esta causa»[12].

De este modo, la institución del silencio negativo, concebida como una garantía del administrado, se ha convertido en una «coartada para la inactividad» de la Administración.

4. Causas del abuso del silencio negativo: falta de medios, incentivos y «Administración defensiva»

Como ha puesto de relieve la doctrina, las razones por las que las Administraciones prefieren incumplir el deber de resolver de forma expresa y acuden para ello a la técnica del silencio negativo son múltiples y diversas: «bien porque les resulte más cómodo, bien porque no tengan argumentos suficientes de respuesta legal y se aprovechen de que el administrado no recurra a la vía contenciosa, o bien —en el mejor de los casos— porque simplemente no dispongan de tiempo, ni de los recursos suficientes, para responder con los medios a su disposición»[13]. En cuanto a esta última causa, llama la atención que las leyes de simplificación y agilización administrativa, tan frecuentes en la actualidad tanto a nivel estatal como autonómico, lo fíen todo a la reducción de los plazos. Se obvia por completo que, en muchos casos, con los medios materiales y personales de que disponen las Administraciones responsables de tramitar los procedimientos, cumplir dichos plazos resulta una entelequia.

---

12 García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2024), *Curso de Derecho Administrativo*, 21.ª edición, tomo I, Thomson-Civitas, Pamplona, pp. 623 y ss. En el mismo sentido, Arzoz Santisteban, X. (2002), *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Marcial Pons, Madrid, pág. 21.

13 Agirreazkuenaga, I. (2010), «La Administración no puede beneficiarse de su silencio», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88/2010, pp. 25 y ss.

En la renuencia de los empleados públicos a resolver de forma expresa incide también, cada vez más, la percepción del riesgo de incurrir en una responsabilidad administrativa o penal como consecuencia de su pronunciamiento expreso. Se trata del fenómeno de la «Administración temerosa o defensiva» bien estudiado en Italia y sobre el que recientemente ha escrito en nuestro país Antonio Bueno[14] Armijo.

Uno de los factores que más inciden en esta percepción del riesgo de los funcionarios por la adopción de decisiones administrativas se debe a la «hipertrofia» del control de la Administración por la jurisdicción penal, que es común en los países de nuestro entorno, pero que, como ha demostrado el profesor Manuel Rebollo, se da más en nuestro país «por razones sustantivas (la amplitud de los delitos en que pueden incurrir las autoridades y funcionarios) y por razones procesales (sobre todo, aunque no únicamente, por la consagración de la acción popular penal)»[15]. A ello se añade, como he señalado en otro lugar, la pavorosa inseguridad jurídica que resulta —no solo para los funcionarios, sino para los ciudadanos en general— del hecho de que, en los delitos penales en blanco, la interpretación de las normas administrativas que determinan la existencia o no de una conducta punible sea realizada por los Tribunales penales, que no ostentan la competencia ordinaria ni están especializados para ello[16].

Otro factor que impulsa el fenómeno de la Administración defensiva es un modelo de control de la actuación de los funcionarios que, como señala el profesor Bueno Armijo, mide únicamente su adecuación a la legalidad, pero no su eficacia y eficiencia. Se trata de un sistema en el que no hay *accountability* o rendición de cuentas, sino una mera *liability* o responsabilidad en sentido estricto, con lo que el coste de la inactividad del empleado no los asume él, sino la colectividad [17]. Compartimos, sin embargo, el escepticismo de quienes consideran difícil la implantación un sistema de esta naturaleza en nuestro país[18], cuando ni siquiera las infracciones más flagran-

---

14 Bueno Armijo, M. (2025), *La burocracia defensiva. Un ensayo de derecho superheróico*, Marcial Pons, Madrid.

15 Rebollo Puig, M. (2019), «El control de la administración por la jurisdicción penal», *en Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, septiembre-diciembre de 2019, pp. 151 y ss., disponible en internet.

16 Lozano, B. (2016), «La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente», en Memorial *para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo III, pp. 2837 y ss.

17 Lozano Cutanda, B. (2016), «La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente», en Memorial *para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo III, pp. 2837 y ss.

18 Véase, Rivero Ortega, R. (2020), *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Iustel, Madrid.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tes del deber legal de resolver en plazo generan, en la práctica, responsabilidad disciplinaria alguna para el funcionario responsable.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, los funcionarios no tienen nada que temer si adoptan la cómoda medida defensiva de no resolver en plazo, por elevados que sean los costes que ello tenga para el interés general. Es más, cuando opera el silencio negativo, la inactividad del funcionario produce, por ministerio de la ley el mismo efecto que una resolución expresa denegatoria, pero sin necesidad de motivarla ni de asumir responsabilidad alguna por ella. En cambio, pueden asumir —o, al menos, percibir— riesgos si deciden cumplir con su deber legal de resolver de forma expresa.

5. Efectos del abuso del silencio negativo sobre el administrado y sobre la jurisdicción

Esta situación es, a todas luces, incompatible con una Administración que se pretende moderna, eficaz y al servicio de los ciudadanos. Un modelo en el que la inactividad no solo queda impune, sino que resulta más segura para el funcionario que el ejercicio diligente de sus funciones, pervierte los principios constitucionales de eficacia, seguridad jurídica y buena administración.

De este modo, el silencio administrativo negativo, que surgió como una garantía del administrado, ha acabado por convertirse en una carga e incluso en un obstáculo para obtener una tutela judicial efectiva. En muchas Administraciones, quien dirige una solicitud a la Administración o interpone un recurso administrativo *sabe de antemano* que su pretensión va a ser desestimada por la vía del silencio, lo que vulnera su derecho a obtener una resolución expresa motivada, dilata su acceso a los Tribunales y, además, le sitúa en desventaja al recurrir, al no conocer las razones de la desestimación. Esta práctica erosiona el derecho a una buena administración y a la tutela judicial efectiva, incrementa la litigiosidad y sobrecarga a los órganos jurisdiccionales, que se ven obligados a enjuiciar actos presuntos sin motivación ni expediente completo, dificultando el control de legalidad y la adopción de medidas cautelares.

6. Reacciones jurisprudenciales: avances y cuestiones pendientes

La jurisprudencia ha sido, hasta ahora, bastante tolerante con esta situación de incumplimiento por la Administración de dictar resolución expresa, lo que contrasta con su enfática proclamación del carácter constitucional del derecho de los ciudadanos a obtener una resolución expresa en un plazo razonable.

A) Plazo para recurrir e interpretación del artículo 46.1 LJCA

La reacción jurisprudencial más importante ha tenido lugar en relación con la desestimación presunta, por silencio, de los recursos administrativos. Un hito fundamental fue la supresión del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente a dichas desestimaciones. El artículo 46.1 de la LJCA prevé que si el acto recurrido no es expreso el plazo para recurrir «será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

La doctrina fue beligerante con la imposición de este plazo al recurrente, y Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo fue la primera en considerar que dicha previsión no resulta aplicable a los supuestos de silencio negativo, y lo sobre la base de un doble argumento: por equipar la desestimación presunta por silencio a una notificación defectuosa que, conforme a la normativa del procedimiento administrativo (art. 58 de la Ley 30/1992, actual artículo 40 de la Ley 39/2015), solo puede surtir efectos desde el momento en que el interesado interpone el recurso correspondiente; y por entender que la referencia al «acto presunto» contenida en el artículo 46.1 «no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación del silencio negativo [que] se hace en la LRJAP y PC lo configura como una ficción y no como un acto presunto» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, rec. 30/2003, seguida de la Sentencia de la Sección Cuarta de 4 de abril de 2005, rec. 7390/2002).

A continuación, el Tribunal Constitucional dictó una larga serie de sentencias en las que, al resolver recursos de amparo, declaró que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE al interpretar el artículo 46.1 LJCA en el sentido de que un recurso interpuesto contra una desestimación por silencio pudiera ser inadmitido por haber transcurrido el plazo de meses (STS 14/2006, confirmada por las SSTC 39, 175 y 186/2006; 32 y 64/2007, 3, 72 y 175/2008, 59/2009, entre otras). La vigencia del plazo de seis meses fijado por el precepto pasó a una situación singular: al asentarse la doctrina en el marco de recursos de amparo y no plantearse el Tribunal Constitucional la autocuestión de inconstitucionalidad, el precepto seguía formalmente vigente, pero su aplicación quedaba, en la práctica, condicionada por la doctrina constitucional.

La situación descrita debería haber sido resuelta por el legislador por la inseguridad jurídica que generaba, pero al no hacerlo, se planteó finalmente una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el segundo inciso del precepto, por considerarlo contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2014, de 10 de abril, salvó, sin embargo, la constitucionalidad del precepto al considerar que cabe su in-

ISBN: 978-84-7777-740-3

terpretación conforme a la Constitución si se entiende que la categoría de acto «presunto» a que se refiere el artículo 46.1 LJCA queda referida únicamente a las estimaciones por silencio, de modo que el plazo de caducidad previsto en este precepto no resulta aplicable a los supuestos de silencio negativo.

El Tribunal Constitucional eliminó así el plazo para recurrir contra las desestimaciones de por silencio, pero lo hizo mediante una interpretación pro *Constitutione* del artículo 46.1, a nuestro juicio, muy forzada[19]. Habría sido más sencillo y más favorable a la seguridad jurídica estimar la cuestión de inconstitucionalidad, anulando el precepto con base en los mismos argumentos por los que el Tribunal venía estimando los recursos de amparo, y «dejar que el legislador hiciera bien su trabajo y viniera a regular de manera más conforme con el art. 24 CE las vías de recurso contra el silencio de la administración»[20].

Así lo ha confirmado el paso del tiempo. En efecto, diez años después —y tras varias modificaciones legislativas de la LJCA—, los escritos de interposición de recurso contencioso-administrativo frente a una desestimación por silencio siguen teniendo que justificar el cumplimiento del plazo mediante la invocación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2014. El artículo 46.1 debería precisar, igual que hace el artículo 122 de la Ley 39/2015 para los recursos administrativos, que, si el acto no fuese

---

19 La Sentencia declaró que la remisión que el art. 46.1 LJCA hace al «acto presunto» no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues, si bien la Ley 30/1992 configuraba en su redacción originaria el «acto presunto de carácter desestimatorio» como un acto dotado de contenido determinado (desestimatorio) y se regulaba la posibilidad de solicitar su certificación, la reforma operada por la Ley 4/1999 volvió a reconocerle su configuración tradicional como mera ficción jurídica procesal habitada por el legislador para dejar expedita la vía judicial procedente. Con arreglo a esta nueva configuración, entiende la Sentencia que la categoría de «acto presunto» ha de entenderse referida únicamente a las estimaciones por silencio, con lo que el plazo de caducidad previsto en el artículo 46.1 LJCA no resulta aplicable los supuestos de silencio negativo.

Esta interpretación es muy forzada porque, como pone de relieve al voto particular formulado por Adela Asua, es difícilmente creíble que la voluntad del legislador de 1999 fuera la de sustraer al régimen común de impugnación a las desestimaciones por silencio (así lo prueba el que la propia Ley 4/1999 diera una nueva regulación a los plazos de recurso en vía administrativa, y lo hiciera distinguiendo un plazo frente a actos expresos y uno, más largo, a falta de resolución expresa). Por otro lado, como señala esta magistrada, en la LJCA se mantienen referencias a los «actos presuntos» que claramente incluyen a los desestimatorios: así lo hace el artículo 25, al delimitar nada menos que el objeto del recurso contencioso-administrativo a «los actos expresos y presuntos de la Administración pública (con lo que, de llevarse esta »interpretación a sus últimas consecuencias, no cabría recurrir contra las desestimaciones por silencio), o el art. 36.4 en relación con la ampliación del objeto de recurso, claramente referido a los casos de silencio administrativo.

20 Lozano Cutanda, B., «El Tribunal Constitucional reinterpreta el concepto de «acto presunto» y confirma que las desestimaciones por silencio no están sujetas al plazo para recurrir del artículo 46.1 LJCA (STC 52/2014)», en *Diario La Ley* n.º 8334, sección Tribunal, 17 de junio de 2014.

expreso, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo «en cualquier momento a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio negativo», añadiendo que, contra los actos presuntos estimatorios, los posibles interesados podrán interponer recurso en el plazo de seis meses desde la producción del silencio.

B) Ejecución de actos con recurso administrativo pendiente: la doctrina de la no ejecutividad sin resolución expresa

Otra reacción jurisprudencial importante frente al abuso por la Administración de la institución del silencio en vía de recursos administrativos ha sido la doctrina, ya expuesta, que niega que la Administración pueda ejecutar sus actos cuando pende ante ella «un recurso o impugnación administrativa, potestativo u obligatorio», sin resolver antes ese recuso de forma expresa.

C) Costas procesales en litigios frente a desestimaciones presuntas: estado de la cuestión y crítica

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha reconocido algo que parece elemental: la exención de la imposición de costas al recurrente cuando el recurso se interpone contra un acto dictado por silencio administrativo.

Existían sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que aplicaban esta solución, por entender que, cuando el recurso se interpone frente a una desestimación tácita, la Administración «ha incumplido su deber legal de responder expresamente (art. 42.1 de la Ley 30/92), lo que hubiera permitido al recurrente sopesar las razones tenidas en cuenta para la denegación, y determinar en consecuencia la procedencia o no de acudir a la vía judicial», y por considerar aplicable la doctrina constitucional que censura el silencio negativo y afirma que «no cabe premiar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa» (Sentencia del TSJ de Andalucía de Málaga 74/2018, de 22 de enero de 2018 y, en el mismo sentido, Sentencia del TSJ de la Región de Murcia 444/2021, de 24 de septiembre de 2021[21]).

Pero el Tribunal Supremo no ha dado ese paso y su Sentencia 1443/2022, de 8 de noviembre de 2022, ratificó la doctrina fijada en

[21] Sentencias citadas por Moreno Serrano, B. en «A vueltas con el silencio administrativo», *El Consultor de los Ayuntamientos* n.º 7/2022, de 1 de julio de 2022.

ISBN: 978-84-7777-740-3

su Sentencia 376/2020, en virtud de la cual «la ausencia de resolución expresa no excluye el criterio del vencimiento, que es la regla general y primaria para la imposición de costas. Y ello sin perjuicio de que el Tribunal que dicte la resolución, pueda estimar y razonar, que esa ausencia de resolución expresa ha generado dudas de hecho o de derecho en el debate procesal, acogiendo la excepción que el mismo precepto procesal autoriza».

La Sentencia fundamenta esta doctrina en el hecho de que «el Legislador no ha previsto un régimen singularizado en materia de costas cuando lo impugnado sea una desestimación presunta (ficción legal encaminada a posibilitar el acceso a la vía jurisdiccional cuando no existe una resolución expresa), sin que, por vía de un pronunciamiento jurisprudencial, pueda establecerse un nuevo régimen, ya que los Tribunales, sin excepción, están vinculados a la Ley, y dada la claridad de sus términos, no cabe otra interpretación que la gramatical (art. 3 C. Civil)».

No compartimos esta doctrina, que pasa por alto que la LJCA contiene base normativa suficiente para excluir, con carácter general, la imposición de costas al recurrente cuando litiga contra el silencio: el artículo 139.1 excepciona el criterio del vencimiento cuando el órgano judicial aprecie «serias dudas de hecho o de derecho», y el artículo 139.2 permite no imponer las costas en recursos si concurren circunstancias que lo justifiquen. Pues bien, en el silencio negativo la ausencia de resolución expresa priva al recurrente y al tribunal de conocer los motivos administrativos, por lo que genera de ordinario esas «dudas de hecho o de derecho», incluso sobre la necesidad misma del proceso; a lo que se añade la circunstancia de que la Administración ha vulnerado el derecho del recurrente —al que se le reconoce rango constitucional— a obtener una resolución en un plazo razonable, que debe ser motivada cuando es desfavorable (el silencio es una ficción legal para acceder a la vía jurisdiccional por lo que no hay acto ni, por tanto, motivación).

No faltan, por tanto, argumentos jurídicos para interpretar que los preceptos de la LJCA que regulan las costas permiten —y, en buena lógica, exigen— valorar la inactividad administrativa como una circunstancia determinante de la no imposición de costas al recurrente en los litigios contra desestimaciones presuntas. Se trata de la consecuencia mínima exigible cuando la Administración ha incumplido su deber legal de resolver de forma expresa, obligando interesados a impugnar «a ciegas», sin conocer las razones de la denegación ni poder calibrar la propia pertinencia del recurso. Sería por ello deseable que el Tribunal Supremo corrigiera esta doctrina en el futuro o que se tomara en consideración en una reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

III. EL SILENCIO POSITIVO EN CRISIS: EXCEPCIONES LEGALES Y DERIVA JURISPRUDENCIAL

1. Sentido y configuración del silencio positivo en la legislación básica estatal (Ley 30/1992-Ley 39/2015)

El abuso del silencio negativo por la Administración viene de antiguo y se intentó atajar en la década de los noventa con la regla del silencio positivo. La solución, ideada por la Ley 30/1992 —sobre todo tras su modificación por la Ley 4/1999—, era clara y sencilla tal y como fue concebida: salvo en aquellos casos en los que el legislador estime que la protección de los intereses públicos en juego postula la regla del silencio negativo, el transcurso del plazo máximo sin resolver confiere al interesado un «acto presunto positivo», concebido no como una mera ficción jurídica. sino como un verdadero acto administrativo, equivalente en todo a la resolución favorable solicitada por el ciudadano». Así resulta del reconocimiento por la ley de que «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento» art. 43.2 de la Ley 30/1992. actual art. 24.2 de la Ley 39/2015).

La estimación por silencio positivo como regla general fue establecida por la Ley 30/1992 con el propósito de «superar la doctrina del llamado silencio administrativo», de tal forma que el acto presunto es «la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido» (exposición de motivos).

Sin embargo, como se permitía que cualquier norma legal o reglamentaria estableciera el carácter negativo del silencio, este siguió operando, en la práctica, como regla general.

Frente a ello quiso reaccionar la Ley 4/1999, que, en palabras de su exposición de motivos, refuerza la configuración del silencio estimatorio como un «verdadero acto administrativo eficaz», que se prevé como «regla general (…) exceptuándose solo cuando una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea establezca lo contrario». Asimismo, suprimió la necesidad de obtener la certificación de acto presunto «que permitía a la Administración —una vez vencidos los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla— dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido.

Con esta reforma, añadía la exposición de motivos, «se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración —siempre indeseable— nunca puede causar perjuicios innecesarios al

ISBN: 978-84-7777-740-3

ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas».

Con posterioridad, la Ley 39/2015 no solo reiteró la regla general del silencio positivo en su artículo 24.1, sino que pretendió reforzarla, al añadir este precepto que «cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general».

2. De regla general a excepción: expansión legal del silencio negativo

Lo cierto, sin embargo, es que el silencio positivo nunca ha sido la regla y existen incluso autorizadas voces doctrinales que dudan de el legislador de 1999 tuviera, realmente, el propósito de establecerla[22]. Hoy el acto presunto es la excepción, como consecuencia de las a su aplicación que han introducido las leyes y que se han visto potenciadas por la jurisprudencia.

Posiblemente, además, deba ser así, poque el silencio positivo, en cuanto permite adquirir derechos o facultades incluso cuando resulten contrarios al ordenamiento jurídico, solo es admisible en aquellos supuestos en los que los intereses públicos implicados lo toleren. Así lo confirma la propia legislación básica en materia de procedimiento al excluir *ab initio* de esta institución los actos que supongan transferencia de «facultades relativas al dominio público o al servicio público», a lo que desde la Ley 39/2015 se ha añadido —de forma excesivamente amplia, a nuestro parecer— la exclusión de los procedimientos que «impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente».

Pero el silencio positivo es, hoy por hoy, el único instrumento mínimamente eficaz con el que contamos para luchar contra la pasividad de la Administración: si no contesta, está otorgando lo que pide el administrado. Se trata, en este sentido, de una auténtica «sanción» por el incumplimiento de su obligación de resolver de forma expresa en un plazo razonable.

---

22 «No puede ocultarse que la insistencia del legislador tiene un indudable valor político-propagandístico. El mensaje que los ciudadanos reciben es que sus peticiones por regla general serán contestadas por la Administración porque si no lo hace, será automáticamente estimados. No era ésta, desde luego, la solución ofrecida por la Comisión que redactó el proyecto de modificación de la Ley 30/1992, pero el interés político del Gobierno de turno no podría rehusar la bandera del silencio positivo exponiéndose a esa crítica fácil de la oposición. Así que la solución propuesta consistió en proclamar abiertamente la regla general del silencio, mientras que *sotto voce* se disponían los mecanismos necesarios para que la norma pueda incumplirse *ad calendas graecas* (*ob. cit.*, pág. 1353).

Este carácter sancionador del silencio positivo se manifiesta especialmente en la «regla del doble silencio» en el recurso de alzada: cuando la Administración ya ha incumplido su obligación de resolver el procedimiento inicial en plazo y el interesado interpone recurso contra la desestimación presunta, si la Administración vuelve a incumplir el plazo para resolver el recurso, el sentido del silencio se torna positivo, entendiéndose estimadas las pretensiones del recurrente (art. 24.1 de la Ley 39/2015). No se admite, por tanto, que la Administración, aun en procedimientos para los que se prevé el silencio negativo, se beneficie de su propia pasividad en dos ocasiones consecutivas, «castigándose» el segundo incumplimiento con la ficción legal de la estimación del recurso.

Es cierto que el silencio positivo presenta riesgos para los intereses públicos tutelados en cada caso, por lo que corresponde al legislador valorarlos y, cuando se considere necesario, excepcionar esta regla por revestir los intereses afectados especial relevancia o poder suponer afecciones importantes a terceros[23]. En el caso de que los intereses concurrentes así lo requieran, el legislador ha de optar por la regla del silencio negativo. Dicho de otro modo: lo que hace el artículo 24 de la Ley 39/2015 es remitir al legislador nacional o comunitario la valoración de aquellos supuestos en los que, por la relevancia del interés público implicado, la regla del silencio positivo no resulta aplicable. En palabras del Tribunal Supremo, en los casos determinados por la ley, el silencio no puede generar derechos favorables porque se aprecia la concurrencia de «un interés general prevalente que exige control administrativo expreso» (STS 240/2026, de 2 de marzo de 2026).

Así lo hace, como ya hemos señalado, la legislación básica del procedimiento administrativo, que prevé supuestos en los que opera la regla del silencio negativo; las leyes han ha ido ampliando estos casos hasta el punto de que actualmente el carácter estimatorio del silencio no ya es la regla, sino la excepción. Son muchas, también, las leyes autonómicas que han ampliado el ámbito de aplicación el silencio negativo. Cabe destacar, entre ellas, la Ley 26/2010, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuyo artículo 54.1 exceptúa de la regla general del silencio positivo que recoge su apartado 1 diversos supuestos, entre los que se incluyen «los procedimientos cuya estimación de la solicitud puede comportar la concesión de ayudas y subvenciones públicas, y, en general, los procedimientos que tienen por objeto o se refieren a la reclamación de cantidades que implican el pago a cargo de las administraciones públicas» (letra *e*).

---

23 Alonso, M.ª. J. y Narbón, E. señalan, en este sentido, que «el régimen del silencio positivo puede ser contraproducente en los casos en que resulten afectados los derechos de terceros, o bien, de forma indirecta, sus intereses legítimos. Y es que incluso es posible que, en los casos de silencio positivo, en puridad no haya habido procedimiento alguno en que esos terceros interesados hayan intervenido» (ob. cit., pág. 38).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ese precepto de la Ley catalana 26/2010 amplía de forma extraordinaria el ámbito del silencio desestimatorio porque, bajo la fórmula de «excepción» a la regla general del silencio positivo, incluye no solo un bloque claramente delimitado (ayudas y subvenciones), sino también una cláusula muy abierta («en general, los procedimientos… relativos a la reclamación de cantidades que impliquen pago a cargo de las administraciones públicas») susceptible de abarcar una parte muy significativa de la actividad administrativa a instancia de parte: devoluciones, reintegros, indemnizaciones, abonos por servicios, pagos derivados de relaciones jurídico-administrativas, etc.

Frente a este precepto, se alegó en vía de recurso que podía vulnerar la regulación del silencio de la Ley 39/2015, por ser anterior a ésta. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2024/2025, de 5 de junio de 2025 (rec. 836/2023), rechazó que ofreciera dudas de constitucionalidad. Dice así la sentencia que «no cabe aceptar que la norma autonómica sea inconstitucional porque es de fecha anterior a la Ley 39/2015, porque esta ley regula las bases en relación con el silencio y deja claro que una norma de rango de ley pude establecer otro sentido del silencio, como ya recogía la Ley 30/2010». Ciertamente esto es así,

El argumento es jurídicamente sólido, pero cabe preguntarse si esta previsión no desnaturaliza en la práctica la orientación de la legislación básica del procedimiento —tanto la Ley 30/1992 como la Ley 39/2015—, hacia la configuración del silencio positivo como regla general. En efecto, al extender el silencio negativo a cualquier procedimiento cuya estimación tenga impacto presupuestario directo, la «regla general» del silencio positivo queda en gran medida neutralizada, pues una parte muy significativa de las solicitudes de los ciudadanos comparta —directa o indirectamente— una obligación de pago a cargo de la Administración.

3. Los contrapesos y límites del silencio positivo: posibilidad de revisión y lesividad, y medidas provisionales

En el estrecho margen de aplicación que le queda hoy al silencio positivo como consecuencia de las numerosas excepciones legales, los riesgos que este puede entrañar para los intereses públicos son, en general, asumibles si se tienen en cuenta dos elementos relevantes de los que dispone la Administración para salvaguardarlos.

a) En primer lugar, la Administración puede siempre reaccionar frente a la adquisición de derechos por la técnica del silencio positivo cuando considere el acto presunto que vulnera el ordenamiento jurídico, mediante las técnicas de la revisión de oficio o de la declaración de lesividad. Lo que no puede es dictar una resolución expresa extemporánea y contraria al sentido del acto presunto, pues este es equi-

valente a un acto expreso. Este es, sin duda, el límite fundamental que introdujo el legislador para que los intereses públicos queden comprometidos cuando el acto presunto sea contrario a Derecho[24].

En efecto, la ley establece taxativamente que «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» (art. 24.3.a), pero permite la revisión de oficio o la declaración de lesividad del acto presunto en el caso de incurrir en alguna infracción del ordenamiento jurídico. En un principio, la Ley 30/1992, tras su reforma por la Ley 4/1999, solo parecía contemplar con claridad la revisión de oficio de los actos presuntos nulos de pleno derecho (al incluir una referencia expresa a los «actos presuntos» en artículo 62.1.f), pero la jurisprudencia ha reconocido también la posibilidad de utilizar la declaración de lesividad para dejar sin efecto un acto presunto (véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2004, rec. 1602/2000).

b) Y, en segundo lugar —y no menos importante—, una vez producido el silencio, la Administración puede suspender sus efectos mediante la adopción de una medida provisional. El artículo 56 de la Ley 39/2015 la habilita, con carácter general, para adoptar de oficio, de forma motivada, «las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad», pudiendo adoptarse estas medidas incluso antes de iniciarse el procedimiento administrativo «en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados». Esta posibilidad se reitera por el artículo 18 de la ley para los procedimientos de revisión de oficio.

   De esta modo, como señala I. Sanz Rubiales, «la normativa administrativa, general y sectorial, pone en manos de las Administraciones

---

24 Muy ilustrativa resulta, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2017 (rec. 3481/2015, ponente Wenceslao Olea), que señala que la ley 30/1992, «en particular tras la reforma de 1999, vino a fortalecer la figura del silencio positivo como un medio para terminar con la secular tendencia de nuestra Administración en no dictar resoluciones expresas. De ahí que el Legislador no tuvo reparos en considerar que el acto por silencio positivo, que pasaba a ser la regla general, «tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento» (párrafo 43. 2.º)», pero, para evitar que una regla tan tajante pudiese afectar a los intereses públicos, la ley estableció un límite a este silencio positivo, en virtud del cual se declaraba «la nulidad de pleno derecho, también de los actos presuntos que fuesen «contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición». Ello ha llevado a la jurisprudencia de esta Sala a considerar que el límite del silencio positivo está en el mencionado artículo 62.1.º*f*) [actual art. 47.1.f) de la Ley 39/2015], como con abundante cita se declara en la sentencia de esta Sala 157/2016, de 29 de enero».

ISBN: 978-84-7777-740-3

> competentes una panoplia de técnicas de suspensión de la eficacia de estos actos ilegales que son respetuosas con el carácter estimatorio del silencio y con la presunción de validez de los actos (también presuntos)»[25].

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que, en los procedimientos iniciados de oficio la ley establece la regla del silencio negativo en todos aquellos «procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo» (art. 44.1 de la Ley 39/2015).

No opera, por tanto, el silencio cuando la declaración de la Administración tiene carácter constitutivo de un derecho, y no meramente declarativo, lo que, como se ha puesto de relieve, «permite excluir de la producción del silencio positivo la mayor parte de los supuestos en los que la admisión general de esta técnica, dado su carácter residual, pudiera dar lugar a situaciones absurdas, como ocurre en todos aquellos casos en que la Administración ejercita potestades discrecionales, o en los casos en que, como en los procesos de concurrencia selectiva, acceso a la función pública, adjudicación de contratos, entre otros, el derecho del solicitante puede entrar en colisión con el derecho de terceros interesados»[26].

Pero, a pesar de todas estas cautelas, los tribunales siguen sin acoger plenamente la técnica del silencio positivo. Su eficacia se ha visto mermada tanto por la progresiva reducción de su ámbito de aplicación —a través de excepciones introducidas por el legislador estatal y autonómico—, como por la «incomprensión» de una parte de la jurisprudencia, que, como veremos, ha orillado en diversos pronunciamientos —algunos muy recientes— la clave de bóveda del sistema: la imposibilidad absoluta de que la Administración dicte un acto contrario al sentido del acto presunto, debiendo, en su caso, acudir a los procedimientos de revisión de oficio para dejarlo sin efecto.

Ello ha conducido, por un lado, a dar carta de naturaleza a técnicas de «silencio condicionado» que guardan escasa relación con la institución; y, de otro, a admitir que, incluso cuando el acto presunto es confirmado por sentencia firme tras su impugnación por el interesado, la Administración

---

25 Sanz Rubiales, I. (2006), «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», *en Revista de Administración Pública* núm. 171, disponible en internet, pág. 207.

26 Sanz Rubiales, I. (2006), «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», en Revista de Administración Pública núm. 171, disponible en internet, pág. 207.

pueda pretender dejarlo sin efecto mediante el ejercicio de sus potestades de revisión.

El resultado, como señalaban ya en 2009 María Jesús Alonso Mas y Edilberto Narbón, es que de un sistema «claro y sencillo», tal como fue configurado por el legislador de la Ley 30/1992 —especialmente tras su modificación por la Ley 4/1999—, se ha pasado a «un sistema extremadamente complejo, no solo para el ciudadano sino para los propios profesionales». Este sistema legal, añaden, «podía haber sido reconducido por la Jurisprudencia; en su lugar, no se ha hecho otra cosa que embrollarlo hasta hacerlo ininteligible. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el «silencio administrativo» (…) ya no tiene nada de común merced a las excepciones que se pueden observar en la maraña normativa sin ninguna explicación o justificación»[27].

En el mismo sentido, el magistrado José Ramón Chaves, que ha seguido muy de cerca esta la evolución del silencio positivo en su reconocido blog, afirma —con la expresividad que le caracteriza—, que «es un instituto "maldito", pues entre los recortes del legislador y los machetes de la jurisprudencia, ha quedado sin ramaje, sin hoja, verdor ni utilidad»[28].

4. El régimen urbanístico: la cláusula de prohibición del anti silencio positivo *contra legem*

Una de las grandes quiebras del silencio positivo —producto de un equívoco—, ha tenido su se ha producido en materia urbanística.

Aunque hasta el Texto Refundido de 1976 las licencias urbanísticas se sometían, con carácter general, al silencio estimatorio (y esa pauta fue mantenida también por muchas leyes autonómicas), el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 introdujo una cláusula de salvaguarda según la cual «en ningún caso» pueden adquirirse por silencio facultades urbanísticas contra la ley o el planeamiento[29]. Esa prohibición se ha mantenido en la legislación estatal posterior y hoy pervive en el artículo 11.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, que incorpora la cláusula «anti-silencio positivo *contra legem*», al disponer que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística».

---

27 Narbón Lainez, E. y Alonso Mas, M.ª J. (2009), *El silencio administrativo y su problemática procesal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 33 y ss.

28 Chaves García, J. R., «Como acabar de una vez por todas con el silencio administrativo», en su blog *delaJusticia.com*.

29 Véase la detallada exposición de la evolución del silencio en el ámbito urbanístico que lleva a cabo este autor en Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al *ordenamiento jurídico, cit.*, pp. 182 y ss.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El problema es que esta previsión —cuya su finalidad es evitar hechos consumados contrarios al planeamiento y la normativa territorial—, no responde a la regulación del acto presunto de la Ley 30/1992 cuya clave de bóveda es, como hemos reiterado, la imposibilidad de que la Administración dicte un acto contrario al sentido del acto presunto, debiendo, en su caso, acudir a los procedimientos de revisión de oficio para dejarlo sin efecto. Estamos, por tanto, ante un *tertium genus* previsto por la legislación básica estatal en materia de urbanismo, una garantía para preserva la legalidad propia y específica de este ámbito.

Doctrinalmente se ha se ha destacado que la lógica de esta cláusula se aproxima más a una excepción o «inaplicación» del silencio positivo y así lo reflejaba el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley del suelo de 1992 al regular la estimación por silencio administrativo de la aprobación definitiva de determinados instrumentos de planeamiento[30]

La jurisprudencia, sin embargo, entendió que esta garantía dirigida a preservar la legalidad urbanística no era sino una variante del silencio positivo, compatible con su regulación legal básica en la medida en que «la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario»[31]. Sobre ello volveremos más adelante. Conviene, no obstante, adelantar que, al no haberse comprendido la garantía urbanística de la legislación básica como una institución distinta del silencio positivo, una reciente sentencia del Tribunal supremo corre el riesgo de poner en cuestión la uniformidad de la regla del acto presunto en todo el territorio nacional que, con tanto esfuerzo, introdujeron las Leyes 30/1992 y 4/1999.

---

30 De acuerdo con este precepto, titulado «inaplicación del silencio positivo»:

1. No habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo del plan de que se trate.
2. Tampoco se aplicará el silencio administrativo positivo si el plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a planes de superior jerarquía, o cuando la aprobación del plan esté sometida a requisitos especiales, legal o reglamentariamente establecidos».

31 La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, dictada en un recurso de casación en interés de la ley (núm. 45/2007), declara que «la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística».

Lejos de clarificar el panorama, el legislador estatal añadió complejidad al imponer silencio negativo para determinadas licencias, autorizaciones o certificaciones de obras y de primera ocupación, respecto de las cuales tradicionalmente se había previsto el efecto estimatorio de la falta de resolución, mediante una modificación introducida en el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (mediante el Real Decreto Ley 8/2011 cuyo objeto era, pretendidamente, introducir medidas de simplificación administrativa)[32].

Sobre esta regulación se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, que distinguió entre la cláusula general *contra legem* —que considera amparada por la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18)—, y la imposición del silencio negativo para procedimientos urbanísticos concretos, que exige un título estatal competencial específico[33].

Tras esta sentencia, las leyes de urbanismo de las comunidades autónomas han regulado el sentido del silencio mediante una combinación de remisiones a los supuestos estatales básicos y reglas propias, dando lugar a un régimen muy diverso y complejo, con impacto en la seguridad jurídica: incluso en los casos en los que la ley autonómica prevé el silencio positivo para la adquisición de licencias[34], este no operará en los supuestos enunciados en el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación ni puede producir efectos contrarios a la ordenación territorial o urbanística.

---

32 Véase Lozano, B. (2011), «Silencio negativo en licencias de obras y primera ocupación: una mala solución para una mala doctrina», en Análisis de *Gómez-Acebo & Pombo*, disponible en internet.

33 Aplicando este parámetro de control, la Sentencia mantuvo el silencio negativo en aquellos supuestos en que consideró que encontraba cobertura en la competencia estatal para establecer la legislación básica de medio ambiente (art. 149.1.23 CE), por su conexión ambiental (p.ej., movimientos de tierras y explanaciones) y declaró inconstitucional la imposición del silencio negativo allí donde no apreció título competencial estatal (p.ej., parcelación o segregación u otros actos de división de fincas). En otros supuestos, mantuvo la previsión, pero supeditada a una su interpretación conforme, en función del tipo de suelo u otras circunstancias. Para el supuesto de la construcción de casas prefabricadas e instalaciones similares, mantuvo la previsión del silencio, pero supeditada a su interpretación conforme, limitándolo a aquellos supuestos en los que «la ubicación se lleve a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida». Por su parte, el silencio negativo en las solicitudes de talas arbóreas o de vegetación arbustiva depende de los terrenos: se declara inconstitucional si va ligado a procesos de transformación urbanística, pero válido si se deriva de la legislación de protección del dominio público.

34 Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid el artículo 161 del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2023, en el procedimiento general de otorgamiento de licencia urbanística establece que «el transcurso del plazo máximo para resolver desde la presentación de la solicitud, sin notificación de resolución alguna, determinará el otorgamiento de la licencia interesada por silencio administrativo positivo, excepto en los casos en que la legislación básica del Estado establezca lo contrario o señale que se requiere el acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa» (art. 161.3).

ISBN: 978-84-7777-740-3

5. El régimen ambiental: el silencio negativo generalizado y sus tensiones prácticas

Por su parte, en materia ambiental el silencio negativo se configura, desde la Ley 39/2015, como una regla de alcance general, al establecer que el silencio tendrá carácter desestimatorio en aquellos procedimientos cuya estimación implique «el ejercicio de actividades que puedan dañar al medio ambiente» (art. 24.1, párrafo segundo).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta previsión, subrayando que incorpora, en el marco del procedimiento administrativo común, la exigencia que el art. 45 CE impone a todos los poderes públicos de velar por «la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente» (STC 76/2022). A juicio del máximo interprete de la Constitución, esta excepción al silencio positivo reviste el carácter de legislación básica dictada al amparo del artículo art. 149.1.23 CE, lo que explica que haya declarado constitucionales preceptos autonómicos que atribuían carácter estimatorio al silencio en este ámbito (véanse, la citada STC 76/2022, de 15 de junio, y la STC 70/2018, de 21 de junio).

Como ha puesto de relieve I. Sanz Rubiales, esta opción por la regla del silencio negativo viene, en buena medida, exigida por el derecho europeo respecto de autorizaciones reguladas por diversas directivas ambientales[35]. Ahora bien, el Derecho de la Unión no prohíbe en abstracto toda autorización en cualquier sector de componente ambiental y, de hecho, existen normas europeas que prevé autorizaciones tácitas en procedimientos ambientales específicos, como sucede en determinados de traslados de residuos regulados por el Reglamento (CE) n.º 1013/2006. De ahí que quepa preguntarse si no habría sido preferible una formulación que combinara una regla general de silencio negativo en materia ambiental con la posibilidad de excepciones de silencio positivo únicamente cuando una ley las estableciera de forma expresa y con una justificación específica de su compatibilidad con las exigencias de evaluación y control.

---

35 Sanz Rubiales, I., «La desaparición del silencio positivo en las licencias ambientales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 11, 2019, pp. 96 y ss., disponible en internet. Como señala este autor, así resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que condenó a Italia por prever una autorización tácita para vertidos en aguas subterráneas (Sentencia de 28 de febrero de 1991, asunto C-360/87) y que ha declarado, para diversas directivas ambientales (vertidos, residuos, emisiones, evaluación de impacto ambiental), que una autorización tácita «no puede ser compatible con las exigencias de las Directivas» (Sentencia de 14 de junio de 2001, asunto C-230/00). El concepto de autorización tácita equivale a lo que en nuestro derecho se califica como autorización presunta, por silencio, y a juicio del TJUE este tipo de actos autorizatorios no responde a las exigencias de las directivas ambientales «porque no permite la realización de investigaciones previas ni posteriores, ni de controles» (Sentencia de 28 de febrero de 1991 citada).

En todo caso, el silencio negativo aplicado de forma indiscriminada a todas la solicitudes con incidencia ambiental no siempre se justifica «en la concurrencia de razones imperiosas de interés general». Buena prueba de ello es que determinadas actividades no se sometan en este ámbito a autorización, sino a un control *ex post* mediante la declaración responsable o comunicación previa, precisamente porque el legislador no aprecia que concurra una «razón imperiosa de interés general» que legitime imponer un control previo conforme a las previsiones de la Ley 20/2013, de Garantía de Unidad de Mercado. Estas técnicas, aunque agilizan trámites, deben aplicarse con cautela pues eliminan los controles previos sobre la actividad, con los riesgos que ello entraña no sólo para la protección del entorno, sino también para la garantía efectiva de los derechos de terceros interesados[36].

Resulta, por ello, paradójico que no se excluya la regla del silencio positivo en el régimen autorizatorio ambiental y, el mismo tiempo, se permita en ocasiones sustituirlo por completo por técnicas de control *ex post* —a veces sin una justificación suficiente—, lo que ha exigido incluso la intervención de los tribunales para frenar intentos por «aligerar» de forma indebida el régimen preventivo aplicable[37]. En estos supuestos, cabe plantearse si no sería preferible mantener controles previos, aunque se admitiesen —en casos tasados y debidamente justificados por la ley—, que operase el silencio positivo.

---

36 Sanz Rubiales, I., «La desaparición del silencio positivo en las licencias ambientales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 11, 2019, pp. 96 y ss., disponible en internet. Como señala este autor, así resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que condenó a Italia por prever una autorización tácita para vertidos en aguas subterráneas (Sentencia de 28 de febrero de 1991, asunto C-360/87) y que ha declarado, para diversas directivas ambientales (vertidos, residuos, emisiones, evaluación de impacto ambiental), que una autorización tácita «no puede ser compatible con las exigencias de las Directivas» (Sentencia de 14 de junio de 2001, asunto C-230/00). El concepto de autorización tácita equivale a lo que en nuestro derecho se califica como autorización presunta, por silencio, y a juicio del TJUE este tipo de actos autorizatorios no responde a las exigencias de las directivas ambientales «porque no permite la realización de investigaciones previas ni posteriores, ni de controles» (Sentencia de 28 de febrero de 1991 citada).

37 Cabe citar, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 11 de abril de 2019 (rec. 497/2018), que anuló un precepto reglamentario (art. 6 del Decreto 4/2018), que trasladaba numerosas actividades ganaderas —incluidas explotaciones de fuerte incidencia ambiental, como las porcinas— del régimen de licencia ambiental al de mera comunicación previa. Para ello, el precepto modificaba el anexo III del Texto Refundido de la Ley de Prevención Ambiental (aprobado por Decreto Legislativo 1/2015) y el tribunal entiende que, aunque la ley contenía una cláusula deslegalizadora que habilitaba al reglamento para modificar sus anexos, esa habilitación no permite degradar el nivel de protección ambiental sin justificar un cambio de circunstancias, sin que el decreto acreditase por qué actividades antes consideradas capaces de causar molestias importantes o daños ambientales podrían pasar, sin más, a un régimen de comunicación. Véase el comentario de esta sentencia por Sanz Rubiales, I. en «Castilla y León: la caza, en el punto de mira», en *Anuario de Derecho Ambiental-Observatorio de Políticas Ambientales* 2020, BOE-CIEMAT, disponible en internet.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Existe, además, al menos un supuesto en el que la legislación ambiental articula un mecanismo funcionalmente equivalente al silencio positivo, pero evita calificarlo como tal. Es el artículo 10 del texto refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016), cuyo apartado 2 permite al titular ejecutar una modificación no sustancial «siempre que» el órgano competente no manifieste lo contrario en el plazo de un mes. Esta técnica se presenta formalmente como una «comunicación» sujeta a un veto en un plazo, pero su encaje es discutible, pues desnaturaliza la comunicación tal y como la conciben el Derecho español y el Derecho de la Unión: un instrumento que habilita al inicio desde su presentación, con control *ex post* (art. 69 de la Ley 39/2015). El resultado es un procedimiento atípico que puede generar inseguridad jurídica: al no reconocerse de forma clara la producción de un acto presunto estimatorio, no es infrecuente que la propia Administración o los tribunales nieguen eficacia a la falta de pronunciamiento en plazo invocando el interés público de la protección ambiental (Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña 706/2022, de 28 de febrero, rec. 400/2020).

En suma, la extensión del silencio negativo a todas las actividades con incidencia ambiental, unida a su generalización en el ámbito urbanístico y al resto de exenciones que prevé el artículo 24 de la Ley 39/2015, así como a las previstas en leyes sectoriales y autonómicas, conducen derechamente a la conclusión de que el silencio positivo, hoy, ya no opera como regla, sino como excepción.

6. Deriva jurisprudencial: aciertos, límites y embates recientes

La jurisprudencia ha contribuido, en algunos casos, a reforzar el silencio positivo al acotar los supuestos en los que procede la desestimación presunta. Destaca, en este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo que delimita el alcance de la noción de «servicio público» a efectos de su operatividad como excepción del silencio positivo, restringiendo el concepto y excluyendo de él a los denominados «servicios de interés económico general», que «no presentan la naturaleza ni las características propias de un servicio público, desde un punto de vista subjetivo, al no concurrir, la nota de la titularidad pública propiamente definitoria de estos últimos». En consecuencia, la excepción del artículo 24.1 de la Ley 30/2015 a la regla general del silencio positivo no opera respecto de actividades de interés general intensamente reguladas pero prestadas por el sector privado, tales como el suministro d electricidad, las telecomunicaciones o el servicio postal (Sentencia 3260/2023, de 11 de octubre de 2023, ponente doña Isabel Perelló Domenech, reiterada por la Sentencias 1274/2023 y 430/2026).

En otros casos, en cambio, la jurisprudencia no ha sabido apreciar en toda su dimensión la relevancia y la verdadera naturaleza de la regla del si-

lencio positivo consagrada por la legislación básica: no como un mero automatismo procedimental, sino como una garantía estructural del administrado, concebida para disciplinar la actuación administrativa e incentivar el cumplimiento efectivo del deber de resolver de forma expresa en un plazo razonable. En este sentido, un primer embate relevante contra el régimen del silencio positivo deriva de la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el silencio —sea positivo o negativo—, «solo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento». Así lo declaró la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal supremo de 28 de febrero de 2007 (rec. 302/2004) en materia de contratos públicos.

Aplicando esta doctrina, la sentencia consideró que, ante una reclamación de intereses respecto al importe de una obra realizada por el contratista —correspondiente a actuaciones obras no inicialmente previstas en el contrato, pero que resultaron necesarias—, el silencio había de ser desestimatorio, al entender que «la ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes»; y que, al tratarse de expedientes iniciados de oficio, las consecuencias del silencio para el administrado serían las previstas en el artículo el artículo 42 de la Ley 30/1992 (actual art. 25.1.a de la Ley 39/2015), esto es, la desestimación de sus solicitudes.

Esta construcción fue criticada —a nuestro juicio, con razón— por el voto particular formulado por el magistrado don José Díaz Delgado, al que se adhieren otros tres magistrados de la Sala. En él se recuerda que el silencio positivo se concibe como «remedio contra el fracaso del cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver (…) que no es sino corolario del principio de eficacia administrativa, recogido en el artículo 103.1 de la Constitución española»; y que, precisamente por ello, la ley atribuye, con carácter general, un efecto estimatorio al silencio en los procedimientos iniciados a solicitud de parte.

Exigir que el silencio solo opere en los procedimientos formalizados supone, en la práctica, dejar fuera de la técnica del silencio buena parte de las solicitudes dirigidas a la Administración —que se tramitan al amparo del procedimiento común—, restringiendo de hecho el ámbito del silencio positivo (pues el negativo, desde la Ley 4/1999, solo puede establecerse por norma con rango de ley o por norma de Derecho de la Unión.

Es cierto, como indica la Sentencia, que para que opere el silencio ha de existir un procedimiento, pero este no tiene por qué estar predeterminado y detallado en una norma sectorial: el procedimiento administrativo nace del propio marco jurídico de la Ley 39/2015, cuyo objeto es regular el procedimiento administrativo común aplicable a todas las Administraciones públi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

cas. Solo la ley puede introducir trámites adicionales o distintos, quedando el reglamento limitado a concretar meras especialidades; por ello, la ausencia de un procedimiento «formalizado» no equivale a la inexistencia de procedimiento, sino a la aplicación del régimen común que opera *ex lege* con carácter supletorio o por defecto.

Tampoco resulta convincente invocar el mandato de adecuación y sistematización de procedimientos previsto por la Ley 30/1992, pues la propia ley asumía que esa adecuación no sería completa y, de hecho, fijó plazos máximos de resolución —determinantes del silencio— para «cuando la norma de procedimiento no fije plazos».

La sentencia, además, parece desconocer la realidad de relaciones jurídicas complejas dentro de las cuales se suceden procedimientos autónomos. Como recuerda el voto particular, «la apertura de una relación, contractual, funcionarial, etc., que puede durar muchos años, no impide la existencia de derechos, que exigen para su tramitación un procedimiento, sea el formalizado, sea el común, y que tengan carácter autónomo». Y, frente al argumento de que «en la mente del legislador no establa el aplicar el silencio positivo a cualquier pretensión, por descabellada que fuera» conviene señalar que el ordenamiento ya ofrece respuestas suficientes: inadmisión de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento, desestimación expresa y motivada, o canalización por el derecho de petición cuando no exista una verdadera pretensión basada en un derecho o interés legítimo (respecto del cual la Ley 39/2015 prevé expresamente la aplicación del silencio negativo).

En definitiva, el control de las pretensiones infundadas debe hacerse con los instrumentos que prevé el ordenamiento jurídico, sin necesidad de introducir por vía jurisprudencial un requisito de «procedimiento formalizado» que restringe indebidamente el ámbito de la estimación presunta. No han faltado, ello, voces doctrinales autorizadas que han cuestionado esta Sentencia[38]. Como señala Joaquín Tornos, en esta resolución judicial parece gravitar la preocupación por el interés público comprometido en el caso concreto. Sin embargo, cuando esta comprensible preocupación se traduce en una restricción judicial del régimen legal del silencio, los tribunales corren el riesgo de asumir una función cuasi legislativa que no les corresponde. En último término, es el quien debe decidir si la protección de determinados intereses públicos exige excepcionar la regla del silencio positivo y sustituirla

38 Véanse: Tornos Mas, J. (2007), «la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿una drástica reducción del silencio administrativo?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, disponible en internet; Chinchilla Marín, C. (2007), «Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de actuación (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 16; Aguirreazcuénaga, I. (2010), «La Administración no puede beneficiarse de su silencio», en Revista Vasca de Administración Pública núm. 87, disponible en internet.

por la desestimación presunta; de lo contrario, se desnaturaliza la institución, se incrementa la inseguridad jurídica y el derecho de los ciudadanos a obtener una resolución expresa en un plazo razonable queda, en la práctica, privado de una de sus técnicas de tutela más eficaces.

Dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2024 y 2025 han supuesto un segundo embate —más grave, si cabe—, contra la técnica del silencio positivo, en la medida en que menoscaban de forma significativa su efecto disuasorio frente a la falta de respuesta expresa de la Administración.

La Sentencia del Tribunal Supremo 143/2023, de 7 de febrero de 2024 (ponente don Eduardo Calvo Rojas), da lugar a un itinerario procesal que puede calificarse de «kafkiano» para el administrado[39]. Los hechos se remontan a 2006, cuando una empresa solicitó en Canarias una autorización para la instalación de un salón de juegos recreativos y la obtuvo por silencio, al no prever entonces la normativa autonómica aplicable la desestimación por silencio. Pese a ello, la Administración canaria dictó después una resolución expresa denegatoria de la autorización; la empresa recurrió y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 17 de septiembre de 2012 estimó el recurso por entender adquirida la autorización por acto presunto. Años más tarde, en 2017, al solicitarse la autorización de apertura y funcionamiento, la Administración la denegó nuevamente por silencio (previsto, esta vez sí, para estas autorizaciones), pese a tratarse de un acto reglado siempre que se presentase la documentación requerida y a no haberse efectuado un previo requerimiento de subsanación.

La empresa recurrió y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 700/2020, de 17 de diciembre, estimó el recurso con base en carácter reglado de la autorización y en la nulidad de cualquier actuación administrativa dirigida a contrariar lo declarado en sentencia firme; y añadió, de forma incidental, que no procede la revisión de oficio de lo ya enjuiciado y confirmado por sentencia firme, invocando la primacía de la cosa juzgada. Este último pronunciamiento fue debido a que, cuando se dictó esta sentencia, la Administración había iniciado —pero todavía no había concluido— un procedimiento de revisión de oficio de la autorización. La sentencia recuerda que «la Jurisprudencia, desde antiguo, se ha decantado claramente a favor de la cosa juzgada», impidiendo «la revisión de oficio aquellos actos —y menos aún la ausencia de acto, como aquí acontece— cuya validez ha sido enjuiciada y declarada por sentencia firme, por intenso que sea el grado de nulidad de que puedan venir afectados»[40].

---

39 Así titulé un comentario publicado en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*: «Un proceso kafkiano: las sentencias firmes que confirman la estimación de una solicitud por silencio no impiden su revisión de oficio».

40 Sobre la revisión de oficio y la cosa juzgada véase Bauzá Martorell, F. (2024), *Revisión de Oficio. Dudas, lagunas y controversias*, Iustel, Madrid.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sin embargo, la Administración recurrió en casación esta sentencia y el Tribunal supremo admitió el recurso para decidir sobre la cuestión de interés casacional objetivo consistente en «determinar si la Administración puede tramitar un procedimiento de revisión de oficio tendente a declarar la nulidad de pleno derecho de una autorización administrativa obtenida mediante un acto presunto positivo confirmado por una sentencia firme en aquellos casos en los que dicha resolución judicial se haya limitado a constatar la operatividad del silencio administrativo positivo sin analizar la cuestión de fondo» y fijó la doctrina de que la revisión de oficio no queda impedida por la cosa juzgada en ese supuesto, al no haberse examinado la cuestión de fondo atinente a la legalidad material de la autorización.

Dejando al margen la discutible cuestión admisión del recurso para dilucidar una cuestión que no guardaba relación directa con el objeto del proceso[41], lo más grave es la doctrina que sienta la Sentencia: «habiendo recaído sentencia firme que declara producido por silencio positivo un acto administrativo la revisión de oficio de dicho acto no resulta impedida por el efecto positivo de la cosa juzgada derivados de aquella sentencia cuando, como sucede en el caso que se examina, la resolución judicial únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que había operado el silencio positivo (…) sin haber entrado a examinar la sentencia las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización obtenida por silencio».

Esta interpretación fue confirmada por la Sentencia número 464/2025, de 22 de abril de 2025, ahora respecto de la declaración de lesividad y la posterior impugnación por la Administración de un acto presunto estimatorio confirmado por sentencia firme[42].El Tribunal Supremo volvió a enunciar

---

41 La propia Sentencia del Tribunal Supremo reconoce que la orden que inició el expediente de revisión de oficio no era el objeto de impugnación en el proceso de instancia y ello debía haber determinado la inadmisión del recurso. Así lo exige la configuración de este recurso extraordinario por la LJCA, pues por muy relevante que sea su función interpretativa o nomofiláctica, esta función no se ejerce en abstracto, sino que el artículo 89.2 de la LJCA impone al escrito de preparación «fundamentar con singular referencia al caso» que concurre el invocado supuesto de interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Como ha reiterado el Tribunal Supremo «el recurso ha de pretender la revocación de la parte dispositiva de la sentencia, no solo de sus argumentos, pues, en otro caso, el proceso se quedaría convertido en un mecanismo de resolución de consultas o de rectificación de declaraciones meramente teóricas y no de resolución de pretensiones» (autos de 3 de julio de 2014 en los recursos 1539/2013 y 1775/2013 y sentencia de 24 de julio de 2012, rec. 2040/2012).

42 En este supuesto, el acto presunto positivo se había producido por una doble estimación presunta por aplicación de lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 39/2015, en relación con una reclamación económica retributiva dirigida a la Consejería de Salud del Gobierno de la Región de Murcia. Al igual que en caso anterior, la Administración dictó una resolución expresa contraria al silencio y la interesada recurrió y obtuvo una sentencia estimatoria del Juzgado de lo contencioso-administrativo. La Administración procedió entonces a declarar

la cuestión en términos sustancialmente idénticos y resolvió en el mismo sentido, con cita expresa de la sentencia anterior.

En estos casos, de nuevo, parece pesar en el trasfondo la tutela del interés público comprometido —en el de 2023, la instalación de un local de juego en las inmediaciones de un centro escolar—; pero es el legislador, y no el juez, quien debe determinar que en determinados ámbitos el silencio produzca efectos desestimatorios[43].

El resultado es una doctrina que erosiona dos garantías que el legislador había articulado de forma complementaria: el silencio positivo como incentivo para resolver en plazo y la revisión de oficio (o la declaración de lesividad) como vía extraordinaria y tasada para neutralizar, cuando proceda, los efectos de un acto presunto estimatorio. La razón es sencilla: el ordenamiento permite a la Administración acudir a la revisión de oficio o a la declaración de lesividad, pero le prohíbe dictar una resolución extemporánea contraria al sentido del silencio (art. 24.3.a de la Ley 39/2015). Esa prohibición es la verdadera «clave de bóveda» del sistema, porque impide que la Administración se beneficie de su propia inactividad resolviendo fuera de plazo en sentido contrario y obliga a encauzar su reacción por las vías de revisión.

Si, pese a infringir esa prohibición, la Administración puede además reabrir el fondo mediante revisión o lesividad incluso después de una sentencia firme confirmatoria, el silencio positivo pierde su función disuasoria: la Administración nada arriesga al «resolver tarde y en contra», mientras el administrado queda expuesto a una litigiosidad potencialmente interminable y sin estabilidad real del derecho reconocido. Cabe recordar aquí, en términos del propio Tribunal Supremo (para negar entrar en el examen de fondo en los recursos contra las resoluciones expresas contrarias al acto presunto), que, de admitirse esta posibilidad, «la figura del silencio carecería de todo sentido y de cualquier finalidad razonable» (STS de 8 de enero de 2013, rec. 3558/2010; ponente, Wenceslao Olea, reiterada por la STS de 14 de junio de 2017, rec. 3481/2015).

Finalmente, esta conclusión se ve reforzada por el diseño legal de las potestades de revisión. El artículo 106.1 de la Ley 39/2015 circunscribe la revisión de oficio a actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, lo que sugiere que, una vez judicializada

---

la lesividad del acto y a recurrirlo (por la vía del artículo 107 de la Ley 39/2015) y el Juzgado dictó una sentencia desestimatoria por entender que no podía anularse el acto debido al «efecto de cosa juzgada derivado de la anterior Sentencia, afirmando que «dado que se ha estimado la pretensión por silencio tampoco puede analizarse la prescripción del derecho a reclamar la reclamación económica, y añade «todo ello, sin perjuicio de la facultad de revisión de oficio por la Administración».

43 Muy significativo resulta, en este sentido, que la actual Ley 8/2010, de Canarias, haya introducido este sentido desestimatorio del silencio administrativo en las solicitudes de autorización de establecimientos dedicados al juego.

ISBN: 978-84-7777-740-3

la controversia, el control de legalidad debe residenciarse en los recursos y quedar sujeto a sus efectos, incluida la cosa juzgada. Y el artículo 110 de la Ley 39/2015 recuerda, mediante límites ligados a la equidad, la buena fe, los derechos de terceros y las prohibiciones legales, que la revisión no puede convertirse en un mecanismo ilimitado para corregir *ex post* lo que la Administración decidió —o dejó de decidir— *ex ante*. Si, pese a todo, la Administración entiende que el mantenimiento del derecho reconocido por sentencia firme es incompatible con intereses públicos relevantes, el cauce debe ser el previsto para esos supuestos —incidente de ejecución o, en su caso, mecanismos indemnizatorios—, pero no la reapertura general del fondo por revisión de oficio o lesividad.

En los casos a los que se aplica esta doctrina, además, se produce una doble quiebra del principio de buena administración (art. 41 CDFUE, según su recepción jurisprudencial): primero, por no resolver en un plazo razonable, y segundo, por dictar una resolución tardía contraria a la regla legal que pretendía remediar ese incumplimiento. Ese doble incumplimiento debería tener una consecuencia clara: una vez existe sentencia firme confirmatoria, la Administración no debería poder reabrir el debate sustantivo por la vía de la revisión, sino acudir, si procede, a los cauces propios de la ejecución de sentencia o a mecanismos equivalentes.

Finalmente, esta conclusión se ve reforzada por el propio diseño legal de las potestades de revisión. Por un lado, el artículo 106.1 de la Ley 39/2015 circunscribe la revisión de oficio a los actos «que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo», lo que revela que, una vez judicializada la controversia, el control de legalidad debe residenciarse en los recursos —y quedar sometido a sus efectos, incluida la cosa juzgada—. Por otro lado, el artículo 110 de la Ley 39/2015 refleja, mediante límites ligados a la equidad, la buena fe, los derechos de terceros y las prohibiciones legales, que las potestades de revisión no son un mecanismo ilimitado para corregir *ex post* lo que la Administración decidió (o dejó de decidir) *ex ante*. Si, pese a todo, la Administración entiende que el mantenimiento del derecho reconocido por sentencia firme resulta incompatible con intereses públicos relevantes, los remedios deben ser los que prevé el ordenamiento para esos supuestos: el incidente de ejecución en los términos legalmente previstos o, en su caso, la articulación de la privación del derecho por las vías indemnizatorias que correspondan, pero no la reapertura general del fondo mediante revisión de oficio o lesividad.

Se confirma así la paradójica posición del Tribunal Supremo ante el derecho a una buena administración: por un lado, proclama con énfasis que el derecho a obtener una resolución expresa en plazo forma parte de ese derecho —al que atribuye rango constitucional—; pero, por otro, contribuye a debilitar la regla del silencio positivo, que es la única técnica mínimamente eficaz para desincentivar la pasividad administrativa.

En esta línea se sitúa también la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2025 (rec. 748/2022; ponente, don José Manuel Bandrés), que —al no plantear cuestión de inconstitucionalidad— puede suponer una amenaza para lo poco que queda de la institución del silencio positivo. La sentencia, que cuenta con voto particular, resuelve un litigio en el que, además de discutirse la legalidad del acto impugnado, se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 31.1 de la Ley 5/2018, para la protección, reconocimiento y memoria de las víctimas del terrorismo de Madrid. Dicho precepto establecía el silencio positivo para el caso de falta de resolución en plazo de las solicitudes de ayudas e indemnizaciones, pero lo hacía con una fórmula condicionada: «siempre que el solicitante cumpla los requisitos para obtener las ayudas establecidas en esta ley». A juicio de la demandante, esa previsión desnaturalizaba la configuración del silencio positivo del artículo 24 de la Ley 39/2015 y, por tanto, invadía la normativa básica estatal.

La sentencia reconoce que la regulación del silencio en la Ley 39/2015 forma parte de la legislación básica estatal sobre procedimiento administrativo común, dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE, tal como ha reiterado el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no aprecia dudas de constitucionalidad en el precepto autonómico, pese a admitir la existencia de incertidumbres sobre el contenido y alcance de la regulación básica del silencio.

Para sostener esa conclusión, se apoya en una lectura restrictiva del silencio positivo presente en la Sentencia de 19 de abril de 2016 (rec. 1877/2015), dictada aún bajo la Ley 30/1992, según la cual los efectos del silencio positivo encuentran su límite en la nulidad de pleno derecho de los actos —expresos o presuntos— por los que se adquieren facultades o derechos careciendo de requisitos esenciales. Asimismo, invoca la Sentencia de 14 de diciembre de 2020 (rec. 7929/2019), relativa a licencias urbanísticas, ámbito que, como se ha expuesto, presenta un régimen singular en la legislación básica estatal de suelo.

Esa concepción del «núcleo básico» del silencio administrativo se aparta, sin embargo, del tenor literal del artículo 24 de la Ley 39/2015, que es inequívoco al disponer que «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». De esta regla se desprende que, si la Administración considera que el acto presunto es ilegal o lesivo, debe acudir a las potestades de revisión de oficio —y, en su caso, acordar su suspensión— para dejarlo sin efecto; admitir que puede «condicionar» el silencio por vía interpretativa equivale a desconocer la clave de bóveda del sistema y a vaciar de eficacia el incentivo a resolver en plazo. Esta es, además, la comprensión mayoritaria en la jurisprudencia: como ha recordado la STS 430/2026, de 24 de marzo de 2026, «una vez operado el silencio administrativo por concurrir los presupuestos para ello, no cabe un examen so-

ISBN: 978-84-7777-740-3

bre la legalidad del acto presunto al margen de los procedimientos de revisión establecidos legalmente»[44].

La Sentencia trata de reforzar su razonamiento con el Auto del Tribunal Constitucional de 27 de mayo de 2025 que inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad contra esta ley, pero esta referencia es limitada, pues —como la propia sentencia reconoce—, la cuestión inadmitida no versaba sobre el artículo 31.1, sino sobre el requisito de empadronamiento en la Comunidad de Madrid como condición de acceso a las ayudas. En rigor, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma directa sobre la figura del «silencio positivo condicionado». Cuando ha abordado un supuesto próximo, como en la Sentencia 70/2018, ha evitado caracterizar plenamente su naturaleza, si bien ofrece un pasaje especialmente relevante: «*incluso si se asume la interpretación que excluye la existencia de un acto estimatorio presunto que haya de ser declarado nulo*, no resulta jurídicamente defendible que una regla de procedimiento que asigna un efecto estimatorio del silencio (complementada por una prohibición de adquirir facultades contrarias al ordenamiento jurídico) sea completamente equivalente, en todos sus efectos jurídicos, al establecimiento directo de una regla procedimental de silencio negativo o desestimatorio». Esta afirmación pone de manifiesto, bien a las claras, que el «silencio condicionado» no puede equipararse sin más al acto presunto regulado por la legislación básica estatal.

De hecho, una parte relevante de la doctrina ha advertido que una regla que «otorga por silencio solo lo conforme a Derecho» conduce, en la práctica, a efectos muy próximos a los del silencio negativo: el interesado termina viéndose compelido a acudir a los tribunales para que se le reconozca el derecho que la Administración le niega, pese a haber transcurrido el plazo sin resolver[45]. Precisamente por ello, como recuerda José María Baño, la

---

44 La Sentencia cita, en este sentido, la Sentencia de 15 de marzo de 2011, rec. 3347/1009; en el mismo sentido cabe, citar, entre otras muchas, las Sentencias 1247/2023, de 11 de octubre de 2023; 1274/2023, de 17 de octubre de 2023; de 14 de junio de 2017, rec. 3481/2015; 157/2016, de 29 de enero de 2016 y de 5 de diciembre de 2014, rec. 3738/2012).

45 Baño León, J. M.ª. (2000), «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo xxi, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Sosa Wagner, F., Tirant lo Blanch, Valencia, tomo I, tomo IV, pp. 1343 y ss., pág. 1357.En el mismo sentido: Laguna de Paz, J.C. (2006), *La autorización administrativa*, Thomson-Cívitas, Pamplona y Quintana López, T. (2006), «El silencio de la Administración en el Derecho urbanístico», en VV.AA., *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 408 y ss. En el mismo sentido, Sanz, I. (*Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias…, cit.*, pág. 189), que no se adscribe a esta interpretación, cita también a los autores del *Memento Práctico Urbanismo* 2005-2006 (2005), Francis Lefevre, Madrid, en cuya pág. 1146 dicen: «El silencio administrativo, como regla general, juega en sentido positivo. Sin embargo, cuando la solicitud de licencia o el proyecto en el que se apoye sean contrarios a la ordenación urbanística, el silencio será siempre negativo»

Ley 30/1992 pretendió superar ese estado de cosas configurando el silencio como un verdadero acto y obligando a la Administración a combatir sus efectos, si procedía, mediante los cauces de revisión. En el mismo sentido, M.ª José Alonso Mas y Edilberto Narbón subrayan que la intención del legislador básico se evidencia en la exigencia, por la disposición adicional tercera de la Ley 4/1999, de que las normas de procedimiento determinen de forma clara y terminante si el silencio es estimatorio o desestimatorio, sin fórmulas condicionales, como traslación al procedimiento administrativo del principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución[46].

La Sentencia cuenta, como hemos adelantado con un voto particular breve, pero sólidamente fundamentando, suscrito por los magistrados don Eduardo Calvo Rojas, doña Berta María Santillán y doña Margarita Beladíez. Reproducimos, por su interés, su argumentación principal:

> «Pues bien, creemos necesario precisar que lo que contempla el citado artículo 24 de la Ley 39/2015 permite, como excepción a la regla general del silencio positivo, "que una norma con rango de ley —que, ciertamente, puede ser autonómica— establezca «lo contrario", esto es, el silencio negativo. Pero, en el caso que examinamos, la redacción originaria —que es la aplicable al caso— del artículo 31.1 de la Ley 5/2018, de la Asamblea de la Comunidad de Madrid no hace tal cosa, esto es, no se limitar a disponer que transcurrido el plazo máximo para resolver se entenderá denegada la solicitud (silencio negativo). Lo que aquella redacción original de la norma autonómica determina es que, transcurrido el plazo máximo de resolución "...se podrá entender estimada la solicitud, siempre que el solicitante cumpla los requisitos para obtener las ayudas establecidas en esta ley". Con esa redacción, no queda claro si el silencio va a operar en sentido positivo o negativo, pues la respuesta dependerá de que la solicitud cumpla los requisitos establecidos en la ley para obtener las ayudas; sin que la norma especifique qué requisitos son aquellos cuyo incumplimiento determina que el silencio se torne negativo ni qué grado de incumplimiento es relevante a tales efectos.»
>
> Dicho de otro modo, la redacción del precepto legal autonómico a la que nos venimos refiriendo no se limita a optar por el silencio negativo, frente a la regla general consistente en el silencio positivo, sino que pre-

46 Ob. cit. pág. 34. Conforme a esta disposición, «reglamentariamente en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca». Estos autores ponen de relieve que, con esta previsión, la ley quiso que «esa relación fuera clara y terminante, los efectos del silencio administrativo debían ser "estimatorios o desestimatorios", es decir, la norma nunca estableció que serían estimatorios "si" o "dependiendo de", ya que la pretensión fue recoger y trasladar al procedimiento administrativo el principio de "seguridad jurídica" consagrado en el artículo 9 de la Constitución española».

ISBN: 978-84-7777-740-3

> tende instaurar una categoría intermedia o *tertium genus* que a nuestro entender no tiene cabida en la norma estatal básica y que, como hemos señalado, no genera sino incertidumbre y, en definitiva, inseguridad jurídica.»

En efecto, como advierten los magistrados discrepantes, estamos ante un «silencio positivo condicionado «que no se corresponde con la figura del acto presunto, tal y como aparece configurada en el artículo 24 de la Ley 39/2015. A continuación, expondremos cuál debería ser, a nuestro juicio, la naturaleza y el encaje jurídico de estas fórmulas condicionadas; pero lo que no ofrece duda es que no se trata del silencio estimatorio regulado por la legislación básica.

Esa categoría intermedia provoca, como señala el voto particular, una gran inseguridad jurídica, lo que explica que el propio legislador autonómico la haya sustituido *motu proprio* por la regla de silencio positivo en su configuración tradicional, mediante una reforma que, aunque no era aplicable *ratione temporis* al caso, pone de manifiesto el problema. Los magistrados discrepantes traen a colación el preámbulo de la ley reformadora, que explica de forma precisa la razón de suprimir el condicionante:

> «La Administración está obligada a resolver el procedimiento para la concesión de las ayudas económicas y medidas asistenciales en doce meses a contar desde la fecha de acuerdo de inicio del procedimiento si se ha iniciado de oficio o desde la entrada de la solicitud en el registro electrónico si se inicia a solicitud del interesado. En tal plazo la Administración debe, entre otras obligaciones, haber comprobado si el solicitante cumple los requisitos para obtener las ayudas establecidas en la presente Ley. Por ello el silencio administrativo no puede estar condicionado a que se cumplan tales requisitos pues tal condicionante desvirtúa la función del silencio administrativo, que es un derecho del solicitante. Por ello se elimina tal condicionante, considerando estimada la solicitud siempre que la Administración no haya resuelto y notificado en los doce meses de plazo previstos.»

Cabe señalar, por último, que, de consolidarse la doctrina sentada por esta sentencia, podría reabrirse la situación de inequidad e inseguridad jurídica que la doctrina denunció en relación con la Ley 30/1992: una configuración «aleatoria» del silencio, en función de cada Administración y ante asuntos sustancialmente equivalentes[47]. En buena medida, la reforma de

[47] Baño León, J. M.ª. (2000), «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Sosa Wagner, F., Tirant lo Blanch, Valencia, tomo IV, pp. 1343 y ss., pág. 1357. En el mismo sentido: Laguna de Paz, J.C. (2006), *La autorización administrativa*, Thomson-Cívitas, Pamplona y Quintana López, T. (2006), «El silencio de la Administración en el Derecho urbanístico», en VV.AA., *El silencio administrativo. Ur-*

la regulación introducida en 1999 tuvo precisamente el objetivo de poner fin a ese estado de cosas. Como señaló en su día Jesús Jordano, «la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha procedido en buena medida a remediar el dislate dando una nueva redacción a los arts. 42, 43 y 44»[48].

IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* Y UNA LLAMADA A LOS TRIBUNALES

El derecho a obtener una resolución expresa no es, como dice el Tribunal Supremo, una «una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración»[49].

Por ello, el incumplimiento generalizado del deber de la Administración de resolver y notificar en plazo es una auténtica lacra: convierte la inactividad en un modo «normal» de decidir y vacía de contenido el derecho del ciudadano a obtener una respuesta expresa y, cuando proceda, motivada. La consecuencia se proyecta también sobre la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, pues fuerza al administrado a recurrir «a ciegas», sin conocer las razones de la Administración, dificultando la articulación de su defensa y sobrecargando a los órganos jurisdiccionales, que se ven obligados a enjuiciar actos presuntos sin motivación —y no pocas veces, sin expediente completo—, con el consiguiente debilitamiento del control de legalidad y de la adopción de medidas cautelares.

No se puede pretender que nuestra Administración sea digital o moderna, mientras persista esta flagrante vulneración del principio constitucional de buena administración.

Pasamos, por ello, a enunciar algunas propuestas *de lege ferenda*, siendo conscientes de que se trata de meras sugerencias que solo tendrán

---

banismo y medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 408 y ss. En el mismo sentido, Sanz, I. (*Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias…, cit.* pág. 189), que no se adscribe a esta interpretación, cita también a los autores del *Memento Práctico Urbanismo* 2005-2006 (2005), Francis Lefebvre, Madrid, en cuya pág. 1146 dicen: «El silencio administrativo, como regla general, juega en sentido positivo. Sin embargo, cuando la solicitud de licencia o el proyecto en el que se apoye sean contrarios a la ordenación urbanística, el silencio será siempre negativo».

48 Jordano Fraga, J. (2000), «Tendencias de evolución en el Derecho Administrativo y alguna propuesta iconoclasta», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Sosa Wagner, F., Tirant lo Blanch, Valencia, tomo I, pp. 173 y ss., pág. 191.

49 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020 (rec. 5751/2017).

ISBN: 978-84-7777-740-3

efecto real si la doctrina respalda algunas de ellas con la misma fuerza con la que impulsó, en su día, la supresión del plazo para recurrir las desestimaciones por silencio.

Un primera sugerencia —elemental— sería reconocer de forma expresa en el artículo 53 de la Ley 39/2015 el derecho del interesado a que los asuntos que les conciernen sean resueltos en un plazo razonable, incorporando así la doctrina jurisprudencial ya acogida, en los términos expuestos, por varias comunidades autónomas. Este reconocimiento podría completarse, como hace la Ley 3/2022, del Sector Público Vasco, con el derecho a conocer, en su caso, «los motivos de las demoras que sean inevitables». Como hemos señalado, ello obligaría a la Administración a motivar su demora cuando así lo solicite el interesado, y aunque el precepto prevea una consecuencia automática para su incumplimiento, su vulneración podría alegarse como una infracción procedimental añadida al impugnar una resolución tardía o presunta desfavorable o formalizar una reclamación de responsabilidad patrimonial por dilaciones administrativas indebidas.

En segundo lugar, parece igualmente imprescindible que el incumplimiento de su deber de resolver genera algún efecto adverso para la Administración que actúe como incentivo real para resolver en plazo. El silencio negativo debe dejar de operar como una «alternativa lícita» —y en ocasiones más ventajosa— frente a la resolución expresa a la que el administrado tiene derecho. Descartada, en la práctica, la vía disciplinaria —por la tendencia a considerar estos incumplimientos como «menores»—, habría que explorar otras consecuencias procesales y económicas más efectivas.

Una reforma necesaria, que podría venir de manos del legislador o de un cambio de doctrina del Tribunal Supremo, sería la exención de costas al recurrente cuando litiga contra un acto presunto, pues existen razones suficientes para sostener que la LJCA permite —y, en buena lógica, exige— valorar el incumplimiento por la Administración del deber de resolver como circunstancia determinante para no imponerlas.

Pero el legislador sí podría ir más allá y arbitrar soluciones más drásticas. Una primera propuesta, formulada por José Ramón Chaves, sería, como dice este autor, «sencilla y técnicamente muy fácil de implantar»: asimilar el régimen del artículo 54.1 de la LJCA para la no remisión del expediente administrativo al supuesto de impugnación de una desestimación presunta[50]. Para ello, dice el autor, bastaría con «añadir al art. 54.1 un inciso final, que quedaría de este modo: *Si la demanda se hubiera formalizado sin haberse percibido el expediente administrativo, emplazará a la Administración demandada para contestar, apercibiéndola de que no se admitirá la*

50 Véase, «Como acabar de una vez por todas con el silencio administrativo», en su blog *delaJusticia.com*

contestación si no va acompañada de dicho expediente. Asimismo, si se impugnase la desestimación presunta de la Administración pública, tampoco se admitirá la contestación a la demanda si no va acompañada de la resolución expresa en el procedimiento administrativo litigioso».

Ahora bien, esta medida exigiría una regulación complementaria para evitar disfunciones: si se inadmite sin más la contestación por falta de resolución expresa, podría ocurrir que el pleito se decidiese con una Administración «silente» procesalmente, pero sin que ello aclare qué acto debe dictarse ni en qué términos. Por ello, habría que precisar el efecto procesal de esa inadmisión de la contestación, con el objetivo de evitar dos extremos igualmente indeseables: que la Administración pudiese subsanar indefinidamente y dilatar el proceso, o que el procedimiento se convirtiese en una «estimación por falta de contestación de la Administración» (una «estimación por rebeldía») sin un control sobre el fondo. En particular, habría que determinar, entre otros extremos, si bastaría con que la Administración aportase una resolución expresa tardía o si esta debería ser motivada —pues bien podría limitarse a dictar una resolución *ad hoc* para poder contestar—, y qué le quedaría permitido o vedado a la Administración en tramites posteriores si no hubiera podido formular oposición en tiempo y forma.

Pero cabe otra solución, en la misma línea de obligar a la Administración a resolver, y que, además, no incidiría en sus derechos de defensa: sustituir —o, mejor aún, complementar— la técnica del silencio administrativo negativo por el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración regulado por el artículo 29.2 de la LJCA[51].

Esta vía resulta especialmente idónea si se parte de una idea básica: en el silencio negativo no existe acto administrativo propiamente dicho; en palabras del Tribunal Supremo «el silencio negativo no es un verdadero acto desestimatorio, sino, en puridad, la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración» (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1992. Ar. 2053). Siendo así, la desestimación presunta constituye un supuesto paradigmático de inactividad administrativa y podría, en principio, reconducirse al cauce procesal específicamente diseñado para hacer frente a la pasividad de la Administración.

Como ha destacado la doctrina, el silencio negativo se explicaba históricamente como un remedio excepcional en un sistema contencioso de carácter predominantemente revisor; superado ese esquema con la LJCA de 1998, la institución deviene, en buena medida, un «anacronismo difícil-

51 Alonso Mas, M.ª J. y Narbón, E. se inclinan también, aunque de manera limitada, por esta solución, para «aquellos supuestos en los que el silencio no tiene mucho sentido, ni positivo ni negativo» (*ob.cit.*, pp. 176 y ss.).

ISBN: 978-84-7777-740-3

mente conciliable con la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, sobre todo, con una Administración eficiente y respetuosa con los derechos de los ciudadanos. Lo que éstos reclaman no es la regulación jurídica del silencio de la Administración sino el reconocimiento de la obligación administrativa de contestar los requerimientos y solicitudes de los ciudadanos. Una regulación jurídica, en suma, que comprenda el cumplimiento por la Administración de su obligación de contestar, garantizando siempre la vía franca de acceso a los Tribunales, de suerte que la Administración no cobre ventaja por desatender sus obligaciones»[52].

Para superar la técnica del silencio administrativo, José María Baño propone superar por completo el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, de tal suerte que «una normativa moderna debería establecer en la legislación procesal la vía para poder demandar de la Administración un determinado comportamiento o un acto que ha omitido, una vez que le ha dado una oportunidad a la Administración de resolver»[53].

Sin embargo, la superación del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa no llega hasta el punto de que se permita la demanda directa contra la Administración, salvo en los supuestos de vía de hecho, o de inactividad o inejecución de un acto firme del artículo 29 de la LJCA, que están suponiendo una transformación lenta, pero importante, del proceso contencioso. Así ocurre, en particular, con el recurso contra la inactividad, que si bien la ley jurisdiccional configuró de una forma muy restrictiva, permitiendo por esta vía únicamente reclamar una norma, acto o contrato siempre que se trate de «una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas», está siendo interpretado de forma muy amplia por la jurisprudencia, de tal forma que hoy se admite la reclamación por esta vía de prestaciones materiales o jurídicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005, rec. 3000/2003) e incluso supuestos de una inactividad reglamentaria debida (sentencias de 5 de abril de 2018, rec. 4267/2016, 20 de marzo de 2019, rec. 691/2017, y 6 de marzo de 2023, rec. 431/2021).

En este marco, el artículo 29 LJCA cobra sentido, como ha recordado el Tribunal Supremo, «cuando no se plantea litigio alguno sobre la existencia de una obligación de dar o hacer concreta y se trata de juzgar la legalidad de la inactividad o pasividad administrativa en cumplir esa prestación, debida e incumplida, en cuyo caso las sentencia consistirá en la condena de hacer lo que no se hizo y se debía haber hecho, o, en palabras del artículo 32.1 de la Ley de la Jurisdicción «que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas» las obligaciones (Sentencia de 18 de julio de 2023, rec. Ordinario 265/2020, ponente doña Ángeles Huet de Sande). La propia prác-

52 *Ob. cit*. pág. 1347.

53 *Ibidem*, pág. 1369.

tica normativa confirma esa funcionalidad: la Ley 21/2013, de evaluación ambiental, prevé expresamente que los interesados puedan activar esta vía para obtener la emisión de informes preceptivos no evacuados en plazo, cuando ello impida la continuación del procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de la demora (arts. 19, 28 y 30).

Trasladado al incumplimiento del deber de dictar resolución expresa, podría articularse —a nuestro juicio— una doble vía para el interesado: o bien impugnar la desestimación presunta (sin límite de plazo), o bien promover un recurso contra la inactividad para obtener una condena judicial a dictar la resolución debida. En este segundo caso, sería necesario un requerimiento previo a la Administración (a modo de «certificado de acto presunto») y, persistiendo la inactividad, cabría accionar el artículo 29 LJCA. Es cierto que esta vía no siempre acelerará procesalmente el desenlace, pero dota al ciudadano de un instrumento adicional, especialmente útil cuando puede esperar y cree que la resolución expresa va a reforzar su posición en un sistema de recursos contencioso-administrativos que, de forma anómala, no reconoce prácticamente el derecho a la doble instancia. Además, esta primera condena a resolver le dotaría de más argumentos en una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas. Para su correcta implantación sería necesario, en todo caso, prever ciertas reglas procesales de coordinación (en particular, si ambas vías se configuran como excluyentes) para evitar duplicidades y contradicciones internas en el sistema de recursos.

En cuanto al silencio positivo, cabría mantenerlo por su virtualidad para incentivar a la Administración a resolver en plazo, preservando su configuración actual en la Ley 39/2015, pero desligándolo de la cláusula urbanística que prohíbe la adquisición de derechos o facultades *contra legem*.

Esta cláusula, como se ha expuesto, no es propiamente asimilable ni al silencio negativo ni al presunto estimatorio tal como lo concibe la legislación básica de procedimiento. Más bien, si se observa con detenimiento, esta figura se aproxima a la comunicación previa, hoy regulado en el artículo 69 de la Ley 39/2015*,* figura inexistente en la Ley 30/1992, y que se incorporó a nuestro ordenamiento con la transposición de la Directiva de Servicios de 2006. En concreto, fue la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la que introdujo, con carácter básico, las técnicas de la comunicación previa y la declaración responsable, posteriormente recogidas en el artículo 69 de la Ley 39/2015.

Ya en 1986 Juan Santamaría Pastor advirtió con lucidez que el silencio positivo no debía concebirse «dogmáticamente como un tipo de acto autorizado lícito. Hay que invertir el planteamiento y configurar el ámbito material del silencio como un tipo de actividad privada libre sometida a una carga de comunicación previa y susceptible de ser sujeta a un condicionamiento posterior (y eventualmente a un veto o prohibición) por una autoridad admi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

nistrativa en un plazo temporal limitado»[54]. Hoy, sin embargo, este enfoque no ofrece ventajas claras frente al silencio positivo tras su diseño por las Leyes 30/1992 y 4/1999.

Con todo, el planteamiento del profesor Santamaria sigue siendo útil precisamente para abordar el pretendido «silencio condicionado» en las licencias urbanísticas: esta técnica no responde a la categoría del silencio positivo, tal como lo configura el artículo 24 la Ley 39/2015, pues del «acto» así adquirido no puede predicarse ni su equivalencia a un acto expreso ni, sobre todo, que la resolución expresa posterior solo pueda ser confirmatoria del acto presunto.

Sería, por ello, deseable suprimir o reconducir normativamente esta cláusula y, en su lugar, determinar con claridad: a) qué supuestos de licencias urbanísticas pueden sustituirse por declaración responsable o comunicación previa, quedando sujetas al control posterior; y b) en qué casos debe operar el silencio administrativo, ya sea estimatorio —cuando los intereses en juego sean leves—, o desestimatorio. Incluso cabría contemplar, para determinados supuestos, un silencio estimatorio reforzado, condicionado a la existencia de un informe previo favorable (eventualmente emitido por entidades privadas colaboradoras), tal como ya prevén algunas leyes autonómicas[55].

Con ello no se pretende afirmar que la declaración responsable o la comunicación previa sean técnicas preferibles al silencio. La experiencia acumulada tras más de quince años muestra que, en nuestro país, no siempre aportan seguridad jurídica ni protegen adecuadamente a terceros; de hecho, en materia ambiental hemos defendido que, cuando los intereses lo permitan, puede ser preferible optar por controles previos, e incluso por el silencio positivo, antes que desplazar el control íntegramente al plano *ex post*. Lo que aquí se postula es algo distinto: que el legislador caracterice correctamente las técnicas que utiliza y evite calificar como silencio positivo» un otorgamiento sometido a una cláusula que lo vacía de contenido. Esa figura no es silencio positivo ni silencio negativo, sino un híbrido que agrava la inseguridad jurídica.

---

54 Santamaría Pastor, J. A. (1986), «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», *en Documentación Administrativa*, núm. 208, pp. 116 y ss.

55 En la legislación autonómica encontramos varios ejemplos de silencio positivo «condicionado» a la existencia de un informe o pronunciamiento previo favorable: en las Islas Baleares, la Ley 7/2011 prevé supuestos en los que la licencia puede entenderse otorgada por silencio si el informe de calificación ha sido favorable; también en esta comunidad autónoma, la Ley 12/2017, de urbanismo, prevé el silencio positivo en determinados procedimientos de aprobación definitiva cuando se resuelve en plazo, pero condicionados a la recepción y el carácter favorable del informe previo del consejo insular y, cuando proceda, del pronunciamiento favorable del órgano ambiental.

En esta misma línea., Iñigo Sanz Rubiales advierte que «lo que es verdaderamente contrario al principio de seguridad jurídica es el silencio que puede ser positivo o negativo en función de la eventual ilegalidad (ni necesariamente grave, ni necesariamente sustantiva) de la licencia conforme a la solicitud. No debe olvidarse que la legislación urbanística es prolija, pero el conocimiento exhaustivo de los planes urbanísticos está en manos únicamente de unos pocos, y los solicitantes de una licencia, de buena fe, no tienen por qué conocer todos los pormenores legales, reglamentarios y de los planes. En efecto, con la interpretación de la cláusula como silencio negativo o acto inexistente, el que solicita la autorización no sabe a ciencia cierta cuál es el sentido (estimatorio o no) del silencio ante su solicitud, y debe decidir por sí mismo si su solicitud es acorde o no a la legalidad, con el agravante de que si no «acierta» se verá sometido a las correcciones que correspondan, con lo que esta técnica conlleva una grave inseguridad jurídica para el administrado, aparentemente beneficiado de dicha técnica[56].

En el marco de estas propuestas *de lege ferenda*, resulta imprescindible cerrar con una llamada a los tribunales —y, en particular, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo— para que contribuya a restablecer la lógica garantista del silencio administrativo. Es preciso reforzar la técnica del silencio positivo «como un medio para terminar con la secular tendencia de nuestra Administración en no dictar resoluciones expresas» (STS de 14 de junio de 2017, citada), y preservar, en paralelo, la garantía adicional que para el ciudadano representan los cauces extraordinarios de revisión de oficio y de lesividad, precisamente en aras del principio constitucional de seguridad jurídica.

Pero, sobre todo, debe asumirse como pauta interpretativa transversal —no limitada al silencio administrativo— la máxima de que la Administración no puede obtener ventaja alguna, material o procesal, del incumplimiento de su obligación de resolver: como ha señalado Xavier Arzoz, se trata de un principio de interpretación que opera *pro actione* y *pro interesado*, incompatible con cualquier lectura que premie la inactividad administrativa o la convierta en una posición más cómoda que el cumplimiento de la ley[57]. Esta exigencia se proyecta hoy con mayor fuerza, además, sobre «el deber de dictar resolución expresa en un plazo razonable», que constituye una manifestación del derecho a una buena administración proclamado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea e incorporado a nuestro ordenamiento por la jurisprudencia; por ello, no puede considerarse razonable una interpretación que, directa o indirectamente, consolide la inactividad como forma ordinaria de decidir o debilite las técnicas diseñadas por el legislador para disciplinarla.

---

56 *Silencio administrativo y prohibición… cit.*, pp. 201 y 202.

57 *Ob.cit.*, pág. 83.

ISBN: 978-84-7777-740-3

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. (2001). *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid.

AGUIRREAZKUÉNAGA, I. (2010). «La Administración no puede beneficiarse de su silencio», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, pp. 25 y ss.

ALONSO MAS, M.ª J. y NARBÓN LAINEZ, E. (2009). *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2002). *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Marcial Pons, Madrid.

BAÑO LEÓN, J. M.ª (2000). «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Sosa Wagner, F., Tirant lo Blanch, Valencia, tomo IV, pp. 1343 y ss.

BAUZÁ MARTORELL, F. (2024). *Revisión de Oficio. Dudas, lagunas y controversias*, Iustel, Madrid.

BELADÍEZ ROJO, M. (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.

BUENO ARMIJO, M. (2025). *La burocracia defensiva. Un ensayo de derecho superheróico*, Marcial Pons, Madrid.

CHINCHILLA MARÍN, C. (2007). «Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de actuación (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 16.

CUDERO BLAS, J. (2019). «El principio de buena administración en la reciente jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia tributaria», en *Anuario de buen gobierno y de la calidad de la regulación*, Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 1.

ENRÍQUEZ MOSQUERA, J. J. (2022). «El derecho a una buena administración y el dictado de la providencia de apremio. Criterios de aplicación de la sentencia del tribunal supremo 586/2020, de 28 de mayo», *Revista digital CEMCI*, núm. 5.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (1967). «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 53, pp. 277-302.

FERNÁNDEZ, T.-R., «El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», en *Revista de Administración Pública*, núm. 209, pp. 247 y ss.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). «Recurso administrativo y ejecutoriedad del acto recurrido (comentario a la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, R. C. 5751/2017)», publicado en la web de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R. (2024). *Curso de Derecho Administrativo*, 21.ª edición, tomo I, Thomson-Civitas, Pamplona.

GÓMEZ PUENTE, M. (2000). *La inactividad de la Administración*, prólogo de Martín Rebollo, L., 2.ª edición, Aranzadi, Navarra.

JORDANO FRAGA, J. (2000). «Tendencias de evolución en el Derecho Administrativo y alguna propuesta iconoclasta», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. Sosa Wagner, F., Tirant lo Blanch, Valencia, tomo I, pp. 173 y ss.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2006). *La autorización administrativa*, Thomson-Cívitas, Pamplona.

LÓPEZ MENUDO, F. (1994). «El régimen transitorio de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 81, pp. 26-27.

LOZANO CUTANDA, B. (2011). «Silencio negativo en licencias de obras y primera ocupación: una mala solución para una mala doctrina», en *Análisis de Gómez-Acebo & Pombo*.

LOZANO CUTANDA, B. (2014). «El Tribunal Constitucional reinterpreta el concepto de "acto presunto" y confirma que las desestimaciones por silencio no están sujetas al plazo para recurrir del artículo 46.1 LJCA (STC 52/2014)», en *Diario La Ley*, n.º 8334, sección Tribunal, 17 de junio de 2014.

LOZANO CUTANDA, B. (2016). «La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente», en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo III, pp. 2837 y ss.

LOZANO CUTANDA, B. (2022). «El Tribunal Supremo declara que no cabe dictar providencia de apremio estando pendiente de resolución un recurso administrativo», *Diario La Ley*, 9703, de 24 de septiembre.

LOZANO CUTANDA, B. (2024). «Un proceso kafkiano: las sentencias firmes que confirman la estimación de una solicitud por silencio no impiden su revisión de oficio», en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*.

MARTÍN JIMÉNEZ, B. (2025). «La buena administración europea: un hallazgo inesperado para el derecho español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 227.

MARTÍN REBOLLO, L. (1999). «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, pp. 317 y ss.

MORENO SERRANO, B. (2022). «A vueltas con el silencio administrativo», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 7, de 1 de julio de 2022.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (1993). «El silencio administrativo», en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, coord. Barnés Vázquez, J., Civitas, Madrid, pp. 159 y ss.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (2017). «La reforma del silencio administrativo en la Ley de procedimiento administrativo común desde la perspectiva del silencio estimatorio», en *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, coord. Laguna de Paz, J. C., Sanz Rubiales, I. y De los Mozos Touya, I., vol. 2, tomo 2, Reus, Madrid, pp. 843-862.

PÉREZ MORENO, A. (2009-2014). «El silencio administrativo», en *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 5, pp. 263-270.

PIZARRO NEVADO, R. (2001). «El recurso contencioso-administrativo contra el silencio administrativo», en *Revista Jurídica de Andalucía*, n.º 34, pp. 429-452.

PLEITE GUADAMILLAS, F. (2017). «En el silencio administrativo no está la respuesta», en *Actualidad Administrativa*, n.º 7-8.

PONCE SOLÉ, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.

PONCE SOLÉ, J. (2020). «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo

ISBN: 978-84-7777-740-3

de 2020, recurso de casación 5751/2017», en *Revista de Administración Pública*, núm. 221, pp. 163 y ss.

QUINTANA LÓPEZ, T. (2006). «El silencio de la Administración en el Derecho urbanístico», en VV.AA., *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 408 y ss.

REBOLLO PUIG, M. (2019). «El control de la administración por la jurisdicción penal», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, septiembre-diciembre de 2019, pp. 151 y ss.

RIVERO ORTEGA, R. (2020). *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Iustel, Madrid.

Santamaría Pastor, J. A. (1986). «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», en *Documentación Administrativa*, núm. 208, pp. 116 y ss.

SANZ RUBIALES, I. (2006). «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, pp. 175 y ss.

SANZ RUBIALES, I. (2019). «La desaparición del silencio positivo en las licencias ambientales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 11, pp. 96 y ss.

SANZ RUBIALES, I. (2020). «Castilla y León: la caza, en el punto de mira», en *Anuario de Derecho Ambiental-Observatorio de Políticas Ambientales*, BOE-CIEMAT.

TOMÁS MALLÉN, B. (2004). *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid.

TORNOS MAS, J. (2007). «La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?», en *Revista de Administración Pública*, núm. 173.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El acceso a la información pública visto desde el Tribunal Supremo

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Resumen. La transparencia del poder, idea asociada a las de Gobernanza y Gobierno Abierto preconizadas por la Organización de las Naciones Unidas, por la Unión Europea y por el Consejo de Europa, tiene una de sus principales manifestaciones en el derecho de acceder a la información en manos de los poderes públicos. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia y buen Gobierno, ha establecido, entre otros extremos, el régimen jurídico de este derecho. Las páginas siguientes examinan sus aspectos principales tal como resultan de la interpretación de la ley efectuada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. De su jurisprudencia emerge un derecho constitucional fuerte, de enorme potencialidad para la sociedad democrática avanzada a la que aspira la Constitución.

Palabras clave. Transparencia, publicidad, responsabilidad, información, secreto, proporcionalidad.

Abstract. Transparency in government, an idea associated with Governance and Open Government advocated by the United Nations, the European Union, and the Council of Europe, finds one of its main manifestations in the right to access information held by public authorities. Law 19/2013, of December 9, on transparency and good governance, has established, among other things, the legal framework for this right. The following pages examine its main aspects as interpreted by the Third Chamber of the Supreme Court. From its jurisprudence emerges a strong constitutional right, with enormous potential for the advanced democratic society to which the Constitution aspires.

Keywords. Transparency, publicity, responsibility, information, secret, proportionality.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. I. Llega la transparencia del poder.—II. Las manifestaciones de la publicidad y sus excepciones.—III. El marco normativo sobre el acceso a la información pública.—IV. La naturaleza y relevancia del derecho de acceso a la información pública.—V. Sujetos y objeto del derecho de acceder a la información pública.—VI. Los límites al derecho al acceso a la información pública.—VII. La forma de ejercicio del derecho a la información pública y la resolución de las solicitudes.—VIII. La proyección general del derecho en el territorio, en el tiempo y en los procedimientos administrativos y las excepciones.—IX. Forma y fondo de las resoluciones que denieguen o limiten el acceso.—X. Interés público e interés privado.—XI. El derecho de acceso a la información pública en ámbitos sectoriales.—XII. La seguridad del Estado.—XIII. Las relaciones exteriores.—XIV. La información en poder del Banco de España.—XV. El caso del daño reputacional.—XVI. Las cuestiones de personal.—XVII. El acceso de los parlamentarios a la información en poder del Gobierno y de las Administraciones Públicas.—XVIII. El acceso al código fuente de la aplicación telemática BOSCO.—XIX. A modo de conclusión.

I. LLEGA LA TRANSPARENCIA DEL PODER

Uno de los rasgos que se predican de la democracia de nuestros días es el de la transparencia de los poderes públicos. Es un concepto afirmado con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico en fechas relativamente recientes por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno[1].

No obstante, ni su preámbulo ni su articulado precisan en qué consiste dicha transparencia. En realidad, no es una noción propiamente jurídica[2]. Se la relaciona con la gobernanza[3] y el gobierno abierto, ideas proyectadas

[1] Ya estaba presente antes en algunos sectores específicos, como, por ejemplo, el de la gestión de la deuda externa: artículo tercero g) de la Ley 38/2006, de 7 de diciembre, reguladora de la gestión de la deuda externa; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 58.2 considera la transparencia uno de los criterios a observar por el Instituto de Información Sanitaria; y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, reguló en sus artículos 97 y siguientes un procedimiento de «Transparencia y consulta y supervisión en relación a las prestaciones patrimoniales públicas de «AENA Aeropuertos, S.A.» y sus sociedades filiales. Después otras leyes la han afirmado en otros ámbitos más o menos amplios. Por ejemplo, en el artículo 3.2.f) de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y el Servicio Exterior del Estado; el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; o en el artículo 2.3.f) de la Ley 1/2023, de 20 de febrero, de Cooperación para el Desarrollo Sostenible.

[2] Véase Ricardo Chueca Rodríguez, «Retórica y metáfora de la transparencia», en *Revista Española de la Transparencia*, n. º 23/2026. Extraordinario sobre «La transparencia desde el Derecho Constitucional», págs. 15 y sigs.

[3] Sobre la noción de gobernanza como modo cooperativo de gobernar, véase Agustí Cerrillo i Martínez (coord.), *La gobernanza hoy. Diez textos de referencia*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005; Antonio Porras-Nadales, *La acción de gobierno, gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*. Trotta, Madrid, 2014. También, Emilio Pajares Montolío, Mayte Salvador Crespo y Luis Díaz-Aguado (coord.), *Una nueva gobernanza para el siglo xxi*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2024.

desde la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Alianza para el Gobierno Abierto desde septiembre de 2011 mediante la Declaración de Gobierno Abierto, Alianza de la que España forma parte desde el primer momento y en cuya virtud ha elaborado ya varios planes de acción[4]. En ese contexto, el Gobierno Abierto se presenta como una forma de gobernanza más transparente, colaborativa, ética y con una rendición de cuentas más clara e implica mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos que les interesan[5].

Antes, la Comisión Europea había promovido en 2001 un *Libro Blanco sobre la gobernanza* uno de cuyos principios es el de la apertura, entendida como la mayor importancia que las instituciones europeas deben otorgar a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones. Hacer más transparente el sistema de funcionamiento de la Unión, explica, no es un fin en sí mismo, sino que busca ofrecer a los ciudadanos la información fiable que les sitúe en condiciones de seguir con detalle cada una de las etapas del proceso político. Para ello, han de facilitarles el acceso a los documentos en poder de las instituciones europeas y aprovechar las nuevas tecnologías para hacer efectiva esa comunicación[6]. La transparencia es así un medio para realizar la democracia representativa.

En este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 42, reconoce, dentro de los de «Ciudadanía», el de toda persona domiciliada o residente en uno de los Estados miembros a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Es el derecho de acceso a los archivos de las agencias federales que, muchos años atrás, en 1967, en Estados Unidos había reconocido la *Freedom of Information Act*, al público[7]. Derecho que debe ser satisfecho salvo que concurra alguna de las excepciones que contempla en protección de la intimidad personal, la seguridad nacional, la política exterior, los secretos comerciales y financieros, la persecución de los delitos y la información geofísica y los datos relativos a yacimientos, incluidos los mapas.

Ahora bien, aunque, como a los elementos anteriores, no lo menciona el preámbulo de la Ley 19/2013, que se limita a decir que «tanto la Unión

---

4 Sobre el particular, *en el portal de Transparencia del Gobierno*. Asimismo, Lorenzo Cotino Hueso, José Luis Sahuquillo Orozco y Loreto Corredoira. *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración.* Universidad Complutense de Madrid, 2015.

5 *Ibidem*.

6 Accesible *en este enlace*. También, Antonio Bar Cendón, «El Libro Blanco "La Gobernanza Europea" y el la reforma d la Unión», en *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*. Instituto Nacional de Administración Pública, n.º 22/2001, págs. 3-18.

7 Siguen siendo valiosas las referencias a esta ley de Miguel Revenga Sánchez, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*. Ariel, Barcelona, 1995, págs. 137 y sigs.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Europea como la mayoría de sus Estados miembros cuentan ya en sus ordenamientos con una regulación específica que regula la transparencia y el acceso a la información pública», parece claro que su precedente más relevante es el Convenio del Consejo de Europa n.º 205, sobre el acceso a los documentos públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009. Es sorprendente que no haga alusión alguna a él porque se hizo para contribuir a la transparencia de las autoridades públicas y a tal efecto sienta un conjunto de principios a los que se ajusta la Ley 19/2013. Ciertamente, cuando las Cortes Generales la aprobaron el Convenio no se había ratificado —no se hizo hasta el 23 de noviembre de 2023[8]— pero nada impedía explicar que el régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública que establecía respondía a los principios sentados por el Consejo de Europa.

Así, el preámbulo de este Convenio dice que las partes lo adoptan:

> «Considerando la importancia, en una sociedad democrática pluralista, de la transparencia de las autoridades públicas;
>
> Estimando que el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos; i proporciona una fuente de información al público; ii ayuda al público a forjarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas; iii favorece la integridad, el buen funcionamiento, la eficacia y la responsabilidad de las autoridades públicas, contribuyendo así a afianzar su legitimidad; (…).»

Y ya desde este momento estima que «todos los documentos públicos son en principio públicos y comunicables, con la reserva, únicamente, de la protección de otros derechos e intereses legítimos».

Nuestro legislador, por lo que dice, en el preámbulo de la Ley 19/2013, identifica la transparencia con el conocimiento de la información pública. Así se desprende de la explicación que ofrece sobre cómo pretende incrementarla y reforzarla. A saber, a través de (i) obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas; (ii) la garantía del acceso a la información pública; (iii) las obligaciones de buen gobierno que impone a los responsables públicos derivadas de principios éticos y de actuación que ella misma enuncia[9]; y (iv) de la consiguiente responsabilidad por su incumplimiento.

Estamos, por tanto, ante nuevos desarrollos de los viejos principios de publicidad y de responsabilidad por el ejercicio de potestades públicas que buscan hacerlos más efectivos. La llamada a la transparencia es, así, más que la aportación de un contenido jurídico innovador, la forma de presen-

---

8 El Instrumento de ratificación se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del 23 de octubre de 2023.

9 En su artículo 26.

tar el último impulso a tales principios constitucionales y al presupuesto en que descansan: el carácter derivado, instrumental y limitado de los poderes públicos, consecuencia de la soberanía del pueblo del que emanan y de los derechos inviolables de la persona, inherentes a su dignidad, que fundamentan el orden político y la paz social, como acertadamente dice el artículo 10.1 del texto constitucional.

II. LAS MANIFESTACIONES DE LA PUBLICIDAD Y SUS EXCEPCIONES

La publicidad, como es sabido, viene de la mano del constitucionalismo liberal y se contrapone al secreto, a los *arcana imperii*, del Antiguo Régimen[10]. Es una garantía del ciudadano que cobra su máxima expresión en la actuación de las asambleas legislativas, pero no se detiene en ellas, sino que se extiende al proceder del Poder Ejecutivo y al de los mismos tribunales de justicia. Es, pues, la regla que deben observar todos los poderes públicos. A este respecto es habitual recordar que, al discurrir sobre la paz perpetua, Kant escribió que sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta sino públicamente manifiesta, ni habría, por tanto, Derecho, pues solo se otorga desde la justicia. Y añadió que la fórmula trascendental del Derecho Público es el siguiente principio: «Todas las acciones relativas al derecho ajeno que no toleran la publicidad son injustas[11]».

Y, en efecto, los parlamentarios debaten y votan con publicidad a fin de que los representados, los electores, comprueben de qué forma sus representantes ejercen el mandato que les confirieron y valoren, de cara a ulteriores elecciones, si les siguen teniendo por merecedores de su confianza y por acreedores de su voto o si, por el contrario, les han defraudado y optan por dar su voto a otros. Los gobernantes, por su parte, están sujetos a la Constitución y a la ley y deben obrar de conformidad con ambas y explicar, al resolver de una determinada manera, por qué consideran que su decisión, en las particulares circunstancias de cada caso, es la exigida por el ordenamiento jurídico. Y los tribunales, cuando se discuta ante ellos la correcta actuación de la Administración, se enfrenten a una controversia surgida entre particulares o enjuicien a quien se acusa de delinquir, han de resolver en el marco de un procedimiento que denominamos proceso y que se caracteriza, entre otras notas, por ser públicos sus momentos principales así como las decisiones que en él se adoptan y las razones que han llevado

---

10 Sobre el particular, Ernst H. Kantorowicz, «Secretos de Estado (un concepto absolutista y sus tardíos orígenes medievales)», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 104/1959, págs. 37 y sigs. Además, Rafael del Águila Tejerina, *La senda del mal: política y razón de Estado*. Taurus, Madrid, 2000. Es interesante Germán Gómez Orfanel, «El secreto de Estado en Saavedra Fajardo», en *Res Publica*, n.º 19/2008, págs. 177 y sigs.

11 Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua. Apéndice II*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

a tomarlas, que los jueces deben explicar con claridad para que todos las conozcan y entiendan.

El principio de publicidad, presente desde el primer momento en toda la construcción del Estado de Derecho en que se formaliza el constitucionalismo liberal y democrático, acaba enlazando con los derechos reconocidos a los ciudadanos. De este modo, la que inicialmente surgió como una pauta que rige la organización y el funcionamiento de los órganos estatales, ha dado lugar también a un derecho constitucional en una relación en la que su dimensión objetiva se ha visto potenciada por la subjetiva y ha adquirido así un grado de exigencia superior.

Este es el contexto en el que se inscribe la afirmación de la transparencia del poder. No es más que el resultado de la evolución descrita y expresa, no solo la obligación de los poderes públicos de mostrar activamente qué deciden, de qué manera, mediante quién, cómo y por qué sino, también, el derecho de los ciudadanos a conocer su actuación y de acceder a la información de la que disponen.

Nuestra Constitución no habla de transparencia, pero sí de la publicidad de las normas como principio en su artículo 9.3; de la publicidad de las sesiones plenarias de las cámaras en el artículo 80; del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos en el artículo 105.b); del derecho a un proceso público en el artículo 24.2 y prescribe que las actuaciones judiciales sean públicas y que las sentencias se pronuncien en audiencia pública en el artículo 120.1 y 3.

Estos preceptos constitucionales han sido desarrollados por diversos textos principales. Así, la publicidad parlamentaria está regulada en los reglamentos de las cámaras, los cuales generalizan el carácter público de las sesiones plenarias y de las comisiones, en este último caso mediante la asistencia de informadores y la difusión por televisión de las mismas. A su vez la publicidad del Gobierno está regulada en los artículos 5.3 y 18 la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se ocupa de la correspondiente a los órganos de las Administraciones Públicas (artículo 18), mientras que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento común de las Administraciones Públicas, regula los derechos del administrado a conocer el estado de tramitación de los asuntos que le conciernan y las autoridades y el personal bajo cuya responsabilidad se tramitan (artículo 53). Por su parte, la publicidad de las actuaciones judiciales, impuesta por el artículo 120.1 de la Constitución, está regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las leyes procesales. Y el artículo 164 de la Constitución ordena la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Naturalmente, no todo en este conjunto normativo es transparencia, pues en la misma Constitución y en las leyes mencionadas hay excepcio-

nes a la publicidad y al acceso a la información pública. Así, además de las exigidas por el respeto a los derechos a la libertad de conciencia, a la intimidad y a la protección de datos y al secreto profesional, están las que demandan la seguridad y la defensa del Estado y la averiguación de los delitos.

La Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, impone restricciones importantes en razón de la defensa del Estado y de los intereses nacionales[12]. Y la Ley 11/2002, de 6 de mayo, que regula al Centro Nacional de Inteligencia, declara secretas sus actividades y otro tanto hace respecto de las del magistrado que ejerce el llamado control previo sobre el mismo la Ley Orgánica 2/2002, también de 6 de mayo[13].

Sin llegar a esos extremos, las Cortes pueden declarar secretas sus sesiones, (artículo 80 de la Constitución), los reglamentos parlamentarios disponen que lo sean las sesiones de algunas de las comisiones de las cámaras. Las deliberaciones del Consejo de Ministros son secretas (artículo 5.3 de la Ley 50/1997), al igual que las deliberaciones de los tribunales de justicia (artículo 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como la instrucción de los procedimientos penales (artículo 302 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y algunos procedimientos especiales por razón de la protección de menores, de víctimas o de personas vulnerables. En estos casos, excepcionales, prevalece un interés público o personal cualificado, aunque en lo que respecta a las actuaciones judiciales no se extiende a las resoluciones que dicten pues, como he indicado antes, la Constitución exige su publicidad.

Hay, igualmente, regulaciones sectoriales que imponen diversos grados de secreto. Por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, atribuye carácter reservado a los datos, documentos e informaciones en poder del Banco de España en virtud de su función supervisora o de cuantas otras funciones le encomiendan las leyes. Y obliga a quienes, por razón de su cargo, hubieren tenido conocimiento de ellos a guardar secreto sobre los mismos. En parecidos términos se manifiesta el artículo 233 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. Y el artículo 28.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece el deber de secreto

---

12 Sobre transparencia y secreto, véase Luis Manuel Miranda López, *Secretos de Estado y transparencia. La difícil convivencia entre el poder y el derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2025. Asimismo, Miguel Revenga Sánchez y Luis Manuel Miranda López, «Transparencia, acceso a la información y secreto: observaciones sobre un problema central y persistente», en la *Revista Española de la Transparencia*, n.º 2372026, págs. 67 y sigs.

13 Miguel Revenga Sánchez, «El control del Centro Nacional de Inteligencia: una perspectiva comparada», en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 116/2019, págs. 13-44.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sobre los datos, informaciones que obtenga en el desempeño de sus funciones y tengan carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico.

Por su parte, el artículo 97.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías del uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, considera confidencial la información económica obtenida por la Administración General del Estado sobre estos últimos, su artículo 106 hace lo propio con la relativa a la asistencia sanitaria, a los datos comerciales de las empresas individualizadas y a las compras de productos sanitarios a través de los servicios de farmacia de los hospitales del Sistema Nacional de Salud.

III. EL MARCO NORMATIVO SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El artículo 105.b) de la Constitución encomienda a la ley regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas[14]. En cumplimiento de este precepto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estableció en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos de acceder a documentos relativos a procedimientos terminados obrantes en los registros y archivos administrativos[15]. Otras leyes también contemplaron, en ámbitos determinados, el acceso a la información pública. Es el caso de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. También el de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. O el de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

La Ley 19/2013, en vigor desde el 10 de diciembre de 2013, ha establecido el régimen del derecho de acceso a la información pública[16] y proyectado con carácter general en nuestro ordenamiento la idea de transparencia.

---

14 Además, de las referencias a este precepto en los comentarios a la Constitución, véase en particular, Luis Pomed Sánchez, *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

15 Juan Francisco Mestre Delgado, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Civitas, Madrid, 1997.

16 Emilio Guichot Reina ha estudiado a lo largo de los años el derecho de acceso a la información pública y hace un análisis completo de esta Ley 19/2013, en su obra *El derecho de acceso a la información pública,* 2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. Además, Isaac Martín Delgado (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*. Iustel, Madrid, 2019.

Como vamos a ver, siguiendo las pautas del Convenio de Tromsø, ha ampliado y fortalecido este derecho, ha precisado los límites que se le pueden oponer, definido el procedimiento para hacerlo efectivo y sentado criterios importantes a seguir a la hora de aplicar esos límites.

Además, ha creado un aparato institucional para mejorar las garantías que aseguran la efectividad de este derecho: el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Es, según el artículo 33 de la Ley 19/2013, un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar que actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines. Su artículo 34 los precisa. Son promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno[17].

Este marco jurídico e institucional se ha completado en las Comunidades Autónomas, todas las cuales, al día de hoy, han legislado al respecto y se han dotado de sus órganos específicos[18].

---

17 Integran el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno la Comisión y el presidente (artículo 35). Y la Comisión (artículo 36) está formada por el presidente, un diputado, un senador, un representante de cada uno de estos órganos: el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, la Agencia Española de Protección de Datos y de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Además, cuenta con un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicos. El presidente (artículo 37), cuyo mandato es de cinco años no renovable, es nombrado por el Gobierno, a propuesta del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados. Esta cámara deberá refrendar por mayoría absoluta el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural desde la recepción de su comunicación.

18 Las leyes que han dictado son las siguientes, por orden cronológico:

(a) Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y buen gobierno de las Illes Balears;
(b) Ley 19/2014, de 25 de marzo, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de Cataluña;
(c) Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía;
(d) Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de transparencia y buen gobierno, de La Rioja;
(e) Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de transparencia y participación ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia;
(f) Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y acceso a la información pública, de Canarias;
(g) Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León;
(h) Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana, de Aragón;
(i) Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana;
(j) Ley 18/2015, de 23 de diciembre, de cuentas abiertas para la Administración Pública Extremeña;
(k) Ley 1/2016, de 18 de enero, de Galicia;

ISBN: 978-84-7777-740-3

En la exposición que sigue no me detendré en la que se ha llamado publicidad activa[19] y tampoco me adentraré en el régimen del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Igualmente, dejo para otra ocasión el tratamiento de la responsabilidad, ahora presentada como obligación de buen gobierno y de rendición de cuentas, para centrarme en la publicidad que se realiza mediante el ejercicio del derecho a acceder a la información en manos de los poderes públicos tal como ha sido entendido por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

IV. LA NATURALEZA Y RELEVANCIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho al acceso a la información en poder de las Administraciones Públicas dimana del artículo 105 b) de la Constitución. Por tanto, no tiene formalmente el estatus de derecho fundamental**.** Por eso, ha sido regulado por ley ordinaria y, en principio, no puede ser tutelado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, previsto en los ar-

---

(l) Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (Título VI. Gobierno abierto. Transparencia, datos abiertos y participación ciudadana);
(m) Ley foral 5/2016, de 28 de abril, de modificación de la Ley foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra;
(n) Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de transparencia y buen gobierno de Castilla-La Mancha;
(o) Ley 1/2018, de 21 de marzo, de transparencia de la actividad pública de Cantabria;
(p) Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de transparencia, buen gobierno y grupos de interés;
(q) Ley 10/2019, de 10 de abril, de transparencia y participación de la Comunidad de Madrid.

Cfr. Isaac Martín Delgado (dir.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*. Iustel, Madrid, 2025.

19 La publicidad activa (artículos 5 a 11) se traduce en la obligación de las Administraciones y de los demás entes sujetos a la Ley 19/2013, de publicar periódicamente y de forma actualizada, comprensible y de manera gratuita: (i) información institucional, organizativa y de planificación; (ii) información de relevancia jurídica; y (iii) la información económica, presupuestaria y estadística. Además, el Portal de la Transparencia, que canalizará el acceso de los ciudadanos a esos bloques informativos completa este conjunto de previsiones presididas por la regla o, mejor, principio de la publicación por los sujetos obligados de aquella información que sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (artículo 10). No es una novedad particularmente significativa porque, de un modo u otro, estos contenidos ya resultan de disposiciones, principios y normas presentes en el ordenamiento jurídico, algunos de ellos inherentes a los propios fundamentos constitucionales, como el principio de publicidad, la definición del Estado de Derecho o de la democracia representativa, que implican esa transparencia. Otros fueron introducidos por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

tículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tampoco cabe fundamentar en él un recurso de amparo.

No obstante, se ha defendido con denuedo y argumentos respetables que es un derecho fundamental con fundamento en el artículo 20.1 d) de la Constitución[20]. Además, sucede que, tal como se apuntó antes, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo incluye entre los que, como exigencia de ciudadanía, tienen ese carácter (artículo 42) . Por tanto, a la postre, parece inevitable una convergencia sobre su significado fundamental, al igual que parece suceder con otros derechos reconocidos por la Constitución, pero no entre sus artículos 15 a 29, como el derecho a hablar la propia lengua, el derecho a la legalidad de los tributos, el derecho al matrimonio, el derecho a la propiedad privada, o a la libertad de empresa.

Me refiero a que, seguramente, acabará imponiéndose por exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un entendimiento de la categoría de derecho fundamental en parte diferente de la que prevalece entre nosotros a partir de la interpretación de nuestra Constitución. Habrá de ser una concepción que descanse, no tanto en los aspectos formales y, en particular, en sus mecanismos de garantía, cuanto en los sustantivos o materiales y los enlaces con su reconocimiento constitucional y con la reserva de ley para su regulación, además, ciertamente, de su tutela judicial. Es decir, en la noción de derecho fundamental que hace ya muchos años definió Pedro Cruz Villalón[21].

Es verdad que, en nuestro ordenamiento, mientras no se modifique la Constitución, solamente los denominados derechos fundamentales deben ser desarrollados por ley orgánica y protegidos también por el recurso de amparo, además de por la rigidez constitucional. Pero ayudará a dar una idea de la trascendencia de esas diferencias preguntarnos si esto quiere decir, por ejemplo, que se puede desproteger la propiedad privada o, sencillamente, suprimirla. La resistencia jurídica y política del ordenamiento a tal posibilidad sería tanto o más fuerte que la generada por agresiones a derechos llamados fundamentales. Con esto quiero decir que las diferencias formales y procesales no menoscaban la fuerza normativa de este derecho.

Por otro lado, cabe añadir, en este mismo sentido, que ya veníamos observando una cierta convergencia en la práctica entre derechos de distinta naturaleza formal: la salud y la negociación colectiva, por ejemplo, aparecen

---

20 Emilio Guichot Reina, es mejor exponente de esta posición, compartida por otros profesores y juristas. Véase su artículo, «La naturaleza del derecho de acceso a la información pública», en la *Revista Española de la Transparencia*, n.º 18/2023, págs. 17 y sigs. En sus páginas recapitula el debate al respecto y defiende su tesis.

21 Pedro Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25/1989.

ISBN: 978-84-7777-740-3

ya bajo especie fundamental con los derechos de los artículos 15, 18 y 28 de la Constitución, por no hablar de la proyección transversal de la igualdad o las vías por las que se pueda dar tutela efectiva al medio ambiente siguiendo la estela de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso López Ostra contra España,* de 9 de diciembre de 1994 o de la del mucho más reciente caso *Klima Seniorinnen Schweiz y otros contra Suiza,* de 9 de abril de 2024.

Se ha criticado, por lo demás, la profusión de derechos. Su excesiva especificación. El reconocimiento de derechos bagatela y la consecuencia a que conduce: la trivialización, el menoscabo de todos los derechos. Desde luego, los excesos son siempre negativos y se deben evitar. Ahora bien, en materia de derechos, sentado que son el fundamento sobre el que descansa la convivencia, las opciones básicas a la hora de su imprescindible reconocimiento y protección son dos: el recurso a cláusulas generales o su tipificación particular, caso a caso, figura a figura.

Ambas soluciones técnicas tienen sus ventajas y sus inconvenientes. Por eso, a veces se combinan. El debate sobre la autonomía del derecho a la protección de datos de carácter personal y su diferencia con el derecho a la intimidad o a la privacidad lo ha puesto de manifiesto claramente.

La primera opción tiene la ventaja de su flexibilidad y el inconveniente principal de su indeterminación. La segunda ofrece, en principio, más seguridad jurídica, pero es menos manejable. No obstante, cuando la realidad, los intereses en conflicto efectivo en las relaciones sociales identifican claramente una necesidad básica específica, me parece más eficaz darle un tratamiento también específico. Y esto es lo que ha sucedido con el derecho de acceder a la información pública.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional no ha dado el paso de incluir al de acceso a la información pública entre los derechos fundamentales. Lo ha definido como derecho público subjetivo ejercitable frente a la Administración, además de como principio objetivo rector de la actuación de las Administraciones Públicas (Sentencia n.º 164/2021).

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, anticipándose a la senda seguida por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 164/2021 y, luego, conforme a ella, ha considerado que el de acceder a la información pública es un derecho que no tiene el carácter de fundamental en el sentido formal[22]. Este ha sido el entendimiento del Tribunal Supremo desde el primer momento, tal como lo ponen de manifiesto las sentencias de 6 de junio de 2005 (recurso n.º 68/2002) y de 30 de marzo de 1999 (recurso n.º 6563/1994). Ahora bien, su jurispru-

22 Sentencias n.º 140/2023, de 7 de febrero (recurso n.º 8005/2021); n.º 502/2023, de 21 de abril (recurso n.º 350/2022); y n.º 714/2023, de 29 de mayo (recurso n.º 373/2022).

dencia ha subrayado que, aparte su dimensión objetiva, sí es un derecho constitucional, vinculado al principio de transparencia y al derecho a la buena administración contemplado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (sentencia n.º 940/2024, de 29 de mayo (recurso 1262/2023)].

V. SUJETOS Y OBJETO DEL DERECHO DE ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Dice el artículo 1 de la Ley 19/2013 que su objeto es «ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento».

Además de la noción de transparencia, la parte más relevante de esta Ley 19/2013 es la que se refiere al derecho de acceso a la información pública que fundamenta expresamente en el artículo 105.b) de la Constitución y predica de todas las personas (artículo 12), no solo de los ciudadanos y no requiere, como lo hacía el artículo 37 de la Ley 30/1992, ser interesado en un determinado procedimiento administrativo. No es preciso, por tanto, ningún título ni condición jurídica específicos para ejercer este derecho, para ser sujeto activo del mismo.

El objeto del derecho es la que la Ley llama información pública y lo define así su artículo 13:

> «Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.»

Los sujetos pasivos, los obligados, son las Administraciones Públicas en su sentido más amplio, los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales y las entidades privadas subvencionadas con más de 100.000 € anuales o, al menos, en el 40 % de sus ingresos, siempre que alcancen un mínimo de 5.000 € (artículos 2 y 3). Obliga, también, a las personas físicas y jurídicas distintas de las anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas y, en particular, a los adjudicatarios de contratos administrativos, a suministrar a las Administraciones a que se encuentren vinculadas la información que estas les requieran para el cumplimiento de sus obligaciones informativas (artículo 4). También están sujetos la Casa del Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas,

ISBN: 978-84-7777-740-3

el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

El acceso a la información en poder de los tribunales, dada su naturaleza, se rige por las reglas especiales de la Ley Orgánica del Poder Judicial[23]. No obstante, si bien anonimizadas, las sentencias del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales se publican por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial[24]. Todo ello, al margen de la publicidad que, de determinadas resoluciones judiciales, puedan dar los medios de comunicación en los asuntos de relevancia informativa.

VI. LOS LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Este derecho se ve limitado, a partir de las restricciones a las que lo somete, el artículo 105 b) de la Constitución (seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas), por las siguientes causas enumeradas en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013[25]: (a) la seguridad nacional; (b) la defensa; (c) las relaciones exteriores; (d) la seguridad pública; (e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; (f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; (g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control (h) los intereses económicos y comerciales; (i) la política

---

23 Los artículos 235, 235 bis y 235 ter lo regulan. El primero requiere interés legítimo y directo para acceder a las actuaciones judiciales a quienes no sean parte, previa disociación, anonimización u otras medidas de protección de datos y lo somete al pleno respeto a los derechos a la intimidad, a los de quienes requieran un especial deber de tutela o a la garantía de las víctimas o perjudicados. Los otros preceptos declaran el carácter público de los datos personales contenidos en los fallos de sentencias firmes condenatorias dictadas en virtud de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal: 305, 305 bis y 306; en los artículos 257 y 258 cuando el acreedor defraudado fuese la Hacienda Pública; en el artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión de contrabando, siempre que exista perjuicio para la Hacienda Pública estatal o de la Unión Europea. No se dará esta publicidad si se hubiere satisfecho o consignado, antes de la firmeza de la sentencia, la cuantía correspondiente al perjuicio causado.

24 El *Centro de Documentación Judicial* es el órgano técnico encargado de la selección, ordenación, tratamiento, difusión y publicación de la información jurídica legislativa, jurisprudencial y doctrina (artículo 619 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

25 El Convenio de Tromsø contempla en su artículo 3 las siguientes limitaciones posibles el acceso, siguientes límites: a. la seguridad nacional, la defensa y las relaciones exteriores; b. la seguridad pública; c. la prevención, la investigación y la persecución de actividades delictivas; d. las investigaciones disciplinarias; e. las misiones de tutela, la inspección y el control por la administración; f. la vida privada y los demás intereses privados legítimos; g. los intereses comerciales y otros intereses económicos; h. la política económica, monetaria y cambiaria del Estado; i. la igualdad de las partes en una instancia jurisdiccional y el buen funcionamiento de la justicia; j. el medio ambiente; k. las deliberaciones entre autoridades públicas o en su seno relativas al examen de un asunto.

económica y monetaria; (j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; (k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requeridos en los procesos de toma de decisión; y (l) la protección del medio ambiente.

La aplicación de estos límites quiere la ley que se haga en términos de proporcionalidad, debidamente justificados (artículo 14.2) y debe respetar también las exigencias derivadas del derecho a la protección de los datos de carácter personal (artículo 15)[26].

Así, a los de carácter sensible, los especialmente protegidos, es decir, los relativos a la ideología, religión y afiliación política o sindical, solamente se podrá acceder mediando el consentimiento expreso y escrito del afectado. Y con su consentimiento o con autorización legal a los relativos al sexo o a la salud o a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven amonestación pública.

Si la solicitud no afectara a datos especialmente protegidos, dispone el artículo 15.3 que la pretensión de acceso deberá ser ponderada y resuelta en función: (i) del menor perjuicio para el afectado derivado del transcurso de los plazos previstos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; (ii) de la justificación de la petición en el ejercicio de un derecho o en la condición de investigador del que la formula y de si persigue fines históricos o estadísticos; (iii) del menor perjuicio para los afectados si solo se trata del acceso a datos meramente identificativos; (iv) de la mayor garantía de los derechos de los afectados si los datos inciden en su intimidad, afectan a la seguridad o se refieren a menores.

A parte del supuesto de la disociación**,** en el que el acceso es irrestricto (artículo 15.4), la Ley prevé el acceso parcial (artículo 16), es decir el que se produce omitiendo la información personal afectada por el límite[27].

VII. LA FORMA DE EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA RESOLUCIÓN DE LAS SOLICITUDES

No es necesario que las solicitudes de acceso estén motivadas (artículo 17.3), lo cual guarda relación directa con la falta de exigencia de ningún título, condición o interés para ejercer este derecho.

---

26 Según el artículo 3 del Convenio de Tromsø las limitaciones han de ser «necesarias en una sociedad democrática y proporcionadas» y ceñirse al objetivo de proteger los intereses que relaciona y hemos recogido en la nota anterior si se vieran perjudicados por la divulgación o si un interés público superior lo exigiera.

27 Sobre los aspectos problemáticos, véase Lorenzo Cotino Hueso, «Acceso a la información pública y protección de datos: una ponderación mal resuelta y la necesidad de criterios comunes», en *Revista Española de la Transparencia*, n.º 23/2026. Extraordinario sobre «La transparencia desde el Derecho Constitucional», págs. 37 y sigs.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Y en la tramitación sobresale la necesaria audiencia a los afectados, tanto en la efectuada por la Administración a quien se dirija la solicitud de acceso (artículo 19.3), cuanto en el procedimiento de resolución de las reclamaciones por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 24.3).

No la debe impedir ni siquiera el secreto que se haya podido prever en algunos ámbitos, como, por ejemplo, el de la Ley del Mercado de Valores, para que el afectado alegue sobre la información que carezca de carácter confidencial. Así lo entendió la sentencia n.º 311/2022, de 10 de marzo (recurso n.º 148/2021). A propósito de la solicitud de acceso por un tercero a un expediente sancionador seguido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Tribunal Supremo, confirmó la decisión del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que instó a la Comisión a que retrotrajera las actuaciones y diera audiencia al afectado por la información concernida. A su vez, la sentencia n.º 315/2021, de 8 de marzo (recurso n.º 3193/2019), en un caso en que se denegó la solicitud de acceso a la información sobre un producto farmacéutico por la afectación de intereses comerciales de dichos tercero***s,*** consideró que, también al resolver sobre la reclamación el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno debía oír a los que fueran identificables. Este trámite, insiste, es esencial y no está condicionado a que hayan sido oídos previamente por el órgano administrativo. Por eso, confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que acordó la retroacción del procedimiento para que fuera oído por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno el laboratorio que fabricaba el medicamento.

Las solicitudes de acceso pueden ser inadmitidas sin concurre alguna de las causas de inadmisión previstas en el artículo 18. Consisten en que la información pedida: (i) esté en curso de elaboración o de publicación general; (ii) sea auxiliar o de apoyo; (iii) precise para su divulgación una acción previa de reelaboración; (iv) no esté en poder del órgano al que se le pide y se desconozca el competente; (v) sea manifiestamente repetitiva o tenga carácter abusivo no justificado con la finalidad de la transparencia.

Obvio es decir, que las causas de inadmisión han de aplicarse de forma restrictiva y que debe justificarse en términos concretos y congruentes su concurrencia en cada caso.

En este punto, se puede traer a colación la sentencia n.º 306/2020, de 3 de marzo (recurso n.º 600/2018) que descartó que fuera causa de inadmisión no haber dirigido la solicitud de acceso al órgano competente, en el caso examinado, la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, pero confirmó la inadmisibilidad de la solicitud de información dirigida al Ministerio de Defensa sobre viajes oficiales, entre ellos los de la Casa de S. M. el Rey y personas acompañantes después del 10 de diciembre de 2014. Vio procedente la inadmisión porque para facilitarla era necesaria una elabora-

ción previa a partir de datos dispersos y diseminados que debían ser recabados, ordenados y de los que se debía separar la información clasificada. Es decir, atendió a que, por la Administración se había justificado la necesidad de reelaborar la información a la que se quería acceder, cosa que no sucedió en el precedente de signo contrario de los gastos de Eurovisión a cuyo acceso la sentencia 1547/2017, de 16 de octubre (recurso n.º 75/2017), confirmando la de la Audiencia Nacional reconoció el derecho del solicitante, a quien ya había dado la razón el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

La resolución de las solicitudes se ha de notificar en el plazo de un mes o, a lo sumo de dos, si su volumen o complejidad lo justificara.

En caso de ser negativa, estimatoria en parte o contraria a las alegaciones de los afectados, habrá de ser motivada (artículo 20.2). Y, cuando se reconozca el acceso en contra del parecer de terceros afectados, solamente se podrá dar lugar al mismo una vez transcurrido, el plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa sin que se haya hecho o, de haberse recurrido, tras la confirmación judicial del derecho de acceso (artículo 22.2).

Si se hubiere publicado, bastará con indicar de qué modo puede acceder a ella.

Conforme al artículo 20.4 y, de acuerdo con la jurisprudencia, en caso de falta de respuesta de la Administración, su silencio ha de entenderse que es negativo[28], incluso en aquellas materias en las que rige el silencio positivo con carácter general. El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo constituirá una infracción grave de los responsables (artículo 20.6).

El procedimiento es gratuito (artículo 22.4), pero la expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente del original puede dar lugar a exacción conforme a la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicas, o según la normativa autonómica o local de ser el caso.

Desde el punto de vista organizativo, la Ley obliga a crear sistemas de gestión de solicitudes de información y unidades especializadas (artículo 21). Y, desde el de las garantías, prevé una reclamación al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 24), sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios (artículo 23). Las resoluciones del Consejo son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa. El Consejo está legitimado para recurrir las resoluciones jurisdiccionales que anulen sus acuerdos.

---

28 Sentencias n.º 847/2023, de 22 de junio (recurso n.º 1814/2022), y n.º 4/2023, de 9 de enero (recurso n.º 1509/2022).

ISBN: 978-84-7777-740-3

VIII. LA PROYECCIÓN GENERAL DEL DERECHO EN EL TERRITORIO, EN EL TIEMPO Y EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y LAS EXCEPCIONES

Por lo demás —sentencia n.º 422/2022, de 5 de abril (casación n.º 3060/2020)— la Sala ha explicado que la Ley 19/2013, en cuanto dictada en virtud de la competencia exclusiva del Estado para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, se aplica también a los entes locales a pesar de que la Ley autonómica no los incluyera (artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia). Corrige así la resolución del Consejo de Transparencia de la Región de Murcia que se consideró incompetente —y de la Sala de instancia que confirmó su decisión— para conocer de una solicitud de acceso a información del Ayuntamiento de Las Torres Cotillas.

El problema relativo a si la vigencia de la Ley 19/2013 y, por tanto, el alcance temporal del derecho al acceso a la información pública, se proyectan solamente hacia el futuro o si, también, se dirigen hacia el pasado, es decir, si comprende o no solicitudes de acceso respecto de información anterior a la entrada en vigor de la Ley fue suscitado por Abogado del Estado en un recurso de CIVIO contra la denegación por el Tribunal de Cuentas de su solicitud de información sobre quiénes desempeñaban puestos de confianza en dicho órgano.

La sentencia n.º 1768/2019, de 16 de diciembre (recurso n.º 316/2018) respondió que, naturalmente, el alcance del derecho de acceso a la información pública se extiende en ambas direcciones pues, conforme a la Ley 19/2013, concierne a la información en poder de las Administraciones Públicas y de las otras entidades sujetas a ella, ya se hubiere elaborado con anterioridad a su entrada en vigor, ya fuere posterior. Más tarde la sentencia n.º 306/2020, de 3 de marzo (recurso n.º 600/2018), confirmó esa interpretación.

Por otro lado, no cabe deducir, a partir del artículo 53.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que el acceso a la información solamente cabe sobre la que existe en los procedimientos en curso, no sobre la que está en aquellos terminados. Así lo precisan las sentencias n.º 484/2024, de 19 de marzo (recurso n.º 775/2023), y n.º 940/2024, de 29 de mayo (recurso n.º 1262/2023). Precisión elemental, por otra parte, si se tiene presente que el derecho es reconocido por la Ley 19/2013 a todos, al margen de que posean o no la condición de interesados en un determinado procedimiento, mientras que el citado artículo 53 se inscribe en el seno del procedimiento administrativo.

Se trata, por tanto, de cosas distintas y, en definitiva, el derecho que nos ocupa se extiende a toda la información en poder de la Administración,

ya corresponda a procedimientos en curso, ya a procedimientos terminados**,** con las únicas excepciones previstas en la Constitución y en la ley. Es verdad que la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, remite a la normativa reguladora del procedimiento si quien ejerce del derecho de acceso es un interesado en el mismo. No obstante, las sentencias citadas no vieron obstáculo en ello y dicen que, de lo establecido por ese precepto «no se sigue que las personas con un interés legítimo no tengan derecho a conocer la información recogida en procedimientos administrativos ya concluidos, ni menos aún que no tengan derecho a conocer datos relativos a ellas que se encuentren en dichos procedimientos administrativos ya concluidos[29]».

El derecho de acceso a la información juega sobre actividades sujetas al Derecho Administrativo**.** Por eso, las sentencias n.º 204/2021, de 16 de febrero (recurso n.º 216/2019), y n.º 502/2023, de 21 de abril (recurso n.º 350/2022), dijeron que no cabe el control jurisdiccional del procedimiento parlamentario seguido para la selección de los miembros del Consejo de Administración de RTVE, ni del relativo a la elección del Defensor del Pueblo, al de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional y al de los Consejeros del Tribunal de Cuentas. Dice la primera de esas sentencias:

> «Una vez sentado que en el presente caso no se está en presencia de actividad sujeta al Derecho Administrativo, desaparece la base normativa en que el recurrente fundó su solicitud y, por consiguiente, el acuerdo ahora impugnado escapa al control jurisdiccional de esta Sala.»

La conclusión anterior no es más que una consecuencia de la falta de jurisdicción del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia sobre las actuaciones de las asambleas legislativas. No significa, sin embargo, que no rija frente a ellas el derecho a acceder a la información en su poder.

No juega, en cambio, respecto de las actuaciones de carácter eminentemente procesal de los procedimientos de responsabilidad contable de

---

29 La sentencia n.º 1213/2025, de 30 de septiembre (casación n.º 1148/2025) contempla un caso de indebida aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013. Estimó las pretensiones de un particular que quería acceder a determinados documentos urbanísticos del Ayuntamiento de Busturia. Denegada por silencio su solicitud, la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública inadmitió su reclamación en razón de esta disposición y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao confirmó dicha inadmisión. El Tribunal Supremo constató que el solicitante era interesado en un procedimiento distinto al que pertenecían los documentos y concluyó que se había aplicado indebidamente ese precepto, anuló la sentencia de Bilbao y la resolución de la Comisión Vasca y retrotrajo las actuaciones para que esta última, admitiera a trámite la reclamación. No se pronunció sobre la cuestión de interés casacional porque el auto de admisión incurrió en el mismo error de entender que los documentos pretendidos pertenecían al procedimiento en que el solicitante era interesado.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que conoce el Tribunal de Cuentas [sentencia n.º 645/2022, de 31 de mayo (recurso n.º 7844/2020)].

IX. FORMA Y FONDO DE LAS RESOLUCIONES QUE DENIEGUEN O LIMITEN EL ACCESO

Importa destacar que la resolución que debe dictar la Administración sobre las solicitudes de acceso a la información pública, la potestad que ejerce al respecto no tiene carácter discrecional y solo puede limitarse el derecho de acceder a la información en los supuestos previstos por la ley si se justifica debidamente que, en las circunstancias del caso, deben ser aplicados los límites que esta prevé.

Así lo explica la sentencia n.º 714/2023, de 29 de mayo (recurso n.º 373/2022), que, además, dice, que las causas de inadmisión del artículo 18 de la Ley 19/2013 han de interpretarse de forma restrictiva, tal como ya lo habían señalado las sentencias n.º 1547/2017, de 16 de octubre (recurso n.º 75/2017); n.º 66/2021, de 25 de enero (recurso n.º 6387/2019), entre otras.

Además, «la aplicación de los límites al acceso a la información requiere una justificación expresa y detallada por quien los impone**,** que permita controlar la veracidad y proporcionalidad de la restricción establecida» [sentencia n.º 1196/2025, de 29 de septiembre (casación n.º 4149/2022)].

X. INTERÉS PÚBLICO E INTERÉS PRIVADO

En realidad, toda pretensión de acceso a la información en poder de las Administraciones Públicas posee una dimensión pública en sí misma en la medida en que el ejercicio de este derecho contribuye a hacerles transparentes o, si se quiere, a la efectividad del principio de publicidad. No obstante, es igualmente cierto que hay solicitudes en que lo pretendido tiene una proyección personal o particular, mientras que en otros posee una dimensión amplia e, incluso, general.

Lo primero es lo que sucede en el asunto resuelto por la sentencia n.º 1519/2020, de 12 de noviembre (recurso n.º 5239/2019). Estimó el recurso de casación de un recluso que había solicitado de la Administración la relación de la correspondencia que le había remitido. En concreto, le reconoce:

> «la puesta a disposición del recurrente por la Administración demandada de: i) un listado de la correspondencia entregada por el recurrente a los funcionarios del centro penitenciario de Aranjuez para su remisión al exterior, de acuerdo con los registros y datos de que disponga el indicado cen-

> tro penitenciario, desde el 3 de enero de 2016 hasta el 5 de junio de 2017, ii) un listado de la correspondencia del recurrente remitida al exterior desde el centro penitenciario de Aranjuez, durante el período que se acaba de indicar, con indicación de los datos que ya se hicieron constar en las contestaciones dadas por el Secretario General de Instituciones Penitenciarias de fechas de 4 de agosto y 4 de septiembre de 2017, esto es, fecha de salida, número de registro de salida, destinatario y contenido expresado del envío (instancia, sobre cerrado, solicitud a autoridad judicial, etc.) y iii) cualquier otro dato en poder de la Administración penitenciaria que sea de utilidad para establecer una relación entre la correspondencia entregada por el recurrente y la remitida desde el centro penitenciario en el período señalado.»

Y la sentencia de la Sección Cuarta n.º 1181/2023, de 25 de septiembre (casación n.º 8072/2020), ha reconocido el derecho del afectado por una información reservada —un *mosso d'esquadra*— que no desembocó en la incoación de un expediente disciplinario**,** a conocer su contenido**.** Y ese mismo derecho reconocieron las sentencias n.º 946/2024, de 29 de mayo (recurso n.º 1185/2023), n.º 940/2024 (recurso n.º 1262/2023) y n.º 484/2024, de 19 de marzo (recurso n.º 775/2023), a un fiscal que se vio en igual situación. En estos casos, cuando la información requerida se refiere directamente al propio solicitante, la interpretación de los límites al acceso ha de ser sumamente restrictiva y, por el contrario, se debe favorecer que acceda a ella. Dice así la sentencia n.º 484/2024:

> «No le falta razón [a la Abogada del Estado] cuando objeta que el art. 12 de la Ley 19/2013 no constituye base idónea para la pretensión del recurrente. El derecho del público en general —es decir, de cualquier persona— de acceder a la información pública que dicho precepto proclama ha de interpretarse de conformidad con los límites impuestos por ese mismo cuerpo legal en su art. 14; límites entre los que se encuentra la información atinente a «la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos y disciplinarios». Y esta es precisamente la materia de la que trata el presente asunto. Ahora bien, que la Ley 19/2013 no constituya base suficiente para que el público en general acceda a información pública en materia disciplinaria no significa que las personas directamente afectadas en un procedimiento administrativo de esa naturaleza no tengan derecho a conocerla y, en su caso, a obtener copia de la correspondiente documentación.»

En cambio, tiene una proyección general**,** según las sentencias n.º 1514/2022, de 17 de noviembre (casación n.º 4457/2021), y n.º 1565/2023, de 27 de noviembre (casación n.º 4915/2022), y otras que la siguen, la información sobre el coste de la encomienda de gestión a las oficinas liquidadoras de las que son titulares los registradores de la propiedad para la gestión, liquidación y recaudación de determinados impuestos,

ISBN: 978-84-7777-740-3

desglosada por cada oficina liquidadora por versar sobre el destino y eficiencia de dinero público. Es decir:

> «tal como razonan correctamente las sentencias de instancia y apelación, en la ponderación que ordena el artículo 15.3 de la Ley de Transparencia prevalece el interés público sobre la afectación indirecta de la esfera de datos personales de los registradores consistente en revelar datos sobre ingresos de sus oficinas recaudadoras por la realización de una encomienda hecha por la Administración Pública respecto a una función pública como lo es la gestión y recaudación de impuestos.»

Y la información sobre la titularidad de bienes inmuebles, exceptuada la de las personas físicas, a los que se aplica la exención del IBI es susceptible de acceso según la sentencia n.º 239/2023, de 24 de febrero (recurso n.º 7678/2021), porque:

> «nada obsta a que, en relación a aquellos entes públicos, se facilite la información que versa sobre aquellos inmuebles que gozan de la exención, con expresa determinación de la causa de dicho beneficio, así como el importe de la exención, en la medida que no constituyen «datos protegidos» en el citado texto normativo del Catastro y no incorporan ningún dato de índole personal que pueda estar afectado por los límites que se contemplan en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de Transparencia.»

Como veremos después, el acceso al código fuente de la aplicación telemática BOSCO para la gestión de las solicitudes de bono social eléctrico, también reviste interés público para la sentencia n.º 1119/2025, de 11 de septiembre (casación n.º 7878/2024).

La Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, competente para conocer de los recursos contra los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial, resolvió en la sentencia n.º 192/2017, de 6 de febrero (recurso n.º 3967/2015), que quien estuvo privado de libertad por decisión de un juez de primera instancia e instrucción, luego revocada por la Audiencia Provincial, tiene derecho a conocer el acta levantada por el Servicio de Inspección en el Juzgado, lo que comprende el conocimiento de una copia de la misma pero no el testimonio del documento original que únicamente aportaba en más el nombre y apellidos de quien hizo la inspección. Entendió la Sala que no existía un interés cualificado, público o privado, que justificara de forma proporcionada el acceso al documento original (artículo 15.3 de la Ley 19/2013).

En fin, conocer los gastos ocasionados por el Festival de Eurovisión no solo no requiere de especial elaboración, sino que tampoco afecta a los intereses económicos y comerciales de RTVE [artículo 14.1.h)], según la sentencia n.º 1547/2017, de 16 de octubre (recurso n.º 75/2017), ya citada, y, sin embargo, tiene un interés que claramente trasciende al particular.

En realidad, el interés público de una determinada información es un elemento especialmente relevante a la hora de resolver el conflicto que puede surgir entre el derecho de acceder a ella y la oposición por la Administración de alguno de los límites del artículo 14 de la Ley 19/2013. Así, por ejemplo, la sentencia n.º 556/2026, de 4 de mayo (casación n.º 2262/2025), tuvo en cuenta que, efectivamente, «el relevante interés público» cualifica la pretensión de acceso y obliga a alcanzar un punto de equilibrio razonable entre ella y la limitación que pueda ser imprescindible.

XI. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ÁMBITOS SECTORIALES

Con carácter general, la jurisprudencia confirma que las reglas de la Ley 19/2013 (su disposición adicional primera) constituyen la normativa básica aplicable con carácter general y supletoria de aquellas otras de carácter sectorial, incluidas las de los órganos reguladores. No obstante, es frecuente que estos últimos se acojan a las disposiciones por las que se rigen con la pretensión de hacer valer un régimen especial.

Es el caso de la sentencia n.º 311/2022, de 10 de marzo (recurso n.º 148/2021), que contempla la solicitud de acceso a un expediente sancionador de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, solicitud aceptada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Y, si bien reconoce que la Ley del Mercado de Valores tiene reglas que imponen el secreto sobre las actuaciones de aquella, sigue a las anteriores sentencias n.º 1565/2020, de 19 de noviembre (recurso n.º 4614/2019); de 29 de diciembre (recurso n.º 7045/2019); n.º 389/2021, de 18 de marzo (recurso n.º 3934/2020); y n.º 314/2021, de 8 de marzo (recurso n.º 1975/2020), y concluye, que esa regulación, aunque no sea completa, debe ser aplicada con carácter preferente y considerada prevalente la exigencia de confidencialidad. Ahora bien, añade, siguiendo a la sentencia n.º 34/2020, de17 de enero (recurso n.º 7487/2018), que la Ley 19/2013 siempre operará como regulación supletoria y dice:

> «No toda información que figura en un expediente de una autoridad de supervisión financiera ha de ser considerada información confidencial cubierta por la obligación de guardar secreto profesional. Para ello se precisa que reúna determinados requisitos: a) que no tenga carácter de pública b) que su divulgación pueda perjudicial a los intereses de quien la haya proporcionado o de terceros o que afecte al correcto funcionamiento del sistema de seguimiento de las actividades de las empresas de servicios de inversión. Ambos requisitos han de concurrir de forma acumulativa para que sean aplicables las limitaciones de acceso a la información en los términos regulados en la LMV.
>
> La concesión de un trámite de audiencia, conforme a lo previsto en la Ley de Transparencia para que el afectado por la información solicitada,

ISBN: 978-84-7777-740-3

> que no ha sido declarada previamente confidencial, pueda alegar lo que a su derecho convenga no se considera incompatible con las especialidades que en relación con el deber de secreto plantea la Ley del Mercado de Valores.»

También sobre la Comisión Nacional del Mercado de Valores versa la sentencia n.º 34/2020, de 17 de enero (recurso n.º 7487/2018). Aquí la solicitud de información era sobre el contenido de sus deliberaciones y sobre el sentido del voto de cada uno de sus miembros en la resolución de una recusación formulada por REPSOL que era la recurrente. La sentencia desestima el recurso de casación porque:

> «se comunicó a Repsol el contenido íntegro del acuerdo adoptado por el Pleno de la CNMC el 20 de febrero de 2015 en el que se desestimó la recusación planteada contra el Presidente y dos Consejeras y en él figuraba la composición del Pleno y el texto íntegro de la decisión, lo que demuestra la inexistencia de votos particulares ni votos expresos. En el antecedente Sexto del Acuerdo se reflejan las manifestaciones de los Vocales recusados, su ulterior ausencia de la sesión y la continuación del Pleno en el que deliberaron los restantes Vocales que no fueron objeto de recusación. Por consiguiente, se suministró la información básica a la que se refiere la Ley que no incluye el sentido del voto o posición individual de cada uno de los consejeros intervinientes que formaron el criterio mayoritario, por no haberlo consignado voluntariamente.
>
> De modo que no siendo objeto del recurso de casación la supuesta negativa de entrega del Acta a «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA», las consideraciones del motivo de casación son insuficientes, lo que determina su desestimación.»

Ahora bien, frente a la posición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para la que el deber de secreto sobre sus actuaciones es incompatible con la aplicación de la Ley 19/2013, la sentencia solamente sitúa esa incompatibilidad en la información declarada confidencial. Siguiendo al Tribunal de Justicia, entiende que solamente la habrá cuando concurran estas condiciones en la información solicitada:

> «a) que no tenga carácter de públicas; b) que su divulgación pueda perjudicar a los intereses de quien la haya proporcionado o de terceros o que afecte al correcto funcionamiento del sistema de seguimiento de las actividades de las empresas de servicios de inversión. Ambos requisitos han de concurrir de forma acumulativa para que sea aplicables las limitaciones de acceso a la información en los términos regulados en la LMV.»

Sobre la información relativa a productos farmacéuticos o sanitarios se pronuncian las sentencias n.º 314/2021, de 8 de marzo (recurso n.º 1975/2020), y n.º 1363/2022, de 24 de octubre (recurso n.º 517/2021). La primera considera aplicable la regulación sectorial (el artículo 7 del Real

Decreto 1591/2009) y también la Ley 19/2013 y confirma, frente al criterio contrario de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios y de acuerdo con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la procedencia del acceso solicitado, excepto en lo relativo a la metodología de los ensayos de los laboratorios, amparada esta última por la confidencialidad prevista en ese artículo 7, que, dice, no es absoluta ni se ha de presumir *iuris et de iure*. Se trataba de información sobre un producto que había dado lugar a incidentes clínicos adversos.

La segunda sentencia, acoge las pretensiones del Abogado del Estado, revoca las sentencias de instancia y apelación y anula la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Aunque reitera que el principio de confidencialidad no es absoluto**,** aprecia en el caso concreto que el acceso podría perjudicar las funciones administrativas de vigilancia y control de incidentes en los que no era clara la presencia del interés público de la salud de los usuarios y consumidores finales, único mencionado por el Consejo, como sucede cuando la investigación de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios ha acreditado, como era el caso, la ausencia de nexo causal entre los incidentes adversos y el producto sanitario. Dos magistrados formularon voto particular discrepante.

Desde un punto de vista diferente al de las anteriores, la sentencia n.º 1338/2020, de 15 de octubre (recurso n.º 3846/2019), consideró que la ausencia en el Estatuto Básico del Empleado Público de un régimen específico sobre el acceso por los miembros de las Juntas de Personal a la información sobre el mismo no condiciona ni limita sus facultades representativas y de acción sindical. Solamente por ley cabe establecer las regulaciones específicas sectoriales que sean necesarias. En el caso examinado, uno de los miembros de la Junta había solicitado el catálogo de puestos de trabajo, la relación de vacantes de funcionarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Valencia y el reparto de la productividad. Le fue denegada esa información por entender la Agencia que el artículo 40.1 del Estatuto Básico del Empleado Público limita la información a la Junta de Personal y los delegados de personal «a la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento» y a las medidas que fomenten el mantenimiento e incremento de la productividad.

En contra de lo afirmado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de acuerdo con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Tribunal Supremo entendió que ese precepto del Estatuto Básico del Empleado Público no contiene un régimen específico de acceso a la información pública y que se debía estar a la Ley 19/2013. Así, consideró que los límites previstos en los apartados e) y g) de su artículo 14 —la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplina-

ISBN: 978-84-7777-740-3

rios y las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control— no eran de aplicación pues de los artículos 6.2 y 8 de la misma Ley, resulta que:

> «la transparencia y publicidad tanto los objetivos perseguidos por un ente público y su grado de cumplimiento como de los criterios de distribución de los fondos públicos, en este caso relacionados con el reparto de la retribución por productividad entre los empleados, tiene especial importancia para la ley.
>
> Por el contrario, no ha quedado justificado que la información solicitada concretamente al catálogo de puesto de trabajo y otros aspectos, dificulte o impida la represión de ilícitos tributarios o las funciones de inspección, vigilancia y control de la Agencia Tributaria.»

Otro campo en el que se ha debatido sobre la aplicabilidad de reglas especiales es el tributario. Al respecto, la sentencia n.º 257/2021, de 24 de febrero (casación n.º 2162/2020), estimó el recurso de casación del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, anuló las sentencias de apelación y de instancia, que habían confirmado el parecer de la Administración, y ordenó al Ayuntamiento de la Palma del Condado que, a la mayor brevedad, entregara la información pedida por el representante de la Asociación Andalucía Laica, consistente en la relación de inmuebles a los que se aplica la exención del Impuesto de Bienes Inmuebles. Al razonar su fallo, se refiere al carácter confidencial que el artículo 95 de la Ley General Tributaria atribuye a los datos tributarios obtenidos en el ejercicio de sus funciones y dice:

> «El artículo reseñado de la LGT y demás disposiciones que se invocan se refieren a la reserva de los datos que obtiene la Administración para la gestión y ejercicio de la actuación tributaria entendida en un sentido amplio, pero no conllevan per se la inaplicación de la Ley de Transparencia, por no ser dichas exiguas e insuficientes disposiciones —la prevista en el artículo 85 que establece el deber genérico de informar a los obligados tributarios de sus derechos y obligaciones, y en los artículos 86 y 87, sobre la forma en que se instrumenta esta obligación— asimilables o equivalentes a un régimen específico y completo de acceso ni, en fin, pueden conllevar una prohibición del ejercicio de este derecho a los ciudadanos ex artículo 105 CE a obtener cierta información que, aun concerniendo a aspectos tributario, responde a un interés legítimo o público —que se refleja en la ley de Transparencia—.
>
> La Ley General Tributaria ha de interpretarse en el conjunto del ordenamiento jurídico y a la luz de las nuevas garantías introducidas en la Ley 19/2013, de Transparencia, lo que lleva a concluir que su regulación no excluye ni prevé la posibilidad de que se pueda recabar información a la Administración Tributaria sobre determinados elementos con contenido tributario, al ser de aplicación la DA 1.ª de la Ley de Transparencia, como sucede en los supuestos en el que la información no entra en colisión con

> la el derecho a la intimidad de los particulares —a los que se reconoce el derecho a la limitación de acceso en el artículo 34 de la propia Ley General Tributaria—, o cuando, los datos que obran en poder de la Administración pueden ser necesarios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos, o puedan estar informados de la actuación pública, información que ha de ajustarse a los límites que la propia Ley de Transparencia establece en su artículo 14 y a la protección de datos del artículo 15.
>
> Lo anteriormente expuesto nos lleva a afirmar que no se contiene en la Ley General Tributaria un régimen completo y autónomo de acceso a la información, y sí un principio o regla general de reserva de los datos con relevancia tributaria como garantía del derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos (art 18 CE). Por ende, las específicas previsiones de la LGT sobre confidencialidad de los datos tributarios no desplazan ni hacen inaplicable el régimen de acceso que se diseña en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno (Disposición Adicional 1.ª).»

Desde otra perspectiva, la sentencia n.º 295/2026, de 10 de marzo (casación n.º 3386/2025)[30], rechazó las razones por las que la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios denegó la información que se le había solicitado sobre el coste económico de las vacunas contra el COVID-19 y sobre los contratos firmados con laboratorios farmacéuticos. Eran las relativas a los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria y al secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial previstas en los apartados h), j) y k) del artículo 14 de la Ley 19/2013. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno consideró que debía haberse acordado el acceso parcial, criterio confirmado en la instancia, pero anulado en apelación a petición de la Agencia Española.

El Tribunal Supremo anuló la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Nacional y anuló, a su vez, la resolución del Consejo de Transparencia porque, pese a proceder de las instituciones europeas los documentos objeto de la pretensión de acceso, toda vez que estaban en poder de la Administración española, la decisión debía regirse por el Derecho nacional, si bien antes de su adopción se debía consultar a la Comisión Europea, conforme al artículo 5 del Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento y del Consejo, de 30 de mayo.

Aunque esta sentencia n.º 295/2026 no resuelve sobre si procede o no el acceso solicitado, pues se limita a imponer esa consulta, sí dice, siguiendo a la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 2014 (asunto C-350/12-P), que las razones dadas por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, de ninguna manera podrían fundamentar la denegación por escuetas y carentes de la imprescindible pormenorización y de «toda especificación de los intereses en juego y una explicación mínima-

30 La sentencia de n. 296/2026, de 10 de marzo (casación n.º 2412/2025), se pronuncia en los mismos términos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

mente detallada sobre la manera en el acceso a la documentación solicitada pudiera causar un perjuicio concreto y efectivo y no meramente hipotético».

XII. LA SEGURIDAD DEL ESTADO

Sobre la compatibilidad entre la protección de la seguridad del Estado y el acceso a documentos clasificados como secreto[31] se ha pronunciado la sentencia de la Sección Cuarta n.º 1261/2025, de 8 de octubre, en el recurso n.º 210/2024, interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de enero de 2024, que desclasificó parte de la información y denegó la del resto que le había pedido el Juzgado de Instrucción n.º 29 de los de Barcelona. Todo ello en el curso de las diligencias previas n.º 1154/2023-A seguidas en el mismo. A instancia del querellante, el anterior Presidente de la Generalidad de Cataluña, el magistrado que lo sirve dirigió al Consejo de Ministros la solicitud de desclasificación en cumplimiento de los criterios sentados por el pleno de la Sala Tercera en sus sentencias de 4 de abril de 1997 (recursos n.º 602, n.º 634 y n.º 726/1996) en el asunto conocido como «Los papeles del CESID».

Se trataba de la desclasificación de determinados documentos del Centro Nacional de Inteligencia relativos, según el querellante, a la intrusión no autorizada en equipos informáticos, a la interceptación ilegal de comunicaciones, al espionaje informático, al uso de *spyware* y otros delitos contra los derechos fundamentales cometidos mediante el *malware* conocido como «Pegasus» contra su anterior presidente.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimó el recurso de la Generalidad de Cataluña contra el indicado acuerdo del Consejo de Ministros. Su sentencia n.º 1261/2024 explicó, de un lado, que la Generalidad de Cataluña no es titular de los derechos fundamentales que habrían podido ser infringidos ni, tampoco, parte en el proceso penal en el que se pidió la desclasificación. Consideró, del otro lado, conforme a Derecho la negativa a desclasificar todo lo que se pidió en el proceso penal.

Al motivar su decisión recuerda que, según la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, con carácter general los órganos del Estado están «sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con

---

31 Sobre esta cuestión, Luis Manuel Miranda López, *Secretos de Estado y transparencia. La difícil convivencia entre el poder y el derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2025; y del mismo autor, *Secretos de Estado. Seguridad o transparencia: un estudio de Derecho Comparado*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2025. También, Miguel Revenga Sánchez y Luis Manuel Miranda Sánchez, «Transparencia, acceso a la información y secreto: observaciones sobre un problema central y persistente», en *Revista Española de la Transparencia*, n.º 23/2026. Extraordinario sobre «La transparencia desde el Derecho Constitucional», págs., 67 y sigs.

las normas que rijan su actuación, salvo, y esta es la excepción, en los casos en que por la naturaleza de la materia sea esta declarada expresamente «clasificada», cuyo secreto o limitado conocimiento se regula en la citada Ley». Precisa que, conforme a su artículo 2, «la extensión de la declaración de «materias clasificadas» comprende los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado». Y que la materia clasificada con el grado de secreto, por el artículo 5.1 de la Ley 11/2002, «se extiende, no solo a las actividades del CNI, sino también a su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y a las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las materias del artículo 6, según lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales y en los Acuerdos internacionales».

Y, aun reconociendo la relevancia de la pretensión de desclasificación para el proceso penal y también para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, rechaza que fuera procedente. Así, dice:

> «(…) el desarrollo de la citada investigación penal puede colisionar, según se infiere de la prueba, con informaciones o documentos que tengan la calificación de materias clasificadas, con el nivel de secreto. Cuando esto sucede resulta imprescindible que se realice en el correspondiente acuerdo de desclasificación, como hace el ahora impugnado, una valoración concreta y específica, que viene atribuida al Consejo de Ministros en los artículos 4 y 7 de la citada Ley 9/1978, sobre las circunstancias del caso que avalen la decisión denegatoria.»

Aclara que, ni cabe afirmar la procedencia de la desclasificación por el solo hecho de que se pida en el marco de un proceso penal, ni cabe invocar la seguridad del Estado como razón para denegar sin ulterior argumento. Al contrario, apunta que la negativa a acordarla «ha de ser de carácter específico, apegada al caso concreto, (…) nutrirse en las singulares circunstancias que evidencien los peligros derivados de un eventual alzamiento del secreto. Debe mediar, en definitiva, una valoración de las circunstancias en relación con los derechos e intereses jurídicos que han entrado en conflicto. Lo que revela que la competencia del Juez de Instrucción en estos casos no resulta absoluta, como pone de manifiesto el mismo procedimiento de desclasificación seguido».

Y, como el artículo 5.1 de la Ley 11/2002 considera secreto no solo las actividades del CNI, sino también su organización y estructura interna, personal, instalaciones, bases y centros de datos, las informaciones de que dispone, así como los medios y procedimientos que utiliza, concluye que

> «(…) la desclasificación instada, atendidas las circunstancias del caso y su profuso contenido, pondría de manifiesto (…) los medios de los que dis-

ISBN: 978-84-7777-740-3

> ponen con carácter general los servicios de inteligencia españoles, revelando la naturaleza y el alcance de estos, dejando al descubierto medios, personas, y procedimientos de los que disponen (…). De modo que sus consecuencias se proyectarían no solo sobre la reducción de su eficacia, sino sobre la creación de zonas de riesgo que sitúan al Estado y a sus ciudadanos en una situación de innegable vulnerabilidad.»

Todavía añadirá que la desclasificación de tales extremos, atendido su volumen, alcance y relevancia, «también podría comprometer a los servicios de inteligencia extranjeros en general, y en particular respecto de las empresas israelíes que se citan en la solicitud de prueba y su Estado de procedencia», a la vista del citado artículo 5.1. En definitiva, la desclasificación pretendida «se traduciría (…) en un quebranto de los intereses generales ante la imposibilidad de acción de los servicios de inteligencia para el cumplimiento de las funciones que legalmente tienen encomendadas (…) [y] pondría en riesgo no solo la seguridad de los agentes del CNI, sino la seguridad de todos los ciudadanos y la propia permanencia del Estado de Derecho».

La sentencia al confirmar la legalidad de la negativa del Consejo de Ministros a la desclasificación pretendida, observa, además, que «el acuerdo impugnado ya accedió a la desclasificación de los documentos cuyo alzamiento del secreto resultaba posible y que revelan, según el citado acuerdo, que don (…) fue efectivamente objeto de una medida de interceptación legal de las comunicaciones (…) mediante la correspondiente autorización del Magistrado de este Tribunal Supremo, que tiene atribuida competencia al respecto, según establece el artículo único de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia».

También a propósito de la defensa y la seguridad del Estado, la sentencia n.º 140/2023, de 7 de febrero (recurso n.º 8005/2021), confirmó la improcedencia del acceso a la información pública relativa a las licencias concedidas para la exportación de morteros a Arabia Saudita, criterio que sigue la sentencia n.º 714/2023, de 29 de mayo (recurso n.º 373/2022), para la cual la regulación específica sobre secretos oficiales prevalece sobre la Ley 19/2013 y confirma la denegación del acceso por Greenpeace a las actas de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso y a la información incorporada a esas actas.

XIII. LAS RELACIONES EXTERIORES

Por su parte, la sentencia n.º 301/2026, de 11 de marzo (casación n.º 8005/2024), se enfrentó a un caso en el que se había pedido información sobre el convenio con el Ministerio de Salud de Andorra sobre reventa

de vacunas Biontech/Pfizer contra el COVID-19 y el listado de convenios a los que había llegado el Gobierno de España para revender o donar vacunas a otros países y cuánto pagarían en su caso. El Ministerio de Sanidad comunicó que las dosis revendidas a Andorra fueron 13.650 y que no se habían hecho donaciones a otros países, pero no facilitó el resto de los datos requeridos porque, dijo, hacerlo perjudicaría las relaciones exteriores y la garantía de la confidencialidad o del secreto requeridos en el proceso de toma de decisión (apartados c) y k) del artículo 14).

El Consejo de Transparencia resolvió que debía dársele al recurrente el acceso pleno que reclamaba, decisión confirmada en la instancia. La Audiencia Nacional, sin embargo, dio la razón al Abogado del Estado, revocó la sentencia de instancia y anuló la resolución del Consejo, pero el Tribunal Supremo acogió el recurso de casación de este último y desestimó la apelación con lo que quedó firme la resolución que obligaba a la Administración a satisfacer plenamente la demanda de información.

En el litigio, se suscitó también la aplicabilidad del Reglamento (UE) 1049/2001 en el extremo en que impone la confidencialidad. Y la sentencia n.º 301/2026, como las anteriores n.º 295 y n.º 296/2026 la excluyó conforme a su artículo 5, no solo porque no solo se trata de documentos en poder de la Administración española, sino que, además, no proceden de las instituciones europeas por lo que no es necesaria en este caso la consulta a la Comisión Europea.

Ya sobre los límites opuestos al acceso a la información pública esta sentencia n.º 301/2026 reitera los criterios sentados con anterioridad y, en particular, descarta, en principio, que afecte negativamente a la garantía de la confidencialidad y al secreto en el proceso de toma de decisiones el conocimiento de un convenio internacional ya alcanzado. Entiende que el artículo 14.k) de la Ley 19/2013 se refiere a procesos de negociación en curso o que operan en paralelo, pero no a los ya concluidos y menos si no se ofrecen razones que justifiquen en concreto la necesidad de denegar el acceso. También rechaza que este límite pueda oponerse de manera indefinida y destaca que la venta de vacunas contra el COVID-19 hace tiempo que dejó de producirse.

Y, sobre el perjuicio a las relaciones exteriores (artículo 14 c) de la Ley 19/2013), además de señalar el carácter muy genérico de este límite y que afecta a actividades diversas, observa que no basta con invocarlo sin más, sino que es menester explicar por qué el acceso a la información perturba el interés público protegido por este precepto. Y encuentra que la Administración únicamente ha dicho que los pedidos son documentos en que se da la intervención de un tercer país. Esta motivación la juzga inadecuada e insuficiente. Resalta que el mero hecho de tratarse de un acuerdo internacional en que interviene otro Estado no implica que su contenido deba ser secreto o que baste invocar tal circunstancia para denegar la información

ISBN: 978-84-7777-740-3

pues eso supondría aceptar que cualquier acuerdo o convenio internacional ha de sustraerse al conocimiento público. Recuerda que los tratados han de publicarse y que los acuerdos no normativos han de inscribirse en un registro administrativo.

En realidad, dice la sentencia n.º 301/2026, no es la presencia de otro Estado el factor determinante de la aplicación de este límite sino el objeto del convenio y el peligro real de que su conocimiento pueda causar un perjuicio probable a la política exterior de España, pero no todos los contenidos de un acuerdo o convenio internacional poseen esa potencialidad, por lo que, en cada caso, deberá explicarse razonadamente su concurrencia, cosa que no se hizo en esta ocasión.

Las premisas sentadas por esta sentencia n.º 301/2026, las ha confirmado unas semanas más tarde la sentencia, también de la Sección Tercera, n.º 556/2026, de 5 de mayo (casación n.º 2262/2025), y ha aportado algunas precisiones importantes.

La información solicitada al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital versaba sobre «la deuda actual que tiene Cuba y Venezuela hacia España, así como las renegociaciones, condonaciones de deuda e intereses así como otras reestructuraciones de dicha deuda habidas desde 2004 hasta el momento presente, junto con los informes y los expedientes administrativos correspondientes de esas condonaciones y reestructuraciones (con su detalle de quitas y ampliaciones de plazos de pago), incluyendo las peticiones de esos dos Estados en ese sentido así como las reuniones que ha habido con las autoridades de España para tal efecto y sus actas correspondientes».

Tras reclamar el solicitante, ante el silencio de la Administración, al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Ministerio dio acceso parcial e invocó el límite de las relaciones exteriores del artículo 14.1.c) de la Ley 19/2013 para no facilitar toda la información pedida. En la justificación de esta negativa el Ministerio adujo que respecto de Cuba se había llegado en el seno del Club de París y como resultado de negociaciones multilaterales a un acuerdo de alivio de la deuda. El solicitante acudió ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y este estimó su reclamación e instó al Ministerio a que le facilitara en diez días hábiles a lo sumo los informes y expedientes relativos a condonaciones y reestructuraciones de deuda (con su detalle de quitas y ampliaciones de plazos de pago), incluyendo las peticiones de Cuba y Venezuela en este sentido, así como a las reuniones que ha habido con las autoridades de España para tal efecto y sus actas correspondientes.

El Abogado del Estado recurrió este acuerdo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, que dictó sentencia desestimatoria, pero la Sala de lo Contencio-

so-Administrativo de la Audiencia Nacional, acogió la apelación del Abogado del Estado, anuló la sentencia de instancia y desestimó el recurso contencioso-administrativo. El Tribunal Supremo, en la sentencia n.º 566/2026, estimó el recurso de casación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, anuló la sentencia de la Audiencia Nacional y estimó en parte el recurso de apelación del Abogado del Estado. Por eso, anuló la sentencia del Juzgado y acogió en parte el recurso contencioso-administrativo del Abogado del Estado.

Este recorrido procesal condujo a que la limitación del acceso se constriñera a las actas del Club de París pero no al «detalle de las concretas y específicas medidas de aplicación adoptadas por España respecto de las condiciones de tratamiento de la deuda estipuladas en el seno de dicho Club de París con Cuba y, en su caso, con Venezuela».

La sentencia explica que el Club de París es un grupo informal de acreedores oficiales que busca encontrar soluciones coordinadas y sostenibles a las dificultades de pago de los países deudores y que su actuación informal se rige los principios de solidaridad, consenso, intercambio de información, decisión caso por caso, condicionalidad y tratamiento igualitario. Sus miembros se benefician de la participación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. Y concluye que la información pretendida afecta a las relaciones exteriores.

Reconoce, en efecto, que el acceso al contenido de las actas de las reuniones del Club de París puede desvelar las razones por las que se admiten unas condonaciones de deudas y no otras. Ahora bien, no comparte que esta circunstancia deba llevar a negar en su totalidad la información que el Consejo de Transparencia consideró que se debía facilitar. Así, señala que el punto de equilibrio razonable entre la limitación y el interés público en conocer el endeudamiento de otros países con España exige restringir al máximo la información no accesible. Para ello, tiene en cuenta que (i) el artículo 3.2.f) de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de acción exterior y del Servicio Exterior del Estado, incluye el principio de transparencia entre los rectores de la acción exterior del Estado; (ii) el artículo tercero g) de la Ley 38/2006, de 7 de diciembre, reguladora de la deuda externa, incluye entre los principios inspiradores de la política española en este campo el de transparencia; y (iii) el artículo 2.3.f) de la Ley 1/2023, de 20 de febrero, de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global, enuncia como principio de actuación el de la transparencia.

Además, valora el interés público en el conocimiento de la repercusión en el erario español, reconocida por la Administración, de los acuerdos adoptados en el ámbito del Club de París, y concluye que la aplicación del límite legal no puede tener el alcance que le dio el Ministerio y confirmó la Audiencia Nacional. Observa, a fin de establecer el equilibrio adecuado, que la confidencialidad debe jugar respecto de las deliberaciones, pero no sobre

ISBN: 978-84-7777-740-3

los acuerdos alcanzados por los países acreedores con el país deudor ni sobre las medidas tomadas para aplicarlos. Esta información, dice la sentencia n.º 556/2026,

> «posee un relevante interés público afectado al principio de utilización racional de los recursos públicos, sin que incida en las relaciones exteriores con la misma relevancia que la de las actas, siendo esta información la que en definitiva se solicitó por el interesado, lo que no obsta para que el acceso a tal información pueda también denegarse, pero siempre y cuando se expliquen, fundada y suficientemente, las razones por las que se produce un perjuicio razonablemente previsible, no meramente hipotético, sobre aquellas relaciones, teniéndose en cuenta los distintos ámbitos en que, derivadas de las mismas, puedan afectarse como, en especial, el político o el económico.»

Como último argumento, esta sentencia n.º 566/2026 llama la atención sobre que la disposición adicional primera de la Ley 38/2006 obliga al Gobierno a informar a varias Comisiones del Congreso de los Diputados, entre otros extremos, del número de acuerdos firmados por España en el Club de París y sus características. La sentencia considera que dentro de estas características se sitúa sin dificultad la información pedida por el solicitante.

Parece claro que este último pronunciamiento sigue la línea que, en general, se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

XIV. LA INFORMACIÓN EN PODER DEL BANCO DE ESPAÑA

Los datos, documentos e informaciones en poder del Banco de España relativos a sus funciones no pueden ser divulgados, según la sentencia n.º 244/2023, de 27 de febrero (recurso n.º 8073/2021), pues así lo establece el artículo 82 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que contiene un régimen específico sobre los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Banco de España en virtud del ejercicio de sus funciones. Régimen presidido por la obligación de secreto con las excepciones previstas en el apartado 3 de ese precepto.

No obstante, la sentencia n.º 243/2026, de 3 de marzo (recurso n.º 1741/2025), ha rechazado que este límite sea oponible sin más a los parlamentarios de las Cortes Generales. En particular, a propósito de ese precepto —el artículo 82 de la Ley 10/2014— ha reconocido el derecho de tres diputados a que se les informe de las cantidades con las que retribuyó en los años 2022 y 2023 a las entidades bancarias que se sirvieron de la facilidad de depósito para así dar salida a su liquidez más allá de las reservas

obligatorias. Hay que precisar que el Banco de España sí les informó del importe conjunto que había abonado, pero se negó a facilitarles las cantidades percibidas por cada entidad. La sentencia al razonar la estimación del recurso de los diputados recuerda que el artículo 109 de la Constitución dice que:

> «Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.»

Y que el Banco de España es una «autoridad del Estado, por lo que «no tiene ninguna duda de que si la información es requerida por el pleno o por una comisión de la Cámara, son las Cortes Generales quienes la recaban (…), tratándose de diputados individualmente considerados, la respuesta debe ser la misma al menos en línea de principio: porque no son particulares, sino representantes del pueblo español que ejercen una función esencial de control político; y porque, si se estableciera un criterio radicalmente distinto con respecto al seguido para el pleno y las comisiones, podría resultar que los diputados de la oposición necesitaran del apoyo de la mayoría para acceder a la información del Banco de España».

Así, pues, no basta con la invocación del secreto o reserva previsto legalmente, sino que la Administración que lo oponga habrá de justificar que las circunstancias del caso exigen mantenerlo.

XV. EL CASO DEL DAÑO REPUTACIONAL

Aunque no se trata en puridad de un supuesto de ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sí guarda relación estrecha con él la publicidad de las sanciones administrativas.

Sabemos que una de las manifestaciones de *ius puniendi* del Estado es la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tiene su fundamento en el artículo 25.1 de la Constitución que admite sancionar las infracciones administrativas previstas por la legislación vigente. En general, las resoluciones que imponen sanciones de esta naturaleza no están sujetas a reserva, ni secreto alguno. Al contrario, el conocimiento público de las mismas contribuye a que cumplan su finalidad disuasoria. Por eso, en algunos supuestos especialmente relevantes las leyes prevén, incluso, su publicación en el *Boletín Oficial del Estado,* como es el caso de la Ley 10/2014[32],

[32] Su artículo 115.5 la prevé para las sanciones y amonestaciones por infracciones graves y muy graves.

ISBN: 978-84-7777-740-3

o el de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión[33]. En otros casos, la publicación se hace a través de la web de la entidad sancionadora, como sucede con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia[34].

Pues bien, por atribuir a esa publicidad un perjuicio o daño reputacional a veces irreversible, se han promovido diversos litigios a fin de que, como medida cautelar, se impida la publicación de la sanción.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 23/2022, confirmó la constitucionalidad de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las sanciones impuestas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Al respecto, observó que

> «la publicación en el *BOE* de la sanción impuesta por infracción muy grave tiene en este caso como finalidad primordial proteger los intereses públicos de trasparencia y buen funcionamiento de los mercados de valores, y la transparencia en la labor de supervisión encomendada a la CNMV». Se trata de «divulgar para general conocimiento de los inversores y operadores económicos, información relevante en relación con prácticas o conductas que distorsionan el buen funcionamiento del mercado, como el abuso de mercado y uso de información privilegiada».

El Tribunal Constitucional tampoco apreció que la publicidad en cuestión vulnere las garantías previstas en los artículos 24.2 y 25 de la Constitución ni el derecho fundamental a la protección de datos personales, en particular en su vertiente temporal, pues el ejercicio del llamado «derecho al olvido» impedirá que perduren los efectos perjudiciales.

Dice al respecto esta sentencia n.º 23/2022:

> «Partiendo siempre de la premisa de que los documentos publicados en el *BOE,* tanto en su edición electrónica como en papel, tienen la condición de inalterables y, por tanto, no se pueden modificar ni eliminar los

---

33 Su artículo 335 dispone la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de las sanciones por infracciones graves y muy graves. La regla es que todas las sanciones, una vez firmes, se publiquen en la web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 334). También faculta la publicación de los acuerdos de iniciación de procedimientos sancionadores (artículo 336).

34 El artículo 69 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, dispone que sean públicas las sanciones impuestas en su aplicación, con expresión de su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida en la forma y condiciones previstas reglamentariamente. El artículo 23 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, dispone la publicación en la web de la Comisión Nacional de la Competencia de sus acuerdos, con la omisión de los datos confidenciales que proceda y con los de carácter personal salvo el nombre de los infractores,

> datos personales que contengan, y de que el *BOE* tiene la consideración de fuente accesible al público, debe recordarse que la normativa vigente permite al recurrente ejercer el derecho a que los motores de búsqueda en internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran, tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, los enlaces publicados que contuvieran información relativa a su persona una vez que ya no sean necesarios o pertinentes, teniendo en cuenta la finalidad para la cual fueron tratados los datos personales, el tiempo transcurrido desde la publicación y la naturaleza e interés público de la información. También habrá de tenerse en cuenta, a efectos del ejercicio del derecho al olvido, si una vez digitalizada la resolución sancionadora de la CNMV y vinculada a la base de datos del *BOE,* pudo ser enlazada a motores de búsqueda generales de internet, en el caso de que la Agencia Estatal del *Boletín Oficial del Estado* no haya utilizado protocolos informáticos de exclusión aptos para evitar la indexación de ese documento por parte de los buscadores generales de Internet.
>
> En consecuencia, no se aprecia en este caso que se haya vulnerado el derecho a la protección de datos personales consagrado en el artículo 18.4 CE.»

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 30/2026, de 20 de enero (casación n.º 578/2025), recapitula la jurisprudencia sobre este extremo[35] y, a la luz del artículo 68.1 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, ha dicho que la publicación, sin embargo, ha de incluir la precisión de que la sanción se encuentra recurrida.

Con esta salvedad, explica la sentencia, la publicación de la sanción no infringe tampoco los apartados c) —principio de minimización— y e) —principio de no conservación de los datos más allá del tiempo necesario— del artículo 5 del Reglamento General de Protección de Datos. Sobre lo primero ha dicho que:

> «la publicación en el *BOE* no puede considerarse una duplicación innecesaria del tratamiento de datos personales. No es redundante, sino que refuerza la eficacia de la medida disuasoria prevista por el legislador nacional y por la propia Directiva 2013/36/UE, al ampliar el alcance y la visibilidad de la información sancionadora. Esta mayor difusión contribuye a la transparencia del sistema financiero, a la rendición de cuentas de las autoridades supervisoras y, en última instancia, a la confianza del público en la integridad del mercado bancario.»

---

35 Seguida también por las sentencias n.º 1389 y 1390/2025, ambas de 31 de octubre, dictadas en los recursos de casación n.º 670 y 674/2025 y por la sentencia n.º 1363/2025, de 29 de octubre (casación n.º 1293/2025).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Y, sobre la limitación del plazo de conservación, observa que:

> «el derecho al olvido logra un equilibrio ponderado entre la publicidad institucional de la sanción —necesaria para garantizar la transparencia, la rendición de cuentas y el efecto disuasorio previsto por el legislador— y la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales una vez cumplida dicha finalidad. La desindexación no elimina el documento, pero sí limita su exposición personalizada, satisfaciendo así el principio de temporalidad del artículo 5.1.e) RGPD sin comprometer la integridad de las fuentes públicas.»

XVI. LAS CUESTIONES DE PERSONAL

Son varias las ocasiones en las que ha sido necesario que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre el alcance del derecho de acceso a la información pública en este tipo de asuntos.

Así, ha podido establecer que la retribución anual de los directivos de RTVE no es una materia cubierta por el derecho a la protección de datos de carácter personal, según la sentencia n.º 852/2020, de 22 de junio (recurso n.º 7550/2018). Tampoco lo vulnera el acceso a la identidad del personal eventual del Tribunal de Cuentas según la sentencia n.º 1768/2019, de 16 de diciembre (recurso n.º 316/2018), que estimó el recurso de CIVIO y reconoció su derecho a conocer y la correlativa obligación del Tribunal de Cuentas de facilitarle la identidad de quienes desempeñaban puestos que, sin ser de asesoramiento especial, sí eran de especial confianza: se trataba de personal eventual designado libremente por su Presidente entre 2010 y 2018 para la jefatura de su secretaría y de la de los Presidentes de Sección y de la Secretaría General, con categoría de auxiliares administrativos. En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada ha de afirmarse que las autoridades portuarias, en cuanto organismo público integrado en el sector público estatal, le resulta aplicable la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (art. 2.1.c).

Posteriormente, la sentencia n.º 1653/2023, de 11 de diciembre (recurso n.º 628/2022), reconoció el derecho de acceso a los datos referidos a la plantilla de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife. Explica que:

> «Los datos referidos a su organigrama, plantilla y los funcionarios que prestan servicios en ella están sujetos a una obligación general de transparencia en su estructura y funcionamiento que abarca no solo una publicidad activa sino también la sujeción al deber de proporcionar información solicitada en el ejercicio del derecho de acceso a la información.

> El acceso a la información referida a la retribución y a la titulación exigida para ocupar los cargos de las Administraciones públicas o de organismos y entidades del sector público debe ser, en principio, la regla general, y no solo opera respecto de los cargos de confianza y libre designación sino también respecto del personal técnico que los integran, pues el acceso dichos puestos con la titulación necesaria y el respeto al régimen retributivo previsto forma parte del control de los entes públicos y, por tanto, tiene un destacado interés público.»

Y en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada afirma que a las autoridades portuarias, en cuanto organismo público integrado en el sector público estatal, les resulta aplicable la Ley 19/2013 conforme a su artículo 2.1.c).

Otro tanto cabe decir de la pretensión de un sindicato policial de conocer el número de vacantes y de puestos ocupados en adscripción provisional o en comisión de servicios de los previstos en el Catálogo de Puestos de Trabajo de la Policía Nacional, con las correspondientes fechas de nombramiento y prórrogas: Denegada por considerar la Dirección General de la Policía que la información pedida podía comprometer la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimó el recurso del sindicato y le reconoció el derecho a acceder a la información requerida, excepto la relativa a la Comisaría de Información y a las unidades antiterroristas y con exclusión de los datos personales.

El Tribunal Supremo, en sentencia n.º 1196/2025, de 29 de septiembre (casación n.º 4149/2022), desestimó el recurso del Abogado del Estado y confirmó el criterio de la Sala de Madrid. Vio en el derecho a la información de los sindicatos una manifestación de la libertad sindical, pues el conocimiento de los datos solicitados es imprescindible para el ejercicio de su actividad. Y excluye que el acceso a ellos pueda incidir negativamente en la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. Además, destaca que «la aplicación de los límites al acceso a la información requiere una justificación expresa y detallada por quien los impone, que permita controlar la veracidad y proporcionalidad de la restricción establecida».

Por su parte, la sentencia n.º 1432/2022, de 4 de noviembre (recurso n.º 236/2021) estimó el recurso contencioso-administrativo de la asociación judicial Foro Judicial Independiente y varios magistrados contra la denegación por silencio del Consejo General del Poder Judicial del acceso al acuerdo de su pleno de 16 de enero de 2020 por el que acordó paralizar temporalmente el nombramiento de cargos judiciales y reconoció su derecho a que se publicara. Hay que decir que el Consejo publicó una nota de prensa sobre su decisión, pero no el acuerdo según el cual suspendía los

ISBN: 978-84-7777-740-3

nombramientos en la confianza de una pronta renovación del mismo, una vez constituidas las cámaras de las Cortes Generales después de las elecciones del 20 de noviembre de 2019. Como es sabido, posteriormente se reanudaron los nombramientos, pero la sentencia no considera que esto hiciera perder su objeto al recurso. También recuerda que la Ley 19/2013 constituye la normativa básica transversal en la materia y que complementa el resto de las regulaciones de las que es además supletoria.

XVII. EL ACCESO DE LOS PARLAMENTARIOS A LA INFORMACIÓN EN PODER DEL GOBIERNO Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS[36]

Por lo que hace al acceso de los parlamentarios a la documentación e información en poder del Gobierno y la Administración, se debe señalar que la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo inicialmente reconoció la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar recursos de parlamentarios de las Cortes Valencianas que, conforme al reglamento de las mismas, solicitaron, sin que se les entregase, determinada documentación administrativa. En diversas sentencias, la Sala confirmó el parecer de la del Tribunal Superior de Justicia —que conoció de los litigios y estimó los recursos— por entender que estaba en juego el *ius in officium* de los parlamentarios, integrado en el artículo 23.2 de la Constitución, y porque su lesión se reprochaba a un acto del Gobierno Autonómico. Esa misma posición se ha mantenido por la Sección Cuarta, ahora respecto de similar cuestión suscitada por miembros del Congreso de los Diputados respecto de la alegada denegación de información y documentación.

Además, de que estamos ante pretensiones materialmente semejantes a las previstas por la Ley 19/2013**,** sucede que en las sentencias correspondientes se puso de manifiesto que, de acoger la tesis defendida por la Abogacía del Estado y, antes, por los Letrados de la Generalidad Valenciana, contraria a reconocer del derecho de los parlamentarios a esa documentación se les estaría dando un trato peor que el que a cualquier ciudadano ofrece la Ley 19/2013. Las sentencias que se pronunciaron en el sentido indicado son las n.º 185/2022, de 15 de febrero (recurso n.º 143/2021); n.º 195/2022, de 17 de febrero (recurso n.º 125/2021); n.º 185/2022, de 15 de febrero (recurso n.º 143/2021); n.º 164/2022, de 10 de febrero (recurso n.º 127/2021); n.º 151/2022, de 8 de febrero (recurso n.º 142/2021).

Las sentencias n.º 525 y 526/2025, de 8 de mayo (recursos n.º 634/2024 y n.º 635/2024), han continuado esta línea jurisprudencial en la

[36] Sobre el particular, véase Pablo Lucas Murillo de la Cueva, «La garantía jurisdiccional del derecho de los parlamentarios a la documentación administrativa», en *La última jurisprudencia relativa al Parlamento***.** Parlamento Vasco. Vitoria, 2016, págs. 155-196.

que puede inscribirse la ya examinada sentencia n.º 243/2026 y las dictadas en los recursos resueltos el 14 de abril de 2026[37].

XVIII. EL ACCESO AL CÓDIGO FUENTE DE LA APLICACIÓN TELEMÁTICA BOSCO[38]

Otra sentencia muy relevante de la Sala Tercera, de nuevo de su Sección Tercera, sobre el derecho de acceso a la información es la n.º 1119/2025, de 11 de septiembre (casación n.º 7878/2024). Ha estimado las pretensiones de la Fundación Ciudadana CIVIO y le ha reconocido el derecho de acceder al código fuente de la aplicación telemática BOSCO**,** desarrollada por el Ministerio para la Transición Ecológica para la gestión automatizada por las comercializadoras de solicitudes del bono social eléctrico.

La solicitud de acceso fue inicialmente denegada por el Ministerio y contra esa decisión CIVIO recurrió ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el cual acogió en parte el recurso y reconoció su derecho a conocer las especificaciones técnicas de la aplicación, el resultado de las pruebas que se practicaron para comprobar su funcionamiento y cualquier otra información sobre el mismo pero no para acceder al código fuente. Recurrida jurisdiccionalmente esta resolución, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencia desestimatoria y la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional confirmó dicha desestimación. En cambio, la Sección Tercera del Tribunal Supremo ha estimado el recurso de casación de CIVIO, anulado las sentencias de apelación y de instancia y la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y reconocido su derecho a acceder al mencionado código fuente.

Según explica en sus fundamentos**,** los límites consistentes en la propiedad intelectual [artículo 14.1 j)], la protección de los datos personales (artículo 15) y la seguridad pública [artículo 14.1 d)] no deben impedir el acceso

---

37 Son las sentencias n.º 452, 455, 459, 481/2026, de 15 de abril (recursos n.º 303/2025, 296/2025, 18272025 y 184/2025, respectivamente), que reconocieron el derecho de diversos parlamentarios a acceder a la información correspondiente a los beneficiarios finales de los fondos *Next Generation* por encima de 10.000€, al parque de viviendas de la Administración General del Estado, a las modificaciones del presupuesto del Ministerio de Defensa y al incremento del gasto del Ministerio de Defensa. En ninguno de estos casos se consideró justificada la negativa a facilitar la información solicitada.

38 Javier Moreno García, «La transparencia de los algoritmos en la STS 1119/2025, de 11 de septiembre: el caso Bosco, un paso decisivo contra la opacidad algorítmica». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 133/2025, págs. 317-351. Además, Leopoldo Abad Alcalá, «Transparencia algorítmica: enfoques y desafíos para el Estado democrático», en *Revista Española de la Transparencia*, n.º 2372026. Extraordinario sobre «La transparencia desde el Derecho Constitucional», págs. 91 y sigs.

ISBN: 978-84-7777-740-3

a ese código fuente. Insiste en que de lo contrario no se podrán conocer las razones de las decisiones de tener o no a los solicitantes por consumidores vulnerables en sus distintas categorías y concederles o no el bono social, cuya relevancia social destaca.

Además, explica que ni la propiedad intelectual de la Administración del Estado se ve menoscabada por este acceso de forma indebida o desproporcionada, ni sufre en tal medida la seguridad pública. Desde luego, resalta, no hay objeción desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal porque no los incluye el código fuente. E insiste en que la concurrencia de alguna o algunas de las causas enunciadas en el artículo 14.1 no justifica la denegación del acceso, sino que será preciso explicar por qué hace imprescindible impedirlo en todo o en parte.

Subraya, igualmente, el carácter restrictivo con el que se deben aplicar esos límites habida cuenta de que se trata de un derecho constitucional que forma parte del derecho a la buena administración reconocido por el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y contribuye a realizar el principio de transparencia propio del Estado de Derecho, especialmente importante en el contexto digital en el que nos encontramos.

XIX. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras este recorrido desde los principios que lo fundamentan hasta la realidad de la aplicación del régimen jurídico que ha dado contenido al derecho a acceder a la información pública, surge la conclusión de que, efectivamente, se ha consolidado este medio de hacer efectiva la publicidad de la actuación de los poderes públicos.

También puede decirse que a ese logro, como en el de la garantía de todos los derechos, ha contribuido, está contribuyendo y contribuirá, la labor de los tribunales de justicia, bien para apoyar al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en sus decisiones acertadas, bien para ir más allá en las ocasiones en que se quede corto o no llegue.

Asimismo, es evidente que el ejercicio del derecho de acceder a la información pública está cumpliendo el objetivo apuntado por el Convenio de Tromsø. En efecto, ofrece a los ciudadanos el conocimiento de extremos útiles para participar activamente en la vida política, ya sea para promover iniciativas, ya sea para controlar la acción de los poderes públicos y, de ser el caso, para oponerse a ella mediante el ejercicio de los derechos fundamentales que lo permiten.

No son únicamente aspectos positivos los que resultan de este viaje. Son perceptibles otros negativos. El principal es la resistencia de esos po-

deres a facilitar la información o, si se prefiere, su tendencia a mantener reservada la mayor parte que puedan. A pesar de la publicidad que permea —o debe hacerlo— todas las estructuras del Estado social y democrático de Derecho, a pesar de todos los llamamientos a la transparencia, los gobernantes sin distinción de color aprovechan todos los medios a su alcance para limitarla si no pueden impedirla. Ya sea por la preservación de la eficacia de su actuación o por la protección de intereses generales o de derechos de terceros, sin descartar la mera inercia burocrática, tienden a denegar o restringir el acceso a la información de la que disponen.

Desde luego, habrá muchas ocasiones en que estará justificada la negativa total o parcial a facilitarla, pero en muchas otras no, tal como muestra la jurisprudencia examinada antes.

Esta actitud responde a la inclinación del poder a escapar de los límites con los que el ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución, le constriñe. Tiende, en efecto a huir de su condición de instrumento al servicio de los ciudadanos y, por tanto, limitado, y a convertir a quien lo ejerce, en sujeto en sí mismo, en dueño y no en servidor. Mantener a cada uno en su sitio es la función que corresponde a ciudadanos e instituciones, desde sus respectivas posiciones y responsabilidades y, en especial, al Tribunal Supremo. El examen anterior muestra de qué manera se está desenvolviendo esta pugna, esta faceta de la constante lucha por el Derecho que se produce en una sociedad civilizada, en la que Rudolf Ihering vio la esencia del fenómeno jurídico[39].

39 Rudolf von Ihering, *La lucha por el Derecho*. Traducción de Adolfo Posada. Prólogo de Leopoldo Alas (Clarín). Editorial Doncel, Madrid, 1976, pág. 46 dice: «La lucha no es pues un elemento extraño al Derecho: antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea».

ISBN: 978-84-7777-740-3

La regulación normativa de las emergencias sanitarias como desafío para el Derecho público: un cometido compartido entre el Derecho administrativo sanitario y el Derecho constitucional de excepción

Beñat Maiz Lourido

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-7202-4269

Sumario. I. A modo de introducción: la vocación del Derecho administrativo y el profesor E. Cobreros Mendazona.—II. Emergencias sanitarias, estado de alarma y sociedad del riesgo global en el siglo XXI.—III. La intervención de los poderes públicos para hacer frente a emergencias sanitarias desde una perspectiva histórica.—IV. La primera cuestión constitucional de fondo: el Derecho administrativo para las situaciones excepcionales y su posible solapamiento con el estado de alarma.—V. La restricción de derechos fundamentales al amparo de la legislación sectorial. El caso del art. 3 LOMESP como segunda cuestión constitucional de fondo: 1. La legislación estatal y autonómica en materia de sanidad y sus modificaciones ante la presumida insuficiencia del art. 3 LOMESP. 2. La tensión entre las reservas de ley orgánica y ley ordinaria: las potestades de las comunidades autónomas en materia de restricción de derechos fundamentales. 3. El principio de claridad como dimensión cualitativa de la ley restrictiva de derechos fundamentales. 4. Especial referencia al dictamen emitido por el Consejo de Estado: observaciones a la LOMESP.—VI. A modo de conclusión: un balance crítico sobre el estado de alarma desde la suficiencia de la legislación sectorial.—VII. Bibliografía.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA VOCACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL PROFESOR E. COBREROS MENDAZONA

Escribía Alejandro Nieto en 1975, en los primeros años de la *Revista de Administración Pública*, sobre «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo» (Nieto García, 1975). Aquel estudio, de título sugerente, pivotaba esencialmente en torno a dos nociones: la vocación y el tiempo. El autor se interrogaba sobre el sentido del Derecho Administrativo, sobre su evolución y transformación continua y sobre la función que desempeña en cada etapa histórica. Comprendía el Derecho no como una realidad estática,

ISBN: 978-84-7777-740-3

sino como un ordenamiento jurídico vivo, que verdaderamente fuera expresión y voluntad de la sociedad que jurídicamente ordenaba y a la que servía. No obstante, la sociedad de aquel tiempo al que se refería distaba mucho de asentarse sobre los pilares propios de un Estado de Derecho. En el ocaso de un régimen totalitario, carecía aún de un sistema democrático, de una constitución normativa, de una efectiva separación de poderes y de un sistema de derechos fundamentales vinculantes para los poderes públicos, con mecanismos efectivos que los garantizara. De ahí que la Constitución española de 1978 reconociera en su preámbulo, de manera singular en Europa, la clara voluntad de construir «una sociedad democrática avanzada» (Lucas Verdú, 1981).

Desde entonces, muchos han sido los grandes debates que han girado en torno al Derecho público y que participan de una misma inquietud. Reflexiones que hoy, como entonces, continúan siendo tan necesarias en todos los mandatos que derivan de la tríada Estado social y democrático de Derecho. En cumplimiento de ese cometido confluyen el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, desde la limitación del poder público al establecimiento de controles sobre su actuación. En el fondo, todas estas cuestiones convergen en una idea común: el Derecho no puede entenderse únicamente como una técnica de organización del poder, sino como una tarea orientada a la ciudadanía, inicialmente desde la actuación y bajo la responsabilidad de su Administración. Una vocación de servicio público que no dista de quienes dedican su trayectoria profesional al estudio y a la enseñanza del Derecho. En homenaje a quien así lo hizo nos convoca esta obra colectiva.

La elaboración de mi tesis doctoral sobre el estado de alarma y las medidas sanitarias de alcance general adoptadas en el contexto de la pandemia de la covid-19 me condujo, casi de manera inevitable, al estudio que años atrás había sido la tesis doctoral del profesor Edorta Cobreros Mendazona. Leída en 1987, realizada bajo la dirección del profesor Jesús Leguina Villa y publicada por el IVAP en 1988, aquella obra abordaba, desde una perspectiva comparada, la relación jurídico-administrativa en el ámbito de los tratamientos sanitarios obligatorios, comprendida como una de las manifestaciones más intensas y excepcionales del poder que conserva la Administración Pública (Cobreros Mendazona, 1998). Para mí, de obligada lectura y cita. El estudio articulaba, con una profundidad poco frecuente, un diálogo entre dos realidades jurídicas. De un lado, la tradición italiana, asentada ya sobre el sólido armazón constitucional de 1948. De otro, el entonces incipiente Derecho sanitario español, en construcción tras la promulgación de la Constitución de 1978 y de la legislación sanitaria aprobada en 1986, a iniciativa del ministerio de Ernest Lluch, cuya vigencia celebra su cuadragésimo aniversario.

Aquella fue una generación de juristas llamada a levantar, en buena medida, casi desde sus cimientos, las oportunidades de apertura que fe-

lizmente descubría el Derecho público. Un punto de inflexión con aportaciones doctrinales de una generación que son más que una referencia bibliográfica. Las mismas siguen siendo una guía fundamental, en especial, para quienes años después tratamos de iniciar una trayectoria académica en un campo cultivado por quienes nos precedieron.

La invitación para participar en esta obra colectiva fue recibida con especial agrado por quien inició sus estudios en el ámbito del Derecho Administrativo bajo su magisterio. A título personal debe reconocerse que sus lecciones no se limitaron a la rigidez de los temarios que nos acompañan, tan necesarios aunque posiblemente limitantes para asentar y estructurar ideas, plantear interrogantes, hilar disciplinas y despertar, en lo ideal, las inquietudes del alumnado. Nada más lejos de la realidad, las mismas me ayudaron, junto a la dedicación y el compromiso de otras y otros docentes de la Facultad, a determinar y hasta descubrir mi vocación académica por el Derecho Constitucional. Entonces, como ahora, estas dos disciplinas respondían a interrogantes compartidos y conexos, pues en lo esencial hablan la misma lengua de los derechos, como advertiría García de Enterría, engarzadas desde su formación tras la Revolución francesa en el amplio Derecho Público europeo contemporáneo (García de Enterría, 2001).

En lo que sigue, se presenta lo que puede considerarse como uno de los desafíos del Derecho público para el siglo XXI ante el riesgo que pueden acarrear las emergencias en la sociedad del riesgo global. La misma fue objeto de incesantes debates en la doctrina en los últimos años y responde a la tesis doctoral que fue leída en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU en noviembre de 2025. El mismo pretende contribuir a un reconocimiento colectivo: la trayectoria académica e intelectual de un profesor cuya obra se sitúa entre los clásicos del Derecho Administrativo.

II. EMERGENCIAS SANITARIAS, ESTADO DE ALARMA Y SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL EN EL SIGLO XXI: ALGUNAS CUESTIONES CONSTITUCIONALES

No solía ser habitual en las sociedades contemporáneas prestar atención a la posible aparición de circunstancias excepcionales, a pesar de tratarse de un hecho periódico (Ferguson, 2021). Una idea que se refleja especialmente en la doctrina jurídica y en los estudios dedicados a la regulación normativa de las situaciones de necesidad, de urgencia y de marcado carácter excepcional (Cruz Villalón, 1980 y Álvarez García, 1996). Podría pensarse que se parte de contextos hipotéticos, abstractos o ficticios. Sin embargo, la realidad y la historia muestran las sucesivas situaciones de emergencia y de excepcionalidad que han supuesto un verdadero punto de inflexión en la vida de los Estados, de sus sistemas políticos y, en consecuencia, de sus

ISBN: 978-84-7777-740-3

ordenamientos jurídicos. Basta recordar, a este respecto, tanto las catástrofes naturales como aquellas de origen humano, entre las que se incluyen las alteraciones del orden público, los golpes de Estado o los conflictos armados. Todas estas circunstancias pueden suponer, en distinta intensidad, una amenaza para la seguridad y hasta la vida de la población, lo que en muchos casos justifica y precisa la intervención de los poderes públicos. Así ocurría, entre otras, con las emergencias de salud pública. Las enfermedades transmisibles han acompañado a la humanidad desde antiguo, pudiéndose citar a modo de ejemplo desde la peste negra en la Edad Media hasta la pandemia del covid-19 en el año 2020, teniendo como precedente más cercano la denominada *gripe española* de 1918. Lo cierto es que todas ellas nos muestran que las crisis sanitarias siguen siendo una eventualidad probable manifestada de forma cíclica cada cierto tiempo, lo que puede suponer un riesgo, en particular, para la salud y, por extensión, la vida de la población. Con ello, cabe señalar que tampoco solía ser excesiva la atención que prestaba la doctrina jurídica a las coyunturas causadas por crisis sanitarias (Martín Aceña, 2021 y Cierco Seira, 2006). Si bien estas no suelen requerir la adopción de restricciones de derechos fundamentales con alcance general para hacerles frente, las enfermedades de carácter transmisible pueden presentar algunas particularidades específicas frente a otras catástrofes de origen natural como uno de sus elementos distintivos. Así destacan, entre otras, la posiblemente elevada tasa de transmisibilidad, su difícil detección, la imprevisibilidad o el desconocimiento científico que suelen encerrar. Partiendo de esta base, tampoco puede obviarse que las dimensiones de su gravedad dependen de factores como el número de contagios detectados y las víctimas mortales que puedan provocar. En consecuencia, cada emergencia puede requerir diferentes niveles de intervención pública, desde políticas asistenciales o promociones de campañas de vacunación, hasta un tipo de injerencia más restrictiva que requiera incluso la prohibición de realizar determinadas actividades que comporten relaciones interpersonales para impedir, contener, ralentizar o dificultar su transmisión, como el internamiento forzoso en hospitales o incluso con el establecimiento de confinamientos domiciliarios.

En relación con estas cuestiones, desde una perspectiva jurídica cabe plantearse qué potestades corresponden a la Administración Pública en el ámbito sanitario y si la protección de la salud pública, en cuanto principio rector de la política social y económica reconocido en el art. 43 CE, puede considerarse un fin constitucionalmente legítimo que justifique, entre otras formas de intervención administrativa, la adopción de medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales, como la libertad de circulación. Bien de alcance individual, cuando se dirigen a una persona o grupo de personas individualmente identificables, bien de alcance general, cuando las mismas afectan a un grupo individualmente no identificable o a la generalidad de la población. Circunstancia esta última que, conviene no obviar,

puede tensionar la relación entre la libertad individual y el interés colectivo en favor de la tutela de la salud pública. Precisamente sobre este extremo, un sector doctrinal ha venido advirtiendo que la Administración Pública queda habilitada con una serie de potestades que difícilmente pueden contemplarse en otros sectores del ordenamiento jurídico (Cierco Seira, 2005, p. 213).

En cierta medida, es en el marco de las enfermedades transmisibles cuando adquiere una relevancia particular la globalización, pudiendo contribuir a la propagación de enfermedades transmisibles. En respuesta a estas inquietudes surgió la OMS en el año 1946, como organismo dependiente de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU), con el firme propósito de lograr, tal y como reconoce su propia Constitución, el goce máximo de la salud, comprendida como derecho y condición para la consecución de la paz y seguridad internacional. Al igual que en la década de los cuarenta, las sociedades siguen enfrentándose a una serie de riesgos que pueden suponer una amenaza para la salud pública (Serra Cristóbal, 2023, pp. 231-232). Una característica esta última que engarza con la idea de aquella sociedad descrita por el sociólogo Beck, que vino en denominar «la sociedad del riesgo global» (Beck, 2002). Una sociedad en la que los riesgos ocupan un lugar central y quedan expuestos a un escenario internacional, lo que puede suponer una dificultad añadida para los Estados cuando deben hacer frente a una serie de coyunturas que difícilmente pueden solucionar eficazmente si actúan de manera aislada (Balaguer Callejón, 2020).

Todo ello podría traducirse en una convivencia forzada con aquellos riesgos que encierran una necesidad latente de evaluarlos, planificarlos y revisar la actuación de los poderes públicos al sobrevenir la misma. Actividades todas ellas que requieren la atenta mirada del Derecho, y, en general, de las sociedades democráticas y de los sistemas constitucionales contemporáneos. En concreto, en el ordenamiento jurídico español, estas cuestiones suscitan algunas interrogantes entre aquellas potestades que de forma ordinaria ostenta la Administración Pública, conferidas desde la legislación sectorial, y el estado de alarma como estado excepcional del art. 116 CE. Una categoría jurídico-constitucional que puede ser declarado, entre sus presupuestos fácticos establecidos en el art. 4 LOAES, para hacer frente a crisis sanitarias. Sin embargo, al tratarse del único de los tres estados excepcionales en el que no cabe la suspensión de derechos fundamentales, se genera un nuevo conflicto con la dogmática de los derechos fundamentales. En especial, en relación con las nociones de restricción y suspensión de derechos, con el principio de proporcionalidad, así como con la garantía del contenido esencial de los derechos, considerados estos dos últimos como las dos mayores aportaciones a la dogmática de los derechos fundamentales del constitucionalismo europeo de posguerra (Grimm, 2007, p. 151).

ISBN: 978-84-7777-740-3

III. LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA HACER FRENTE A EMERGENCIAS SANITARIAS DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Hasta la consolidación del Estado de Derecho y los principios que asentó la Revolución francesa, en especial con el sometimiento de la actuación de los poderes púbicos al imperio de la ley, los sistemas absolutistas carecieron de límites y de mecanismos de control (García de Enterría, 1962, p. 161). La concentración o el abuso de poder constituía en esencia una característica intrínseca del propio sistema absolutista. En consecuencia, la intervención del poder para hacer frente a catástrofes de origen natural, así como las emergencias de carácter belicista, carecía de límites jurídicos para establecer cualquier medida. De aquella lógica adquirían sentido las clásicas máximas atribuidas a Cicerón, de difícil aplicabilidad en los ordenamientos jurídicos contemporáneos: *inter armas silent leges, necessitas non habet legem* o *salus populi suprema lex est* (Castells Arteche, 2010). Precisamente esta última reconoce la posición que podría ocupar la salud pública y, en general, el bienestar de la población en contextos de riesgos sanitarios, cuyos efectos podían justificar incluso la inaplicación de las leyes en tiempos de guerra.

En el ámbito de la salud colectiva, la inquietud de los poderes públicos por su protección se remonta a la necesidad de contener la propagación de las mismas, especialmente de aquellas enfermedades de carácter transmisible que podían acarrear un riesgo para la vida de la ciudadanía, al no poder hacerles frente de manera aislada con sus limitados recursos. Los poderes públicos comenzaron a destinar, desde la beneficencia, medios materiales y personales, así como a establecer restricciones. Por todas, destacaron las zonas portuarias, erigidas en potenciales focos de especial transmisibilidad. Así se crearon en los municipios costeros los lazaretos, para aislar durante cuarenta días a aquellas personas sospechosas de portar alguna enfermedad cuando arribaban a puerto (Cierco Seira, 2005, p. 211).

Hay autores que señalan el año 1720 como fecha clave en la que dio comienzo, a causa de la propagación de una peste bubónica, la construcción de la administración sanitaria ilustrada en España, precedente directo de la administración decimonónica. Fue en ese año cuando se creó la Junta Superior de Sanidad como órgano especializado en la materia (Bertrán Moya, 2006). Con anterioridad, la lucha contra las enfermedades transmisibles se circunscribió a la adopción de políticas de aislamiento en hospitales, lazaretos, con el establecimiento de cordones sanitarios en aquellas localidades que presentaban un índice elevado de contagios. Sin embargo, a principios del siglo XVIII, el aumento de enfermedades transmisibles solía tener como punto de entrada el tráfico marítimo. En particular, los barcos que arribaron a los puertos más transitados de la época, como los de Cádiz, Málaga, Granada o Barcelona, se erigieron en los puntos de transmisión más significativos de enfermedades contagiosas que conllevaron niveles de mortandad desconocidos para la época.

Entre todas las crisis sanitarias, fue la desencadenada por la fiebre amarilla en el año 1800 la que causó un mayor impacto en la legislación sanitaria al ser detectada en el puerto de Cádiz. Para contener su transmisión, las autoridades procedieron al cierre de la ciudad, lo que no impidió que la fiebre se propagara hasta Sevilla. Entre otras medidas, las universidades de Salamanca y Alcalá de Henares cesaron temporalmente la actividad educativa, mientras que Francia procedió al cierre de la frontera. Se trató de una crisis que volvió a emerger en 1810, afectando a las sesiones de las primitivas cortes constituyentes reunidas en Cádiz. Fue en aquel contexto cuando se legisló por primera vez en materia sanitaria, con la aprobación de una instrucción que atribuía a las autoridades potestades para acordar «todas las medidas convenientes para atajar el mal y para procurar los oportunos auxilios».

Sin embargo, fue a partir del Trienio Liberal cuando comenzaron los debates más significativos sobre la legislación sanitaria, que conllevaron, entre otros, nuevas técnicas de prevención y sanción, vinculadas a la Ley de Orden Público de 1821 (Cardona Saldariaga, 2005; Lorente Sariñena y Luque Reina, 2021, p. 39). Adicionalmente, el proyecto de Código Sanitario de 1822 marcó un punto de inflexión. Entre las medidas que reconocía, destacaba el art. 245, con la previsión de restricciones tales como la suspensión de actividades culturales, la prohibición de visitas a otros domicilios y el establecimiento de cordones sanitarios a las poblaciones que presentaban mayor incidencia. El proyecto no fue finalmente aprobado, en gran medida a causa de las tensiones ideológicas suscitadas entre absolutistas, por un lado, en favor del proyecto, y la resistencia mostrada por las fuerzas políticas liberales por el otro, reticentes ante un proyecto legislativo restrictivo. No obstante, el proyecto pudo dejar una impronta en la legislación sanitaria posterior (Muñoz Machado, 2022b, pp. 54-55). Así pudo proyectarse en las leyes aprobadas durante el periodo isabelino, caracterizado por la aparición del cólera asiático que tuvo una especial incidencia en las provincias mediterráneas (Almarcha Ochoa, 2021).

A pesar de la alta mortandad que conllevó, las primeras reformas legislativas no se acometieron hasta años más tarde, entre las que destacó la Ley de Sanidad de 1855 (Velasco Ratón, 2000). Fue en ese contexto cuando se comenzó a prescindir de algunas instituciones clásicas como la Junta Suprema de Sanidad, con el objeto de centralizar la Administración sanitaria y desplazar con ello las responsabilidades que habían tenido las autoridades provinciales y locales hasta la fecha. Asimismo, se regularon nuevas técnicas preventivas y se optó por el mantenimiento de las potestades de policía. Al propio tiempo, la ley otorgaba al Gobierno estatal amplias facultades, especialmente mediante cláusulas generales, para adoptar las medidas que hiciesen falta para hacerles frente. Se trató de una legislación que se mantuvo en vigor hasta la aprobación de la Instrucción General de Sanidad de 1904.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Fue precisamente en ese contexto legislativo en el que se desarrolló la denominada «gripe española» en el periodo 1918-1920 (Porras Gallo, 2020). Entre las restricciones más significativas que fueron adoptadas, destacaron el cierre de escuelas y teatros, el establecimiento de cuarentenas, el aislamiento de enfermos, la suspensión de fiestas populares, el control sobre las fronteras, las restricciones a la libre circulación de personas, y en especial, la suspensión de comunicaciones por vías ferroviarias, considerado en la época el principal transporte por el que se portaba la enfermedad. A pesar de aquellas medidas, ante la dificultad de contener su propagación, las Juntas Provinciales de Sanidad solían señalar los municipios con mayor tasa de infectados, aplicándoles medidas especiales o discriminadas como la restricción a la libertad de circulación entre municipios. Las medidas no fueron suficientes para garantizar el abastecimiento de medicamentos y evitar, en ocasiones, el colapso de los servicios hospitalarios (Almudéver Campo y Camaño Puig, 2020).

Ciertamente, pudo tratarse de una coyuntura que inspiró la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, precedente legislativo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas-Especiales en Materia de Salud Pública (en adelante, LOMESP) y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en lo sucesivo, LGS). En concreto, la base número 4, titulada «Lucha contra las enfermedades infecciosas», establecía un catálogo de medidas que podían adoptar la Dirección General de Sanidad y los jefes de Sanidad establecidos en cada provincia. Era este último quien asumía la competencia para adoptar medidas como el aislamiento de los enfermos infecciosos. A su vez, la base número 19 también otorgaba responsabilidades a los gobernadores civiles. Entre otras particularidades, destacaba la posibilidad de declarar un «estado pandémico» con ámbito de aplicación en todo el territorio estatal. Sin embargo, se trató de una potestad reservada al Consejo Nacional de Sanidad, aunque su declaración no fuera un requisito formal condicionante para la adopción de restricciones.

Desde la aprobación de la Constitución de 1978 hasta la pandemia del año 2020, hubo varias crisis sanitarias en España a las que se les hizo frente con la legislación sectorial. Destacaron, entre otras, la pandemia de gripe A (H1N1) iniciada en el año 2009, el brote de síndrome urémico hemolítico de 2011 y la crisis causada por el ébola en el año 2014, en el que se creó un Comité Especial para la Gestión del Ébola, en coordinación con el Ministerio de Sanidad y las comunidades autónomas (Ridao, 2021, pp. 31-40). Se trató, en definitiva, de crisis sanitarias que no precisaron de la adopción de medidas de alcance general restrictivas de derechos fundamentales ni de la declaración del estado de alarma, a diferencia de la pandemia de la covid-19.

Como puede apreciarse, la legislación sectorial ha venido atribuyendo históricamente a las autoridades sanitarias un papel destacado en la ges-

tión de las crisis de esta naturaleza. Una materia tradicionalmente descentralizada, con una tendencia centralizadora desde la construcción del Estado liberal decimonónico en el que, sin embargo, la legislación sanitaria no logró centralizarse completamente, otorgando potestades a las autoridades provinciales y locales. Podría afirmarse sobre esta base que las respuestas a las epidemias estuvieron tradicionalmente incardinadas, al menos en España, en la legislación sectorial (Muñoz Machado, 2022a, p. 505).

IV. LA PRIMERA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL DE FONDO: EL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES Y SU POSIBLE SOLAPAMIENTO CON EL ESTADO DE ALARMA

Desde sus inicios, el reconocimiento legislativo de las potestades de policía atribuidas a la Administración Pública para hacer frente a emergencias dio lugar a un Derecho Administrativo para las situaciones de excepcionalidad. Se configuró así una rama jurídica destinada a regular la actuación de las autoridades administrativas ante escenarios de especial peligro para personas y bienes, con independencia de la declaración formal de estados excepcionales. Una disciplina que cuenta con principios propios que la inspiran y que comprende también una estructura organizativa, con mecanismos de planificación, técnicas de intervención, así como con el reconocimiento de derechos y deberes, acompañados de un régimen sancionador (Nogueira López, 2022). A pesar de que la tipología de emergencias abarque la necesidad de diversas actuaciones, estas potestades adquieren una relevancia particular en materia sanitaria.

Sobre este extremo, es relevante señalar que ya los primeros tratados de Derecho Administrativo se ocuparon, en sede doctrinal, del estudio de las potestades de la Administración Pública y la regulación sobre su intervención en los contextos de emergencias sanitarias (Abella, 1886; Colmeiro y Penido, 1876). En la actualidad, el art. 3 LOMESP puede reflejar una de sus máximas expresiones a modo de cláusula general cuando establece como sigue:

> «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.»

La dicción literal de este precepto plantea algunas dificultades jurídicas. En especial, sobre los límites de esta cláusula general con los derechos fundamentales y su régimen de garantías. En primer lugar, habilita a las autoridades competentes para la adopción de medidas restrictivas, también de dere-

ISBN: 978-84-7777-740-3

chos fundamentales, y aplicarlas de forma coactiva cuando pueda suponer un riesgo para la salud colectiva como bien jurídico constitucionalmente protegido. Así, a pesar de que el derecho sanitario se caracterice por seguir el principio de voluntariedad, dicho principio puede exceptuarse en aquellos casos en los que se comprometa la salud de terceros, por lo que los poderes públicos podrían quedar facultados para la adopción de medidas contra la voluntad de la persona afectada. Por ejemplo, en el caso de enfermedades transmisibles, hasta tal punto de poder aislarlo de terceros, afectando a su derecho a la libertad deambulatoria (Cobreros Mendazona, 1996, pp. 348-353).

Conviene comenzar, en ese sentido, delimitando el concepto de salud y su evolución, especialmente en el marco del Derecho sanitario. La Real Academia de la Lengua Española define el término salud como «el estado en el que un ser orgánico ejerce con normalidad todas sus funciones, relacionado en especial con la condición física y psíquica en un momento determinado». En lo relativo al término de salud pública, es definido como «el conjunto de condiciones mínimas de salubridad de una población determinada, que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar y proteger». Además de estas dos definiciones, conviene atender a la definición que ofrece la Constitución de la OMS de 1946. Con anterioridad, el concepto de salud estaba relacionado con la ausencia de enfermedades o patologías, sin embargo, el término sufrió una evolución, considerado en la actualidad como «el estado complejo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades».

Su reconocimiento como derecho se consolidó en el constitucionalismo europeo de posguerra, cuando el Derecho Administrativo sanitario quedó configurado como aquella rama que regula la organización y el funcionamiento del sistema sanitario, así como los derechos y obligaciones de los profesionales de la salud, su responsabilidad, la relación con los pacientes y la sociedad, la atención médica o los medicamentos, entre otros. Dividido en dos grandes vertientes, por un lado, la asistencial, vinculada con la curación de la enfermedad en atención al cuidado individual del paciente y, por el otro, la colectiva, tomando en consideración la sociedad y teniendo por objetivo el máximo nivel de salud general (Cierco Seira, 2020, pp. 25-27).

En el plano constitucional, podría afirmarse que la salud pública constituye un bien protegido reconocido en el art. 43 CE, precepto que reserva a los poderes públicos, en su segundo apartado, la función de ordenar y tutelar la salud pública con medidas preventivas para garantizar las prestaciones y los servicios necesarios. Una función que puede encontrar ciertamente su expresión más enérgica en situaciones de crisis sanitarias. En especial, al engarzar este precepto con el mandato constitucional de proteger derechos fundamentales como la vida y la integridad física reconocidos asimismo en el art. 15 CE. Sin embargo, ello no significa que los poderes públicos queden habilitados, en ejercicio de esa tutela, para que puedan adoptar cual-

quiera medida, careciendo de límites bajo la justificación de salvaguardar la salud colectiva, pues ello se trataría de la sobreprotección de un derecho, con una posición que la propia Constitución parece no otorgarle como principio rector. Sin embargo, la limitación o la afectación es un elemento definitorio para el alcance de la tutela de la salud pública (Cierco Seira y Salamero Teixidó, 2022). En ese sentido, habría que esclarecer cuáles son aquellos límites que operan frente a las potestades de la Administración que sigue encontrando, en cierta medida, un debate abierto o, al menos, no concluido (Cierco Seir, 2006, p. 2).

Bajo el referido mandato constitucional, todos los poderes públicos competentes en la materia quedan sometidos en su materialización a la consecución de uno de los objetivos o expresión concreta del Estado social. Con este reconocimiento, se vincula o se redirige la política legislativa y ejecutiva de las autoridades competentes en la materia a un bien constitucionalmente protegido, en estrecha conexión además con otros derechos fundamentales. Establece así una obligación constitucional dirigida a los poderes públicos para tutelar la salud pública, lo que justifica la intervención de los poderes públicos, especialmente en situaciones de emergencia sanitaria (Cano Bueso, 2021, p. 178).

Además de su reconocimiento en el art. 43.2 CE, el art. 1 LGS vincula el derecho a la protección de la salud con la finalidad de alcance y mantenimiento del mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios y en general actuaciones desarrolladas por los poderes públicos, lo que evoca en cierto grado la definición de la salud ofrecida por la OMS. Un cometido que lo extiende a empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de prevenir, promocionar y proteger la salud. Ahora bien, se trata de un derecho que tiene una marcada transversalidad sectorial. A modo de ejemplo la protección que encuentra este derecho en otros preceptos constitucionales, como en el art. 40.2 CE, referido a la seguridad y la higiene en el ámbito laboral, así como en la actividad de la Administración en relación con el control alimentario, la prevención de riesgos, el tratamiento de las drogodependencias, el establecimiento de dispositivos, la salud animal, el medio ambiente, el control de calidad del agua y del aire. Dicha transversalidad sectorial se refleja además en una verticalidad competencial de su tutela. Se trata, en ese sentido, de un sector que ocupa la actividad de la OMS en el plano internacional, de la Unión Europea, del Estado y de las comunidades autónomas en el reparto competencial constitucional y estatutario, descendiendo hasta el ámbito local, con potestades reconocidas a los alcaldes y alcaldesas en situaciones de necesidad en virtud, entre otros, del art. 25.2, apartado j, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (Villar Crespo, 2025).

El reconocimiento histórico de este derecho se remonta a lo dispuesto en los tratados internacionales, así como a lo regulado en otras constitu-

ISBN: 978-84-7777-740-3

ciones europeas promulgadas con anterioridad a la Constitución española de 1978. En España, el precedente más cercano se encuentra en la Constitución de 1931, que reconocía de forma pionera el derecho a la protección de la salud en su art. 36. Por su parte, el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ya reconocía el derecho a la protección de la salud. Un reconocimiento que encontró continuidad en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Carta Social Europea de 1961, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que reconoció «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental». Además de los antemencionados, pueden citarse el art. 6 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981; el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Ello se tradujo en la consolidación gradual de un derecho que se materializó como derecho constitucional tras la Segunda Guerra Mundial, marcando una línea de tendencia incardinada en el Estado social. Así fue como lo hicieron, por ejemplo, la Constitución italiana de 1948 en el art. 32, la Constitución griega en el art. 21 o la Constitución de Portugal de 1976 en el art. 64.

En la misma línea la Unión Europea. En concreto, el art. 168.1 TFUE reconoce el compromiso para la mejora de la salud pública, la prevención de enfermedades infecciosas y transmisibles para hacer frente a las fuentes de peligro para la salud física y mental. Un ámbito de actuación proyectado como complemento de las políticas de los Estados miembros. Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se limita únicamente a reconocer el derecho a la salud como derecho de prestación, sino que lo reconoce como parte inherente de la integridad física de la persona.

No obstante lo anterior, el Derecho Administrativo sanitario y las potestades que de él derivan pueden encontrar un solapamiento con los poderes excepcionales a los que puede facultar la declaración formal del estado de alarma por parte del Gobierno de España. Una vinculación legislativa en el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOAES) en el que se reconocen, entre otros, las crisis sanitarias como supuesto de hecho para proceder a su declaración. Adicionalmente, los arts. 11 y 12 LOAES detallan el listado de medidas que pueden ser adoptadas a su amparo. Destacan así la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes, la imposición de prestaciones personales obligatorias, la intervención u ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, la limitación o el racionamiento del uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, la impartición de órdenes necesarias para asegurar el abasteci-

miento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados.

La cuestión constitucional de fondo reside en que todas estas medidas del art. 11 para hacer frente a cualquiera de los presupuestos fácticos del art. 4 LOAES pueden ser adoptadas al amparo de la legislación sectorial, también de la sanitaria. Paradójicamente, la propia LOAES no ignora esta cuestión, pues en el art. 12 reconoce que la Autoridad competente designada en el real decreto de declaración del estado de alarma podrá adoptar las restricciones establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas e incendios forestales. En consecuencia, no habría ningún elemento distintivo entre las potestades reconocidas a la Administración Pública en la legislación sectorial y el estado de alarma, lo que lo colocaría en una compleja posición constitucional (Fernández Rodríguez, 2023; Lasagabaster Herrarte, 2020). La pandemia de la covid-19, tratándose de una crisis sanitaria a la que se le hizo frente bien desde la declaración del estado de alarma, de forma inédita en una crisis sanitaria, bien desde la adopción de medidas al amparo de la legislación sectorial así pudo ponerlo de manifiesto. Se trata de un debate que se remonta al propio reconocimiento del estado de alarma como estado excepcional (Villar Crespo, 2022). Así fue debatido en las Cortes Constituyentes, en el que varios grupos parlamentarios propusieron sin éxito su desconstitucionalización, en especial, por carecer de efectos jurídicos propios y porque a diferencia de los estados de excepción y de sitio, no puede procederse a la suspensión de derechos fundamentales a su amparo, art. 55.1 CE *contrario sensu* (García Cuadrado, 1994).

V. LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL. EL CASO DEL ART. 3 LOMESP COMO SEGUNDA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL DE FONDO

1. La legislación estatal y autonómica en materia de sanidad y sus modificaciones ante la presumida insuficiencia del art. 3 LOMESP

El cuadro normativo estatal del Derecho sanitario lo constituyen principalmente, además de las antemencionadas LOMESP y LGS, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCCSNS) y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante, LGSP). La transversalidad que deriva de la propia naturaleza de la materia provoca además que la regulación se extienda por una multitud de sectores. En particular, se trataría de leyes de carácter básico que componen los mimbres jurídicos de la intervención administrativa en materia sanitaria, con el establecimiento de un elenco de normas y medidas, especialmente restrictivas, que abarcan desde la Ley 17/2011,

ISBN: 978-84-7777-740-3

de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición hasta la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal. Asimismo, conviene hacer mención a otras leyes que son de especial trascendencia en el ámbito de la salud como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Con anterioridad, la legislación estatal se había caracterizado por estar concentrada en una única ley que constituía el cuadro normativo de referencia. Basta recordar, entre la legislación histórica, la Ley General de Sanidad de 1855, la Instrucción General de 1904 y la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944. Precisamente era esta última ley la que seguía en vigor cuando se aprobó la LOAES en 1981, texto al que hace referencia en su art. 12 cuando alude, en su tenor literal, a la legislación sobre *la lucha contra enfermedades infecciosas,* término en el que se expresaba la Ley de 1944.

Entre otras cuestiones, el derecho sanitario histórico se caracterizó por vertebrarse desde la preocupación que despertaban las enfermedades infecciosas. La salud colectiva primaba sobre la vertiente asistencial. Sin embargo, la legislación de 1986 supuso un cambio en la regulación del sector. En cierta medida, el protagonismo de la salud pública fue sustituido por la asistencia sanitaria como nuevo eje de la intervención administrativa en el marco del Estado social. Con ello tampoco cabría afirmar que el legislativo estatal ignorara la protección de la salud en su dimensión colectiva, ya que introdujo algunas técnicas de intervención administrativa motivadas por ello, basadas en los principios de prevención, precaución, transparencia, cooperación, participación y corresponsabilidad social.

En particular, entre todas las leyes, destaca la LOMESP, ley orgánica que se compone de un breve, pero significativo articulado. En concreto, la ley abre con un supuesto de hecho condicionante para poder aplicar los poderes a los que habilita. El art. 1 hace referencia a las exigencias que puede exigir la protección de la salud en situaciones de urgencia o necesidad sanitaria. Entre las medidas expresamente reconocidas, destaca la posibilidad de proceder a la adopción de medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro ampara la salud de la población debido a una situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad, establecido en el art. 2. Además, prevé la adopción de medidas preventivas, así como el control de enfermos, sobre las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y el medio ambiente inmediato. Adicionalmente, establece una cláusula de cierre que habilitaría a las autoridades sanitarias a la adopción de medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. La ley finaliza con una habilitación para centrali-

zar el suministro de medicamentos o condicionar su prescripción. En general, esta ley orgánica habilita a las autoridades sanitarias competentes para el establecimiento de una serie de medidas restrictivas de derechos fundamentales cuando las autoridades sanitarias competentes aprecien indicios razonables que puedan suponer la existencia de un peligro para la salud colectiva. No obstante, se trata de una ley que no concreta expresamente las medidas, lo que suscitó algunas críticas objetadas por doctrina inicialmente cuando entró en vigor. Podrían destacarse, entre otras, la falta de concreción de las medidas o la no identificación de los derechos fundamentales susceptibles de restricción por razones sanitarias. Ello en conexión con la afectación al principio de seguridad jurídica, así como en relación con el margen de apreciación o flexibilidad que otorga la ley a las autoridades sanitarias. Asimismo, otros autores y autoras advirtieron sobre la falta de reconocimiento expreso de un régimen de garantías, lo que pudo motivar finalmente su reconocimiento en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

En relación con la LGS, expuesto en breve su contenido, comienza definiendo su objeto de regulación, fijado como la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud. En concreto, el art. 26 introduce un abanico de medidas sanitarias expresamente reconocidas, como la incautación o inmovilización de productos, la suspensión del ejercicio de actividades, el cierre de empresas, la intervención de medios materiales y personales, así como cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas, sujetas al principio de proporcionalidad[1]. Además, prevé la adopción de medidas sanitarias con motivo de una extraordinaria y urgente necesidad. En particular, el art. 54 reconoce, sin perjuicio de las medidas que se pueden adoptar al amparo de la LOMESP, que las autoridades sanitarias pueden proceder al estableciendo de medidas tales como la inmovilización y el decomiso de productos y sustancias, la intervención de materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades y, en calidad de cláusula de cierre, la adopción de cualquier otra medida ajustada a la legalidad en vigor.

Por último, debe traerse a colación la LCCSNS, en el que se regulan las relaciones de coordinación entre las autoridades sanitarias. En especial, establece la ordenación detallada del funcionamiento del Consejo Interterrito-

1 Conviene recordar sobre este particular los orígenes de la tramitación parlamentaria de la LOMESP y LGS. Los cuatro preceptos que componen la LOMESP estaban insertados en la propia LGS, más concretamente en el capítulo dedicado a la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva. Así se preveía en el Proyecto de la LGS remitido por el Gobierno a las Cortes. Ello no obstante, durante su tramitación parlamentaria, se decidió desdoblarlo en dos proyectos legislativos, entre otros motivos, debido a la afección que podían suponer las medidas adoptadas al amparo de la LOMESP en el ejercicio de derechos fundamentales, por lo que podría requerir su regulación mediante ley orgánica.

ISBN: 978-84-7777-740-3

rial del Sistema Nacional de Salud en España. Entre sus artículos más significativos, destaca el art. 65, modificado con ocasión de la pandemia, en el que prevé la declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud pública y seguridad alimentaria.

En definitiva, tomando como referencia este cuadro normativo, podría afirmarse que todas estas leyes reconocen potestades o habilitan a las autoridades sanitarias para proceder a la adopción de medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales por motivos o razones de salud pública. No obstante, aquellas autoridades sanitarias competentes quedan condicionadas a la concurrencia del supuesto de hecho: la extraordinaria y urgente necesidad causada por razones de emergencia sanitaria, en cuyo caso podrán adoptar aquellas medidas que sean indispensables para hacer frente a la emergencia sanitaria en cuestión, sometidas al límite temporal necesariamente estricto y con sujeción asimismo al principio de proporcionalidad. En consecuencia, las potestades extraordinarias que atribuye a las autoridades sanitarias el art. 3 LOMESP debe ser interpretado a la luz de los arts. 26 LGS y 54 LGSP, respectivamente.

Realizada la obligada referencia a la legislación estatal, aprobadas en ejercicio del título competencial constitucionalmente reconocido al Estado sobre la fijación de las bases en materia sanitaria, las comunidades autónomas también han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía los títulos competenciales sobre el desarrollo normativo y la ejecución en esta materia, así reconocido en el art. 148.1.21.ª CE. Las comunidades autónomas cuentan así con un acervo normativo más que significativo en materia sanitaria, al que también debe atenderse. Sin ánimo de exhaustividad, se analiza en lo que sigue algunos de los extremos característicos regulados por algunas comunidades autónomas en materia sanitaria.

En concreto, en el contexto de la pandemia de la covid-19, las medidas restrictivas de derechos fundamentales de alcance general para hacerle frente fueron adoptadas bien con base en sucesivas declaraciones del estado de alarma, bien con base en el art. 3 LOMESP. Mientras que la primera vía fue declarada parcialmente inconstitucional[2], los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo tuvieron una tendencia generalizada a no autorizar o ratificar las medidas adoptadas por las autoridades autonómicas, entre otros motivos esgrimidos, por la insuficiencia de la cobertura normativa que ofrecía tan breve y genérico precepto. Así, algunas comunidades autónomas, rechazando la declaración del estado de alarma y la cláusula general del art. 3 LOMESP, especialmente por motivos de seguridad jurídica, procedieron a la modificación de la legislación sanitaria para identificar de forma exhaustiva las medidas restrictivas que podían ser adoptadas a su amparo.

2 Véanse las SSTC 148/2021, de 14 de julio; y 183/2021, de 27 de octubre.

Entre aquellas modificaciones, destacó en primer lugar la Ley 18/2009, de salud pública, de Cataluña, que reconoce o habilita especialmente a la Generalitat de Cataluña una serie de potestades relativas a la vigilancia, la promoción de la salud colectiva, la prevención de enfermedades y la protección de la salud, todas ellas en desarrollo de las competencias asumidas en su Estatuto de Autonomía. Se trató de una ley que fue objeto de modificación con ocasión de la pandemia. En concreto, el art. 55 preveía que la autoridad sanitaria en Cataluña pudiera intervenir con el objeto de proteger la salud pública. En ese sentido, reconocía un abanico de medidas susceptibles de ser adoptadas como el establecimiento de sistemas de vigilancia, registros y autorizaciones, la adopción de restricciones a actividades sociales, el cierre de instalaciones y de establecimientos, servicios o industrias. Sin embargo, ante la no ratificación de las pretensiones sanitarias de la Generalitat de Cataluña en virtud del procedimiento de ratificación judicial, se puso en cuestión las potestades de la Administración autonómica para proceder a la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales de alcance general. Ello motivó a la Generalitat de Cataluña a acometer una modificación legislativa que añadió en el mencionado art. 55.1 un nuevo apartado en el que se detallaron expresamente las restricciones de derechos fundamentales que se podían adoptar, especialmente en relación con la libertad deambulatoria[3].

En segundo lugar, destacó el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia. Ante la disparidad de criterios interpretativos ocasionados especialmente por los Tribunales Superiores de Justicia, el parlamento autonómico aprobó la reforma de varios preceptos de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, la Ley 8/2021, de 25 de febrero. Entre los preceptos modificados, cabe señalar el art. 38, en el que se especificaron algunas medidas como la posibilidad de restringir la movilidad nocturna, el cierre perimetral de municipios y las restricciones a la agrupación de personas. Todo ello con la clara intención de precisar, al igual que ocurría en las modificaciones acometidas por el Govern de la Generalitat de Cataluña, las medidas que podían ser adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas. En cualquier caso, no se trataba de una lista que tuviera el ánimo de ser exhaustiva y agotadora, sino que incluyó una cláusula abierta que cerraba el texto, acompañada del reconocimiento a un sistema de garantías, como la obligación por parte de las autoridades de motivar o justificar la adopción de las medidas, sometidas a un límite temporal, al principio de proporcionalidad, así como al principio de intervención mínima. Sin embargo, esta modificación fue parcialmente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la STC 136/2024, de 5 de noviembre.

Para finalizar con esta breve panorámica debe realizarse una especial referencia a la legislación de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la

[3] Véase art. 55 Decreto-ley 27/2020, de 13 de julio.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que el Parlamento Vasco aprobó una ley *ad hoc*: la Ley 2/2021, de 24 de junio, para hacer frente a la pandemia del covid-19. Aquella contuvo unas características distintas con respecto de las demás, especialmente relativas a la restricción de derechos fundamentales. En breve, la ley tenía por objeto la regulación de una situación de emergencia sanitaria en el ámbito autonómico. Reconocía un ámbito temporal de aplicación específico, vinculando las medidas a la declaración de la situación de emergencia sanitaria o, en su caso, también a la declaración del estado de alarma con motivo de la pandemia. Por su parte, también es interesante destacar el ámbito territorial de aplicación de la ley, pues además de la Comunidad Autónoma del País Vasco, reconocía la posibilidad de adoptar medidas circunscritas a diferentes ámbitos territoriales o demarcaciones, que descendían hasta distritos o barrios rurales, municipios, zonas básicas de salud u organizaciones sanitarias integradas del ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, cuadrillas, comarcas y territorios históricos.

En ese sentido, establecía un procedimiento para declarar la situación de emergencia sanitaria, atribuyendo al lehendakari, en calidad de presidente o presidenta autonómico, la dirección única y la coordinación de las actividades de la emergencia. Además, establecía un sistema de garantías proyectado, en primer lugar, en el art. 12, sobre el sometimiento de las medidas a control político por parte del Parlamento Vasco, obligando al Gobierno Vasco a comparecer cada quince días ante la comisión parlamentaria correspondiente con el objeto de informar sobre la evolución de la emergencia. En segundo lugar, hacía referencia expresa en el art. 24 al procedimiento de autorización o ratificación judicial de las medidas, a tenor de lo que establecía la modificada LJCA. En lo relativo a la situación de emergencia sanitaria, reconocía cinco niveles de alerta que, dependiendo de la incidencia vírica, habilitaban para ciertas restricciones de derechos fundamentales. A modo de ejemplo, en el primer nivel de alerta, establecía medidas tales como la restricción de la movilidad nocturna, un régimen de aforos o la limitación de reuniones sociales. En el quinto nivel de alerta, progresivamente más restrictivo, hacía referencia a la posibilidad de intensificar la prohibición de la movilidad nocturna y la adopción de confinamientos individuales y colectivos. Ello no obstante, la STC 133/2025, de 10 de junio, declaró asimismo la inconstitucionalidad parcial de esta ley.

Una vez declarada la finalización de la pandemia, por su parte, el Parlamento Vasco aprobó la Ley 13/2023, de 30 de noviembre, de Salud Pública de Euskadi[4]. En breve, la misma sienta las bases del sistema de salud pública autonómico. Establece las competencias de las autoridades sanitarias, expone la necesidad de un Plan de Salud autonómico, además de otras estrategias o planes de salud diseñados en las instituciones forales, locales y

[4] Ley 13/2023, de 30 de noviembre, de Salud Pública de Euskadi.

comarcales. Asimismo, reconoce las competencias de las administraciones públicas vascas de forma multinivel, desde las otorgadas al Gobierno Vasco, pasando por las Diputaciones Forales hasta las competencias de los municipios y demás entidades locales, reconociendo la potestad de coordinación al departamento competente del Gobierno Vasco en materia de salud. Sobre esta base, reconoce la vigilancia, prevención y actuación en el ámbito de la protección de la salud pública, reconociendo potestades de actuación a las administraciones vascas en seguridad alimentaria, salud ambiental y las relativas a casos de emergencia sanitaria. Entre las medidas restrictivas de alcance individual y general que reconoce, destacan, por todos, la obligación de aislamiento, cuarentena y confinamientos en caso de emergencias sanitarias en virtud del art. 112 de la ley.

2. La tensión entre las reservas de ley orgánica y ley ordinaria: las potestades de las comunidades autónomas en materia de restricción de derechos fundamentales

La configuración constitucional de las reservas de ley orgánica y ordinaria en materia de derechos fundamentales trasciende del juego combinado entre el desarrollo legislativo contenido en el art. 81.1 CE y la regulación del ejercicio reconocido al art. 53.1 CE y reservado, en consecuencia, a ley ordinaria. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional interpretó, en la STC 136/2024, de 5 de noviembre y en las siguientes, las medidas contenidas en la legislación autonómica modificadas con ocasión de la pandemia del año 2020 como un *desarrollo legislativo* del núcleo constitutivo de los derechos fundamentales. Interpretó, en ese sentido, el alcance de la reserva de ley orgánica en sentido amplio. Ello puede suponer una dificultad para que las comunidades autónomas puedan legislar en el ámbito de sus competencias sobre restricciones de derechos fundamentales. Lo que podría suponer, por lo tanto, una reducción de sus potestades legislativas, para hacer frente a situaciones de emergencia o, al menos, a aquellas situaciones que precisen de la restricción de derechos fundamentales en un ámbito competencial asumido por las comunidades autónomas.

En sentido crítico, el Tribunal Constitucional podría haber adoptado otra línea interpretativa y sentar que las restricciones a los derechos fundamentales encontraban acomodo en el art. 53.1 CE. Si bien es verdad que se mantuvo fiel a la jurisprudencia establecida en esta materia, podría sostenerse que las restricciones de derechos fundamentales podrían tener su encaje en la *regulación del ejercicio* de los derechos y libertades, más que en el término *desarrollo*, reservado constitucionalmente a ley orgánica. Algunos autores así lo pusieron de manifiesto. Se trataría, en ese sentido, de respetar la distribución de competencias sometidas a los límites y garantías del art. 53.1 CE (Ridao, 2021, pp. 193-194). Por ello, podría

ISBN: 978-84-7777-740-3

interpretarse que las medidas preventivas previstas por los legisladores autonómicos no constituían un desarrollo directo del contenido de los derechos fundamentales del art. 81.1 CE, al no comportar restricciones que supusieran el desarrollo de elementos esenciales o connaturales de los mismos. En ese sentido, en atención a la legislación aprobada con ocasión de la pandemia, sostenían que las mismas tenían por finalidad flexibilizar o modular de forma temporal y justificada por las circunstancias la restricción de derechos fundamentales. Todo ello con base en las competencias asumidas estatutariamente en materia de sanidad y protección civil y guardando con ello el debido respeto a las garantías que derivan del art. 53.1 CE.

Con todo, podría afirmarse que las potestades legislativas de las comunidades autónomas puede ser clave para hacer frente a situaciones de emergencia de forma descentralizada. Se trataría de unas potestades que podrían encontrar acomodo en el art. 53.1 CE, siempre en el marco del bloque de constitucionalidad en el que queda proyectada la distribución de competencias.

A pesar de tratarse de una jurisprudencia relativamente consolidada, algunas sentencias del Tribunal Constitucional reconocieron que no todas las cláusulas generales restrictivas de derechos fundamentales están contenidas en leyes orgánicas (Sarmiento Méndez, 2021, pp. 437-438). A modo de ejemplo podrían exponerse las innumerables restricciones que se prevén en las leyes ordinarias referidas en el art. 26 LGS, el art. 54 LGSP, la LSNPC, la LSN, la Ley vasca de Salud Pública 13/2023, de 30 de noviembre, o en el Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias. En concreto, la legislación autonómica tiene por objeto el reconocimiento de las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública, en desarrollo del art. 3 LOMESP. La ley autonómica quedaría integrada en la legislación orgánica por cuanto desarrollan las condiciones esenciales que deben concurrir en la adopción de esas medidas especiales, con la concreción de las medidas autonómicas preventivas que puede adoptar la Comunidad Autónoma dentro del ámbito de sus competencias y de acuerdo con lo precitado en la ley orgánica. Dicha redacción serviría de inteligibilidad de la norma, que tiene por finalidad que sus destinatarios puedan tener una visión de conjunto de la regulación aplicable y una mejor comprensión de la norma.

Sin perjuicio de lo anterior, debe admitirse la complejidad que presenta la delimitación del alcance de las potestades legislativas de las comunidades autónomas cuando inciden en la regulación de derechos fundamentales. En este sentido, aun existiendo una reserva de ley orgánica y una normativa estatal básica que ya establece ciertas restricciones, cabe cuestionar que ello implique necesariamente una exclusión absoluta de

la capacidad autonómica para aprobar normas, en el marco de sus competencias, que desarrollen o concreten dichas restricciones previamente fijadas por el legislador orgánico, siempre dentro de los límites relativos a la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales conforme al art. 53.1 CE. Una interpretación distinta podría, además, dificultar la articulación de respuestas descentralizadas eficaces ante futuras situaciones de emergencia.

3. El principio de claridad como dimensión cualitativa de la ley restrictiva de derechos fundamentales

Además de la tensión generada a causa de las reservas de ley, otro de los puntos de fricción desencadenantes lo constituyó la interpretación y las críticas formuladas al art. 3 LOMESP en relación con el principio de claridad de la ley. Se trata de un precepto que, además de reflejar las amplias potestades que le reconoce el ordenamiento jurídico a la Administración en materia sanitaria, es escueto y genérico, descrito así por una parte significativa de la doctrina, por el Consejo de Estado, así como por el Tribunal Supremo. Con todo, una de las principales críticas formuladas se basó en que no cumplía con el principio de claridad normativa, comprendido este último como una dimensión cualitativa de la ley (Arroyo Gil, 2021, pp. 99-100; Sáenz Royo, 2021, p. 394).

Cabe recordar además que otras leyes sanitarias también contenían algunas cláusulas abiertas para que los poderes públicos competentes pudieran adoptar medidas sanitarias generales en el caso de que fueran necesarias para hacer frente a una coyuntura de extraordinaria y urgente necesidad. Es decir, no se trataría solamente de que las restricciones estuvieran contenidas en una ley, orgánica u ordinaria, sino que trascendería con este principio a su contenido, debiendo cumplir un mínimo en referencia a la restricción de derechos fundamentales. En ese sentido, es interesante señalar que en la década de los ochenta, cuando se aprobó la ley, ya fueron formuladas algunas críticas por la doctrina, especialmente desde el derecho sanitario, que ponían de relieve esta cuestión.

Desde una aproximación jurisprudencial, debe precisarse que este principio constituye una dimensión cualitativa de la reserva de ley, hundiendo sus raíces en la jurisprudencia del TEDH y que fue asimilada con posterioridad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En breve, se trata de un principio más amplio que el de la reserva de ley. Entre sus finalidades, destaca por suponer una reafirmación de la seguridad jurídica exigiendo que la ley indique con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de las potestades que ejercen los poderes públicos en un ámbito concreto, especialmente cuando se trata de restricciones de derechos fundamentales. En otras palabras, lo que se buscaría con este principio es la no

ISBN: 978-84-7777-740-3

otorgación de un margen de discrecionalidad amplio a la actuación de los poderes públicos. De esta manera, se conseguiría reducir el margen de una actuación o injerencia arbitraria, elemento esencial, en palabras del Tribunal de Estrasburgo, de una sociedad democrática[5].

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional asumió este principio y lo reconoció en su jurisprudencia. Expuso, a este respecto, que la reserva de ley no se limitaba a que la ley habilitara para proceder a la restricción de derechos fundamentales, sino que además debía prever que la injerencia fuera conforme a este principio de claridad de la ley. Una asequibilidad que versaría, en aras del principio de seguridad jurídica, en su precisión, claridad y detalle en el contenido[6]. Una tríada de requisitos se debería reflejar, entre otros, en el deber de predeterminar los supuestos de hecho, las condiciones y las garantías[7]. Ello en conexión con la seguridad jurídica, interpretada como la lectura que realiza el tribunal como la suma de legalidad y certeza del Derecho[8]. Todo ello se podría traducir, en definitiva, en que la reserva de ley no solo excluiría de apoderamiento en favor de normas reglamentarias, sino que impediría una habitación general restrictiva de derechos fundamentales comprendido como una especie de apoderamiento «en blanco» a la autoridad competente. A partir de estas consideraciones, si no se respetara este principio, el tribunal reconoce que la ley podría entonces incurrir en inconstitucionalidad, por ocasionar, entre otros, una indeterminación y conceder con ello un margen de apreciación a los poderes públicos para que operara con exclusiva voluntad de quien este llamado a aplicar la ley[9].

Expuesto lo anterior, cabría interrogarse sobre la habilitación contenida en el art. 3 LOMESP dirigida a las autoridades sanitarias para que, ante la concurrencia como supuesto de hecho de un riesgo sanitario, pudieran proceder a la adopción de las medidas que fueran necesarias para hacer frente a la emergencia respetando las exigencias que derivan de este principio. En particular, las críticas formuladas por la doctrina con ocasión de la pandemia señalaron que se trataba de una regulación con poca intensidad, con lagunas y con remisiones implícitas que otorgaban un margen de discrecionalidad considerable a las autoridades competentes, por lo que, como alternativa o posible vía de solución, proponían la modificación de la ley, especialmente al tratarse de la necesidad de restringir derechos de alcance general y con un extenso ámbito de aplicación, que excedería muchas veces incluso de las comunidades autónomas. Sin embargo, ello

---

5 Véase STEDH Valenzuela c. España, de 30 de julio de 1998.

6 STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6.

7 STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 8.

8 STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10.

9 STC 49/1999, de 5 de abril.

también podía deberse a la necesidad de una habilitación general en materia sanitaria, causada por la imprevisibilidad científica y legislativa. Es decir, aunque el principio de claridad de la ley exija la distinción de los supuestos de hecho, en relación con las crisis sanitarias sería una tarea imposible o difícilmente encomendable al legislador, que no podría preverlo todo. Ello constituiría una cláusula abierta que habría de ser interpretada en consonancia con las demás leyes estatales y bajo la sujeción de los límites y garantías del Estado de Derecho (Cantero Martínez, 2021, p. 119 y Doménech Pascual, 2021, pp. 364-368).

En cierta medida, la cláusula general o la lista abierta de medidas puede dotar de cierta flexibilidad a las autoridades sanitarias cuando no sabemos qué medidas debemos adoptar. No parecería conveniente en ese sentido incorporar un listado con medidas cerrado y exclusivo (De Montalvo Jääskeläinen, 2023, pp. 41-43). Se trataría de una particularidad que derivaría de la propia materia de salud pública, que podría resultar más compleja que en otros sectores. Una afirmación que podríamos razonar con base en los siguientes argumentos. En primer lugar, tomando en consideración la dificultad que plantea prever situaciones que escapan de la previsibilidad de la ciencia, por lo que la cláusula abierta podría servir de utilidad para una intervención administrativa en la que la contención de enfermedades transmisibles también puede requerir una respuesta rápida. En segundo lugar, debe ponerse de relieve que se trata de una ley orgánica, por lo que, en principio, respetaría la reserva de ley del art. 81.1 CE. En tercer lugar, el principio de claridad de la ley exigiría la identificación de un supuesto de hecho. En ese sentido, podría afirmarse que la LOMESP lo respeta con base en lo dispuesto en el art. 1.1. Es decir, no se habilitaría a las autoridades sanitarias a la adopción de medidas en general, sino que ello está condicionado a la concurrencia del supuesto de hecho: una emergencia que conlleve un riesgo sanitario que se traduzca en un peligro para la salud pública de la población (Beltrán Aguirre, 2012, pp. 24-25).

Ahora bien, deben subrayarse asimismo otras dificultades. En primer lugar, este precepto fue el punto de discrepancias interpretativas entre los Tribunales Superiores de Justicia en la pandemia de la covid-19. Recurridas las medidas en casación, el Tribunal Supremo, en la STS 788/2021, de 3 de junio, resaltó que la ley y el art. 3 en cuestión era innegablemente escueto y genérico, y con ello sostuvo que no fue pensado por el legislador para una pandemia. Sin embargo, tras estas objeciones, sentenció que el art. 3 LOMESP había que interpretarlo en consonancia con las medidas explícitamente identificadas en los arts. 26 LGS y 54 LGSP. Ello constituiría un cuadro normativo suficiente, con precisiones objetivas, espaciales, temporales y cualitativas con las que pueden satisfacer la restricción puntual de derechos fundamentales, respetando las garantías del art. 53.1 CE. Ahora bien, también consideró que sería deseable una modificación legislativa, para dotar de medidas específicas y satisfa-

ISBN: 978-84-7777-740-3

cer con ello la seguridad jurídica[10]. Además del Tribunal Supremo, en una línea semejante al Consejo de Estado reconoció que se trataba de una regulación extremadamente genérica. En ese sentido, señaló que la ley requeriría de reformas para acomodarla a los principios constitucionales, en particular, de eficacia administrativa y seguridad jurídica, con una remisión necesaria, incluían, al legislador autonómico[11].

Destacan en especial las interpretaciones realizadas por el Tribunal Supremo, que en cierta medida podrían ser declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. En concreto, en lo relativo a la exigencia de interpretar el art. 3 LOMESP en consonancia con los art. 26 LGS y 54 LGSP, estas dos leyes constituyen dos leyes ordinarias, que contienen medidas explícitas con las que las autoridades sanitarias pueden proceder a su adopción con las consecuentes restricciones de derechos fundamentales. Asimismo, centró su interpretación en el art. 53.1 CE. Esta lectura contrastaría con la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional en relación con el contenido y alcance de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE.

A modo conclusivo, podría considerarse que la reforma de la LOMESP podría constituir una posible vía de solución para, por un lado, no forzar a los parlamentos autonómicos a modificar su legislación para reconocer medidas sanitarias restrictivas expresamente y, por el otro, para cumplir con las exigencias del alcance de la reserva de ley orgánica y con las exigencias que derivarían del principio de claridad de la ley. En ese cometido, una de las posibles soluciones podría radicar en la concreción de las medidas restrictivas de derechos fundamentales en la LOMESP, sin tener que renunciar a una cláusula general de cierre y la flexibilidad que otorga.

4. Especial referencia al dictamen emitido por el Consejo de Estado: observaciones a la LOMESP

En el dictamen núm. 213/2021, de 22 de marzo, el Consejo de Estado abordó algunas cuestiones sobre la pertinencia de la declaración del estado de alarma para hacer frente a una situación de pandemia, la posible

---

10 Así lo expuso en la STS 788/2021, de 3 de junio, pesa a considerar que sería conveniente disponer de una regulación más completa de las medidas limitadoras de derechos fundamentales en contextos de grave riesgo para la salud pública como una pandemia, reconoce, sin embargo, que el carácter escueto y genérico del art. 3 LOMESP no le priva «de idoneidad para dar cobertura jurídica a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 16/2006 y 33/2011». Este extremo fue reiterado en la jurisprudencia del TS, véanse, las SSTS 792/2021, de 3 de junio; 875/2021, de 17 de junio; 1079/2021, de 21 de julio; 1092/2021, de 26 de julio; 1102/2021, de 2 de agosto, entre otras.

11 Véase Dictamen 213/2021, del Consejo de Estado, apartado 5 b).

vulneración de la reserva de ley orgánica que exige el art. 81.1 CE en relación con la ley de salud de Galicia 8/2021 y la posible vulneración de los títulos competencias estatales, especialmente las derivadas del art. 149.1.16 CE como la fijación de las bases normativas y la coordinación general de la sanidad.

En primer lugar, sobre la declaración del estado de alarma, el Consejo de Estado sostuvo que las medidas sanitarias de alcance general requeridas para hacer frente a una situación de pandemia pueden encontrar cobertura normativa suficiente en la legislación sectorial estatal o autonómica o en la declaración del estado de alarma, aplicable al territorio al que sea necesario. Especificó, en ese sentido, que las dos posibles vías no son alternativas ni excluyentes entre sí. Matizó esta observación indicando que la propia declaración del estado de alarma no excluye la posibilidad de que las autoridades competentes puedan adoptar otras medidas distintas en paralelo, siempre y cuando no contradigan lo establecido en el real decreto de estado de alarma. En lo relativo a las restricciones a la libertad deambulatoria, señaló que es una de las posibles medidas que se pueden adoptar al amparo del art. 11 LOAES y del art. 3 LOMESP, a pesar de no estar expresamente reconocida. Además, sostuvo que el elemento distintivo entre ambos radicaba en que las autoridades autonómicas no podían adoptar medidas al amparo del estado de alarma, ya que su dirección le correspondía bien al Gobierno o al Congreso de los Diputados. Advirtió, en ese sentido, que el derecho de excepción mantenía una vinculación con el principio de soberanía estatal.

En segundo lugar, en relación con la distribución competencial, subrayó que, además de las competencias que ostentaba el Estado en materia de fijación de las bases y coordinación general de las políticas sanitarias, las comunidades autónomas también ostentaban las competencias en desarrollo legislativo y ejecución en materia sanitaria y que fue asumido por la totalidad de las comunidades autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Una observación esta última que guardaba una estrecha relación precisamente con la competencia de desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma de Galicia con motivo de la Ley 8/2021 a partir de las bases fijadas por el Estado y, en este caso, de la LOMESP.

Sobre esta última, afirmó que se trataba de una norma que servía para apoderar a las autoridades competentes para la adopción de medidas restrictivas en supuestos de crisis sanitarias a pesar de señalar, en particular, su contenido genérico y alto grado de discrecionalidad. En ese sentido, expuso que podía resultar insuficiente para hacer frente a una situación de pandemia, que requería la adopción de medidas intensas de derechos fundamentales, en especial, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y de seguridad jurídica. Por ello mismo, señaló que se trataba de una ley que podría precisar de una adecuación legislativa, con

ISBN: 978-84-7777-740-3

la finalidad de dotarla de mayor concreción y detalle, así como en la identificación de las autoridades competentes. En contraposición, con una interpretación de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, sostuvo que la Ley 8/2021 podría no respetar esa reserva de ley orgánica. Advirtió así sobre la posible insuficiencia de la legislación sanitaria estatal, así como la de la legislación de Galicia por requerir la cobertura de ley orgánica.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN BALANCE CRÍTICO SOBRE EL ESTADO DE ALARMA DESDE LA SUFICIENCIA DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

La conclusión principal radicaría en señalar la posible suficiencia de las potestades ordinarias que tiene ya encomendadas la Administración Pública mediante la legislación sectorial para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales con alcance general sin precisar de la declaración del estado de alarma. En otras palabras, la declaración del estado de alarma podría no desplegar efectos jurídicos propios para hacer frente a las emergencias que enuncia el art. 4 LOAES.

La pandemia del covid-19, a diferencia de otras crisis sanitarias que la precedieron, requirió de la adopción de una serie de medidas sanitarias de alcance general con el objeto de proteger la salud pública. Las mismas constituyeron el elemento distintivo y desencadenante de una crisis que impactó de forma transversal en el orden constitucional, y en especial, en la organización territorial del Estado autonómico y los derechos fundamentales. En ese sentido, la dificultad pudo radicar precisamente en que fue la primera vez en cien años en el que los poderes públicos hicieron frente a una situación de pandemia desde el pleno sometimiento al Estado de Derecho, vinculados a un sistema de derechos fundamentales, así como a otras garantías constitucionales, como el control político y de constitucionalidad. Este contexto pudo haber supuesto un contexto idóneo para poner de relieve esta cuestión: la regulación normativa de las emergencias sanitarias son un desafío compartido entre el Derecho Administrativo sanitario y el Derecho Constitucional de excepción.

Hasta ese momento, lo habitual frente al riesgo de propagación de enfermedades transmisibles había constituido en la adopción de medidas sanitarias de alcance singular, dirigidas a personas o grupo de personas individualmente identificables, usualmente aplicadas a zonas geográficamente concretas. Ciertamente, a pesar de que se tratara de una eventualidad sin precedentes, el estudio histórico de la gestión de enfermedades transmisibles muestra que las epidemias fueron una constante en Europa, que precisaron de la adopción de medidas restrictivas similares y que las respuestas jurídicas articuladas a las mismas estuvieron incardinadas, en mayor medida, aunque no exclusivamente, en la legislación sanitaria. En concreto, las potestades de policía, los poderes de excepción y la defensa del orden pú-

blico comparten una raíz común que puede seguir encontrando una proyección relativamente compartida en el ordenamiento jurídico actual al dirigirse la actuación de los poderes públicos a la protección de personas y bienes en ambas materias. En ese sentido, puede apreciarse que la protección de la salud pública también ha ocupado históricamente un lugar preeminente en la legislación en materia de orden público.

El Derecho Administrativo para las situaciones excepcionales, y en especial, el sanitario, constituye la primera vía que ofrece el ordenamiento jurídico para hacer frente a situaciones de emergencia sanitaria, frente a la última o *extrema ratio* que supone el derecho de excepción. Conformado por un acervo de legislación sectorial que permite a las autoridades competentes, estatal y autonómicas, y hasta las locales, al establecimiento, entre otros, de restricciones de derechos fundamentales de alcance general. En cierta medida, se trata de una legislación que encuentra un solapamiento con algunos de los supuestos de hecho del estado de alarma. Sin embargo, ello tampoco supone un solapamiento preciso pues, como se ha advertido, el mismo constituye una vía extraordinaria a la que solo se podría acudir ante la insuficiencia de la legislación sectorial.

Precisado esto, las respuestas jurídicas a las crisis sanitarias podrían encontrar una respuesta inicialmente en las instituciones creadas y desarrolladas por el Derecho Administrativo a lo largo de dos siglos, en el que las epidemias del siglo XIX fueron también causa y motivo de su construcción. Así puede observarse en las páginas que guardaba la historia del Derecho público y de sus instituciones, frente al atractivo de otras categorías jurídicas como el estado de alarma, con efectos limitados y con un encaje constitucional controvertido.

Este posible solapamiento puede apreciarse, desde inicio, en los supuestos de hecho atribuidos al estado de alarma, compartidos cada uno de ellos con la legislación sectorial. Adicionalmente, la declaración del estado de alarma no supondría renunciar a las medidas reconocidas en la legislación sectorial. Ahora bien, no se trataría de una concurrencia total, pues el art. 1.1 LOAES constituye la línea divisoria entre el derecho ordinario y de excepción. Un supuesto de hecho genérico y compartido entre los tres estados excepcionales en el que reconoce que la declaración de cualquiera de los estados excepcionales debe realizarse cuando las potestades ordinarias de las autoridades competentes no fueran suficientes para hacer frente a la emergencia. Reconoce así que los estados excepcionales constituyen la última ratio o si se quiere la *extrema ratio* para hacer frente a situaciones de emergencia, por lo que, en caso de solapamiento, la legislación sectorial debería prevalecer. Este solapamiento, por su parte, tampoco sería una característica propia o exclusiva del ordenamiento jurídico español. A modo comparado podría citarse el art. 35 de la Ley Fundamental de Bonn, cuyos supuestos de hecho podrían solaparse, entre otras, con la Ley de Enferme-

ISBN: 978-84-7777-740-3

dades Infecciosas. En el caso de la pandemia del covid-19, por su parte, puede que la declaración de este estado excepcional hubiera constituido una disociación entre la legislación sanitaria y las situaciones de excepción (López Guerra, 2020, p. 41).

Con todo, la crisis sanitaria pudo evidenciar las potestades que sigue ostentando la Administración en su cometido constitucional de tutelar la salud pública. Unas potestades históricas y restrictivas que podrían no encontrar acomodo en otro sector del ordenamiento jurídico, especialmente contenidos en la LOMESP y la LGS, así como en la legislación autonómica. Se trataría de restricciones que se encuentran explícitamente contenidas también en la legislación de protección civil, incluido el confinamiento domiciliario, que se prevé expresamente en el Decreto legislativo vasco 1/2017, de 27 de abril. Ahora bien, las autoridades competentes deben interpretar o valorar jurídicamente la suficiencia o no de la legislación sectorial y, en su defecto, declarar el estado excepcional que convenga a la emergencia en cuestión, en virtud del art. 1.1 LOAES. Así, tampoco debe obviarse que la declaración o no del estado de alarma corresponde, en primera instancia, al Gobierno de España, cuya valoración jurídica y voluntad política es clave para considerar la activación de los poderes excepcionales. Transcurridos quince días naturales, dicha valoración y voluntad trasciende al Congreso de los Diputados, sin perjuicio de lo que, con posterioridad, pueda interpretar en su caso el Alto Tribunal como máximo intérprete constitucional.

Llegados a este punto, el estado de alarma no sería la única figura jurídica que plantea problemas jurídico-constitucionales en el ámbito de los estados excepcionales. La normativa sanitaria, y particularmente la LOMESP, también presenta posibles carencias susceptibles de mejora, especialmente en relación con el principio de claridad normativa. Esta cuestión ha sido señalada de forma reiterada tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por los dictámenes del Consejo de Estado. Ello podría plantear algunas líneas de reforma, que no precisarían de reformas constitucionales, debiendo poner el foco especialmente en la LOMESP.

A modo de reflexión final, el hecho de que el art. 3 de la LOMESP no incorporara un elenco cerrado, preciso y exhaustivo de medidas restrictivas de derechos fundamentales susceptibles de adopción en contextos de riesgo sanitario ha podido erigirse en uno de los elementos estructurales que explican las dificultades interpretativas afloradas con particular intensidad durante la pandemia. En la actualidad, y a la luz de la doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional, especialmente en las SSTC 141/2024, de 19 de noviembre; 95/2025, de 9 de abril, y 133/2025, de 10 de junio, se impone la consideración de que el legislador orgánico debería acometer una revisión en profundidad de esta normativa, orientada a dotar de mayor densidad normativa y previsibilidad al régimen de limitación de derechos fundamentales en situaciones de emergencia sanitaria.

En ausencia de dicha clarificación, persiste el riesgo de reproducir, en escenarios futuros de crisis, las mismas incertidumbres hermenéuticas que ya condicionaron la actuación de las autoridades sanitarias y la respuesta jurisdiccional, con la consiguiente afectación del principio de seguridad jurídica. De ahí que la eventual construcción de un marco normativo de salud pública más detallado y sistemático, que reconociese la coordinación con la Unión Europea y con la OMS, y que además incorporara un catálogo explícito de medidas restrictivas, pueda ofrecer una referencia útil para reforzar el principio de claridad en las normas restrictivas de derechos.

En este contexto, la experiencia reciente no solo invita a una lectura crítica del modelo vigente, sino que proyecta una advertencia de alcance más profundo: la de un ordenamiento que, si no asume la necesidad de precisión y previsión en materia de restricción de derechos fundamentales corre el riesgo de mantener zonas de indeterminación incompatibles con las exigencias propias de un Estado de Derecho en una materia donde la Administración Pública sigue conservando una de sus clásicas potestades y que, por su propia naturaleza, exigen límites nítidos sujetos estrictamente a la ley. En especial, cuando de su ejercicio depende el delicado equilibrio entre la protección de la salud colectiva y el libre ejercicio de libertades públicas a las que, al propio tiempo, el Estado democrático de Derecho no puede renunciar.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, Fermín (1886). *Manual del Secretario de Ayuntamiento o Tratado teórico-práctico de Administración municipal.* Biblioteca de la Universidad de Alicante.

ALMARCHA OCHOA, Jorge (2021). *La gestión de epidemias durante el constitucionalismo isabelino: el caso del cólera.* Cuadernos Constitucionales.

ALMUDÉVER CAMPO, Laura; CAMAÑO PUIG, Ramón E. (2020). «Medidas de salud pública durante la pandemia de gripe en el periodo 1918-1920 en España». *Revista Española de Salud Pública,* vol. 94.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente José (1996). *El concepto de necesidad en Derecho Público.* Civitas.

ARROYO GIL, Antonio (2021). «Derecho a circular libremente en tiempos de pandemia». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. extra 1.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2020). «Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global». *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 46.

BECK, Ulrich (2002). *La sociedad del riesgo global.* Siglo XXI de España.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (2012). «Vacunas obligatorias y recomendaciones: régimen legal y derechos afectados». *Derecho y salud,* vol. 22, núm. 1.

BERTRÁN MOYA, José Luis (2006). *Historia de las epidemias en España y sus colonias (1348-1919).* La Esfera de los Libros.

CANO BUESO, Juan (2021). «La protección del derecho a la salud en tiempos de alarma sanitaria». *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario,* núm. extra 34.

ISBN: 978-84-7777-740-3

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2021). «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública». *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 210.

CARDONA SALDARIAGA, Álvaro (2005). *La salud pública en España durante el Trienio Liberal (1820-1823).* Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

CASTELLS ARTECHE, José Manuel (2010). «*Inter arma silent leges.* Notas sobre el derecho de excepción». *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 87.

CIERCO SEIRA, César (2020). «Derecho de la Salud Pública y covid-19». BLANQUER CRIADO, Vicente (ed.), *Covid-19 y derecho público: durante el estado de alarma y más allá.* Tirant lo Blanch.

CIERCO SEIRA, César (2005). «Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población». *Derecho y Salud,* núm. 2.

CIERCO SEIRA, César (2006). *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios.* Comares.

CIERCO SEIRA, César; SALAMERO TEIXIDÓ, Laura (2022). «La protección de la salud pública en contextos de excepción». *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 61.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (1996). «La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (1988b). *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español).* Instituto Vasco de Administración Pública.

COLMEIRO Y PENIDO (1876). *Derecho Administrativo español.* Librería de Eduardo Martínez.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1980). *El estado de sitio y la Constitución la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878).* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2023). «Limitación de derechos fundamentales y requisito constitucional de previsión normativa en tiempos de pandemia». ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel (coord.), *El estado constitucional pospandemia ¿crisis o fortalecimiento?.* Tirant lo Blanch.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2021). «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la covid-19». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 4.

FERGUSON, Niall (2021). *Desastre. Historia y política de las catástrofes.* Debate.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2023). «El Derecho de excepción. Carencias y contradicciones». *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 25.

GARCÍA CUADRADO, Antonio M. (1994). «El estado de alarma y su ambigua naturaleza». *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* núm. 8.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962). «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)». *Revista de Administración Pública,* núm. 38.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2001). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa.* Civitas.

GRIMM, Dieter (2007). *Constitucionalismo y derechos fundamentales.* Trotta.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2020). «La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías». *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad,* núm. 19.

LÓPEZ GUERRA, Luis María (2020). «Los efectos de la pandemia sobre la evolución del Estado Social en España». *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico,* núm. 28.

LORENTE SARIÑENA, Marta María, y LUQUE REINA, Antonio Manuel (2021). «La formación histórica de los estados de excepción». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. extra 1.

LUCAS VERDÚ, Pablo (1981). «Constitución española de 1978 y sociedad democrática avanzada». *Revista de Derecho Político,* núm. 10, pp. 7-46.

MARTÍN ACEÑA, Pablo (2021). *La guerra eterna: grandes pandemias en la historia.* Galaxia Gutemberg.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2022a). «Crisis epidémica y crisis constitucional». *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* núm. 99, pp. 499 a 526.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2022b). *El poder y la peste.* Iustel.

NIETO GARCÍA, Alejandro (1975). «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo». *Revista de Administración Pública,* núm. 76, pp. 9-30.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2022). «Derecho Administrativo para la excepción. La respuesta jurídico-pública ordinaria para la sociedad del riesgo». *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 61.

PORRAS GALLO, María Isabel (2020). *La gripe española, 1918-1919.* La Catarata.

RIDAO, Joan (2021). *Derecho de crisis y Estado autonómico. del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la covid-19.* Marcial Pons.

SÁENZ ROYO, Eva (2021). «Estado autonómico y covid-19». *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 48.

SARMIENTO MÉNDEZ, José Antonio (2021). «La centralidad parlamentaria en las decisiones en tiempos de pandemia: comentario sobre la competencia autonómica en la aprobación de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia». *REGAP: Revista Galega de Administración Pública,* vol. 1, núm. 62.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2023). «Enfrentar riesgos para la seguridad sanitaria en el marco de un Estado de Derecho. Lecciones a aprender de la covid-19». *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 51.

VELASCO RATÓN, Esperanza (2000). *Epidemiología y legislación sanitaria en la España contemporánea (1855-1868).* Universidad de Valladolid.

VILLAR CRESPO, Guillermo (2021). «Estado de alarma: ¿para qué? Reflexiones sobre la utilidad de este estado excepcional tras las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021 y 183/2021». *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 123.

VILLAR CRESPO, Guillermo (2025). «Los poderes de necesidad del alcalde ante situaciones de crisis: cláusulas generales de necesidad y autonomía municipal». *Cuadernos de Derecho Local,* núms. 64-67.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Del «proceso en construcción» a la «implementación fragmentada»: el Convenio de Estambul en la Unión Europea tras el dictamen 1/19 y la Directiva (UE) 2024/1385, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

Dunia Marinas Suárez

Profesora agregada de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

Sumario. Introducción.—I. La adhesión al Convenio de Estambul: un proceso que ya no está pendiente, pero que sigue abierto.—II. Del tratamiento sectorial a la necesidad de un marco integral.—III. El bloqueo de la adhesión y la solicitud de dictamen al Tribunal de Justicia.—IV. El Dictamen 1/19: una victoria jurídica limitada.—V. La adhesión efectiva de 2023: culminación formal y persistencia de la fragmentación.—VI. Los Estados no ratificantes: la fractura persistente.—VII. El Convenio de Estambul ante el TJUE: de la competencia a la interpretación material.—VIII. La Directiva (UE) 2024/1385: el nuevo centro de gravedad.—IX. Transposición, litigiosidad y futuro papel del TJUE.—X. La UE ante Grevio: de observadora a sujeto evaluado.—XI. Balance crítico: una europeización incompleta, pero jurídicamente fértil.—XII. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo parte de una investigación desarrollada a lo largo del año 2021[1] y que ahora, con motivo de la jubilación del catedrático de Derecho Administrativo Edorta Cobreros Mendazona, se recupera y se pone al día para comprobar si las conclusiones intuidas en su momento al hilo del estudio del

[1] Este trabajo es una continuación del capítulo titulado «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul: un proceso en construcción», que publiqué en la obra colectiva *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul* (IVAP, Oñati, 2022), dirigido por el catedrático J. F. Etxeberria Guridi y coordinado por las profesoras G. Otazua Zabala y K. Etxebarria Estankona. Los detalles concretos de ese proceso en el que se vio sumida la Unión Europea mientras se decidía la adhesión y cuales sus términos, así como sus antecedentes y las cuestiones de fondo de índole teórica se abordan en ese capítulo y a él me remito para una mayor profundización sobre los antecedentes y naturaleza del propio Convenio.

ISBN: 978-84-7777-740-3

entonces reciente Dictamen emitido por el Tribunal de Luxemburgo, se mantienen y se apuntalan, o todo lo contrario. Valgan estas líneas iniciales para mostrar mi satisfacción por poder participar en esta obra colectiva en homenaje a un apreciado profesor de nuestro Departamento en la Facultad de Derecho y quien, además, durante muchos años tuvo a bien ostentar su dirección.

I. LA ADHESIÓN AL CONVENIO DE ESTAMBUL: UN PROCESO QUE YA NO ESTÁ PENDIENTE, PERO QUE SIGUE ABIERTO

La evolución del Convenio de Estambul en el marco de la Unión Europea permite observar con especial claridad una de las tensiones estructurales del constitucionalismo europeo contemporáneo: la distancia entre la proclamación de valores comunes —igualdad, dignidad, no discriminación, Estado de Derecho— y la dificultad de convertirlos en obligaciones homogéneas para todos los Estados miembros cuando entran en juego competencias compartidas, resistencias políticas nacionales y desacuerdos ideológicos sobre el alcance de las políticas de género. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, no es únicamente un tratado internacional más[2]. Es el primer instrumento europeo jurídicamente vinculante que aborda de forma integral la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, partiendo de la premisa de que dicha violencia constituye una violación de derechos humanos y una manifestación de relaciones estructurales de desigualdad[3].

---

2 Brevemente, y en lo que atañe particularmente al Reino de España y a modo de recordatorio baste decir que el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, entró en vigor en España el 1 de agosto de 2014 (Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. *BOE*, n.º 137, de 6 de junio de 2014) se sustenta sobre cuatro pilares: la prevención, la protección, la persecución penal y las políticas integradas. Pretende crear conciencia y cambiar la mentalidad de las personas, porque llama a todos los miembros de la sociedad a que cambien su actitud, así como brindar protección a mujeres y niñas con independencia de su edad, su raza, religión, origen social, estatus u orientación sexual. Y, además, impone a los Estados la obligación de asegurarse de que las necesidades de ciertos grupos de aquellas que por sus circunstancias se encuentran más expuestas a fenómenos de violencia sean tenidos en cuenta. El Convenio brinda protección a todas las mujeres y niñas de cualquier origen, independientemente de su edad, raza, religión, origen social, condición de inmigrante u orientación sexual. El Convenio reconoce la existencia de grupos de mujeres y niñas que, con frecuencia, corren un mayor riesgo de ser objeto de violencia, y prevé la obligación de los Estados de asegurar que sus necesidades específicas se tengan en cuenta. También se invita a los Estados a aplicar el Convenio a otras víctimas de la violencia doméstica, como los hombres, niños y ancianos.

3 *Vid.* Truchero, Javier y Arnaiz, Amaia (2012). «Aproximación al Convenio Europeo de Violencia contra las Mujeres y Violencia Doméstica», *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* n.º 19, pp. 123-156.

El punto de partida de este trabajo es la constatación de que el proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul, que durante años pudo describirse acertadamente como un «proceso en construcción», ha experimentado una transformación decisiva en los últimos tiempos. En efecto, la Unión había firmado el Convenio en el año 2017[4], pero hubo de esperarse un par de años para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea despejara las principales dudas en torno al modo en que llevar a término esa adhesión. Lo haría a través de un Dictamen hecho público el 6 de octubre de 2021[5]. Finalmente, el Consejo aprobaría la adhesión en 2023[6], entrando formalmente en vigor para la Unión el 1 de octubre de 2023, convirtiéndose la UE en la parte número 38 del Convenio[7].

Ahora bien, sería erróneo presentar esta evolución como una historia cerrada o como una culminación plena. La adhesión de la Unión ha sido jurídicamente relevante, políticamente simbólica y normativamente fértil, pero no ha eliminado los problemas que ya estaban presentes durante el largo bloqueo institucional. La razón principal es que la adhesión europea se ha producido de manera limitada, en función de las competencias de la Unión, y convive con el hecho de que varios Estados miembros siguen sin ratificar el Convenio[8]. En consecuencia, la UE es parte del Convenio, pero

---

4 A través de sendas Decisiones del Consejo (UE) 2017/865 de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, y 2017/866, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución.

5 Dictamen 1/2019, de 6 de octubre de 2021, EU:C:2021:832.

6 Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la conclusión del Convenio en lo que respecta a las instituciones y administración pública de la Unión; y Decisión (UE) 2023/1976 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a cooperación judicial penal, asilo y no devolución, *DOUE* L 143I, 2 de junio de 2023.

7 El estado de la cuestión sería el siguiente: todos los Estados miembros presentes de la Unión Europea lo han firmado, hay cinco que aún no lo han ratificado (Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Hungría y Lituania). Polonia ha estado muy seriamente valorando denunciarlo y abandonarlo, algo que por otro lado como es sabido ya ha ejecutado Turquía en 2021, y el caso de Letonia es aún más curioso, si cabe, dado que ha pasado de ser un Estado miembro no ratificante a convertirse en un caso paradigmático de ratificación contestada. Ratificó el Convenio en 2023, quedó vinculada desde el 1 de mayo de 2024 y, apenas año y medio después, su Parlamento aprobó una ley de retirada. Sin embargo, su presidente bloqueó temporalmente esa salida y el debate quedó aplazado hasta después de las elecciones de 2026. Por ello, Letonia sigue siendo parte del Convenio, pero su trayectoria revela la fragilidad política del consenso europeo en torno a Estambul. Con relación a Hungría, el cambio político acontecido recientemente pudiera aventurar cambios en cuanto a su relación con el Convenio. En todo caso, está por ver si la aplastante mayoría del partido del nuevo presidente húngaro Péter Magyar, TISZA, destierra los prejuicios hasta ahora expresados.

8 Sobre la resistencia al Convenio de Estambul, conviene acudir al estudio publicado por Leye, Else, D'Souza, Hayley y Meurens, Nathalie (2021), «The added Value of and Resistance to the Istanbul Convention: A Comparative Study in 27 European Member States and

ISBN: 978-84-7777-740-3

el espacio jurídico europeo no se encuentra plenamente uniformado en torno a él.

Esta paradoja constituye el núcleo del momento actual. La adhesión de la Unión refuerza la posición del Convenio dentro del Derecho europeo, pero no transforma automáticamente sus obligaciones en Derecho interno de todos los Estados miembros. Al mismo tiempo, la aprobación de la Directiva (UE) 2024/1385, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, inaugura una nueva fase. Por primera vez, la Unión dispone de un instrumento legislativo específico y general en la materia, con obligaciones de transposición para todos los Estados miembros antes del 14 de junio de 2027.

De este modo, la cuestión ya no es solamente si la Unión podía o debía adherirse al Convenio de Estambul, que era la duda central hasta el Dictamen 1/19. La cuestión actual es distinta: qué efectos despliega esa adhesión limitada, cómo se proyecta sobre los Estados que no han ratificado el Convenio, qué papel desempeñará la Directiva 2024/1385 en la armonización mínima de las legislaciones nacionales y hasta qué punto el Tribunal de Justicia puede convertirse en un actor central en la interpretación futura de la violencia contra las mujeres como fenómeno jurídico europeo.

La tesis que aquí se sostiene es que el Convenio de Estambul ha dejado de ser para la Unión Europea un horizonte de adhesión para convertirse en un parámetro jurídico de implementación. Sin embargo, su eficacia se ve condicionada por una doble fragmentación: por un lado, la fragmentación competencial propia de la adhesión de la UE; por otro, la fragmentación política y normativa derivada de la falta de ratificación por algunos Estados miembros. La Directiva 2024/1385 no elimina por completo esa fractura, pero sí desplaza el centro de gravedad: a partir de ahora, buena parte del debate se trasladará de la adhesión internacional a la transposición interna, la interpretación judicial y el control de cumplimiento del Derecho de la Unión.

II. DEL TRATAMIENTO SECTORIAL A LA NECESIDAD DE UN MARCO INTEGRAL

La preocupación europea por la igualdad entre mujeres y hombres forma parte del desarrollo histórico de la integración europea, aunque su

---

Turkey» en *Frontiers in Human Dynamics*, Vol. 3, donde claramente se muestra el tipo de argumentos falaces y no fundados que han venido utilizando los distintos países que no quieren ratificar el Convenio, y que se podrían agrupar en a) miedo a romper con valores tradicionales; b) negativa a aceptar que el género es una construcción social; c) consideración del Convenio como un texto de tinte progresista peligroso para los postulados de los partidos mayoritarios muy conservadores; d) participación de actores religiosos en la política; y e) miedo a tener que reconocer derechos al colectivo LGTBQI+.

origen estuviera inicialmente vinculado a una lógica más económica que propiamente transformadora. Desde la igualdad retributiva del Tratado de Roma hasta el reconocimiento de la igualdad como valor y objetivo de la Unión, el principio de igualdad ha ido ampliando su contenido material. Pero la violencia contra las mujeres ha mostrado los límites de una igualdad entendida exclusivamente como igualdad formal o igualdad de oportunidades en el mercado. La violencia machista evidencia que la desigualdad no se agota en la discriminación normativa directa, sino que se reproduce mediante estructuras sociales, familiares, económicas, culturales y simbólicas[9].

En el trabajo en el que abordábamos la propia historia *ad intra* y *ad extra* del Convenio de Estambul ya aludíamos a un hecho palmario y es que la violencia contra las mujeres, tradicionalmente situada en el ámbito privado, ha ido aflorando como un problema público que repugna a los valores de igualdad y no discriminación sobre los que se asienta la Unión. Y, precisamente, consecuencia de ese rechazo, la UE había abordado esta materia a través de instrumentos normativos parciales —igualdad en empleo, acoso sexual, trata, protección de víctimas, orden europea de protección, reconocimiento mutuo de medidas civiles—, pero sin una aproximación global o de conjunto.

Ese diagnóstico conserva plena vigencia, aunque hoy debe ser actualizado. Durante años, la Unión actuó allí donde encontraba bases competenciales claras: mercado interior, empleo, cooperación judicial, reconocimiento mutuo, protección de víctimas o trata de seres humanos. El resultado fue un mosaico de normas útiles, pero insuficientes. La violencia contra las mujeres aparecía fragmentada en distintas categorías jurídicas: acoso laboral, delito, trata, victimización, protección transfronteriza o vulnerabilidad migratoria. Lo que faltaba era una mirada sistemática que entendiera la violencia contra las mujeres como un *continuum* y como una manifestación estructural de desigualdad.

El Convenio de Estambul vino precisamente a ocupar ese espacio. Su relevancia no radica solo en la obligación de tipificar determinadas conductas, sino en la construcción de una arquitectura integral. El Convenio descansa sobre cuatro pilares: prevención, protección, persecución penal y políticas coordinadas. Esta estructura desplaza el centro de atención desde la mera reacción penal hacia la diligencia debida del Estado. La vio-

---

9 «La referencia al sistema sexo-género (antes patriarcado) ha sido la piedra angular de los estudios feministas a la hora de explicar la subordinación histórica de las mujeres. En síntesis, se puede decir que hablar en términos sistémicos significa que las relaciones de dominio, la opresión, o —en términos de Rowlands— el "poder sobre", se articulan en una serie de elementos vinculados entre sí (ideologías, intereses, estereotipos, símbolos, representaciones, mitos) de manera dinámica y operativa», en Barrère Unzueta, Maggy (2019), «La igualdad de género desde el activismo de las profesiones jurídicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º especial 99-100, p. 518.

ISBN: 978-84-7777-740-3

lencia contra las mujeres no se combate únicamente castigando delitos; exige prevenir patrones sociales de dominación, formar a profesionales, garantizar servicios de apoyo, proteger a las víctimas durante el proceso, asegurar datos fiables, evitar la revictimización y coordinar a las instituciones públicas.

Por ello, el Convenio constituye un instrumento particularmente incómodo para ciertos discursos políticos. No se limita a condenar la violencia, algo que difícilmente podría ser rechazado de forma abierta, sino que identifica sus raíces sociales y de género. Al distinguir entre sexo y género, el Convenio permite comprender que la violencia contra las mujeres no se explica solo por la condición biológica de las víctimas, sino por el lugar social que se les asigna, por los estereotipos que las subordinan y por las relaciones de poder que naturalizan la desigualdad. Esa dimensión estructural es la que ha generado resistencias en algunos Estados.

Desde esta perspectiva, la adhesión de la Unión al Convenio no era un gesto meramente simbólico. Permitía a la UE alinearse con un instrumento que ofrecía aquello de lo que carecía su propio ordenamiento: un marco general y vinculante sobre violencia contra las mujeres y violencia doméstica. Sin embargo, precisamente porque el Convenio afecta a múltiples ámbitos —Derecho penal, asilo, migración, cooperación judicial, protección social, educación, igualdad, servicios de apoyo—, su incorporación al Derecho de la Unión planteaba dificultades competenciales inevitables.

III. EL BLOQUEO DE LA ADHESIÓN Y LA SOLICITUD DE DICTAMEN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La Unión Europea firmó el Convenio de Estambul el 13 de junio de 2017, tras la adopción de dos decisiones del Consejo: una relativa a la cooperación judicial en materia penal y otra relativa al asilo y a la no devolución. Desde el inicio, por tanto, la firma se articuló de manera materialmente limitada, reflejando la cautela del Consejo respecto de las competencias de la Unión. Esa limitación contrastaba con la posición del Parlamento Europeo, que defendía una adhesión más amplia y políticamente más ambiciosa.

El bloqueo posterior debe entenderse en dos planos. En el plano jurídico, existían dudas sobre la base jurídica adecuada, sobre la posibilidad de dividir el acto de conclusión en varias decisiones y sobre el alcance de las competencias de la Unión. En el plano político, algunos Estados miembros se resistían a avanzar mientras no existiera una ratificación nacional generalizada. El Consejo parecía inclinarse por esperar un «común acuerdo» de los Estados miembros, lo que en la práctica convertía la falta de ratificación de algunos de ellos en un obstáculo para la adhesión europea.

La solicitud de dictamen del Parlamento Europeo en 2019 se sitúa en ese contexto. El Parlamento acudió al Tribunal de Justicia porque consideraba que existía incertidumbre jurídica sobre la compatibilidad con los Tratados de la vía elegida para la adhesión. Desde la firma en 2017 hasta la petición de dictamen, habían pasado más de dos años sin avances sustanciales, y la existencia de Estados no ratificantes parecía explicar que no se adoptaran las correspondientes decisiones de celebración en nombre de la Unión.

La cuestión de fondo era si el Consejo podía convertir el acuerdo político de todos los Estados miembros en una especie de requisito previo para que la Unión ejerciera sus propias competencias externas. Si así fuera, la acción exterior de la Unión quedaría subordinada a la voluntad de los Estados más reticentes, incluso en ámbitos en los que la UE sí podía actuar. Por el contrario, si el «común acuerdo» era solo una práctica política, pero no una exigencia jurídica, el Consejo podía avanzar sin esperar indefinidamente a la ratificación de todos los Estados.

Pues bien, el Dictamen 1/19 resolvió esta tensión de forma jurídicamente sofisticada, aunque políticamente ambivalente. El Tribunal de Justicia declaró que los Tratados no prohibían al Consejo esperar, antes de adoptar la decisión de conclusión, el común acuerdo de los Estados miembros para quedar vinculados por el Convenio en los ámbitos de sus competencias. Pero también dejó claro que el procedimiento previsto en el artículo 218 TFUE no podía ser alterado mediante la introducción de una etapa adicional consistente en la obtención previa de ese común acuerdo. Dicho de otro modo: el Consejo podía esperar políticamente, pero no podía transformar esa espera en una condición jurídica autónoma que modificara el procedimiento de los Tratados.

Este matiz resulta fundamental. El Tribunal no impuso la adhesión inmediata ni avaló una lectura maximalista de las competencias de la Unión. Pero sí impidió que el bloqueo estatal se convirtiera en una suerte de veto jurídico permanente. El Dictamen funcionó, así, como desbloqueo constitucional del procedimiento de adhesión, aunque al precio de aceptar una adhesión restringida a las competencias de la Unión.

IV. EL DICTAMEN 1/19: UNA VICTORIA JURÍDICA LIMITADA

El Dictamen 1/19 puede ser leído de dos maneras complementarias. Por un lado, como una victoria del Parlamento Europeo y de la Comisión frente a la parálisis del Consejo. Por otro, como una confirmación de que la adhesión de la UE al Convenio de Estambul no podía tener el alcance político pleno que algunos actores institucionales defendían.

En efecto, el Tribunal de Justicia confirmó que la Unión podía concluir el Convenio dentro de sus competencias. Las bases jurídicas identifica-

ISBN: 978-84-7777-740-3

das se relacionaban principalmente con el asilo, la cooperación judicial penal, la prevención del delito y el estatuto de los funcionarios y agentes de la Unión. Con ello, el Tribunal asumía que el Convenio tenía puntos de conexión claros con el Derecho de la Unión, en especial en materias como los artículos 60 y 61 del Convenio, relativos al asilo y al principio de no devolución, así como en aquellas disposiciones que podían afectar a normas comunes de cooperación judicial penal.

Pero el Tribunal no abrió la puerta a una adhesión general que absorbiera competencias estatales. La Unión no podía convertirse, por su sola adhesión, en garante plena de todas las obligaciones del Convenio en todos los ámbitos materiales. El resultado fue una solución típicamente europea: jurídicamente viable, institucionalmente prudente y políticamente incompleta.

Esta solución tiene una importancia especial para comprender el presente. La adhesión se produjo finalmente, pero de una manera que podríamos calificar de «extraña» solo si se observa desde la lógica ordinaria de la ratificación estatal. En realidad, desde la lógica del Derecho de la Unión, no se trata de una anomalía, sino de una consecuencia del principio de atribución de competencias. La Unión solo puede obligarse internacionalmente en aquello para lo que tiene competencia. Por eso, la adhesión europea al Convenio no equivale a la incorporación plena del Convenio en todos los ordenamientos nacionales.

Este punto debe subrayarse: la aparente rareza de la adhesión se explica porque el Convenio de Estambul opera en un espacio mixto. Es un tratado internacional celebrado en el marco del Consejo de Europa; afecta a competencias estatales; incide sobre ámbitos parcialmente europeizados; y ha sido aprobado por una organización supranacional que no dispone de competencia general en materia de violencia contra las mujeres. Por tanto, la adhesión de la UE no podía ser idéntica a la ratificación de un Estado.

Ahora bien, que la adhesión sea limitada no significa que sea irrelevante. Al contrario, precisamente porque se ha producido dentro del ordenamiento de la Unión, puede generar efectos interpretativos, institucionales y jurisdiccionales de gran alcance. Desde la entrada en vigor del Convenio para la UE, el Tribunal de Justicia puede utilizarlo como parámetro interpretativo del Derecho de la Unión en los ámbitos cubiertos por la adhesión. Esta posibilidad ya ha comenzado a materializarse en la jurisprudencia sobre asilo y protección internacional.

V. LA ADHESIÓN EFECTIVA DE 2023: CULMINACIÓN FORMAL Y PERSISTENCIA DE LA FRAGMENTACIÓN

Tras el Dictamen 1/19, como decíamos, el proceso político pudo reactivarse. El Consejo aprobó formalmente el 1 de junio de 2023 la adhesión de

la UE al Convenio de Estambul para entrar en vigor para la Unión el 1 de octubre de 2023, momento en el que la UE se convirtió en parte del Convenio.

La adhesión se articuló mediante dos decisiones del Consejo de 2023. La primera, la Decisión (UE) 2023/1075, se refiere a la conclusión del Convenio en relación con las instituciones y la administración pública de la Unión. La segunda, la Decisión (UE) 2023/1076, se refiere a la conclusión del Convenio en relación con la cooperación judicial en materia penal, el asilo y la no devolución.

La división en dos decisiones confirma el carácter competencialmente limitado de la adhesión. La Unión no se adhiere al Convenio como si fuera un Estado dotado de competencias generales. Se adhiere en aquellos ámbitos en los que puede asumir obligaciones internacionales conforme a los Tratados. Esta estructura refleja también las particularidades derivadas del espacio de libertad, seguridad y justicia y la posición específica de algunos Estados miembros respecto del Título V del TFUE.

El resultado es un avance histórico, pero no una homogeneización completa. La Unión queda vinculada internacionalmente por el Convenio, pero la intensidad de esa vinculación no es idéntica a la que deriva de la ratificación estatal. Los Estados que han ratificado el Convenio quedan obligados por la totalidad de sus disposiciones en su condición de partes. Los Estados que no lo han ratificado no quedan convertidos automáticamente en partes plenas por el hecho de pertenecer a la Unión. Quedan vinculados, eso sí, por el Derecho de la Unión en los ámbitos en los que este incorpora, proyecta o desarrolla obligaciones relacionadas con el Convenio.

Esta distinción entre adhesión de la UE, ratificación estatal e implementación mediante Derecho derivado es esencial. La adhesión de la UE genera obligaciones para la Unión y condiciona la interpretación de su Derecho. La ratificación estatal incorpora el Convenio al ordenamiento nacional conforme a las reglas constitucionales de cada Estado. El Derecho derivado, por su parte, puede imponer obligaciones comunes a todos los Estados miembros, incluso a aquellos que no han ratificado el Convenio, siempre que exista base competencial suficiente.

Por eso, la adhesión de 2023 no cierra el proceso: lo transforma. Hasta 2023, el problema era cómo conseguir que la Unión se adhiriera. Desde 2023, el problema es cómo hacer efectiva esa adhesión en un contexto de competencias limitadas y de ratificación estatal incompleta.

VI. LOS ESTADOS NO RATIFICANTES: LA FRACTURA PERSISTENTE

Uno de los aspectos más relevantes del momento actual es que varios Estados miembros de la Unión siguen sin ratificar el Convenio de Estambul.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La situación ha variado respecto del escenario existente cuando iniciamos nuestra investigación allá a finales de 2020. Entonces figuraban como no ratificantes Bulgaria, Chequia, Hungría, Letonia, Lituania y Eslovaquia. Letonia ratificó posteriormente el Convenio el 10 de enero de 2024, con entrada en vigor el 1 de mayo de 2024.

En consecuencia, los Estados miembros de la UE que siguen sin ratificar el Convenio son Bulgaria, Chequia, Hungría, Lituania y Eslovaquia. La existencia de estos Estados no ratificantes no impide que la Unión sea parte del Convenio, pero sí impide hablar de una incorporación uniforme del estándar de Estambul en todo el espacio jurídico europeo.

Esta falta de ratificación tiene forzosamente varias consecuencias. La primera es una de índole jurídica: se produce una protección a dos niveles. En los Estados ratificantes, el Convenio despliega sus efectos como tratado internacional vinculante, con las consecuencias que cada ordenamiento atribuya a los tratados ratificados. En los Estados no ratificantes, el Convenio no opera como obligación convencional estatal directa, aunque pueda proyectarse indirectamente a través del Derecho de la Unión.

La segunda consecuencia es de tipo institucional. Los Estados ratificantes quedan sometidos plenamente al mecanismo de seguimiento del Convenio, en particular a GREVIO[10]. Este mecanismo no se limita a verificar la existencia formal de normas penales, sino que evalúa políticas públicas, servicios especializados, coordinación institucional, formación, recogida de datos y protección efectiva. En cambio, los Estados no ratificantes no quedan sometidos como partes estatales a ese control. La consecuencia es una menor presión internacional específica para corregir insuficiencias estructurales.

---

10 El Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido por el acrónimo GREVIO. Su dinámica de funcionamiento es la de analizar sobre la base de un cuestionario previamente elaborado el estado de la situación en cada Estado para finalmente plantear un informe final en el que se contenga un análisis pormenorizado. El GREVIO elaborará un proyecto de informe que contenga sus análisis en relación con la aplicación de las disposiciones de que trata el procedimiento de evaluación, así como las sugerencias y propuestas relativas al modo en que la Parte de que se trate pueda abordar los problemas definidos. Se dará traslado del proyecto de informe a la Parte objeto de la evaluación para que aporte sus comentarios. Estos serán tomados en consideración por el GREVIO cuando apruebe su informe. Sobre la base de todas las informaciones recibidas y los comentarios de las Partes, el GREVIO aprobará su informe y conclusiones en relación con las medidas adoptadas por la Parte de que se trate para aplicar las disposiciones del presente Convenio. Este informe y sus conclusiones se reenviarán a la Parte afectada y al Comité de las Partes. El informe y las conclusiones del GREVIO se harán públicos desde el momento en que se adopten, junto con los comentarios que pueda ofrecer la Parte afectada. En el caso de que el GREVIO reciba informaciones fiables que indiquen una situación en la que existan problemas que requieren una atención inmediata con el fin de prevenir o limitar la extensión y el número de violaciones graves del Convenio, podrá solicitar que se le someta con urgencia un informe especial relativo a las medidas adoptadas para prevenir un tipo de violencia grave, extendida o concomitante, contra las mujeres.

La tercera consecuencia es material: la protección de las víctimas puede variar en función del territorio. Esto resulta especialmente problemático en una Unión basada en la libre circulación. Una mujer víctima de violencia puede trasladarse, residir, trabajar o solicitar protección en distintos Estados miembros, pero no necesariamente encontrará el mismo nivel de servicios especializados, medidas de protección, formación institucional o sensibilidad judicial. La fragmentación normativa puede traducirse en fragmentación real de derechos.

La cuarta consecuencia es simbólica y política. La falta de ratificación revela que la igualdad de género sigue siendo un campo de disputa ideológica dentro de la Unión. En algunos Estados, la oposición al Convenio se ha articulado en torno al rechazo del concepto de género, presentado como una amenaza a la familia, a los valores tradicionales o a la soberanía nacional. Chequia ofrece un ejemplo relativamente palmario: en enero de 2024, el Senado rechazó la ratificación del Convenio tras un debate atravesado por argumentos conservadores y religiosos sobre el supuesto riesgo de la llamada «ideología de género»[11].

La quinta consecuencia es que incluso la ratificación no garantiza de forma irreversible la consolidación del Convenio. Letonia es hoy un caso particularmente ilustrativo. Tras ratificar el Convenio y quedar vinculada por él en 2024, su Parlamento votó en octubre de 2025 a favor de iniciar la retirada. El debate estuvo marcado por argumentos relativos al concepto de género y por la oposición de sectores conservadores. Este episodio demuestra que el Convenio sigue siendo objeto de contestación política incluso después de la ratificación[12].

La adhesión de la Unión debe leerse, por tanto, frente a este telón de fondo. La UE ha avanzado, pero no ha eliminado la fractura. Más bien, ha creado un escenario en el que el Convenio tiene una presencia jurídica reforzada en el ordenamiento europeo, pero no idéntica en todos los ordenamientos nacionales.

VII. EL CONVENIO DE ESTAMBUL ANTE EL TJUE: DE LA COMPETENCIA A LA INTERPRETACIÓN MATERIAL

La importancia del Dictamen 1/19 no termina en el desbloqueo de la adhesión. Ese pronunciamiento debe ser entendido como el comienzo

---

11 Bustikova, Lenka y Guasti, Petra (2025). «Kill the Bill: Ordo Iuris and the Ratification of the Istanbul Convention in the Czech Senate», *Journal of Illiberalism Studies*, vol. 5, n.º 3, pp. 113-129.

12 Krizsán, Andrea, Roggeband, Conny y Zeller, Michael C. (2025). «Who is Afraid of the Istanbul Convention? Explaining Opposition to and Support for Gender Equality». *Comparative Political Studies*, n.º 58, vol. 10, pp. 2161-2201.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de una nueva relación entre el Convenio de Estambul y el Tribunal de Justicia. Hasta entonces, el TJUE había intervenido para determinar si la Unión podía adherirse y con qué bases jurídicas. Tras la entrada en vigor del Convenio para la UE, el Tribunal puede verse llamado a interpretar el Derecho de la Unión a la luz del Convenio en los ámbitos cubiertos por la adhesión.

Esta transformación ya ha comenzado a observarse en materia de asilo. El artículo 60 del Convenio de Estambul exige que la violencia de género contra las mujeres pueda ser reconocida como una forma de persecución en el sentido de la Convención de Ginebra y como una forma de daño grave que puede dar lugar a protección complementaria o subsidiaria. Este precepto tiene una conexión directa con el Derecho de la Unión en materia de protección internacional.

El asunto WS resulta especialmente significativo[13]. En su sentencia de 16 de enero de 2024, la Gran Sala del Tribunal de Justicia abordó la situación de una mujer que alegaba riesgo de violencia de género y violencia doméstica en caso de retorno. El Tribunal declaró que las mujeres pueden pertenecer a un «determinado grupo social» a efectos de la Directiva de reconocimiento cuando, en su país de origen, estén expuestas por razón de género a violencia física o mental, incluida la violencia sexual y doméstica[14].

La relevancia de esta sentencia es doble. Primero, porque confirma una interpretación sensible al género del Derecho de asilo de la Unión. Segundo, porque el caso procedía de Bulgaria, Estado que no ha ratificado el Convenio de Estambul. Ello demuestra que, aunque un Estado miembro no sea parte estatal del Convenio[15], el Convenio puede influir en la interpretación del Derecho de la Unión aplicable por sus autoridades y tribunales na-

---

13 C-621/21 WS / Intervyuirasht organ na DAB pri MS (EU:C:2024:47)

14 *Vid.* Loxa, Alezini (2024). «International human rights commitments to protect victims of domestic violence: Refugee recognition as the first step for an integrated approach under EU law in Case C-621/21, *Intervyuirasht organ na DAB pri MS* (women victims of domestic violence)» en *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 31, n.º 4, pp. 535-550. También Kübek, Gesa y Bornemann, Jonas (2024). «International Law as a Trailblazer for a Gender-Sensitive Refugee System in the EU. The Court of Justice's Ruling in Case C-621/21. Women who are victims of domestic violence», en *European Law Blog* y Steiniger, Sigrid (2024). «The CJEU's Feminist Turn? Gender-based Persecution as a Ground for Protection», en *Verfassungsblog*. Igualmente sobre el mismo fallo: Chollet, Sam. (2024) «From the margins to… the group? La reconnaissance de la qualité de réfugiées aux femmes "en tant que telles"», en *Revue des droits et libertés fondamentaux*. Así como De Vido, Sara (2024). «La Covenzione di Istanbul quale strumento interpertativo del diritto derivato dell'UE in situazioni di violenza contro le donne: la sentenza C-621/21 dell CGUE», en *SIDIBlog*.

15 Kompatscher, Anna, Hamann, Katia y Kempf, Alexanda (2024). «Victims of Gender-Based Violence: Between Hope and Reality. The CJEU's First application of the Istanbul Convention», en *Völkerrechtsblog*.

cionales. La adhesión de la UE, por tanto, sí importa: permite que el Convenio entre en el razonamiento jurídico europeo por la vía del Derecho de la Unión.

La línea jurisprudencial se ha consolidado con otros asuntos posteriores. En el asunto K y L[16], el TJUE volvió a referirse al artículo 60 del Convenio para interpretar la protección internacional de mujeres que se identifican con el valor fundamental de la igualdad entre mujeres y hombres[17]. En los asuntos acumulados C-608/22 y C-609/22, relativos a mujeres afganas[18], el Tribunal utilizó también el marco del Convenio para valorar la discriminación sistemática y acumulativa sufrida por las mujeres bajo el régimen talibán[19], concluyendo que las mujeres de países donde exista una opresión de género sistemática, severa y auspiciada por el propio Estado podrán obtener el estatus de refugiadas simplemente sobre la base de su género y nacionalidad sin necesidad de una valoración individualizada de haber soportado o estar sufriendo una persecución.

Estas decisiones indican que el Tribunal de Luxemburgo puede desempeñar un papel progresivamente más importante en la incorporación judicial del estándar de Estambul. No sustituye a GREVIO, que funciona en otro nivel, ni convierte el Convenio en un instrumento de aplicación general en todos los ámbitos nacionales, pero sí puede interpretar el Derecho de la Unión conforme a sus exigencias. En este sentido, el TJUE pasa de ser un árbitro competencial a convertirse en un posible intérprete material de la violencia de género dentro del ordenamiento europeo.

Esta evolución conecta con una intuición ya presente en nuestra investigación de partida: la virtualidad del Convenio podía depender en buena medida de su uso por los órganos jurisdiccionales y de su interacción con el Derecho de la Unión. Hoy esa posibilidad es más clara. El Convenio ya no es solo un tratado externo observado por la UE: es un acuerdo internacional vinculante para la Unión en ámbitos determinados y, por ello, puede influir en la interpretación del Derecho derivado.

---

16 C-646/21 K y L /Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (EU:C:2024:487).

17 Lagrand, Türkan Ertuna y Nicolosi, Salvo (2024). «A further Step to Gender—Sensitive EU Asylum Law: The Case of "Westernised Women"», en *EU Law Analysis;* Raimondo, Giulia (2024). «Beyond Protection. Gender Equality in K, L (C-646/21)», en *Verfassungsblog*; SPATTI, Monica (2024). «Il rischio di persecuzione determinate dalla fede nella parità tra uomo e donna può condurre all'ottenimento dello status di rifugiato: la sentenza della Corte di giustizia dell'11.6.2024 in causa C-621/21», en *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n.º 3, pp. 1-9.

18 C-608/22 y C-609/22 AH y FN / Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (EU:C:2024:82).

19 Lagrand, Türkan Ertuna y Nicolosi, Salvo (2024). «Setting Gender-based Asylum Straight: The Court of Justice's landing Point», en *EU Law Analysis*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

VIII. LA DIRECTIVA (UE) 2024/1385: EL NUEVO CENTRO DE GRAVEDAD

La aprobación de la Directiva (UE) 2024/1385 constituye el segundo gran hito del momento actual. Si el Dictamen 1/19 desbloqueó la adhesión y la adhesión de 2023 incorporó formalmente a la Unión al Convenio, la Directiva de 2024 desplaza el debate hacia la implementación interna y la armonización mínima.

La Directiva es el primer instrumento legislativo de la Unión específicamente dedicado a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Su objetivo es establecer un marco común para prevenir y combatir estas formas de violencia, reforzando la protección de las víctimas, el acceso a la justicia, el apoyo especializado, la prevención, la coordinación institucional y la recogida de datos.

La importancia de esta Directiva debe valorarse en relación con la historia previa. Durante años, se sostuvo que una directiva europea general sobre violencia contra las mujeres era deseable, pero competencialmente difícil. En el capítulo que sirve de antecedente a esta investigación se recogía precisamente la existencia de propuestas doctrinales en ese sentido y la idea de que una directiva permitiría avanzar hacia una mayor armonización y, por tanto, hacia una menor desprotección de las mujeres[20]. La aprobación de la Directiva 2024/1385 convierte esa aspiración en Derecho positivo.

Ahora bien, la Directiva no debe confundirse con el Convenio de Estambul. No lo sustituye, no reproduce todo su contenido y no elimina la relevancia de la ratificación estatal. Su alcance está determinado por las bases jurídicas del Derecho de la Unión. Pero precisamente por ser Derecho derivado, sí tiene un efecto que el Convenio no puede desplegar por sí solo frente a los Estados no ratificantes: obliga a todos los Estados miembros destinatarios a transponer sus previsiones en los plazos establecidos.

Este dato es crucial. Bulgaria, Chequia, Hungría, Lituania y Eslovaquia no han ratificado el Convenio, pero deberán cumplir la Directiva en cuanto Estados miembros de la Unión. Por tanto, la Directiva funciona como un mecanismo de europeización obligatoria de determinados estándares mínimos contra la violencia hacia las mujeres. No incorpora todo Estambul, pero

---

20 Thill, Magaly (2020). «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», *IgualdadES*, n.º 2, p. 162. La misma autora en su tesis doctoral justificaba que existiera una Directiva sobre violencia de género ya que ello permitiría garantizar la armonización legislativa de todos y cada uno de los Estados miembros: a mayor armonización, menos desprotección de las mujeres, más servicios y derechos (*La obligación de los Estados Europeos de luchar contra la violencia de género: análisis del marco político-jurídico de la Unión Europea desde una perspectiva feminista*, tesis doctoral inédita, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2019, pp. 512 y ss).

sí reduce el margen de divergencia nacional en aspectos especialmente relevantes.

La Directiva resulta además novedosa por su atención a la violencia digital. La violencia contra las mujeres ya no puede comprenderse únicamente desde las categorías tradicionales de violencia física o doméstica. La difusión no consentida de imágenes íntimas, el ciberacoso, el ciberhostigamiento, la incitación digital a la violencia o al odio y otras formas de violencia online han adquirido una centralidad evidente.

En este punto, la Directiva no solo actualiza el marco jurídico, sino que lo adapta a formas de violencia que el Convenio de Estambul, por su fecha, no podía desarrollar con la misma precisión. Ello no significa que el Convenio sea obsoleto, sino que su lógica integral debe ser complementada con instrumentos normativos capaces de responder a la transformación tecnológica de la violencia.

IX. TRANSPOSICIÓN, LITIGIOSIDAD Y FUTURO PAPEL DEL TJUE

La Directiva 2024/1385 abre una nueva fase en la que el TJUE puede adquirir un protagonismo creciente. Mientras la adhesión al Convenio generaba principalmente cuestiones de acción exterior, competencias y relaciones entre la Unión y los Estados miembros, la Directiva genera obligaciones concretas de transposición, interpretación y aplicación.

Los Estados miembros deben transponer la Directiva antes del 14 de junio de 2027. A partir de ese momento, pueden surgir distintas vías de litigiosidad. En primer lugar, procedimientos de infracción por falta de transposición, transposición incompleta o transposición incorrecta. En segundo lugar, cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales sobre la interpretación de los conceptos de la Directiva. En tercer lugar, litigios relativos a la relación entre la Directiva, la Carta de Derechos Fundamentales y el Convenio de Estambul.

Las futuras cuestiones prejudiciales podrían girar en torno a numerosos aspectos. Por ejemplo, el alcance de las obligaciones de protección especializada; la suficiencia de los recursos ofrecidos a las víctimas; la interpretación de las formas de violencia digital; la protección de víctimas especialmente vulnerables; la compatibilidad de normas nacionales con los estándares mínimos europeos; la relación entre violencia de género y discriminación; o el margen nacional para diseñar políticas públicas de prevención.

También puede producirse litigiosidad en relación con las bases competenciales de la Directiva. El proceso legislativo ya mostró tensiones importantes, especialmente en torno a la inclusión o exclusión de determinados

ISBN: 978-84-7777-740-3

tipos penales. La versión finalmente adoptada no incorporó una armonización general del delito de violación basada en la ausencia de consentimiento, lo que evidencia los límites competenciales y políticos de la Unión en materia penal[21]. Esta ausencia puede convertirse en uno de los puntos críticos del debate doctrinal: la Directiva es histórica, pero no agota las exigencias del Convenio de Estambul ni las reivindicaciones de armonización en materia de violencia sexual[22].

Con todo, la Directiva sí proporciona al TJUE una base normativa mucho más directa para pronunciarse sobre violencia contra las mujeres[23]. Hasta ahora, el Tribunal ha abordado la cuestión principalmente desde ámbitos conexos: residencia, asilo, protección internacional, igualdad o derechos de las víctimas. Con la Directiva 2024/1385, el Tribunal podrá interpretar por primera vez un instrumento específicamente diseñado para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Ahí reside una de las transformaciones más importantes del momento actual. El Convenio de Estambul había entrado en el ordenamiento de la Unión por la vía de la adhesión internacional. La Directiva introduce en el Derecho derivado de la Unión una parte sustancial de ese horizonte normativo. Y el TJUE, al interpretar la Directiva, podrá hacerlo en diálogo con el Convenio, con la Carta Europea de Derechos Fundamentales y con su propia jurisprudencia emergente sobre protección internacional y violencia de género.

Esta interacción puede tener efectos especialmente relevantes en los Estados no ratificantes. Aunque esos Estados no estén vinculados por el Convenio como partes, sí estarán vinculados por la Directiva. Si los tribunales nacionales plantean cuestiones prejudiciales o si la Comisión inicia procedimientos de infracción, el TJUE podrá pronunciarse sobre obligaciones que, aunque no reproduzcan íntegramente el Convenio, sí responden a su misma lógica protectora. La fragmentación estatal no desaparece, pero queda parcialmente atravesada por el Derecho de la Unión.

---

21 Rigotti, Carlotta (2022). «A long way to end rape in the European Union: Assessing the Commission's proposal to harmonise rape law, through a feminist lens», en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 13, n.º 2, pp. 153-179.

22 Sobre los déficits manifiestos en el contenido de la Directiva es muy interesante el análisis de Keren Casim (2025), quien afirma que la Directiva no regula de manera suficiente la violencia y el acoso de género en el ámbito laboral, no conectando adecuadamente violencia doméstica y vida laboral, ni abordando suficientemente los riesgos ligados a la inteligencia artificial, a la vigilancia digital, a la violencia de terceros, o los que pueden derivarse de la presencia y actuación de los sindicatos o del diálogo social («Addressing Work-Related Gender-Based Violence and Harassment: Insights from the EU Directive on Combating Violence against Women and Domestic Violence», *European Trade Union Institute*, Working Paper 10).

23 McQuigg, Ronagh, «The New EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence», *QPOL-Queen's Policy Engagement*, 12 de junio de 2024.

X. LA UE ANTE GREVIO: DE OBSERVADORA A SUJETO EVALUADO

Otro elemento que merece atención es el cambio de posición institucional de la Unión respecto del sistema de seguimiento del Convenio. Durante el proceso de elaboración del Convenio, la Unión actuó como observadora. Durante los años posteriores, fue una firmante pendiente de adhesión. Desde 2023, es parte del Convenio. Y desde 2025 ha entrado en el procedimiento de evaluación del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, más conocido por su acrónimo de GREVIO.

El Consejo de Europa informó de que GREVIO ya había recibido el informe de la Unión Europea el 24 de noviembre de 2025 en el marco de su procedimiento de evaluación de base[24]. También anunció que GREVIO prevé realizar una visita de evaluación a la Unión en el segundo trimestre de 2026 y adoptar su informe de evaluación de base sobre la UE durante el siguiente año, esto es, 2027.

Este dato tiene una importancia que no debe subestimarse. La UE deja de ser únicamente promotora de estándares frente a sus Estados miembros y pasa a ser también sujeto evaluado. GREVIO deberá analizar en qué medida las instituciones, órganos y agencias de la Unión aplican el Convenio dentro de los ámbitos cubiertos por la adhesión. Ello incluye cuestiones relativas a la administración pública de la Unión, la cooperación judicial penal, el asilo y la no devolución.

La evaluación de GREVIO puede contribuir a identificar lagunas del Derecho de la Unión y a presionar políticamente para mejorar la aplicación de la Directiva 2024/1385. Aunque GREVIO no es un tribunal, sus informes tienen una autoridad técnica y política relevante. Además, pueden alimentar el debate institucional europeo, servir de referencia para el Parlamento y la Comisión, y eventualmente ser utilizados como material interpretativo por tribunales nacionales o por el propio TJUE.

La entrada de la Unión en el sistema GREVIO confirma, por tanto, que la adhesión tiene consecuencias. No es meramente declarativa. Obliga a la UE a rendir cuentas en los ámbitos de su competencia y puede generar una dinámica de supervisión externa sobre su propio marco normativo y político.

XI. BALANCE CRÍTICO: UNA EUROPEIZACIÓN INCOMPLETA, PERO JURÍDICAMENTE FÉRTIL

La evolución del Convenio de Estambul en la Unión Europea desde el Dictamen 1/19 permite formular un balance matizado. No cabe duda de que

24 Se puede *consultar online* [última consulta: 18 de mayo de 2026].

ISBN: 978-84-7777-740-3

se han producido avances sustanciales. Afortunadamente, se ha superado el bloqueo jurídico-político que paralizó la adhesión durante años. La Unión ya es parte del Convenio. Por otro lado, y de una manera que podríamos calificar de lógica, el TJUE ha comenzado a utilizar el Convenio como parámetro interpretativo en materia de asilo. La Directiva 2024/1385 creó, por primera vez, un marco legislativo europeo específico contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica. Y la UE ha entrado en el procedimiento de evaluación de GREVIO.

Pero estos avances no deben ocultar los límites. La adhesión de la UE es limitada porque limitada es su competencia. Y el Convenio no ha sido ratificado por todos los Estados miembros. La Directiva, como hemos apuntado, no reproduce en su totalidad el contenido del Convenio. Y, el sometimiento a la vigilancia por parte del mecanismo GREVIO no es en ningún caso un control de naturaleza jurisdiccional. Finalmente, y aunque resulte obvio, la previsible cada vez mayor interacción con Luxemburgo siempre va a quedar circunscrita a los estrictos márgenes del Derecho de la Unión.

La principal tensión sigue siendo la fragmentación. Fragmentación normativa, porque no todos los Estados están vinculados del mismo modo por el Convenio. Fragmentación institucional, porque no todos están sometidos al mismo control internacional. Fragmentación material, porque la protección de las víctimas puede variar en función del territorio. Y fragmentación política, porque el concepto de género continúa siendo utilizado por algunos actores como eje de resistencia frente a las políticas de igualdad.

Sin embargo, la situación actual es más prometedora que la existente antes del Dictamen 1/19. La adhesión europea ha creado un puente entre el Convenio y el Derecho de la Unión. La Directiva 2024/1385 ha transformado parte del programa político del Convenio en obligaciones jurídicas europeas. Y la jurisprudencia del TJUE en materia de protección internacional muestra que el Convenio puede tener efectos interpretativos incluso en Estados que no lo han ratificado.

La clave está en comprender que la adhesión de la Unión, aunque limitada y aparentemente peculiar, tiene importancia precisamente porque modifica el ecosistema jurídico europeo. Antes de 2023, el Convenio era para la UE un tratado firmado pero no concluido. Después de 2023, es un acuerdo internacional vinculante para la Unión. Antes de 2024, la violencia contra las mujeres era abordada por el Derecho de la Unión de forma sectorial. Después de la Directiva 2024/1385, existe un instrumento específico que puede ser invocado, transpuesto, interpretado y controlado. En realidad, lo que los datos nos indican es que antes del reciente giro jurisprudencial, el TJUE se había limitado a ser fundamentalmente y sobre todo un árbitro competencial. Ahora, tiene la oportunidad de convertirse en intérprete sustantivo de estándares europeos contra la violencia de género.

Por todo ello, el momento actual no debe describirse como el final del proceso, sino como el inicio de una segunda fase. Si la primera fase fue la de la adhesión (firma, bloqueo, Dictamen, decisiones del Consejo y entrada en vigor), la segunda fase bien pudiera ser la de la implementación: transposición de la Directiva, evaluación de GREVIO, y, presumible litigiosidad ante tribunales nacionales, cuestiones prejudiciales y procedimientos de infracción.

XII. CONCLUSIÓN

El Convenio de Estambul ha recorrido en la Unión Europea un camino complejo: de instrumento externo del Consejo de Europa a tratado firmado por la UE; de adhesión bloqueada a adhesión jurídicamente viable; de compromiso político a obligación internacional limitada; de parámetro aspiracional a criterio interpretativo utilizado por el Tribunal de Justicia; y, finalmente, de marco internacional a horizonte normativo parcialmente incorporado mediante la Directiva 2024/1385.

La evolución desde el Dictamen 1/19 muestra que el Tribunal de Justicia desempeñó un papel decisivo al impedir que la falta de común acuerdo entre los Estados miembros funcionara como bloqueo jurídico indefinido. Pero también muestra que la solución alcanzada fue necesariamente limitada. La Unión pudo adherirse al Convenio dentro de sus competencias, no sustituir la ratificación estatal. De ahí que la falta de ratificación por Bulgaria, Chequia, Hungría, Lituania y Eslovaquia no deje de ser a todas luces jurídicamente relevante y, políticamente, cuando menos, preocupante.

La Directiva 2024/1385 introduce, sin embargo, un elemento nuevo. Aunque no sustituya al Convenio, obliga a todos los Estados miembros a adaptar sus ordenamientos a un marco mínimo común contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica. Su transposición será el próximo gran campo de batalla jurídico. En ese terreno, el TJUE puede adquirir un papel central, tanto mediante cuestiones prejudiciales como mediante procedimientos de infracción.

La adhesión de la Unión al Convenio de Estambul no ha eliminado las fracturas europeas en torno al género, pero ha alterado profundamente las condiciones del debate. A partir de ahora, los Estados que no han ratificado el Convenio ya no se sitúan frente a un simple compromiso internacional ajeno, sino frente a un Derecho de la Unión cada vez más permeado por los estándares de Estambul. Y, esa es, probablemente, la principal importancia de una adhesión que pudo parecer extraña en su forma, pero que puede resultar decisiva en sus efectos.

En definitiva, el Convenio de Estambul ha dejado de ser un proceso en construcción para convertirse en un proceso de implementación conflictiva.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La cuestión ya no es solo si la Unión puede adherirse, sino cómo debe cumplir, cómo deben transponer los Estados, cómo debe interpretar el Tribunal de Justicia y cómo debe garantizarse que la protección frente a la violencia contra las mujeres no dependa del azar territorial ni de la resistencia ideológica de algunos ordenamientos nacionales. El futuro inmediato del Convenio en la Unión Europea se jugará, por tanto, en la intersección entre adhesión internacional, Derecho derivado, y jurisprudencia del TJUE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sobre la designación de magistrados del Tribunal Constitucional: una mirada crítica

Luis Martín Rebollo

Catedrático de Derecho Administrativo
Profesor emérito. Universidad de Cantabria
ORCID: 0000-0002-6252-5481

Para Edorta Cobreros en su jubilación.

Con afecto y admiración.

1. Desde la puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional en junio de 1980 y hasta la actualidad (2026) en estos cuarenta y cinco años han ocupado plaza como magistrados 72 personas, 62 varones y 10 mujeres. Todas ellas han sido nombradas conforme prevé el art. 159 de la Constitución según el cual el Tribunal se compone de 12 miembros, de los cuales cuatro son nombrados a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos (o sea, con un mínimo de 210 votos); cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y otros dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial conforme a la normativa propia de dicho Consejo que ahora es el art. 599 de la LOPJ (tres quintos del Pleno, lo que contando con 20 vocales más el presidente suponen, al menos, 13 votos).

Según el mismo precepto constitucional los miembros del Tribunal deberán ser nombrados entre magistrados, fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional, respetando, en todo, caso, la presencia equilibrada de mujeres y hombres, tal y como señala ahora el art. 16 de la Ley reguladora del Tribunal. Su mandato dura nueve años y el Tribunal se renueva por terceras partes cada tres.

2. Todas estas previsiones de la Constitución eran y son muy razonables tanto desde el punto de vista de los requisitos de solvencia contemplados como desde la óptica del origen de las propuestas. Y además se movían en términos parecidos a las previsiones de otros Tribunales euro-

ISBN: 978-84-7777-740-3

peos, tratando de involucrar así en los nombramientos a todos los Poderes del Estado. La previsión de mayorías muy cualificadas para llevar a cabo las propuestas exige un grado de acuerdo importante a partir de la presunción de que de esa forma se integrarían también varios grupos parlamentarios porque no era previsible que ningún partido pudiera llegar a tener por sí solo una mayoría tan destacada ni en el Congreso ni en el Senado. La mayoría amplia del CGPJ no está en la Constitución sino en la Ley Orgánica del Poder Judicial (y por tanto es la única que se podría eventualmente cambiar sin modificar aquélla) pero, siendo el Consejo un órgano plural de carácter representativo, el criterio obedece a la misma finalidad integradora.

3. La selección de potenciales candidatos a magistrados no es fácil excepto, quizá, cuando la propuesta corresponde al Gobierno. En ese caso no hay problema a la hora de designar a los dos que a él le corresponden. Propondrá a quienes desee; a quienes, reuniendo los requisitos formales previstos, conciten en sí mismos la «reconocida competencia» de que habla la Ley; un concepto ciertamente lábil, pero que se puede concretar a partir de una común y consolidada consideración compartida de indicios y presunciones.

Cuando la propuesta corresponde al CGPJ tampoco debe haber —y, en general, no ha habido— excesivos problemas en cuanto que el Consejo solía designar a miembros de la carrera judicial preseleccionados conforme a sus propias reglas.

Pero cuando la propuesta corresponde a las Cámaras parlamentarias la situación es más compleja y se plantea frontalmente el problema del modo de seleccionar y designar a los candidatos. Y es entonces cuando surge el tema de las cuotas, la penosa imagen que vincula a veces al candidato a la órbita ideológica del partido que lo propone. Una imagen que, por fortuna, aunque quizá menos veces de las deseables, no siempre se corresponde con la realidad porque cabe identificar muchos casos en los que magistrados propuestos por el partido que sostiene en cada caso al Gobierno han votado en contra de la constitucionalidad de proyectos gubernamentales. Y al revés. Un último y relevante ejemplo lo podemos hallar en la conocida STC 148/2021, sobre el estado de alarma a raíz de la pandemia de la COVID, en la que al menos dos magistrados calificados de «conservadores» votaron a favor de la constitucionalidad del Decreto (del estado de alarma) impugnado y por lo menos uno, originariamente patrocinado por uno de los partidos del Gobierno, votó en contra.

Pero se ha creado la imagen de los bloques conservador/progresista en el Tribunal. Y no es fácil evitarla. Por eso conviene recordar algunas cosas del pasado, de los primeros años de funcionamiento del Tribunal cuando no era sencillo adivinar a qué partidos estaban personalmente más cercanos muchos o incluso la mayoría de los entonces magistrados.

Por ejemplo, cuando Luis Díez Picazo, catedrático de Derecho Civil y magistrado del primer Tribunal Constitucional (1980-1983), firmaba una Sentencia, ¿sabía alguien si era conservador o progresista?, ¿se podía adivinar fácilmente a qué partido estaba personalmente más cercana Gloria Begué, la primera decana de una Facultad de Derecho de España, catedrática de Hacienda Pública y también magistrada constitucional?, ¿y Rubio Llorente o Gómez-Ferrer o Jerónimo Arozamena, magistrados constitucionales todos ellos y antes conocidos catedráticos los dos primeros y magistrado del Tribunal Supremo el tercero?, ¿y Antonio Truyol, Ángel Latorre o Álvaro Rodríguez Bereijo cuyos solos nombres evocan para varias generaciones de estudiantes un modo de hacer que les ha marcado luego toda la vida como profesionales? Entre los magistrados de origen judicial, ¿cómo «clasificar» a Eugenio Díaz Eimil o a Carlos de la Vega, magistrados ambos desde el tercer Tribunal (1986-1989)?, ¿y Pablo García Manzano que desde su paso por la Audiencia de Pamplona se convirtió en un referente del Derecho Urbanístico?, ¿y Enrique Ruiz Vadillo o Vicente Conde, que fueron magistrados también poco después?

Se podría «adivinar» por datos indirectos algunas igualmente vagas tendencias de muchos de esos magistrados, pero no calificar con firmeza y clasificar, como ahora, su adscripción ideológica previa.

La lista y los ejemplos podrían ampliarse hasta los doce magistrados del Tribunal en varias de sus formaciones de los primeros años; un Tribunal que, en muy poco tiempo, a golpe de Sentencia y de interpretación, de forma muy mayoritaria e incluso con frecuencia por unanimidad definió los derechos, aclaró competencias, construyó el sistema autonómico y adecuó todo el Ordenamiento al nuevo orden constitucional. ¿Podía alguien adivinar *a priori* y en todos los casos quién los había propuesto?, ¿podría colocárseles a todos ellos el sambenito a que me refería antes? Es seguro o, al menos, muy probable, que no. Y es que, salvo en el caso de uno de los magistrados del primer Tribunal, que había tenido con anterioridad alguna relación con la política activa, ninguno de los demás podía ser identificado por sus pronunciamientos previos. Porque todo o casi todo lo que había salido de sus plumas se hallaba en las revistas académicas y profesionales, pero no, desde luego, en las tertulias o en la prensa diaria. La calidad y la excelencia intelectual de todos ellos estaba fuera de toda duda y el simple enunciado de sus nombres así lo evocaba en la mayoría de los juristas cultos. Y eso se puede predicar, como digo, no solo del primer Tribunal y del segundo sino también de muchos más de los que les siguieron. Formaciones integradas por magistrados de procedencia académica o del Tribunal Supremo que fueron designados, sí, a propuesta de los partidos políticos cuando era al Parlamento a quien le tocada, por turno, proponer, pero a partir de una solución pactada o utilizando, sobre todo al principio, una fórmula que nada tiene que ver con el reparto indiscriminado de cuotas que se ha generalizado luego, esto es, el «elige tú los dos que quieras y yo haré lo mismo, pero ni tu ni yo podemos vetar a los que el otro escoja».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Frente a esa caricatura o pantomima de acuerdo se usó efectivamente, sobre todo en la configuración del primer Tribunal de 1980, el debate y el consenso hasta llegar a *candidatos asumidos de forma compartida por todos los grandes partidos* o utilizando, como digo, la formula del menor rechazo, esto es, poniendo cada grupo encima de la mesa de la negociación una lista amplia de candidatos y atribuyendo al otro un derecho alternativo de veto hasta llegar a cuatro que serían, así, los cuatro que concitaban si no el mayor apoyo sí, al menos, el menor rechazo. Fue una fórmula de éxito utilizada al principio, pero que más tarde se abandonó, de manera que los candidatos —con razón o sin ella— quedaron marcados por el estigma de la propuesta de su origen, la que vemos en las infografías de la prensa cuando reproducen la mesa del Pleno del Tribunal. Una imagen penosa que, por fortuna, como he dicho, no siempre se corresponde luego con la práctica jurisprudencial si se analizan en detalle los miles de sentencias que ha dictado el Tribunal en todos estos años. Pero, aunque eso sea así, da igual, porque una vez más lo que importa es la percepción genérica, la idea que se proyecta, las formas, los modales que es preciso cambiar. Y no hay mucho que inventar. O se pacta el acuerdo de manera que todos asuman a todos los propuestos o se utiliza la vieja fórmula de los vetos cruzados. Todo menos lo que al final se ha acabado haciendo y que los candidatos —también hay que decirlo— han aceptado sin ninguna protesta.

4. Y, dicho esto, cabe plantear la otra pregunta que no es nada retórica: ¿cuál es o debe ser el perfil profesional de los candidatos? Ya he dicho que según el mismo art. 159 de la Constitución los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados, fiscales, profesores, abogados y otros funcionarios, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Y, ¿cuál ha sido la práctica en estos últimos 45 años?

Ha habido, como he dicho, 72 magistrados. De ellos 38 de origen académico (31 catedráticos y 7 catedráticas de diferentes disciplinas jurídicas) y 24 magistrados del Tribunal Supremo (23 varones y una mujer). Además, otros 10 han sido magistrados de órganos jurisdiccionales distintos del Tribunal Supremo (6), tres abogados y un fiscal.

5. Los 38 catedráticos corresponden a 13 especialidades diferentes siendo las mayoritarias Derecho Constitucional (12), Derecho del Trabajo (5), Derecho Administrativo (4), Derecho Civil (3) y Derecho Internacional (3). Hubo dos de Derecho Penal, Derecho Mercantil y Filosofía del Derecho. Y uno de Derecho Financiero, Hacienda Pública, Derecho Procesal, Derecho Romano e Historia del Derecho.

Aunque no existe ninguna limitación más allá de las previsiones que acaban de mencionarse, una convención no escrita ha hecho que, desde el principio y hasta hace poco, la mayoría del Tribunal haya estado integrada

por profesores universitarios, todos ellos, sin excepción, catedráticos de Universidad; exigencia que no estaba tampoco en ningún sitio escrita pero que, como de nuevo es lo habitual en otros Tribunales de este tipo, parece razonable. Y ello porque, aunque esa condición no garantiza por sí sola la mayor competencia intelectual, al tratarse de la máxima categoría académica cabe suponer que todos ellos la poseen en su más alto grado aplicando al caso una conocida técnica que ya manejaron los romanos, la de las presunciones, aunque sean *iuris tantum*, esto es, aunque admitan prueba en contrario.

6. Algo parecido cabe decir de los magistrados de origen judicial que, hasta ahora, y con solo dos excepciones, siempre habían sido elegidos de entre magistrados del Tribunal Supremo. Es verdad que la Constitución no exige tampoco que los magistrados constitucionales de origen judicial deban ser del Supremo. Es verdad que puede haber excelentes jueces y magistrados adscritos a órganos jurisdiccionales diferentes del Tribunal Supremo que pueden ser propuestos como magistrados del Constitucional. Pero, como ha dicho el ex presidente del Tribunal Constitucional, Pedro Cruz Villalón, había un sobreentendido, otra convención no escrita de que los magistrados del Constitucional habían de proceder del Tribunal Supremo. Y así ha venido siendo hasta la última renovación, con dos únicas excepciones, en 1980 y en 2013.

En efecto, de los 30 magistrados de origen judicial que ha habido hasta ahora, 24 procedían del Tribunal Supremo. Hasta 2021 había habido solamente, como digo, dos excepciones: la del magistrado de la entonces Audiencia Territorial de Sevilla Plácido Fernández Viagas (elegido para el Consejo del Poder Judicial para el primer Tribunal y que falleció año y pico después de su nombramiento) y, luego, la del magistrado de la Audiencia Nacional Enrique López, elegido por el Gobierno en la primavera de 2013 para integrarse en duodécimo Tribunal (2013-2017), pero que renunció apenas un año después, en junio de 2014. A esas dos excepciones se unieron tres ejemplos más en la renovación de 2021 cuando el Congreso, a quien le correspondía por turno proponer magistrados, propuso a dos magistradas y un magistrado que no eran ninguno del Tribunal Supremo. Dos ejercían en la Audiencia Nacional y una en un Tribunal Superior de Justicia de una comunidad autónoma. Y todavía en la última renovación de 2022, cuando correspondía al Gobierno y al CGPJ proponer, este eligió dos magistrados del Tribunal Supremo, pero el Gobierno designó a una catedrática y a un magistrado que no era del Supremo sino de la Audiencia Nacional, completándose así el número de 6 magistrados de origen judicial que no han sido previamente del Tribunal Supremo.

El nombramiento de magistrados constitucionales que no procedan del Tribunal Supremo no es irrelevante porque, así como no hay diferencias de categoría entre los magistrados de la Audiencia Nacional, los de los Tribu-

ISBN: 978-84-7777-740-3

nales Superiores de Justicia o aun los de las Audiencias provinciales, sí las hay entre ellos y los magistrados del Tribunal Supremo. La carrera judicial se articula en tres categorías: juez, magistrado y magistrado del Tribunal Supremo (art. 299.1 LOPJ). La Audiencia Nacional o los Tribunales Superiores de Justicia son un destino que obtienen por concurso los magistrados que, «ostentando la categoría necesaria», esto es, justamente la categoría de magistrado, tengan «mejor puesto en el escalafón» (art. 330 LOPJ). El acceso al Tribunal Supremo está sujeto a diferentes y mayores requisitos (como regla, llevar al menos diez años en la categoría de magistrado y no menos de quince en la carrera judicial) y los magistrados que accedan a él «tienen un estatuto especial» (art. 299.2 LOPJ), de manera tal que el acceso al Tribunal Supremo supone un *plus* y, desde luego, un cambio de categoría. Y aparte del sobreentendido al que se refería el ex presidente Cruz Villalón, hay una razón de imagen y prudencia porque una de las funciones del Tribunal Constitucional es el recurso de amparo, que se interpone normalmente después de un pronunciamiento del Tribunal Supremo cuyas sentencias el Constitucional podrá revisar, anular o matizar. Y no parece que sea la mejor imagen la de que magistrados de distinta categoría enjuicien las decisiones de los de otra categoría superior, teniendo en cuenta, además, que se trata de un periodo transitorio, de manera que, al terminar su mandato como magistrados constitucionales, esos magistrados volverán a sus destinos de origen y entonces, al revés, deberán considerar y tener en cuenta en sus Sentencias la doctrina del Tribunal Supremo a la que se hallarán otra vez supeditados.

7. Así, pues, los magistrados del Tribunal Constitucional han sido y son, con escasísimas excepciones, catedráticos de Derecho o magistrados (en su mayoría del Tribunal Supremo).

La relación entre estos dos grandes bloques de magistrados identificados por su origen profesional ha cambiado con el tiempo. Durante más de veinte años y destacadamente en la primera etapa del Tribunal Constitucional los Catedráticos eran una abrumadora mayoría. Durante los primeros doce años los magistrados de origen académico fueron el 83% durante seis años (10 de 12) y el 75% en los seis años siguientes (9 de 12). Luego la proporción se redujo un poco, pero se mantuvo en el 67% (8 de 12) durante los siguientes nueve años, el 58% (7 de 12) a lo largo de otros seis años y un razonable 50% (6 de 12) en tres períodos distintos que, juntos, suman otros nueve años. Solo en 2021 ese porcentaje se reduce sustancialmente y baja al 33%, o sea, 4 de 12, descendiendo al nivel mínimo en la última renovación de 2023 cuando quedan solamente tres magistrados de origen académico (el 25%).

El cambio es significativo y comparativamente llamativo. Choca, en efecto, con lo que es común y sucede en buena parte de otros Tribunales de esta naturaleza. Por ejemplo, en Italia la Corte Constitucional está inte-

grada por 8 profesores ordinarios, es decir, catedráticos en nuestra terminología, de un total de 15 magistrados (el 53%) y en todo el Tribunal Constitucional Federal alemán hay 9 profesores (había hace poco 10) de un total de 16 miembros (el 56%).

Esa tradicional mayoría de profesores en los Tribunales Constitucionales respecto de los magistrados de origen estrictamente judicial tiene algo que ver con el tipo de trabajo de estos Tribunales y con la forma que suelen utilizar para razonar. En efecto, el Tribunal Constitucional tiene que dar respuesta concreta a los asuntos que le llegan (recursos de inconstitucionalidad frente a leyes, amparos en defensa de derechos, conflictos competenciales que, con frecuencia, surgen en un Estado compuesto como el nuestro), pero tiene que hacerlo —en particular en los recursos de inconstitucionalidad— con un planteamiento un tanto diferente del que adopta un tribunal ordinario al resolver un caso. Y es que el Tribunal no solo tiene que resolver; *tiene que convencer*. Por eso, sus Sentencias suelen ser muy largas, complejas, llenas de matices y previsoras de futuro. Una tarea a la que están más acostumbrados los analistas teóricos y en la que, además, han de dar respuesta a una vieja objeción acerca del papel de los Tribunales Constitucionales; aquella que plantea la pregunta del origen del poder de unos señores no elegidos por el pueblo para enmendarle la plana a los parlamentarios que sí han sido elegidos por él. Una pregunta que no se plantea en el caso de los tribunales ordinarios porque su labor consiste básicamente en analizar la correcta aplicación de las Leyes, pero que en los Tribunales Constitucionales es habitual, por elevación, porque, al menos en el caso del recurso de inconstitucionalidad, *no analizan la aplicación de la ley sino la propia ley.* Y eso es más delicado.

La respuesta tradicional a esta pregunta —que subyace, como digo, en algunas de las objeciones clásicas a los Tribunales Constitucionales— está en el Derecho, en la argumentación. Por decirlo con las sutiles palabras del profesor y antiguo magistrado constitucional Francisco Rubio Llorente: «Todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones: la del legislador y la del juez. Aquélla tiene la inmensa autoridad de la representación popular; esta no puede recabar para sí otra que la que procede del Derecho, es decir, y esto es lo decisivo, *de un determinado método de interpretar* los preceptos constitucionales». Al acceder un tema al Tribunal Constitucional no cambia su naturaleza política, pero sí las herramientas desde las que se analiza que son ya, únicamente, las del Derecho, las de la interpretación. Y aunque es verdad que con frecuencia caben diversas interpretaciones —en función de los criterios hermenéuticos habituales que incluyen no solo la perspectiva lógica y lingüística, sino también el punto de vista de la historia, el contexto y la propia sensibilidad del intérprete—; aunque es cierto, digo, que a veces caben varias interpretaciones, no es menos verdad que la interpretación *jurídica* tiene sus límites que el jurista, como tal, —y, por tanto, el Tribunal Cons-

ISBN: 978-84-7777-740-3

titucional— no puede traspasar. El papel del Tribunal Constitucional no es decir qué desarrollo legal de la Constitución es conveniente u oportuno, ni siquiera, primariamente, qué desarrollo *es* constitucional, sino, sobre todo, *cuál no lo es*. Un delicado método de análisis que exige explicar y motivar y que tiene como consecuencia inducida, por eso, la frecuente extensión de las Sentencias de este tipo de Tribunales. Unos Tribunales que tienen como único parámetro de referencia la Constitución, mejor dicho, una cierta *metodología* acuñada por la historia y la propia dogmática para analizar e interpretar los preceptos constitucionales. Y que no deben considerar juicios de valor subjetivos o de oportunidad, siempre respetables, pero que apelan a otro tipo de consideraciones que exceden de las estrictamente jurídicas para entrar de lleno en la polémica política. Los límites de esta separación, no obstante, no están siempre claros en la realidad. De ahí que lo que le es lícito al ciudadano e incluso al estudioso, que inevitablemente incorpora sus propios puntos de vista al enfrentarse con las normas, criticarlas o proponer su reforma, no le sea igualmente lícito al Tribunal Constitucional que ha de imponerse cierta autorrestricción porque su legitimidad se basa precisamente en la solidez de su discurso, en la solvencia de su argumentación y en la motivación de sus decisiones extraídas de una interpretación sistemática y de conjunto de la Constitución. Una tarea que es propia de todos los juristas, desde luego, pero muy destacadamente de la doctrina, esto es, de los profesores que hacen de ella su ocupación principal.

8. Pues bien, el Tribunal Constitucional se ha renovado dos veces en los últimos años. En la primera de esas dos renovaciones, la de 2021, en la que correspondía al Congreso proponer candidatos, se ha realizado por cupos rígidos, esto es, dos candidatos propuestos por el partido del Gobierno y otros dos por el principal partido de la oposición, sin posibilidad de encuentro o de buscar el mínimo común de rechazo al que antes me refería, hasta el punto de llegar a decirse que cada parte negociadora solo se responsabilizaba de los por ella propuestos, o sea, *designados*, lo que en términos vulgares es tanto como decir de los *míos*. Tampoco se ha respetado la convención no escrita sobre el origen profesional de los candidatos. Y ha habido incluso una fuerte polémica sobre la idoneidad de alguno de ellos por virtud de sus trabajos anteriores o de sus comentarios de prensa que lo definían ideológicamente de forma muy marcada.

En la renovación de 2023, en la que correspondía proponer al CGPJ y al Gobierno, el Consejo propuso a dos magistrados del Tribunal Supremo y el Gobierno a una catedrática con antecedentes vinculados a un trabajo previo en el entorno del Gobierno y a un magistrado de la Audiencia Nacional que, además, tenía un claro perfil político adicional puesto que hasta hacía bien poco había sido nada menos que Ministro de Justicia en ese mismo Gobierno…

9. Todo lo que acabo de exponer se puede plasmar gráficamente en unos cuadros que son, seguramente, más explícitos que lo que he relatado.

En cuanto al origen profesional de los magistrados, desde el principio y hasta hace bien poco, según se observa en el cuadro adjunto, la mayoría han sido profesores universitarios, como también sucede en otros Tribunales Constitucionales. En la actualidad la situación ha cambiado radicalmente y los magistrados de origen académico son absoluta minoría. En el caso de los magistrados de origen judicial hasta la penúltima renovación se impuso la convención de que todos ellos fueran elegidos (con solo dos excepciones) de entre los miembros del máximo órgano judicial, el Tribunal Supremo. Tras las dos últimas renovaciones, a esas dos excepciones (de 1980 y 2013) se han unido otros cuatro casos, de manera que hoy (2026), de los ocho magistrados de origen judicial que hay en el Tribunal la mitad no proceden del Tribunal Supremo.

El origen profesional de los magistrados en el total del periodo considerado se puede sintetizar en el siguiente cuadro:

MAGISTRADOS DEL TC POR ORIGEN PROFESIONAL (1980-2026)			
Catedráticos	Magistrados TS	Otros	Total
38	24	10	72

Los 38 catedráticos (hombres y mujeres) ya dije que corresponden a 13 especialidades diferentes siendo las mayoritarias Derecho Constitucional y Derecho del Trabajo, con 12 y 5 magistrados, respectivamente. En la rúbrica «otros» se incluyen tres abogados, un fiscal y 6 magistrados que no eran del Tribunal Supremo.

Por lo que hace a los presidentes, de los doce que ha habido hasta ahora nueve eran catedráticos (cuatro de ellos de Derecho Constitucional, tres de Derecho del Trabajo, uno de Derecho Financiero y uno de Historia del Derecho) y tres magistrados del Tribunal Supremo (dos procedentes de la Sala de lo Contencioso-administrativo y uno de la Sala de lo Penal).

Teniendo en cuenta que según la propia Constitución los miembros del Tribunal Constitucional son designados por un período de nueve años y que se renuevan por terceras partes cada tres, resulta que cabe hablar de diferentes Tribunales. Tomando ese criterio como referencia y por lo que hace a la composición de las distintas formaciones en función del origen profesional de sus miembros, se puede elaborar el siguiente cuadro.

ISBN: 978-84-7777-740-3

MAGISTRADOS DEL TC POR ORIGEN PROFESIONAL (1980-2025)				
Período	Catedráticos	Magistrados TS	Otros magistrados	Otros
1980-1983	10	3	1	—
1983-1986	10	3	—	1
1986-1989	9	2	—	1
1989-1992	9	3	—	1
1992-1995	8	4	—	1
1995-1998	7	5	—	1
1998-2001	8	4	—	—
2001-2004	6	6	—	1
2004-2010	5	6	—	1
2010-2011	6	5	—	1
2012-2013	8	4	—	—
2013-2017	7	5	1	1
2017-2021	6	5	—	1
2021-2022	4	4	3	1
2023-sigue	3	4	4	1

(*) Téngase en cuenta que en algún periodo aparecen más de 12 personas en cada una de las filas que corresponden a un determinado «Tribunal». La razón está en que en ese periodo de tiempo hubo alguna renuncia o fallecimiento y los magistrados cesantes fueron sustituidos por otros, lo que, a los efectos del cuadro, hace que, en algún caso, haya 13 o 14 personas en el periodo considerado.

Los datos globales que acaban de exponerse se pueden ver mejor desagregados, incluyendo la referencia al sexo y al origen profesional, en el siguiente cuadro:

DATOS DESAGREGADOS							
Varones				Mujeres			Total
62				10			72
Origen académico	Origen judicial		Otros	Origen académico	Origen judicial		Otros	
	TS	Otros Tribunales			TS	Otros Tribunales		
	23	4			1	2		
31	27		4	7	3		0	72

10. Termino. El Tribunal Constitucional es una pieza esencial del sistema institucional; una pieza central que hay que cuidar porque su función más importante (la de resolver recursos de inconstitucionalidad e interpretar la Constitución) es una tarea delicada. Puede anular normas emanadas del Parlamento, es decir, enmendar la plana a los parlamentarios elegidos sin tener ellos mismos una legitimación popular de origen. Y frente a esa objeción clásica está, como ya he dicho, la respuesta igualmente clásica que tiene dos vertientes diferenciadas. De un lado, la participación e intervención pactada de todos los poderes del Estado en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional consolida su legitimación. Y, después, esa legitimación se refuerza con la capacidad de convencer de esos magistrados en sus resoluciones.

La legitimación de los magistrados elegidos de consuno se basa en la argumentación, en el Derecho, en la lógica interna de sus decisiones. Y ambas cuestiones están relacionadas. Porque la elección acordada en términos pactados, llegando al acuerdo si no de la mayor aceptación sí al menos del menor rechazo, potencia la legitimidad del Tribunal. Y la solvencia de los elegidos que actúan con el solo argumento del Derecho refuerza aún más esa legitimidad. Si al juzgar y actuar aciertan en el lenguaje claro, explicativo, razonable y convincente contribuirán sin duda al prestigio de la institución que es, según apunté antes, un elemento central del sistema político sobre el que se proyectará ese mismo prestigio.

Así, pues, el enorme poder de los magistrados constitucionales no les viene solo ni principalmente de su modo de elección consensuado; les viene del razonamiento, del sentido histórico y el significado del Derecho, de la conexión de sus sentencias con la coherencia, la razonabilidad, el realismo, el contexto social, los valores éticos y morales de una sociedad que emanan y se plasman en la propia Constitución, teniendo en cuenta siempre, naturalmente, el contenido del texto que es también dinámico y adaptable a los cambios sociales. Por eso los magistrados deben estar rodeados de algo que va más allá del repetido tópico del «reconocido prestigio» del que habla la Constitución para su elección. Deben tener una *auctoritas* indubitada, un prestigio intelectual reconocido, una trayectoria ética y moral incuestionable, unos *curricula* intachables y, por supuesto, una preparación y una solvencia técnica fuera de toda duda.

Esas exigencias deberían alejar la elección de los magistrados del cambalache de «los tuyos y los míos», de los magistrados «conservadores» o «progresistas» en el penoso espectáculo que se nos ofrece cada día. ¿Hay forma de evitarlo? Sí, basta querer. Y se evitó al principio, en los primeros años de vida del Tribunal. Y eso tuvo que ver con la voluntad compartida de la mayoría de los actores, pero también con el *modus operandi* utilizado. No es lo mismo, por ejemplo, que los partidos se repartan nombres de candidatos (estos son los «míos» que tu no cuestionas, como yo tampoco

ISBN: 978-84-7777-740-3

cuestiono a los tuyos) que buscar una lista aceptada por todos en el sentido de que, aunque no todos susciten a todos entusiasmo tampoco generen un frontal rechazo a ninguno.

Hay, pues, fórmulas e incluso, aunque inicialmente pueda parecer una *boutade*, está el sorteo, como sugirió alguna vez F. Sosa Wagner, entre una lista relativamente amplia de candidatos previamente seleccionados y filtrados por requisitos objetivos. No es ningún disparate; fue, por ejemplo, una aspiración ampliamente compartida a la hora de seleccionar los tribunales de las viejas oposiciones a cátedras, incluso siguiendo el modelo napoleónico de buscar tres teóricas sensibilidades en función de la edad, lo que suponía dividir en tercios el total de sorteables para seleccionar candidatos que observaran la realidad desde una larga experiencia, desde la serena madurez o desde una relativa juventud. En fin, todo menos la imagen de la mesa del Tribunal identificada por colores y el llevarse las manos a la cabeza cuando, como a veces sucede, un magistrado supuestamente considerado «progresista» o «conservador» vota en sentido contrario a como, de forma prejuiciosa, se supone que tendría que votar.

No es extraño, pues, que en los últimos años abunden cada vez más las voces —en particular, en la academia— que abogan por un cambio radical en la forma de actuar de los partidos a la hora de proponer candidatos para una institución tan destacada como el Tribunal Constitucional. Pero si, como digo, no es extraño que abunden voces que propugnan cambios en la conformación de esta pieza esencial en la defensa de la Constitución, tampoco ha de sorprender que ante algunas experiencias negativas en las instituciones centrales del sistema cunda el desánimo o la frustración e incluso que venga a veces a la memoria el eco del resignado lamento que Mario Vargas Llosa pone en boca del protagonista de una de sus novelas más desencantadas y emblemáticas al empezar la historia…

ANEXO I

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1980-2026)			
	Nombre	Origen profesional	Período
1	Manuel Díez de Velasco	Catedrático D. Internacional	1980-1986
2	Aurelio Menéndez	Catedrático D. Mercantil	1980-1980
3	Antonio Truyol Serra	Catedrático Filosofía del D.	1981-1990
4	Francisco Rubio Llorente	Catedrático D. Constitucional	1980-1992
5	Francisco Tomás Valiente	Catedrático Historia del D.	1980-1992
6	Gloria Begué Cantón	Catedrática Economía y Hacienda	1980-1989
7	Luis Díez Picazo	Catedrático D. Civil	1980-1989
8	Manuel García Pelayo	Catedrático D Constitucional	1980-1986
9	Ángel Latorre Segura	Catedrático D. Romano	1980-1989
10	Jerónimo Arozamena	Magistrado TS	1980-1986
11	Rafael Gómez-Ferrer	Catedrático D. Administrativo	1980-1986
12	Ángel Escudero	Magistrado TS	1980-1986
13	Plácido Fernández Viagas	Magistrado AT Sevilla	1980-1982
14	Francisco Pera Verdaguer	Magistrado TS	1983-1986
15	Jesús Leguina Villa	Catedrático D. Administrativo	1986-1992
16	Fernando García Mon	Abogado	1986-1998
17	Luis M.ª López Guerra	Catedrático D. Constitucional	1986-1995
18	Miguel Rodríguez Piñero	Catedrático D. del Trabajo	1986-1995
19	Eugenio Díaz Eimil	Magistrado TS	1986-1995
20	Carlos de la Vega Benayas	Magistrado TS	1986-1995
21	José Gabaldón López	Magistrado TS	1990-1998
22	Vicente Gimeno Sendra	Catedrático D. Procesal	1989-1998
23	José Luis de los Mozos	Catedrático D. Civil	1989-1992
24	Álvaro Rodríguez Bereijo	Catedrático D. Financiero	1989-1998
25	Pedro Cruz Villalón	Catedrático D. Constitucional	1992-2001
26	Julio González Campos	Catedrático D. Internacional	1992-2001
27	Rafael Mendizábal A.	Magistrado TS	1992-2001
28	Carles Viver Pi-Sunyer	Catedrático D. Constitucional	1992-2001
29	Manuel Jiménez de Parga	Catedrático D. Constitucional	1995-2004
30	Tomás Vives Antón	Catedrático D. Penal	1995-2004
31	Javier Delgado Barrio	Magistrado TS	1995-1996 2001-2012

ISBN: 978-84-7777-740-3

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1980-2026)			
	Nombre	Origen profesional	Período
32	Pablo García Manzano	Magistrado TS	1996-2004
33	Enrique Ruiz Vadillo	Magistrado TS	1995-1998
34	Pablo Cachón Villar	Magistrado TS	1998-2004
35	M.ª Emilia Casas Baamonde	Catedrática D. del Trabajo	1998-2010
36	Vicente Conde Martín-H.	Magistrado TS	1998-2010
37	Fernando Garrido Falla	Catedrático D. Administrativo	1998-2002
38	Guillermo Jiménez Sánchez	Catedrático D. Mercantil	1998-2010
39	Jorge Rodríguez Zapata	Magistrado TS	2002-2010
40	Elisa Pérez Vera	Catedrática D. Internacional	2001-2012
41	Roberto García-Calvo	Magistrado TS	2001-2008
42	Eugenio Gay Montalvo	Abogado	2001-2012
43	Pascual Sala Sánchez	Magistrado TS	2004-2013
44	Ramón Rodríguez Arribas	Magistrado TS	2004-2013
45	Manuel Aragón Reyes	Catedrático D. Constitucional	2004-2013
46	Pablo Pérez Tremps	Catedrático D. Constitucional	2004-2013
47	Francisco J. Hernando S.	Magistrado TS	2011-2013
48	Adela Asúa Batarrita	Catedrático D. Penal	2010-2017
49	Luis Ortega Álvarez	Catedrático D. Administrativo	2010-2015
50	F. Pérez de los Cobos	Catedrático D. del Trabajo	2010-2017
51	Fernando Valdés Dal-Re	Catedrático D. del Trabajo	2012-2020
52	Andrés Ollero Tassara	Catedrático Filosofía del D.	2012-2021
53	Juan José González Rivas	Magistrado TS	2012-2021
54	Encarnación Roca Trías	Catedrática D. Civil y magistrada TS	2012-2021
55	Ricardo Enríquez Sancho	Magistrado TS	2014-sigue
56	Juan Antonio Xiol Rios	Magistrado TS	2013-2022
57	Santiago Martínez-Vares	Magistrado TS	2013-2022
58	Pedro González-Trevijano	Catedrático D. Constitucional	2013-2022
59	Enrique López y López	Magistrado AN	2013-2014
60	Antonio Narváez	Fiscal	2014-2022
61	Alfredo Montoya Melgar	Catedrático D, del Trabajo	2017-2022
62	Cándido Conde-Pumpido	Magistrado TS	2017-sigue
63	M.ª Luisa Balaguer C.	Catedrática D. Constitucional	2017-sigue
64	Enrique Arnaldo A.	Catedrático D. Constitucional	2017-sigue

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1980-2026)			
	Nombre	Origen profesional	Período
65	Concepción Espejel J.	Magistrada AN	2021-sigue
66	Inmaculada Montalbán H.	Magistrada TSJ Andalucía	2021-sigue
67	Ramón Sáez Valcárcel	Magistrado AN	2021-sigue
68	Jose Carlos Campo M.	Magistrado AN	2022-sigue
69	Laura Díez Bueso	Catedrática D. Constitucional	2022-sigue
70	César Tolosa Tribiño	Magistrado TS	2022-sigue
71	M.ª Luisa Segoviano A.	Magistrado TS	2022-sigue
72	José M.ª Macias Castaño	Abogado. magistrado excedente	2024-sigue

ANEXO II. COMPOSICIÓN DE LAS DISTINTAS FORMACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1980-2026)

PRIMER TRIBUNAL (1980-1983)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Manuel Díez de Velasco	Congreso	Catedrático Derecho Internacional
Aurelio Menéndez	Congreso	Catedrático Derecho Mercantil
Antonio Truyol Serra	Congreso	Catedrático Filosofía del Derecho
Francisco Rubio Llorente	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Francisco Tomás y Valiente	Congreso	Catedrático Historia del Derecho
Gloria Begué Cantón	Senado	Catedrática Economía y Hacienda
Luis Díez Picazo	Senado	Catedrático Derecho Civil
Manuel García Pelayo	Senado	Catedrático D. Constitucional
Angel Latorre Segura	Senado	Catedrático Derecho Romano
Jerónimo Arozamena	Gobierno	Magistrado TS
Rafael Gómez-Ferrer	Gobierno	Catedrático D. Administrativo
Ángel Escudero	CGPJ	Magistrado TS
Plácido Fernández Viagas	CGPJ	Magistrado AT Sevilla
Francisco Pera Verdaguer	CGPJ	Magistrado TS

(*) En este periodo hubo dos cambios y por eso aparecen 14 nombres en vez de los 12 magistrados que prevé la Constitución. Aurelio Menéndez renunció poco después de ser nombrado en 1980. Le sustituyó Antonio Truyol. Además, en 1982, falleció el magistrado Plácido Fernández Viagas, sustituido a propuesta del CGPJ por Francisco Pera Verdaguer.

ISBN: 978-84-7777-740-3

SEGUNDO TRIBUNAL (1983-1986)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Manuel Díez de Velasco	Congreso	Catedrático D. Internacional
Jesús Leguina Villa	Congreso	Catedrático D. Administrativo
Antonio Truyol Serra	Congreso	Catedrático Filosofía del Derecho
Francisco Rubio Llorente	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Francisco Tomás y Valiente	Congreso	Catedrático Historia del Derecho
Gloria Begué Cantón	Senado	Catedrática Economía y Hacienda
Luis Díez Picazo	Senado	Catedrático Derecho Civil
Manuel García Pelayo	Senado	Catedrático D. Constitucional
Fernando García Mon	Senado	Abogado
Ángel Latorre Segura	Senado	Catedrático Derecho Romano
Jerónimo Arozamena	Gobierno	magistrado TS
Rafael Gómez-Ferrer	Gobierno	Catedrático D. Administrativo
Ángel Escudero	CGPJ	Magistrado TS
Francisco Pera Verdaguer	CGPJ	Magistrado TS

(*) De acuerdo con la disposición transitoria 3.ª CE, tocó renovar, por sorteo, a los magistrados elegidos por el Congreso, pero, haciendo uso del apartado 2 de la misma disposición, los cuatro magistrados cesantes fueron renovados, quedando, pues, integrado el Tribunal con los mismos magistrados, con los dos cambios ya mencionados (A. Truyo y F. Pera Verdaguer). En este período, Manuel Díez de Velasco renunció (al ser nombrado Juez del Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Europea), siendo sustituido por Jesús Leguina Villa. También renunció en 1985, el primer presidente, Manuel García-Pelayo, sustituyéndole Fernando García-Mon González Regueral.

TERCER TRIBUNAL (1986-1989)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Jesús Leguina Villa	Congreso	Catedrático D. Administrativo
Antonio Truyol Serra	Congreso	Catedrático Filosofía del Derecho
Francisco Rubio Llorente	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Francisco Tomás y Valiente	Congreso	Catedrático Historia del Derecho
Gloria Begué Cantón	Senado	Catedrática Economía y Hacienda
Luis Díez Picazo	Senado	Catedrático Derecho Civil
Fernando García Mon	Senado	Abogado
Ángel Latorre Segura	Senado	Catedrático Derecho Romano
Luis M.ª López Guerra	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Miguel Rodríguez Piñero	Gobierno	Catedrático Derecho del Trabajo
Eugenio Díaz Eimil	CGPJ	Magistrado TS
Carlos de la Vega Benayas	CGPJ	Magistrado TS

(*) Por sorteo tocó renovar a los magistrados elegidos por el CGPJ y por el Gobierno. Cesaron, pues, J. Arozamena, R. Gómez-Ferrer, A. Escudero y F. Pera Verdaguer, siendo sustituidos por Luis M.ª López Guerra, Miguel Rodríguez Piñero, Eugenio Díaz Eimil y Carlos de la Vega Benayas. No hubo más cambios en este período.

CUARTO TRIBUNAL (1989-1992)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Jesús Leguina Villa	Congreso	Catedrático D. Administrativo
Antonio Truyol Serra	Congreso	Catedrático Filosofía del Derecho
José Gabaldón López	Congreso	Magistrado TS
Francisco Rubio Llorente	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Francisco Tomás y Valiente	Congreso	Catedrático Historia del Derecho
Luis M.ª López Guerra	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Miguel Rodríguez Piñero	Gobierno	Catedrático Derecho del Trabajo
Eugenio Díaz Eimil	CGPJ	Magistrado TS
Carlos de la Vega Benayas	CGPJ	Magistrado TS
Vicente Gimeno Sendra	Senado	Catedrático Derecho Procesal
José Luis de los Mozos	Senado	Catedrático Derecho Civil
Álvaro Rodríguez Bereijo	Senado	Catedrático Derecho Financiero
Fernando García Mon	Senado	Abogado

(*) Se renuevan los magistrados elegidos por el Senado. Cesan G. Begué, L. Díez Picazo, F. García Mon y A. Latorre, sustituidos por Vicente Gimeno Sendra, José Luis de los Mozos y Álvaro Rodríguez Bereijo. Fue reelegido también Fernando García-Mon, que había sustituido en 1985 a M. García Pelayo y no llevaba nueve años en el cargo. En este mismo período, renunció A. Truyol Sierra, siendo sustituido por José Gabaldón.

ISBN: 978-84-7777-740-3

QUINTO TRIBUNAL (1992-1995)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Luis M.ª López Guerra	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Miguel Rodríguez Piñero	Gobierno	Catedrático Derecho del Trabajo
Eugenio Díaz Eimil	CGPJ	Magistrado TS
Carlos de la Vega Benayas	CGPJ	Magistrado TS
Vicente Gimeno Sendra	Senado	Catedrático Derecho Procesal
José Luis de los Mozos	Senado	Catedrático Derecho Civil
José Gabaldón López	Senado	Magistrado TS
Alvaro Rodríguez Bereijo	Senado	Catedrático Derecho Financiero
Fernando García Mon	Senado	Abogado
Pedro Cruz Villalón	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Julio González Campos	Congreso	Catedrático Derecho Internacional
Rafael Mendizábal A.	Congreso	Magistrado TS
Carles Viver Pi-Sunyer	Congreso	Catedrático D. Constitucional

(*) Se renuevan los magistrados elegidos por el Congreso. Cesan J. Leguina, F. Rubio Llorente, F. Tomás y Valiente y J. Gabaldón (que había sustituido a A. Truyol en 1990, pero que fue reelegido, esta vez por el Senado, al producirse, en este periodo, la renuncia de J. L. de los Mozos). Entran como nuevos magistrados, elegidos por el Congreso, Pedro Cruz Villalón, Julio González Campos, Rafael Mendizabal Allende y Carles Viver Pi-Sunyer.

SEXTO TRIBUNAL (1995-1998)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Vicente Gimeno Sendra	Senado	Catedrático Derecho Procesal
José Gabaldón López	Senado	Magistrado TS
Álvaro Rodríguez Bereijo	Senado	Catedrático Derecho Financiero
Fernando García Mon	Senado	Abogado
Pedro Cruz Villalón	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Julio González Campos	Congreso	Catedrático Derecho Internacional
Rafael Mendizábal A.	Congreso	Magistrado TS
Carles Viver Pi-Sunyer	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Manuel Jiménez de Parga	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Tomás Vives Antón	Gobierno	Catedrático Derecho Penal
Javier Delgado Barrio	CGPJ	Magistrado TS
Pablo García Manzano	CGPJ	Magistrado TS
Enrique Ruiz Vadillo	CGPJ	Magistrado TS (fallecido en 1998)

(*) Se renuevan los magistrados elegidos por el Gobierno y el CGPJ en 1986. Por consiguiente, cesan L. López Guerra, M. Rodríguez Piñero, E. Díaz Eimil y C. de la Vega Benayas, sustituidos por Manuel Jiménez de Parga, Tomás Vives Antón, Enrique Ruiz Vadillo y Javier Delgado Barrio, que cesa poco después al ser nombrado presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ. Su vacante fue cubierta por Pablo García Manzano. Además, en 1995 renunció Fernando García-Mon, pero no fue sustituido hasta 1998 con el resto de los magistrados elegidos por el Senado. Al final del período, en 1998, falleció Enrique Ruiz Vadillo, cuya vacante fue cubierta, ya en el periodo del siguiente Tribunal, por Pablo Cachón Villar.

ISBN: 978-84-7777-740-3

SÉPTIMO TRIBUNAL (1998-2001)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Pedro Cruz Villalón	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Julio González Campos	Congreso	Catedrático Derecho Internacional
Rafael Mendizábal A.	Congreso	Magistrado TS
Carles Viver Pi-Sunyer	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Manuel Jiménez de Parga	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Tomás Vives Antón	Gobierno	Catedrático Derecho Penal
Pablo García Manzano	CGPJ	Magistrado TS
Pablo Cachón Villar	CGPJ	Magistrado TS
M.ª Emilia Casas Baamonde	Senado	Catedrática Derecho del Trabajo
Vicente Conde Martín-H.	Senado	Magistrado TS
Fernando Garrido Falla	Senado	Catedrático D. Administrativo
Guillermo Jiménez Sánchez	Senado	Catedrático Derecho Mercantil

(*) Se renovaron los magistrados elegidos por el Senado en 1989. Cesan: V. Gimeno Sendra, J. Gabaldón y A. Rodríguez Bereijo. Fernando García Mon, nombrado también por el Senado en 1989, había renunciado en 1995. Las cuatro vacantes fueron cubiertas por M.ª Emilia Casas, Vicente Conde, Fernando Garrido Falla y Guillermo Jiménez Sánchez. Poco antes de esta renovación, en mayo de 1998 fallecía Enrique Ruiz Vadillo, cuya vacante fue pronto cubierta por Pablo Cachón Villar.

OCTAVO TRIBUNAL (2001-2004)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Manuel Jiménez de Parga	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Tomás Vives Antón	Gobierno	Catedrático Derecho Penal
Pablo García Manzano	CGPJ	Magistrado TS
Pablo Cachón Villar	CGPJ	Magistrado TS
M.ª Emilia Casas Baamonde	Senado	Catedrática Derecho del Trabajo
Vicente Conde Martín-H.	Senado	Magistrado TS
Fernando Garrido Falla	Senado	Catedrático D. Administrativo
Jorge Rodríguez Zapata	Senado	Magistrado TS
Guillermo Jiménez Sánchez	Senado	Catedrático Derecho Mercantil
Javier Delgado Barrio	Congreso	Magistrado TS
Elisa Pérez Vera	Congreso	Catedrática D. Internacional
Roberto García-Calvo	Congreso	Magistrado TS
Eugenio Gay Montalvo	Congreso	Abogado

(*) Se renovaron a final de año los magistrados elegidos por el Congreso en 1992: P. Cruz Villalón, J. González Campos, R. Mendizábal y C. Viver, sustituidos por Elisa Pérez Vera, Roberto García Calvo, Eugenio Gay Montalvo y Javier Delgado Barrio, que ya había sido elegido magistrado por el CGPJ en 1995 pero que cesó, como se ha dicho, al pasar a presidir el Tribunal Supremo. Al cesar en dicho cargo fue reelegido magistrado del TC, esta vez por el Congreso de los Diputados. Además, en diciembre de 2002, renunció Fernando Garrido Falla (que fallecería en 2003) cuya vacante fue cubierta por Jorge Rodríguez Zapata, elegido por el Senado.

ISBN: 978-84-7777-740-3

NOVENO TRIBUNAL (2004-2010)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
M.ª Emilia Casas Baamonde	Senado	Catedrática Derecho del Trabajo
Vicente Conde Martín-H.	Senado	Magistrado TS
Jorge Rodríguez Zapata	Senado	Magistrado TS
Guillermo Jiménez Sánchez	Senado	Catedrático Derecho Mercantil
Javier Delgado Barrio	Congreso	Magistrado TS
Elisa Pérez Vera	Congreso	Catedrática Derecho Internacional
Roberto García-Calvo	Congreso	Magistrado TS
Eugenio Gay Montalvo	Congreso	Abogado
Pascual Sala Sánchez	CGPJ	Magistrado TS
Ramón Rodríguez Arribas	CGPJ	Magistrado TS
Manuel Aragón Reyes	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Pablo Pérez Tremps	Gobierno	Catedrático D. Constitucional

(*) Se renovaron los magistrados nombrados por el Gobierno y el CGPJ en 1995. En consecuencia, cesaron el hasta entonces presidente, M. Jiménez de Parga, T. Vives Antón, P. García Manzano y P. Cachón, sustituidos por Manuel Aragón, Pablo Pérez Tremps, Pascual Sala y Ramón Rodríguez Arribas. El Tribunal debía haberse renovado en 2007, pero a falta de acuerdo para lograr en el Senado las mayorías requeridas los magistrados cesantes continuaron hasta su renovación a finales de 2010. En este periodo falleció el magistrado R. García Calvo (elegido por el Congreso) cuya vacante no fue cubierta hasta cuatro años después, en 2012.

DÉCIMO TRIBUNAL (2010-2011)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Javier Delgado Barrio	Congreso	Magistrado TS
Elisa Pérez Vera	Congreso	Catedrática Derecho Internacional
Eugenio Gay Montalvo	Congreso	Abogado
Pascual Sala Sánchez	CGPJ	magistrado TS
Ramón Rodríguez Arribas	CGPJ	magistrado TS
Manuel Aragón Reyes	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Pablo Pérez Tremps	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Francisco J. Hernando S.	Senado	Magistrado TS
Adela Asúa Batarrita	Senado	Catedrática Derecho Penal
Luis Ortega Álvarez	Senado	Catedrático D. Administrativo
F. Pérez de los Cobos	Senado	Catedrático Derecho del Trabajo

(*) A finales de 2010, con varios años de retraso, se renovaron los magistrados nombrados por el Senado en 1998, esto es, M.ª E. Casas, V. Conde, J. Rodríguez Zapata y G. Jiménez, sustituidos por Francisco J. Hernando, Adela Asúa, Luis Ortega y Francisco Pérez de los Cobos. En 2008, es decir, en el periodo anterior, había fallecido el magistrado R. García Calvo, elegido por el Congreso, cuya vacante no fue cubierta hasta 2012. El Tribunal actuó, pues, en este periodo con 11 miembros.

Por lo demás, en este período se modificó la ley Orgánica del Tribunal (mediante LO 8/2010) para prever que en caso de retraso en la renovación a los nuevos magistrados se les descuente el tiempo de ese retraso, circunstancia que afectó a los magistrados nombrados por el Senado cuyo mandato efectivo en vez de nueve años será de seis. De esa forma se pretendía también que no coincida en el mismo año la renovación de dos bloques de magistrados.

ISBN: 978-84-7777-740-3

UNDÉCIMO TRIBUNAL (2012-2013)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Pascual Sala Sánchez	CGPJ	Magistrado TS
Ramón Rodríguez Arribas	CGPJ	Magistrado TS
Manuel Aragón Reyes	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Pablo Pérez Tremps	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Francisco J. Hernando S.	Senado	Magistrado TS
Adela Asúa Batarrita	Senado	Catedrática Derecho Penal
Luis Ortega Álvarez	Senado	Catedrático D. Administrativo
Francisco Pérez de los Cobos	Senado	Catedrático Derecho del Trabajo
Fernando Valdés Dal-Re	Congreso	Catedrático Derecho del Trabajo
Andrés Ollero Tassara	Congreso	Catedrático Filosofía del Derecho
Juan José González Rivas	Congreso	Magistrado TS
Encarnación Roca Trías	Congreso	Catedrática D. Civil y magistrada TS

(*) En el verano de 2012 y con dos años de retraso (cuatro en el caso del magistrado fallecido en 2008) se renovaron los magistrados nombrados por el Congreso en 2001. En consecuencia, cesan J. Delgado Barrio, E. Pérez Vera y E. Gay Montalvo, cubriéndose también la vacante del magistrado R. García Calvo, fallecido en 2008. Fueron sustituidos por Fernando Valdés, Andrés Ollero, Juan José González Rivas y Encarnación Roca.

DUODÉCIMO TRIBUNAL (2013-2017)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Adela Asúa Batarrita	Senado	Catedrática Derecho Penal
Luis Ortega Álvarez	Senado	Catedrático D. Administrativo
Francisco Pérez de los Cobos	Senado	Catedrático Derecho del Trabajo
Francisco J. Hernando S.	Senado	Magistrado TS
Ricardo Enríquez Sancho	Senado	Magistrado TS
Fernando Valdés Dal-Ré	Congreso	Catedrático Derecho del Trabajo
Andrés Ollero Tassara	Congreso	Catedrático Filosofía del Derecho
Juan José González Rivas	Congreso	Magistrado TS
Encarnación Roca Trías	Congreso	Catedrática D. Civil y magistrada TS
Juan Antonio Xiol Ríos	CGPJ	Magistrado TS
Santiago Martínez-Vares	CGPJ	Magistrado TS
Pedro González Trevijano	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Enrique López y López	Gobierno	Magistrado AN
Antonio Narváez	Gobierno	Fiscal

(*) En la primavera de 2013 y esta vez en plazo se renovaron los magistrados nombrados por el Gobierno y el CGPJ en 2014. En consecuencia, cesan el presidente y el vicepresidente (P. Sala y R. Rodríguez Arribas, ambos nombrados por el CGPJ) y los magistrados M. Aragón y P. Pérez Tremps, nombrados por el Gobierno. Fueron sustituidos por Juan A. Xiol, Santiago Martínez-Vares, Pedro González Trevijano y Enrique López, pero este último dimitió en junio de 2014, siendo sustituido un mes después por Antonio Narváez Rodríguez. A finales de 2013 falleció el magistrado F. J. Hernando, nombrado por el Senado en 2010. Fue sustituido por R. Enríquez Sancho (marzo de 2014). En abril de 2015 falleció también el magistrado L. Ortega, nombrado por el Senado en 2010, pero no fue sustituido hasta la renovación del Tribunal en 2017.

ISBN: 978-84-7777-740-3

DECIMOTERCER TRIBUNAL (2017-2021)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Fernando Valdés Dal-Ré	Congreso	Catedrático Derecho del Trabajo
Andrés Ollero Tassara	Congreso	Catedrático Filosofía del Derecho
Juan José González Rivas	Congreso	Magistrado TS
Encarnación Roca Trías	Congreso	Catedrática D. Civil y magistrada TS
Juan Antonio Xiol Ríos	CGPJ	Magistrado TS
Santiago Martínez-Vares	CGPJ	Magistrado TS
Pedro González Trevijano	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Antonio Narváez R.	Gobierno	Fiscal
Ricardo Enríquez Sancho	Senado	Magistrado TS
Alfredo Montoya Melgar	Senado	Catedrático Derecho del Trabajo
Cándido Conde-Pumpido	Senado	Magistrado TS
M.ª Luisa Balaguer C.	Senado	Catedrática D. Constitucional

(*) En marzo de 2017 se renovaron los magistrados que habían sido nombrados, con retraso, por el Senado en 2010, lo que significa que ninguno de ellos ocupó el puesto los 9 años que prevé la Ley. En consecuencia, cesaron el presidente y la vicepresidenta (F. Pérez de los Cobos y A. Asúa) y el magistrado R. Enríquez. La cuarta plaza que correspondía renovar era la del magistrado L. Ortega, fallecido en 2015 y que no había sido sustituido después. Fueron elegidos, pues, por el Senado, los nuevos magistrados Alfredo Montoya, Cándido Conde-Pumpido y M.ª Luisa Balaguer. Y reelegido Ricardo Enríquez que, al no llevar más de 3 años (había sido nombrado en 2014 en sustitución del fallecido F. J. Hernando) podía ser reelegido conforme dispone el art. 16.4 de la Ley. En octubre de 2020 dimitió el magistrado Fernando Valdés, por lo que desde entonces y hasta la renovación de 2021 el Tribunal quedó integrado solamente por 11 magistrados.

DECIMOCUARTO TRIBUNAL (2021-2022)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Juan Antonio Xiol Ríos	CGPJ	Magistrado TS
Santiago Martínez-Vares	CGPJ	Magistrado TS
Pedro González Trevijano	Gobierno	Catedrático D. Constitucional
Antonio Narváez	Gobierno	Fiscal
Ricardo Enríquez Sancho	Senado	Magistrado TS
Alfredo Montoya Melgar	Senado	Catedrático Derecho del Trabajo
Cándido Conde-Pumpido	Senado	Magistrado TS
M.ª Luisa Balaguer C.	Senado	Catedrática D. Constitucional
Enrique Arnaldo A.	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Concepción Espejel J.	Congreso	Magistrada AN
Inmaculada Montalbán H.	Congreso	Magistrada TSJ Andalucía
Ramón Sáez Valcárcel	Congreso	Magistrado AN

(*) En noviembre de 2021 se renovaron los 4 magistrados que habían sido nombrados por el Congreso en 2012 (en realidad, 3 puesto que uno de ellos, F. Valdés, había dimitido en octubre de 2020 estando el Tribunal, desde entonces, integrado por 11 miembros). En consecuencia, cesaron el presidente y la vicepresidenta (J. J. González Rivas y E. Roca) además de A. Ollero. Fueron elegidos, pues, por el Congreso como nuevos magistrados Enrique Arnaldo, Concepción Espejel, Inmaculada Montalbán y Ramón Sáez Valcarcel.

ISBN: 978-84-7777-740-3

DECIMOQUINTO TRIBUNAL (2022-Sigue)		
Magistrados	Propuesta	Origen profesional
Ricardo Enríquez Sancho	Senado	Magistrado TS
Cándido Conde-Pumpido	Senado	Magistrado TS
M.ª Luisa Balaguer C.	Senado	Catedrática D. Constitucional
Enrique Arnaldo A.	Congreso	Catedrático D. Constitucional
Concepción Espejel J.	Congreso	Magistrada AN
Inmaculada Montalbán H.	Congreso	Magistrada TSJ Andalucía
Ramón Sáez Valcárcel	Congreso	Magistrado AN
José Carlos Campo M.	Gobierno	Magistrado AN
Laura Díez Bueso	Gobierno	Catedrática D. Constitucional
César Tolosa Tribiño	CGPJ	Magistrado TS
M.ª Luisa Segoviano A.	CGPJ	Magistrado TS
José M.ª Macías Castaño	Senado	Abogado. Magistrado excedente

(*) En diciembre de 2022 se renovaron los magistrados nombrados por el Gobierno y el CGPJ en 2013. En consecuencia, cesaron el hasta entonces presidente, P. González-Trevijano (Gobierno) y el vicepresidente, J. A. Xiol (CGPJ), así como los magistrados S. Martínez Vares (CGPJ) y A. Narváez (Gobierno), siendo sustituidos por Juan Carlos Campo Moreno y Laura Díez Bueso (Gobierno) y M.ª Luisa Segoviano y Cesar Tolosa (CGPJ). Por otra parte, en julio de 2022 dimitió, por razones de salud, el magistrado designado por el Senado en 2017, Alfredo Montoya Melgar, que fue finalmente sustituido en julio de 2024 por José M.ª Macías Castaño. Durante todo ese tiempo, es decir, de desde julio de 2022 a julio de 2024 el Tribunal actuó con solo 11 magistrados.

Abril, 2026

ISBN: 978-84-7777-740-3

La acción pública en el tiempo: eficacia, capacidad y estrategia en el Derecho administrativo contemporáneo[1]

Eva M. Menéndez Sebastián

ORCID: 0000-0001-8794-6381

Alejandra Boto Álvarez

ORCID: 0000-0002-7616-1236

Catedráticas de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Resumen. Las transformaciones contemporáneas del poder público están obligando a reconsiderar algunas categorías tradicionales del Derecho administrativo. La creciente complejidad institucional, la interdependencia entre niveles de gobierno y la aceleración de los procesos de cambio han puesto de relieve los límites de un enfoque centrado exclusivamente en la decisión administrativa como objeto privilegiado del análisis jurídico. Tomando como punto de partida el tríptico de estudios recientes del *Conseil d'État* francés dedicados a la eficacia de la acción pública, a la soberanía y al tiempo largo de las políticas públicas, este trabajo propone una reconstrucción doctrinal de la acción pública contemporánea a partir de tres dimensiones estructurales: la eficacia de las políticas públicas en su realización efectiva, la capacidad institucional del Estado para ejercer sus competencias y la coherencia temporal de las decisiones públicas. A partir de este análisis se sostiene que el Derecho administrativo puede comprenderse no solo como un Derecho de la decisión administrativa sometida a control jurídico, sino también como el marco normativo que organiza las condiciones estructurales de la acción pública. Sobre esta base, el artículo examina las implicaciones de estas transformaciones para la disciplina y propone identificar las condiciones institucionales que permitirían articular una acción pública estratégicamente orientada en el contexto de las democracias contemporáneas.

[1] Este trabajo forma parte del proyecto «El Estado estratégico: cómo pensar a largo plazo en las políticas públicas (STRATEGIPP)» (ref. PID2024-155142NB-I00), financiada por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. Introducción.—I. El Derecho administrativo ante la transformación de la acción pública: 1. Derecho administrativo y poder público en acción. 2. Los límites de un enfoque centrado en la decisión administrativa. 3. La acción pública como categoría analítica del Derecho administrativo contemporáneo.—II. La eficacia de la acción pública: el problema de la «última milla»: 1. La distancia entre decisión pública y realidad social. 2. Las condiciones organizativas de la eficacia de la acción pública. 3. La eficacia como dimensión jurídica de la acción administrativa.—III. Soberanía y capacidad del Estado en un contexto de interdependencia: 1. La soberanía como problema contemporáneo de la acción pública. 2. De la soberanía formal a la capacidad efectiva del Estado. 3. Administración pública y condiciones materiales del ejercicio del poder.—IV. El tiempo largo y la racionalidad estratégica de la acción pública: 1. El problema del tiempo en la acción pública contemporánea. 2. El *tiempo largo* como exigencia de la acción pública. 3. Prospectiva, evaluación y aprendizaje institucional.—V. Hacia una comprensión estratégica del Derecho administrativo: 1. Derecho administrativo y acción pública. 2. Derecho administrativo y capacidad estatal. 3. Derecho administrativo y tiempo de la acción pública.—VI. Condiciones institucionales para una acción pública estratégica: 1. El refuerzo de las capacidades estratégicas de las administraciones públicas. 2. La integración del tiempo largo en los instrumentos jurídicos de la acción pública. 3. Democracia y tiempo largo en la acción pública.—VII. Conclusión.—VIII. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las transformaciones contemporáneas del poder público están obligando a reconsiderar algunas de las categorías fundamentales del Derecho administrativo. Durante buena parte de su evolución histórica, la disciplina se ha estructurado en torno a la juridificación de la decisión administrativa: competencia, procedimiento, motivación y control jurisdiccional han constituido los elementos centrales de la racionalidad del poder público en el Estado de Derecho. La decisión administrativa —formalizada en actos sometidos a Derecho— ha sido así el punto de condensación de la voluntad pública y el objeto privilegiado del control jurídico (Rivero, J. & Walline, J., 2022).

Sin embargo, los problemas que hoy afronta la acción pública no se sitúan únicamente en el plano de la validez formal de las decisiones. La aceleración normativa, la creciente complejidad institucional, la multiplicación de actores implicados en la acción pública y la interdependencia entre distintos niveles de gobierno han desplazado progresivamente el foco hacia cuestiones que no pueden comprenderse únicamente a través del análisis del acto administrativo individualmente considerado. La eficacia real de las políticas públicas, la capacidad efectiva de los Estados para actuar en contextos de interdependencia y la coherencia temporal de las decisiones públicas se han convertido en problemas centrales del funcionamiento contemporáneo del poder público.

En este contexto, resulta especialmente significativo el tríptico de estudios anuales recientemente publicados por el Conseil d'État francés. A través de tres análisis consecutivos —dedicados al *dernier kilomètre* de la acción pública (2023), a la soberanía (2024) y al tiempo largo de la acción pública (2025)—, el máximo órgano consultivo y jurisdiccional de la Administración francesa ha abordado tres dimensiones estructurales de la acción pública contemporánea: su eficacia, su capacidad y su temporalidad. Lejos de constituir investigaciones aisladas, estos trabajos configuran un diagnóstico coherente sobre las condiciones actuales de funcionamiento del poder público y sobre las dificultades que enfrentan los Estados para articular racionalmente su acción en sociedades complejas.

El estudio dedicado a lo que podría traducirse como «última milla» de la acción pública pone de relieve la distancia que con frecuencia se produce entre las decisiones públicas y sus efectos reales sobre los destinatarios de las políticas públicas. La acción pública —ya se exprese a través de normas, programas o servicios— solo alcanza plenamente su finalidad cuando logra materializarse efectivamente en la realidad social y llegar a los ciudadanos a los que se dirige. La preocupación por la eficacia de la acción pública conduce así a desplazar la atención desde el momento de la decisión hacia el conjunto del proceso de implementación, subrayando la importancia de las condiciones organizativas, administrativas y sociales que permiten que las políticas públicas alcancen su objetivo.

El estudio sobre la soberanía introduce, por su parte, una reflexión sobre las capacidades efectivas de los Estados en un contexto marcado por la intensificación de las interdependencias económicas, tecnológicas y geopolíticas. En este marco, la soberanía no se presenta únicamente como una categoría constitucional o internacional, sino también como una cuestión de capacidad material del poder público para decidir y actuar. La posibilidad real de ejercer las competencias formales del Estado depende cada vez más de factores como la disponibilidad de medios administrativos, la organización institucional, la autonomía tecnológica o la capacidad estratégica para gestionar dependencias en un entorno globalizado.

Finalmente, el estudio anual de 2025 sitúa en el centro del análisis la cuestión del tiempo en la acción pública. La acción del Estado se enfrenta hoy a una tensión estructural entre la presión de la urgencia —propia de sistemas políticos sometidos a ciclos electorales, a dinámicas mediáticas aceleradas y a crisis recurrentes— y la necesidad de desarrollar políticas públicas capaces de orientarse hacia horizontes temporales largos. Desafíos como la transición energética, las transformaciones tecnológicas o las evoluciones demográficas exigen decisiones coherentes sostenidas en el tiempo, cuya racionalidad no puede evaluarse únicamente en el instante decisional, sino en la continuidad estratégica de la acción pública.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Este conjunto de reflexiones invita a replantear algunos de los presupuestos analíticos del Derecho administrativo. Si el Derecho administrativo moderno se ha configurado fundamentalmente como un Derecho de la decisión pública sometida a control jurídico, las transformaciones actuales parecen exigir una perspectiva más amplia, capaz de integrar dimensiones que desbordan el instante decisional: la eficacia de la acción pública, las capacidades institucionales del Estado y la coherencia temporal de las políticas públicas.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo parte de la hipótesis de que el Derecho administrativo contemporáneo debe ser comprendido no solo como un Derecho de la decisión administrativa, sino como un Derecho de la acción pública en sentido más amplio. Ello implica atender no solo a la validez formal de las decisiones, sino también a las condiciones jurídicas, organizativas y temporales que permiten que la acción del poder público se despliegue efectivamente al servicio del interés general.

Tomando como punto de partida esta premisa, el artículo propone una reconstrucción doctrinal de la acción pública contemporánea a partir de tres dimensiones fundamentales que aparecen con claridad en los estudios recientes del Conseil d'État: la eficacia de la acción pública, vinculada al problema de su realización efectiva; la capacidad institucional del Estado, asociada a las condiciones materiales del ejercicio de la soberanía; y la temporalidad de la acción pública, relacionada con la necesidad de articular decisiones coherentes en el tiempo.

Sobre esta base, el trabajo se estructura en cinco partes. En primer lugar, se examina la evolución del Derecho administrativo como Derecho de la acción pública y los límites de un enfoque centrado exclusivamente en la decisión administrativa. A continuación, se analiza el problema de la eficacia de las políticas públicas a partir de la noción de «última milla» de la acción pública. En tercer lugar, se aborda la relación entre soberanía y capacidad institucional del Estado en contextos de interdependencia. La cuarta sección examina la dimensión temporal de la acción pública y el papel del tiempo largo en la racionalidad contemporánea del poder público. A continuación, se propone una reflexión doctrinal sobre las implicaciones de estas transformaciones para la comprensión del Derecho administrativo. Finalmente, el trabajo concluye con un conjunto de consideraciones sobre las condiciones institucionales que permitirían articular una acción pública estratégicamente orientada.

El análisis conjunto de estas cuestiones permite sostener que el Derecho administrativo se enfrenta hoy a una transformación estructural de su objeto. Más allá del control jurídico de las decisiones administrativas, la disciplina está llamada a reflexionar también sobre las condiciones que permiten que la acción pública sea eficaz, capaz y estratégicamente coherente en el tiempo. En esta perspectiva, el Derecho administrativo puede ser com-

prendido como el marco jurídico que organiza la acción pública en su triple dimensión de eficacia, capacidad y temporalidad.

Estas reflexiones se ofrecen, además, como modesta contribución al volumen en homenaje al profesor Edorta Cobreros, titulado *Retos actuales del Derecho público*, cuya obra académica ha contribuido de manera significativa al análisis de las transformaciones contemporáneas del Derecho administrativo[2].

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA TRANSFORMACIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA

1. Derecho administrativo y poder público en acción

Desde su formación histórica, el Derecho administrativo se ha configurado como el orden jurídico destinado a organizar el ejercicio del poder público en la sociedad[3]. A diferencia de otras ramas del Derecho público centradas en la estructura constitucional del Estado o en las relaciones entre ordenamientos jurídicos, el Derecho administrativo ha tenido como objeto privilegiado la acción concreta del poder público: la intervención administrativa en la realidad social[4].

Esta característica explica que la disciplina haya estado marcada desde sus orígenes por una tensión estructural. Por un lado, el poder público debe disponer de capacidad efectiva para actuar y atender los intereses colectivos; por otro, el Estado de Derecho exige que el ejercicio de esa capacidad se encuentre plenamente sometido a normas jurídicas y a mecanismos de

---

2 Sobre la aportación doctrinal del profesor Edorta Cobreros al estudio del Derecho administrativo contemporáneo, véase, entre muchos otros, sus trabajos sobre responsabilidad patrimonial, el control de los actos de gobierno, la influencia del Derecho de la Unión europeo o el tema autonómico.

3 En este sentido, la obra de Hauriou constituye una de las primeras genealogías doctrinales del Derecho administrativo y ofrece un punto de apoyo esencial para comprender su evolución posterior como Derecho del poder público en acción. Así, en su obra, « De la formation du droit administratif depuis l'an VIII », *Revue Générale d'Administration*, T. III, 1.º de septiembre de 1982, el autor analiza la génesis histórica del Derecho administrativo francés a partir del papel de la jurisprudencia, la práctica administrativa y la doctrina, y pone de relieve la formación progresiva de la disciplina como sistema jurídico autónomo.

4 Recuérdese, como tempranamente indicó Nieto (1975, 9-10), que: «La evolución permanente del Derecho administrativo es una consecuencia necesaria de su naturaleza de fenómeno social. Cada sociedad se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica; aunque, como puede suponerse, el proceso de arrastre o influencia no es mecánico, sino muy sutil. Dicho con otras palabras: ¿cuáles son los avatares de ese largo proceso circular de creación y aplicación del Derecho, que arranca de la sociedad y que hasta que vuelve a terminar en ella —en los ciudadanos— se ha ido articulando en los eslabones del Estado, la Administración, la Burocracia y los Tribunales?».

ISBN: 978-84-7777-740-3

control[5]. La construcción del Derecho administrativo moderno puede interpretarse precisamente como el resultado de un esfuerzo continuo por equilibrar estas dos exigencias: dotar al poder público de instrumentos de actuación eficaces sin renunciar al principio de legalidad y a las garantías propias del Estado de Derecho.

En este proceso, la decisión administrativa ha desempeñado un papel central. La formalización jurídica de la voluntad pública en actos administrativos sometidos a competencia, procedimiento y control jurisdiccional ha permitido integrar el ejercicio del poder en el marco del Derecho. La dogmática del acto administrativo ha proporcionado así una arquitectura particularmente eficaz para racionalizar la actuación administrativa y someterla a parámetros jurídicos verificables.

No obstante, la centralidad de la decisión administrativa ha tenido también como consecuencia una cierta tendencia a identificar el Derecho administrativo con el Derecho del acto administrativo y de su control. El análisis jurídico se ha concentrado con frecuencia en la validez formal de las decisiones individuales, mientras que otras dimensiones de la acción pública —como su eficacia real, sus condiciones organizativas o su coherencia temporal— han quedado en un segundo plano.

En contextos institucionales relativamente estables, este enfoque resultaba suficiente para explicar el funcionamiento del sistema. Las decisiones administrativas se insertaban en marcos normativos y organizativos dotados de cierta estabilidad que garantizaban una cierta continuidad de la acción pública. El tiempo funcionaba, así, como un soporte implícito sobre el que se desplegaban decisiones jurídicamente correctas.

Sin embargo, las transformaciones contemporáneas del poder público han puesto de relieve los límites de esta aproximación.

2. Los límites de un enfoque centrado en la decisión administrativa

Las sociedades contemporáneas se caracterizan por un incremento notable de la complejidad institucional, la interdependencia entre niveles de gobierno y la aceleración de los procesos de cambio económico, tecnológico y social. En este contexto, la acción pública ya no puede comprenderse únicamente como una sucesión de decisiones administrativas aisladas, sino como la articulación de procesos institucionales continuos que integran normas, decisiones administrativas, instrumentos presupuestarios, mecanismos de evaluación y dinámicas organizativas.

---

5 Así, como ya indicara Nieto (1980, 7): «El Derecho no regula solamente las relaciones entre los ciudadanos, puesto que una de sus funciones esenciales consiste también en la de limitar de alguna manera el ejercicio del poder».

Las políticas públicas constituyen el ejemplo más evidente de esta transformación. A diferencia del acto administrativo clásico, la política pública se despliega como una trayectoria institucional compuesta por múltiples decisiones adoptadas a lo largo del tiempo. Su racionalidad no depende únicamente de la validez formal de cada decisión individual, sino de la coherencia del conjunto de decisiones que configuran su desarrollo.

Esta evolución plantea desafíos importantes para el análisis jurídico. Un acto administrativo puede superar correctamente el control de legalidad y, sin embargo, formar parte de una política pública incoherente o ineficaz. De igual modo, la sucesión de decisiones formalmente válidas puede generar resultados agregados contradictorios cuando carece de una articulación estratégica que permita orientar la acción pública hacia objetivos estables.

Las transformaciones institucionales recientes han acentuado aún más esta problemática. La multiplicación de actores implicados en la acción pública —administraciones territoriales, autoridades independientes, instituciones europeas, organizaciones internacionales o incluso grandes actores privados— ha fragmentado los centros de decisión y ha incrementado las dificultades de coordinación. A ello se añade la creciente presión de dinámicas políticas y mediáticas que favorecen decisiones orientadas al corto plazo, dificultando la continuidad de las políticas públicas en el tiempo.

En estas condiciones, la racionalidad del poder público no puede identificarse exclusivamente con la corrección jurídica del instante decisional. La coherencia de la acción pública depende cada vez más de factores estructurales como la capacidad institucional de las administraciones, la coordinación entre actores públicos y privados o la posibilidad de mantener orientaciones estratégicas relativamente estables en el tiempo.

3. La acción pública como categoría analítica del Derecho administrativo contemporáneo

Las transformaciones descritas invitan a ampliar la perspectiva tradicional del Derecho administrativo. Sin abandonar su función garantista ni el control jurídico de las decisiones administrativas, la disciplina debe prestar atención también a las condiciones estructurales que permiten que la acción pública se despliegue efectivamente al servicio del interés general.

Desde esta perspectiva, la noción de acción pública aparece como una categoría analítica particularmente útil para comprender el funcionamiento contemporáneo del poder público. A diferencia del acto administrativo, que representa una unidad jurídica puntual, la acción pública permite integrar en el análisis el conjunto de procesos mediante los cuales las instituciones públicas intervienen en la realidad social. En ella convergen decisiones normativas, actuaciones administrativas, instrumentos económicos, mecanismos organizativos y relaciones con actores sociales.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La adopción de esta perspectiva permite incorporar al análisis jurídico dimensiones que resultan esenciales para comprender los problemas actuales del poder público. Entre ellas destacan, en particular, la eficacia real de las políticas públicas[6], las capacidades institucionales del Estado y la coherencia temporal de la acción pública.

Precisamente estas tres dimensiones han sido objeto de una reflexión sistemática en los recientes estudios anuales del Conseil d'État francés, como ya se ha indicado, ofreciendo de este modo un marco particularmente sugerente para repensar la relación entre Derecho administrativo y acción pública en el contexto contemporáneo.

Tomar en consideración estas dimensiones no supone desplazar el núcleo clásico del Derecho administrativo, sino ampliar su horizonte analítico. El control jurídico de la decisión administrativa sigue siendo una condición esencial del Estado de Derecho, pero comprender plenamente la racionalidad del poder público exige situar esas decisiones dentro de las dinámicas más amplias que configuran la acción pública en su conjunto.

A partir de esta perspectiva, el análisis puede orientarse hacia tres cuestiones fundamentales que estructuran las secciones siguientes del presente trabajo: la eficacia de la acción pública y el problema de su realización efectiva en la denominada «última milla» de las políticas públicas; la capacidad institucional del Estado para ejercer su soberanía en contextos de interdependencia; y, finalmente, la dimensión temporal de la acción pública, que obliga a considerar el papel del tiempo largo y de la estrategia en la racionalidad del poder público.

II. LA EFICACIA DE LA ACCIÓN PÚBLICA: EL PROBLEMA DE LA «ÚLTIMA MILLA»

1. La distancia entre decisión pública y realidad social

Uno de los rasgos más característicos de la acción pública contemporánea es la creciente distancia que puede producirse entre la adopción de

[6] Esta idea conecta también con la concepción operativa del interés general, que se refleja asimismo en la práctica reciente de los órganos consultivos, donde el interés general aparece menos como una cláusula abstracta y más como un criterio de responsabilidad institucional y de eficacia real de la acción normativa. A este respecto, véanse, por ejemplo, los Dictámenes núms. 1220/2023 y 1221/2023, de 2 de noviembre de 2023, del Consejo de Estado español, relativos a proyectos normativos tramitados en situación de Gobierno en funciones. En ambos dictámenes, el Consejo de Estado examina la invocación del interés general como fundamento de la actuación normativa y la conecta con exigencias de necesidad, proporcionalidad y adecuada motivación, subrayando la importancia de evitar un uso extensivo o meramente formal de la urgencia procedimental que pueda comprometer la calidad normativa y la efectividad de la acción pública.

decisiones públicas y sus efectos reales en la sociedad. La elaboración de normas, programas o políticas públicas no garantiza por sí misma la consecución de los objetivos que persiguen. Entre la formulación de la decisión y su impacto efectivo en la realidad se despliega un conjunto complejo de procesos administrativos, organizativos y sociales que condicionan la realización de las políticas públicas[7].

Así, como mostró Nieto (1996) en su estudio sobre los orígenes del Estado constitucional español, la consolidación del constitucionalismo no dependió únicamente de la proclamación de principios jurídicos, sino de la formación progresiva de una administración capaz de actuar, dotada de estructuras, prácticas y medios suficientes para traducir el poder político en acción pública efectiva[8]. En síntesis, la tensión entre complejidad normativa y capacidad efectiva de actuación no es nueva, aunque hoy se manifiesta con mayor intensidad[9].

El Conseil d'État francés (2023) ha sintetizado esta cuestión a través de la noción del *dernier kilomètre* de la acción pública, entendida como la capacidad de las políticas públicas para alcanzar efectivamente a sus destinatarios y producir los efectos perseguidos. En términos más habituales en la literatura sobre políticas públicas, puede hablarse de la «última milla» de la acción pública, esto es, el tramo final en el que las decisiones adoptadas por los poderes públicos se traducen en actuaciones concretas que afectan a los ciudadanos.

La metáfora resulta particularmente ilustrativa. Del mismo modo que en la logística el tramo final de distribución de un producto suele ser el más complejo y costoso, en la acción pública la fase de implementación constituye con frecuencia el momento más delicado de las políticas públicas. Una decisión políticamente correcta o jurídicamente válida puede encontrar importantes obstáculos en su aplicación práctica debido a problemas organizativos, a dificultades de coordinación administrativa o a la propia complejidad de los contextos sociales en los que debe desplegarse.

---

7 Esta cuestión ejemplificada en el ámbito fundamental de la educación puede verse en Pressman, J. L. & Wildavsky, A. (1984).

8 En esta obra, el autor analiza el nacimiento del Estado constitucional desde la perspectiva de su infraestructura administrativa real, mostrando cómo la efectividad del nuevo orden constitucional descansó en la construcción gradual de capacidades de gobierno y de un aparato administrativo estable, más que en la sola formulación normativa de principios.

9 Como ha indicado Jiménez Blanco (2026): «En este 2026 que acaba de empezar, Europa por cierto atraviesa uno de esos momentos de profundísima crisis que, al decir de Jean Monnet, son los que a partir del desastre de 1945 y su práctica desaparición frente a las dos superpotencias ganadoras de la guerra, han tenido paradójicamente la virtud de servir de acicate o impulso para avanzar en la integración. No resulta fácil la tarea que nos espera en el endiablado escenario geopolítico y geoeconómico (y geoenergético) de esta época y, desde luego, razones para el optimismo no nos asisten»; no obstante, yo añadiría, que también nos ofrece un nuevo escenario con múltiples retos ante los que fortalecernos, cohesionarnos y agudizar el olfato —porque no, también jurídico— para hallar soluciones.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Esta constatación pone de relieve que la racionalidad de la acción pública no puede evaluarse únicamente en el momento de la decisión. La calidad jurídica de las normas o de los actos administrativos constituye una condición necesaria del buen funcionamiento del sistema, pero no suficiente para garantizar que las políticas públicas alcancen los objetivos perseguidos[10]. La eficacia de la acción pública depende también de factores que se sitúan más allá del instante decisional, vinculados a la organización administrativa, a los recursos disponibles y a la relación entre la administración y los ciudadanos.

2. Las condiciones organizativas de la eficacia de la acción pública

La atención a la «última milla» de las políticas públicas obliga a considerar las condiciones organizativas en las que se desarrolla la acción administrativa. La implementación de una política pública implica normalmente la intervención de múltiples actores institucionales: administraciones territoriales, organismos especializados, operadores públicos o privados e incluso organizaciones sociales. La eficacia de la acción pública depende en gran medida de la capacidad de coordinación entre estos distintos actores.

En muchos casos, las dificultades que experimentan las políticas públicas no derivan tanto de problemas en su diseño jurídico como de la fragmentación institucional que caracteriza a los sistemas administrativos contemporáneos. La distribución de competencias entre distintos niveles territoriales, la especialización funcional de los organismos administrativos o la intervención de múltiples actores en la ejecución de las políticas públicas pueden generar problemas de coordinación que dificultan la coherencia de la acción pública.

Estas dificultades se ven agravadas por transformaciones recientes en el funcionamiento de las administraciones públicas. Las reformas organizativas orientadas a la racionalización administrativa, la digitalización de los servicios públicos o la externalización de determinadas funciones administrativas han modificado profundamente las formas de relación entre administración y ciudadanos. Aunque muchas de estas transformaciones han permitido mejorar la eficiencia de la gestión pública, también han generado nuevos desafíos en términos de accesibilidad, proximidad administrativa y comprensión de los procedimientos por parte de los usuarios.

En este contexto, la eficacia de la acción pública aparece estrechamente vinculada a la capacidad de las administraciones para mantener una

10 En línea con lo dicho por Schmidt-Aßmann, E. (2003, 27), cuando ha afirmado que «de ahí que la ciencia del Derecho no pueda conformarse sin más con la mera construcción dogmática de técnicas, categorías y reglas jurídicas, sino que debe de ocuparse asimismo de las condiciones y presupuestos para que aquellas resulten efectivas y eficaces».

relación efectiva con los ciudadanos. La proximidad administrativa, la claridad de los procedimientos y la posibilidad de adaptar las actuaciones públicas a las circunstancias concretas de los destinatarios de las políticas públicas constituyen factores decisivos para asegurar que la acción pública alcance efectivamente su objetivo.

Las cuestiones organizativas no solo deben verse ya en clave objetiva o institucional (organigramas, procedimientos), sino también subjetiva o personal (motivación, cultura administrativa). Así, muchas de las ineficiencias que parecen estructurales en la administración se ven agravadas por la alteridad y suspicacia recíproca con que se perciben ciudadanía y poder (Boto Álvarez, A., 2023, 111). Reducir esa brecha redundaría en beneficio de todo el sistema (impacto objetivo) y de sus integrantes (impacto subjetivo), incluyendo también a empleados y gestores públicos, que muchas veces pueden reaccionar de forma «patológica» pero humana, ante la percepción de un riesgo excesivo vinculado a su acción (Bueno Armijo, A., 2025). Es necesario trabajar para neutralizar el efecto perverso de bloqueo, sospecha y malestar que existe hoy en muchos casos en la relación jurídico-administrativa. Estamos ante una faceta tradicionalmente menospreciada por los juristas, pero entender los mecanismos de conducta y los resortes de respuesta de los componentes de la organización es algo básico en términos de gestión.

3. La eficacia como dimensión jurídica de la acción administrativa

La atención a la eficacia de la acción pública no implica desplazar el análisis jurídico hacia un terreno exclusivamente gerencial u organizativo. Por el contrario, la eficacia constituye también una dimensión relevante desde el punto de vista jurídico. El propio ordenamiento jurídico incorpora referencias explícitas a la eficacia como principio rector de la actuación administrativa.

En el caso español, el artículo 103 de la Constitución establece que la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Esta referencia constitucional pone de manifiesto que la eficacia no constituye simplemente un criterio de gestión administrativa, sino un parámetro normativo que orienta el funcionamiento del aparato administrativo[11].

Desde esta perspectiva, la preocupación por la «última milla» de las políticas públicas puede interpretarse como una manifestación contem-

11 A este respecto, ya en trabajos anteriores se ha sostenido que la legalidad en sentido amplio incluye la eficacia y, en general, la buena administración, véase, entre otros, Menéndez Sebastián, E. (2021).

ISBN: 978-84-7777-740-3

poránea de una exigencia jurídica más amplia: la necesidad de que la actuación administrativa se oriente efectivamente hacia la realización del interés general[12]. La legalidad de las decisiones administrativas no puede evaluarse únicamente en función de su adecuación formal al ordenamiento jurídico, sino también en relación con su capacidad para contribuir a la consecución de los fines públicos que justifican la intervención administrativa[13].

La creciente atención doctrinal y jurisprudencial a nociones como la buena administración[14], la calidad de los servicios públicos o la evaluación de las políticas públicas refleja precisamente esta evolución. Sin alterar los fundamentos del principio de legalidad, el Derecho administrativo contemporáneo parece orientarse progresivamente hacia una comprensión más amplia de la racionalidad de la acción administrativa, en la que la eficacia constituye un elemento esencial.

En este sentido, el análisis de la «última milla» de la acción pública permite poner de relieve que el Derecho administrativo no puede limitarse a regular la adopción de decisiones, sino que debe atender también a las condiciones que permiten que esas decisiones se traduzcan en resultados efectivos. La eficacia de la acción pública se convierte así en una dimensión central para comprender las transformaciones contemporáneas del Derecho administrativo.

III. SOBERANÍA Y CAPACIDAD DEL ESTADO EN UN CONTEXTO DE INTERDEPENDENCIA

1. La soberanía como problema contemporáneo de la acción pública

Las transformaciones recientes del entorno internacional han reactivado el debate sobre la soberanía de los Estados y sobre su capacidad para ejercer efectivamente el poder público en contextos caracterizados por una creciente interdependencia económica, tecnológica y geopolítica. La globalización de las cadenas de producción, el desarrollo de infraestructuras digitales transnacionales, la intensificación de los flujos financieros y la

---

12 En relación con el concepto fundamental de interés general, véanse, entre otros, García de Enterría, E. (1979), Conseil d'État (1999), Olahabila, L.-S. (2014), Truchet, D. (58), VV. AA. (2015), Guglielmi, G. J. (dir.) (2017), Tabuteau, D.-R. (2023), etc.

13 No en vano el principio de eficacia es un elemento clave de la administración y de esta rama del Derecho. En este sentido Hauriou, M. (1929, 141) afirma que utiliza el término legalidad desde un punto de vista amplio, dado que no se trata solo de las normas jurídicas y reglamentarias, sino también de los principios fundamentales de buena administración, incluso los que no están codificados.

14 Entre otros, Ponce Solé, J. (2016) (2019) o (2021). También Bousta, R. (2010), por ejemplo.

emergencia de actores privados de alcance global[15] han modificado profundamente las condiciones en las que los Estados ejercen sus competencias tradicionales.

En este contexto, el Conseil d'État ha dedicado su estudio anual de 2024 a analizar el significado contemporáneo de la soberanía y los desafíos que enfrenta su ejercicio en el mundo actual. El informe subraya que, aunque la soberanía continúa siendo un principio fundamental del orden constitucional y del sistema internacional, su ejercicio se encuentra cada vez más condicionado por relaciones de interdependencia que limitan la capacidad efectiva de los Estados para adoptar decisiones plenamente autónomas.

Estas transformaciones no implican necesariamente la desaparición de la soberanía estatal, pero sí obligan a reconsiderar sus formas de ejercicio. En un contexto de interdependencias múltiples, la soberanía ya no puede comprenderse únicamente como independencia formal frente a otros Estados[16], sino también como la capacidad real para tomar decisiones y ejecutarlas eficazmente en un entorno complejo[17].

Desde esta perspectiva, la soberanía aparece estrechamente vinculada a la capacidad de los Estados para gestionar sus dependencias estratégicas. La pandemia de COVID-19, las tensiones geopolíticas recientes o las dificultades de acceso a determinados recursos tecnológicos han puesto de relieve la importancia de disponer de capacidades propias en ámbitos estratégicos como la producción industrial, la energía, la investigación científica o las infraestructuras digitales. La soberanía se manifiesta así no solo en la titularidad jurídica de competencias, sino también en la posibilidad efectiva de ejercerlas.

---

15 Respecto al papel de los grupos de interés, véase, entre otros, Ballina Díaz, J. (2025).

16 El Diccionario panhispánico del español jurídico, ofrece dos acepciones de soberanía, una desde la perspectiva constitucional, como poder supremo e ilimitado, tradicionalmente atribuido a la nación, al pueblo o al Estado, para establecer su constitución y adoptar las decisiones políticas fundamentales tanto en el ámbito interno como en el plano internacional; y otra desde el Derecho internacional, como principio fundamental del estatuto internacional del Estado, consistente en la facultad de adoptar libremente sus decisiones y ejercer los poderes estatales. Entraña la *summa potestas* y la *plenitudo potestatis*. En la esfera de las relaciones internacionales, implica independencia e igualdad. A la igualdad soberana se refiere el art. 2.1 de la Carta de Naciones Unidas.

17 Este escenario ha sido descrito en Esteve Pardo, J. (2012, 106), quien propone replantear la fundamentación de la decisión y el concepto de responsabilidad que la acompaña, así afirma, que en contextos de incertidumbre, la decisión no puede apoyarse en certezas objetivas inexistentes, sino en certezas jurídicamente construidas, elaboradas a partir de normas y criterios que permiten ponderar racionalmente los intereses en juego, véase también Esteve Pardo, J. (2009).

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. De la soberanía formal a la capacidad efectiva del Estado

La atención a las condiciones materiales del ejercicio de la soberanía conduce a desplazar el análisis desde el plano estrictamente jurídico-formal hacia el terreno de las capacidades institucionales del Estado. Un Estado puede disponer formalmente de amplias competencias en determinados ámbitos y, sin embargo, encontrar serias dificultades para ejercerlas si carece de los medios organizativos, técnicos o financieros necesarios para hacerlo.

En un mundo caracterizado por la interdependencia de las economías y por la circulación transnacional de tecnologías y capitales, la capacidad efectiva de los Estados depende en gran medida de su organización administrativa, de sus recursos institucionales y de su capacidad estratégica para anticipar riesgos y gestionar dependencias.

Este desplazamiento conceptual tiene importantes implicaciones para el análisis del Derecho administrativo. Tradicionalmente, la reflexión jurídica sobre la soberanía se ha centrado en cuestiones relativas a la titularidad de las competencias y a la distribución de poderes entre distintos niveles de gobierno. Sin embargo, la eficacia real del poder público depende también de factores que se sitúan en el ámbito de la organización administrativa: la calidad de las instituciones, la estabilidad de las estructuras administrativas, la disponibilidad de recursos técnicos o la capacidad de coordinación entre distintos actores públicos.

Desde esta perspectiva, puede hablarse de una *dimensión administrativa de la soberanía*. La capacidad de un Estado para ejercer sus competencias no depende únicamente de su posición en el sistema internacional o de la configuración constitucional de sus poderes, sino también de la solidez de sus estructuras administrativas. La administración pública constituye así uno de los instrumentos fundamentales a través de los cuales se materializa el ejercicio de la soberanía estatal[18].

3. Administración pública y condiciones materiales del ejercicio del poder

La consideración de la soberanía desde la perspectiva de la capacidad administrativa permite integrar en el análisis jurídico cuestiones que tradicionalmente han ocupado un lugar secundario en la reflexión doctrinal. Aspec-

18 A este respecto, Barnés, J. (2019, 81) subraya que la Administración no es un mero eslabón técnico de ejecución, sino el ámbito en el que se concreta y se completa la legitimación democrática de la acción pública, al hacerse efectivas las decisiones normativas mediante procedimientos racionales, transparentes y orientados a la mejor decisión posible.

tos como la organización de las administraciones públicas[19], la formación y estabilidad de los empleados públicos, la disponibilidad de conocimientos técnicos o la coordinación entre distintos niveles institucionales aparecen ahora como factores decisivos para el ejercicio efectivo del poder público.

En este sentido, el debilitamiento de determinadas capacidades administrativas puede traducirse en una pérdida de control efectivo sobre ámbitos estratégicos de la acción pública. La externalización de funciones administrativas, la fragmentación institucional o la insuficiente coordinación entre administraciones pueden generar dependencias que limitan la capacidad del Estado para orientar la acción pública hacia objetivos estratégicos[20].

Esta dinámica se manifiesta de forma especialmente intensa en ámbitos caracterizados por un elevado grado de complejidad tecnológica o económica, como la regulación de los mercados digitales, la transición energética o la gestión de infraestructuras críticas. En estos sectores, la capacidad regulatoria del Estado depende en gran medida de la disponibilidad de conocimientos técnicos especializados y de la posibilidad de articular estructuras administrativas capaces de interactuar con actores privados de gran dimensión.

Desde la perspectiva del Derecho administrativo, estas cuestiones ponen de relieve la importancia de prestar atención a las condiciones institucionales que permiten que la acción pública se despliegue efectivamente. La soberanía estatal no puede reducirse a un principio abstracto del orden constitucional, sino que constituye también una realidad institucional que se construye a través de la organización administrativa y de la capacidad del aparato público para actuar de forma coherente y sostenida en el tiempo.

La reflexión sobre la soberanía conduce así a una segunda dimensión fundamental de la acción pública contemporánea: la capacidad del Estado. Si la eficacia de las políticas públicas depende de su realización efectiva en la «última milla», el ejercicio de la soberanía depende de la solidez de las capacidades institucionales que permiten al poder público intervenir en la realidad social. Ambas dimensiones remiten, en última instancia, a las condiciones estructurales de la acción pública.

Estas consideraciones preparan el terreno para la tercera dimensión que estructura el análisis de la acción pública contemporánea: la cuestión del *tiempo*. En efecto, incluso cuando las políticas públicas son eficaces en su implementación y los Estados disponen de capacidades institucionales suficientes, la racionalidad de la acción pública depende también de su coherencia temporal. La capacidad de orientar las decisiones públicas hacia

19 Y es que el de la organización es uno de los contenidos arquetípicos que definen en esencia el concepto de Derecho administrativo, como ha subrayado por ejemplo Caballero Sánchez, R. (2025).

20 Como pone de manifiesto el Conseil d'État (2024).

ISBN: 978-84-7777-740-3

horizontes estratégicos relativamente estables constituye hoy uno de los desafíos centrales del funcionamiento del poder público.

El epígrafe siguiente se centrará precisamente en esta dimensión temporal de la acción pública, analizando el papel del *tiempo largo* y de la *estrategia pública* en la racionalidad contemporánea del poder público.

IV. EL TIEMPO LARGO Y LA RACIONALIDAD ESTRATÉGICA DE LA ACCIÓN PÚBLICA

1. El problema del tiempo en la acción pública contemporánea

Si la eficacia de las políticas públicas depende de su realización efectiva y la soberanía del Estado se relaciona con su capacidad institucional para actuar, la racionalidad de la acción pública contemporánea plantea además un tercer problema estructural: su relación con el *tiempo*. Las decisiones públicas se adoptan en un entorno caracterizado por una aceleración constante de los procesos económicos, tecnológicos y sociales, que genera una presión creciente hacia la adopción de medidas inmediatas y respuestas rápidas a problemas complejos.

Esta tendencia hacia el corto plazo se ve reforzada por diversos factores propios del funcionamiento de las democracias contemporáneas[21]. Los ciclos electorales, la dinámica de los medios de comunicación y la creciente intensidad del debate público favorecen decisiones orientadas a producir efectos visibles en horizontes temporales relativamente breves. La acción pública se encuentra así sometida a una presión permanente de urgencia que puede dificultar la adopción de estrategias coherentes a largo plazo.

Sin embargo, muchos de los grandes desafíos contemporáneos requieren precisamente lo contrario: políticas públicas capaces de desarrollarse de forma sostenida durante periodos prolongados de tiempo. Transformaciones como la transición energética, la adaptación al cambio climático, la evolución demográfica o las transformaciones tecnológicas asociadas a la digitalización exigen decisiones cuya racionalidad solo puede evaluarse en horizontes temporales amplios.

El estudio anual del Conseil d'État de 2025 sitúa esta cuestión en el centro del análisis al examinar la capacidad de la acción pública para inscribirse en el *tiempo largo*. Como se pone de manifiesto en el mismo, la vocación natural de la acción pública consiste precisamente en orientar la evolución de la sociedad a lo largo del tiempo mediante políticas capaces de

[21] A este respecto resulta de máximo interés la idea de las dificultades que esta misión se encuentra por el corto plazo de las elecciones en los países democráticos, véase, Lasalle, J. M. (2021).

anticipar transformaciones estructurales y de organizar respuestas coherentes a largo plazo. No obstante, diversos factores institucionales, políticos y sociales han dificultado progresivamente el mantenimiento de esta perspectiva temporal en la acción pública.

2. El «tiempo largo» como exigencia de la acción pública

La consideración del *tiempo largo*[22] constituye una exigencia inherente a determinadas políticas públicas cuya eficacia depende necesariamente de su continuidad temporal. Las políticas de educación, de infraestructuras, de investigación científica o de transición energética solo pueden producir efectos significativos cuando se desarrollan de manera sostenida durante periodos prolongados.

El Conseil d'État subraya que el propio Estado moderno se ha construido históricamente como una institución capaz de proyectar la acción colectiva más allá del corto plazo. La permanencia de las instituciones públicas, la continuidad de las administraciones y la estabilidad relativa de los marcos jurídicos han permitido tradicionalmente a los Estados desarrollar políticas públicas que se extienden a lo largo de décadas. En este sentido, el *tiempo largo* constituye una dimensión estructural de la acción pública y una de las características distintivas del Estado moderno.

Sin embargo, esta capacidad de proyección temporal se enfrenta hoy a diversas dificultades. Entre ellas destacan la volatilidad de los contextos políticos y económicos, la fragmentación institucional de los sistemas administrativos y la proliferación de normas[23] y programas que modifican con frecuencia las orientaciones de las políticas públicas. La acumulación de reformas sucesivas puede generar una cierta inestabilidad normativa que dificulte la continuidad de las estrategias públicas.

A ello se añade la dificultad de construir consensos duraderos en sociedades caracterizadas por una creciente polarización política. Las políticas públicas orientadas al tiempo largo suelen exigir acuerdos relativamente amplios que permitan mantener orientaciones estratégicas estables a lo largo

---

22 Repárese que se habla de tiempo largo, siguiendo la distinción apuntada por el Conseil d'État (2025, 29), en la idea de que el concepto de «tiempo largo» no puede reducirse a una simple perspectiva temporal ampliada; así se distingue del «largo plazo» en que implica una visión estructuradora y acumulativa de la historia, la acción y las instituciones. El tiempo largo se inscribe así en una dialéctica entre la memoria del pasado, los retos del presente y la anticipación del futuro, en línea con lo indicado también por Hartog, F. (2003), quien revela que la capacidad de proyectarse hacia el futuro también depende de los retos del presente y de la memoria del pasado y advierte que muchos consideran que nuestra época estaría marcada ahora por una forma de «presentismo».

23 Carl Schmitt calificó el siglo XX como el siglo de la «legislación motorizada» y, como advirtió Menéndez Menéndez, A. (dir.) (2004), este proceso no se ha detenido en el siglo XXI.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de diferentes ciclos políticos. La fragmentación del debate público puede dificultar la formación de estos consensos y favorecer cambios frecuentes en las prioridades de la acción pública.

3. Prospectiva, evaluación y aprendizaje institucional

Ante estas dificultades, la capacidad de integrar el tiempo largo en la acción pública depende en gran medida de la existencia de instrumentos institucionales que permitan articular decisiones coherentes en el tiempo. Entre estos instrumentos, cabe mencionar el papel de la prospectiva, la evaluación de políticas públicas y la construcción de mecanismos de coordinación estratégica dentro de las administraciones públicas.

La prospectiva permite anticipar tendencias estructurales y explorar posibles escenarios futuros, proporcionando a los poderes públicos herramientas para orientar sus decisiones más allá de la gestión inmediata de los problemas. A diferencia de la planificación tradicional, centrada en la definición de objetivos concretos, la prospectiva se orienta hacia la identificación de transformaciones potenciales y hacia la elaboración de estrategias adaptativas capaces de responder a contextos cambiantes.

La evaluación de políticas públicas desempeña, por su parte, un papel esencial en el aprendizaje institucional (Vedung, 1997, 209-245). La posibilidad de analizar de manera sistemática los resultados de las políticas públicas permite corregir errores, ajustar instrumentos de intervención y mejorar progresivamente la eficacia de la acción pública. La evaluación introduce así una dimensión reflexiva en el funcionamiento de las administraciones públicas que resulta especialmente relevante para políticas que se desarrollan a lo largo del tiempo (Conseil d'État, 2020).

Finalmente, la integración del tiempo largo en la acción pública requiere mecanismos de coordinación institucional que permitan articular las decisiones adoptadas por distintos actores administrativos. En sistemas institucionales complejos, caracterizados por la coexistencia de múltiples niveles de gobierno y por la intervención de diversos organismos especializados, la coherencia temporal de las políticas públicas depende en gran medida de la capacidad de las instituciones para coordinar sus actuaciones.

La consideración conjunta de estas cuestiones pone de relieve que el tiempo constituye una dimensión esencial de la racionalidad de la acción pública. La eficacia de las políticas públicas y la capacidad institucional del Estado adquieren pleno significado cuando se integran en estrategias coherentes que se desarrollan a lo largo del tiempo.

De este modo, junto a la eficacia de la acción pública y a la capacidad institucional del Estado, el *tiempo largo* aparece como la tercera dimensión

estructural de la acción pública contemporánea. La articulación de estas tres dimensiones —eficacia, capacidad y temporalidad— permite esbozar una comprensión más amplia de la racionalidad del poder público.

Sobre esta base, el epígrafe siguiente propone una reflexión de carácter más general sobre las implicaciones que estas transformaciones pueden tener para la comprensión del Derecho administrativo, sugiriendo la posibilidad de interpretar la disciplina como el marco jurídico que organiza la acción pública en su triple dimensión de eficacia, capacidad y estrategia.

V. HACIA UNA COMPRENSIÓN ESTRATÉGICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Derecho administrativo y acción pública

Las transformaciones analizadas en las secciones anteriores permiten advertir que el objeto del Derecho administrativo se encuentra hoy en un proceso de ampliación progresiva. Sin abandonar su función clásica de garantía frente al poder público ni el control jurídico de las decisiones administrativas, la disciplina se enfrenta a la necesidad de integrar en su análisis dimensiones que desbordan el instante decisional y que se refieren al funcionamiento estructural de la acción pública.

La eficacia de las políticas públicas, la capacidad institucional del Estado y la coherencia temporal de la acción pública constituyen tres problemas centrales del ejercicio contemporáneo del poder público. Estos problemas no pueden comprenderse únicamente a través del examen aislado de decisiones administrativas individuales, sino que remiten al conjunto de condiciones institucionales, organizativas y temporales que permiten que la acción pública se despliegue efectivamente en la sociedad.

Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo puede interpretarse como el marco jurídico que organiza la acción pública en sentido amplio. Las normas jurídicas no solo regulan la adopción de decisiones administrativas, sino que también configuran las estructuras institucionales, los procedimientos de actuación y los mecanismos de coordinación que permiten que el poder público intervenga en la realidad social. El Derecho administrativo aparece, así, como el Derecho de la acción pública organizada.

Esta concepción no supone una ruptura con la tradición de la disciplina, sino más bien una ampliación de su horizonte analítico. La juridificación del poder público continúa articulándose a través de decisiones sometidas a competencia, procedimiento y control jurisdiccional, sin embargo, comprender plenamente la racionalidad de esas decisiones exige situarlas dentro de las dinámicas más amplias que configuran la acción pública en su conjunto.

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. Derecho administrativo y capacidad estatal

Una de las consecuencias más relevantes de esta ampliación de perspectiva consiste en prestar mayor atención a las condiciones institucionales que hacen posible el ejercicio efectivo del poder público. Como ya se ha indicado, la capacidad del Estado para ejercer sus competencias depende en gran medida de la solidez de sus estructuras administrativas y de los recursos institucionales de los que dispone.

Desde el punto de vista del Derecho administrativo, esta constatación invita a considerar con mayor detenimiento el papel de la organización administrativa, de los recursos humanos de las administraciones públicas y de los instrumentos institucionales que permiten articular la acción pública. La capacidad estatal no constituye únicamente una cuestión política o económica, sino también un problema jurídico que se relaciona con la configuración de las instituciones administrativas.

Las reglas relativas a la organización de las administraciones públicas, al estatuto de los empleados públicos, a los procedimientos de coordinación entre distintos niveles de gobierno o a los instrumentos de planificación administrativa configuran el marco dentro del cual se desarrolla la acción pública. A través de estas normas, el Derecho administrativo contribuye a construir las capacidades institucionales que permiten al Estado intervenir en la realidad social.

En este sentido, puede afirmarse que el Derecho administrativo desempeña una función estructural en la construcción de la capacidad estatal. La eficacia de las políticas públicas y el ejercicio efectivo de la soberanía dependen en gran medida de la manera en que el ordenamiento jurídico organiza las instituciones administrativas y regula sus formas de actuación.

3. Derecho administrativo y tiempo de la acción pública

Junto a la eficacia y la capacidad institucional, el tiempo constituye la tercera dimensión fundamental de la acción pública contemporánea. Las políticas públicas se desarrollan necesariamente a lo largo del tiempo y su racionalidad depende de la coherencia de las decisiones que las integran.

La atención al tiempo largo de la acción pública invita a considerar la importancia de los instrumentos jurídicos que permiten articular decisiones coherentes en el tiempo. Las normas relativas a la planificación administrativa, a la evaluación de políticas públicas o a la coordinación entre distintos niveles institucionales desempeñan un papel decisivo para asegurar la continuidad de las estrategias públicas.

Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo puede interpretarse también como el marco jurídico que organiza la relación entre decisión pú-

blica y tiempo. Las instituciones administrativas, los procedimientos de decisión y los mecanismos de control contribuyen a estructurar la manera en que las políticas públicas se desarrollan a lo largo de periodos prolongados.

La estabilidad relativa de las instituciones administrativas, la permanencia del aparato administrativo más allá de los cambios políticos y la existencia de marcos normativos relativamente duraderos constituyen elementos fundamentales para la proyección temporal de la acción pública. A través de estos instrumentos, el Derecho administrativo permite que la acción pública trascienda el corto plazo y se oriente hacia horizontes estratégicos más amplios.

VI. CONDICIONES INSTITUCIONALES PARA UNA ACCIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

El análisis desarrollado en las secciones precedentes pone de relieve que la acción pública contemporánea se enfrenta a tres exigencias estructurales: la eficacia de las políticas públicas en su realización efectiva, la capacidad institucional del Estado para ejercer sus competencias y la coherencia temporal de las decisiones públicas. Estas tres dimensiones —eficacia, capacidad y temporalidad— no constituyen problemas aislados, sino aspectos interrelacionados de una misma cuestión: la necesidad de articular una acción pública capaz de orientarse estratégicamente en contextos de creciente complejidad.

La noción de *Estado estratégico* puede entenderse precisamente como la expresión institucional de esta exigencia[24]. Más que designar un modelo estatal rígido o una forma específica de intervención pública[25], la idea de *Estado estratégico* remite a la capacidad de las instituciones públicas para anticipar transformaciones estructurales, definir orientaciones coherentes a largo plazo y movilizar de manera coordinada los instrumentos jurídicos, administrativos y económicos necesarios para alcanzar objetivos colectivos.

Desde esta perspectiva, la construcción de una acción pública estratégicamente orientada no depende únicamente de decisiones políticas puntua-

---

24 Ya hace casi veinte años Chevallier, J. (2007) utilizó la expresión *L'Etat stratège* si bien no con el mismo significado que en este trabajo ni en el estudio del Conseil d'État, pero sí en la idea de que el papel del Estado, tras el conocido Estado providencia, ya no consiste en dirigir directamente el desarrollo económico y social, sino en definir orientaciones, anticipar transformaciones y coordinar la acción de actores múltiples en un contexto de interdependencia estructural.

25 Esta forma de entender la evolución del Estado encuentra una formulación especialmente clara en la obra de Chevallier, J. (2023, 8), para quien el Estado no evoluciona por sustitución de modelos, sino por recomposición permanente de sus funciones, de sus modos de intervención y de sus formas de legitimación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

les, sino también de la existencia de condiciones institucionales que permitan integrar de manera estable la eficacia, la capacidad y el tiempo largo en el funcionamiento del aparato público. A este respecto, pueden identificarse al menos tres ámbitos institucionales particularmente relevantes para avanzar en esta dirección.

1. El refuerzo de las capacidades estratégicas de las administraciones públicas

La primera condición para una acción pública estratégica consiste en el fortalecimiento de las capacidades institucionales de las administraciones públicas. La eficacia de las políticas públicas y el ejercicio efectivo de la soberanía dependen en gran medida de la solidez organizativa del aparato administrativo, de la disponibilidad de recursos técnicos y del acceso a conocimientos especializados que permitan comprender y anticipar transformaciones complejas[26].

En este sentido, el estudio del Conseil d'État (2025, 25-26) sobre el tiempo largo de la acción pública subraya la importancia de reforzar dentro de las administraciones públicas estructuras específicamente dedicadas al análisis prospectivo y a la elaboración de estrategias públicas. La prospectiva permite identificar tendencias estructurales y explorar posibles escenarios futuros, proporcionando a los poderes públicos instrumentos analíticos que trascienden la gestión inmediata de los problemas.

El desarrollo de estas capacidades requiere, además, una organización administrativa capaz de integrar el conocimiento experto en los procesos de decisión pública[27]. La formación de los empleados públicos, la estabilidad

---

26 Pero sin caer en un modelo cientificista Esteve Pardo, J. (2012, 106). Así, el autor propone replantear la fundamentación de la decisión y el concepto de responsabilidad que la acompaña, en la idea de que en contextos de incertidumbre, la decisión no puede apoyarse en certezas objetivas inexistentes, sino en certezas jurídicamente construidas, elaboradas a partir de normas y criterios que permiten ponderar racionalmente los intereses en juego, Esteve Pardo, J. (2009).

27 Es una cuestión que también ha merecido atención en Francia, apostando por diversas soluciones organizativas a lo largo de diferentes etapas. En 2025, mediante Decreto de 23 de mayo, un Alto Comisionado para la Estrategia y la Planificación, que asumía de forma conjunta las funciones antes encomendadas a France Stratégie (2013-2025) y el Alto Comisionado para la Planificación (2020-2025), tomó el relevo de lo que originariamente había sido el Comisionado General de Planificación (1946-2006), y después el Centro de Análisis Estratégico (2006-2013). Se encarga de dirigir y coordinar los trabajos de planificación y prospectiva realizados por cuenta del Estado, así como de fundamentar las decisiones de las autoridades públicas en materia demográfica, económica, social, medioambiental, sanitaria, tecnológica y cultural, en un marco nacional y europeo. El Alto Comisionado para la Estrategia y el Plan asiste al primer ministro y al Gobierno en la definición de las grandes orientaciones políticas y en la preparación de las reformas.

de los equipos administrativos y la creación de espacios institucionales de reflexión estratégica dentro de las administraciones constituyen elementos fundamentales para reforzar la capacidad de anticipación del Estado.

Al mismo tiempo, la articulación estratégica de la acción pública exige mecanismos eficaces de coordinación entre distintos niveles institucionales. En sistemas administrativos complejos, caracterizados por la coexistencia de múltiples niveles de gobierno y por la intervención de diversos organismos especializados, la coherencia de las políticas públicas depende en gran medida de la capacidad de las instituciones para articular decisiones convergentes. El fortalecimiento de estructuras de coordinación estratégica aparece, así, como una condición esencial para superar la fragmentación institucional que con frecuencia caracteriza la acción pública contemporánea.

2. La integración del tiempo largo en los instrumentos jurídicos de la acción pública

La segunda condición institucional para una acción pública estratégica consiste en la incorporación efectiva del tiempo largo en los instrumentos jurídicos que estructuran la intervención del poder público. Como ha puesto de relieve el Conseil d'État (2025), la capacidad de desarrollar políticas públicas coherentes en el tiempo depende en gran medida de la existencia de instrumentos jurídicos que permitan orientar las decisiones públicas más allá del corto plazo.

Entre estos instrumentos ocupan un lugar relevante las leyes de programación, los planes estratégicos[28] y los mecanismos de evaluación de políticas públicas. Estos instrumentos permiten definir objetivos a medio y largo plazo, establecer marcos de actuación relativamente estables y organizar procesos de seguimiento que faciliten la adaptación de las políticas públicas a contextos cambiantes.

La evaluación de políticas públicas desempeña, en este sentido, un papel particularmente importante. La posibilidad de analizar de manera sistemática los resultados de las intervenciones públicas permite introducir mecanismos de aprendizaje institucional que mejoran progresivamente la eficacia de la acción pública. La evaluación contribuye así a articular la relación entre decisión pública y tiempo, permitiendo ajustar las estrategias públicas en función de la experiencia acumulada[29].

---

28 Véase, en el ámbito energético el trabajo de Lucea Franco, P. (2025a y 2025b).

29 En relación con la importancia de las memorias y los estudios de impacto en la determinación de una buena decisión, véanse también las sentencias del TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 18 de junio de 2012, ECI:ES:TS:2012:4591; la núm. 2571/2016, de 12 de diciembre, recurso de casación núm. 902/2014; núm. 2586/2016, de 13 de di-

ISBN: 978-84-7777-740-3

Desde el punto de vista jurídico, la incorporación de estos instrumentos pone de relieve que el Derecho administrativo no se limita a regular decisiones puntuales, sino que contribuye también a estructurar las trayectorias temporales de la acción pública. A través de mecanismos de planificación, programación y evaluación, el ordenamiento jurídico permite que la acción del poder público se desarrolle de manera relativamente coherente a lo largo del tiempo.

3. Democracia y tiempo largo en la acción pública

Finalmente, la construcción de una acción pública estratégicamente orientada plantea una cuestión fundamental relativa a la relación entre democracia y tiempo largo. Las democracias contemporáneas se caracterizan por la existencia de ciclos políticos relativamente breves, que favorecen decisiones orientadas a producir resultados visibles en horizontes temporales inmediatos. Sin embargo, muchas de las políticas públicas necesarias para afrontar los grandes desafíos contemporáneos requieren precisamente continuidad y estabilidad a lo largo del tiempo.

Esta tensión entre temporalidad política y temporalidad de las políticas públicas constituye uno de los problemas centrales de la acción pública contemporánea. El Conseil d'État (2025) subraya, en este sentido, la importancia de desarrollar mecanismos institucionales que permitan articular el tiempo largo de las políticas públicas dentro del funcionamiento normal de las instituciones democráticas.

Entre estos mecanismos pueden destacarse, en primer lugar, el papel de las Cortes Generales en la definición de orientaciones estratégicas a medio y largo plazo[30]. La deliberación parlamentaria puede contribuir a la construcción de consensos relativamente estables sobre determinadas prioridades de la acción pública, favoreciendo la continuidad de las políticas más allá de los cambios de gobierno.

Asimismo, la participación de actores sociales, expertos y ciudadanos en los procesos de elaboración de estrategias públicas puede contribuir a

---

ciembre, recurso de casación núm. 873/2014; o respecto a la calidad regulatoria en general, por ejemplo, las sentencias del TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 24 de marzo de 2009, recurso de casación núm. 4708/2006; de 15 de julio de 2010, ECI:ES:TS:2010:4057de 23 de marzo de 2015, ECI:ES:TS:2015:1139; núm. 2563/2016, de 5 de diciembre, recurso de casación núm. 378/2013; etc. Véase también el trabajo de Sierra Mucientes, S. (2019).

30 A este respecto, destaca el modelo finlandés, donde el Parlamento desempeña un papel central, a través de una comisión permanente dedicada a ello: la «Comisión para el Futuro». Creada en 1993 con carácter temporal tras varios intentos infructuosos en los años setenta y ochenta, en un contexto de profunda crisis y dudas sobre el futuro del país, la Comisión para el Futuro se convirtió en permanente en 2001.

reforzar la legitimidad de las decisiones orientadas al largo plazo. La incorporación de estas formas de participación permite ampliar el horizonte temporal del debate público y facilita la construcción de acuerdos sociales más amplios en torno a determinadas orientaciones estratégicas.

La articulación entre democracia y tiempo largo no implica, por tanto, una limitación del debate democrático, sino más bien el desarrollo de instituciones capaces de integrar la deliberación democrática con la necesidad de mantener orientaciones estratégicas relativamente estables en la acción pública.

VII. CONCLUSIÓN

El análisis desarrollado en las páginas anteriores pone de relieve que la acción pública contemporánea se encuentra atravesada por tres problemas estructurales que condicionan el ejercicio del poder público: la eficacia de las políticas públicas, la capacidad institucional del Estado y la coherencia temporal de la acción pública.

De este modo, se pone de relieve que la racionalidad de la acción pública ya no puede comprenderse exclusivamente a partir de la validez formal de las decisiones administrativas, sino que depende también de condiciones estructurales relativas a la implementación de las políticas públicas, a las capacidades institucionales del Estado y a la coherencia temporal de las estrategias públicas.

Desde la perspectiva del Derecho administrativo, estas transformaciones invitan a ampliar el marco tradicional de análisis de la disciplina. Sin abandonar su función esencial de garantía frente al poder público, el Derecho administrativo aparece también como el orden jurídico que organiza las condiciones institucionales de la acción pública: su eficacia, su capacidad organizativa y su proyección en el tiempo.

En este contexto, la noción de *Estado estratégico* puede interpretarse como la expresión institucional de estas exigencias. La capacidad del poder público para anticipar transformaciones, definir orientaciones coherentes a largo plazo y movilizar de forma coordinada los instrumentos de intervención pública constituye uno de los desafíos centrales del funcionamiento contemporáneo de las instituciones públicas.

La construcción de una acción pública estratégicamente orientada no depende únicamente de decisiones políticas puntuales, sino también de la existencia de condiciones institucionales que permitan integrar de forma estable la eficacia de las políticas públicas, la solidez de las capacidades administrativas y la coherencia temporal de las decisiones públicas. Comprender el Derecho administrativo como el marco jurídico que articula estas dimensiones permite situar la disciplina en un horizonte analítico capaz de dar

ISBN: 978-84-7777-740-3

cuenta de las transformaciones contemporáneas del poder público y de los desafíos que enfrentan las administraciones en sociedades complejas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BALLINA DÍAZ, J. (2025). *Los grupos de interés en la Unión Europea: evolución y perspectivas de un diálogo abierto*. Atelier.

BARNÉS, J. (2019). «Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, Universidad Externado de Colombia, 77-123.

BOTO ÁLVAREZ, A. (2023). «La reforma de la justicia administrativa en clave cívica: impactos objetivos y subjetivos». *Revista Catalana de Dret Public*, 67, Generalitat de Catalunya, 108-132.

BOUSTA, R. (2010). *Essai sur la notion de bonne administration en Droit public*. L'Harmattan.

BUENO ARMIJO, A. (2025). *La burocracia defensiva. Un ensayo de derecho superheroico*. Marcial Pons.

CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2025). «Teoría general de la organización administrativa», en F. VELASCO CABALLERO & M. M. DARNACULLETA GARDELA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo* (3.ª ed.). Marcial Pons, 209-234.

CONSEIL d'ÉTAT (2020). *Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*. La Documentation Française.

CONSEIL d'ÉTAT (2025). *Inscrire l'action publique dans le temps long*. La Documentation française.

CONSEIL d'ÉTAT (2024). *La souveraineté*. La Documentation française.

CONSEIL d'ÉTAT (2023). *L'usager du premier au dernier kilomètre de l'action publique : un enjeu d'efficacité et une exigence démocratique*. La Documentation française.

CONSEIL d'ÉTAT (1999). *Rapport public 1999 : Jurisprudence et avis de 1998 ; L'intérêt général*. La Documentation française.

CHEVALLIER, J. (2023). *L'État en France. Entre déconstrution et réinvention*. Gallimard.

CHEVALLIER, J. (2007). « L'Etat stratège ». En Y. DÉLOYE & B. BADIE (dir.), *Le temps de l'Etat. Mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum*, Fayard, 372-385.

ESTEVE PARDO, J. (2012). «Decidir en la incerteza: el Derecho y los poderes públicos ante las crecientes incertidumbres de la Ciencia». *Revista de Derecho Administrativo*, 12, Círculo de Derecho Administrativo, 105-111.

ESTEVE PARDO, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1979). «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21, Civitas, 11-38.

GUGLIELMI, G. J. (dir.) (2017). *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*. Éditions Panthéon-Assas.

HAURIOU, M. (1929). *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929. D'apres les notes d'arrets du recueil sirey réunies et classées* (t. II). Libraire du Recueil Sirey.

HARTOG, F. (2003). *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*. Le Seuil.

JIMÉNEZ BLANCO, A. (2026). «La herida Heine. Heinrich Heine y el espíritu europeo», de Mariano Zabía. Editorial Sonora, 2025. *Libros, nocturnidad y alevosía*.

LASALLE, J. M. (2021). *El liberalismo herido. Reinvención de la libertad frente a la nostalgia del autoritarismo*. Arpa.

LUCEA FRANCO, P. (2025a). *La planificación energético-climática en Francia y España: evolución, principios y discrecionalidad*. Atelier.

LUCEA FRANCO, P. (2025b). *Litigiosidad climática y planificación energética en Francia y España*. Instituto Clavero Arévalo.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.) (2004). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Thomson-Civitas.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2021). *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado social y democrático de Derecho*. Marcial Pons.

NIETO, A. (1980). «El Derecho como límite del poder en la edad media». *Revista de Administración Pública,* 91, CEPC, 7-73.

NIETO, A. (1975). «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo». *Revista de Administración Pública*, 76, CEPC, 9-30.

NIETO, A. (1996). *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*. Ariel Derecho.

OLAHABILA, L.-S. (2014). *Intérêt général et bien commun Théorie rénovée de l'Action publique*. L'Harmattan.

PONCE SOLÉ (2021). «El fracaso de la Administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el Derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa». *Revista General de Derecho Administrativo*, 58, Iustel.

PONCE SOLÉ, J. (2019). «La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida». *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, 15, Universidad de Alcalá.

PONCE SOLÉ, J. (2016). «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones». *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local.

PRESSMAN, J. L. & WILDAVSKY, A. (1984). *Implementation: How great expectations in Washington are dashed in Oakland* (3.ª ed.). University of California Press.

RIVERO, J. y WALINE, J. (2002). *Droit administratif* (19.ª ed.). Dalloz.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003). *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons.

SIERRA MUCIENTES, S. (2019). «La necesaria objetividad en la evaluación *ex ante* de la calidad de las normas. Estudio de la memoria de análisis del impacto normativo en la familia». *Revista de las Cortes Generales*, 107, 137-194.

TABUTEAU, D.-R. (2023). *Discours d'introduction du colloque sur l'intérêt général dans le cadre des entretiens du contentieux*. Conseil d'État.

TRUCHET, D. (2017). « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de Droit », *Legicom*, 58, Dalloz.

VEDUNG, E. (1997). *Public policy and program evaluation*. Transaction Publishers.

VV. AA. (2015). *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*. Dalloz.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del servicio de practicaje en los puertos

Juan Francisco Mestre Delgado

Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Alcalá

Sumario. I. Una necesaria descripción de la naturaleza jurídica de la actividad de practicaje en el Derecho vigente.—II. La caracterización del servicio y sus consecuencias sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial: 1. Planteamiento general sobre la desregulación de actividades publificadas y su consecuencia sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial. 2. Las insuficiencias y contradicciones que pueden apreciarse en la regulación del servicio y sus consecuencias sobre el régimen de la responsabilidad extracontractual y la eventual participación en el mismo de la Administración Pública. 3. Una consideración final sobre la eventual existencia de responsabilidad subsidiaria.—III. La ausencia de justificación de la limitación de responsabilidad del práctico y las consecuencias aplicables: 1. Los términos de la regulación. 2. El Convenio sobre limitación de responsabilidad no constituye el fundamento de la cláusula de limitación del alcance de la responsabilidad del práctico. 3. La dificultad de justificar en el orden interno de la limitación de responsabilidad.

I. UNA NECESARIA DESCRIPCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DE PRACTICAJE EN EL DERECHO VIGENTE

a) La determinación de cuando reclama su aplicación el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de las administraciones públicas que diseña el artículo 106 de la Constitución exige necesariamente, entre otros requisitos, la existencia de un título de imputación de la causa del resultado lesivo a la Administración, esto es, que la actuación (o cualquier otro comportamiento subsumible) que ha producido o de la que deriva el resultado lesivo haya sido realizada o efectuada por una Administración. Como resulta ya un lugar común, la cláusula del artículo 106 de la Constitución, procedente de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, caracteriza el régimen de la responsabilidad patrimonial atendiendo al funcionamiento del servicio público, entendido el concepto no en sentido técnico-jurídico sino como cualquier tipo de actuación, e incluso de inactividad, de la Administración. Constituye un instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos frente a, o como consecuencia de, la actividad propia de las

ISBN: 978-84-7777-740-3

administraciones públicas, ejerciendo las potestades públicas que las leyes atribuyen para la satisfacción de los intereses generales, que presenta una relevancia indudable. De donde se sigue que, como primer requisito o regla de delimitación (existen otros a los que aludo seguidamente, en la medida en que resultan adecuados al objeto de análisis) es imprescindible que el resultado lesivo (la lesión, en sentido técnico jurídico, esto es, el perjuicio antijurídico, que lo es porque no existe obligación jurídica de soportarlo) se produzca como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, del servicio público, o dicho en otros términos como consecuencia de la actividad —o inactividad— de la Administración sujeta a Derecho administrativo. Porque si no interviene una Administración, que actúe en régimen de Derecho Público, no reclama su aplicación el régimen jurídico-público de la responsabilidad patrimonial o extracontractual; igualmente, si interviene un ente instrumental o alguna personificación jurídico-pública cuya actuación se encuentre válidamente sujeta a Derecho privado, el resultado lesivo que su actuación hubiese producido no se regirá tampoco por el régimen jurídico-público, sino por el jurídico-privado de la responsabilidad civil, mercantil o el que en definitiva corresponda[1].

Por ello es imprescindible identificar la naturaleza y el régimen jurídico del practicaje, desde luego para determinar si se trata de una actividad realizada por una Administración Pública sujeta a Derecho administrativo o si es una actividad privada o realizada por un ente público sujeto a Derecho privado, como requisito inicial e imprescindible para poder, en su caso, analizar si puede sujetarse a un régimen de responsabilidad patrimonial jurídico-público o si es actividad privada.

b) Históricamente el servicio de practicaje fue considerado como una actividad pública, cuya titularidad correspondía a la Administración Pública.

No es preciso, a los efectos que nos ocupan, remontarnos más allá del Reglamento General de Practicaje, aprobado mediante Decreto de 4 de julio de 1958 (y modificado por Decreto 250/1963, de 7 de febrero). El practicaje se define (artículo 1.d) como «el servicio que presta un práctico para dejar un buque debidamente fondeado o amarrado a un muelle o boya dentro de un puerto o su bahía; este servicio comienza cuando se inicia la maniobra de fondeo o la de amarre. La maniobra inversa se entiende por desamarraje, que finaliza al estar el anda a pique, o caso de no hallarse esta fondeada, al largar el último cabo». La actividad en cuestión se encontraba intensamente regulada por la Administración, que a su vez intervenía de forma decidida en la organización y prestación del servicio: puede destacarse, en este sentido, que el número de prácticos era fijado por el Ministe-

[1] Iñaki Zurutuza Arigita, «El Practicaje» (Marcial Pons 2013) analiza la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, del práctico (pp. 225 y ss.).

rio de Marina (artículo 3), y que la adquisición de la condición de práctico seguía el modelo funcionarial, ya que se ordenaba en el Reglamento en torno al régimen de la «provisión de vacantes», condicionado a la superación de un «concurso-oposición» —si no se cubriese la vacante mediante un previo traslado—, que resolvía un Tribunal formado por el comandante militar de Marina de la Provincia Marítima a que pertenezca el puerto cuya vacante de práctico se trate de cubrir, dos capitanes de Marina Mercante, dos prácticos (uno designado por la autoridad de Marina, y el otro por la Corporación respectiva), y el ayudante de Marina del Distrito o un oficial de la Comandancia de Marina (artículo 16). Uno de los requisitos exigidos para participar en el proceso selectivo era el de «contar como mínimo con cuatro años de embarco en buques de la Armada en tercera situación» [aunque también se contemplaba la posibilidad de que participase personal de la reserva naval (art. 13) y se estableció (art. 14) la reserva de un tercio de las vacantes que se produjesen para capitanes de la Marina Mercante]. Subraya esta consideración de actividad publificada y en la que interviene decididamente la Administración, la previsión del artículo 5, segundo párrafo, conforme a la cual los prácticos tienen la consideración de funcionarios públicos, contemplándose incluso la posibilidad de que porten armas cortas de fuego para el ejercicio de sus funciones (artículo 8, segundo párrafo). Pero también es preciso atender a las determinaciones sobre la regulación del servicio, dentro del entorno organizativo al que me acabo de referir. La regla general es que el servicio de practicaje a la entrada de los puertos es obligatorio para todos los buques, salvo las excepciones que contemplaba el artículo 23; los actos de practicaje de salida «serán obligatorios en los puertos en que para su debida seguridad y por decisión de las autoridades de Marina se imponga la obligatoriedad (…)», añadiendo, en una formulación no precisamente clara y coherente, que «en los demás puertos estos servicios serán potestativos para los buques autorizados para efectuar cabotaje nacional en cualquiera de sus clases» (artículo 28); refleja con claridad el criterio general lo establecido en el artículo 40: «los capitanes de buques que estando obligados a tomar Prácticos para la entrada o salida en los puertos o en los movimientos dentro de los mismos prescindiesen de sus servicios sin causa justificada, están obligados al abono del importe de los que hubieran evitado, con un recargo del 50 por 100 (…)». Por la prestación del servicio se devenga el pago de las cantidades que fija, mediante tarifas, la propia Administración. Con respecto al contenido del servicio, el artículo 9 establece lo que prácticamente va a mantenerse en las sucesivas regulaciones: «el práctico, como asesor técnico del Capitán, señalará la derrota de la nave desde que la aborde a la entrada de los puertos hasta su fondeo o amarraje en lugar seguro o hasta dejarle en franquía a la salida de aquéllos, así como en los movimientos dentro de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que para el Capitán y Naviero se establece en el artículo 618 del Código de Comercio». De forma que el practicaje se caracteriza por su función asesora, pero obligatoria (salvo excepciones concretas), aunque no solo o no únicamente

ISBN: 978-84-7777-740-3

queda limitada al asesoramiento, sino que incorpora instrucciones o mandatos [de forma que si el capitán se niega a seguir sus «indicaciones», queda exento de responsabilidad (art. 9)], por cuya realización se devenga una contraprestación conforme a la tarifa previamente aprobada por la Administración, reconociéndose al práctico la condición de funcionario público. Los prácticos se integran obligatoriamente en la Corporación de Prácticos del Puerto correspondiente, que posee una inequívoca naturaleza asociativa.

La regulación del régimen de la responsabilidad extracontractual derivada de los perjuicios producidos se comprende en lo sustancial en el artículo 9 del Reglamento. La regla general consiste en atribuirla al práctico, personalmente, si incurre en inexactitud o error en sus indicaciones («en el desempeño de los anteriores cometidos y cuando por inexactitud o error de las indicaciones por él formuladas para la determinación de los rumbos o maniobras aconsejadas se causasen daños en el propio buque o a terceros, el Práctico será responsable de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que para el capitán y naviero se establece en el artículo 618 del Código de Comercio»), excluyéndose los supuestos en que el capitán «se negase a seguir sus indicaciones». Si bien se mira, el régimen de la responsabilidad del práctico que se diseña en el Reglamento General de 1958 parece basado en el modelo de las relaciones privadas, entre particulares, contenido en el Código Civil, basado en la culpa o negligencia («inexactitud o error de las indicaciones»), como si se estuviese en presencia de actuaciones producidas exclusivamente entre dos sujetos privados. Conviene retener, por un lado, que no se contemplaba limitación alguna sobre el alcance de la indemnización, que alcanzaba la necesaria para compensar íntegramente los perjuicios producidos, y por otro lado que la regulación que nos ocupa no contemplaba en modo alguno que la Administración asumiese responsabilidad alguna.

Por lo que se refiere a esta última cuestión, es preciso recordar que la regulación del Código Civil respecto a la responsabilidad extracontractual de la Administración resultaba sumamente limitativa, por no decir que realmente respaldaba un sistema de práctica inexistencia. La regla es que el funcionario público que produce un daño a otro, actuando en su condición funcionarial, responde del mismo como si se hubiese producido fuera del servicio, actuando como ciudadano; de esta regla solo se exceptuaban los supuestos en los que la Administración actúa por medio de un agente especial, únicos en los que se reconoce la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de las construcciones tendentes a reclamar la responsabilidad de forma subsidiaria (en los términos del artículo 1903 del Código Civil, «el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior»; añade en su último párrafo que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las

personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»). Si se repara en la excepcionalidad de tal tipo de actuaciones (en los que la Administración, prescindiendo de sus agentes «ordinarios», encomiende a un agente especial la realización de una actividad pública) podrá convenirse en que la regulación que nos ocupa no se separa particularmente de la ordenación general de la responsabilidad de la Administración hasta entonces, prácticamente, vigente, derivada de las reglas del Código Civil: quien responde por los daños que cause en el ejercicio de sus funciones propias es el funcionario, y no la Administración (a lo sumo, en régimen de subsidiariedad ante la insolvencia del funcionario). Es cierto que este régimen general fue modificado, sustancialmente, por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que incorporó los principios, apuntados previamente en la legislación de régimen local, de responsabilidad objetiva y directa de la Administración; pero es claro, en mi criterio, que no fueron realmente asumidos o interiorizados de forma efectiva por los reguladores de la época, de forma que las determinaciones del Reglamento General de 1958 al que vengo aludiendo no pueden considerarse, realmente, como el reflejo de una decisión reflexiva tendente a excluir el régimen común de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en aras del establecimiento de un régimen jurídico privado de responsabilidad en el sector, sino precisamente como la incorporación, mimética por razón de la inercia de la tradición, de las reglas comunes en materia de responsabilidad administrativa.

c) La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos, que reguló los servicios portuarios («son servicios portuarios las actividades de prestación que tiendan a la consecución de los fines que a las Autoridades Portuarias se asignan por la presente Ley y se desarrollan en su ámbito territorial», art. 66) calificó el practicaje como un servicio portuario (art. 66.1), especificando que su prestación, que corresponde a las Autoridades Portuarias, puede efectuarse de forma directa, por ellas mismas, o indirecta (arts. 67.1 y 102.3). Desde la perspectiva competencial, conviene recordar que la Ley de 1992 suprimió las competencias que correspondían al Ministerio de Defensa, y atribuyó las relacionadas con las condiciones técnicas, económicas y de calidad del servicio a las Autoridades Portuarias, y las referidas a la seguridad marítima a la Administración marítima. Es relevante subrayar que la fundamentación de la actividad se encuentra específicamente vinculada con la seguridad marítima, como resulta, además, de la propia definición del servicio («se entiende por practicaje el servicio de asesoramiento a los capitanes de buques y artefactos flotantes, para facilitar su entrada y salida a puerto y las maniobras náuticas dentro de este, en condiciones de seguridad y en los términos que se establezcan en esta Ley, en la reglamentación general que regule este servicio, así como en aquellas otras disposiciones normativas o contractuales que le sean de aplicación», artículo 102.1).

ISBN: 978-84-7777-740-3

En lo que afecta al régimen jurídico aplicable, destaca en la Ley el criterio general de sujetar la actuación de las administraciones competentes al derecho privado: el ente público Puertos del Estado «ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya» (art. 24.2); las Autoridades Portuarias igualmente «actuarán con sujeción al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento jurídico les atribuye» (art. 35.2); y «los contratos que se celebren por la Autoridad Portuaria para la prestación por gestión indirecta de los servicios portuarios estarán sujetos al ordenamiento privado, excepto en lo que se refiere a los aspectos que garanticen la publicidad y concurrencia en su preparación y adjudicación…» (art. 67), aunque el artículo 66.2 especifica que «las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria, se regularán y ejercerán de acuerdo con su normativa específica». La innovación relevante, desde esta perspectiva, que incorporó la Ley de 1992 afectó al régimen jurídico aplicable: frente al modelo de regulación anterior, se insiste en el sometimiento del servicio al Derecho privado, lo que se quiere subrayar al regular las formas en que puede prestarse el mismo: en los términos del artículo 102.3, «el servicio de practicaje se ejercerá, en los puertos que dependan de la Administración del Estado, por la Autoridad Portuaria correspondiente, a través de contratos con terceros o bien por gestión directa»; como el titular del servicio de practicaje es la Autoridad Portuaria (art. 102.5) a ella corresponde la gestión directa, y como ya nos consta, somete su actuación a Derecho privado, que es el que se aplica a los trabajadores que intervengan en el servicio (cfr. art. 102.6). No obstante, es preciso destacar que se trata de un servicio y quien percibe las correspondientes tarifas cuando presta directamente el servicio (art. 103.1), aunque existe una clara preferencia por parte del Legislador para que el servicio se preste mediante contrato (lo reflejan el artículo 102.4 y la disposición transitoria segunda, apartado 2). La Administración marítima determina «la necesidad de la existencia en un puerto de un servicio de practicaje, así como, en su caso, la no obligatoriedad de su utilización y las condiciones técnicas con que dicho servicio debe ser prestado, por razones de seguridad marítima» (art. 102.8.a). La Ley considera que, hasta su promulgación, el servicio de practicaje se había prestado de forma indirecta, por medio de las respectivas Corporaciones de Prácticos, incluyendo un régimen transitorio (DT 2) que subraya el criterio de sujetar la actividad al régimen jurídico privado, y que se caracteriza, en lo sustancial, por conservar los derechos adquiridos de los prácticos que hubiesen accedido al puesto de trabajo conforme a la regulación anterior, integrados en las Corporaciones —que ya no tienen el carácter de Corporación de Derecho Público—; en el caso de que se decida que el servicio se preste de forma directa, se integran como personal laboral en la autoridad portuaria, que se subroga en los derechos y obligaciones

de la Corporación preexistente, que se extingue; como ya se ha indicado, se refleja la preferencia por que el servicio se siga prestando, de forma indirecta, por las Corporaciones, o entidades que en su caso las sustituyan, «mientras no existan prácticos con las condiciones a las que se refiere el número 1 del apartado anterior» (DT 2.2).

La Ley incorporó la limitación de la responsabilidad por daños; en los términos del artículo 104, «la responsabilidad civil en que pudieran incurrir los prácticos o las Autoridades Portuarias en la gestión del servicio de practicaje no podrá superar, en caso de siniestro, la cuantía de dos mil pesetas por unidad de arqueo bruto del buque para el que prestan el servicio, con un tope máximo de cien millones de pesetas. A tal efecto, se entenderá por arqueo bruto el definido en los convenios internacionales suscritos por España y en las normas reglamentarias nacionales que resulten aplicables».

d) El Reglamento General de Practicaje, aprobado mediante Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo (dictado en desarrollo de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos) define el practicaje como «el servicio de asesoramiento a los capitanes de buques y artefactos flotantes, para facilitar su entrada y salida a puerto y las maniobras náuticas dentro de este y en los límites geográficos de la zona de practicaje, en condiciones de seguridad», que «se prestará a bordo de los buques, incluyéndose en el mismo las instrucciones impartidas por los prácticos desde el momento en que partan de la estación de practicaje, para velar por la seguridad de la navegación, de los buques, de sus tripulaciones, de las instalaciones portuarias y de los usuarios del servicio» (art. 2.1). Igualmente, afronta la definición de práctico, como «la persona que previa su correspondiente habilitación y nombramiento, asesora a los capitanes de buques y artefactos flotantes para facilitar su entrada y salida de los puertos, ríos, rías o barras, fondeaderos, boyas, cargaderos exteriores y diques, en los movimientos tanto interiores como exteriores de los buques en fondeos, atraques y desatraques, así como en otras áreas, indicando la derrota conveniente de la nave y las maniobras náuticas necesarias para una mayor seguridad de la navegación».

La regla general que mantiene el Reglamento consiste en la obligatoriedad del servicio [«el servicio portuario de practicaje se prestará en todos los puertos que dependan de la Administración General del Estado en que ello resulte necesario por razones de seguridad marítima (…)», (art. 4); es obligatorio para todos los buques con un arqueo igual o superior a 500 GT tanto para la entrada y salida del puerto como para las maniobras náuticas que precisen efectuar dentro del puerto (art. 8)], con las excepciones que contempla el artículo 9 y sin perjuicio de los supuestos en que proceda la actividad privada de practicaje (art. 11) por parte de los operadores privados en relación a los buques operados por ellos mismos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El Reglamento incorpora una nueva regulación sobre los requisitos de titulación y profesionales exigibles a los prácticos (es preciso obtener autorización administrativa). Igualmente conviene aludir al régimen sancionador que incorpora: desde la perspectiva de la tipificación, incluye como comportamientos típicos el incumplimiento de los pliegos que rijan la prestación del servicio, así como la prestación inadecuada del servicio (art. 26.a); en lo que se refiere a los responsables, se identifica como tal a la corporación de prácticos, «sin perjuicio de su repercusión sobre los prácticos miembros de la corporación (…)» (art. 29.a).

En cuanto a la responsabilidad derivada de la prestación del servicio portuario de practicaje, el artículo 24 del Reglamento añade algunas determinaciones sobre el contenido de la previsión legal a la que ya me he referido. Tras reproducir el contenido del artículo 104 de la Ley en su apartado 1, añade en su apartado 2 que «sin perjuicio de la responsabilidad civil que para el capitán o naviero se establece en el artículo 618 del Código de Comercio, el práctico será el responsable de los daños causados al propio buque o a terceros, con el límite señalado en el apartado anterior, producidos por inexactitud, error u omisión en el asesoramiento de la derrota conveniente de la nave y de los rumbos o maniobras náuticas precisos para velar por la seguridad de la navegación».

e) Conviene añadir que la Ley de Puertos fue objeto de varias modificaciones, que determinaron finalmente la aprobación de un Texto Refundido, de 5 de septiembre de 2011. Ha incorporado los criterios de desregulación de actividades publificadas que, desde hace años, se vienen aplicando en diferentes regulaciones nacionales. Conforme a estas nuevas determinaciones, el practicaje es un servicio «de asesoramiento a capitanes de buques y artefactos flotantes, prestado a bordo de estos, para facilitar su entrada y salida a puerto y las maniobras náuticas dentro de este y de los límites geográficos de la zona de practicaje, en condiciones de seguridad (…)» (art. 126.1; también, art. 279.1), de naturaleza obligatoria, salvo en los casos excepcionales que fije la Administración (art. 126, apartados 2 y 3), que se realiza por un único prestador en cada área portuaria (art. 126.3), manteniéndose las competencias administrativas sobre la habilitación, selección, formación y régimen de trabajo de los prácticos (art. 126.4). Se integra de esta forma en el ámbito de regulación general que, con respecto a los servicios portuarios, incorporó el Legislador, y que se concreta e integra (cfr. art. 109 del Texto Refundido) en una cierta tendencia a la desregulación o liberalización de la actividad: «la prestación de los servicios portuarios se llevará a cabo por la iniciativa privada, rigiéndose por el principio de libre concurrencia con las excepciones establecidas en esta Ley», aunque soporten obligaciones de servicio público (las especificadas en el artículo 110 del Texto Refundido); la Administración puede limitar el número de prestadores, que solo pueden intervenir si obtienen «la correspondiente

licencia otorgada por la Autoridad Portuaria, la cual solo puede otorgarse previa aprobación del correspondiente Pliego (…)» (art. 109.2), que debe otorgarse, de forma reglada, mediante concurso público [al estar limitado el número de autorizaciones (arts. 109.2 y 111.4)]; no obstante todo ello, se subraya en el texto legal que las Autoridades Portuarias deben adoptar las medidas precisas para garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de servicios portuarios en el puerto, contemplándose a estos efectos que podrán, excepcionalmente, asumir «la prestación directa o indirecta de un servicio portuario cuando por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada sea necesario garantizar una adecuada cobertura de las necesidades del servicio» (artículo 109.3).

f) La Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014, de 24 de julio) ha incorporado una regulación del contrato de practicaje, fundamentalmente desde la perspectiva jurídico-privada, ya que no ha modificado las reglas sobre la gestión del servicio que siguen vigentes de la legislación de puertos. Centrándose en el ámbito de los contratos auxiliares de la navegación, los artículos 325 a 328 regulan el contrato de practicaje. La actuación del práctico se instrumenta mediante un contrato, jurídico-privado, conforme al cual «una persona denominada práctico se obliga, a cambio de un precio, a asesorar al capitán en la realización de las diversas operaciones y maniobras para la segura navegación de buques por aguas portuarias o adyacentes» (art. 325); ambos deben planificar y colaborar en la realización de la maniobra (art. 326), aunque subrayando la preeminencia del capitán (en los términos del artículo 327, «la presencia del práctico a bordo no exime al oficial encargado de la guardia de los deberes que le incumben en relación con la seguridad de la navegación ni sustituye la superior autoridad del capitán en todo lo que tiene que ver con el gobierno y dirección náutica, sin perjuicio de que el asesoramiento del práctico pueda manifestarse mediante instrucciones directas de maniobra o incluso la ejecución de esta por sí mismo, mediando consentimiento expreso o tácito del capitán»). Completa esta regulación la referida a la responsabilidad por daños durante la ejecución del practicaje, que efectúa el artículo 328:

> «1. Los daños y accidentes causados al buque o a terceros por inexactitud u omisión en el asesoramiento que el práctico debe prestar al capitán serán imputables a aquél sin perjuicio de la concurrencia de culpa que pueda apreciarse cuando el capitán haya incurrido en error o negligencia en el seguimiento de las instrucciones recibidas.
>
> 2. De los daños causados imputables exclusivamente al práctico responderá este.
>
> 3. De los daños causados por culpa compartida, responderán solidariamente, además, el capitán y el armador.
>
> 4. En los supuestos establecidos en los apartados anteriores resultarán de aplicación las reglas de limitación de responsabilidad de armadores y prácticos.»

ISBN: 978-84-7777-740-3

La regulación se completa con el régimen de la limitación de responsabilidad que incorpora en el Título VII. Aunque no se refiere de forma expresa y concreta al practicaje, de forma que la limitación es la que resulta de la regulación anterior ya citada, sí especifica (art. 392) que «el derecho a limitar la responsabilidad ante las reclamaciones nacidas de un mismo accidente se regirá por lo dispuesto en el protocolo de 1996 que enmienda el Convenio Internacional sobre la Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, con las reservas hechas por España en el Instrumento de Adhesión, y en este título».

g) La referencia al Convenio es, sin duda, relevante y de interés. El Convenio, de 19 de noviembre de 1976, fue ratificado por el Reino de España mediante Instrumento de fecha 22 de octubre de 1981 (publicado en el *BOE* de 27 de diciembre de 1986; ratifica la firma del convenio que efectuó el Plenipotenciario de España el 12 de octubre de 1977); fue enmendado por un Protocolo de 2 de mayo de 1996, al que se adhirió el Reino de España mediante Instrumento de fecha 1 de diciembre de 2004 (*BOE* de 28 de febrero de 2005). Conviene añadir que el Reino de España denunció el convenio (*BOE* de 25 de enero de 2007) con efectos a partir de 1 de noviembre de 2007. No consta, salvo error por mi parte, que se haya producido una nueva adhesión o ratificación al Convenio.

En cualquier caso, conviene destacar que en la regulación del Convenio no se encuentran incluidos los prácticos, salvo en el ámbito en el que pueda corresponder la responsabilidad derivada de sus actos al propietario. El artículo 1.1, que delimita las «personas con derecho a la limitación de responsabilidad», establece que «los propietarios de buques y los salvadores, tal como se les define a continuación, podrán limitar la responsabilidad nacida de las reclamaciones que se enumeran en el artículo 2, acogiéndose a las disposiciones del presente Convenio», y especifica en su apartado 2 que «por propietario se entenderá el propietario, el fletador, el gestor naval y el armador de un buque de navegación marítima», y que «por salvador se entenderá toda persona que preste servicios directamente relacionados con operaciones de auxilio o salvamento…» (apartado 3). El ámbito subjetivo de aplicación alcanza (apartado 4) a «cualquier persona de cuyas acciones, omisiones o negligencia sean responsables el propietario o el salvador».

h) Recapitulando, a modo de conclusión parcial: el practicaje es un servicio portuario de utilización obligatoria (salvo excepciones), que se presta por un único operador privado en cada área portuaria y por el que se perciben las cantidades establecidas en la tarifa aprobada por la Administración, que consiste en el asesoramiento (aunque no solo, o no siempre con los mismos efectos, ya que puede consistir en simple asesoramiento como consejo, o en la impartición de instrucciones que se asemejan a las órde-

nes) al capitán para realizar las maniobras precisas que faciliten la entrada y salida, y movimientos interiores, del puerto, en condiciones de seguridad. Los resultados lesivos que se produzcan por la intervención del práctico se imputan a este, si se cumplen los requisitos previstos, y no a la Administración. Se ha tratado de diseñar, en la legislación vigente, una suerte de actividad empresarial privada (con intervención pública, al menos al otorgar el título habilitante, mediante concurso cuando se limite la competencia, y al soportar la obligación de garantizar, además de con las obligaciones de servicio público con la propia intervención de las Autoridades Portuarias, la prestación del servicio), que se materializa mediante la celebración de un contrato privado entre el capitán y el práctico, cuyo régimen jurídico, y en particular el de la responsabilidad por daños, se somete a Derecho privado.

II. LA CARACTERIZACIÓN DEL SERVICIO Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Planteamiento general sobre la desregulación de actividades publificadas y su consecuencia sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial

a) Aunque la cuestión es conocida y ha sido objeto de análisis de gran interés y profundidad, parece oportuno resumir, de forma concisa, qué significa, en qué consiste y para qué sirve la decisión del Legislador de desregular una actividad, o liberalizarla, esto es, de suprimir o reducir sustancialmente la intensidad de la intervención de una Administración Pública en relación a una actividad que hasta ese momento se encontraba intensamente protagonizada por aquélla; en particular, y dentro de las diferentes alternativas posibles, me refiero a los supuestos en los que una actividad calificada de servicio público, en sentido técnico-jurídico, se convierte en actividad privada, sujeta a Derecho privado, soportando cargas de servicio público (el denominado servicio de interés general). Subrayo que esta consideración solo presenta un interés relativo para nuestro objeto de análisis, porque explica la significación y justificación de la reforma operada en la regulación del servicio de practicaje que refleja la vigente regulación de puertos, pero no solventa la cuestión desde la perspectiva del diseño del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial, que se funda —como ya he anticipado— en la cláusula constitucional del funcionamiento del servicio público, entendido este concepto no en el sentido técnico-jurídico, sino en el más general o abstracto de cualquier actuación realizada por las administraciones públicas.

b) El origen de la transformación a la que me refiero, que solo se proyecta sobre los servicios públicos de carácter económico (no, por tanto, sobre los de autoridad o los de solidaridad) responde, en lo que a su instrumentación técnico-jurídica se refiere, a la necesidad de adecuar algunas de

ISBN: 978-84-7777-740-3

las reglas que venían rigiendo en el ámbito de los aludidos servicios públicos con las determinaciones económicas contenidas en los Tratados y legislación de la Unión Europea: si con carácter general se estableció que cuando una actividad económica se declara como servicio público la misma es susceptible de prestarse en régimen de monopolio, con exclusión de la intervención de los operadores privados, que la prestación debe responder a los principios de continuidad, regularidad y no discriminación, con financiación pública o, en todo o en parte, mediante contraprestación por parte de los usuarios conforme a tarifas fijadas previamente por la Administración, y que la administración titular del servicio, competente para regular y resolver los conflictos que se susciten, puede intervenir como prestador o gestor del servicio, las cláusulas económicas del Tratado constitutivo sienta la regla de la prohibición de monopolios y de derechos especiales o exclusivos e impone el principio de libre competencia en el mercado. La consecuencia, en términos sucintos, se concreta en el reconocimiento del derecho de cualquier operador (que cumpla requisitos objetivos, a lo que se condiciona el acceso mediante una autorización o licencia) a acceder al mercado en cuestión, prestando la actividad conforme a las reglas del mercado, pero soportando unas cargas de servicio público tendentes a garantizar las mismas condiciones de prestación en todo el ámbito territorial, y socio-económico, en el que actúa la empresa, evitando discriminaciones por razón territorial —pueblos muy alejados del centro pujante de las ciudades— o económica —el alfoz de las ciudades industrializadas frente al centro económico, empresarial o financiero—, cuyo incumplimiento determina la revocación de la licencia. También se producen consecuencias relevantes sobre la Administración que había sido titular del servicio público, que ya no puede intervenir libremente en la prestación o gestión, y si lo hace, mediante instrumentaciones jurídico-privadas, debe asegurar la separación real del ente instrumental con respecto de la administración competente para regular o resolver conflictos, e incluso de las actividades —si fuesen varias— que asume, incluida su contabilidad, para evitar infracciones al régimen de financiación exigible en el entorno del mercado en régimen de libre competencia[2].

Sin duda, este planteamiento es el que se encuentra en el fondo de la modificación del régimen de los servicios portuarios, y en particular del de practicaje, que incorporó la legislación española: se subraya decididamente que el servicio se presta por operadores privados, a los que autoriza —conforme a una potestad reglada, consistente en comprobar el cumplimiento de requisitos objetivos, en especial la formación y calificación de los prácticos— la administración competente, que asume las competencias de determinar, entre otros extremos, la determinación de los requisitos que deben reunir los aspirantes y el establecimiento y realización de las pruebas

[2] Cfr., al respecto, S. Muñoz Machado, «Servicio público y mercado», volumen I, «Los Fundamentos» (Civitas, Madrid 1998).

precisas para el reconocimiento de la capacitación para prestar los servicios de practicaje en un puerto o grupo de puertos determinado, así como la determinación de las condiciones de formación permanente y de reciclaje, así como de las pruebas de suficiencia que deberán superar los prácticos para comprobar en todo momento su debida cualificación técnica y aptitud física, como requisitos para mantener su capacitación como prácticos de un puerto o grupo de puertos determinado (art. 279). La consecuencia consiste en que la actividad, fuertemente publificada en su regulación anterior, pierde el protagonismo público, acercándose al contenido propio o normal de la regulación de actividades privadas de los ciudadanos o empresarios, aunque sometida al cumplimiento de las citadas condiciones de servicio público. Correlativamente, la disminución de la intensidad del protagonismo público conlleva la modificación del régimen jurídico aplicable en punto a la responsabilidad extracontractual, que igualmente se acerca a las reglas propias del régimen jurídico-privado.

c) El sistema de responsabilidad patrimonial que incorporó la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y que asume en lo sustancial el diseño del artículo 106.2 de la Constitución, constituye una garantía para los ciudadanos vinculada a la atribución de competencias y responsabilidades que efectúan las leyes a las administraciones públicas, imponiendo su intervención o actividad para la satisfacción de los intereses generales (cfr. art. 103.1 CE), de forma que la obligación de actuar conlleva el deber de indemnizar los perjuicios antijurídicos que produzca ejerciendo las funciones que tiene atribuidas. Es claro, por ello, que, si se suprime el protagonismo público no solo en la regulación, sino también en la prestación o realización efectiva, de la actividad, la consecuencia necesaria debe ser la de reajustar las reglas sobre la responsabilidad por daños producidos por los operadores privados en el ámbito de su intervención en la actividad. Es claro, a efectos ilustrativos, que no justifica la atribución de responsabilidad a la Administración por daños del titular a terceros su intervención al otorgar la autorización o licencia que permite el inicio de la actividad válidamente: los daños que produce un empresario (zapatero, abogado, comerciante, prestador de servicios de comunicación…) a terceros, conforme al régimen de responsabilidad extracontractual, solo le son imputables al mismo (si se cumplen los requisitos generales) pero en modo alguno a la administración que otorgó la autorización o licencia de apertura, funcionamiento, ambiental o semejante que sea precisa para desarrollar la actividad en cuestión, como si cualquier intervención administrativa relacionada con el origen de la actividad permitiese construir una suerte de seguro universal de daños, gratuito. Las reglas de imputación y de relación de causalidad no permiten trasladar todas las consecuencias desfavorables de la actividad privada al último eslabón causal.

Por ello se explica que la regulación vigente sostenga que la responsabilidad extracontractual se imputa al práctico, o a la Corporación en que se

ISBN: 978-84-7777-740-3

integra, sin contemplar protagonismo ni intervención alguna en este ámbito de la Administración Pública. Conforme a las reglas de la lógica formal, la responsabilidad debe imputarse al sujeto privado que causa el daño, que en nuestro caso es el práctico.

Es relevante señalar que, como se contempla que la prestación del servicio se produce «por la iniciativa privada», el otorgamiento del título habilitante se produce mediante procesos de adjudicación en concurrencia competitiva, que se rigen por pliegos de prescripciones técnicas particulares que corresponde aprobar a las Autoridades Portuarias, y en los que debe regular «la responsabilidad del prestador frente a sus trabajadores y frente a terceros, y prescribirán la inclusión de las siguientes cláusulas en las licencias de prestación: (…) b) Será obligación del prestador indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la prestación del servicio objeto de la licencia. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes» (art. 113.8). Una formulación típica de la regulación de la responsabilidad patrimonial del contratista (cfr. art. 196.2 de la Ley 9/2017). Pero se contempla como una responsabilidad civil (art. 281 del Texto Refundido de la Ley de Puertos) en que pueden incurrir los prácticos o las Autoridades Portuarias en la gestión del servicio de practicaje, y además se establece una limitación cuantitativa al importe de la indemnización procedente. En los términos del artículo 281, «La responsabilidad civil en la que pudieran incurrir los prácticos o las Autoridades Portuarias en la gestión del servicio de practicaje no podrá superar, en caso de siniestro, la cuantía de veinte euros por unidad de arqueo bruto del buque para el que prestan el servicio, con un tope máximo de un millón de euros. Este importe se actualizará anualmente en la misma proporción que la variación interanual experimentada por el índice general de precios de consumo para el conjunto nacional total (IPC) en el mes de octubre. A tal efecto, se entenderá por arqueo bruto el definido en los convenios internacionales suscritos por España y en las normas reglamentarias nacionales que resulten aplicables».

2. Las insuficiencias y contradicciones que pueden apreciarse en la regulación del servicio y sus consecuencias sobre el régimen de la responsabilidad extracontractual y la eventual participación en el mismo de la Administración Pública

a) Conforme resulta de la descripción precedente, en los supuestos en que se produce un fenómeno de desregulación, o liberalización, en el sentido señalado, en los que el protagonismo de las administraciones públicas en la prestación del servicio desaparece y se conforma una regulación que la somete a la iniciativa y actividad de los ciudadanos y empresarios, sujeta

a reglas jurídico-privadas en un entorno competencial, el régimen de la responsabilidad patrimonial o extracontractual preexistente necesariamente se modifica y altera, sometiéndose a las reglas propias de las relaciones jurídico-privadas. No tendría sentido institucional en tales casos, como en general en todas las actividades privadas en las relaciones entre ciudadanos o empresarios, involucrar al presupuesto público en la indemnización de las lesiones producidas, desde luego porque en tales casos no existiría un sistema de responsabilidad patrimonial, sino una suerte de seguro universal gratuito de daños en favor de los ciudadanos, con cargo al presupuesto público, que no solo respondería a otras reglas, sino que resultaría de imposible mantenimiento. El régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas no constituye una pieza suelta en el ordenamiento jurídico, sino un contrapeso o garantía vinculado a la actuación e intervención administrativa, resultante de las reglas que la configuran y que imponen, conforme a las exigencias que derivan del principio de legalidad, qué deben hacer las Administraciones.

b) Esto sucede incluso en los supuestos en los que, como consecuencia del fenómeno indicado, se sitúa a las administraciones públicas en una posición de garante del cumplimiento por los operadores privados de las reglas imperativas que se incorporan en la regulación, como sucede, por ejemplo, en los casos en los que se imponen a aquéllos, en sus respectivas autorizaciones o licencias, cargas de servicio público. Pero para que esta consecuencia (la nueva ordenación del régimen de la responsabilidad extracontractual aplicable en el sector o actividad) resulte correcta jurídicamente es imprescindible que la nueva situación resultante responda correctamente a la estructura y finalidad proyectada, esto es, la separación de la actividad administrativa sujeta a Derecho público de la actividad económica o empresarial en cuestión, que debe configurarse en la realidad de las cosas como la propia de los empresarios o ciudadanos en un mercado en régimen de competencia, sujeto a las reglas jurídico-privadas. Desde luego, en mi criterio, porque no existen términos hábiles en el ordenamiento constitucional para dejar sin efecto, excluir o inaplicar el régimen que diseña el artículo 106.2 de la Constitución, ni de forma directa, querida o voluntaria por ningún poder público, ni de forma camuflada. Que es lo que sucedería en los falsos casos de liberalización del servicio, que se producirían cuando no se incluyen en la nueva ordenación todos los elementos y requisitos precisos para alcanzar, realmente, la finalidad proyectada; por ejemplo, cuando la administración titular del inicial servicio público no prescinde real o materialmente de las potestades públicas, o mantiene potestades de intervención en la actividad de los operadores económicos que desvirtúan la existencia de un mercado en régimen de libre competencia, que es la finalidad a la que se endereza el proceso de liberalización. Como ya he anticipado, el régimen de la responsabilidad patrimonial constituye un contrapeso y garantía de la posición jurídica de los ciudadanos con respecto a la actuación de las

ISBN: 978-84-7777-740-3

administraciones públicas, de forma que solo puede verse alterada su aplicación cuando realmente varía la posición que ocupan estas en un concreto sector de la realidad; pero no cuando no se produce esta modificación. Es claro que ni siquiera el Legislador podría declarar que no se aplica el régimen de responsabilidad patrimonial en un concreto sector de actividad administrativa sujeta a Derecho administrativo, y que si lo hiciera la regulación sería contraria a la cláusula del artículo 106 de la Constitución, que no es disponible. Tampoco podría alcanzarse ese resultado, en fin, mediante técnicas semejantes al fraude de ley.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto, en mi criterio, la necesidad de analizar si concurren los requisitos indicados en la vigente regulación del servicio de practicaje, en la que, como ya nos consta, se incorpora un régimen jurídico-privado de responsabilidad por daños, imputable al práctico, como consecuencia de la consideración de la actividad como un servicio de contenido económico sujeta a Derecho privado, sobre la que ejerce competencias la Autoridad Portuaria, que en atención a su naturaleza jurídica sujeta de forma predominante su actividad al Derecho privado.

c) El análisis propuesto exige, en mi criterio, atender al menos a los siguientes extremos:

i) La incorporación de las reglas de la competencia en actividades consideradas como de servicio público, que es la base del fenómeno que nos ocupa, encuentra su justificación en el ámbito de las actividades económicas, pero no en el ámbito de los servicios de autoridad, entendidos estos como aquellos que implican o exigen el ejercicio de potestades o prerrogativas públicas. Lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la Sentencia de 21 de junio de 1974 (Reyners), al señalar que puede excepcionarse la libertad de establecimiento en las actividades que, consideradas en sí mismas, constituyen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público. Puede considerarse que este concepto se refiere al uso de potestades exorbitantes con respecto al Derecho común, de privilegios de la autoridad pública. Bien es cierto que es preciso interpretar de forma restrictiva esta exclusión, y que la misma comprende en algún caso actividades económicas en cuyo ejercicio es preciso emplear tales potestades que sean inescindibles o no individualizables o separables de la actividad en cuestión.
La consideración del servicio de practicaje como estricta actividad económica, a los efectos de someterla al régimen jurídico-privado, plantea notorias dificultades para convenir en el adecuado encaje o subsunción de la misma en la categoría pretendida. Al menos, atendiendo al fundamento de la actividad (que es la protección y garantía de la seguridad: en los términos del artículo 108.1, «[s]on servicios portuarios las actividades de prestación que sean necesarias para la

explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias»), al carácter obligatorio de su utilización (el artículo 112 establece que «la utilización del servicio de practicaje será obligatoria cuando así lo determine la Administración marítima conforme a lo previsto en la normativa aplicable») y a la delimitación de las competencias que se atribuyen al práctico, que no se limitan al mero asesoramiento técnico al capitán al que se refieren las definiciones generales empleadas en las normas que he citado, sino que comprenden la adopción de decisiones que pueden resultar vinculantes; es relevante señalar que con carácter general las indicaciones del práctico realizadas a bordo deben ser seguidas por el capitán, especificándose que si este decide no cumplirlas asume la responsabilidad derivada de tal decisión, en una formulación muy precisa que subraya que cuando el práctico adopta decisiones, indicaciones o asesora, debido a su conocimiento de la realidad del puerto, las consecuencias que se deriven de las mismas deben ser imputables al mismo. La ordenación del tráfico marítimo, en el interior de los puertos y en las maniobras de entrada y salida del mismo, por razones de seguridad marítima, no parece que responda en sentido estricto a la caracterización común de servicios económicos. Menos aún si se atiende a las funciones que se atribuyen a los prácticos en el ámbito de la prevención y protección en situaciones de emergencia, siniestro o suceso de contaminación marítima, en los que se encuentran sujetos a las instrucciones que dicte la Administración.

ii) Vinculado con lo anterior es preciso añadir que el artículo 126.3 establece que «el número de prestadores quedará limitado a un único prestador en cada área portuaria», y que las tarifas se aprueban igualmente por la Administración, y que la utilización del servicio es obligatoria, podría considerarse fundadamente que realmente no estamos en presencia de una mera actividad económica para cuya realización por parte de los ciudadanos o empresarios en régimen de libre competencia hubiese sido preciso liberalizar o desregular su régimen jurídico preexistente, en el sentido al que vengo aludiendo. Podría convenirse, desde esta perspectiva, en que si la actividad no queda configurada realmente como económica, sometida y sujeta efectivamente a las reglas del mercado en libre competencia —precisamente, sin competencia alguna—, manteniendo un cierto protagonismo la propia Administración en la gestión o prestación del servicio, su mera calificación como actividad económica sometida a la actividad privada, aún condicionada a la obtención de previa autorización administrativa, con la consecuencia de sustituir el régimen de responsabilidad extracontractual (en particular, excluyendo cualquier

ISBN: 978-84-7777-740-3

imputación a la administración titular del servicio —que es el concepto que sigue luciendo en el Reglamento General de Practicaje vigente— o competente sobre la materia) podría incurrir en una suerte de vulneración del diseño constitucional del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (art. 106.2) que vincula su ámbito de aplicación con la actividad de las administraciones públicas.

Es cierto que la regulación constitucional atribuye al Legislador la competencia para delimitar el régimen jurídico aplicable, y que vincula en cualquier caso su aplicación a la actividad administrativa (en el sentido en que se interpreta de forma estable la cláusula de funcionamiento de los servicios públicos que incorpora el precepto constitucional) producida en el ejercicio de potestades públicas, de forma que cuando la actividad en cuestión queda fuera del ámbito del ejercicio de las potestades públicas es perfectamente válido y admisible que el régimen indemnizatorio por daños sea el propio del Derecho privado. En particular, en los casos en los que se emplea un ente instrumental de las administraciones públicas para el ejercicio de actividades empresariales, laborales o mercantiles. Pero la corrección jurídico-constitucional de tal regulación depende de la validez material de la decisión de someter la actividad al Derecho privado. La cuestión ha sido objeto de análisis con relación a los entes instrumentales, desde la perspectiva del abuso del dato de la personalidad jurídica, en particular para concluir que si la creación del ente instrumental se produce en términos de fraude de ley, con la finalidad de excluir o limitar el alcance de la responsabilidad de la Administración correspondiente, debe convenirse en que resulta procedente levantar el velo de la personalidad jurídica y proyectar en definitiva la responsabilidad sobre el ente matriz[3]. La actividad en sí misma considerada presenta las mismas características que la identificaban bajo el régimen jurídico anterior, sin que pueda apreciarse modificación sustancial alguna (el contenido de la actividad del práctico; el carácter obligatorio de la utilización del servicio; las exigencias de formación y acreditación de los prácticos; la fijación de tarifas; la determinación de quien presta el servicio); la modificación que incorpora la regulación vigente sigue identificando una actividad de prestación y utilización obligatoria, sujeta a tarifa, realizada por un único operador (por lo tanto sin competencia real en el mercado) con la única diferencia, formal, de sostener que se trata de una actividad económica dependiente de la actividad de los operadores privados. Aunque, como ya se ha indicado, ni la Administración ha perdido su vinculación con la gestión

[3] Sobre ello, se ha pronunciado S. Muñoz Machado, «La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas», Madrid, primera edición 1992, páginas 164 y ss., explicando el fenómeno desde la perspectiva de la existencia de una «escala de la personalidad» y del «abuso de la personalidad», y atendiendo a la jurisprudencia que arranca de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984.

del servicio (desde luego de forma potencial) ni parece posible convenir en que se trata de una mera actividad económica, ni se aprecia competencia efectiva entre operadores en el mercado. Es, en definitiva, una actividad de prestación necesaria para la explotación de los puertos en condiciones de seguridad.

Muy posiblemente el diseño general que incorpora la legislación de puertos sobre el régimen jurídico aplicable a los servicios que en ellos se prestan resulta sumamente ajustado y adecuado a las reglas y principios imperantes en la materia. Diferencia los servicios generales de los servicios portuarios; los primeros (conforme a lo establecido en el artículo 106 del texto refundido, de ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, tanto marítimo como terrestre; de coordinación y control de operaciones asociadas a los servicios portuarios, comerciales y otras actividades; de señalización, balizamiento y otras ayudas a la navegación que sirvan de aproximación y acceso del buque al puerto, así como su balizamiento interior; de policía en zonas comunes; de alumbrado en zonas comunes; de limpieza habitual en zonas comunes de tierra y de agua; de prevención y control de emergencias) se prestan por la Autoridad Portuaria, y cuando proceda mediante la colaboración de sujetos privados; los segundos (en los términos del artículo 198, técnico-náuticos —practicaje, remolque, amarre y desamarre—; servicios al pasaje; de recepción de desechos generados por buques; de manipulación de mercancías) se llevan a cabo por la iniciativa privada, rigiéndose por el principio de libre concurrencia como regla general. El planteamiento general responde adecuadamente, en mi criterio, a las reglas y principios procedentes del Derecho de la Unión Europea, sujetando las actividades de naturaleza económica a las reglas de la competencia, y por ello excluyendo el protagonismo o la intervención en la gestión por parte de las administraciones públicas. La manipulación de mercancías refleja con precisión el fenómeno, al tratarse de una actividad que no reclama ni exige el ejercicio de potestad pública alguna. No obstante lo cual, el servicio de practicaje no responde, en mi criterio y por lo ya razonado precedentemente, a la caracterización propia de las actividades económicas sujetas a las reglas de la competencia y por ende al régimen jurídico privado. Si bien se mira, este servicio (por medio del cual se materializa, con carácter obligatorio, la entrada y salida del buque en el puerto) se proyecta sobre la ordenación del tráfico portuario, con el que mantiene —si no se integra realmente— una relación tan estrecha que resulta al menos difícil diferenciarlo o individualizarlo, y que corresponde a la competencia administrativa, en la medida en que en su regulación, ordenación y ejecución se encuentran implicadas potestades públicas. Y que por ello parece que habría tenido mejor encaje o acomodo en el ámbito de los servicios generales que en el elenco de servicios portuarios; la similitud o cercanía con las actividades de ordenación, coordinación y control del tráfico marítimo o con las ayudas a la navegación que sirvan de aproximación y acceso del buque al puerto, así

ISBN: 978-84-7777-740-3

como su balizamiento interior (que son dos de los servicios generales que enumera el artículo 106, ya citado) lo explica razonablemente.

Desde esta perspectiva, puede convenirse en que no resulta fundada ni correcta jurídicamente la determinación consistente en prever un régimen jurídico privado de responsabilidad patrimonial o extracontractual por los daños producidos en el ejercicio de su actividad por el práctico, excluyente de la imputación de responsabilidad a la Administración conforme al régimen que deriva del artículo 106.2 de la Constitución, en la medida en que la actividad no puede considerarse como estrictamente económica, sino que implica real y materialmente el ejercicio de potestades públicas.

3. Una consideración final sobre la eventual existencia de responsabilidad subsidiaria

La idea que preside el diseño constitucional del artículo 106.2 consiste en incorporar un instrumento de garantía y de protección de la posición jurídica de los ciudadanos y demás sujetos que soportan una lesión, en sentido técnico jurídico, como consecuencia de una actuación administrativa que refleje el ejercicio de potestades públicas. Pero la imputación a la Administración Pública no se limita, exclusivamente, a los supuestos en los que actúa (o no actúa, debiendo hacerlo) sino que también puede alcanzarle la responsabilidad en supuestos en los que interviene, en el ejercicio o gestión de la actividad pública, un sujeto interpuesto. Ya he aludido antes a la admisibilidad del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en los supuestos en los que el ente instrumental de la Administración se constituye con la finalidad de defraudar o incumplir las obligaciones y responsabilidades legales; pero tal vez el supuesto más paradigmático para explicar esta delimitación del alcance de la responsabilidad de la Administración es el que suministra la regulación de la contratación pública: cuando la actividad se atribuye por la Administración a un tercero, en particular a un contratista o a un concesionario, y este produce un resultado lesivo a un tercero, la regla que luce en nuestro Derecho consiste en que se imputa directamente a la administración contratante si esta ha emitido órdenes o instrucciones vinculantes para el contratista que determinan la producción del daño, y al contratista en todos los demás supuestos, con la evidente finalidad de que soporte este las consecuencias indemnizatorias derivadas de su comportamiento y además para que el riesgo empresarial que caracteriza la relación contractual se materialice también en estos casos. Lo que sucede es que esta formulación, sin duda precisa en la delimitación de la posición jurídica del contratista, resulta insuficiente para garantizar, conforme al principio de indemnidad en que se basa el régimen de la responsabilidad patrimonial diseñado por la Constitución, y que se caracteriza por el carácter objetivo y directo, en los supuestos de insolvencia del contratista. Por ello

se ha sostenido que, en tales casos, procede imputar a la administración contratante la responsabilidad, identificando como título de imputación el incumplimiento de su obligación legal de garantizar la solvencia del contratista[4] y sin perjuicio de su obligación de reclamar al contratista el reintegro de la cantidad abonada al lesionado como consecuencia de la insolvencia del contratista.

Sin perjuicio de lo razonado precedentemente respecto a la naturaleza de la actividad, puede constatarse que el otorgamiento de la autorización administrativa precisa para la prestación del servicio de practicaje por el único operador privado, que debe otorgarse por concurso, se rige al menos por el correspondiente pliego de prescripciones particulares del servicio al que se refieren los artículos 109 y 126 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. A la vista del contenido de la actividad y de sus consecuencias, parece claro que entre las determinaciones del pliego resulta imprescindible contemplar el régimen de solvencia del concursante, que debe ser suficiente y mantenerse permanentemente actualizada durante toda la vigencia de la autorización para hacer frente a las responsabilidades en que se incurra, incluidas las indemnizatorias. De forma que si el prestador del servicio (el práctico, la corporación en que se integra o la empresa que fuese titular de la autorización) produce una lesión, y no puede hacer frente a la indemnización correspondiente, podría considerarse procedente considerar responsable subsidiario a la Administración otorgante de la autorización única, como consecuencia precisamente del incumplimiento de la obligación de exigir la solvencia precisa al titular de la autorización otorgada.

III. LA AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PRÁCTICO Y LAS CONSECUENCIAS APLICABLES

1. Los términos de la regulación

Como ya se ha anticipado, el artículo 281 del Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante establece que «la responsabilidad civil en la que pudieran incurrir los prácticos o las Autoridades Portuarias en la gestión del servicio de practicaje no podrá superar, en caso de siniestro, la cuantía de veinte euros por unidad de arqueo bruto del buque para el que prestan el servicio, con un tope máximo de un millón de euros. Este importe se actualizará anualmente en la misma proporción que la variación interanual experimentada por el índice general de precios de consumo para el conjunto nacional total (IPC) en el mes de octubre».

[4] Cfr., al respecto, S. Muñoz Machado, «La responsabilidad…», *op. cit.*, pp. 180 y ss.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Recoge de esta forma una cláusula de limitación de la extensión o cuantía de la indemnización por los daños producidos en ejercicio de las funciones propias del servicio de practicaje, en particular cuando se producen daños como consecuencia de órdenes o instrucciones erróneas o indebidas por parte del práctico.

Como la limitación resulta no solo gravemente perjudicial para los derechos de los ciudadanos o empresarios lesionados por dicha actividad, sino también ciertamente anormal o excepcional en el ámbito de la regulación del régimen de la responsabilidad extracontractual, resulta preciso analizar su validez o corrección jurídica. Para ello es preciso, en mi criterio, indagar en los motivos, causas o fundamentos que pudiesen justificar la medida, a los efectos de determinar si la misma cuenta con el exigible respaldo en Derecho, objetivo y razonable, o si incurre en arbitrariedad, proscrita constitucionalmente con respecto a todos los poderes públicos (art. 9.3), ya que incluso al Legislador le resulta exigible que sus decisiones cuenten con justificación o fundamentación suficiente. El mito del Legislador soberano que decide libremente y sin justificación alguna ha desaparecido del ordenamiento jurídico, tanto comunitario europeo como interno; al menos, porque está sometido a la Constitución (STC 128/2009, de 1 de junio) y le alcanza la interdicción de la arbitrariedad (STC 206/1992, de 27 de noviembre).

Como ya se ha indicado, en el Reglamento General de Practicaje de 1958 no se incluyó ninguna cláusula de limitación de la responsabilidad del práctico, que aparece formulada de forma expresa en la Ley de Puertos de 1992.

2. El Convenio sobre limitación de responsabilidad no constituye el fundamento de la cláusula de limitación del alcance de la responsabilidad del práctico

En los análisis que se han efectuado al respecto, e incluso en alguno de los textos normativos, se atiende a las determinaciones del Convenio, ya citado, sobre limitación de responsabilidad, que constituiría un soporte de evidente relevancia, en virtud de la eficacia que despliegan los Tratados internacionales en el ordenamiento interno, para justificar la corrección jurídica de la medida.

En mi criterio, la fundamentación, estructura y finalidad del Convenio no respalda ni ampara la limitación de responsabilidad del práctico frente a las reclamaciones del naviero o del armador incorporada en nuestro Derecho interno. Y no solo porque, como ya se ha anticipado, el Reino de España denunció el convenio (*BOE* de 25 de enero de 2007) con efectos a partir de 1 de noviembre de 2007, sin que conste, salvo error por mi parte, que se haya producido una nueva adhesión o ratificación al Convenio, de forma que la invocación que efectúa la ley al citado Convenio parece desconocer los

efectos de la denuncia efectuada previamente. Fundamentalmente, porque la limitación de responsabilidad que aquel contempla afecta únicamente a los propietarios de los buques y a los salvadores, con respecto a las reclamaciones formuladas por terceros que hubiesen sufrido alguna lesión en sus bienes o derechos como consecuencia de la actividad del buque; así resulta de lo establecido en el artículo 1.1 del Convenio, que considera que son propietarios, a sus efectos, «el propietario, el fletador, el gestor naval y el armador de un buque de navegación marítima», aunque incluya en el ámbito subjetivo de aplicación a «cualquier persona de cuyas acciones, omisiones o negligencia sean responsables el propietario o el salvador». En estos términos, carece de justificación, en la propia economía del Convenio, incluir una cláusula de limitación de responsabilidad en favor del práctico en las reclamaciones que frente a él formule el propietario por los perjuicios que le ha causado, cuando el Convenio confiesa que su finalidad es proteger a los propietarios frente a reclamaciones que frente a ellos efectúen terceros.

3. La dificultad de justificar en el orden interno de la limitación de responsabilidad

La regulación de la responsabilidad extracontractual se ha basado tradicionalmente en nuestro Derecho en el principio de la reparación integral de los perjuicios antijurídicos que el lesionado no tenga la obligación jurídica de soportar, que es la finalidad a la que sirve la indemnización; constituye una garantía frente a la actuación de las administraciones públicas, a las que, en el Estado social de Derecho, se exige que actúen e intervengan para mejorar las condiciones de los ciudadanos. La idea general consiste en sostener que los ciudadanos tienen derecho a la indemnización correspondiente, por los perjuicios antijurídicos causados; es claro que el eslabón más débil de la cadena de regulación se encontraba en este extremo —la determinación de cuando el daño era antijurídico— porque quien determina si existe o no obligación jurídica de soportarlo es el Legislador. Pero en el orden constitucional tampoco el Legislador es libre de determinar a su antojo cuando existe o no dicha obligación: al menos, porque la necesidad de que las regulaciones cuenten con fundamentación objetiva y razonable deriva del principio que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución) y porque también soporta el Legislador, como todos los poderes públicos, un régimen de responsabilidad por daños, tanto cuando la regulación que aprueba es contraria a la Constitución, como cuando impone cargas o consecuencias perjudiciales que el ciudadano tampoco tiene obligación jurídica-constitucional de soportar.

Es claro que la cuantificación del daño indemnizable no resulta siempre y en todo caso de forma automática, precisa y exacta. Por ello el Legislador

ISBN: 978-84-7777-740-3

puede delimitar la forma en que debe calcularse e incluso puede, en relación con aspectos de la indemnización que no son susceptibles de cuantificación mediante valoraciones objetivas o de mercado, e incluso por razones de economía procesal, incorporar criterios objetivos de cuantificación. Pero la limitación de la cuantía de la indemnización correspondiente a los perjuicios antijurídicos producidos sobre el buque como consecuencia de decisiones del práctico constituye, en mi criterio, una previsión legal contraria a las exigencias constitucionales, al delimitar de forma técnicamente arbitraria (esto es, careciendo de justificación objetiva y razonable, desde la perspectiva constitucional de la protección del lesionado) el alcance de la responsabilidad por daños, imponiendo al propietario del buque la obligación de soportar unos perjuicios, derivados de la actuación del práctico (cuya intervención impone de forma obligatoria el propio Legislador) sin justificación objetiva y razonable alguna.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Los traspasos de bienes y servicios en el Estado autonómico: ¿instrumento de efectividad estatutaria o técnica de erosión competencial? El caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco

Javier Moreno García

Doctor en Derecho. Letrado del Gobierno Vasco
jj-moreno@euskadi.eus
ORCID: 0000-0001-9157-1877

Abstract. This paper addresses the legal framework and the issues surrounding the transfer of assets and services within the autonomous state system, focusing its analysis on the case of the Basque Country. Its main objective is to determine whether these technical instruments operate as facilitators of the effective implementation of statutory powers or, conversely, become mechanisms that erode powers. To this end, several systemic pathologies are identified, and the need for mechanisms capable of ensuring constitutional loyalty and the effective functioning of self-government is considered.

Keywords. Transfer of services, Autonomous State, Basque Country, Joint Committees.

Laburpena. Lan honek autonomia-estatuko ondasun eta zerbitzuen eskualdaketen araubide juridikoa eta horien inguruko problematika aztertzen ditu, arreta berezia jarriz Euskal Autonomia Erkidegoaren kasuan. Helburu nagusia da zehaztea ea tresna tekniko horiek estatutuaren eraginkortasuna errazten duten mekanismo gisa jarduten duten ala, aitzitik, eskumen-higadurako mekanismo bihurtzen diren. Horretarako, sistemaren zenbait patologia identifikatzen dira, eta leialtasun konstituzionala nahiz autogobernuaren eraginkortasuna bermatuko dituzten mekanismoen beharrari buruzko hausnarketa egiten da.

Hitz-gakoak. Zerbitzuen eskualdatzeak, Estatu autonomikoa, Euskal Autonomia Erkidegoa, Bitariko batzordeak.

Resumen. Este trabajo aborda el régimen legal y la problemática de los traspasos de bienes y servicios en el Estado autonómico, centrando su análisis en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco. El objetivo principal es determinar si estos instrumentos técnicos actúan como facilitadores de la efectividad estatutaria o resultan en mecanismos de erosión competencial, para lo que se identifican algunas patologías del sistema y se reflexiona sobre la necesidad de mecanismos que garanticen la lealtad constitucional y la eficacia del autogobierno.

Palabras clave. Traspasos de servicios, Estado autonómico, País Vasco, Comisiones Mixtas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. Introducción.—I. La naturaleza jurídica de los traspasos «de bienes y servicios»: 1. Concepto: los traspasos como instrumentos de efectividad de la titularidad. 2. Naturaleza jurídica. 3. Ante la necesidad del traspaso, la fuerza del bloqueo.—II. Marco jurídico.—III. Las comisiones de traspasos y los acuerdos: 1. Las Comisiones Mixtas de Traspasos. 2. La adopción y aprobación formal de los Acuerdos de las Comisiones Mixtas. 3. La limitación de su fuerza vinculante ante los poderes legislativo y judicial.—IV. Estructura y contenido teórico de los acuerdos de la Comisión Mixta: 1. Identificación de las funciones traspasadas. 2. Bienes y derechos traspasados. 3. Personal. 4. Financiación. 5. Algunos datos estadísticos.—V. La expansión material de los acuerdos: del traspaso de medios a la modulación competencial.—VI. Conflictividad en el Tribunal Constitucional: el bloqueo de los traspasos: 1. Las SSTC 155, 178, 179, 193, 201 y 209/1990. 2. La gestión de becas universitarias. 3. Títulos para la gestión del dominio público marítimo terrestre.—VII. Conflictividad en el Tribunal Supremo: anulación de traspasos: 1. Anulación del traspaso de tráfico a Navarra. 2. Anulación del traspaso al País Vasco de la homologación de títulos universitarios extranjeros.—VIII. Los traspasos del Estado a Euskadi: una reivindicación histórica.—IX. La arquitectura institucional para el traspaso en Euskadi: 1. La Junta de Seguridad del País Vasco. 2. La Comisión Bilateral de Cooperación.—X. Traspasos de las instituciones comunes vascas a los Territorios Históricos: 1. Las normas de traspaso entre instituciones comunes y órganos forales. 2. Traspasos realizados. 3. Los traspasos directos del Estado a los TTHH.—XI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo en homenaje a mi querido y admirado profesor Edorta Cobreros, quien presidió el Tribunal que calificó mi trabajo de tesis doctoral dirigida por la profesora Carmen Agoués, se aborda el régimen legal y la problemática de los traspasos de bienes y servicios, con una atención especial a su proyección en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV).

Desde una perspectiva dogmática, el análisis parte de la distinción esencial entre la titularidad de la competencia autonómica —atribuida *ipso iure* por los Estatutos de Autonomía— y su ejercicio efectivo. Para este último, los traspasos constituyen, en muchos casos, instrumentos técnicos indispensables en la medida en que permiten a las Comunidades Autónomas asumir los medios, las personas y la financiación necesaria, que hasta ese momento permanecían en manos del Estado, para continuar con la prestación del servicio.

Lo que la teoría constitucional ha configurado como un instrumento para reasignar las competencias asumidas estatutariamente, la práctica lo ha convertido, en no pocas ocasiones, en una herramienta de tensión competencial donde el Estado, desde una posición predominante, bloquea el ejercicio legítimo de competencias, redefine límites materiales y funciones de forma a veces extraconstitucional o escatima en el coste para su prestación.

Todo ello convierte a los traspasos en un mecanismo fáctico de condicionamiento, retraso o modulación del ejercicio competencial y el autogobierno reconocido en los Estatutos de Autonomía. La ausencia de mecanismos eficaces sobre el control de la efectividad de los traspasos está generando una diferencia entre la competencia formalmente atribuida y la realmente ejercida, así como asimetrías competenciales de naturaleza fáctica.

Ante los retos actuales, a los que se une la reciente anulación de acuerdos de traspasos por la jurisdicción ordinaria, este artículo describe el régimen jurídico que regula los traspasos de servicios y analiza estos instrumentos técnicos que condicionan la arquitectura del Estado Autonómico e identifica algunas de las patologías del sistema. También reflexiona sobre la necesidad de mecanismos que garanticen la lealtad constitucional y la eficacia del autogobierno bajo la tesis de que los traspasos no solo transfieren los medios, personas y financiación para la ejecución de las competencias asumidas, sino que pueden y están condicionando su ejercicio real y encubriendo erosiones competenciales a la autonomía de las Comunidades Autónomas.

El presente texto recoge y amplía, por escrito y con las adaptaciones propias a la finalidad que guía este manual, una charla impartida a estudiantes de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU, gracias a la amable invitación de la profesora Carmen Agoués Mendizábal, y que tuvo el privilegio de contar, discretamente al fondo de la clase, con la presencia del profesor Edorta Cobreros.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRASPASOS «DE BIENES Y SERVICIOS»

El análisis del régimen de los traspasos de servicios ha de partir de la distinción entre los conceptos de titularidad de la competencia y su ejercicio: la titularidad de la competencia autonómica es atribuida por los Estatutos de Autonomía, normas de rango orgánico, que actúan *ope legis* e *ipso iure*[1], y hacen disponible el ejercicio inmediato de las funciones asumidas (STC 143/1985). No existe una suerte de *vacatio* en las competencias atribuidas por los Estatutos (Fuertes Suárez, 1981, 151).

Sin embargo, existen ocasiones en las que el pleno ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas no puede hacerse efectivo sin el previo traspaso de servicios.

Esto sucede, muy particularmente, cuando las atribuciones autonómicas están siendo realizadas por el Estado. La doctrina constitucional reserva

[1] Solo en la fase de preautonomía los traspasos tenían la virtualidad de traspasar las competencias (Argullol, 1996, 131).

ISBN: 978-84-7777-740-3

estos supuestos únicamente a los casos «cuando según su naturaleza sea necesario e imprescindible» (STC 143/1985, FJ 9 o STC 230/2003, FJ 6). Como señaló Argullol (1996, 130), las Comunidades Autónomas no surgen para ejercer competencias huérfanas de titularidad ni para ocupar los espacios vacíos, sino para asumir funciones hasta entonces residenciadas en el Estado, quien venía ejerciéndolas con sus propios medios, personal y financiación. La irrupción constitucional de las Comunidades Autónomas no solo reorganiza competencias, sino que obliga a reasignar esos medios para hacer posible el ejercicio real, efectivo y plenamente autónomo por estas nuevas entidades. Un buen ejemplo se encuentra en STC 25/2015 sobre las becas universitarias, donde para el pleno ejercicio de la competencia autonómica ejecutiva para su gestión se precisa conocer de los precedentes, medios y disponer de la financiación que el Estado lleva implementado.

En la lógica competencial, tres razones ya apuntadas por Muñoz Machado (2015)[2] conducen a la necesidad de estos traspasos. La primera responde a una exigencia de continuidad en la prestación de servicios: el ejercicio de la competencia requiere de medios que el Estado ya está utilizando en la prestación de ese servicio que compete a la comunidad autónoma, y carecería de sentido obligar a la comunidad autónoma receptora a duplicar estructuras. La segunda obedece a razones de eficacia y racionalidad administrativa, ya que, si esos medios están afectos a la prestación del servicio, lo coherente es mantener su adscripción y limitar el cambio al sujeto titular de su gestión. La última responde a una razón financiera, ya que la viabilidad del ejercicio requiere de la transferencia de los fondos presupuestarios que destinaba el Estado a ese fin.

En este marco, se procede a exponer el concepto y la naturaleza de estos «traspasos» o «transferencias» de servicios. Ambos términos son ampliamente aceptados. Como recuerda Castells (2014a, 125), dado que «no hay transferencia de poderes normativos, sino exclusivamente facultades de gestión, «en lógica, tal como señaló Javier Salas, se pretendió evitar la expresión "transferencia o traspaso de competencias", empleando la más tenue de "transferencia o traspaso de la gestión o administración de funciones, actividades y servicios de la competencia de la Administración del Estado"». Se ha optado aquí por emplear preferentemente el término de «traspaso», en detrimento de «transferencia de servicios», para evitar cualquier confusión con las leyes de transferencia contempladas en el art. 150 CE, que junto con las leyes marco o de delegación, sí modulan competencias estatales hacia las Comunidades Autónomas (CCAA).

---

2 «La reestructuración, lógicamente, debe suponer la constatación de que es innecesario mantener en la Administración del Estado ciertas dotaciones, materiales y de personal. Estas mismas estructuras sobrantes son las que, como mínimo, precisan las Comunidades Autónomas para atender los servicios que asumen en virtud del Estatuto y sus reformas» (Muñoz Machado, 2015, 64).

1. Concepto: los traspasos como instrumentos de efectividad de la titularidad

Los traspasos tienen vedado dilucidar cuestiones sobre el alcance del bloque de constitucionalidad o atribuir competencias (STC 11/1986, FJ 3). Su exclusiva finalidad es proceder, cuando así sea necesario, a la entrega por parte del Estado a las CCAA de los medios materiales, personal y medios económicos precisos para la prestación de los servicios correspondientes a esas competencias estatutariamente asumidas, de forma que sea efectiva la asunción de las funciones que comprenden la competencia de cada Institución.

Estos traspasos consisten, así, en la habilitación material de medios, personas y financiación por parte de la Administración General del Estado al ejecutivo autonómico para el ejercicio inmediato de la competencia en condiciones reales. Son los *instrumentos* precisos para el traspaso de servicios, mediante los que se reasignan esos bienes (Argullol, 1996, 130).

La STC 147/1998 resumió así la ahora consolidada doctrina constitucional[3]: los decretos de transferencias «no atribuyen ni reconocen competencias, sino que traspasan servicios, funciones e instituciones; no son en consecuencia normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto exclusivamente por la Constitución, los estatutos y, en su caso, las demás disposiciones atributivas de competencias, cuyas prescripciones no pueden ser alteradas ni constreñidas por las disposiciones de los decretos de traspasos» (FJ 10).

Vienen a suponer la subrogación de la Comunidad Autónoma en la posición del Estado[4], el instrumento por el que se reasignan los recursos materiales, técnicos personales y financieros, que pasan de una administración que antes tenía la competencia a quien la ostenta actualmente.

Sin embargo, los traspasos también tienen reconocida por tribunales y doctrina[5] otra función esencial: su valor interpretativo en las reglas de com-

---

3 Así las SSTC 88/1983, 9/2001, de 18 de enero, FJ 6; 44/2007, de 1 de marzo, FJ 6; 28/2016, de 18 de febrero, FJ 6, 194/2016, de 16 de noviembre, FJ 2); 65/2020, de 18 de junio, FJ 20 e); o la más reciente STC 119/2024, de 25 de septiembre, FJ 5.

4 El art. 21 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (LPA) afirma, para el caso concreto de los contratos y concesiones, que «los Reales Decretos de transferencia determinarán las concesiones y los contratos administrativos afectados por el traspaso, produciéndose la *subrogación* en los derechos y deberes de la Administración estatal en relación con los mismos por la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente». Otros autores lo presentan como una sucesión de ordenamientos.

5 Por todos, Tornos Mas (1996,106): «La difícil precisión del ámbito material de una competencia puede aconsejar en ocasiones que se acuda al Real Decreto de traspaso para precisar el alcance de la misma. El carácter paccionado de esta norma legitima esta función interpretativa, pues de hecho Estado y Comunidad Autónoma pactan el sentido de una norma que vincula a ambas partes. No se determina el título competencial, pero, de acuerdo con su contenido, se fija cuál es el exacto valor de lo expresado sintéticamente en la norma mediante la cual se asume la competencia».

ISBN: 978-84-7777-740-3

petencias. Así se ha reconocido por las SSTC 113/1983 o 132/1998, o, de forma más decisiva, por las SSTC 11/1986, 88/1987 o 209/1989, que ven las normas de traspasos como medios idóneos para concretar las formas, modos y procedimientos del ejercicio de las respectivas competencias estatales y autonómicas.

2. Naturaleza jurídica

El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones, por todas, la STS de 16 de julio de 2012 (rec. núm. 198/2010)[6], que los traspasos son acuerdos singulares que obedecen a un régimen jurídico específico —al que se hará referencia a continuación— y que están limitados a formalizar el acuerdo de traspaso que se rige por unas pautas normativas específicas contenidas en los estatutos de autonomía. Son, afirma, el resultado de una «reserva competencial» que tienen atribuida en exclusiva las Comisiones Mixtas y que vincula al Consejo de Ministros. Descarta expresamente que puedan tener naturaleza normativa, particularmente para inadmitir las reiteradas impugnaciones por vicios procedimentales ante la ausencia de trámites esenciales en la tramitación de los Reales Decreto que adoptan esos acuerdos de las Comisiones Mixtas[7].

Sin embargo, esta postura no ha tenido buena acogida en la doctrina. Arzoz (2026) considera que es correcta la consecuencia a la que llega el Tribunal Supremo, pero la premisa es discutible. Según este autor, los reales decretos de traspaso no se sujetan al procedimiento de elaboración de disposición de carácter general que establece la Ley de Gobierno, pero no por la razón aducida, la falta de carácter normativo, sino porque no contienen disposiciones generales elaboradas por el Gobierno: exteriorizan, por el lado de la administración general del Estado, el ejercicio de una competencia atribuida por el bloque de la constitucionalidad a las comisiones mixtas de transferencias. En suma, entiende este autor, los reales decretos de traspasos exteriorizan una potestad reglamentaria específica, atribuida a un titular distinto del Gobierno.

Tampoco son actos administrativos lo que ha llevado a Riu i Fortune a presentarlos como actos políticos de relevancia constitucional, aunque no dis-

---

6 Esta doctrina se ha dictado para desestimar los recursos interpuestos contra los Reales Decretos de traspasos a los que se achacaba infracción de vicios procesales propios de los reglamentos. Al no tener esa naturaleza reglamentaria, no es exigible como condición de validez la previa audiencia de los eventuales afectados prevista por el artículo 24.1, letra c), de la Ley 50/1997, ni informes de género, por ejemplo.

7 La STC 76/1983, FJ 28, ya señaló que «los Reales Decretos constituyen el instrumento jurídico por el que se aprueban los acuerdos de las Comisiones Mixtas, pero no cabe confundirlos con ellos. Los acuerdos son propuestas vinculantes para el Estado, que deberá respetar su contenido, pero ello no excluye que los aspectos formales de tales Decretos puedan ser por él regulados».

crecionales, pues son actos debidos para hacer efectivos los mandatos constitucionales y estatutarios (1991, 72).

Más allá de que efectivamente se trate de acuerdos singulares bajo un régimen jurídico concreto, desde su configuración teórica, los acuerdos de traspasos son acuerdos de evidente naturaleza política entre los ejecutivos estatal y autonómico que se han de limitar a concretar los términos del reparto competencial ya previsto en los Estatutos de Autonomía sin alterar sus términos de reparto (STC 194/2016, FJ 2.b).

Ello conduce a Muñoz Machado a afirmar que los acuerdos de traspasos «no tienen otra fuerza que la que tenga la norma interpretada; es su mandato el que vincula verdaderamente» (2015, 68).

Sin embargo, como luego se insistirá, en la práctica los acuerdos de traspasos incluyen contenidos interpretativos o modificativos de las reglas del reparto competencial. Ello ha llevado a que Viver Pi-Sunyer a otorgarles la naturaleza de «normas paccionadas o consensuadas» (Greciet, 2004, 354). Santamaría Pastor[8], también basado en la realidad de su uso, afirma que constituyen una técnica atípica para puntualizar y rectificar los límites competenciales, por lo que «han llegado a ser hoy, de hecho, un elemento básico en el diseño del cuadro competencial (...); un elemento bastante poco conocido y explotado, pero al que, ineludiblemente, hay que acudir para conocer la realidad última del sistema».

3. Ante la necesidad del traspaso, la fuerza del bloqueo

La configuración misma del sistema de traspasos implica, de facto, un fenómeno de eficacia diferida del autogobierno estatutario. Aunque las competencias quedan formalmente reconocidas desde la entrada en vigor del Estatuto, su ejercicio efectivo precisa de acuerdos alcanzados en las Comisiones Mixtas.

La Constitución no fija plazos máximos para culminar los traspasos. Algunos Estatutos de Autonomía[9] han pretendido corregir esta situación y

---

8 Santamaría Pastor (2023) utiliza el símil del «tercer *round*» en el combate competencial, con una triple dimensión. Los Decretos de traspasos, que debían ser instrumentales, se transformaron en un escenario de «renegociación» de límites competenciales; su negociación supone una fase de disputa entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no solo en la transferencia de medios, sino en la definición de la competencia misma; a través de los anexos de estos decretos, se operan, en ocasiones, rectificaciones o puntualizaciones de límites competenciales que ya deberían haber quedado fijados en los Estatutos de Autonomía.

9 Así lo hace Canarias o Extremadura, por ejemplo. El Estado intentó incluir dos preceptos en la LOAPA que imponían la realización de las transferencias por bloques materiales y orgánicos completos y la vinculación a determinadas fechas para la efectividad de las transferencias. La STC 76/1983 los declaró inconstitucionales al entender que sobre esta cuestión existe una reserva competencial a favor de los estatutos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

atribuyen a las Comisiones Mixtas la función de establecer calendarios y plazos para el traspaso de los servicios, que algunos fijan en dos años[10], y contemplan que se lleven a cabo en bloques orgánicos de naturaleza homogénea. Incluso se han llegado a crear comisiones mixtas[11] con la única misión de inventariar los servicios y bienes del Estado que deban ser objeto de traspaso.

Pese a esos desiderátums, y aquí reside una característica común derivada de la experiencia acumulada en la práctica de los traspasos, el Estado ostenta una posición preeminente en las negociaciones. Controla la iniciativa y los tiempos, fija el calendario, altera el contenido y alcance de los traspasos frente a las previsiones estatutarias e, incluso, puede imponer el bloqueo en las negociaciones. Frente a ello, las CCAA carecen de mecanismos jurisdiccionales efectivos para reclamar la ejecución de sus legítimas competencias.

De este desequilibrio nace una asimetría competencial entre Comunidades Autónomas de origen fáctico, no jurídica. CCAA que tienen traspasadas las atribuciones ostentan más competencias que las que no, por mucho que estatutariamente tengan el mismo techo. Esta asimetría y politización derivada del proceso de traspasos, ha sido estudiada por Novo-Arbona (2023), quien llega a la conclusión de que se debe, en gran medida, al papel tractor sostenido que desempeñan Cataluña y Euskadi, con capacidad de forzar acuerdos, frente a la debilidad de las demás CCAA.

Esta moratoria, además, consolida una situación institucionalmente patológica. El TC ha reconocido constitucionalmente lícito el ejercicio de las competencias autonómicas por el Estado, aunque ya no ostente la competencia, mientras los servicios no sean transferidos a la Comunidad Autónoma (STC 209/1990). Es decir, hasta que tenga lugar el debido traspaso, se produce una prestación provisional y anómala de un servicio autonómico por el Estado (Fernández Farreres, 1999, 38). Y no se disponen de medios eficaces para poner fin a esta situación.

II. MARCO JURÍDICO

El punto de partida del régimen jurídico de los traspasos de bienes y servicios se encuentra en el artículo 147.2 CE, que impone a los Estatutos de Autonomía el deber de contener «las bases para el traspaso de los servicios» inherentes a las competencias asumidas. La Constitución, por tanto, remite al ámbito estatutario el modo en que han de producirse los traspa-

10 EEAA de Cataluña, Galicia, Asturias, Aragón, Cantabria y Madrid. La Rioja y Murcia especifican un plazo de 1 año para establecer el calendario de traspasos de la totalidad de los servicios.

11 EA Asturias DT 4; EA Rioja DT 8, EA Murcia DT 5, o EA Extremadura DA 4.

sos y encomienda a cada comunidad autónoma la definición de las reglas esenciales de ese proceso. El TC ha reconocido aquí una auténtica «reserva competencial» en favor de los Estatutos de Autonomía que el Estado no puede asumir ni desplazar. De hecho, se pretendió una alteración de este diseño con el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), que pretendió homogeneizar[12], entre otros extremos, el régimen de transferencias mediante la fijación de criterios comunes aplicables al conjunto de las comunidades autónomas[13]. Sin embargo, la STC 76/1983 (FJ 28) cerró esa vía al declarar inconstitucional dicha opción por vulnerar esa reserva competencial del artículo 147.2 CE.

El segundo nivel normativo lo integran, así, los propios Estatutos de Autonomía, que disponen de plena capacidad para diseñar el modelo de traspaso que estimen más adecuado. La Constitución no impone un sistema cerrado, lo que abre la posibilidad constitucional a la existencia de tantos sistemas de traspaso como Comunidades. Sin embargo, la práctica ha seguido un camino uniforme y todos los Estatutos han optado por articular el proceso a través de órganos bilaterales y paritarios —las denominadas Comisiones Mixtas de Traspasos—, a las que se reconoce, además, capacidad de autonormación para ordenar su funcionamiento y de fijar los criterios conforme a los cuales deben materializarse los traspasos.

En el caso de la CAPV, este diseño aparece recogido en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. En ella se prevé la constitución de una Comisión Mixta integrada por igual número de representantes del Gobierno Vasco y del Gobierno del Estado, encargada de establecer las reglas conforme a las cuales habrán de transferirse tanto las competencias asumidas estatutariamente como los medios personales, materiales y financieros necesarios para su ejercicio efectivo.

Un tercer escalón lo conforman precisamente esas reglas concretas aprobadas por esas Comisiones Mixtas paritarias[14]. Son normas pactadas entre la Administración General del Estado y el ejecutivo autonómico en el seno de un órgano estatutario cuya propia naturaleza explica la diversi-

---

12 Fuertes Suárez (1981, 157) criticó en su momento la inexistencia de una normativa única para regular el proceso de transferencia y, si la LOAPA fue la respuesta del Estado, el TC la impidió. Para un mayor estudio de esta importante STC 76/1983 y sus implicaciones, Santamaría Arinas (2015).

13 Esta propuesta tuvo lugar cuando ya se habían aprobado los Estatutos de Autonomía y las reglas de funcionamiento de las Comisiones Mixtas, y en su contenido venía a adoptar los elementos comunes a todos ellos.

14 El Ministerio competente en política territorial dispone de una *publicación con todas las normas de funcionamiento de las Comisiones Mixtas de transferencias entre la AGE y las CCAA,* disponible en https://mptmd.gob.es/content/dam/mpt/politica-territorial/autonomica/traspasos/Normas-Comisiones-Mixtas-septiembre-2023-1.pdf (marzo de 2026).

ISBN: 978-84-7777-740-3

dad material de sus acuerdos, rasgo inherente a todo proceso de traspaso (Fernández, 1993, 39). En el País Vasco, estas reglas fueron acordadas en la Comisión Mixta de 25 de septiembre de 1980 y aprobadas por el Estado mediante el Real Decreto 2339/1980, de 26 de septiembre, por el que se aprueban las normas de traspaso de servicios del Estado a la CAPV. La comunidad autónoma, por su parte, reprodujo íntegramente su contenido mediante Decreto de 11 de noviembre de 1980, técnica normativa que, con matices, ha perdurado en los sucesivos acuerdos.

A este entramado se suma un cuarto nivel en la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (LPA), cuyos títulos IV y VI incorporan reglas dirigidas principalmente a ordenar la actuación de la Administración General del Estado en el seno de las Comisiones Mixtas, aunque con efectos que también alcanzan a la parte autonómica. Muchas de estas previsiones respondieron a la necesidad de corregir disfunciones detectadas en la práctica, como, por ejemplo, que los acuerdos incluyan expresamente la delimitación precisa de las funciones que se transfieren, aquellas que permanecen en manos del Estado y las que pasan a ejercerse de forma compartida.

Finalmente, el régimen de los traspasos no puede comprenderse sin atender a su dimensión financiera, auténtica condición de posibilidad del ejercicio competencial. En las comunidades autónomas de régimen común, estas reglas se localizan, esencialmente, en el artículo 13 y en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, así como en el artículo 10 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula el Fondo de Suficiencia Global. En cambio, en las comunidades de régimen foral —el País Vasco y Comunidad Foral de Navarra— la financiación de los traspasos se articula conforme a las reglas propias del concierto y del cupo. En el caso vasco, su fundamento normativo se encuentra en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la CAPV, y en el artículo 11 de la Ley 10/2023, de 3 de abril, por la que se aprueba la metodología de señalamiento del cupo para el quinquenio 2022-2026.

En definitiva, el diseño constitucional es inequívoco: el traspaso está al servicio del Estatuto; nunca el Estatuto al servicio del traspaso.

III. LAS COMISIONES DE TRASPASOS Y LOS ACUERDOS

Todas las CCAA han configurado un similar sistema para proceder al traspaso de los servicios, copiado del método utilizado en la experiencia regionalista II República (Muñoz Machado, 2015, 65) y que presenta tres elementos: la Comisión Mixta de Traspasos, el órgano paritario en cuya sede han de procederse a los traspasos; los acuerdos que adopta esta Comisión, instrumento que formaliza los traspasos; y los Reales Decretos y decretos

autonómicos, en donde los órganos de Gobierno de las partes intervinientes aprueban esos acuerdos.

1. Las Comisiones Mixtas de Traspasos

Las Comisiones Mixtas de Traspasos (CM) son, como se ha señalado, órganos de creación estatutaria y, precisamente por ello, se sitúan fuera de la órbita organizativa prevista en el título III de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. No son órganos administrativos comunes ni espacios ordinarios de cooperación interadministrativa: son instituciones constitucionalmente singulares, concebidas para culminar, mediante el acuerdo, la efectividad del autogobierno.

Su composición responde a una lógica de paridad entre el Estado[15] y la Comunidad Autónoma, tanto en la representación, como en el ejercicio de sus funciones. La presidencia y la secretaría suelen ser duales[16], con representación de ambas partes. Una vez culminado el proceso de transferencias, se suele prever la extinción automática de la Comisión Mixta, si bien es habitual contemplar mecanismos bilaterales de cooperación para la resolución de conflictos que puedan subsistir posteriormente. Su existencia, por tanto, está teleológicamente vinculada a una misión constitucional concreta: hacer efectivo el tránsito desde la titularidad estatutaria de la competencia hasta su ejercicio material desde la estricta bilateralidad. No actúan como órganos colegiados clásicos, sino como instancias de negociación política entre gobiernos (Riu i Fortune, 1991, 70).

Esta naturaleza explica que sus decisiones —los acuerdos de traspaso— precisen de mutuo acuerdo para ser aprobadas. No existen votos de calidad, mayorías reforzadas, mecanismos arbitrales ni instancias externas de desbloqueo. El sistema carece de instrumentos jurídicos capaces de forzar el consenso, buscar arbitrios o sustitutos. Las partes, sencillamente, están llamadas a entenderse.

Las reglas que disciplinan estas comisiones[17] presentan, además, una notable homogeneidad formal y material. Todas responden a un modelo

---

15 El art. 73.1.c.3.º de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público recoge la participación en las CMT de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

16 Existen excepciones, como la que recoge la más reciente Orden TER/1188/2022, de 17 de noviembre, por la que se publica el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación Canarias-Estado. Ahí se contempla una presidencia alternativa, si bien es constante la previsión de una secretaría conjunta.

17 Hoy *recopiladas y sistematizadas por el Ministerio,* en: https://mptmd.gob.es/content/dam/mpt/politica-territorial/autonomica/traspasos/Normas-Comisiones-Mixtas-septiembre-2023-1.pdf. Están pendientes de aprobación la adaptación de las normas reguladoras de la CMT a los Estatutos de segunda generación. Uno de los últimos reglamentos adoptados es en Canarias al que ya se ha hecho referencia.

ISBN: 978-84-7777-740-3

fácilmente reconocible, con una estructura normativa prácticamente idéntica, un contenido mínimo común y amplias facultades de autonormación y autoorganización, que permiten la creación de grupos de trabajo, ponencias técnicas o comisiones especializadas para la preparación de los acuerdos y la depuración de los aspectos más complejos.

Son, en suma, órganos estatutarios de marcado carácter político en donde participan representantes designados por los respectivos ejecutivos. Los poderes legislativos permanecen al margen del proceso, sin intervención directa ni capacidad de condicionar el contenido de las decisiones, lo que también se traduce en que los acuerdos que ahí se adopten no condicionan a la potestad legislativa.

Un rasgo destacado de su naturaleza estatutaria es que el traspaso de funciones solo puede producirse en el seno de estas comisiones. Existe esa auténtica reserva competencial en favor de las Comisiones Mixtas de Transferencias que consolidó la STC 76/1983 (FJ 28). El Tribunal Constitucional ha sido diáfano al respecto. Los traspasos no pueden articularse mediante decisiones unilaterales, convenios, acuerdos políticos paralelos ni a través de otros foros de cooperación institucional. La transferencia de servicios «ha de hacerse necesariamente a través de los acuerdos de las Comisiones Mixtas», pues así lo exige el artículo 147.2 CE y así lo han querido los Estatutos de Autonomía (STC 95/2002, FJ 14). Existe, en palabras del propio Tribunal, una verdadera «reserva procedimental» que no puede ser desconocida (STC 95/2002, FJ 14)[18].

Los estatutos de segunda generación han introducido, no obstante, algunas modulaciones en la gobernanza de este modelo[19]. Comunidades como Cataluña, Aragón, Andalucía o Extremadura han incorporado estatutariamente una «Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Comunidad Autónoma», a la que se atribuye, entre otras funciones, la valoración económica de los traspasos previamente acordados en la Comisión Mixta, configurando así un modelo de transferencia en dos tiempos: primero, la atribución funcional en la Comisión Mixta; después, su cuantifi-

---

18 Dice la STC 95/2002, FJ 14: «la transferencia de servicios ha de hacerse necesariamente a través de los acuerdos de las Comisiones Mixtas, puesto que tal es el procedimiento previsto en los Estatutos de Autonomía en aplicación de lo dispuesto en el art. 147.2.d) de la Constitución, que requiere que los Estatutos contengan "las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas". Tales acuerdos se plasman en los correspondientes Decretos y, en consecuencia, no puede alterarse su contenido mediante una intervención unilateral del legislador estatal. Hay, por así decirlo, una reserva procedimental para el traspaso de servicios que no puede ser desconocida (STC 86/1989, de 11 de mayo, FJ 10, STC 76/1983, de 5 de agosto).»

19 Se han realizado cambios de nombre y de estructura que han llevado, por ejemplo, a que la STC 217/2013, el TC tuviese que reconocer que la Comisión de «Asuntos Económicos y Fiscales» prevista en el art. 184 de la norma estatutaria andaluza no era sino la «Comisión Mixta» a la que hace referencia su disposición adicional segunda.

cación financiera en esta segunda Comisión Mixta. La Comunidad Foral de Navarra, por su parte, mantiene su propia singularidad institucional bajo la denominación de Junta de Transferencias. Un caso singular tiene lugar en la Comunidad Autónoma de Canarias, que ha integrado su Comisión Mixta en la Comisión Bilateral de Cooperación (art. 192 EACan).

2. La adopción y aprobación formal de los Acuerdos de las Comisiones Mixtas

Desde la perspectiva procedimental, el proceso de traspaso se inicia con la constitución de la Comisión Mixta donde, por regla general, la Administración del Estado presenta una primera propuesta que se somete posteriormente al examen de grupos de trabajo, ponencias técnicas o comisiones sectoriales, hasta alcanzar una posición compartida entre ambas partes. Aquí es esencial un trabajo basado en la lealtad entre ambas partes, muchas veces enmarcado en contextos de acuerdos políticos, no siempre con el mismo peso de las fuerzas, o desequilibrados en la información que se maneja[20]. Fuertes Suárez (1981, 157) llegó a cuestionar la insuficiencia de garantías técnicas para llevar a cabo una adaptación jurídica de la complejidad requerida, así como la limitada capacidad de estos instrumentos para incorporar las precisiones materiales o sustantivas que, en muchos casos, exigía la propia definición competencial.

El consenso alcanzado cristaliza en un Acuerdo de la Comisión Mixta de Traspasos (ACMT), formalizado mediante un acta suscrita por las dos personas que ostentan la secretaría. A partir de ese momento, el acuerdo abandona el terreno de la negociación política para entrar en el de la formalización jurídico-institucional mediante su tramitación ante los respectivos órganos de gobierno.

En el ámbito estatal, tras la correspondiente tramitación interna, el acuerdo es elevado al Consejo de Ministros, que lo aprueba mediante Real Decreto, incorporando como anexo el tenor literal del acta suscrita en la Comisión Mixta. La parte dispositiva de estos reales decretos suele ser extraordinariamente escueta: se limita, por lo común, a aprobar el acuerdo, reconocer sus efectos traslativos y fijar la fecha de efectividad

[20] Una de las dificultades para la administración receptora, sobre todo cuando no existen antecedentes de otros traspasos en las mismas funciones, es que el conocimiento práctico para el ejercicio de las funciones reside fundamentalmente en la Administración del Estado, quien lleva realizando estas tareas. Es difícil cuestionar las estadísticas y datos del negociado presentados por la Administración General del Estado. Como afirma López Sánchez (2018) al estudiar la asimetría en los traspasos de la administración de justicia entre CCAA concluye que coadyuva a ello, en gran medida, «tanto por razones de relaciones entre partidos, como porque en el momento de realizar el traspaso no había información suficiente».

ISBN: 978-84-7777-740-3

del traspaso, así como, en su caso, su correspondiente valoración financiera.

En la CAPV, por seguir con el ejemplo vasco, el acta se tramita internamente como proyecto de decreto, sin quedar sometida al procedimiento previsto en la Ley 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General, al no tratarse de una disposición normativa de carácter general, extremo ya confirmado por el Tribunal Supremo. El expediente se acompaña de la correspondiente memoria justificativa y económico-presupuestaria y se somete a los preceptivos[21] controles de intervención —a través de la Oficina de Control Económico— y de legalidad —por el Servicio Jurídico Central— antes de su elevación al Consejo de Gobierno para su aprobación definitiva por decreto. Ahora bien, la intervención de estos controles internos tiene un alcance necesariamente limitado: pueden examinar el acuerdo, pero no alterarlo. El contenido pactado en la Comisión Mixta llega cerrado y materialmente indisponible.

Los acuerdos de la Comisión Mixta constituyen propuestas vinculantes tanto para el ejecutivo del Estado como para el de la Comunidad Autónoma (STC 76/1983), de manera que sus términos no pueden ser modificados unilateralmente ni tampoco rechazados libremente por los respectivos gobiernos. Según Santiago Muñoz Machado (2015, 67), los consejos de gobierno únicamente podrían devolver el acuerdo a la Comisión Mixta cuando su contenido resultara manifiestamente incompatible con el reparto constitucional o estatutario de competencias. Fuera de ese supuesto excepcional, no les queda otra opción que asumir lo previamente pactado.

El decreto autonómico se limita, por ello, a aprobar formalmente el acuerdo. Su parte articulada aprueba el ACMT e identifica el órgano de la estructura administrativa que asumirá las nuevas funciones, frecuentemente aún no previsto en los decretos orgánicos vigentes. Incorpora, como anexo y en sus mismos términos, el real decreto aprobado por el Estado.

Ambos ejecutivos publican sus decretos, por lo general en la misma fecha, en el *Boletín Oficial del Estado* y en el *Boletín Oficial del País Vasco*, escenificando así la culminación formal del proceso.

A ello, su valor interpretativo de las reglas del bloque de constitucionalidad en cuanto medios idóneos para concretar las formas, modos y procedimientos del ejercicio de las respectivas competencias estatales y autonómicas.

No es extraño, por ello, que Juan Alfonso Santamaría Pastor advirtiera ya hace décadas que «de forma totalmente extraconstitucional, los decre-

---

21 Estos trámites son preceptivos para todos los Acuerdos que adopta el Consejo de Gobierno.

tos de transferencias han llegado a ser hoy, de hecho, un elemento básico en el diseño del marco competencial» (2023). La observación conserva, todavía hoy, una vigencia incómoda: lo que constitucionalmente nació como una técnica instrumental de ejecución estatutaria ha terminado convirtiéndose, en la práctica, en uno de los espacios donde realmente se define el alcance efectivo del autogobierno.

3. La limitación de su fuerza vinculante ante los poderes legislativo y judicial

Los acuerdos alcanzados entre los ejecutivos en el seno de las Comisiones Mixtas no vinculan ni al Tribunal Constitucional, ni a las asambleas legislativas. Así lo declaró con claridad la STC 149/1991, FJ 4.D.d), al señalar que esta conclusión resulta evidente si se atiende, de un lado, a la identidad de sus autores —los gobiernos estatal y autonómico, actuando en el seno de las correspondientes Comisiones Mixtas— y, de otro, a la propia finalidad de estos decretos, circunscrita a la transferencia de los medios personales y materiales necesarios para hacer efectivas competencias previamente definidas por la Constitución y por el respectivo Estatuto de Autonomía.

Dicho de otro modo, los acuerdos de traspaso ejecutan el marco competencial, pero no lo definen ni lo petrifican, y su eficacia vincula a quienes los suscriben. Esto supone que el Gobierno central ha de someterse a lo pactado en la elaboración del correspondiente proyecto normativo, pero esta vinculación no alcanza a las Cortes Generales, que conservan íntegra su libertad legislativa, tal y como así lo han precisado las SSTC 181/1988 (FJ 4) y 204/2011 (FJ 7).

Ahora bien, la formalización de un traspaso no blinda las funciones trasferidas: ante eventuales antinomias entre lo dispuesto en los Reales Decretos de transferencia y lo regulado en las normas atributivas o delimitadoras de competencias, aunque estas sean posteriores, habrán de prevalecer éstas.

Así se validó en la STC 240/2006, con confirmación de la doctrina constitucional ya contenida en la STC 102/1985 (FJ 2), en la que la Ciudad de Ceuta promovió un conflicto en defensa de la autonomía local ante una modificación de la normativa urbanística estatal[22] por la que el Ministerio de Fomento venía a asumir la aprobación definitiva, la modificación o la revisión del plan general de ordenación urbana de la ciudad de Ceuta. Hasta ese momento la competencia residía en la Ciudad, y se sustanció un traspaso

[22] Se trataba del art. 68 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social por la que se modificaba la disposición adicional tercera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

ISBN: 978-84-7777-740-3

por Real Decreto 2495/1996. Según el Alto Tribunal, «la Ley impugnada puede legítimamente establecer un régimen normativo diferente al del repetido Real Decreto 2495/1996 [de traspaso], dictado en su día para transferir a la ciudad de Ceuta funciones en materia de urbanismo» (STC 240/2006, FJ 12). La conclusión es notable: una norma básica posterior puede echar por tierra un traspaso.

En País Vasco tuvo lugar otro caso de legislación estatal ulterior por el que se reasume un traspaso de funciones. Mediante Real Decreto 1441/2010 se traspasaron a la CAPV las funciones de ejecución de políticas activas de empleo. Sin embargo, con posterioridad, la AGE centralizó la gestión de programas de activación para el empleo (programas PREPARA y PAE) por Real Decreto-ley 1/2013 y Real Decreto-ley 16/2014. La CAPV impugnó estas normas y las SSTC 100/2017 y 153/2017 devolvieron su gestión a las instituciones vascas, aunque no por estos motivos, sino por vulneración del art. 149.1.13 CE. Tampoco vincula a los poderes judiciales. Ni vincula a la interpretación del Tribunal Constitucional en las reglas de reparto competencial, en cuanto a que a él le corresponde ser el intérprete máximo de la constitución, ni son ajenas al control por parte del Tribunal Supremo, como luego se verificará respecto de los traspasos a Navarra y País Vasco de competencias sobre control del tráfico y homologación de títulos extranjeros.

Esto no resta para que se le haya reconocido un importante valor interpretativo y medios idóneos para concretar las formas, modos y procedimientos del ejercicio de las respectivas competencias estatales y autonómicas (STC 209/1989).

IV. ESTRUCTURA Y CONTENIDO TEÓRICO DE LOS ACUERDOS DE LA COMISIÓN MIXTA

El contenido del Acuerdo de la Comisión Mixta es el establecido en el Reglamento del órgano y en la LPA, y suele presentar una estructura común con cuatro partes: (a) las funciones traspasadas, (b) los bienes y derechos, (c) el personal y (d) la financiación que acompañan al traspaso.

En su estructura, las actas van ordenadamente abordando estas cuestiones y remiten la concreción de sus contenidos a Anexos, que también han de ser aprobados y publicados. No todos los traspasos incluyen todos estos contenidos, desde luego, y serán siempre el fruto de la negociación.

Es imperativo que los traspasos contengan, de forma diferenciada, las fechas de entrada en vigor de los Acuerdos, lo que se recoge en la parte articulada de los decretos que los aprueban, y la fecha de efectividad de la transferencia, que se recoge como punto de cierre del Acta.

Un aspecto relevante es que las problemáticas que sobre estas cuestiones surjan en estos traspasos no tienen acceso a la jurisdicción constitucional, y han de ser resueltos por los tribunales ordinarios. Así lo tiene fijado el TC [23] en sus AATC 322/1989, 142/1989, 268/1994 o 192/1998, por entender que incurre en la falta de jurisdicción conforme al art. 4.2 LOTC y no ser integrables en el art. 69.2 LOTC.

Se procede a un rápido repaso de estos contenidos.

1. Identificación de las funciones traspasadas

El primer contenido decisivo, y de máxima relevancia para determinar el alcance material efectivo de la transferencia, reside en la concreción de las funciones traspasadas.

El Acta ha de recoger aquí tres tipologías de funciones: las que pasan a ejecutar la Comunidad Autónoma; las que se sigue reservando el Estado; y las que se realizan de forma concurrente con los medios para llevarla a cabo de forma coordinada, normalmente mediante comisiones de seguimiento.

Es en este punto donde se suele incorporar una serie de contenido espurios, a los que se dedica el apartado siguiente. Baste ahora insistir en que la Comisión Mixta no puede reinterpretar ni alterar, al menos teóricamente, las reglas de reparto competencial, por lo que estas tres tipologías de funciones están llamadas a ejecutar el reparto competencial, no a redefinirlo.

Es frecuente, además, que el contenido de estas funciones no abarque la totalidad de las atribuciones correspondientes a una materia. De ahí que muchos traspasos nazcan con vocación de parcialidad y hayan de verse complementados mediante sucesivas ampliaciones de funciones.

2. Bienes y derechos traspasados

En este segundo apartado se identifican los medios traspasados, normalmente detallados en tablas anexas.

Aquí se incluyen bienes muebles e inmuebles. A tal fin, la certificación[24] por la Comisión Mixta de los acuerdos de traspaso debidamente promulgados es título suficiente para la inscripción en el Registro de Propiedad de los bienes inmuebles del traspaso a las CCAA (art. 21.2 LPA y prácticamente todos los Estatutos de Autonomía). También se contempla que el cambio

23 Casi todos los conflictos afectan a aspectos de personal y de contratación.

24 Se suele contemplar que esta certificación que ha de elevar la CMT debe contener los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de titularidad en los contratos de arrendamiento de locales para oficinas públicas de los servicios que se transfieran no dará derecho al arrendador a extinguir o renovar el contrato, que estas transferencias de bienes o derechos estará exenta de toda clase de cargas, gravámenes o derechos, que serán traspasados sin otras afecciones que las que resulten del Registro de la Propiedad o que los cambios catastrales se practicarán de oficio[25].

Los traspasos incluyen la remisión de expedientes, tanto los históricos como los vivos. Uno de los efectos que llama la atención es que, en todos los casos[26], el Estado ha de remitir a la Comunidad Autonómica los expedientes en la fase procedimental que se encuentren, lo que supone la subrogación del órgano competente para su instrucción y resolución. Sin embargo, los recursos administrativos contra resoluciones ya dictadas de la Administración del Estado se tramitarán y resolverán por los órganos de ésta, aunque ya se haya efectuado el traspaso. Las consecuencias económicas que en su caso resulten, serán de cuenta de quien hubiere adoptado la resolución definitiva. También han de remitirse todos los expedientes, que, como concreta el Estatuto catalán, podrá hacerse por la Administración del Estado mediante remisión del original o por copia, según crea conveniente en cada caso.

También se produce la subrogación en los contratos administrativos y concesiones. Un conflicto que, por este motivo, ha ocupado en varias ocasiones al Tribunal Supremo consiste en el pago de las certificaciones de obra de los contratos transferidos, donde el *quid* reside en la expresión «obligaciones vencidas» que se ha de entender como la fecha de la recepción provisional (por todas, la STS 23/07/1996, núm. de rec. 7172/1991).

3. Personal

Continúan los acuerdos con la identificación de los medios personales a transferir, cuestión siempre delicada[27]. Cuando proceda el traspaso de personal público, funcionarial o laboral, los Anexos deberán contener una relación nominal de este personal, con expresión de su número de Registro de Personal y, además, en el caso de los funcionarios, de su puesto de trabajo

---

25 Cfr. Estatuto de Andalucía y Extremadura, destacables por su minuciosidad a este particular.

26 Todos los estatutos y reglamentos de CMT contienen previsiones muy similares, también recogidas en el art. 20 LPA.

27 El aspecto de personal es una cuestión delicada de la que se derivan no pocos problemas y donde el Estatuto ya contempla directamente reglas. 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, y la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco, dedican varios preceptos a ello.

o categoría, situación administrativa o condiciones de trabajo y régimen de retribuciones.

Son muchos los conflictos surgidos que exceden a este trabajo. Baste apuntar que estos empleados pasan a depender de la administración autonómica con todos los derechos adquiridos. Conservarán su situación administrativa, su nivel retributivo y su derecho a participar en los concursos de traslado que se convoquen por la administración respectiva, en igualdad de condiciones que los restantes miembros del Cuerpo o escala al que pertenezcan, pudiendo ejercer su derecho permanente de opción de acuerdo con la legislación vigente respectiva.

4. Financiación

Los Acuerdos también han de incluir la valoración económica de la transferencia y, con ello, el cálculo de su financiación.

El Tribunal Constitucional ha sido tajante en este punto. Corresponde a la CMT, y solo a ella, determinar el cálculo de la financiación (STC 217/2013). Para ello dispone de la capacidad de negociación que considere, como otra manifestación de esa reserva competencial, si bien las reglas que fijan esa valoración son diferentes en régimen común y foral.

En las CCAA de régimen general se aplica la regla del coste efectivo y consiste en que la cantidad económica que aporte el Estado ha de garantizar la financiación de los servicios transferidos a la Comunidad con una cantidad igual al coste efectivo[28] del servicio en la CA en el momento de la transferencia (SSTC 109/2011 o 224/2012[29]). Como se ha dicho, algunos estatutos de segunda generación han creado un segundo órgano estatutario que se encarga de fijar esta financiación.

En el caso del régimen foral vasco, esta valoración se realiza mediante la aplicación de la regla del cupo consistente, básicamente, en aplicar el porcentaje acordado (actualmente el 6,24%) al coste total previsto por el Estado en el ejercicio de esas funciones conforme al último presupuesto aprobado.

---

28 La Rioja se reserva la atribución para no aceptar una transferencia de servicios que no cuenten con financiación suficiente (DT 10.Uno EAR).

29 Según estas sentencias, «La técnica del coste efectivo es una, pero ni mucho menos la única, de las formas con que el sistema de financiación acoge la finalidad de garantizar la suficiencia financiera autonómica. Hemos señalado antes que nuestra doctrina tiene reiteradamente establecido que la suficiencia no se valora en relación a cada una de las concretas competencias asumidas, previo el correspondiente traspaso, sino en referencia a la totalidad de los recursos, especialmente a los aportados por el Estado, cuya cuantía debe garantizar dicha suficiencia para hacer frente a la totalidad de las competencias asumidas» (STC 224/2012, FJ 8).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Dos técnicas distintas, en definitiva, para responder a una misma exigencia constitucional: que la transferencia de competencias vaya acompañada de los recursos financieros necesarios para hacerlas realmente ejercitables.

5. Algunos datos estadísticos

Para ofrecer una mejor contextualización de lo que este supone se puede acudir a la web del Ministerio competente, donde se encuentra una muy elaborada web con detallada información sobre las transferencias realizadas desde 1978 y en donde se recogen todos los Acuerdos de Comisiones Mixtas[30].

Según las estadísticas allí disponibles, a fecha de 26 de enero de 2026, entre los años 1978 y 2026 han tenido lugar 687 Plenos de Comisiones Mixtas con las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla. En todos estos Plenos se han suscrito 2.032 Acuerdos de traspasos.

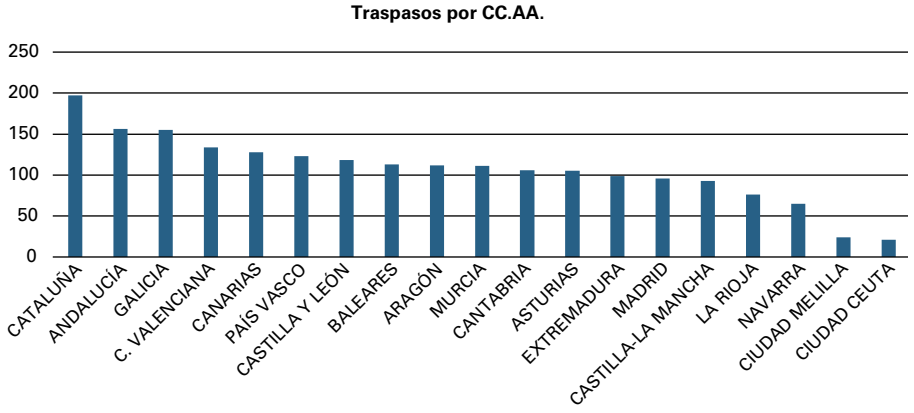


Se observan en esta evolución picos muy claros en los primeros años del Estado autonómico (especialmente 1982-1985) y un descenso acusado a partir de los años 90 y actividad residual en la última década, con repuntes puntuales.

Estas distintas fases han sido estudiadas por Aja (2003, 72) o Digón (2024). Este último ha estudiado lo ocurrido en la XIV legislatura estatal, para quien en este período no se desplegó una agenda coherente de culminación, sino que los traspasos aprobados respondieron mayoritariamente a replicaciones de traspasos ya realizados en otras Comunidades o a ampliaciones de medios, estando condicionados fundamentalmente por factores políticos e institucionales, más que por razones técnico-jurídicas (Digón, 2024, 136). El traspaso ha dejado, en buena medida, de operar como una técnica de construcción del Estado autonómico para convertirse, no pocas veces, en una variable de la negociación política.

[30] Cfr., *en la web del Ministerio.*

En estos traspasos se han visto afectados 822.486 empleados y, de forma orientativa, la valoración económica global es de 25,4 mil millones de euros.



V. LA EXPANSIÓN MATERIAL DE LOS ACUERDOS: DEL TRASPASO DE MEDIOS A LA MODULACIÓN COMPETENCIAL

Se ha sostenido hasta ahora que las Comisiones Mixtas de Traspasos carecen de capacidad para alterar las reglas del reparto competencial y que su misión constitucional se limita al traspaso de los medios personales, materiales y financieros necesarios para hacer efectivo el ejercicio de competencias asumidas estatutariamente por las CCAA. Sin embargo, la práctica revela una realidad mucho más compleja y problemática.

A esta realidad alude Santamaría Pastor cuando califica estos acuerdos como un «tercer *round*» del proceso de distribución competencial mediante los que, sin respaldo constitucional, se modula el estado autonómico (2023, 565). Carles Viver Pi-Sunyer fue incluso más lejos al afirmar que estos acuerdos a menudo contribuyen a la delimitación de las competencias de las que traen causa el traspaso.

Son numerosos los ejemplos que confirman que no estamos ante una mera discusión dogmática, sino ante una práctica administrativa de notable impacto estructural. Me limitaré aquí a recordar algunos ya estudiados por la doctrina.

Un primer caso se puede encontrar en la imposición, sin respaldo legal y a través del traspaso, de un control estatal sobre la actuación ejecutiva autonómica con motivo del reciente traspaso a la CAPV de la gestión de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, esto es, de las concesiones previstas en la Ley de Costas[31]. Mediante este Acuerdo, la

31 Moreno García (2025).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Administración del Estado se reserva la emisión de un informe *ex novo* de control sobre la actuación ejecutiva autonómica en la gestión de dichos títulos, pese a tratarse de una competencia de ejecución de carácter exclusivo. Un mecanismo de tutela cuya única cobertura jurídica descansaba, precisamente, en el propio acuerdo de la Comisión Mixta.

De la Morena (1986) ofrece otro ejemplo especialmente ilustrativo en los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos. Bajo la *vis attractiva* del artículo 149.1.29 CE y la invocación de la «seguridad pública», identifica este autor una contradicción sistemática entre la calificación estatutaria de espectáculos públicos como competencias como exclusivas y la constante incorporación, en los reales decretos de traspaso, de cláusulas estatales de reserva por razones de seguridad u orden público. En la práctica, concluye, la apelación a la seguridad pública ha servido para reinterpretar restrictivamente el alcance del traspaso y vaciar materialmente competencias formalmente exclusivas autonómicas hasta convertirlas en competencias más excluyentes que exclusivas (1986, 326).

Por su parte, García Vitoria (2013) analizó los traspasos que afectaban a la inspección de trabajo y puso de relieve no solo las asimetrías territoriales generadas por este proceso y sus causas, sino también sus efectos institucionales más inciertos. Particularmente relevante resulta su crítica a la configuración —articulada precisamente a través de los acuerdos de traspaso— de un mismo cuerpo inspector adscrito simultáneamente a dos administraciones distintas, con una separación funcional entre las tareas de vigilancia de la normativa laboral y de seguridad social. A su juicio, esta construcción bilateral, pese a resultar formalmente compatible con el bloque de constitucionalidad, ha generado asimetrías territoriales difíciles de justificar, tensiones organizativas reales y riesgos evidentes para la coherencia del sistema (2013, 143).

López Sánchez (2018, 85), ha realizado un estudio comparativo de los traspasos en la administración de justicia. Concluye este autor que estos acuerdos han contribuido decisivamente a la consolidación de un Estado autonómico profundamente asimétrico, marcadamente bilateral y presidido por una abundante «letra pequeña» ausente tanto del texto constitucional como de buena parte de los análisis jurídicos tradicionales. A su juicio, las diferencias en la financiación, en la intensidad material de las funciones asumidas y en las condiciones concretas de los traspasos han terminado construyendo un modelo territorial desigual y, en no pocos aspectos, difícilmente transparente.

Estos son solo algunos pocos ejemplos de esa realidad, que bien merece un estudio monográfico y sistemático. Esta aproximación preliminar, ya detectada y denunciada por la doctrina más cualificada, permite anticipar una conclusión difícil de ignorar: el reparto competencial no termina donde acaba el Estatuto; con frecuencia, continúa —y a veces se redefine— en la letra pequeña de los acuerdos de traspaso.

A ellos se han de unir las dilaciones o, directamente, bloqueos en la negociación misma del traspaso amparados por la doctrina del Tribunal Constitucional que pasamos ahora a exponer.

VI. CONFLICTIVIDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL BLOQUEO DE LOS TRASPASOS

El Tribunal Constitucional ha dictado más de cien pronunciamientos[32] relacionados con las Comisiones Mixtas y los Acuerdos ahí adoptados. Son muy variados los temas abordados en todo este tiempo, si bien ahora vamos a detenernos en la respuesta que ha dado el Alto Tribunal a una pregunta que afecta a los retos a futuro: ¿cómo pueden reaccionar las Comunidades Autónomas ante un Estado que bloquea el traspaso de una competencia autonómica? Debe recordarse que, hasta que el traspaso no tiene lugar, es constitucionalmente lícito que el Estado continúe «transitoriamente» con la ejecución de competencias que legítimamente ostentan las CCAA mientras los servicios no sean transferidos[33] (STC 158/2004, FJ 4, o la STC 230/2003, FJ 6).

Un ejemplo revelador es la STC 65/2020 sobre unos impuestos estatales cedidos. La Comunidad Autónoma de Cataluña había recibido la cesión[34] de competencias ejecutivas delegadas en impuestos sobre el patrimonio, sobre sucesiones y donaciones y otros. Sin embargo, conforme a esta sentencia, «habrá que esperar al traspaso de los servicios adscritos tanto a la gestión del impuesto especial sobre determinados medios de transporte como a la resolución de reclamaciones económico-administrativas de los actos de aplicación de tributos totalmente cedidos dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña, para la asunción efectiva de tales competencias» (FJ 5.C.c). De hecho, afirma la sentencia, «el reparto competencial expuesto no varía por el hecho de que, por la falta de traspaso de los servicios y funciones adscritos a la competencia revisora económico-adminis-

---

32 Algunos de los más importantes son las SSTC 76/1983, 113/1986, 48/1985, 102/1985, 11/1986, 88/1987, 75/1989, 86/1989, 209/1989, 141/1991 o 220/1992.

33 De hecho, Ley Orgánica de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA) contempla en el apartado sexto de su disposición transitoria cuarta que «[m]ientras no se produzcan las transferencias a las que se refiere la presente Disposición transitoria, la Administración del Estado continuará prestando los Servicios públicos relativos a las mismas, sin que ello implique renuncia por parte de Navarra a la titularidad de las correspondientes facultades y competencias».

34 Ello en virtud del art. 2.1 de la Ley 16/2010 de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cataluña y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión y de los arts. 203.4, 204.1 y 205 párrafo primero EAC, la Comunidad Autónoma de Cataluña había asumido competencias ejecutivas delegadas en determinados impuestos cedidos, como dispone el art. 54.1 de la Ley 22/2009, y con el alcance y en las condiciones establecidas en los arts. 55 a 59 de la Ley 22/2009, en todos los tributos que el Estado le cede totalmente excepto en el impuesto especial sobre la electricidad.

ISBN: 978-84-7777-740-3

trativa de los tributos estatales cedidos, no se haya producido la asunción efectiva de la función por la Comunidad Autónoma de Cataluña y siga siendo ejercida en la actualidad por los tribunales económico-administrativos estatales» (FJ 20.e).

Es decir, el autogobierno queda suspendido y el Estatuto no alcanza su eficacia hasta que no se proceda al traspaso. ¿Ofrece el sistema remedios ante esa anomalía? La respuesta es negativa, pese a los diversos e infructuosos intentos de las CCAA para reaccionar ante el incumplimiento estatal.

Está vigente la advertencia de la STC 208/1999 cuando dijo sobre la Ley de Defensa de la Competencia que «la necesidad de que, para la plena realización del orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, se evite la persistencia de situaciones anómalas en las que sigan siendo ejercitadas por el Estado competencias que no le corresponden», al entender que «[e]l Estado de las Autonomías configurado por nuestra Constitución no alcanzará, en esta materia, su diseño acabado en tanto el orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos no alcance plena realización» (FJ 8). Pero no ofrece mecanismos para vencer esa renuencia.

Tres casos ilustran perfectamente esta situación: el paquete de las SSTC 155, 178, 179, 193, 201 y 209/1990 promovidas por Galicia; el caso de la gestión de las becas universitarias promovido por Cataluña; y el retraso en el traspaso de la gestión del litoral.

1. Las SSTC 155, 178, 179, 193, 201 y 209/1990

Ese primer paquete de sentencias del TC obedeció a un intento por parte de Galicia para, a través de la interposición de conflictos de competencia, lograr obtener del Alto Tribunal un mandato dirigido al Estado para que procediese a traspasos paralizados. Así, por ejemplo, la STC 193/1990 desestimó un conflicto positivo de competencia contra la omisión del Real Decreto de traspasos o transferencias de las funciones, servicios y medios materiales y personales en materia de Red de Paradores Nacionales de Turismo tras haber forzado un acto administrativo de denegación presunta de la existencia de competencia autonómica[35]; o la STC 155/1990 que deses-

[35] El conflicto se desestimó, sin que hubiera lugar a declarar la titularidad de la competencia: «No debió de ser completamente ajena a esta evidencia la Junta de Galicia cuando de forma extravagante respecto de los mecanismos del conflicto positivo diseñados por la LOTC, utilizó el cauce del art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo con miras a obtener un acto de denegación presunta sobre el que luego formuló requerimiento de incompetencia. Tal superposición de vías procesales revela una cierta consciencia de la imposibilidad de encajar la omisión combatida en esta clase de litigios constitucionales» (STC 193/1990, FJ 1).

timó una reclamación de competencia sobre una Orden ministerial que autorizaba un sistema de desplazamientos de personal sanitario para la asistencia sanitaria especializada en la Seguridad Social, por ser competencia autonómica, contra la que alegó, entre otros motivos, que hallándose pendiente la transferencia de servicios a Galicia en materia del Insalud, y habiéndose incumplido el calendario fijado por la Comisión Mixta de Transferencias (disposición transitoria cuarta 1.2. EAG), ha de entenderse caducado el poder de disposición del Estado sobre dicha competencia[36].

El TC desestimó todas ellas sin entrar a fondo. Riu i Fortuny, R. (1991) realizó un análisis de las sentencias y reprochó al tribunal no entrar al fondo con lo que renunció a su función arbitral en el estado autonómico. Defiende este autor que la falta de traspasos no puede imputarse a la CMT, sino a los gobiernos representados en ella y en particular al Estado, que continúa ejerciendo la competencia y se beneficia de la situación: la denegación —incluso presunta— de un traspaso debido equivale materialmente a una apropiación competencial. También considera que el silencio es una ficción legal destinada precisamente que abrir la vía jurisdiccional, lo que debiera haber sido utilizado por el TC para entrar al fondo. Destaca la contradicción con la STC 124/1989, en la que el Tribunal sí entró en el fondo del conflicto pese a no haberse producido los traspasos, precisamente por existir una reivindicación de potestades y que debió, al menos, pronunciarse sobre la titularidad competencial conforme al art. 66 LOTC.

2. La gestión de becas universitarias

Otro caso prototípico de bloqueo de un traspaso por el Estado reside en las competencias de ejecución respecto de las becas y ayudas al estudio universitario. Esta facultad fue tempranamente transferida al Gobierno vasco mediante Real Decreto 1014/1985. Cataluña, sin embargo, no la ha recibido hasta recientemente mediante el Real Decreto 261/2025, pese a que las SSTC 188/2001 y 212/2005 ya reconocían expresamente su competencia autonómica.

Durante todos estos años de parálisis, la Generalitat forzó al menos dos conflictos ante el Tribunal Constitucional. El primero se resolvió en la STC 25/2015, en conflicto positivo de competencia contra una disposición adicional cuarta del Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de becas y ayudas al estudio personalizadas,

36 El TC reiteró que esta Orden Ministerial no «era el objeto idóneo, según lo define el art. 63.1 LOTC, para el planteamiento de un conflicto de competencia, y ni la insuficiencia de rango ni la omisión en el traspaso de competencia son, en el presente caso, una *causa petendi* adecuada para que este Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre la titularidad de una competencia controvertida» (FJ 5).

ISBN: 978-84-7777-740-3

en cuanto que difería el traspaso del pleno ejercicio de las competencias a cada Comunidad Autónoma a la fecha del Acuerdo de la Comisión Mixta por el que se apruebe el traspaso de las funciones, medios y servicios necesarios para la asunción de las competencias en materia de becas y ayudas al estudio. La segunda fue la STC 95/2016, esta vez, contra el Real Decreto 609/2013 que contenía la convocatoria anual y contra su resolución.

En ambos casos, el Tribunal Constitucional desestimó las cuestiones e insistió en la necesidad del traspaso, pero advirtió: «dado el tiempo transcurrido, el mantenimiento de este régimen transitorio y excepcional, derivado del retraso en la asunción por las Comunidades Autónomas de la mayor parte de la gestión del sistema de becas y ayudas al estudio, es difícilmente conciliable con las exigencias de un Estado descentralizado como el nuestro». Critica en ambas sentencias «la persistencia de situaciones anómalas de disconformidad con la Constitución» y recuerda el deber de fidelidad a la Constitución por parte de los poderes públicos y el principio de lealtad constitucional.

3. Títulos para la gestión del dominio público marítimo terrestre

Un último ejemplo de competencia bloqueada es la relativa a la gestión de títulos sobre el dominio público marítimo-terrestre, esas concesiones de la Ley de Costas a las que ya me he referido[37].

En ese caso, el Estado se negaba a transferir estas funciones a las CCAA con estatutos de primera generación, para lo que invocaba una falta de concreción expresa de esta facultad de ejecución. Por su parte, las CCAA ribereñas consideraban implícita esta atribución en la más amplia competencia de ordenación del litoral[38], que todos los estatutos recogen.

Hubo de esperarse a la STC 68/2024 sobre la Ley de costas de Galicia para desbloquear la situación.

El Tribunal volvió a declarar, aún con más énfasis, que la competencia era propia de las CCAA, sin necesidad de esperar a nuevos estatutos con previsiones detalladas, y eso permitió desbloquear los traspasos de estas

---

37 Sobre este aspecto, Moreno García (2025).

38 Decía la STC 68/2024 en los FFJJ 5 y 10: «De este modo debe entenderse que el art. 149.3.b) EAC cuando precisa que la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de ordenación del litoral incluye en todo caso, «[l]a gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones» se limita a concretar una competencia propia, ya asumida antes de la reforma de 2006, pues no hubiera podido ser asumida si no formara parte de la ordenación del litoral, al no existir ley estatal por la que se le haya transferido o delegado dicha gestión conforme al art. 150.2 CE (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 5)».

funciones retenidas por el Estado a las CCAA de País Vasco, Galicia o Illes Balears[39].

VII. CONFLICTIVIDAD EN EL TRIBUNAL SUPREMO: ANULACIÓN DE TRASPASOS

También el Tribunal Supremo ha sido foro de numerosos recursos contra los Reales Decretos de traspasos a Comunidades Autónomas[40]. Son muchas las sentencias sobre personal[41] o sobre el pago de contratos. Volvemos a centrar nuestra atención aquí sobre dos casos concretos que alteran el estado autonómico. Se trata del traspaso a Navarra del control y sanción del Tráfico, y del traspaso a la CAPV de la facultad de homologaciones y declaración equivalencia títulos universitarios extranjeros.

1. Anulación del traspaso de tráfico a Navarra

El primer caso es la anulación del Real Decreto 252/2023, de 4 de abril, por el que se traspasaban a Navarra las funciones en materia de tráfico del Ministerio del Interior. Sobre este conflicto ofrece un análisis detallado Negro Roldán (2021), aunque la secuencia de los hechos puede resumirse con relativa claridad.

---

39 Lo que llevó a los traspasos por Reales Decretos 1310/2024, 394/2025 y 994/2022.

40 Un caso especialmente curioso se solventó en las SSTS de 13 y 14 de junio de 2011. El artículo 51 del EAAnd llevó a cabo un traspaso relativo a la Cuenca del Guadalquivir. Mediante Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, se traspasó a la CA de Andalucía funciones a este respecto. Sin embargo, la STC 30/2011 declaró inconstitucional ese art. 51 EAAnd, y el Tribunal Supremo anuló el Real Decreto 1666/2008, del traspaso. Posteriormente, el Estado aprobó el Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre, por el que, en ejecución de sentencia, se integran en la AGE los medios personales y materiales que habían sido traspasados a la CA de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008.

41 STS 16 de julio de 2012 (rec. núm. 198/2010); STS 28/09/2012 (rec. núm. 187/2011) y STS 28/09/2012 (rec. núm. 190/2011): funcionarios transferidos impugnan traspasados a las Comunidades Autónomas de Cantabria, Principado de Asturias y Castilla y León, respectivamente, en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional de los Picos de Europa); STS de 31 de marzo de 2009 (rec. núm. 216/2006); STS 13/10/2003 (rec. núm. 229/1999); STS 12/02/2001 (rec. núm. 1917/1995): pago de cantidades como consecuencia del traspaso de servicios a la Generalidad de Cataluña en materia de Seguridad Social; STS 16/11/1987: Funcionarios de la Diputación Foral transferidos; STS 22/03/1990: Trabajadores DFB pidieron nulidad de un traspaso que fue desestimado; STS 03/06/1992; o STS 01/02/1993: personal transferido de la CAPV. En su gran mayoría, son sentencias desestimatorias, aunque se encuentran algunas estimadas, como la STS de 24 de enero de 2007, que anuló su exclusión de la relación de personal funcionario a traspasar por el RD 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la CA de Andalucía de la gestión del INE, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Tras la aprobación y publicación del traspaso, la Asociación profesional Justicia Guardia Civil (JUCIL) interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal estimó el recurso y anuló el real decreto — y con él, el propio traspaso— en su Sentencia núm. 258/2024 de 15 de febrero de 2024 (rec. núm. 535/2023). La razón de fondo es que no cabe emplear un Real Decreto de traspaso para atribuir una competencia no reconocida a Navarra en la LORAFNA (Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra), ni amparada en su Derecho histórico. Afirmó que esas competencias podrán asumirse por Navarra, «pero, o bien reformando la LORAFNA, o bien mediante una ley orgánica del artículo 150.2 de la Constitución».

Ante la anulación, la respuesta institucional fue rápida. El legislador orgánico modificó el art. 49.3 de la LORAFNA mediante la Ley Orgánica 6/2024, de 5 de diciembre[42], para contemplar expresamente la competencia autonómica navarra sobre las funciones de vigilancia y control del tráfico. Tras ello, se acordó el traspaso mediante Real Decreto 277/2025, de 8 de abril.

2. Anulación del Traspaso al País Vasco de la homologación de títulos universitarios extranjeros

Un segundo caso viene dado por la anulación del Real Decreto 366/2024, de 9 de abril, por el que se traspasan a la CAPV funciones y servicios en materia de homologación y declaración de equivalencia de títulos obtenidos en el marco de sistemas de educación superior extranjeros a un título universitario oficial español.

En esta ocasión, siete colegios profesionales[43] interpusieron recursos ante el Tribunal Supremo que dictó sendas sentencias estimando sus pretensiones y anulando el real decreto. Por todas ellas, traemos aquí la STS núm. 282/2025 de 19 de marzo de 2025 (rec. núm. 465/2024).

---

42 Ley Orgánica 6/2024, de 5 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en cuanto a tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial modificó ese art. 49. Tres: «Corresponden a Navarra en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en virtud de su régimen foral y de lo dispuesto en esta ley orgánica, además de las facultades y competencias que viene ostentando, la competencia para la ejecución de la legislación del Estado, *así como las funciones de vigilancia y control del tráfico*».

43 Colegios Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid, Consejo General de Colegios de Fisioterapeutas de España, Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, el Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, la Unión Profesional, el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España y el Consejo General de la Abogacía Española.

La argumentación del Tribunal Supremo es que se trata de una competencia estatal y no cabe su traspaso: «no hay razones para entender que no sea estatal, de acuerdo con el artículo 149.1 30.ª de la Constitución, la competencia administrativa de verificación de los cursos conducentes a los títulos que habilitan para el ejercicio de las profesiones de Abogado y Procurador y no lo sea la de verificar la procedencia de la homologación de títulos universitarios extranjeros que habilitan para ejercer profesiones tituladas. Y esto significa que *la competencia, aun siendo ejecutiva, es del Estado. Por tanto, no caben traspasos* de funciones y servicios a las Comunidades Autónomas en los términos en que se ha efectuado por el Real Decreto 366/2024 y el Acuerdo que contiene». No repara el Tribunal Supremo en el valor interpretativo que el Tribunal Constitucional ha atribuido a estos acuerdos.

Frente a estas decisiones el Gobierno vasco ha interpuesto recursos de amparo sobre cuya admisión todavía no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

Más allá del caso concreto, lo preocupante aquí es que, ante una cuestión estrictamente competencial que ha sido acordada en un órgano estatutario de participación política, el sistema no ofrezca la posibilidad de acceso directo al Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo resolverá en la aplicación de las reglas de reparto competencial y la doctrina de Tribunal Constitucional, pero resulta ser este el máximo intérprete de la Constitución que no solo aplica su doctrina, sino que tampoco se ve vinculado por ella.

Para su solución, se ha impulsado una modificación legal[44] para proteger los acuerdos de transferencias con el Estado, de tal manera que el Tribunal Constitucional se mantenga como intérprete en última instancia frente a los contenciosos por la vía ordinaria en el Tribunal Supremo.

VIII. LOS TRASPASOS DEL ESTADO A EUSKADI: UNA REIVINDICACIÓN HISTÓRICA

A continuación, pasamos a reparar con especial detalle en el régimen de traspasos en la CAPV, donde, según los datos del Ministerio[45], han tenido

---

44 Se trata de la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional presentada en la XV Legislatura por el Grupo Parlamentario Vasco el 16/05/2025 (122/000187) por la que se propone una nueva disposición adicional sexta de recurso subsidiario sobre acuerdos de delimitación competencial y cuestiones prejudiciales en relación con acuerdos de delimitación competencial.

45 Disponibles en particular para *los traspasos realizados con la CAPV en la web del Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática.*

ISBN: 978-84-7777-740-3

lugar, desde 1978, 123 Acuerdos de Traspasos en las 51 Comisiones Mixtas celebradas.

José María Castells, Ramón Martín Mateo o Adrián Celaya Ibarra han analizado el régimen traspasos a Euskadi y advirtieron tempranamente la trascendencia institucional de este proceso. Sus trabajos son hoy imprescindibles para comprender sus orígenes y sus primeras tensiones.

Gracias a ellos sabemos que los primeros traspasos, en expresión particularmente gráfica de Castells, «débiles y vacilantes» (2014a, 127), comenzaron incluso antes de la aprobación de los Estatutos de Autonomía, en la denominada fase preautonómica. Esta etapa adquirió una relevancia singular en el País Vasco, donde ya se articularon mecanismos de negociación entre el Gobierno central y el Consejo General del País Vasco, anticipando lo que posteriormente serían las Comisiones Mixtas de Traspasos.

Aquella primera experiencia, sin embargo, distó mucho de responder a una verdadera voluntad de descentralización. Como ha subrayado Castells, fue concebida y ejecutada de forma deliberadamente limitada, presidida por profundas inercias centralistas y por una evidente resistencia administrativa a la pérdida de poder, hasta el punto de calificarla, sin ambages, como un «rotundo fracaso» (2014a, 128).

En esta misma línea, Ramón Martín Mateo (1977) dejó una minuciosa crónica del complejo proceso de gestación del régimen administrativo singular proyectado para Vizcaya y Guipúzcoa durante los años finales del franquismo (1975-1977), mientras que Celaya Ibarra (1988) denunció con especial lucidez la persistencia de una cultura administrativa marcadamente centralista y la resistencia de la burocracia estatal ante la implantación real y efectiva del nuevo modelo estatutario.

Hoy en día, en el País Vasco —única comunidad autónoma que, a día de hoy, continúa rigiéndose por un Estatuto de primera generación— sigue sin culminar su autogobierno al seguir pendientes diversos traspasos vinculados a competencias de naturaleza ejecutiva cuyo ejercicio efectivo continúa condicionado por la falta del correspondiente acuerdo de transferencia por parte del Estado.

Castells (2014b) ve en esta situación una operación de recentralización encubierta, que no deroga formalmente el marco constitucional, pero lo vacía de contenido real. Considera que el autogobierno vasco se ha construido históricamente a través del ejercicio efectivo de las competencias, para lo que los traspasos son el eje a tal fin.

Son varios los estudios impulsados desde instancias vascas para cuantificar esta deuda, de los que Larrazábal (2019) ha realizado un repaso crítico de la situación. Conviene reparar en los principales hitos.

El primero de ellos es el conocido como Informe Zubia de 1993. Este informe sobre desarrollo estatutario aprobado por el Parlamento Vasco el 1/07/1993 y publicado en el *BOPV* 9/07/1993. En él se recogían 54 fichas que respondían a otros tantos traspasos pendientes de realizar entre el Estado y la CAPV que a la fecha de su realización se consideraban necesarias para completar el texto estatutario.

En 1995 se llevó a cabo un Informe de Prioridades, con «valoración positiva» del Parlamento Vasco el 20/10/1995. En 2002, este informe fue actualizado, si bien hasta principios del año 2001 se habían asumido nueve nuevas transferencias, y se concluía que quedaban todavía 37 materias pendientes de transferencia los títulos competenciales contenidos en el Estatuto de Gernika.

En 2017, el Programa de Gobierno de la XI Legislatura «Euskadi 2020» (2016-2020), se contempla dentro del Eje IV. «Más y mejor autogobierno» impulsó la elaboración de un nuevo Informe[46], donde se identificaron 37 fichas de traspasos pendientes, organizadas en doce áreas, y 6 nuevas fichas.

En los últimos años, gracias a los acuerdos políticos, se han procedido a realizar más traspasos y la memoria anual de la Dirección de Autogobierno del Gobierno Vasco da buena cuenta de todos ellos, y ya se han incluido entre ellos algunos que responden a reivindicaciones históricas, como el de la gestión del régimen de la seguridad social en la de protección por desempleo (Real Decreto 173/2026) o salvamento marítimo (Real Decreto 175/2026).

IX. LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL PARA EL TRASPASO EN EUSKADI

En relación con la arquitectura jurídica y organizativa en el País Vasco al servicio de esos inacabados traspasos tras más de 45 años desde la aprobación del Estatuto, junto a la CMT se identifican dos órganos bilaterales de singular relevancia en la relación entre el Estado y la CAPV, llamados a desempeñar un papel no menor en el desarrollo material del autogobierno: la Junta de Seguridad del País Vasco y la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-CAPV.

1. La Junta de Seguridad del País Vasco

El Estatuto vasco establece un régimen especial para los traspasos en materia de seguridad pública que afecten a las fuerzas y cuerpos de seguri-

46 Cfr., *en la web del Gobierno Vasco.*

ISBN: 978-84-7777-740-3

dad del Estado. A diferencia del régimen general, los acuerdos que afectan a estas cuestiones no se adoptarán en la CMT, sino en un órgano específico creado en el art. 17.4 EAPV: la Junta de Seguridad.

Se trata de un órgano también paritario[47] para la coordinación entre la Policía Autónoma y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que tiene atribuidas unas funciones, también con carácter de reserva, en la DT 4 del propio Estatuto: «determinará el Estatuto, Reglamento, dotaciones, composición numérica, estructura y reclutamiento de los Cuerpos de Policía Autónoma».

Además de estas funciones, en este foro se sustancian traspasos en esta materia de seguridad pública en su vertiente más policial, como los relativos a las recientes competencias asumidas en la seguridad en puertos y aeropuertos. A su estudio se dedicó Castells (1988).

2. La Comisión Bilateral de Cooperación

Otro órgano que realiza una importante función de coordinación para los traspasos es la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la CAPV[48].

Se trata de un órgano de los previstos en el artículo 153 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público con la función de foro de consulta y adopción de acuerdos que tengan por objeto la mejora de la coordinación entre ambas instituciones. Como se ha apuntado, Cataluña, Andalucía, Aragón y Canarias han llevado esta Comisión Bilateral a sus Estatutos[49]. Canarias ha llegado al extremo de integrar la CMT en el seno esta Comisión Bilateral.

La Comisión Mixta del País Vasco, órgano estatutario, asume el papel insustituible de ser el foro de negociación y acuerdo de los traspasos; en la

---

47 El Real Decreto 2065/1996, de 13 de septiembre, regula la representación del Estado en la Junta de Seguridad del País Vasco.

48 En lo que al ámbito específico de los asuntos europeos se refiere, el 30 de noviembre de 1995 se constituyó, de manera efectiva, la *Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-CAPV,* la cual celebró reuniones en 1996 (2), 1997, 1998 y 1999. Cfr. https://www.euskadi.eus/comision-bilateral-de-cooperacion-administracion-del-estado-comunidad-autonoma-del-pais-vasco-para-asuntos-relacionados-con-las-comunidades-europeas/web01-s1leheki/es/

49 Canarias en el al art. 192 de su EA; y Cataluña en su art. 183: Andalucía en su art. 220; o Aragón, en el art. 90. En concreto, la disposición adicional cuarta EACan afirma en su apartado primero que «1. La Comisión Mixta de Transferencias, compuesta paritariamente por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y la Administración del Estado, e integrada en la Comisión Bilateral de Cooperación a que se refiere el artículo 192 del presente Estatuto, tiene por finalidad transferir a la Comunidad Autónoma de Canarias las funciones y atribuciones que le corresponden con arreglo al presente Estatuto».

Comisión Bilateral, donde están los máximos representantes de ambas instituciones, se negocian aspectos como el calendario de traspasos o se impulsan acuerdos marco de constitución de las primeras. Son dos órganos muy diferentes, con diferentes funciones.

Esta Comisión se constituyó mediante reunión celebrada en Madrid el 29 de junio de 1987. Tras su reunión constitutiva se celebraron cuatro reuniones más: dos, en 1988, una en 1990 y la última, en 1997. En las normas de funcionamiento de la Comisión Bilateral de Cooperación se preveía la existencia de un Grupo Técnico, el cual se reunió en siete ocasiones entre 1987 y 1988. Tras muchos años, se ha vuelto a activar para lo que se ha autodotado de un nuevo Reglamento Interno (publicado en el *BOE* de 5 de noviembre de 2024) con la función específica, entre otras, de analizar e impulsar de los traspasos de funciones y servicios, pudiendo establecer una prioridad y calendario de negociación de nuevos traspasos.

X. TRASPASOS DE LAS INSTITUCIONES COMUNES VASCAS A LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS

La singularidad del modelo vasco no se agota en aspectos estructurales o de cálculo de financiación. Su compleja arquitectura institucional incorpora un tercer nivel de distribución competencial, integrado por los órganos forales de los territorios históricos (TTHH), en cuyo seno también tienen lugar procesos de transferencia de funciones, servicios y medios.

No se trata, en realidad, de una anomalía dentro del Estado autonómico. Son varios los Estatutos de Autonomía que prevén una segunda fase de descentralización en el ámbito interno de cada comunidad. Así ocurre, por ejemplo, en el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, que contempla la atribución a los Consejos Insulares de competencias ejecutivas mediante transferencias específicas (arts. 70 y 71), articuladas igualmente a través de una Comisión Mixta (disposición transitoria quinta). En términos similares, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León prevé la posibilidad de transferir competencias a las entidades locales (art. 50). Incluso la doctrina ha analizado procesos análogos en otros contextos institucionales, como el estudiado por Prieto Romero (2012) en relación con la distribución competencial entre la Comunidad de Madrid y la Ciudad de Madrid.

En el caso vasco esta segunda fase de traspasos presenta una naturaleza cualitativamente distinta que encuentra su fundamento último en los derechos históricos y, con ellos, en la propia génesis política e institucional de Euskadi. Los Territorios Históricos no constituyen aquí simples entes descentralizados dentro de la comunidad autónoma, sino auténticos pilares vertebradores de su arquitectura institucional y de su equilibrio político interno.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El EAPV ya contempla reservas competenciales a favor de los TTHH (art. 10.3 o 10.34 para entidades locales o carreteras), los art. 25.1 y 37.3 reservan competencias en materias de tradición foral a estas instituciones. Así, el autogobierno, una vez recibido, vuelve a redistribuirse internamente conforme a una lógica histórica, foral y territorial que convierte a los traspasos en una pieza esencial no solo de la descentralización, sino de la propia identidad institucional vasca.

1. Las normas de traspaso entre instituciones comunes y órganos forales

En el caso del régimen interno vasco, las reglas del traspaso[50] están contenidas en la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos (LHT), en sus Disposiciones Transitorias Primera y en el art. 23 para el aspecto concreto de la financiación.

La DT 1 LTH prevé la constitución de tres Comisiones Mixtas paritarias formadas por igual número de representantes del Gobierno y de la respectiva Diputación Foral, a fin de proceder a la transferencia de los medios personales y materiales para el pleno ejercicio de las competencias reconocidas en la presente Ley a los Territorios Históricos. Serán los Acuerdos de estas Comisiones los que permitan el traspaso foral de los servicios, los cuales se condicionan, en la efectividad administrativa y en sus consecuencias presupuestarias, a su publicación en el *Boletín Oficial del País Vasco* y en el del Territorio correspondiente. Al igual que lo hace el Estatuto, dedica el resto de previsiones a las reglas de traspaso de personal.

El art. 23 LTH recoge las reglas financieras de los traspasos en este régimen interno. Lo hace, por un lado, respecto de los traspasos entre el Estado y la CAPV, para lo que prevé que las aportaciones de las Diputaciones Forales a la Hacienda General del País Vasco quedarán incrementadas en la misma cuantía en que se reduzca su cupo contributivo al Estado. Y en el segundo momento, ya sobre los nuevos traspasos entre instituciones comunes y órganos forales, fija la reducción de las aportaciones de cada Diputación Foral receptora de los servicios, en el mismo importe a que asciendan los créditos asignados en los Presupuestos Generales a su respectivo Territorio y que estuvieren pendientes de disposición a la fecha de efectividad del traspaso, con deducción de las tasas y demás ingresos presupuestados y no percibidos a esa fecha, que se deriven del ejercicio de la competencia y/o servicios transferidos.

---

50 Al igual que ocurría con el art. 150 CE, no han de confundirse estos traspasos con las delegaciones de la gestión y servicios de titularidad autonómica previstas en el art. 13 LTH. Así lo apunta Arzoz (2026).

En una réplica del sistema entre Estado y CAPV, las Comisiones Mixtas de la LTH también se han dotado de sus propias normas de traspasos recogidas en el Decreto 194/1984 para Álava, en el Decreto 195/1984 para Vizcaya y en el Decreto 196/1984 para Gipuzkoa.

2. Traspasos realizados

Las materias sobre las que se han realizado traspasos entre instituciones comunes y Territorios Históricos conciernen a materias como la asistencia social, carreteras, transportes, cultura, enseñanza, sanidad, urbanismo, actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, agricultura y archivos históricos.

En el caso de Bizkaia, Etxeberria (2019) realizó un estudio de los traspasos de servicios realizados al Territorio Historico. Considera que sin estos traspasos no existe un ejercicio real de la competencia, por mucho que las reglas del reparto fijen las competencias. Así, las materias traspasadas a Bizkaia se afectan a las materias de asistencia social[51], carreteras[52], transportes[53], cultura[54], enseñanza[55], sanidad[56], urbanismo[57], medio ambiente[58], agricultura[59] o archivos históricos[60]

3. Los traspasos directos del Estado a los TTHH

Un caso particular, muy puntual, se recoge en la DT tercera.2 EAPV, según la cual el traspaso de los servicios de enseñanza se hará a la Comunidad Autónoma «o, en su caso, a las Diputaciones Forales». Con ello el Estatuto vasco contempla expresamente un traspaso directo del Estado a los órganos forales, sin pasar por las instituciones comunes.

Hasta el momento no se ha producido esta situación, y requería replicar la gobernanza entre el Estado y las tres diputaciones forales y siempre cabe

---

51 Decreto 52/1985, de 5 de marzo, Decreto 387/1987, de 30 de diciembre, y Decreto 262/2000, de 19 de diciembre.

52 Decreto 263/2000, de 19 de diciembre, Decreto 49/2019, de 26 de marzo, y Decreto 55/1985, de 5 de marzo.

53 Decreto 56/1985, de 5 de marzo y Decreto 57/1985, de 5 de marzo.

54 Decreto 50/1985, de 5 de marzo.

55 Decreto 49/1985, de 5 de marzo.

56 Decreto 51/1985, de 5 de marzo.

57 Decreto 54/1985, de 5 de marzo.

58 Decreto 58/1985, de 5 de marzo, en relación con Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

59 Decreto 53/1985, de 5 de marzo.

60 Decreto 87/2018, de 12 de junio.

ISBN: 978-84-7777-740-3

preguntarse si esta posibilidad es factible en otras materias de competencia exclusiva foral.

Etxebarria (2019, 7) recoge dos casos de traspasos directos del Estado a los Territorios Históricos en el marco del concierto económico. En primer lugar, con el Real Decreto 2330/1981, de 16 de octubre, de desarrollo de la disposición transitoria cuarta del Concierto Económico aprobado por Ley 12/1981 que traspasó a Bizkaia y Gipuzkoa, medios y servicios de las delegaciones de Hacienda en manos del Estado para la gestión, inspección, revisión y recaudación de los tributos concertados. El segundo, por Real Decreto 1787/1997, de 1 de diciembre, de desarrollo de la disposición transitoria duodécima del Concierto Económico de la vigente Ley 12/2002, se traspasó a los tres territorios históricos, medios personales y materiales para el ejercicio de las competencias en relación con tributos que reconocía el concierto.

XI. CONCLUSIONES

1. El traspaso no atribuye competencias; es el instrumento para hacerlas ejercitables. Las competencias autonómicas nacen ipso iure del Estatuto de Autonomía y del bloque de constitucionalidad. Los acuerdos de traspaso no crean, reconocen ni alteran el reparto competencial —el incumplimiento de esta adecuación ha llevado al Tribunal Supremo a anular dos traspasos a Navarra y País Vasco—, sino que sirven para transferir los medios personales, materiales y financieros en manos del Estado y necesarios a la comunidad autónoma para hacer posible el ejercicio efectivo de competencias ya asumidas, subrogándose en su posición. Por ello, solo son precisos cuando el ejercicio autonómico precise de los medios y financiación que el Estado está empleando para ejercerlas.

2. Los acuerdos de traspaso definen los servicios y transfieren medios, personal y financiación, y poseen además un indudable valor interpretativo. El autogobierno y el estado autonómico no se agota en el Estatuto y esos acuerdos desempeñan un importante papel en la consecución real y efectiva de los Estatutos. Estos acuerdos se toman con la representación política de los ejecutivos y no vinculan a las Cortes Generales ni pueden petrificar el orden competencial.

3. En la práctica, algunos acuerdos de traspaso están desempeñando una función material de delimitación competencial. La doctrina ha identificado en ellos un auténtico «tercer *round*» del proceso de distribución competencial, en expresión de Santamaría Pastor, en el que, a través de cláusulas de coordinación, reservas estatales, controles *ex novo* o técnicas bilaterales, se modula —y, en ocasiones, se reconfigura— el alcance efectivo del autogobierno.

4. El sistema de traspasos presenta defectos estructurales de diseño. El primero es que no se contempla un plazo máximo constitucionalmente admisible para culminar los traspasos. Un segundo es que no existe un mecanismo jurisdiccional eficaz que permita reclamar su realización cuando una de las partes bloquea el acuerdo. Esto convierte un proceso necesario en el autogobierno y la configuración del estado autonómico en un sistema político de equilibrios entre fuerzas, donde el Estado ostenta una posición preeminente.

5. El Tribunal Constitucional, pese a haber tenido varias ocasiones, ha rehusado adoptar un papel activo coercitivo para paliar ambos problemas.

6. La ausencia de traspaso genera una asimetría competencial de naturaleza fáctica, no jurídica. Comunidades autónomas con idéntico techo estatutario pueden ejercer en la práctica niveles distintos de autogobierno según hayan culminado o no sus traspasos. El reparto competencial formal permanece intacto, pero su efectividad material queda condicionada por el ritmo político de las transferencias.

7. En suma, los principales problemas actuales del sistema pueden sintetizarse en grandes bloques: ausencia de una agenda pública y sistemática de traspasos pendientes; bloqueo por falta de mecanismos de cierre institucional; controversias e insuficiencias financieras; ambigüedad material de algunas competencias; creciente politización del proceso; asimetrías territoriales derivadas del desigual ritmo de las transferencias; letra pequeña de los acuerdos de traspaso que modulan competencias; insuficiencia de recursos económicos para acometer las competencias traspasadas.

8. Las soluciones a estos problemas requieren un refuerzo de la lealtad constitucional y eficacia del estado autonómico que requeriría: una vía de acceso directo al Tribunal Constitucional para el desbloqueo y la solución de controversias competenciales que afecten a traspasos; la introducción de mecanismos de desbloqueo cuando una de las partes impida indefinidamente el acuerdo; el refuerzo de la objetivación y actualización de las reglas financieras; la aprobación de un calendario, público y verificable, para la culminación de traspasos pendientes, en donde se sustituyan acuerdos políticos coyunturales por una planificación sistemática; acuerdos de traspasos que traspasen servicios conjuntamente de un bloque orgánico, sin necesidad de ampliaciones futuras; acuerdos que no introduzcan modulaciones, o letra pequeña, no previstas en los estatutos ni impropios de estos instrumentos.

9. El País Vasco presenta una singularidad en el régimen de traspasos que se manifiesta en una estructura amparada en la disposición adicional primera de la Constitución y que incluye: un sistema de financiación por cupo; órganos específicos para atribuciones singulares como es la Ertzaintza; o un régimen interno de traspasos entre instituciones comunes y órganos forales que replica el modelo Estado-CAPV.

ISBN: 978-84-7777-740-3

10. En definitiva, los traspasos nacen como técnica de efectividad estatutaria, pero se han transformado también en una palanca extraestatutaria crucial en la modulación del autogobierno que, en ocasiones, genera erosiones competenciales que impiden la culminación del modelo de estado autonómico contemplado en la Constitución y en los estatutos de autonomía.

XII. BIBLIOGRAFÍA

AJA FERNÁNDEZ, E., & VIVER PI-SUNYER, C. (2003). «Valoración de 25 años de autonomía». *Revista Española de Derecho Constitucional (69)*, 69-113.

ANGLÈS JUANPERE, B. (2018). «Naturaleza y evolución de las transferencias municipales en los territorios forales». *Revista Vasca de Administración Pública (111)*, 59-101.

ARGULLOL I MURGADAS, E. (1996). «Ordenación de competencias y traspaso de servicios». *Revista Catalana de Dret Públic (21)*, 129-135.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2026). *Las normas forales de los Territorios Históricos.* IVAP.

CARRASCO CANALS, C. (1989). «Las transferencias de competencias de titularidad estatal en las comunidades autónomas: los casos de Canarias y Valencia». *Revista de Administración Pública (120)*, 361-380.

CASTELLS ARTECHE, J. M. (1988). *La Policía Autónoma.* IVAP.

CASTELLS ARTECHE, J. M. (2014a). «Regímenes preautonómicos alavés, guipuzkoano y bizkaino». *Iura Vasconiae (11)*, 119-130.

CASTELLS ARTECHE, J. M. (2014b). «La nueva recentralización: la especificidad vasca». *Revista Vasca de Administración Pública (99-100)*, 877-885.

CELAYA IBARRA, A. (1988). «Significado y posibilidades del Estatuto vasco», *Revista Internacional de los Estudios Vascos (33-1),* 69-82.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L. (1986). «La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos». *Revista de Administración Pública (109)*, 321-362.

DIGÓN MARTÍN, R., TORRAS SAGRISTÀ, E., MONTERDE VIVES, G., & REVERTER PELLICER, M. (2024). «El traspaso de funciones y servicios del Estado a las comunidades autónomas bajo el Gobierno de coalición progresista PSOE-Unidas Podemos en la XIV legislatura estatal (2020-2023)». *Revista Vasca de Administración Pública (129)*, 105-141. https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.129.2024.03

ETXEBERRIA, J. L. (2019). «Territorio Histórico de Bizkaia y traspaso de servicios: recopilación de los textos jurídicos». *Ituna Newsletter (111)*, 1-10.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1999). «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la jurisprudencia constitucional: Cuestiones resueltas, problemas pendientes». *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, 2, 21-55*.

FUERTES SUÁREZ, J. (1981). «La transferencia de competencias a las comunidades autónomas». *Revista de Derecho Político* (10), 145-159.

GARCÍA VITORIA, I. (2013). «Competencias autonómicas de ejecución e inspección de trabajo: asimetrías territoriales e igualdad de derechos». *Revista Española de Derecho Constitucional (97)*, 115-148.

GRECIET GARCÍA, E. (2004). «Comentario de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales». *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 1(2), 351-363. https://doi.org/10.59991/rvam/2004/vol1.m.2/930

IBÁÑEZ BUIL, P. (2023). *Recurso de inconstitucionalidad y delimitación de competencias. Un estudio de la doctrina constitucional.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2016). «Una crítica del reparto de competencias en la Constitución, su desarrollo y alguna sugerencia». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (28), 133-159*.

LARRAZÁBAL BASAÑEZ, S. (2019). «El cumplimiento del Estatuto de Gernika de 1979». *Iura Vasconiae (16)*, 307-347.

LOBO RODRIGO, A. (2023). «Los traspasos de competencias en materia de costas a Canarias: una visión prospectiva». En J. M. TRAYTER JIMÉNEZ (coord.), *Autonomía, costas y litoral* (pp. 141-166). Institut d'Estudis de l'Autogovern.

LÓPEZ SÁNCHEZ, E., & CASAL OUBIÑA, D. (2018). «El proceso de traspaso de la administración de justicia como instrumento de análisis de las dinámicas del Estado autonómico». *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, *5*(1), 67-90. https://doi.org/10.5209/CGAP.60611

MARTÍN MATEO, R. (1977). «La gestación del régimen administrativo especial para Vizcaya y Guipúzcoa». *Revista de administración pública (82),* 1977, 313-326.

MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XI Instituciones Autonómicas y Locales.* Agencia estatal Boletín Oficial del Estado.

NEGRO ROLDÁN, F. J. (2021). «Acerca de la actualización de las competencias de Navarra en materia de tráfico». *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha (25)*, 114-170.

NOVO-ARBONA, A., ABETE-GARCÍA, N., & PEÑA-FERNÁNDEZ, S. (2023). «Del agravio a la emulación: análisis del efecto tractor en el traspaso de competencias en el Estado de las autonomías». *Revista de Estudios Políticos (202)*, 223-243. https://doi.org/10.18042/cepc/rep.202.08

MORENO GARCÍA, Javier (2025). «Las reglas de reparto competencial en el litoral: La "nueva" doctrina de las SSTC 68/2024 y 119/2024 sobre las facultades en la gestión de títulos en el dominio público marítimo terrestre». *Revista Vasca de Administración Pública (132),* 295-337.

PRIETO ROMERO, C., & GÓMEZ ALONSO, M. (2012). «Informe sobre procedimiento para la transferencia de competencias y servicios entre la Comunidad de Madrid y la Ciudad de Madrid». *Cuadernos de Derecho Local (28)*, 174-180.

RIU I FORTUNY, R. (1991). «L'omissió de les transferències de funcions i serveis en les sentències del Tribunal Constitucional 155, 178, 179, 193, 201 i 209/1990». *Autonomies (13)*, 69-79.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2015). «Del ruido de sables a la algarabía de los mercados: la LOAPA vista desde las atípicas armonizaciones de hoy». *Iura Vasconiae* (12). 155-183

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2023). *Principios de Derecho Administrativo General.* Iustel Publicaciones.

TORNOS MAS, J. (1996). «Los reales Decretos de traspasos: evolución y problemática actual». *Anuario Jurídico de La Rioja (2)*, 103-119.

VELASCO RICO, C. (2013). *Competencias autonómicas y puntos de conexión*. Institut d'Estudis Autonòmics.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Askatasun akademikoaren hizkuntza-dimentsioaren oinarri juridikoak

Ihintza Palacin Mariscal

Zuzenbidearen Filosofiako irakaslea
Profesora de Filosofía del Derecho

Aurkibidea: I. Sarrera.—II. Askatasun akademikoa: definizio bila: 1. Askatasun akademikoa eta 1997ko UNESCOren Gomendioa Goi Mailako Hezkuntzako Irakasleei estatutuari buruzkoa. 2. Askatasun akademikoa eta adierazpen askatasuna. 3. Hezkuntza eskubidea eta askatasun akademikoa. 4. Zientziarako eskubidea eta askatasun akademikoa. 5. Europako Kontseiluko Giza Eskubideen esparrua.—III. Askatasun akademikoaren hizkuntza dimentsioa: 1. Adierazpen askatasunaren hizkuntza dimentsioa. 2. Adierazpen askatasunaren hizkuntza dimentsioa Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentzian. 3. Hezkuntza eskubidearen hizkuntza dimentsioa. 4. Gutxiengoen babesa nazioarteko eta Europako Kontseiluko esparruan. 5. Nazioarteko giza eskubideak eta gutxiengoen hizkuntzen babesa.—IV. Ondorioak.—V. Erreferentziak.

Ohore handia da niretzat Edorta Cobreros Mendazona irakasleari eskainitako omenaldi-liburu honetan parte hartzea. Haren ibilbide akademiko eta ikertzaileak ekarpen erabakigarria egin dio administrazio-zuzenbide garaikidearen garapenari. Bere zorroztasun intelektualak, lanen sakontasunak eta unibertsitatearekiko etengabeko konpromisoak hainbat belaunaldi tako administrazio-zuzenbideko adituentzat ezinbesteko erreferente bihurtu dute. Horri gehitu behar zaio niretzat gure sail berean jardun akademikoa harekin partekatzeko aukera izana.

Ondoren datorren lana Zuzenbidearen Teoria eta Filosofiaren esparruan kokatzen da, eta askatasun akademikoaren hizkuntza-dimentsioa aztertzen du. Gai honek elkargune argia aurkitzen du Cobreros irakaslearen lanetan etengabe ageri den kezka batekin: eskubideak benetan eraginkorrak izan daitezen beharrezkoak diren baldintza juridiko eta instituzionalak aztertzea, bereziki aniztasun linguistikoa duten gizarteetan. Ildo horretan, aipatzekoa da urte luzez euskararen erabilerari buruzko araudiaren bilakaerari eta berrikuntza normatiboen jarraipenari eskaini dion arreta etengabea. Diziplina-ikuspegi desberdinetatik abiatu arren, interes-gune horren inguruko hurbiltasunetik, orrialde hauek haren ibilbide akademiko bikainari eta Euskal Herriko Unibertsitatearen nahiz zuzenbide publikoaren garapenari egindako ekarpenari aitortza eta estimu xumea adierazteko balio dezatela nahi dut.

ISBN: 978-84-7777-740-3

I. SARRERA

Zuzenbide publikoaren egungo erronkak aztertzean, zuzenbidea zientzia gisa ulertuta, bai eta zuzenbidea ikertzen dugunok —hau da, zientzialariok— ere, erronka ugariri egin behar diegu aurre. Horietako bat askatasun akademikoaren egungo garapena da. Askatasun akademikoaren barruan, orain arte gutxi aztertu den dimentsio bat hizkuntzarena[1] da, Europan gero eta eztabaida handiagoa pizten ari dena.

Gaur egun, «ez dago giza eskubideen nazioarteko esparru bakar eta esklusiborik[2]» askatasun akademikoari dagokionez. Ondorioz, ez dago halako esparru espezifikorik hizkuntzaren eta askatasun akademikoaren arteko harremana arautzeko ere. Horrek esan nahi du, Nazio Batuen Giza Eskubideen legedia aztertzean, eskubide multzo bati erreparatu behar diogula: adierazpen askatasuna (Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunaren[3] 19. artikulua), hezkuntzarako eskubidea (Ekonomia-, gizarte- eta kultura eskubideen Nazioarteko Itunaren[4] 13. artikulua) eta zientziarako eskubidea (Ekonomia-, gizarte- eta kultura eskubideen Nazioarteko Itunaren 15. artikulua).

Bestalde, hizkuntzaren ikuspegitik, onartuta dago hizkuntza gaiak nazioarteko zuzenbideko hainbat xedapenen parte direla; besteak beste, gutxiengoen babesari buruzkoak (De Varennes, 1996; Fiala-Butora, 2022; Jiménez-Salcedo & Mowbray, 2023, 2023; Mowbray, 2013), baita adierazpen askatasunari (De Varennes, 1994a) eta hezkuntzarako eskubideari (Mowbray, 2013) lotutakoak ere. Azken hauek, gainera, jada garrantzitsuak direla aitortzen da askatasun akademikoari buruzko eztabaidetan.

Azken urteotan, askatasun akademikoa gero eta gehiago artikulatu da giza eskubide berezi gisa (Roberts Lyer, 2025). Hala ere, oraindik ez dago argi zein den haren irismena edo beste eskubide batzuekin duen harremana. Testuinguru horretan, aipatutako xedapenek —beren oinarri arauemaile desberdinekin— askatasun akademikoaren dimentsio linguistikoari buruzko eztabaidak elikatu ditzakete, nahiz eta bakoitzaren pisua testuinguruen arabera aldatu (Beiter *et al.,* 2016).

Atal honetan, lehenik eta behin, askatasun akademikoaren aurkezpen orokorra egingo da; ondoren eskubide horren dimentsio linguistikoa aztertu ahal izateko. Azkenik, ondorioen atalean Euskal Autonomia Erkidegoari lotutako zenbait gogoeta proposatuko dira.

---

1 Lan hau Olga Ceran doktoreak (Leideneko Uniberstitatea) eta biok egindako artikulu batean oinarritzen da, Europar Unibertsitate Institutuko 2026ko maiatzaren 7ko nazioarteko kongresuan aurkeztu genuena.

2 *David Kaye NBEko errelatorearen txostena, 5. paragrafoa* [2026/04/28]. Atal guzti honetan agertzen diren itzulpen guztiak eta azpimarrak autoreak egin ditu.

3 *Ikus euskaraz* [2026/04/28].

4 *Ikus euskaraz* [2026/04/28].

II. ASKATASUN AKADEMIKOA: DEFINIZIO BILA

Askatasun akademikoaren egungo erronka nagusietako bat haren definizioa zehaztea da, bai edukiz bai irismen juridikoz. Hurrengo ataletan ikusiko dugun bezala, askatasun akademikoa estuki lotuta dago hezkuntzarako eskubidearekin, adierazpen-askatasunarekin eta zientziarako eskubidearekin, eta horien arteko elkargunean garatzen da haren babes-esparrua.

1. Askatasun akademikoa eta 1997ko UNESCOren Gomendioa Goi Mailako Hezkuntzako Irakasleei estatutuari buruzkoa

Nazioarteko zuzenbideko inongo tresna juridikoki lotesle batek ere ez du askatasun akademikoari babes esplizitua ematen, baina 1997ko UNESCOren Gomendioa[5] oso ezaguna da askatasun akademikoaren ematen duen definizioagatik:

> Nazioarteko arau horiei eutsi behar zaio, nazioartean eta herrialde barruan goi-mailako hezkuntza izan dadin. Horretarako, *askatasun akademikoaren* printzipioa zehatz-mehatz bete beharko litzateke. Goi-mailako hezkuntzako irakasleek eskubidea dute askatasun akademikoari eusteko, hau da, *eskubidea dute, ezarritako doktrinak mugatu gabe, irakaskuntza- eta eztabaida-askatasunerako, ikerketak egiteko eta emaitzak zabaldu eta argitaratzeko askatasunerako, lan egiten duten erakunde edo sistemari buruz duten iritzia askatasunez adierazteko, zentsura instituzionalaren aurrean askatasuna izateko eta erakunde akademiko profesionaletan edo ordezkaritza-organoetan parte hartzeko*. Goi-mailako hezkuntzako irakasle guztiek beren eginkizunak betetzeko eskubidea izan beharko lukete, inolako bereizkeriarik gabe eta Estatuaren edo beste edozein iturriren errepresioaren beldurrik gabe. Goi-mailako hezkuntzako irakasleek justizia egin diezaiokete printzipio horri, baldin eta jarduten duten ingurunea egokia bada eta giro demokratikoa eskatzen badu; hortik dator gizarte demokratiko bat garatzeko erronka. (25. parragrafoa)

Testu honek askatasun akademikoaren aldeko elementu nagusiak sakon aztertzen ditu, besteak beste, erakundeen autonomia (askatasun adierazpen instituzional gisa), autogobernua, lan-segurtasuna edo lan-baldintza egokiak. Hala ere, eta goiko sarreran adierazitakoa kontuan hartuta, ez da harritzekoa hizkuntza-aukerak ez aztertzea esparru horren osagai gisa.

Hori esanda, 1997ko Gomendioak —muga jakin batzuekin bada ere— babestu egiten ditu aurrez aurkeztutako argudioak, akademia askatasun akademikoaren esparruan kokatzearen aldekoak. Bere dimentsio desberdinen esanahia zehaztean, adierazten du akademikoak «inolako interferentziarik

[5] Ikus *Unescoren Gomendioa* [2026/04/28].

ISBN: 978-84-7777-740-3

gabe irakatsi ahal izan beharko luketela, onartutako printzipio profesionalen barruan, hala nola, erantzukizun profesionala eta irakaskuntza-estandarren eta -metodoen inguruko zorroztasun intelektuala[6]». Ildo horretan, bai oinarrizko estandarrek bai irakaskuntza-metodoek hizkuntzarekin lotura izan dezakete; izan ere, aurreko testuak iradokitzen du elementu horiek eragin esanguratsua izan beharko luketela curriculumari buruzko erabakietan[7].

Bestalde, Gomendioak ez ditu soilik eskubideak aitortzen, baizik eta irakasleei eta ikertzaileei zenbait betebehar ere ezartzen dizkie, beren jarduera akademikoaren eraginkortasuna bermatzeko[8]. Goi-mailako hezkuntza zerbitzu publikoko lanbide gisa definitzen da, eta «ikasleen eta komunitatearen hezkuntza eta ongizatearekiko erantzukizun pertsonal eta instituzionalaren zentzua eta beka eta ikerketan estandar profesional altuekiko konpromisoa» eskatzen du[9]. Hortaz, askatasun akademikoa beti dago orekatua komunitate akademiko zabalagoarekiko —eta gizartearekiko oro har— erantzukizunekin. Printzipio hori askatasun akademikoaren dimentsio instituzionalari ere aplikatzen zaio. Goi-mailako hezkuntza-erakundeek autonomia dute, baita gai akademikoetan ere, baina autonomia hori bateragarria izan behar da erantzukizun publikoaren esparruekin[10]. Erantzukizun hori termino zabaletan formulatzen da, eta, bestak beste, irakaskuntzaren kalitatea bermatzea eta oinarrizko giza eskubideak babestea barne hartzen ditu[11]. Gomendioak ez du zehazten zer ulertu behar den «estandar», «kalitate» edo irakaskuntza «eraginkor» kontzeptuen bidez; hala ere, arrazoiz ondoriozta daiteke kontzeptu horiek irakaskuntzan eta bestelako jarduera akademiko batzuetan erabiltzen den hizkuntzarekin lotutako auziak ere barne har ditzaketela, gutxienez zenbait alderditan eta goian azaldu diren arrazoiengatik. Bereziki, askatasun akademikoa eta autonomia instituzionala orekatu behar dira beste giza eskubide batzuetatik eratorritako hizkuntza-betebeharrekin, hala nola hezkuntzarako eskubidearekin edo gutxiengoen babesari buruzko xedapenekin. Oreka egokia testuinguruaren araberakoa izango da, baina, nolanahi ere, askatasun akademikoaren arauak ere kontuan hartu beharko ditu.

2. Askatasun akademikoa eta adierazpen askatasuna

Adierazpen askatasunak, Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunaren 19. artikuluan oinarrituta, «era guztietako informazioak eta ideiak bildu, jaso eta zabaltzeko askatasuna, mugak kontuan hartu gabe, ahoz, idatziz edo

---

6 28. Paragrafoa.

7 *Ibid.*

8 34(a) paragrafoa.

9 6. paragrafoa.

10 17. paragrafoa.

11 22. paragrafoa.

inprimatuta, modu artistikoan edo eurek aukeratutako beste edozein prozedura baliatuta» barne hartzen du. Xedapenaren testuak ez du berariaz aipatzen ez askatasun akademikoa ezta hizkuntza ere. Hala ere, 19. artikuluak argi jasotzen du irakasleen adierazpen askatasuna (gutxienez ikasgelatik kanpo), bai eta iritzi zientifikoak adierazteko askatasunak ere[12].

2020an, iritzi eta adierazpen askatasunaren eskubidearen sustapen eta babesari buruzko NBEren Errelatore Bereziak, David Kayek, askatasun akademikoari bereziki eskainitako txosten bat argitaratu zuen, eta bertan iradoki zuen askatasun hori —adierazpen-jardueretatik haratago doazen alderdi batzuk barne— 19. artikuluaren barruan sar daitekeela.[13] Hala ere, zalantzan jarri izan da xedapen hau nazioarteko zuzenbidean askatasun akademikorako oinarri sendoena ote den, kontuan hartuta adierazpen askatasunaren eta askatasun akademikoaren azpian dauden justifikazio desberdinak. Ildo horretan, maiz argudiatzen da Ekonomia-, Gizarte- eta Kultura Eskubideen Nazioarteko Itunaren 13. eta 15. artikuluek oinarri egokiagoa eskaintzen dutela (ikus beherago). Nolanahi ere, argitu beharrekoa da horrek zer ondorio dituen urraketen ebaluaziorako, eta zein neurritan eraiki daitekeen —edo eraiki beharko litzatekeen— adierazpen askatasunari buruz dagoeneko finkatuta dagoen doktrinaren gainean.

Europar Kontseiluaren esparruari dagokionez, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak askatasun akademikoa Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 10. Artikuluaren testuinguruan soilik jorratu du. Hala ere, azpimarratu behar da ez dagoela oraindik askatasun akademikoari buruzko doktrina sistematizaturik, eta gai horri buruzko auziak ez direla lehentasunezkoak izan. Horrek, neurri batean, askatasun akademikoaren izaera prekarioa eta hari lotutako auzi etiko eta moralaren konplexutasuna agerian uzten ditu.

Estrasburgoko Auzitegiak aztertutako kasuak, oro har, irakasleen argitalpenekin edo bestelako zabalkunde-jarduerekin lotuta egon dira, nahiz eta askatasun akademikoan egindako erreferentziak identifikatu diren haien aurka hartutako neurri mota desberdinen inguruan. *Mustafa Erdogan eta beste batzuk Turkiaren aurka* auzian, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak askatasun akademikoaren babesaren irismena azaldu zuen honako termino hauetan:

> Ikerketan eta prestakuntzan askatasun akademikoak adierazpen eta ekintza askatasuna, informazioa zabaltzeko askatasuna eta ikerketa egiteko eta ezagutza eta egia mugarik gabe zabaltzeko askatasuna bermatu behar ditu[14].

---

12 *736/97 komunikazioari buruzko iruzkinaren 11. paragrafoa, Ross vs. Kanada, 2000ko urriaren 18an onartutako iritziak.* Ikus: [2026-05-01].

13 *Ikus* [2026-05-08].

14 Mustafa Erdogan eta beste batzuk Turkiaren aurka, 40. paragrafoa.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Beraz, jurisprudentzian arreta nagusiki banakako adierazpen-jardueretan jarri bada ere, askatasun akademikoak —Auzitegiaren arabera— zenbait alderditan «10. artikuluaren esparrua gainditzen du[15]». Horrek zenbait egile ondorio honetara iristera eraman ditu: Auzitegia «kontzeptuarekin borrokan» ari dela (Kosta & Piqani, 2022).

3. Hezkuntza eskubidea eta askatasun akademikoa

Aurrerago azaldu dugun bezala, Ekonomia-, gizarte- eta kultura eskubideen Nazioarteko Itunaren 13. artikuluan jasotako hezkuntza-eskubidea askotan askatasun akademikoaren «egoitzatzat» hartzen da nazioarteko zuzenbidean, hezkuntza eskubideari lotuta: Eskubide Ekonomiko, sozial eta kulturalen Batzordeak, 1999an egin zuen 13. Iruzkin Orokorrean[16] azaldu zuen «hezkuntzarako eskubidea langileen eta ikasleen askatasun akademikoarekin batera doanean bakarrik» goza daitekeela (38. paragrafoa) eta «langileen eta ikasleen askatasun akademikoa ukatzea ere 13. artikuluko betebeharrak ez betetzea dela» uste dutela (59. paragrafoa). Batzorde honek honela definitzen du askatasun akademikoa:

> Komunitate akademikoko kideek, banaka edo taldeka, askatasuna dute ezagutzak eta ideiak bilatzeko, garatzeko eta transmititzeko, ikerketaren, irakaskuntzaren, ikasketen, eztabaidaren, dokumentazioaren, ekoizpenaren, sorkuntzaren edo idazketaren bidez. Askatasun akademikoak barne hartzen du norbanakoek lan egiten duten erakundeari edo sistemari buruzko iritziak libreki adierazteko askatasuna, beren funtzioak betetzeko askatasuna, estatuaren edo beste edozein eragileren errepresioaren beldurrik edo diskriminaziorik gabe, erakunde akademiko profesional edo ordezkaritzazkoetan parte hartzeko askatasuna, eta jurisdikzio bereko beste pertsona batzuei aplikatzen zaizkien nazioartean aitortutako giza eskubide guztiak gozatzeko askatasuna. Askatasun akademikoaz gozatzeak betebeharrak dakartza berekin, hala nola, besteen askatasun akademikoa errespetatzeko betebeharra, kontrako ikuspuntuen eztabaida bidezkoa bermatzekoa eta debekatutako arrazoiengatik guztiak diskriminatu gabe tratatzekoa. (39 paragrafoa).

Iruzkin Orokor honetan adierazten denez, askatasun akademikoak erakundeen autonomia eskatzen du, «erantzukizun publikoko sistemekin koherentea» izan behar duena, «goi mailako hezkuntzan egindako inbertsio publiko handiak» kontuan hartuta (40.paragrafoa). Duela gutxi, askatasun akademikoa hezkuntza-eskubideari buruzko NBEren Errelatore Bereziak, Farida

15 *Ibid.*

16 *Ikus* [2026/4/29].

Shaheed-ek, argitaratutako txosten[17] baten ardatz nagusi bihurtu da. Iturri horietan ez da hizkuntzaren hautua berariaz askatasun akademikoaren osagai gisa definitzen; hala ere, txostenak aitortzen du zenbait praktika —hala nola gai jakin batzuk debekatzea (hizkuntzarekin lotura izan dezaketenak) edo «hizkuntza jakin batzuetako liburuak desagerraraztea»— curriculum akademikoan egindako interferentziatzat har daitezkeela[18]. Horrek indartu egiten du hizkuntzarekin lotutako neurri batzuek, gutxienez, askatasun akademikorako oztopo izan daitezkeela dioen argudioa.

Bestalde, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 1. Protokoloaren 2. Artikuluan jasotako hezkuntzarako eskubideak goi-mailako hezkuntza ere barne hartzen duela onartu da, doktorego-ikasketak barne (Couck, 2023)[19].

4. Zientziarako eskubidea eta askatasun akademikoa

Ekonomia-, Gizarte- eta Kultura Eskubideen Nazioarteko Itunaren 15. artikulua —zientzia-aurrerapenaren eta haren aplikazioen onurak «gozatzeko eskubidea» aitortzen duena— nazioarteko zuzenbidean askatasun akademikoaren testuinguruan maiz aipatzen den azken xedapen nagusietako bat da[20]. Xedapen honek estatu alderdientzat betebehar argia ezartzen du: «ikerketarako ezinbestekoa den askatasuna errespetatzea» (15.3 artikulua). As-

---

17 *Ikus* [2026-04-29].

18 *Ibid.* 72. paragrafoa.

19 Adibidez, *Leyla Sahin Turkiaren aurka* kasuan, 141. paragrafoak hurrengoa esaten du: «Aurreko kontsiderazio guztiak kontuan hartuta, argi dago une jakin batean dauden goi-mailako hezkuntzako edozein erakunde 1. Protokoloaren 2. artikuluaren lehen esaldiaren esparruan sartzen direla, erakunde horietara sartzeko eskubidea xedapen horretan ezarritako eskubidearen berezko zati bat baita. Ez da interpretazio zabal bat, zeinak Estatu Kontratatzaileei betebehar berriak ezartzen dizkien: 1. Protokoloaren 2. artikuluaren lehen esaldiaren termino berberetan oinarritzen da, bere testuinguruan irakurrita eta Hitzarmenaren, legegiteko itun baten, xedea eta xedea kontuan hartuta […]».

20 15. artikulua: 1. Itun honetako estatu alderdiek aitortzen dute pertsona ororen eskubidea:

a) kultura-bizitzan parte hartzeko;
b) aurrerapen zientifikoen eta horien aplikazioen onurak baliatzeko;
c) interes moral eta materialen inguruko babesaren onuradun izateko, interes horiek eratortzen direnean ekoizpen zientifiko, literario edo artistikoen egile izateagatik.

2. Eskubide horren erabateko egikaritza ziurtatzeko, itun honetako estatu alderdiek hartu beharko dituzten neurrien artean izango dira beharrezkoak direnak zientzia eta kultura kontserbatu, garatu eta hedatzeko.
3. Itun honetako estatu alderdiek konpromisoa hartzen dute, ikerketa zientifikokorako eta sormen-jarduerarako behar den askatasuna errespetatzeko.
4. Itun honetako estatu alderdiek aitortzen dituzte, nazioarteko lankidetza eta harremanak suspertu eta garatzearen ondorioz sortzen diren onurak zientzia-eta kultura-esparruetan.

ISBN: 978-84-7777-740-3

katasun akademikoa askatasun horren adierazpen espezifikotzat hartu izan da, bereziki akademikoen jarduerari lotuta. Hala ere, bi askatasun horien esparrua —materiala zein pertsonala— ez dator guztiz bat, nahiz eta ikerketan diharduten akademiko guztiek, oro har, 15.3 artikuluan oinarritutako eskubideak aldarrikatzeko aukera izan.

Nolanahi ere, jarduera akademikoaren zati handi batek ikerketa du ardatz, eta jarduera horrek hizkuntzarekin lotutako auziak ere barne har ditzake. Askatasun horren barruan sartzen da, besteak beste, «ikerlariek beren epai independentean jasaten dituzten eragin bidegabeen aurkako babesa» —horrek barne har dezake, adibidez, emaitzak non eta nola argitaratu erabakitzeko askatasuna—, baita «beste ikerlariekin lankidetzan aritzeko askatasuna ere, maila nazionalean zein nazioartean», non hizkuntza funtsezko tresna bihurtzen den[21]. Halaber, «ikerketa-erakunde autonomoak sortzeko askatasuna» ere jasotzen du, eta horretan ere hizkuntzarekin lotutako gogoetek eragina izan dezakete.

Askatasun horiek, hala ere, ez dira absolutuak. Itunaren 4. artikuluak ezartzen duenez, eskubide horien egikaritzen ezar daitezkeen murrizketak lege bidez ezarri behar dira, eskubideen izaerarekin bateragarriak izan behar dute, eta gizarte demokratiko baten ongizate orokorra sustatzea izan behar dute helburu. Testuinguru horretan, UNESCOren 2017ko Zientziari eta Ikertzaile Zientifikoei buruzko Gomendioak[22] hizkuntza aipatzen du zientzia-prestakuntzan eta enpleguan diskriminaziorik ezaren oinarrietako bat gisa, eta, ondorioz, printzipio hori sektorearen arauketan ere islatu beharko litzateke[23]. Bestalde, Itunaren 15. artikuluak «ikerketa zientifikorako eta sormen-jarduerarako behar den askatasuna» babesten du, eta, Nazio Batuen Erakundearen 25. Ohar Orokorrean[24] azaltzen denez, bere irismenak jarduera akademiko tradizionala ez ezik, unibertsitateen «hirugarren misioa» ere har dezake barne —hau da, irakaskuntzarekin eta ikerketarekin batera garatzen diren jarduera sozial, ekintzaile eta berritzaileak— (Zomer & Benneworth, 2011, 82 or.). Ildo berean, Ohar Orokorrak helburu horiek «ahalegin bateratu» gisa ulertzen ditu, eragile guztiek baitute «ezagutza zabaltzeko orduan eginkizun erabakigarria» bereziki funts publikoekin finantzatutako ikerketaren emaitzei dagokienez[25].

Azkenik, hemen berriro ekar daitezke gogora adierazpen askatasunaren testuinguruan egindako oharrak. Ez da baztertzen ezagutza zabaltzean eragina duten hizkuntza-neurri batzuek proportzionaltasun irizpidea bete de-

---

21 Ikus *UNESCOren Gomendioa Zientziari eta Ikerlari Zientifikoei buruz, seigarren printzipioa* [2026-04-29].

22 *Ikus* [2026-04-29].

23 Ikus 13(a) eta 24(b) paragrafoak.

24 *Ikus* [2026-05-01].

25 *Ibid.* 49-50 paragrafoak.

zaketela —bereziki jarduera akademiko funts publikoekin finantzatzen denean—; hala ere, neurri horien bateragarritasuna askatasun akademikoarekin, neurri handi batean, testuinguruaren araberakoa izango da, eta ezagutza zientifikoaren ekoizpen sistema bere osotasunean aztertu beharko da. Ondorioz, gogoeta horiek guztiek eragina izan beharko lukete 15. artikuluaren interpretazioan, bai eta zientzia babesteko eta ebaluatzeko mekanismoak diseinatzeko estatuen betebehar positiboetan ere, non hizkuntza hautuek garrantzi berezia har dezaketen[26].

5. Europako Kontseiluko Giza Eskubideen esparrua

Atal honek Europako giza eskubideen esparruan jartzen du arreta; zehazki, Giza Eskubideen Europako Hitzarmena, hura osatzen duten Europako Kontseiluaren beste tresna batzuk, eta Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren interpretazio-jardunbidea kasu garrantzitsuetan. Europako Kontseiluaren sisteman, Hitzarmenak ez du berariaz aitortzen askatasun akademikoa, beste nazioarteko tresna batzuek egiten duten bezala. Hala ere, askatasun hori aitortu eta babestu izan da Hitzarmenaren 10. artikuluaren bidez, zeinak adierazpen-askatasuna jasotzen baitu (Kovács, 2025). Bestalde, ez dago sistema honetan Ekonomia-, Gizarte- eta Kultura Eskubideen Nazioarteko Itunaren 15. Artikuluaren baliokiderik, hau da, zientziarako eskubidea berariaz jasotzen duen xedapenik (Beiter *et al.,* 2023, 276-277 or.).

Hizkuntza, bere aldetik, kontuan hartu beharreko dimentsio garrantzitsu gisa ageri da hainbat xedapenetan, bereziki hezkuntzarako eskubideari, gutxiengoen babesari eta diskriminaziorik ezaren printzipioari lotutakoetan. Orain arte, ordea, ez da jurisprudentzian berariaz jorratu hizkuntzaren eta askatasun akademikoaren arteko elkargunea. Hala eta guztiz ere, Europako esparru juridikoak zenbait erreferentzia puntu eskaintzen ditu harreman horren analisi juridikorako.

Bestalde, Europako Kontseiluaren sisteman askatasun akademikoa aztertzean, ezin dira alde batera utzi gai honi eta erakundeen autonomiari buruzko zuzenbide biguneko tresna nagusiak. Ez da harritzekoa tresna horietako batek ere ez jorratzea berariaz hizkuntza aukeraren auzia. Hala ere goi-mailako hezkuntza sektorearentzat funtsezkoak diren balio anitzak azpimarratzen dituzte. 1762 (2006) Gomendioak[27], «Askatasun akademikoa eta unibertsitateen autonomia»-ri buruzkoak, askatasun horien garrantzia berresten du, baina aldi berean, azpimarratzen du «unibertsitateen erantzukizun sozial eta kulturala, bai eta publikoarekiko eta beren misioarekiko erantzuki-

26 UNESCOren Gomendioa Zientziari eta Ikerlari Zientifikoei buruz, 24. paragrafoa. *Ibid.*

27 *Ikus* [2026-05-01].

ISBN: 978-84-7777-740-3

zuna ere, askatasun akademikoaren beste alde saihestezinak» direla[28]. Testuinguru honetan, unibertsitateen misioa ez da soilik ezagutzaren bilaketa libre gisa ulertzen; aitzitik, besteak beste, «gizarteetan ordena soziala eta oinarrizko balioen zentzua garatzen laguntzea, identitate nazionala lantzea eta balio unibertsalen ulermen irekia sustatzea» ere barne hartzen ditu[29]. Ildo berean, askatasun akademikoari ematen zaion garrantzi berezia «erakundearen espezifikotasunean eta berezitasunean oinarritutako konfiantza» gisa ulertzen da, eta, ondorioz «mundu akademikoaren eta gizartearen arteko elkarrizketa ireki eta etengabearen» bidez landu behar da, lankidetza-espirituan[30]. Nolanahi ere, «gizarte kontratu» hori eztabaidagai izan badaiteke ere, oro har, unibertsitateek dute beren eginkizunak betetzeko modurik egokienak aukeratzeko autonomia[31].

Bestalde, 2352 (2020) Ebazpenak[32] ere azpimarratzen[33] du unibertsitateen «ondare kultural eta linguistikoa zaintzeko» duten eginkizuna. Antzeko ikuspegia ageri da Europako Kontseiluko Ministroen Batzordeak estatu kideei egindako gomendioetan: askatasun akademikoa eta autonomia instituzionala sektorearen oinarrizko balioak diren arren, ez bata ez bestea «ez dira absolutuak; aitzitik, oreka batean oinarritzen dira, eta oreka hori agintari publikoen, goi-mailako hezkuntza erakundeen, langileen, ikasleen eta gainerako interesdunen arteko eztabaida eta kontsulten bidez bakarrik lor daiteke[34]». Horren ondorioz, goi-mailako hezkuntza erakundeak bultzatu behar dira beren lehentasunak zehazterakoan diziplina aniztasuna eta irakaskuntzaren zein ikerketaren behar orokorrak kontuan hartzera[35]. Era berean, goi-mailako hezkuntzaren «helburuen aniztasuna» antolakuntza-esparru egokietan txertatu behar da, ikuspegi «zabal eta nazioarteko batetik» ulertuta[36].

Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentzian ere aipatu izan dira zuzenbide biguneko tresna horiek, eta horrek agerian uzten du haien garrantzia interpretazio irizpide gisa. Hala ere, ez dute hizkuntza aukeraren auzia askatasun akademikoaren dimentsio autonomo gisa jorratzen. Nolanahi ere, ez dago ezer ikuspegi hori baztertzen duenik. Aitzitik, testu horiek etengabe azpimarratzen dute askatasun akademikoa «gizarte kontratu» baten baitan ulertu behar dela: ez da eskubide absolutua, eta ikasleekiko, gi-

28 *Ibid.* 6. Paragrafoa.

29 Ibid. 9. paragrafoa

30 *Ibid.* 10. paragrafoa.

31 *Ibid.* 11. paragrafoa.

32 *Ikus* [2026-05-01].

33 *Ibid.* 6. paragrafoa.

34 *Ibid.* 4. paragrafoa.

35 *Ibid.* 20. paragrafoa.

36 *Ibid.* 21-23. paragrafoak.

zartearekiko eta erakundearen misioarekiko erantzukizunekin orekatu behar da. Azkenik, ondare kultural eta linguistikoaren babesari eta Europako aniztasun kulturalari buruzko erreferentzia esplizituek bi norabidetako inplikazioa iradokitzen dute. Batetik, askatasun akademikoak nazioarteko edo atzerriko hizkuntzen erabilerarako tartea bermatu dezake; bestetik, hizkuntza-politika jakin batzuei muga legitimoak ezartzea justifika dezake, baldin eta hizkuntza-aukerak tokiko edo gutxiengoen hizkuntzen babesean eragina badu. Nolanahi ere, nahiz eta unibertsitateen misio zehatza eztabaida publiko zabalago baten menpe egon, misio hori gauzatzeko bitartekoak zehazteko autonomia, oro har, sektore akademikoari dagokio.

III. ASKATASUN AKADEMIKOAREN HIZKUNTZA DIMENTSIOA

Askatasun akademikoaren dimentsio linguistikoa behar bezala ulertzeko, beharrezkoa da, lehenik eta behin, kontzeptu horrekin estuki lotuta dauden beste eskubide batzuen hizkuntza-dimentsioa aztertzea. Ildo horretan, bereziki erreparatuko diegu adierazpen askatasunari, hizkuntza-askatasunari eta gutxiengoen babesari, hirurak baitira askatasun akademikoaren hizkuntza-alderdia ulertzeko funtsezko erreferentzia-esparruak.

1. Adierazpen askatasunaren hizkuntza dimentsioa

Hitzarmenenak ez du hizkuntza berariaz aipatzen askatasun akademikoaren dimentsio gisa. Hala ere, aspalditik onartu izan da hizkuntza aukeraren auzia adierazpen askatasun zabalagoaren berezko osagai dela, edukitik erabat bereizi izan dena[37]. Nazio Batuen Giza Eskubideen Batzordeak aitortzen du hizkuntza jakin baten babesa helburu legitimoa izan daitekeela adierazpen askatasuna mugatzen duten neurriak justifikatzeko zenbat testuingurutan. Nolanahi ere, azpimarratzen duenez, «estatuak hizkuntza ofizial bat edo gehiago aukera ditzakeen arren, ezin du baztertu —bizitza publikoaren esparruetatik kanpo— norberak aukeratutako hizkuntzan adierazteko askatasuna[38]» (Palacin Mariscal, 2025). Beraz, hizkuntza, oro har, adierazpen askatasunaren barruan babesten bada ere, babes horrek ez dio estatuari betebehar positiborik ezartzen zerbitzu publikoak norbanakoak aukeratutako hizkuntzan[39] eskaintzeko, ezta hizkuntza-aukeraren muga oro debekatzen ere, baldin eta murrizketen justifikazio legitimoa badute. Esparru publikoak,

---

37 Ikus *Nazioarteko Eskubide Zibil eta Politikoen Ituna 34. iruzkin orokorra, 19. artikulua: Iritzi eta adierazpen askatasuna* [2026-05-08].

38 Ikus «359. komunikazioa, 385/89», *Ballantyne, Davidson eta McIntyre Kanadaren aurka* [2026-05-01].

39 Adi, hizkuntza ez ofizialetaz ari gara hemen. Hizkuntza ofizial edo koofizialen kasuan, hizkuntza horietan bai eskaini behar duela zerbitzu publikoa estatuak —edo gure kasuan-erkidekoak—.

ISBN: 978-84-7777-740-3

zentzu zabalean ulertuta, hezkuntza publikoa ere barne hartzen du[40]. Hortaz, Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunaren 19. artikuluak hizkuntza aukeraren babesa ahalbidetzen badu ere, hezkuntza testuinguruak agerian uzten ditu eskubide horren mugak.

Testuinguru horretan, bereizi egin behar dira, batetik, aukeratutako hizkuntzan hezkuntza publikoa jasotzeko edo eskaintzeko erreklamazioak —izaera positiboa dutenak— eta, bestetik, hizkuntza jakin batean irakasteko edo jarduera akademikoak garatzeko debekurik ez izateko banakako edo instituzio-mailako erreklamazioak —izaera negatibokoak—. Azken horiek premisa honetan oinarritzen dira: sektore akademikoak —publikoa izan arren— bere jardueraren modalitateak, hizkuntza barne, erabakitzeko autonomia berezia duela eta, horrenbestez, autonomia hori errespetatu egin behar dela. Hala ere, bi erreklamazio mota horien arteko muga ez da beti argia. Hezkuntza esparruan, gainera, bereizketa egin ohi da hezkuntza publikoaren eta pribatuaren artean: lehenengoak, oro har, finantzaketa publikoa eskatzen duenez, esku-hartze pasiboaren betebeharretatik harago doazen konpromisoak dakartza. Era berean, hezkuntza pribatuan ere, murrizketak justifikatzeko arrazoi legitimoak aurki daitezke giza eskubideen beste xedapen batzuetan, hala nola hezkuntzarako eskubidean.[41] Itunaren 19.3 artikuluaren arabera, adierazpen askatasunak «betebehar eta erantzukizun bereziak» dakartza, eta beharrezkoa denean mugatu daiteke, besteak beste, ordena publikoa edo besteen eskubideak babesteko —adibidez, ikasleen hezkuntzarako sarbidea edo hezkuntzaren kalitatea bermatzeko—[42].

Ondorioz, hezkuntza jardueren testuinguruan, 19. artikulutik eratorritako betebehar negatiboak gurutzatu egiten dira Ekonomia, Gizarte- eta Kultura Eskubideen Nazioarteko Itunaren 13. artikuluan jasotako betebehar positiboagoekin (hezkuntzarako eskubidea). Bi xedapenen arteko harremana ez dago guztiz zehaztuta, eta horrek azaltzen du zergatik Nazio Batuen Giza Eskubideen Batzordeak irakaskuntza hizkuntzaren auzia maizago jorratzen duen hezkuntzaren eta gutxiengoen babesaren ikuspegitik adierazpen askatasunarenetik baino[43]. Bestalde, hezkuntzaz kanpoko jardueretan ezarritako hizkuntza murrizketak —hala nola argitalpen akademikoetan edo eskolaz kanpoko jardueretan— zailagoak dira justifikatzen, baita hezkuntza publikoaren esparruan ere. Nolanahi ere, murrizketa horien zilegitasunaren ebaluazioa kasuan kasuko testuinguruaren araberakoa izango da. Dena den, printzipioz, hizkuntzaren erabilerari buruzko erabakiak askatasun akademikoaren edukiaren parte direla ulertu behar da.

---

40 Ikus adibidez (Wenzel, 2014) edo (De Varennes, 1994b).

41 *Boriss Cilevičs eta besteak kasua* (C-391/20).

42 Ikus *736/97 zk., Ross v. Kanada, 2000ko urriaren 18an onartutako iritziak, 11.6 paragrafoa* [2026-05-01].

43 Ikus *Letoniaren hirugarren aldizkako txostenari buruzko azken oharrak* [2026-05-09].

Azkenik, kontuan hartu behar da askatasun akademikoaren dimentsio indibidualaren eta instituzionalaren artean tentsioak sor daitezkeela. Izan ere, hizkuntzari lotutako murrizketak ez dira nahitaez agintari publikoek ezarritakoak; unibertsitateek eurek ere ezar ditzakete. Akademikoek beren jarduera profesionalean jarduten dutenean, beren erakundeetako langile gisa ere jarduten dute. Horrenbestez, enplegatzaileak —hau da, unibertsitateak— interes legitimoa izan dezake jarduera horren zenbait baldintza ezartzeko, erabiliko den hizkuntza barne (Stone & Schauer, 2021)[44]. Hala ere, enpleguaren testuinguruan hizkuntza-aukerari buruzko nazioarteko arau juridikoak urriak dira (Mowbray, 2013), eta horrek zalantzak sortzen ditu adierazpen askatasunak nola eragiten duen lan-harremanen barruan. Horrek, aldi berean, areagotu egiten du askatasun akademikoaren erreklamazioak testuinguru horretan ebaluatzeko zailtasuna (Ceran, 2026).

Hala eta guztiz ere, aurreko gogoetetan oinarrituta, arrazoizkoa dirudi ondorioztatzea jarduera akademikoaren dimentsio kolektiboak —bereziki hezkuntza misioari lotuta— zenbait kasuetan justifika dezakeela banakako hizkuntza askatasunean esku hartzea. Nolanahi ere, balorazio horretan ezinbestekoa izango da askatasun akademikoak babesten duen jarduera akademikoaren izaera berezia behar bezala kontuan hartzea.

2. Adierazpen askatasunaren hizkuntza dimentsioa Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentzian

Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 10. artikuluak adierazpen askatasunaren hizkuntza dimentsioa babesten du zenbait testuingurutan[45]. Auzitegiak adierazi duenez, «10. artikuluak informazioa eta ideiak jasotzeko eta zabaltzeko askatasuna barne hartzen du, edozein hizkuntzatan, eta horrek aukera ematen du mota guztietako informazio eta ideia kultural, politiko eta sozialen truke publikoan parte hartzeko[46]». Hauteskunde-kanpainen testuinguruan, Auzitegiak ondorioztatu dut, printzipioz, estatuek eskumena dutela hizkuntzen erabilera arautzeko —komunikazioaren formatua edo publikoarekiko harremanaren inguruanabarrak kontuan hartuta— eta, beharrezkoa denean, «premiazko gizarte-beharrizan» bati erantzuten dioten murrizketak edo baldintzak ezartzeko[47]. Hala ere, hizkuntza ez-ofizialen erabilera erabat debekatzen duen eta zigor administratiboak ezartzen dituen arau-

---

44 Adibidez, EAEn bi hizkuntza koofizial ditugun heinean, gradu bereko ikasketak bi hizkuntza horietan osorik eskaintzea.

45 Ikus adibidez *Şükran Aydın eta beste batzuk Turkiaren aurka*. Honen analisi sakonagoa irakurtzeko ikus (Palacin Mariscal, 2025, pp. 208-213).

46 *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikasi Turkiaren aurka*, 71. eta 73. paragrafoak.

47 *Mestan Bulgariaren aurka*.

ISBN: 978-84-7777-740-3

esparru batek ez luke bateragarria izan behar «gizarte demokratiko baten oinarrizko balioekin, adierazpen askatasuna barne[48]».

Nazioarteko esparru juridikoari buruz aurrez egindako gogoetak kontuan hartuta, arrazoibide hori testuinguru akademikora ere heda liteke, bereziki hezkuntzaz kanpoko jarduera akademiko adierazkorrak tartean direnean. Hala ere, kontuan hartu behar da askatasun horrek «eginkizunak eta erantzukizunak» dakartzala, eta, ondorioz, baldintza eta murrizketen menpe egon daitekeela, besteak beste, besteen eskubideak babesteko (10.2 artikulua). Gainera, eta hemen berriro agertzen da askatasun akademikoaren hezkuntza testuinguruaren berezitasuna, Auzitegiak —Nazio Batuen Giza Eskubideen Batzordeak bezala— ez du inon aitortu norberak aukeratutako hizkuntza erabiltzeko eskubide ororik zerbitzu publikoetarako sarbidearen testuinguruan, hezkuntza barne (Van der Jeught, 2026).

3. Hezkuntza eskubidearen hizkuntza dimentsioa

Hizkuntza ez da askatasun akademikoaren testuinguruan sakonki aztertu izan, baina literatura zabala dago hizkuntzaren eta hezkuntzarako eskubidearen arteko harremanari buruz (Arzoz, 2012; Guliyeva, 2013; Klaus Dieter Beiter, 2006; Palacin Mariscal, 2025; Zanola, 2023). Hezkuntzarako eskubidearen lau dimentsio nagusien artean, hizkuntza bereziki ageri da «irisgarritasunaren» barruan, non diskriminaziorik eza funtsezko osagaia den[49]. Ekonomia-, Gizarte- eta Kultura Eskubideen Nazioarteko Itunaren 13. artikuluari buruzko Iruzkin Orokorrak Hezkuntzan Diskriminazioaren aurkako UNESCOren Hitzarmena aipatzen du (1.1 artikuluan)[50]. Hizkuntza «onargarritasunaren» dimentsioan ere kokatzen da, hezkuntzaren formari eta edukiari dagokionez, zeinek «egokiak, kulturalki egokiak eta kalitate onekoak» izan behar duten (Mowbray, 2013, 38 or.). Era berean, «moldagarritasunaren» irizpidearekin lotu daiteke, hezkuntzak malgua izan behar duelako, gizarte eta komunitate aldakorren beharretara egokitzeko eta ikasleen testuinguru soziokultural anitzei erantzuteko[51].

Hala ere, adierazi izan da hezkuntzarako eskubideren hizkuntza dimentsioa «gutxi garatuta» dagoela, eta nazioarteko zuzenbideko tresnek —lotesle zein ez-lotesleek— ez dituztela zehazten hezkuntza maila desberdinetako hizkuntza eskubide konkretuak (Beiter, 2023, 437 or.). Irakaskuntza-hizkuntza hezkuntzarako eskubidearen parte bada ere, haren irismena ez dago guztiz argituta. Halaber, hezkuntza emaitzetan eta diskri-

48 *Ibid.*

49 Ikus *Hezkuntzarako eskubideari (13.artikuluari) buruzko Iruzkin Orokorra* [2026-05-10].

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

minaziorik ezean jartzen den arreta nagusiak hizkuntza eskubideen garapen normatiboa mugatu dezake, beste ikuspegi batzuk baztertuz, hala nola hizkuntza segurtasuna edo hizkuntzaren eta boterearen arteko harremana (Mowbray, 2013). Hala ere, defendatu daiteke badagoela tartea hizkuntzari buruzko auziak —zientzian eta hezkuntzaren kalitatean duten eraginagatik— kontuan hartzeko.

Anbiguotasun normatibo hori onartuta, Beiterrek (Beiter, 2023) hizkuntza aniztasuna hezkuntza politiken oinarri gisa ulertzea proposatzen du, ama-hizkuntzaren menperatzea abiapuntu hartuta, hezkuntza maila guztietan eta bai gutxiengo historikoei zein berriei (esaterako, errefuxiatuei edo etorkinei) aplikatuz. Hala ere, «gutxiengo» kontzeptuaren interpretazio zabala eztabaidagarria izan da historikoki, eta, ondorioz, nazioarteko tresnek ez dute definizio bateraturik eskaintzen. Gainera, gutxiengoen babesaren testuinguruan ere, estatuek normalean «ama-hizkuntza ikasteko edo hartan irakaskuntza jasotzeko aukerak» eskaintzera mugatzen dira (Beiter, 2023, 437 or.).

Ikuspegi honetatik, ez dago nazioarteko xedapen juridikorik estatuari argi eta garbi eskatzen dionik goi-mailako hezkuntza gutxiengoen hizkuntzetan edo hizkuntza ofizialetik kanpoko beste hizkuntza batean eskaintzea (Van der Jeught, 2026). Hala ere, betebehar positiborik ez egoteak ez du baztertzen estatuaren betebehar negatiboa, hau da, sektore akademikoaren hizkuntza aukeretan bidegabe ez esku hartzea. Hizkuntza-justiziari dagozkion galderak goi-mailako hezkuntzari dagozkionekin bat egiten dute, goi-mailako hezkuntzarako eskubidea ere gutxiegi teorizatuta baitago (Kotzmann, 2018).

Goi-mailako hezkuntzari dagokionez, Ekonomia-, Gizarte- eta Kultura Eskubideen Nazioarteko Itunaren 13.2 artikuluak ezartzen du goi-mailako hezkuntza «guztiontzat berdin eskuragarri egongo dela, gaitasunaren arabera, bide egoki guztien bidez[52]». Testuinguru honetan, hizkuntza gaitasunaren osagai izan daiteke; izan ere, unibertsitateetako sarbidean eta arrakasta akademikoan funtsezko rola du. Hizkuntza goi-mailako hezkuntzarako sarbidea izateko oztopo potentzial gisa ere onartu da (Kotzmann, 2018, 40 or.), baina erreferentzia esplizituak urriak dira eta gutxiengoen babesaren testuinguruan mugatzen dira[53]. Hala ere, ez dago argi zein neurritan islatu behar den hori eskubide eta betebehar juridikoetan.

Graduondoko ikasketek —bereziki doktorego-programenek— ikerketa dute ardatz, eta nazioarteko komunitate akademikoetan parte hartzea eskatzen dute; horrek, askotan, hizkuntza jakin batzuen nagusitasunera egokitzea

---

52 Ikus UNESCO hitzarmenaren 4(a) artikulua.

53 UNESCOren azken txostenak, «Goi-mailako hezkuntzarako eskubidea. Nazioarteko arau-esparrua aztertzea egungo joeren eta erronken argitan» izenekoak, ia ez du hizkuntzarik aipatzen. Erreferentzia bakarrak gutxiengoen hizkuntzei buruzkoak dira (diskriminazio ezaren testuinguruan) eta Europako Kontseiluaren Eskualde edo Gutxiengo Hizkuntzen Europako Gutunari buruzkoak. *Ikus txostena* [2026-05-10].

ISBN: 978-84-7777-740-3

dakar. Horrek planteatzen du ea zenbait kasutan zilegi ote den programak hizkuntza jakin batean eskaintzea —adibidez, diziplina jakin bateko hizkuntza nagusian— beste batzuetan baino. Ildo horretan, hizkuntzak eragina izan dezake «onargarritasunaren» irizpidean, hezkuntza «kalitate onekoa[54]» izan behar den heinean. Gainera, hezkuntzarako eskubideari buruzko NBEren errelatore bereziak azpimarratu du askatasun akademikoa «kalitatezko hezkuntza eman eta jasotzeko eskubidearen parte[55]» dela. Hortaz, arrazoizkoa dirudi hizkuntza aukeraren zenbait alderdi askatasun akademikoaren berezko osagai gisa ulertzea, nahiz eta gainerako hezkuntza interesekin orekatu behar diren. Nolanahi ere, eskubide horiek mugatu ahal izango dira, baldin eta murrizketak lege bidez ezartzen badira, eskubideen izaerarekin bateragarriak badira eta gizarte demokratiko baten ongizate orokorra sustatzeko badira (Ekonomia-, gizarte- eta kultura eskubideen Nazioarteko Itunaren 4. artikulua).

Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentziari dagokionez, hezkuntzaren hizkuntza dimentsioa zenbait kasutan jorratu da. *Belgiako Hizkuntza* Kasua[56] delakoan, Auzitegiak ebatzi zuen hezkuntzarako sarbidea bermatzen dela, baina ez dela bermatzen aukeratutako hizkuntzan irakasteko eskubidea. Ondorengo jurisprudentzian, hala nola *Valiullina eta Beste batzuk Letoniaren aurka*ko auzian, printzipio hori berretsi da, estatuari marjina zabala aitortuz hezkuntza sistemaren antolaketari dagokionez, bereziki irakaskuntza hizkuntzaren alorrean[57]. Era berean, *Ponomaryovi Bulgariaren aurka*ko auzian, Auzitegiak bereizi zuen hezkuntza mailaren arabera estatuen betebeharren izaera, azpimarratuz goi-mailako hezkuntza ez dela derrigorrezkoa eta baldintza desberdinak izan daitezkeela[58]. Aldi berean, aitortu du gizarte modernoetan goi-mailako hezkuntzak gero eta garrantzi handiago duela garapen pertsonal eta profesionalerako, baita nazioarteko lankidetza eta mugikortasun akademikoa sustatzeko ere[59].

Ondorioz, gogoeta horiek guztiek berresten dute hizkuntzaren auzia funtsezkoa dela goi-mailako hezkuntzaren testuinguruan, baina haren tratamendua ezin dela ulertu ikuspegi bakar batetik. Bereziki bereizi egin behar dira hizkuntza-eskubide positiboak (hezkuntza hizkuntza jakin batean jasotzeko eskubidea) eta negatiboak (hizkuntza aukeran esku-hartzerik ez izatea), eta biak testuinguru normatibo zabalago batean kokatu behar dira.

---

54 Ikus Hezkuntzarako eskubideari (13.artikuluari) buruzko Iruzkin Orokorra , 6. eta 50. paragrafoak.

55 *Ibid*. Faridaren txostena.

56 GEE, 1968ko uztailaren 23a.

57 212. paragrafoan.

58 56-57. paragrafoak.

59 *Ponomaryovi Bulgariaren aurka,* 57. paragrafoa.

4. Gutxiengoen babesa nazioarteko eta Europako Kontseiluko esparruan

Askatasun akademikoaren eta gutxiengoen babesaren arteko harremana aztertu aurretik, beharrezkoa da nazioarteko zuzenbidearen gutxiengoen babesaren oinarriak laburki aurkeztea. Historikoki, gutxiengoen gaia ez da izan nazioarteko Zuzenbidearen ardatz nagusietako bat; identitateari lotutako auziak, sarritan, gatazka oste bake-itunean jorratu izan dira (Nagy & Vizi, 2025, p. 379). Lehen Mundu Gerraren ondoren eta Nazioen Ligaren testuinguruan, zenbait itunek gutxiengo talde zehatzentzat eskubide batzuk aurreikusi zituzten, baina ez zen babes-sistema orokorrik garatu. Bigarren Mundu Gerraren ondoren ere, nazioarteko zuzenbidearen oinarri diren testu nagusiek —hala nola 1948ko Giza Eskubideen Adierazpen Unibertsalak edo Gizan Eskubideen Europako Hitzarmena— ez zuten berariaz gutxiengoen eskubiderik aitortu, nahiz eta diskriminazioaren debeku orokorra ezarri. Gainera, nazioarteko zuzenbideak ez du definizio bateraturik eskaintzen «gutxiengo» kontzeptuarentzat. Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Ituna eta Haurren Eskubideen Hitzarmena dira gutxiengoak esplizituki aipatzen dituzten testu nagusiak, baina definiziorik eman gabe. Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunaren 27. artikuluak, ordea, gutxiengoen hizkuntza-, kultura- eta erlijio- eskubideak babesten ditu.

Erreferentzia klasiko giza, Francesco Capotortik 1979an proposatutako definizioak gutxiengoak honela ulertzen ditu: «estatu bateko gainerako biztanleriaren aldean zenbakiz txikiagoak diren taldeak, posizio ez-dominantean daudenak, eta ezaugarri etniko, erlijioso edo linguistiko bereizgarriak dituztenak, beren identitatea mantentzeko elkartasun-sentimenduarekin» (Capotorti, 1979). Duela gutxiago, Fernand de Varennesek[60] nazioarteko babes-sistema indartzeko beharra azpimarratu du, gutxiengoen eskubideen egoerak okerrera egin duela ohartaraziz.

Laburbilduz, nazioarteko zuzenbidean gutxiengoen babesak hiru ezaugarri nagusi ditu: definizio juridiko bateraturik eza, eskubide indibidual eta kolektiboen konbinazioa (Woehrling, 2013, 223 or.), eta, sarritan, berdintasunaren eta diskriminaziorik ezaren printzipioan oinarritzea. Testuinguru horretan, hizkuntza funtsezko elementua da, nazioarteko giza eskubideen tresna gehienetan zeharka edo zuzenean agertzen dena.

Hizkuntza-eskubideen nazioarteko esparru juridikoan, hiru paradigma nagusi bereiz daitezke (Pons Parera, 2008, 75 or.):

— Hizkuntza babestea eskubide linguistiko esplizituen bidez edo beste eskubide batzuen barruan modu inplizituan.
— Hizkuntza babestea gutxiengoen babesaren bidez.
— Hizkuntza babestea aniztasun kultural eta linguistikoa sustatuz.

60 *Ikus* [2026-05-10].

ISBN: 978-84-7777-740-3

Paradigma horiek nazioarteko tresnetan islatzen dira: Nazio Batuen sistemak[61] hizkuntza giza eskubideen barruan txeratzen du, eta Gutxiengo Nazional edo Etniko, Erlijioso eta Hizkuntzazkoetan Diharduten Pertsonen Eskubideei buruzko Adierazpenak[62] hizkuntza- eta kultura-aniztasuna babestea sustatzen du.

Giza eskubideen ikuspegitik, hizkuntzaren babesa bost arlo nagusitan agertzen da (Palacin Mariscal, 2025, 4 or.): (1) diskriminazio ezaren printzipioa, (2) adierazpen askatasuna, (3) izenen erabilera, (4) prozedura penaleko eskubideak (interpretea adibidez), eta (5) hezkuntza. Horien artean, diskriminazio ezaren printzipioa da ardatz nagusia (ikus Giza Eskubideen Agiri Gehigarriaren 2.1 artikulua, Giza Eskubideen eta Eskubideen Nazioarteko Hitzarmenaren 2.1 artikulua eta Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 14. artikulua). Printzipio horrek hizkuntzan oinarritutako diskriminazioa debekatzen du, baina ez du, berez, hizkuntza-eskubide positiborik eratortzen. Horregatik, doktrinan askotan «gutxieneko babes-atalase» (Pons Parera, 2008, 78 or.) gisa ulertzen da: hizkuntza dela eta diskriminazioa saihesten du, baina ez du estatuak eleaniztasuna aktiboki sustatzera behartzen. Ondorioz, ikuspegi hori askatasun akademikoaren eremura aplikatuta, ez dirudi estatuek gutxiengoen hizkuntzak goi-mailako hezkuntzan edo ikerketan modu aktiboan txertatzeko betebeharrik dutenik. Hala ere diskriminazio ezaren printzipioa ostatu egiten da adierazpen askatasunarekin, zeinak —aurretik azaldu bezala— hizkuntza aukeraren dimentsioa ere barne hartzen duen.

5. Nazioarteko giza eskubideak eta gutxiengoen hizkuntzen babesa

Definizio bateraturik eza gorabehera, nazioarteko zuzenbideak gutxiengoen hizkuntzen babes espezifikoa eskaintzen du. Testu nagusia berriro ere Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Ituna da, bere 27. Artikuluaren bidez.

> Gutxiengo etniko, erlijioso edo *linguistikoak* dauden estatuetan, gutxiengo horietako pertsonei ez zaie ukatuko, beren taldeko beste kideekin batera, beren kulturaz gozatzeko, beren erlijioa aitortzeko eta praktikatzeko edo *beren hizkuntza erabiltzeko eskubidea*.[63]

Giza Eskubideen Batzordearen arabera, eskubide hori gutxiengoetako pertsona guztiei dagokie, beste eskubide orokorrei gehitzen zaie, eta estatuentzat betebehar positiboak ere sortzen ditu[64]. Hau da, diskriminazio eza-

---

61 Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Ituna eta Ekonomia-, Gizarte- eta kultura eskubideen nazioarteko ituna.

62 *Ikus* [2026-05-10].

63 Egileak gehitutako azpimarra.

64 Ikus *Giza Eskubideen Batzordearen 23. iruzkin orokorra: 27. artikulua (Gutxiengoen eskubideak)* [2026-05-10].

ren printzipioarekin alderatuta, hemen estatuaren rola aktiboagoa da: gutxiengoen hizkuntza eta identitatea babestu behar ditu.

Giza Eskubideen Europako Hitzarmenak ez du gutxiengoen babesari buruzko berariazko araubiderik ezartzen; alabaina, hizkuntza dela-eta diskriminazioa debekatzen du. Hala ere, Hitzarmenak «hizkuntza-talde jakin batzuetako pertsonen aurkako diskriminazioa edo tratu umiliagarria saihesten du. Beraz, laguntza garrantzitsua da hizkuntza-gutxiengoen eskubideak mantentzeko, nahiz eta eskubide horiek gehienbat esparru pribatura mugatu eta funtsean diskriminazioaren debekua izan»(Parry, R. G., 2010, 344 or.). Horrek esan nahi du Hitzarmenak gutxiengoen hizkuntzako hiztunen giza eskubideak babesten dituela, baina ez duela aktiboki bultzatzen hizkuntza-gutxiengoen sustapena. Adibidez, Auzitegiaren jurisprudentziak ere baieztatu du gutxiengoen identitatearen adierazpena ez dela «gizarte demokratikoarentzat mehatxu[65]». *Chapman vs Erresuma Batua* kasuan, Auzitegiak Estatuek betebehar positiboa zutela aitortu zuen «ijitoen bizimodua errazteko[66]» Hitzarmenaren 8. artikuluaren arabera.

Bestalde, diskriminazio ezaren printzipio orokorraren bidezko gutxiengoen babesaz gain, Europako Kontseiluak bi tresna sortu zituen gutxiengoen babesa sustatzeko: Eskualdeko edo Gutxiengoen Hizkuntzen Europako Gutuna eta Gutxiengo Nazionalen Babeserako Esparru Hitzarmena.

Eskualdeko edo Gutxiengoen Hizkuntzen Europako Gutuna (aurrerantzean Hizkuntzen Gutuna) gaur egun gutxiengoen hizkuntza babesteko berariaz eskainitako dokumentu lotesle bakarra da[67]. Hizkuntzen Gutuna estatuen betebeharretan oinarritzen da, hizkuntza-hiztunen eskubide indibidual edo kolektiboen ordez, eta egoera sorta zabal bati erantzuteko sortu zen, ez baitago eskualdeko edo gutxiengoen hizkuntzarik errealitate berari aurre egiten. Hizkuntza horiek babesteko, tresna honek «betebeharren interpretazio eta ezarpen proaktibo batean» oinarritzen da (De Varennes, 2008, 33 or.).

Hizkuntzen Gutunak, III. zatian, «bizitza publikoan eskualdeko edo gutxiengoen hizkuntzen erabilera sustatzeko neurriei» eskainia, 8. artikulua dauka hezkuntzari buruz. Xedapen honek hezkuntzaren etapa guztiak barne hartzen dituela, goi-mailako hezkuntza barne:

1. Hezkuntzari dagokionez, Alderdiek konpromisoa hartzen dute, hizkuntza horiek erabiltzen diren lurraldean, hizkuntza horietako bakoi-

---

65 *Siridopoulos eta besteak Greziaren aurka*, 1998ko uztailaren 10a, 41. paragrafoa.

66 96. paragrafoa.

67 Kontuan izan behar da ez direla gutxiengoen hizkuntza guztiak Hizkuntza Gutunaren babespean. Adibidez, 1. artikuluak Gutun honen babespetik kanpo uzten ditu «hizkuntza ofizialaren dialektoak» edo «migratzaileen hizkuntzak».

ISBN: 978-84-7777-740-3

tzaren egoeraren arabera, eta Estatuko hizkuntza ofizialaren/ofizialaren irakaskuntzari kalterik egin gabe:

i. unibertsitateko eta bestelako goi-mailako hezkuntza eskualdeko edo gutxiengoen hizkuntzetan eskuragarri jartzea; edo
ii. hizkuntza horiek unibertsitateko eta goi-mailako hezkuntzako ikasgai gisa ikasteko baliabideak ematea; edo
iii. Estatuak goi-mailako hezkuntza-erakundeekiko duen eginkizunagatik, i. eta ii. azpiparagrafoak ezin badira aplikatu, unibertsitateko edo bestelako goi-mailako hezkuntza eskualdeko edo gutxiengoen hizkuntzetan edo hizkuntza horiek unibertsitateko edo goi-mailako hezkuntzako ikasgai gisa ikasteko baliabideak ematea sustatzea eta/edo onartzea.

Gutxiengo Nazionalak Babesteko Esparru Hitzarmenak ikuspegi desberdina hartu zuen: ez zuen babesa eskualdeko edo gutxiengoen hizkuntzetara mugatu, gutxiengo nazional guztietara baizik. Esparru Hitzarmenak komunitate horiei beste babes-geruza bat gehitzea du helburu, eta bereziki garrantzitsua da «gutxiengo nazionalen babesa orokorrean jorratzen duen lehen itun multilateral eta juridikoki loteslea delako» (Hofmann, R., 2006, 3 or.). Hala ere, lehenago aztertutako nazioarteko zuzenbide orokorrean bezala, Esparru Hitzarmenak ez zuen «gutxiengo nazional» baten definiziorik eman. Horrek Hitzarmenaren eraginkortasuna kolokan jar zezakeen, estatu sinatzaileek definizio-falta horretan oinarrituta beren betebeharrak saihesteko aukera izango baitzuten. Hala ere, De Wittek (2008, 1. or.) honako hau azpimarratu zuen:

> Esparru Hitzarmena onartzean kritikatu eta iseka egin bazen ere, itxurakeria bat baino ez zelakoan, autoritatea eta eraginkortasuna irabazi ditu bere aholku-batzordearen jarraipen-jardunbide dinamikoari eta hainbat estatuk «jokoa jokatzeko» duten borondateari esker.

Tresna honetan, atal honen gaiari jarraiki, honako xedapenak nabarmentzen dira: 10(1) artikuluak gutxiengoen hizkuntzak bizitza publikoan eta pribatuan erabiltzeko eskubidea babesten du, 14(1) artikuluak gutxiengoen hizkuntza ikasteko eskubidea babesten du eta 14(2) artikuluak norberaren gutxiengoen hizkuntzan irakasteko eskubidea aitortzen du. 14. artikulua 13. artikuluarekin batera irakurri behar dira, hezkuntza-erakunde pribatuak sortzeko eskubidea babesten duena. Hemen ere, hezkuntzak zeregin garrantzitsua du gutxiengoen hizkuntzen babesean Esparru Hitzarmenaren arabera. Hala ere, Hizkuntzen Gutunaren 8. artikulua ez bezala, Esparru Hitzarmenaren 14. artikuluak ez du gutxiengoaren hizkuntzan goi-mailako hezkuntza jasotzeko eskubide subjektiborik ezartzen; alabaina, estatu sinatzaileek goi-mailako hezkuntza antolatzeko eta emateko duten modua baldintza dezake. Izan ere, Esparru Hitzarmenaren 12(3) artikulua aztertzen badugu, konturatzen gara «estatuak hezkuntzarako sarbide berdina sustatu behar du-

tela maila guztietan gutxiengo nazionaletako pertsonentzat», eta horrek aukera bat irekitzen die estatu alderdiei gutxiengoen hizkuntzak goi-mailako hezkuntzan ere sartzeko. Izan ere, 2024ko maiatzaren 31n onartutako[68] Gutxiengo Nazionalak Babesteko Esparru Hitzarmenaren araberako Hezkuntzari buruzko 1. Iruzkin Tematikoak erakusten du unibertsitateko hezkuntza Esparru Hitzarmenaren esparruan sartzen dela zenbait alderditan. Aholku Batzordeak Hitzarmenaren testua interpretatu du, 14. artikulua goi-mailako hezkuntzara zabalduz, unibertsitate-mailako neurriak barne hartzeko, gutxiengoen hizkuntzan hezkuntza eraginkorra bermatzeko. Hori azalduko dugu ondorengo adibideekin.

Finlandiari buruzko Hirugarren Iritzian (2011)[69], Aholku Batzordeak azpimarratu zuen unibertsitateen gutxiengoen hizkuntzetan eskolatzeko beharrak daudela, eta unibertsitate mailan Sami hizkuntzetan irakasleen prestakuntza indartzea eskatu zuen[70]. Horrek esan nahi du Batzordearentzat unibertsitateko hezkuntza beharrezkoa dela gutxiengoen hizkuntzan hezkuntza eraginkorra izan dadin.

Serbiari dagokionez, Aholku Batzordeak, Serbiari buruzko Hirugarren Iritzian (2013)[71], gutxiengoen hizkuntzetan lizentziatutakoen goi-mailako hezkuntzarako sarbidea eta gutxiengoen hizkuntzan material akademikoen eskuragarritasuna aztertu zituen[72]. Kasu honetan, Batzordeak hezkuntzarako sarbidea (12. artikulua) eta hezkuntzaren hizkuntza, kasu honetan, gutxiengoen hizkuntza (14. artikulua), lotu zituen.

Aholku Batzordearen beste Iritzi batek, oraingoan 2014ko Eslovakiari buruzko Laugarren Iritziari[73] buruzkoak, unibertsitate mailan irakasleen prestakuntza programak garatzea eskatu zuen eta gutxiengoen hizkuntzetan irakasle kualifikatuen prestakuntzaren gabeziaren inguruko kezka adierazi zuen. Honek «behar funtzionalaren» ideia indartu zuen, non goi-mailako hezkuntza eta unibertsitate neurriak beharrezkoak diren 14. artikuluan jasotako eskubideak mantentzeko.

Geroago, Errumaniari buruzko bere Laugarren Iritzian (2017)[74], Aholku Batzordeak berretsi zuen 14. artikulua zeharka aplikatzen zaiola unibertsitateko hezkuntzari, gutxiengoen eskaera handia dagoen lekuan, 12. eta 14. artikuluak elkarrekin lotuz[75]. Batzordeak aholkuak eman zituen gu-

---

68 *Ikus* [2026-05-08].

69 *Ikus* [2026-05-10].

70 *Ibid.* 137-142. paragrafoak.

71 *Ikus* [2026-05-10].

72 *Ibid.* 172-178. paragrafoak.

73 *Ikus* [2026-05-10].

74 *Ikus* [2026-05-10].

75 *Ibid.* 120-127. paragrafoak.

ISBN: 978-84-7777-740-3

txiengoen hizkuntzetan goi-mailako hezkuntzarako aukerak zabaltzeko eta unibertsitateko sailak eta programak gutxiengoen hizkuntzetan mantentzeko.

Azkenik, Ukrainari buruzko 2017ko Laugarren Iritzian[76], Aholku Batzordeak azpimarratu zuen unibertsitateko programen garrantzia irakasleak gutxiengoen hizkuntzetan prestatzeko, eta erreformek gutxiengoen hizkuntzan hezkuntza jarraitutasuna murrizten zuten arriskuak[77].

Beraz, askatasun akademikoak zeharkako zeregina du gutxiengoen hizkuntzei eta hezkuntzari dagokienez, Hizkuntzen Gutunaren eta Esparru Hitzarmenaren arabera, biek modu zuzenagoan edo zeharkakoan babesten baitute gutxiengoen hizkuntzetan goi-mailako hezkuntza.

Aztertutako esparru juridikoek erakusten dute hizkuntza eta gutxiengoen babesa ez direla askatasun akademikoaren erdigunean kokatu historikoki, baina zeharka lotura estua dutela. Gutxiengoei dagokionez, babesaren bizkarrezurra diskriminazio eza da: Nazioarteko zuzenbidean, Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunaren 27. artikuluak babes sendoa eskaintzen du. Europar Kontseiluko esparruan, hizkuntza babesa ere diskriminazio ezaren bidez garantzen da, baina tresna espezifikoak topa ditzakegu hizkuntzak babesteko, eta gainera hizkuntza eta goi-mailako hezkuntzaren artean dagoen lotura garatzen dituzte.

Ondorioz, askatasun akademikoak —bere dimentsio indibidual eta instituzionalean— funtsezko papera izan dezake hizkuntza gutxituen babes eta garapenean, nahiz eta babes hori askotan zeharkakoa eta testuinguruaren araberakoa izan.

IV. ONDORIOAK

Atal honetan ikus daitekeen bezala, askatasun akademikoak badu hizkuntza dimentsio bat, nahiz eta nazioarteko eta europar zuzenbideko tresna nagusiek ez duten dimentsio hori modu esplizituan formulatzen. Aztertutako arau, jurisprudentzia eta doktrinatik ondoriozta daiteke hizkuntzaren auzia askatasun akademikoaren barruan txeratzen dela, bereziki adierazpen askatasunaren, hezkuntzarako eskubidearen, zientziarako eskubidearen eta gutxiengoen babesaren bidez. Aldi berean, dimentsio horrek askatasun akademikoaren konplexutasuna handitzen du, eskubide, interes publiko eta betebehar instituzional desberdinen arteko oreka eskatzen duelako.

Azterketak erakutsi du hizkuntza baten estatus juridikoak garrantzi berezia duela nazioarteko zuzenbidean, bereziki hizkuntza horretan hezkuntza

76 *Ikus* [2026-05-10].

77 *Ibid.* 152-166. paragrafoak.

edo jarduera akademikoa exijitu edo bermatu ote daitekeen ebaluatzeko orduan. Zentzu horretan, hizkuntza ofizial edo koofizial baten estatusak babes juridiko sendoagoa ahalbidetzen du. Euskararen kasuan, Euskal Autonomia Erkidegoan hizkuntza koofiziala denez, badira oinarri juridikoak euskarazko hezkuntza eta jarduera akademikoa bermatzeko eta exijitzeko. Horrek ez du esan nahi aukera hori mugagabea edo automatikoki aplikagarria denik, baina bai hizkuntza gutxitu ez-ofizialen kasuan baino babes sendoagoa duela. Era berean, ikusi dugu hizkuntzak funtsezko zeregina duela hezkuntzan eta zientzian. Hizkuntza ez da komunikazio tresna hutsa: ezagutzaren ekoizpenean, transmisioan eta komunitate akademikoen eraikuntzan parte hartzen du. Hori bereziki garrantzitsua da gutxiengo edo minorizatutako hizkuntzen kasuan, hizkuntza horien biziraupena eta garapena estuki lotuta baitaude goi-mailako hezkuntzan, ikerketan eta ezagutza zientifikoaren sorkuntzan duten presentziarekin. Goi-mailako hezkuntzatik eta zientziatik kanporatutako hizkuntzek zailtasun handiagoak izaten dituzte beren erabilera sozial osoa bermatzeko eta hiztun komunitatearen garapen osoari eusteko.

Aldi berean, ezin dugu ahaztu zientziaren eta goi-mailako hezkuntzaren funtsezko osagaietako bat ezagutzaren transferentzia eta partekatzea dela. Jardun hori, gaur egun, testuinguru erabat globalizatu batean garatzen da, eta askotan hizkuntza hegemonikoen bidez gauzatzen da. Horregatik, beharrezkoa da oreka bat bilatzea: euskararekiko atxikimendua dugun ikasle, irakasle, langile teknikari eta ikertzaileok euskararen garapena eta erabilera sustatu behar ditugu, baina aldi berean, ezin dugu alde batera utzi nazioarteko komunitate akademiko eta zientifikoarekin konektatuta egoteak duen garrantzia. Gure ideiak eta ikerketak nazioartean partekatzea funtsezkoa da ezagutza zabaltzeko; era berean, ikasleentzat ere aberasgarria da hizkuntza eta testuinguru akademiko desberdinetan trebatzeko aukera izatea, gero lanmundura prestakuntza zabalago eta lehiakorrago batekin iristeko. Erronka, beraz, ez da hizkuntza baten eta bestearen artean aukeratzea, baizik eta bien arteko oreka bidezko eraginkor bat eraikitzea.

Testuinguru horretan, espero dugu lehen azterketa honek oinarri teoriko eta juridiko batzuk eskaintzen dituela askatasun akademikoaren hizkuntza-dimentsioa euskararen kasuan sakonago ikertzeko. Izan ere, oraindik gutxi landutako gaia da, baina gero eta garrantzitsuagoa bilakatzen ari da unibertsitateen nazioartekotzearen, hizkuntza politiken eta zientziaren ebaluazio sistemen inguruan.

Euskal Herriko Unibertsitateak berak ere hainbat neurri eta politika garatu ditu hizkuntza aniztasuna eta askatasun akademikoaren hizkuntza dimentsioa sustatzeko. Alde batetik, unibertsitateak euskaraz, gaztelaniaz eta beste hizkuntza batzuetan ikerketa, sorkuntza eta ezagutzaren transferentzia egiteko mekanismoak aurreikusten ditu; adibidez, euskarazko argitalpen zientifikoak sustatzeko programen edo terminologia garapenaren ekimenen

ISBN: 978-84-7777-740-3

bidez[78]. Bestetik, EHUk neurriak ezarri ditu gutxienez bi hizkuntza ofizialetan ikasi[79], lan egin eta irakatsi ahal izatea bermatzeko, besteak beste, hizkuntza eskakizunen sistemaren, euskarazko gradu eta graduondoko eskaintzaren, irakasleen hizkuntza-prestakuntzaren eta elebitasun planen bidez[80]. Neurri horiek guztiek erakusten dute askatasun akademikoaren hizkuntza-dimentsioa eguneroko jardun instituzionalean gauzatzen den errealitate juridikoa dela, eta ez abstrakzio teoriko hutsa.

V. ERREFERENTZIAK

ARZOZ, X. (2012). «Bilingual Higher Education in the Legal Context. Group Rights», *State Policies and Globalisation:* Volume 2.

BEITER, K. D. (2023). «Why neoliberal ideology, privatisation, and other challenges make a reframing of the right to education in international law necessary». *The International Journal of Human Rights,* 27(3), 425-470. https://doi.org/10.1080/13642987.2022.2131773

BEITER, K. D., KARRAN, T., & APPIAGYEI-ATUA, K. (2016). «Yearning to Belong: Finding a Home for the Right to Academic Freedom in the U.N. Human Rights Covenants». *Intercultural Human Rights Law Review,* 11(107).

BEITER, K. D., KARRAN, T., & ROYNARD, D. (2023). «The Commercial Attack on Universities: Academic Freedom—An Orphan under the European Human Rights Framework?». En P. CZECH, L. HESCHL, K. LUKAS, M. NOWAK, & G. OBERLEITNER (eds.), *European Yearbook on Human Rights 2023* (1.ª ed., pp. 261-314). Intersentia. https://doi.org/10.1017/9781839704543.011

CAPOTORTI, F. (1979). *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities.* https://digitallibrary.un.org/record/10387/files/E_CN.4_Sub.2_384_Rev.1-EN.pdf

CERAN, O. (2026). «Common constitutionnal traditions?: A comparative perspective on academic freedom in Europe». En *Academic Freedom*. Cambridge University Press (obra original publicada en V. Kosta).

COUCK, D. (2023, enero 23). «A doctoral programme protected by the right to education in Telek and others v. Türkiye?». *More careful research required*. *Strasbourg Observers.* https://strasbourgobservers.com/2023/06/23/a-doctoral-programme-protected-by-the-right-to-education-in-telek-and-others-v-turkiye-more-careful-research-required/

DE VARENNES, F. (1994a). «Language and Freedom of Expression in International Law». *Human Rights Quarterly,* 16(1), 163. https://doi.org/10.2307/762415

DE VARENNES, F. (1996). *Language, minorities and human rights.* M. Nijhoff; Sold and distributed in the U.S.A. and Canada by Kluwer Law International.

DE VARENNES, F. (2008). «Language protection and the European Charter for Regional or Minority Languages: *Quo vadis?*». En *The European Charter for Regional or Minority Languages: Legal Challenges and Opportunities* (Council of Europe Publ.).

78 Ikus adibidez «Administraziozko eta Zuzenbideko euskara: ikuspegi jurilinguistikoa» [2026-05-07].

79 Ikus adibidez irakaskuntza eskaintza osatzeko eta baimentzeko hizkuntza irizpideak [2026-05-07].

80 Ikus: https://www.ehu.eus/eu/web/euskara [2026-05-07].

DE WITTE, B. (2008). «Introduction: Exploring a Central Pillar of the European Minority Rights System». En *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Useful Pan-European Instrument?* (eds. Verstichel, A., Alen, A., De Witte, B., Lemmens, P.).

FIALA-BUTORA, J. (2022). «Linguistic Discrimination as a Social, Legal and Human Rights Phenomenon». *Journal of Linguistics/Jazykovedný Casopis,* 73(3), 285-302. https://doi.org/10.2478/jazcas-2023-0010

GULIYEVA, G. (2013). «Education, Languages and Linguistic Minorities in the EU: Challenges and Perspectives». *European Law Journal,* 19(No2), 219-236.

HOFMANN, R. (2006). «The Framework Convention for the Protection of National Minorities: An Introduction». En *The Rights of Minorities. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ed. Weller, M.). Oxford University Press.

JIMÉNEZ-SALCEDO, J., & MOWBRAY, J. (2023). «Rights, language regimes, and language policy: An international perspective». *Just. Journal of Language Rights & Minorities, Revista de Drets Lingüístics i Minories,* 2(1), 7-9. https://doi.org/10.7203/Just.2.26544

KLAUS DIETER BEITER (2006). *The protection of the right to education by international law: Including a systematic analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights.* Martinus Nijhoff Publishers.

KOSTA, V., & PIQANI, D. (2022). «Where trade and academic freedom meet: Commission v. Hungary (LEX CEU)». *Common Market Law Review,* 59(Issue 3), 813-852. https://doi.org/10.54648/COLA2022053

KOTZMANN, J. (2018). *The human rights-based approach to higher education: Why human rights norms should guide higher education law and policy.* Oxford University Press.

KOVÁCS, K. (2025). «Academic freedom in Europe: Limitations and judicial remedies». *Global Constitutionalism,* 14(1), 138-158. https://doi.org/10.1017/S2045381724000091

MOWBRAY, J. (2013). *Linguistic justice: International law and language policy.* Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199646616.001.0001

NAGY, N., & VIZI, B. (2025). «Conceptualisation and operationalisation of minorities in international law: Past experiences and new avenues». *Hungarian Journal of Legal Studies,* 65(4), 378-404. https://doi.org/10.1556/2052.2024.00546

PALACIN MARISCAL, I. (2025). *Sociolegal perspectives of linguistic minorities in Europe: The Basque language, education and media.* Center for Basque Studies Press.

PARRY, R. G. (2010). «History, Human Rights and Multilingual Citizenship: Conceptualising the European Charter for Regional or Minority Languages». *Northern Ireland Legal Quarterly,* 61(4), 329-348.

PONOMARYOVI *v.* BULGARIA, No. 5335/05 (ECtHR 21 de junio de 2011). https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105295

PONS PARERA, E. (2008). «International Legislation and the Basque Language». En *The Legal Status of the Basque Language today: One language, three administrations, seven different geographies and a diaspora* (pp. 74-91).

ROBERTS LYER, K. (2025). *Academic Freedom as a Human Right.* https://doi.org/10.59704/c46ec42249da7ec2

STONE, A., & SCHAUER, F. F. (eds.) (2021). *The Oxford handbook of freedom of speech.* Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198827580.001.0001

ISBN: 978-84-7777-740-3

VAN DER JEUGHT, S. (2026, octubre 16). *Academic Freedom of Language: The Boriss Cilevičs Judgment and Linguistic Minorities*. Verfassungsblog. https://doi.org/10.59704/ac994996d9513d6d

WENZEL, N. (2014). «Opinion and Expression, Freedom of, International Protection». En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [MPEPIL].

WOEHRLING, J.-M. (2013). «Droit des personnes, droit des minorités, droit des langues: Les différentes techniques juridiques de protection de l'expression linguistique». En *Gestion des minorités linguistiques dans l'Europe du XXIe siècle* (éd. Carmen Alén Garabato, pp. 217-229).

ZANOLA, M. T. (2023). «Language policy in higher education». En M. GAZZOLA, F. GRIN, L. CARDINAL, & K. HEUGH, *The Routledge Handbook of Language Policy and Planning* (1.ª ed., pp. 483-496). Routledge. https://doi.org/10.4324/9780429448843-39

ZOMER, A., & BENNEWORTH, P. (2011). «The Rise of the University's Third Mission». En *Reform of Higher Education in Europe.* SensePublishers.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Las cámaras de vigilancia «aumentadas»[1] mediante la inteligencia artificial y el Derecho público francés

Maiténa Poelemans

Doctora-Investigadora
Centre de Documentation et de Recherches Européennes (CDRE)
Université de Pau et des pays de l'Adour-France

Resumen. Mediante una resolución de 30 de enero de 2026[2], el Consejo de Estado francés desestima el recurso del municipio de Niza contra una resolución de la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL). Esta última había considerado ilegal, en el estado actual del derecho, la implementación de un tratamiento algorítmico de imágenes de videovigilancia destinado a detectar «zonas de intrusión» en las entradas de los colegios. El Tribunal Supremo administrativo francés confirma así que no se puede implantar un sistema de análisis automatizado y sistemático de imágenes captadas en la vía pública sin una base jurídica específica, y que el artículo L 251-2 del Código de Seguridad Interior (CSI) no puede aplicarse en este caso. Este caso sirve de punto de partida para analizar la situación en Francia en lo que respecta a los dispositivos de videovigilancia[3] potenciados por tratamientos algorítmicos en los espacios públicos[4] y poner de relieve la necesidad de un marco jurídico para una práctica que no deja de desarrollarse. Porque, a pesar de la ausencia de una base legal que regule el uso de estas nuevas tecnologías de vigilancia, estas se han multiplicado al margen de cualquier marco legal y se hace urgente proponer uno en la próxima década. En respuesta al título general de esta obra en honor a Edorta Cobreros Mendazona, eminente profesor de Derecho administrativo, se trata, sin duda, de uno de los nuevos retos del Derecho público.

---

1 Desde un punto de vista terminológico, utilizaremos indistintamente los términos «videoprotección» y «videovigilancia», teniendo en cuenta que el Consejo de Estado emplea en su resolución el concepto de «videovigilancia» y que el Título V del Libro 2 del Código de Seguridad Interior se refiere, por su parte, a la «videoprotección».

2 CE 30 de enero. 2026, n.º 506370.

3 También se hablará de videovigilancia.

4 La prensa sacó a la luz pública el uso por parte de la policía en varias ciudades en Francia de un software VSA, «Video Synopsis» desarrollado por Briefcam, una empresa israelí. Probado desde 2015 por el Ministerio del Interior, ha sido adquirido por un centenar de ciudades para equipar a sus policías municipales. Este *software* permite rastrear a una persona en una red de cámaras utilizando datos como el número de matrícula, el color de la ropa y el reconocimiento facial en espacios públicos.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. I. El contexto.—II. La existencia de un marco jurídico de contornos difusos en torno a los dispositivos de videovigilancia en la vía pública: 1. El régimen de videovigilancia en el Derecho francés. 2. El respeto de los datos de carácter personal. 3. El control de la necesidad y la proporcionalidad.—III. La exigencia de un marco normativo específico para los dispositivos de videovigilancia: 1. Los elementos del caso. 2. Exigencia de una base legal confirmada por el Consejo de Estado.—IV. La vía de la Ley JOP como ejemplo para la elaboración de una normativa sobre el uso de las «cámaras aumentadas» en el espacio público: 1. Una experimentación más que un marco jurídico general. 2. La aplicación criticada de la Ley JOP.—V. Pistas para un marco jurídico de aplicación de las cámaras «aumentadas».—VI. Reflexión final.—VII. Bibliografía.

I. EL CONTEXTO

Desde hace algunos años, la proliferación de dispositivos de videovigilancia o videoprotección «aumentada» o «inteligente»[5] se ha convertido en una tendencia en Francia, al igual que en el resto del mundo. Su uso se ha multiplicado exponencialmente para responder a diversos objetivos, como por ejemplo llevar a cabo operaciones publicitarias dirigidas, elaborar estadísticas de afluencia y, por supuesto, mejorar la seguridad de las personas o los bienes.

La videovigilancia algorítmica se refiere al uso de tecnologías avanzadas, como la inteligencia artificial (IA) y el aprendizaje automático (*machine learning*), para analizar flujos de vídeo en tiempo real o grabados. Se refiere a dispositivos de vídeo asociados a procesos algorítmicos implementados por software que permite un análisis automático. Los sistemas de vídeo se «potencian» con capacidades de análisis de imágenes digitales, mediante la extracción de información como el reconocimiento de formas, el análisis de movimientos, la detección de objetos, etc.

Los procesos algorítmicos de análisis automatizado de imágenes se añaden a cámaras de videovigilancia preexistentes instaladas en espacios públicos y autorizadas por decreto prefectoral para los fines previstos en el Código de Seguridad Interior, o bien se implementan con dispositivos específicos.

Estos dispositivos de «vídeo aumentado» no son automáticamente dispositivos de tratamiento de datos biométricos, como los de reconocimiento facial, ya que no siempre tienen como finalidad la identificación única de las personas afectadas —es decir, su reconocimiento de una cámara a otra— y

[5] CNIL, « Caméras dites intelligentes ou augmentées dans les espaces publics - Position sur les conditions de déploiement », 19 juill. 2022.

no siempre tratan las características físicas, fisiológicas o conductuales de las personas.

Su uso se da, por supuesto, en el sector privado, pero también, cada vez más, en el sector público, que es el que nos interesa aquí. Es en parte en el ejercicio de sus funciones de policía administrativa y judicial donde las autoridades públicas, en particular las municipales, van a desarrollar su uso de diversas maneras y a dotarse de dispositivos cada vez más perfeccionados para el ejercicio de sus funciones de salvaguarda del orden público y de protección de los ciudadanos. Es el caso, por ejemplo, de situaciones que permiten sospechar la comisión de infracciones, como el estacionamiento prohibido o la circulación en sentido contrario, o de sucesos sospechosos o potencialmente peligrosos, como las aglomeraciones de personas o la presencia anormalmente prolongada en determinados lugares.

Estas cámaras denominadas «aumentadas» o «inteligentes» representan, sin duda, un valor añadido indiscutible para las fuerzas policiales, ya que ya no se limitan a grabar imágenes: analizan comportamientos, cuentan personas, detectan anomalías y, sobre todo, ante la creciente extensión de los dispositivos de videovigilancia en las ciudades, las capacidades humanas de visualización y análisis se ven ampliamente superadas por la cantidad de imágenes captadas por todas estas cámaras. El uso de tratamientos algorítmicos capaces de detectar de forma automatizada y en tiempo real eventos sospechosos predeterminados tiene por objeto subsanar estas carencias humanas.

Sin embargo, estas situaciones suponen un aumento de los riesgos para los derechos de las personas, en particular su derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. En efecto, en un sistema de videovigilancia clásico, las imágenes de las personas son visualizadas o grabadas por un número limitado de personas situadas detrás de una pantalla de control. Estas imágenes rara vez se visionan en su totalidad, sino de forma aleatoria o en el marco de una búsqueda específica. Por el contrario, las nuevas herramientas de vídeo pueden dar lugar a un tratamiento masivo de datos personales, incluidos datos sensibles.

Las personas no solo son filmadas por cámaras, sino que sus imágenes se analizan de forma automatizada para deducir, en función de probabilidades, cierta información que permita, en su caso, tomar decisiones o medidas concretas que les afecten.

Se trata, por tanto, de un riesgo de vigilancia generalizada de los ciudadanos, lo que plantea la cuestión del régimen jurídico en Francia de estos diferentes dispositivos en un enfrentamiento, como veremos, entre el derecho de la seguridad interior y el derecho a la protección de los datos personales.

ISBN: 978-84-7777-740-3

II. LA EXISTENCIA DE UN MARCO JURÍDICO DE CONTORNOS DIFUSOS EN MATERIA DE DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA EN LA VÍA PÚBLICA

En el Derecho francés, la videovigilancia está sujeta a un régimen jurídico estrictamente regulado, pero cuyas circunstancias y evoluciones dan lugar, sin embargo, a un marco a veces difuso (1). Evidentemente, debe cumplir con las disposiciones del Derecho de la UE, y más concretamente con aquellas que garantizan la protección de los datos de carácter personal (2).

1. El régimen de videovigilancia en el Derecho francés

El Código de Seguridad Interior (CSI) constituye el marco actual aplicable a la videovigilancia clásica. El artículo L 251-2 del CSI regula estrictamente la instalación de cámaras en la vía pública o en lugares abiertos al público con fines determinados. Se deriva de la ley de 21 de enero de 1995[6] y, desde su adopción, la lista de fines que justifican la instalación de cámaras en la vía pública se ha ido ampliando progresivamente y cuenta ahora con once casos, frente a los cinco iniciales[7].

Por otra parte, el artículo L. 252-1 del CSI establece que la instalación de un dispositivo de videovigilancia debe ser autorizada por el prefecto tras el dictamen de la comisión departamental de videovigilancia y ser objeto de un compromiso de conformidad ante la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL)[8].

El compromiso de cumplimiento se adjunta al expediente de solicitud de autorización presentado al prefecto, pero solo debe enviarse a la CNIL una vez que este haya concedido la autorización.

La implantación de sistemas de videovigilancia en lugares y establecimientos abiertos al público especialmente expuestos a riesgos de agresión o robo, con el fin de garantizar la seguridad de las personas y los bienes[9], fue introducida por el artículo 10 de la Ley n.º 95-73, de 21 de enero de 1995, de orientación y programación en materia de seguridad.

---

6 Loi n.º 95-73, du 21 janvier 1995, d'orientation et de programmation relative à la sécurité (LOPS).

7 Inicialmente, la videovigilancia se concibió como un medio de prevención y disuasión, pero con el recrudecimiento de la amenaza terrorista, se ha convertido en un medio de represión, ya que permite identificar a los autores de delitos y faltas o se utiliza con fines de identificación automática y sistemática. Véase, por ejemplo, el sistema de lectura automática de matrículas o el desarrollo y la generalización de las cámaras corporales para las fuerzas de seguridad, así como los drones y, por supuesto, la ley experimental de los Juegos Olímpicos, vista posteriormente

8 Artículo R. 253-7 del CSI.

9 Penúltimo párrafo del artículo L 251-2 del CSI.

En su decisión sobre dicha ley[10], el Tribunal Constitucional francés consideró que el legislador, para responder a los objetivos de valor constitucional de preservación del orden público, podía habilitar a las autoridades públicas para autorizar operaciones de videovigilancia en los lugares y establecimientos abiertos al público, siempre que dicha implementación fuera acompañada de garantías que salvaguardaran el ejercicio de las libertades individuales.

2. El respeto de los datos personales

En 1995, los autores de las demandas presentadas ante el Consejo Constitucional criticaban el artículo 10 de la Ley de 21 de septiembre de 1995 que, al establecer un régimen de autorización y uso de las instalaciones de sistemas de videovigilancia, vulneraría el ejercicio de varias libertades y derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, entre los que se encuentran la libertad individual, la libertad de circular sin vigilancia arbitraria y generalizada y el derecho al respeto de la vida privada, que implicaría un derecho al anonimato. En aquel momento, aún no se hablaba de datos de carácter personal y el juez constitucional francés reconoció la constitucionalidad del procedimiento establecido, salvo en una disposición que ha sido reformulada desde entonces.

Desde entonces, la videovigilancia es considerada por una jurisprudencia europea constante[11] como un tratamiento de datos personales. Por lo tanto, se ha vuelto imperativo adaptar el marco legal de la videovigilancia «fija» al nuevo marco jurídico relativo a la protección de datos personales que entró en vigor en 2018, derivado de las normas del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[12], de 27 de abril de 2016 y de la denominada Directiva «policía y justicia» de 27 de abril de 2016[13].

---

10 Decisión del Tribunal Constitucional, n.º 94-352, del 18 de enero de 1995.

11 TJUE, 11 diciembre 2014, C-212/13.

12 Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, *DO* L 119, del 4 de mayo de 2016, p. 1-88.

Tal y como establece el artículo L. 251-1, del Código de Seguridad Interna (CSI), los sistemas de videovigilancia deben cumplir con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), y la Ley n.º 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades (conocida como «Ley de Informática y Libertades»).

13 Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y

ISBN: 978-84-7777-740-3

Por lo tanto, el principio de salvaguardia de las libertades individuales queda establecido en el Derecho francés y queda ahora garantizado por la modificación, mediante la Ley n.º 2023-380, del artículo L. 251-1, según el cual los sistemas de videoprotección instalados para cumplir alguna de las once finalidades admitidas en el artículo L 251-2 constituyen tratamientos de datos de carácter personal y, como tales, están sujetos al régimen jurídico europeo y nacional que los protege.

De ello se deriva, para todos los sistemas de videoprotección, y con mayor razón para los de videovigilancia, la obligación de que la solicitud de autorización para la instalación de cámaras mencione una de las finalidades legales y las garantías previstas (tales como el plazo de conservación, la información al público, los agentes habilitados para visionar las imágenes, etc.).

Del examen de la jurisprudencia administrativa se desprende una posición aún vacilante por parte del juez. Esto no resulta sorprendente debido a la ausencia de un marco legal bien definido. Hasta ahora, el juez parece dudar de que la videovigilancia algorítmica esté sujeta al régimen de protección de datos personales[14]. La doctrina[15] justifica esta postura por el hecho de que la mayor parte de los asuntos juzgados lo han sido en el marco de un recurso de amparo[16]. Esta vía contenciosa, que exige una vulneración grave y manifiestamente ilegal de las libertades fundamentales, así como una urgencia caracterizada, tiende a facilitar la desestimación de las demandas.

---

a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, *DO* L 119 de 4.5.2016, p. 89.

Según el título III de la Ley de Protección de Datos (derivada de dicha directiva), los sistemas de videovigilancia pueden estar sujetos a este régimen cuando cumplen los dos criterios acumulativos previstos en el artículo 87 de la Ley de Protección de Datos: tienen por objeto la prevención y detección de delitos, la investigación y el enjuiciamiento de los mismos o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección contra amenazas a la seguridad pública y la prevención de tales amenazas. El responsable del sistema debe realizar un análisis caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, para determinar si este persigue alguno de estos fines.

2. Son puestos en marcha por una autoridad competente para estos fines. En la práctica, son pocos los servicios que constituyen autoridades competentes en el sentido de la ley. Es el caso, por ejemplo, de los servicios de la policía nacional y de la gendarmería nacional, o incluso de un alcalde. Por el contrario, el responsable de un centro educativo, por ejemplo, no es una «autoridad competente». Este régimen jurídico se aplica esencialmente a los sistemas de videovigilancia puestos en marcha por los servicios de la policía nacional y la gendarmería nacional, así como por los municipios.

14 Véase, por ejemplo: Tribunal Administratif (TA) Grenoble, 24 janvier 2025, n.º 2105328 ; TA Caen, ord., 22 novembre 2023, n.º 2303004 ; TA Lille, ord., 29 novembre 2023, n.º 231013 et 2310163.

15 Bartolucci, M. (2025), p. 75.

16 « Recours en référé-liberté », en Derecho francés.

3. El control de la necesidad y la proporcionalidad

Desde la transposición de la Directiva de 2016, los sistemas de videovigilancia deben cumplir los requisitos de necesidad y proporcionalidad. El examen de estas condiciones solo figura en la evaluación de impacto relativa a la protección de datos que debe realizar la autoridad pública responsable del tratamiento (artículo 87, Ley de 1975). Este documento se remitirá a la CNIL en la medida en que, si el análisis pone de manifiesto «un riesgo elevado en caso de que el responsable del tratamiento no adopte medidas para mitigar el riesgo» o si el tratamiento, «debido al uso de nuevos mecanismos, tecnologías o procedimientos, presenta riesgos elevados para las libertades y los derechos de los interesados». Este será el caso del uso de dispositivos de videovigilancia.

En primer lugar, el tratamiento debe ser necesario para el objetivo perseguido. La necesidad se determinará, por un lado, mediante una evaluación de la existencia o no de medios menos intrusivos que permitan alcanzar la finalidad prevista (por ejemplo, mediante sensores de vehículos en la calzada, detectores de presencia o el recurso a guardias de seguridad...) y, por otro lado, mediante la demostración de la utilidad y el rendimiento operativo del dispositivo con respecto al objetivo perseguido.

A continuación, los datos tratados no deberán exceder de lo necesario para alcanzar los fines previstos.

Por último, el responsable del tratamiento debe, en todos los casos, asegurarse de que su tratamiento no suponga una vulneración desproporcionada de la garantía que debe asegurarse en materia de privacidad y de datos personales de las personas físicas. El Tribunal Constitucional ha adoptado una interpretación estricta del principio de proporcionalidad. En su decisión 2021-834[17], relativa a la conformidad constitucional de la ley que introduce nuevas disposiciones en el CSI que permiten autorizar, en determinadas condiciones y para determinados fines, la videovigilancia de las personas detenidas o retenidas por las autoridades aduaneras, el juez constitucional instó al prefecto a *asegurarse de que el servicio no pueda emplear otros medios menos intrusivos* (...) *o de que el uso de dichos medios pudiera suponer graves amenazas para la integridad física de los agentes*. No obstante, la intervención del juez administrativo sigue dependiendo de que una o varias asociaciones de defensa de los derechos presenten un recurso de urgencia, y el control de los derechos depende, en última instancia, de la vigilancia de dichas asociaciones[18].

---

17 Decisión del Conseil constitutionnel, n.º 2021-834 DC, Loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, JORF n.º 20 du 25 janvier 2022.

18 Commission Nationale Consultative des droits de l'homme (CNCDH), Avis sur la surveillance de l'espace public, 20 juin 2024, Avis-2024-5, p. 10

ISBN: 978-84-7777-740-3

III. LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO ESPECÍFICO PARA LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA

1. Los hechos del caso

El caso que nos ocupa enfrenta al Ayuntamiento de Niza con la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL). En el marco de su política de seguridad en los centros escolares, el Ayuntamiento de Niza había implantado un sistema de videovigilancia complementado con un tratamiento algorítmico con fines de policía administrativa en las inmediaciones de varios colegios. Este sistema se basaba en la instalación de cámaras que filmaban las entradas de los centros y en un tratamiento algorítmico de las imágenes así captadas.

Este dispositivo de «cruce de línea» y «zona de intrusión» consistía en analizar y detectar, mediante un algoritmo, casos de uso predeterminados, como la entrada en una zona prohibida al público o la detección de vehículos en las proximidades de los centros escolares. Se trataba, en este caso, de espacios prohibidos o cerrados al público. De este modo, el centro de supervisión urbana recibía una alerta en tiempo real, lo que permitía la intervención de los agentes de la policía municipal.

Tras la remisión de este expediente por parte del Ayuntamiento de Niza para su consulta[19], la CNIL consideró, mediante la resolución n.º 2025-032, de 15 de mayo de 2025, que la vigilancia algorítmica de las entradas a las escuelas requiere una base jurídica, ya que implica el análisis, con fines policiales, de una parte de la vía pública. Sin embargo, precisa a continuación que el tratamiento puede llevarse a cabo, siempre que se respeten las garantías que ha establecido. Así, en aras de la proporcionalidad, la detección algorítmica debe, por un lado, limitarse únicamente a las zonas susceptibles de sufrir una intrusión y, por otro, reducir al mínimo estrictamente necesario el análisis de las personas en la vía pública.

En cuanto a las finalidades del tratamiento algorítmico, lógicamente, la CNIL ha considerado que, cuando se recurre al tratamiento algorítmico en lugares cuyo acceso está prohibido al público, las libertades fundamentales de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas no se ven afectadas y que, por lo tanto, no es necesario que se base en un texto legislativo. No es así, como en el presente caso, cuando dicho tratamiento se utiliza para detectar la presencia de vehículos estacionados cerca de colegios y, por tanto, en una parte de la vía pública, aun cuando, en principio, el estacionamiento esté prohibido en dichos lugares y el algoritmo esté configu-

19 De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Protección de Datos, debe realizarse una evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales (AIDP) y remitirse a la CNIL antes de iniciar el tratamiento de datos personales.

rado para detectar únicamente vehículos, con exclusión de cualquier persona física.

La CNIL reitera, en su resolución del 15 de mayo de 2025[20], su postura sobre las cámaras «aumentadas» en los espacios públicos, expresada en julio de 2022, y la necesidad de un marco legislativo específico[21].

Así, cuando se trata de realizar un análisis en tiempo real y automatizado de las imágenes de las cámaras de videovigilancia con vistas a una intervención inmediata de los servicios policiales o a la incoación de procedimientos administrativos o judiciales, el tratamiento algorítmico, incluso cuando su aplicación parezca legítima, debe basarse en un texto legislativo específico. En efecto, estos dispositivos de videovigilancia detectan y analizan de forma continua y en tiempo real los comportamientos y las características de las personas en un espacio abierto al público. Por lo tanto, presentan un riesgo de vigilancia generalizada en la vía pública, independientemente de que el Ayuntamiento de Niza los justifique por un aumento de los riesgos de acciones terroristas.

De hecho, el Ayuntamiento de Niza consideraba que este tratamiento se inscribía en el marco de los fines legítimos de videovigilancia previstos en el artículo L 251-2 del Código de Seguridad Interior, que autoriza la videovigilancia en la vía pública por motivos de seguridad pública.

La Autoridad de Protección de Datos consideró que, en el estado actual del derecho positivo, ninguna base legal permitía la aplicación de un tratamiento algorítmico automatizado y sistemático de las imágenes de videovigilancia captadas en la vía pública.

Para la CNIL, si bien el artículo L 251-2 del Código de Seguridad Interior autoriza efectivamente la instalación de cámaras de videovigilancia y la visualización de las imágenes por parte de operadores humanos, no prevé explícitamente la posibilidad de someter dichas imágenes a un tratamiento algorítmico automatizado. Ahora bien, según esta Autoridad, dicho tratamiento, por su carácter sistemático y su capacidad de análisis en tiempo real, constituye una vulneración cualitativamente diferente y más grave de la vida privada y de los datos personales que la simple captura de imágenes. Incluso cuando los tratamientos algorítmicos se integran en cámaras de vídeo tradicionales, el tratamiento de datos que realizan cambia la naturaleza y el alcance del vídeo previsto en el artículo L 251-2 del Código de Seguridad Interna.

---

20 CNIL, resolución n.º 2025-032, de 15 de mayo de 2025, por la que se emite un dictamen sobre las condiciones de aplicación por parte del Ayuntamiento de Niza de un tratamiento algorítmico de datos personales relativo al «cruce de líneas» y a la «zona de intrusión»

21 También lo hizo en otro asunto, CNIL, décis. n.º MED-2024-150, 15 nov. 2024, JO 5 déc. Vidéosurveillance algorithmique dans l'espace public : premières sanctions – Crichton (C.) – 8 janvier 2025 Dalloz actualité.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La única excepción del uso de tratamientos algorítmicos en cámaras de videovigilancia se sitúa en el ámbito de la policía judicial. Y para ser legal dos criterios se acumulan. El primero es el criterio temporal, ya que, dado que el uso de programas informáticos de análisis automático de imágenes se realiza «en diferido», es decir, a partir de imágenes ya grabadas, el *software* entra en el ámbito de aplicación del artículo 230-20 del Código de Procedimiento Penal y de su calificación jurídica como software de cotejo judicial. El segundo criterio acumulativo reside en el objeto de la utilización, es decir, en el marco de las necesidades de la policía judicial. La CNIL también ha llegado a la misma conclusión, subrayando que el uso de la videovigilancia algorítmica en diferido en el marco de las investigaciones de la policía judicial (salvo en el caso de un uso puramente estadístico) es uno de los únicos posibles en el estado actual del derecho. Por el contrario, todos los demás son, por tanto, ilegales.

El recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Niza contra el dictamen de la CNIL llevó al Consejo de Estado a confirmar la posición de la Autoridad en cuanto a la exigencia de una base jurídica para cualquier dispositivo de videovigilancia que constituya un tratamiento algorítmico de datos de carácter personal.

2. Requisito de una base jurídica confirmado por el Consejo de Estado

Así pues, hasta la fecha, ninguna disposición del CSI regula las condiciones de aplicación de los dispositivos de «vídeo aumentado». Esto no implica que los dispositivos de captura y análisis automatizado de imágenes se consideren, por principio, ilícitos. Nada en sus disposiciones prohíbe el despliegue de otras herramientas, ya que su finalidad es regular únicamente los dispositivos que entran dentro de su ámbito de aplicación.

Por el contrario, las cámaras reguladas por el CSI no están autorizadas de facto a utilizar tecnologías de vídeo aumentado, ni siquiera para los fines que motivaron su implantación. De hecho, el legislador solo pretendía regular mediante el CSI los dispositivos de vídeo «simples» que no captan sonido y no están equipados con algoritmos de análisis automático.

Sin embargo, en virtud del artículo 34 de la Constitución francesa, solo una ley puede autorizar y regular específicamente estos nuevos sistemas de vigilancia, ya que son:

— los más intrusivos y susceptibles de afectar «a las garantías fundamentales de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas»;
— y porque tienen carácter regio, ya que son implantados por las autoridades públicas con fines de policía administrativa o de policía judicial

en el espacio público, en particular para la detección y persecución de infracciones.

Según el Consejo de Estado, en su resolución de 30 de enero de 2026, si bien el Código de Seguridad Interior permite la implantación de sistemas de videovigilancia en la vía pública (art. L 251-2), no puede interpretarse, dada su omisión al respecto, que autorice el uso de algoritmos que permitan un análisis sistemático y automatizado de las imágenes así recopiladas en espacios públicos. Y añade que, por otra parte, ningún otro texto del Derecho francés autoriza la implementación de tales tratamientos. En efecto, si bien el uso de la inteligencia artificial en el análisis de las imágenes captadas se inscribe en la continuidad de la videovigilancia, cambia sin embargo su naturaleza. La CNIL lo afirma en su posición sobre las cámaras aumentadas de 2022, y el Consejo de Estado lo confirma.

Esta jurisprudencia se mantiene constante[22], como en este último caso en el que se cuestionaba el uso de desarrollos del sistema de videovigilancia mediante inteligencia artificial, consistentes, en particular, en permitir, con el fin de facilitar el tratamiento de las imágenes, una clasificación de los peatones que circulan por las zonas definidas y muy transitadas que constituyen el puerto de Vannes y la plaza Gambetta, según tipologías relacionadas con su tamaño, su forma, su vestimenta o su equipamiento, o incluso su comportamiento físico (sentados, de pie, caminando, corriendo...).

Por lo tanto, debido al uso de sistemas de inteligencia artificial, implicaban necesariamente la aplicación de tratamientos algorítmicos que permitieran analizar de forma sistemática y automatizada las imágenes recopiladas en espacios públicos. En consecuencia, y aun cuando el despliegue de estos tratamientos fuera limitado, experimental, con la posibilidad de que el municipio renunciara a ellos y, por lo tanto, proporcionado al objetivo perseguido de prevenir daños a personas y bienes, se considera ilícito, a falta de disposición legislativa, en la medida en que se trata de la adaptación de la arquitectura del sistema de videovigilancia del municipio de Vannes a los avances en inteligencia artificial.

IV. LA LEY JOP[23] COMO MODELO PARA LA ELABORACIÓN DE UNA NORMATIVA SOBRE EL USO DE «CÁMARAS AUMENTADAS» EN EL ESPACIO PÚBLICO

En su referencia a la Ley JOP n.º 2023-380, de 19 de mayo de 2023, relativa a los Juegos Olímpicos y Paralímpicos (JOP), la CNIL recordaba

22 Cour administrative d'appel, Nantes, 4e chambre, 6 Mars 2026 – n.º 24NT01809.

23 Loi n.º 2023-380 du 19 mai 2023 relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions, *JORF* n.º 116, du 20 mai 2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que el legislador, al querer autorizar temporalmente dichos dispositivos en el contexto de los Juegos Olímpicos de 2024, tuvo que adoptar una disposición específica. Esta intervención legislativa expresa demostraría que el análisis algorítmico de imágenes de videovigilancia no puede ser el resultado de una simple interpretación extensiva de los regímenes jurídicos existentes, sino que requiere una habilitación legal específica.

Para contextualizar la referencia a este instrumento legislativo, recordemos que los JOP de París fueron el catalizador para que el uso y tratamiento de las cámaras de videovigilancia entrara en un marco legal. La principal razón presentada por el gobierno de la época es que «es físicamente imposible ver en directo todas las imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia». A modo de ejemplo, el plan de videovigilancia de la policía de París se basaba, en 2020, en 3.762 cámaras pertenecientes a la prefectura de policía y 37.800 cámaras pertenecientes a terceras autoridades.

Así pues, en una ley más general, la Ley JOP 2024, n.º 2023-380, de 19 de mayo de 2023, se integraron disposiciones relativas a la autorización y supervisión de las cámaras de videovigilancia, con carácter experimental y, en principio, temporal, con vistas a la seguridad de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de 2024.

El artículo 10 de la Ley autoriza así el uso de tratamientos algorítmicos, con carácter experimental y durante un período de tiempo limitado, habiendo finalizado la experimentación el 31 de marzo de 2025. Regula estrictamente el uso de estos tratamientos algorítmicos.

Esta disposición da prioridad al marco experimental frente a la creación de un marco jurídico permanente (1.). La experimentación, que finalizó el 31 de marzo de 2025, fue objeto de un informe de evaluación, en el que participaron parlamentarios, que se remitió a la CNIL y se publicó en línea. Su aplicación sigue siendo controvertida (2.).

1. Una experiencia piloto en lugar de un marco jurídico general

La Ley francesa n.º 2023-380, aprobada con motivo de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de París 2024, estableció un marco experimental y temporal de videovigilancia algorítmica, destinado a reforzar la seguridad de eventos especialmente expuestos a riesgos terroristas o amenazas graves para la seguridad de las personas. El tratamiento algorítmico de imágenes solo podía utilizarse para detectar, en tiempo real, situaciones previamente determinadas susceptibles de revelar dichos riesgos, con el fin de alertar a las autoridades competentes —especialmente a la policía nacional y a los servicios de seguridad de la SNCF y de la RATP— para que adoptaran las medidas necesarias.

El decreto n.º 2023-828[24] precisó los supuestos que autorizan el uso de estos algoritmos, limitándolos a ocho categorías: detección de objetos abandonados, presencia de armas, circulación en sentido prohibido, intrusión en zonas sensibles, caídas de personas, movimientos de multitudes, densidad excesiva de personas y detección de incendios. En contrapartida, el legislador excluyó expresamente cualquier sistema de reconocimiento facial o identificación biométrica, tanto en tiempo real como diferido, en línea con las exigencias europeas derivadas de lo que era en ese momento el futuro AI Act.

El régimen jurídico de la videovigilancia algorítmica se caracterizó por importantes garantías: limitación temporal de la experimentación, autorización prefectoral motivada y proporcional, duración máxima de treinta días renovables, obligación de informar al público mediante señalización visible, prohibición de interconexión con otros tratamientos de datos personales y mantenimiento de un control humano permanente sobre las decisiones operativas. Asimismo, la conservación de los datos debía limitarse al tiempo estrictamente necesario y la CNIL fue investida de amplios poderes de supervisión y sanción.

La constitucionalidad del dispositivo fue validada por el Tribunal Constitucional en su decisión n.º 2023-850 DC, de 17 de mayo de 2023[25]. El recurso interpuesto por más de 60 diputados contra el proyecto de ley ante el Tribunal Constitucional dio lugar a la resolución de este último, en la que formuló varias reservas de interpretación respecto a la declaración de conformidad de varios artículos, entre ellos el artículo 10 y, más concretamente, sus disposiciones sobre el tratamiento algorítmico de imágenes captadas mediante videovigilancia o drones.

Los riesgos de violación de las garantías fundamentales, objeto del recurso eran varios. En primero, el hecho que las disposiciones propuestas no garantizaban suficientemente la libertad de circulación, el derecho de manifestación, la libertad de opinión y el derecho a la vida privada. En segundo, se consideraba el ámbito de aplicación demasiado amplio, ya que no

---

24 Décret n.º 2023-828 du 28 août 2023 relatif aux modalités de mise en œuvre des traitements algorithmiques sur les images collectées au moyen de systèmes de vidéoprotection et de caméras installées sur des aéronefs, pris en application de l'article 10 de la loi n.º 2023-380, du 19 mai 2023, relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions, *JORF* n.º 200, du 30 août 2023.

Dicho decreto necesitaba un dictamen previo de la Comisión Nacional de Informática y Libertades, Délibération n.º 2022-118, du 8 décembre 2022, portant avis sur un projet de loi portant sur les jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 (demande d'avis n.º 22017438). El Gobierno también podía organizar una consulta pública en Internet en el marco de la preparación del decreto, pero no uso de esta oportunidad de participación ciudadana.

25 Décision du Conseil constitutionnel n.º 2023-850 DC, du 17 mai 2023, *JORF* n.º 0116, du 20 mai 2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

se limitaría a los acontecimientos relacionados con los Juegos Olímpicos. En tercero, la detección de determinados acontecimientos conduciría necesariamente al tratamiento de datos biométricos, lo que está prohibido por la ley. Y por fin, el hecho que las disposiciones del futuro artículo 10 vulnerarían el principio de igualdad ante la ley, ya que los criterios en los que se basa el tratamiento algorítmico no excluirían toda discriminación.

En su decisión del 17 de mayo de 2023**,** el juez constitucional se basa sobre la prevención de los atentados al orden público para permitir al legislador autorizar la experimentación de videovigilancia (el artículo 252-1 del Código de Seguridad Interior ya prevé que el prefecto puede autorizar la instalación de sistemas de vídeovigilancia en la vía pública o en lugares abiertos al público), pero *la aplicación de estos sistemas de vigilancia debe ir acompañada de garantías particulares para salvaguardar el derecho al respeto de la vida privada*, y en particular la necesidad y la proporcionalidad[26].

No obstante, el Tribunal formuló varias reservas interpretativas, insistiendo especialmente en la prohibición de cualquier tratamiento biométrico, la necesidad de proporcionalidad y el mantenimiento de un control humano efectivo.

2. La aplicación criticada de la ley JOP

Durante los Juegos Olímpicos de París 2024, aproximadamente 15.000 cámaras equipadas con algoritmos fueron desplegadas en estadios, infraestructuras de transporte y zonas sensibles. Los sistemas permitieron detectar comportamientos anómalos, gestionar flujos de multitudes, prevenir intrusiones y reforzar la coordinación entre operadores de transporte y fuerzas de seguridad. Las autoridades afirmaron igualmente que el tratamiento de los datos se realizó conforme al RGPD y que las imágenes fueron eliminadas una vez finalizada su utilidad operativa.

Sin embargo, la experimentación suscitó fuertes críticas doctrinales[27] y asociativas. Diversas organizaciones de defensa de las libertades fundamentales —como Amnesty International, La Quadrature du Net, la Ligue des droits de l'Homme, CNCDH[28] o Human Rights Watch— denunciaron el riesgo de instaurar una vigilancia masiva y permanente del espacio público. Las principales objeciones se centraron en dos cuestiones: por un lado, el

26 Lequesne, C. (2024), 158.

27 Véase, por ejemplo, Christon C. (2023) ; Seruga-Cau (E.) (2023).

28 La Comisión Nacional consultativa de los derechos humanos (CNCDH) también exprimió sus temores en cuanto al respeto de los derechos y las libertades de los individuos en un dictamen del 20 de junio de 2024 CNCDH, Dictamen 1-2024-5, del 20 de junio de 2024, comentado por M. Musson (2024).

carácter supuestamente temporal de la experimentación, percibido como un posible preludio a una generalización definitiva del dispositivo; y, por otro, la frontera incierta entre análisis comportamental y tratamiento biométrico, en la medida en que los algoritmos analizan posturas, movimientos y comportamientos susceptibles de individualizar indirectamente a las personas.

La cuestión de los controles institucionales ocupó igualmente un lugar central. Además de la CNIL, la Agencia Nacional de Seguridad de los Sistemas de Información (ANSSI) fue asociada al control técnico y de ciberseguridad de los sistemas algorítmicos, especialmente para garantizar la integridad y fiabilidad de los tratamientos desarrollados por terceros operadores.

Finalmente, el informe de evaluación publicado en enero de 2025 reveló resultados técnicos desiguales. Mientras que ciertos usos —como la detección de intrusiones o de densidades anormales de personas— fueron considerados satisfactorios, otros mostraron limitaciones importantes, especialmente en espacios abiertos, con baja iluminación o respecto a la identificación de objetos abandonados. El comité de evaluación subrayó igualmente los riesgos de habituación social a tecnologías de vigilancia intrusivas y recordó que la eventual perpetuación del sistema constituye, ante todo, una decisión política que exige un equilibrio constante entre eficacia de la seguridad y protección de los derechos fundamentales. La prueba piloto, que finalizó el 31 de marzo de 2025, se va a repetir[29]: el artículo 35 del Proyecto de Ley relativo a la organización de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de 2030, actualmente en fase de examen.

En su sentencia de 30 de enero de 2026, el Consejo de Estado hace referencia a la Ley JOP y considera que, cuando el legislador tuvo la intención de autorizar un dispositivo de videovigilancia «aumentada», lo hizo mediante una disposición específica y detallada. Esta intervención explícita confirma que dicho tratamiento no puede derivarse de una interpretación extensiva de los textos existentes.

V. PISTAS PARA UN MARCO JURÍDICO DE IMPLEMENTACIÓN DE LAS CÁMARAS «AUMENTADAS»

Mediante su resolución de 30 de enero de 2026, el juez administrativo podría llamar la atención del legislador sobre la necesidad de dotar de un régimen jurídico claro al uso cada vez mayor de los sistemas de videovigilancia con procesamiento algorítmico para la vigilancia de los espacios pú-

29 Como lo exprime Matthios (F.) (2023), «La CNIL considera que la implantación de estos dispositivos, aunque sea a título experimental, supone un punto de inflexión que contribuirá a definir el papel que se asignará a estas tecnologías en nuestra sociedad».

ISBN: 978-84-7777-740-3

blicos. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa y la CNIL ya aportan algunos elementos de respuesta sobre la «viabilidad jurídica»[30] de los distintos usos que suelen hacer los ayuntamientos para garantizar la vigilancia.

La primera cuestión que hay que plantearse será la de la prohibición de estos tratamientos o su licitud, siempre que se respeten determinadas condiciones. Todo apunta a que la elección ya no es una opción y que habrá que adaptarse a estos nuevos dispositivos. El uso creciente por parte de las autoridades públicas de estos innovadores instrumentos de seguridad, a pesar de que aún no existe una base legal, sugiere una tolerancia de su uso siempre que no supongan una vulneración demasiado evidente de los derechos y libertades públicas.

Queda, pues, por construir un marco jurídico y esbozar una serie de condiciones y criterios.

Será fundamental determinar las «garantías» a las que se refiere el Tribunal Constitucional en su resolución sobre el control de la Ley JOP[31]. El respeto de la protección de los datos personales es evidente, en la medida en que los dispositivos de videovigilancia captan y analizan datos, en particular imágenes que permiten identificar a las personas[32]. Su uso debe y deberá respetar la normativa derivada del Derecho europeo en materia de datos personales y los principios fundamentales de la normativa sobre protección de datos personales.

Cualquier sujeto que desee implementar un sistema de vídeo «aumentado» deberá basarse en una evaluación caso por caso. Si bien ninguna base jurídica se excluye o se privilegia por principio, la base jurídica del «interés legítimo» no debe conducir a un desequilibrio manifiesto entre los intereses perseguidos por el usuario de un dispositivo de vídeo «aumentado» y las expectativas razonables de las personas (por ejemplo, una tienda que analizara el estado de ánimo de los clientes para mostrarles anuncios adaptados). De manera más general, es necesario demostrar previamente la proporcionalidad (es decir, las condiciones de aplicación del dispositivo en relación con los objetivos perseguidos) del dispositivo previsto.

En este sentido, deben implementarse mecanismos eficaces de protección de datos y de la privacidad desde el diseño (*privacy by design*) para reducir los riesgos para las personas afectadas. Unas garantías sólidas con-

---

30 Bartolucci, M. (2025), p. 74.

31 En su resolución n.º 2023-850 DC, de 17 de mayo de 2023, relativa a la Ley sobre los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de 2024 y que contiene otras disposiciones diversas, consid. 33, el juez constitucional ha destacado que «la aplicación de tales sistemas de vigilancia debe ir acompañada de garantías específicas que protejan el derecho al respeto de la vida privada».

32 Beaujard, V. (2023).

sisten, por ejemplo, en integrar medidas que permitan la supresión casi inmediata de las imágenes originales o la generación de información anónima.

Otra vía a seguir será sin duda la imposibilidad de superponer cualquier técnica de reconocimiento facial directamente sobre las imágenes de videovigilancia. La ley experimental de 2023 ya había prohibido explícitamente esta técnica[33] y el juez administrativo se ha mantenido firme en su postura de prohibir sistemáticamente que esta funcionalidad no esté desactivada en los programas informáticos utilizados por las cámaras de videovigilancia algorítmica[34].

VI. REFLEXIÓN FINAL

Por su decisión de 30 de enero de 2026, el Consejo de Estado confirma el análisis de la CNIL al calificar jurídicamente el dispositivo controvertido como un tratamiento automatizado y sistemático. Considera así que el análisis algorítmico de los flujos de vídeo no constituye una simple modalidad técnica del régimen de videovigilancia previsto en el artículo L 251-2 del Código de Seguridad Interior. Debido a su carácter sistemático y realizado en tiempo real, este dispositivo modifica profundamente la naturaleza y la intensidad de la vigilancia ejercida; por tanto, no puede considerarse implícitamente autorizado por el marco jurídico existente.

En un segundo momento, el juez administrativo examina la existencia de una base legal susceptible de autorizar dicho tratamiento. Confirma entonces que el artículo L 251-2 del Código de Seguridad Interior no puede interpretarse como una autorización implícita del análisis algorítmico automatizado de imágenes. El Consejo de Estado concluye así que es necesaria una intervención del legislador y constata la ausencia, hasta la fecha, de una base jurídica específica.

Esta decisión ilustra una concepción exigente del principio de legalidad aplicado a las tecnologías de vigilancia. Al calificar el análisis algorítmico como una afectación autónoma de las libertades y no como un simple perfeccionamiento técnico, el Consejo de Estado rechaza un enfoque estric-

---

33 El artículo 10 establece que «[l]os tratamientos mencionados en el apartado I del presente artículo no utilizan ningún sistema de identificación biométrica, no tratan ningún dato biométrico y no emplean ninguna técnica de reconocimiento facial. No pueden realizar ningún cotejo, interconexión ni relación automatizada con otros tratamientos de datos personales».

34 No obstante, el reconocimiento facial se utiliza, aunque bajo un estricto control, en dos casos concretos en el ámbito policial: el Decreto n.º 2016-414, de 6 de abril de 2016, por el que se modifica el tratamiento automatizado de datos de carácter personal «PARAFE», y el artículo R 40-26 del Código de Procedimiento Penal sobre el Tratamiento de Antecedentes Judiciales (TAJ).

ISBN: 978-84-7777-740-3

tamente técnico reduciría la automatización a una modalidad de ejecución neutra. Por el contrario, afirma que esta tecnología transforma sustancialmente la naturaleza de la vigilancia, lo que justifica un marco jurídico específico.

La posición del juez se inscribe en la continuidad de la jurisprudencia constitucional y europea atenta a prevenir los riesgos de una vigilancia generalizada incompatible con los valores democráticos. Asimismo, consagra el papel central del legislador en la conciliación entre los imperativos de seguridad y la protección de las libertades fundamentales: cuando una innovación tecnológica modifica de manera significativa la naturaleza y el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales, solo el legislador puede, tras un debate democrático, autorizar su despliegue y fijar sus garantías.

A pesar de la ausencia actual de un marco jurídico completo en el Derecho francés relativo a la vigilancia algorítmica de los espacios públicos, el asunto examinado por el Consejo de Estado revela que ciertas colectividades territoriales ya recurren a tratamientos algorítmicos en el marco de una vigilancia cotidiana, fuera de cualquier acontecimiento particular y sin fundamento legislativo explícito. Esta decisión constituye una nueva prueba de la urgencia de adoptar una legislación respetuosa de las garantías fundamentales de la vida privada y de la protección de los datos personales. Se espera también mucho de la reglamentación sobre inteligencia artificial[35] después de la adopción del texto de la Unión Europea del 13 de junio de 2024.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CNIL, « Caméras dites intelligentes ou augmentées dans les espaces publics - Position sur les conditions de déploiement », 19 juill. 2022.

BARTOLUCCI, M. (2025). « Le juge administratif et la surveillance algorithmique des espaces urbains », *Revue Justice Actualités,* n.° 30, Ecole Nationale de la Magistrature, 72-77.

BEAUJARD, V. (2023). « Vie privée et caméras augmentées », *La Semaine Juridique Administration et Collectivités Territoriales,* n.° 48, LexisNexis, act.710.

CRICHTON, C. (2025). « Vidéosurveillance algorithmique dans l'espace public : premières sanctions sur la décis ». *CNIL,* n.° MED-2024-150, 15 nov. 2024, JO 5 déc. Dalloz actualité, 8 janvier 2025, Dalloz.

[35] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 300/2008 (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), *DO* 12 de julio de 2024.

MATTHIOS, F. (2023), « Le Parlement autorise une expérimentation de caméras dites " augmentées " : enjeux et garanties », *Revue Pratique de la Prospective et de l'Innovation,* Dalloz, Dossier 5.

LEQUESNE, C. (2024), « L'encadrement des technologies de surveillance des foules : réflexions sur la démocratie numérique dans l'espace public, B. FRYDMAN, N. GENICOT (dir.), *L'intelligence artificielle face à l'état de droit,* Bruylant, pp. 139-161.

MUSSON, M. (2024). « Vidéosurveillance de l'espace public : alerte et recommandations de la CNCDH », *Dalloz Actualité,* IP/IT et Communication du 12 juillet, Dalloz.

SERUGA-CAU, E. (2023), « L'utilisation de " caméras augmentées " dans l'espace public ou comment innover sans (trop) surveiller », *Communication Commerce électronique,* n.º 7-8, Lexis Nexis, étude 14.

Determinación de la fecha límite para valorar los méritos en el concurso-oposición de acceso a la función pública

Merezimenduak baloratzeko epemuga zehaztea funtzio publikora iristeko lehiaketa-oposizioan

Eunate Prieto Etxano

Doctora en Derecho
Profesora agregada de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

Resumen. De acuerdo con la doctrina casacional de la STS 1594/2019, cuando las bases de una convocatoria no determinan la fecha límite a tener en cuenta para la valoración de los méritos alegados y acreditados por los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso-oposición, los tribunales calificadores no pueden fijarla en un momento posterior a la fase de oposición; por tanto, la fecha *ad quem* debe ser la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias. Nuestra opinión es crítica con esta interpretación, en la medida que aplica en el acceso a la función pública la normativa prevista para la provisión. Nos parece más correcta la doctrina de la STSJCV que casa el Tribunal Supremo, y la precedente doctrina que no tenía duda de la valoración de los méritos, inescindiblemente unidos a la convocatoria, en los procesos de provisión de puestos de trabajo. Sin embargo, en los procedimientos de acceso a la función pública (mediante el sistema de concurso-oposición) lo que primaba era el momento de valoración de los méritos una vez superada la oposición y, por consiguiente, hasta tal momento se permitía la acreditación y valoración de los méritos, siempre que las bases de la convocatoria no dispusiesen otra cosa.

Palabras clave. Acceso función pública, concurso-oposición, fecha límite valoración méritos, tribunal calificador, doctrina objetiva de interés casacional.

Laburpena. Auzitegi Gorenaren 1594/2019 epaian finkatutako kasazio-doktrinaren arabera, deialdi bateko oinarriek, lehiaketa-oposizio bidez deitutako hautaketa-prozesuetako probetan, izangaiek alegatu eta egiaztatutako merezimenduak baloratzeko kontuan hartu beharreko epemuga zehazten ez dutenean, epaimahai kalifikatzaileek ezin dute oposizio-fasearen ondoren ezarri; hortaz, «ad quem» data eskabideak aurkezteko deialdian finkatutakoa izan behar da. Gure iritzia kritikoa da interpretazio horrekin, funtzio publikora iristeko, lanpostuak betetzeko aurreikusitako araudia aplikatzen baitu. Zuzenagoa iruditzen zaigu Auzitegi Gorenak kasatzen duen Valentziako Autonomia Erkidegoko JANren doktrina, baita aurreko doktrina ere, zalantzarik ez zuena lanpostuak betetzeko prozesuetan deialdiari hertsiki lotuta dauden merezimenduen balorazioari buruz. Alabaina, funtzio publikora iristeko prozeduretan (oposizio-lehiaketa sistemaren bidez), oposizioa gainditu ondoren merezimenduak baloratzeko unea lehenesten zen eta, beraz, une horretara arte merezimenduak egiaztatu eta baloratzeko aukera ematen zen, betiere deialdiaren oinarriek besterik xedatzen ez bazuten.

Gako-hitzak. Funtzio publikora iristea, oposizio-lehiaketa, merezimenduak baloratzeko epemuga, epaimahai kalifikatzailea, kasazio intereseko doktrina objektiboa.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. I. Introducción.—II. ¿Cuando las bases guardan silencio, hasta cuándo se deben valorar los méritos? La doctrina casacional de la STS 1594/2019: 1. En primera instancia, ¿qué dice el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Alicante? 2. En apelación, ¿por qué el Tribunal Superior de Justicia de Valencia revoca la sentencia del Juzgado? 3. En la preparación del recurso de casación, ¿en qué punto radica el interés casacional objetivo? 4. La doctrina de interés casacional, objetivo del Tribunal Supremo: STS 1594/2019, de 15 de noviembre.—III. ¿La fecha límite de valoración de méritos debe ser única en cada convocatoria?—IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En los procesos selectivos de acceso a la función pública si el sistema es el de concurso de méritos su fecha tope de evaluación no plantea problema alguno, porque siempre se anuda al momento de finalización para la presentación de las instancias. Sin embargo, en el sistema de concurso-oposición, en el que la evaluación de los méritos se realiza finalizada la oposición, y solamente para quienes las superen, se ha abordado con frecuencia la cuestión relativa a cuál debe ser la fecha límite o *ad quem* a considerar por el tribunal calificador a los efectos de valorar los méritos de los aspirantes, siempre y cuando las bases de la convocatoria no la determinen con precisión.

Así, cuando las bases guardan silencio por no haber determinado dicha fecha de referencia, lo más habitual es que se valoren los méritos teniendo en cuenta alguna fecha máxima como, por ejemplo, la fecha de preclusión para la presentación de las solicitudes, la fecha en la que el tribunal lo determine u otra distinta combinando lo que las bases determinen y lo que el tribunal calificador estime oportuno, y procedente, conforme a Derecho.

Cuando los méritos han de ser acreditados en el momento de presentar las instancias, lo razonable sería valorarlos tomando como referencia la fecha de vencimiento de tal plazo. De no hacerlo así, podrían ponerse en entredicho principios como el de: transparencia y publicidad, igualdad y no discriminación, mérito y capacidad, imparcialidad, independencia del tribunal calificador y, en general, la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como la seguridad jurídica.

¿Qué sucedería si, por ejemplo, se demorase la efectiva valoración de los méritos como consecuencia de la demora de los exámenes de la fase de oposición? ¿Y si una vez finalizada la oposición, el tribunal calificador notificara a los aspirantes que tomará ese momento temporal como tope para la valoración de los méritos? ¿Y si el tribunal decidiera considerar otra fecha posterior a ese momento? Lógicamente, ello podría permitir que los aspirantes añadiesen nuevos méritos no necesariamente obtenidos con anterioridad a presentar las solicitudes, pero que valorasen la realidad de su capaci-

dad en cuanto a sus méritos académicos, profesionales o de conocimiento de lenguas en el momento previo a su valoración, y tras la superación de la oposición. De hecho, lo que en todo caso parece que conviene evitar es que el tribunal calificador decida cuando establecer la fecha límite de valoración de los méritos, tras ser aportados y acreditados por los aspirantes. Por lo tanto, es posible que los méritos, legalmente, se acrediten —y justifiquen— una vez finalizada la oposición, cuando así lo determinen las bases de la convocatoria, de conformidad con el plazo que al efecto conceda el tribunal calificador.

Por lo tanto, ante la variabilidad de situaciones, habrá que examinar lo que dispongan las bases de la convocatoria y, en su interpretación, lo que decida el tribunal calificador, decisión que si es posible debería ser comunicada a los aspirantes y publicada antes de la aportación de los méritos, a fin de que todo aspirante pueda conocer con igualdad, claridad y trasparencia las condiciones y la fecha tope para la valoración de los méritos en el concurso a celebrar normalmente una vez finalizada la oposición. El objeto del presente trabajo es reflexionar sobre el momento de valoración de los méritos en el acceso al empleo público, desde la experiencia práctica aportada, en primer lugar, por el caso en el que el Tribunal Supremo fija doctrina casacional —STS 1594/2019, en la que se determina la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes cuando las bases guardan silencio— previo análisis de las circunstancias singulares, historia o *iter* procesal del caso. En segundo lugar, se va a analizar otro supuesto en el que se aplica tal doctrina casacional por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pero con la singularidad de que en tal caso el tribunal calificador aplica por una parte la doctrina casacional, pero a la vez (en interpretación de las bases) el tribunal permite la valoración de algún merito más allá de la fecha en que finaliza la oposición. Es decir, que claramente el supuesto de hecho es distinto al analizado por el Tribunal Supremo.

II. ¿CUANDO LAS BASES GUARDAN SILENCIO, HASTA CUÁNDO SE DEBEN VALORAR LOS MÉRITOS? LA DOCTRINA CASACIONAL DE LA STS 1594/2019

La STS 1594/2019, de 15 de noviembre[1], dando respuesta a la cuestión sometida para la fijación de doctrina casacional, declaró que cuando las bases de la convocatoria, guarden silencio, y no determinen la fecha límite a tener en cuenta a los efectos de la valoración de los méritos alegados y acreditados por los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso-oposición, los tribunales calificadores no pueden fijarla en un momento posterior a la fase de oposición. Por tanto, la

[1] ECLI:ES:TS: 2019:3706, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª (Rec. 2810/2017).

ISBN: 978-84-7777-740-3

fecha *ad quem* debe ser la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias.

Esta doctrina casacional conllevó la estimación del recurso de casación, admitido a trámite mediante ATS 12253/2017[2], y preparado contra la STSJ de la Comunidad Valenciana 93/2017[3]. La anulación de esta última Sentencia —que, a su vez, revocaba la SJCA de Alicante n.º 4/2014— implica la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a dos resoluciones del Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant[4]. A continuación, se procede al análisis detallado de los citados pronunciamientos judiciales.

1. En primera instancia, ¿qué dice el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Alicante?

La Sentencia 4/2014, de 8 de enero, dictada por el Juzgado n.º 4 de Alicante —sobre la base de lo resuelto por la previa Sentencia de 229/2013, de 29 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Alicante (dictada en el procedimiento abreviado 365/2012)[5]— estimó completamente el recurso contencioso-administrativo n.º 441/2013 interpuesto por la representación procesal de la recurrente frente a dos resoluciones del Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant: la n.º 2013/1567, de 18 de junio, que inadmitía el recurso de alzada interpuesto frente al acuerdo de 29-05-201 y, la n.º 2013/1825, de 17 de julio, que desestimaba el recurso de alzada interpuesto frente a dos acuerdos de 29-05-2013 y de 20-06-2013.

Las resoluciones recurridas se dictaron en el marco de un proceso selectivo (convocado por dicho Ayuntamiento en noviembre de 2010) para el acceso a dos plazas de Técnico de Administración General. En dicho procedimiento de selección la singularidad radica en que, desde la fecha de finalización de presentación de instancias (el 17-01-2011)[6], hasta el inicio de

---

2 ECLI:ES:TS: 2017:12253A, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª (Rec. 2810/2017).

3 ECLI:ES: TSJCV: 2017:240, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª (Rec. 130/2014).

4 ECLI:ES: JCA: 2014:2515, JCA n.º 4 de Alicante (Rec. 441/2013).

5 Aunque se refería a otro proceso selectivo (para la selección de 3 plazas de auxiliares administrativos), se suscitaba la misma problemática en relación con la fecha límite en que debía quedar establecida la valoración de los méritos alegados en la fase de concurso.

6 Las bases específicas de la convocatoria se publicaron en el *Boletín Oficial de la Provincia de Alicante* (*BOPA*) n.º 220, de 17 de noviembre de 2010 (Edicto, pp. 54-57); y previamente, las bases generales que regulaban los procesos selectivos en el Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant se hicieron públicas en el *BOPA* n.º 79, de 29 de abril de 2010 (Edicto, pp. 27-33). Un extracto de la convocatoria se publicó asimismo en el *Diario Oficial de la Comunidad Valenciana* n.º 6414, de 10 de diciembre de 2010. Y finalmente, mediante Resolución de 15 de diciembre, se hizo público el anuncio de la convocatoria en el *BOE* de 27

la fase de oposición trascurrieron 28 meses. Y, tras finalizar la fase de oposición, el tribunal calificador informó su decisión de valorar los méritos de los aspirantes (fase de concurso), no tomando en consideración la fecha de presentación de instancias, 30 meses antes, sino la de dos años y medio después. Con esa decisión, el tribunal calificador permitió que, durante esos 30 meses, todos los aspirantes sumaran nuevos méritos que no tenían al tiempo de la convocatoria. Pero había quien sumaba más puntos porque trabajaba como interino en una plaza de TAG, frente a quien lo hacía como administrativa.

Pues bien, la Sentencia 4/2014 del Juzgado n.º 4 de Alicante decretó la nulidad de los acuerdos impugnados en vía administrativa por no ser conformes a Derecho; y ordenó al Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant que sustituyera las resoluciones impugnadas ante el Juzgado, dictando otras en las que se computasen los méritos de los aspirantes (en la fase de concurso) limitando con exclusividad a los méritos acreditados hasta el momento de presentación de instancias, con todas las consecuencias jurídicas derivadas de tal hecho.

La sentencia del Juzgado declaraba —suscribiendo de forma íntegra todos los argumentos esgrimidos en la anteriormente citada Sentencia 229/2013— que, «la falta de una cláusula expresa en las bases que diga que los méritos deben reunirse el último día del plazo de presentación de la solicitud que permite formar parte del proceso selectivo, no puede llevar al Tribunal Calificador a considerar que la relación de méritos deben ser aportados por los aspirantes dentro de los 10 días siguientes a la publicación de la lista de aspirantes que han superado la fase de oposición del proceso selectivo» (FD 1)[7].

---

de diciembre de 2010. Pues bien, en las bases específicas de la convocatoria se establecía que el plazo de presentación de solicitudes no se iniciaría hasta que se publicara el anuncio de la convocatoria en el *BOE*; dicho anuncio se hizo mediante la anteriormente citada Resolución de 15 de diciembre, donde se determinaba que «el plazo de presentación de instancias será de veinte días naturales, contados a partir del día siguiente al de la publicación de este anuncio en el *BOE*».

7 *Vid.* bases generales que regulaban los procesos selectivos en el Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant (*BOPA* n.º 79, de 29 de abril de 2010); en concreto, la base general 4.1.b (Edicto, p. 28) señala que *[s]i el sistema selectiu fora el concurs-oposició, els justificants dels mèrits que es determinen a les bases específiques s'hauran de presentar acarats o confrontats únicament per aquells aspirants que hagen superat totes les proves selectives de la fase d'oposició, i una vegada que per part del Tribunal es facen públics els corresponents resultats. Es per això que, una vegada publicats els resultats de l'oposició, s'obrirà un termini de 10 dies hàbils durant el qual els aspirants inclosos a la llista d'aprovats de l'últim exercici de l'oposició podran aportar aquells mèrits que pretenguen al·legar* («Si el sistema selectivo fuera el concurso oposición, los justificantes de los méritos que se determinen en las bases específicas, se deberán presentar compulsados o confrontados únicamente por aquellos aspirantes que hayan superado todas las pruebas selectivas de la fase de oposición y una vez que por parte del Tribunal se hagan públicos los correspondientes resultados. Por ello, una vez publicados los resultados de la oposición, se abrirá el

ISBN: 978-84-7777-740-3

Asimismo, el Juzgado estimó que la decisión del tribunal calificador colocaba a los aspirantes en situación de desigualdad y, por tanto, era arbitraria, dado que durante el desarrollo de una parte del proceso selectivo les permitía seguir acumulando méritos, a pesar de que el periodo para la obtención de esos nuevos méritos era incierto e indeterminado y dependía de la duración del proceso selectivo. El Juzgado entendió también que, en todo caso, la decisión del tribunal calificador debió haber sido anunciada y publicada antes del inicio de la fase de oposición (y no una vez concluida), con la finalidad de que la totalidad de los aspirantes conociesen las directrices que iban a marcar el desarrollo del procedimiento; y que no haberlo hecho vulneraba los principios de publicidad, transparencia y objetividad que deben regir todo proceso selectivo.

Todos los argumentos mencionados fueron reiterados por el Juzgado en su Sentencia 4/2014. Y se determinó que el tribunal calificador incurriendo en desviación de poder y sin publicidad alguna —con el único fin de favorecer a la aspirante finalmente seleccionada, beneficiada por el criterio establecido por el tribunal calificador— alteró uno de los elementos básicos del proceso, el correspondiente a la determinación de la fecha límite o de preclusión para la presentación y fecha tope de valoración de méritos. Por lo tanto, el Juzgado interpreta que la Administración (o su tribunal calificador en el concurso-oposición) incurrió en arbitrariedad al situar la fecha *ad quem* de valoración de méritos de los aspirantes de la fase concurso, no en la fecha de inicio del proceso selectivo publicada en Boletín Oficial de la Provincia de Alicante —conocida por todos los aspirantes— sino en una fecha posterior, indeterminada de antemano, fijada por el tribunal calificador, tras la finalización de la fase de oposición.

En conclusión, la Sentencia 4/2014 del JCA n.º 4 de Alicante declaró que la decisión del tribunal calificador vulneraba el art. 44.5 del Real Decreto 364/1995[8], que determina que: «Los méritos se valorarán con referencia a la fecha del cierre del plazo de presentación de instancias y se acreditarán documentalmente con la solicitud de participación. En los procesos de valoración podrán recabarse de los interesados las aclaraciones o, en su caso, la documentación adicional que se estimen necesarias para la comprobación de los méritos alegados». Ahora bien, recuérdese que este

plazo de 10 días hábiles durante el cual los aspirantes podrán aportar aquellos méritos que pretenden alegar»). Sin embargo, el JCA n.º 2 de Alicante considera que: «Lo que la base transcrita hace es fijar un plazo para la presentación de los documentos acreditativos de los méritos de los aspirantes que han superado la fase de oposición, en el buen entendido que los referidos aspirantes pueden necesitar un tiempo para la compulsa y confrontación de los méritos que debían concurrir al tiempo de la presentación de las solicitudes».

8 Este Real Decreto aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado (*BOE* de 10 de abril).

art. 44.5 no regula la valoración de méritos en el acceso a la función pública mediante el sistema de concurso-oposición, sino la valoración de méritos en la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios; y, en consecuencia, su regulación se encuentra dentro del Capítulo II del Título III del RD 364/1995, que regula: «la provisión de puestos de trabajo mediante concurso».

2. En apelación, ¿por qué el Tribunal Superior de Justicia de Valencia revoca la sentencia del Juzgado?

La Sentencia 93/2017, de 16 de febrero, dictada por la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, estimó el recurso de apelación (n.º 130/2014) interpuesto por las representaciones procesales de los apelantes —Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant así como la aspirante a quien perjudicaba la Sentencia del Juzgado—. Y desestimaba, por tanto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a las ya referidas resoluciones del Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant (números 2013/1567 y 2013/1825, respectivamente).

A juicio del TSJCV, en los razonamientos de las partes del recurso de apelación se confrontaban dos argumentos: por un lado, los relativos a la determinación de la fecha límite para la valoración de los méritos; por otro lado, los correspondientes a la apreciación de la desviación de poder. Para su análisis, el TSJCV se remitió a la fundamentación de otra Sentencia dictada por la misma Sección, la STSJCV 768/2015, de 15 de diciembre[9]; precisamente, esta Sentencia revocaba la ya citada Sentencia 229/2013 del JCA n.º 2 de Alicante, cuyos argumentos suscribía íntegramente la Sentencia de 4/2014 del JCA n.º 4 de Alicante que, como se ha indicado, fue revocada en apelación por la STSJCV 93/2017.

Pues bien, la STSJCV 768/2015 —reproducida y reafirmada por la STSJCV 93/2017— consideró que carecía de fundamento la equiparación de los requisitos de participación con la alegación acreditada de méritos (FD 3). Al efecto, precisa que los requisitos de participación que han de cumplirse en el plazo de finalización de presentación de instancias permiten la admisión en el proceso selectivo y que, por su parte, la alegación acreditada de méritos permite su valoración en la fase de concurso, una vez superada la fase de oposición, con la finalidad de obtener la puntuación total de las pruebas selectivas.

El TSJCV declaró, asimismo, que ni de las bases generales ni de las específicas (que no fueron impugnadas) podía deducirse que el *dies ad quem*

---

9 ECLI:ES: TSJCV:2015:6457, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª (Rec. 418/2013).

ISBN: 978-84-7777-740-3

para la alegación y acreditación de méritos fuera la del último día del plazo para la presentación de instancias. A este último respecto, matiza que si bien en otras convocatorias de concursos-oposiciones del propio Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant sí se estableció que los méritos debían alegarse y acreditarse a la fecha de finalización del plazo para presentar las instancias, este precedente no podía ser determinante para que la controvertida decisión del tribunal calificador —relativa a la fijación del plazo para la alegación acreditada de méritos— fuese declarada contraria a Derecho por vulnerar las bases de la convocatoria o alguna otra norma, al no existir ninguna (legal ni reglamentaria) que lo prohibiese. Y de forma explícita indica que: «Ninguna norma, legal ni reglamentaria, prohíbe que se fije la fecha de valoración de méritos tal como hizo el Tribunal en un proceso de acceso a la función pública que, como es sabido, no es igual a un concurso de provisión de plazas vacantes», por lo que se entiende inaplicable al presente caso el art. 44.5 del RD 364/1995, contrariamente a lo que hizo el Juzgado.

En concreto, determina que es necesario llevar a cabo «una clara distinción entre los conceptos de «requisitos» y «méritos», así como entre procesos de provisión de puestos de trabajo y procedimientos de acceso a la función pública». E indica que «el motivo de estimación relativo a la determinación de la fecha límite para la valoración de los méritos no debió ser estimado en tanto que se equipara indebidamente la fecha en la que deben quedar establecidos los requisitos de participación, que deben cumplirse en el plazo de finalización de presentación de instancias, con la de la acreditación de méritos correspondiente a la fase de concurso».

En fin, el TSJCV entendió que el anuncio y publicación de la fecha tope para la valoración de los méritos, una vez concluida la fase de oposición (en vez de hacerlo con anterioridad a su inicio) no vulneraba el denunciado principio de publicidad y que tampoco colocaba a los aspirantes en situación de desigualdad. En definitiva, consideró que dicha decisión no era arbitraria y no incurría, por supuesto, en desviación de poder[10]. No obstante, admi-

10 A este propósito se indica literalmente que: «no se puede apreciar la existencia de desviación de poder sobre la única base de la larga duración del proceso selectivo por cuanto tal duración no tuvo por sí misma un efecto discriminatorio entre las partes, ya que lo único que hacía era dar mayor peso a los elementos diferenciales que de partida ya existían entre ellas y que venían determinados por el hecho de que la codemandada doña Eva María ocupaba de forma interina un puesto de técnico de gestión, mientras que la recurrente aunque funcionario de carrera, ocupaba un puesto de auxiliar administrativo y es un criterio legítimo, y en todo caso contenido en unas bases que no se han visto impugnadas, el otorgar distinta valoración a uno y otro tipo de puestos en función del hecho de que lo que se convocaba eran precisamente dos plazas de técnico de administración general. La duración del proceso permitió a ambos participantes optimizar sus respectivos méritos en relación a sus distintas situaciones de partida y así la propia parte actora en su escrito de demanda venía a reconocer que no había estado pasiva durante esos meses pues había asistido a múltiples cursos, llegando al máximo de puntuación en este apartado, pero pudiendo únicamente sumar un total de 0,65 puntos por su trabajo como auxiliar administrativo».

tía que el plazo entre el día de finalización de presentación de solicitudes y el fijado para valoración de méritos fue muy prolongado (de treinta meses), aunque a juicio del TSJ no tuvo un efecto discriminatorio entre las partes, al permitirles optimizar sus respectivos méritos —a todos— en relación con sus distintas situaciones de partida.

3. En la preparación del recurso de casación, ¿en qué punto radica el interés casacional objetivo?

El Auto del TS 12253/2017, de 25 de octubre, admitió a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la recurrente. El TS consideró que concurría la circunstancia prevista en el art. 88.3.a) LJ y, por tanto, presumió que existía interés casacional objetivo para que se pronunciara al efecto, porque sobre la cuestión examinada y resuelta por la citada STSJCV 93/2017 recurrida en casación —la determinación de la fecha límite para valorar los méritos alegados por los aspirantes, en los procesos selectivos para el acceso en la función pública convocados por el sistema de concurso-oposición— no existía jurisprudencia[11].

En el razonamiento jurídico 3.º del Auto, el TS precisa de forma literal que la cuestión en la que entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es que: «Dado que el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público no establece la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso-oposición, si en el caso de que las bases de convocatoria guarden silencio sobre la determinación de dicha fecha pueden los tribunales de selección fijarla en un momento posterior a la fase de oposición o, por el contrario, deben establecer como fecha tope la fecha establecida en la convocatoria para la presentación de instancias. Y si es así, si esto mismo es aplicable a los procesos selectivos convocados por las administraciones locales».

El TS identificó en el citado razonamiento jurídico como normas jurídicas que, en principio, iban a ser objeto de interpretación: el art. 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP)[12]; y, el art. 44.5 del

---

11 De acuerdo con el art. 88.3.a) LJCA, «Se presumirá que existe interés casacional objetivo: a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia».

12 Este precepto regula los principios rectores para el acceso al empleo público, disponiendo al efecto que: «1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los

ISBN: 978-84-7777-740-3

RD 364/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado[13].

4. La STS 1594/2019, de 15 de noviembre[14]

Una vez expuestas tanto la cuestión sometida a interés casacional como las argumentaciones de las partes, el Tribunal Supremo procedió a la interpretación de las que se dicen «normas jurídicas a tomar en consideración» (art. 55 EBEP y art. 44.5 RD 364/1995). En relación con este último precepto, se reproduce su dicción literal en el FD 5.º, pero sin rebatir la doctrina del TSJ y, sin indicarse en ningún momento que su previsión legal es para los concursos de méritos en la provisión y no en el acceso a la función pública mediante el sistema de concurso-oposición.

El TS construye en su FD 8 la doctrina casacional sobre «los principios de transparencia y publicidad», declarando que «la norma reglamentaria (…) fija como fecha de término para la valoración de los méritos la misma que para los requisitos». Sin embargo, recuérdese que en la provisión de puestos de trabajo solo se valoran méritos no requisitos. Recuérdese que, con toda claridad, en la Sentencia recurrida en casación, del TSJ, indica, a ese propósito, que: «Ninguna norma, legal ni reglamentaria, prohíbe que se fije la fecha de valoración de méritos tal como hizo el Tribunal en un proceso de

---

que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección». Por su parte, el citado art. 2 TRLEBEP (también el art.3) se refiere a su ámbito de aplicación subjetivo, Administraciones entre las que se incluyen las locales.

13 En dicho precepto, como se ha indicado ya, en la provisión de puestos de trabajo, que no en el acceso a la función pública, se dispone que: «Los méritos se valorarán con referencia a la fecha del cierre del plazo de presentación de instancias y se acreditarán documentalmente con la solicitud de participación. En los procesos de valoración podrán recabarse de los interesados las aclaraciones o, en su caso, la documentación adicional que se estimen necesarias para la comprobación de los méritos alegados».

14 *Vid.* Chaves García, J. R. (2019). «Importantísima doctrina casacional sobre fecha tope para valoración de méritos». *Blog delaJusticia.com, El rincón jurídico de José R. Chaves (25-11-2019).* En AA.VV. / Cantero Martínez, J., Fuentetaja Pastor, J. A., Maeso Seco, L. F., Marina Jalvo, B. y Sánchez Morón, M. (marzo de 2020). Función Pública. Si las bases de la convocatoria no especifican la fecha a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en un procedimiento de concurso-oposición, se tendrá en cuenta la fijada en la propia convocatoria para la presentación de las instancias, sin que el órgano de selección pueda fijarla en un momento posterior a la fase de oposición. *Revista Española de Derecho Administrativo-REDA n.º 204, Sección Crónica de jurisprudencia,* pp. 231-256. Civitas (en línea en Legalteca, Biblioteca Digital Jurídica, Aranzadi-La Ley).

acceso a la función pública que, como es sabido, no es igual a un concurso de provisión de plazas vacantes». Ahora el TS parece que dice lo contrario, pero sin argumentarlo de ningún modo, es decir, de forma claramente apodíctica. Y de manera implícita, equipara concurso de provisión con concurso-oposición de acceso, y dice que la normativa prevista para el concurso de provisión, es igualmente aplicable en el concurso-oposición de acceso a la función pública, cuando las bases de la convocatoria guarden silencio sobre la fecha límite de valoración de los méritos.

Además, no construye su doctrina (de forma exclusiva) en el art. 55 EBEP, es decir, en los principios de publicidad y transparencia aplicables a todas las Administraciones Públicas, inclusive a las de ámbito local. Y se indica que los principios de publicidad y transparencia en los procesos selectivos requieren que, en ausencia de un momento temporal cierto de valoración de méritos, los aspirantes puedan conocer la fecha límite de valoración de sus méritos en un momento inicial, en que deben decidir si participan o no en el procedimiento de selección.

Y ello, porque, en caso contrario «supone alterar la legítima confianza del participante en el concurso-oposición, respecto a que el procedimiento de selección se desarrolle con plena garantía de un trato igualitario para todos los firmantes». Asimismo, la Sentencia declara que «las reglas del juego de valoración de la fase de concurso no pueden quedar inciertas e indefinidas en el tiempo. Un comportamiento que no fije una fecha tope de valoración desde el momento de la convocatoria puede conllevar un trato privilegiado a favor de algún participante permitiendo la obtención de méritos fuera de la fase inicial en que, independientemente de su acreditación documental, deberían haber sido obtenidos por todos los concurrentes. Una actuación distinta supondría un quebranto del principio de igualdad por desconocerse qué fecha va a decidir el tribunal de selección fijar como límite para la obtención/valoración de los méritos[15]».

Sin perjuicio de todo ello, cabe señalar que el TS en su Sentencia deja la puerta abierta a determinar la fecha de valoración con posterioridad a la convocatoria —siempre y cuando se respetaran los principios de publicidad e igualdad—, al afirmar que «cuestión distinta es que dicha fecha tope venga prefijada como posterior en la propia convocatoria, pues, a su vista, decidi-

---

15 Determinaba lo contrario la STS 3569/2012, de 23 de mayo [ECLI:ES:TS:2012:3569, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª (Rec. 4924/2010)]. En esta Sentencia, entre los méritos obtenidos en el acceso a la función pública por agentes auxiliares del cuerpo de agentes rurales, se juzga si la obtención del carnet de conducir en el periodo que media desde la convocatoria del procedimiento hasta el momento de acreditación de los méritos vulnera el principio de igualdad; se declara la inexistencia de tal vulneración, confirmando la STSJ de Cataluña 718/2010, de 17 de junio [ECLI:ES:TSJCAT:2010:11152, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª (Rec. 893/2006)] y desestimando el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña.

ISBN: 978-84-7777-740-3

rán los participantes si la reputan equilibrada, para todos o no. Mas, en tal supuesto, será de conocimiento público por todos».

En definitiva, dando respuesta a la cuestión sometida a interés casacional, el TS determinó que: «Cuando las bases de una convocatoria guardan silencio sobre la determinación de la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso oposición, los tribunales de selección no pueden fijarla en un momento posterior a la fase de oposición, sino que deben establecer como fecha tope la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias, y ello también resulta de aplicación a las Administraciones Locales» (FD 9.º). Por todo lo expuesto, el TS en su fallo decidió que había lugar al recurso de casación interpuesto.

III. ¿LA FECHA LÍMITE DE VALORACIÓN DE MÉRITOS DEBE SER ÚNICA EN CADA CONVOCATORIA?

La respuesta afirmativa a tal pregunta parece evidente a la vista de la doctrina casacional para cuando las bases guarden silencio respecto la fecha límite de valoración de los méritos en un concurso-oposición. Pero, ¿qué sucede cuando el tribunal calificador establece en interpretación de las bases de la convocatoria fechas límite de valoración de ciertos méritos de conformidad con la STS 1594/2019 y, sin embargo, para algún otro mérito establece una fecha límite posterior a la realización de la oposición?

Seguramente se piensa que eso no puede ocurrir en la práctica. Pero veamos como sucede en la convocatoria de 23 plazas de bombero especialista, llevada a cabo por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en 2024[16]. La base octava establece que el proceso selectivo constará de tres fases: oposición, concurso, formación y prácticas. La fase de oposición se lleva a cabo mediante tres ejercicios obligatorios todos y eliminatorios, salvo las pruebas psicométricas para la evaluación de aptitudes y competencias. Respecto a la fase de concurso en la misma base octava, en su punto dos, se indica que se valorará: la formación académica; los conocimientos de euskera, cuando su conocimiento no sea preceptivo, en función del perfil lingüístico que se tenga acreditado o se acredite en la prueba de acreditación (PL1: 4 puntos, PL2: 8 puntos); y, por último, la experiencia profesional.

Una vez finalizada la fase de oposición, y pasados en torno a 10 meses desde la finalización de plazo para presentar las instancias, el tribunal calificador publica (el 15-07-2025) una nota en el tablón de anuncios digital por la que

16 En el *BOTHA* de 28-06-2024 se publica la «aprobación de la convocatoria y de las bases del proceso selectivo para la provisión en propiedad de 23 plazas de bombera/o especialista (8 con fecha de preceptividad vencida de euskera y 15 sin fecha de preceptividad de euskera), mediante el sistema de concurso-oposición por el turno libre».

se habilitan 10 días hábiles (desde el 16-07-2025 hasta el 31-07-2025) para acreditar los méritos en aplicación de la base 9.2 de la convocatoria —«La documentación acreditativa de méritos para la fase de concurso deberá presentarse al Tribunal en el modo y en el plazo que éste establezca al efecto»—. En virtud del principio de trasparencia, publicidad e igualdad, nada dice el Tribunal respecto a la fecha de referencia máxima para la contabilización de los méritos en el momento que ordena su presentación el 15-07-2025.

Con posterioridad, una vez presentados y acreditados los méritos, y por lo tanto con su conocimiento por el tribunal se publica el siguiente Acuerdo del tribunal calificador de 30-09-2025, que reza del siguiente tenor literal: «1. En ausencia de mención expresa en las bases de la convocatoria sobre la fecha de referencia máxima para la contabilización de los méritos, en virtud de los principios de igualdad y de trasparencia, el Tribunal adopta el criterio de la fecha de finalización de inscripciones (18 de octubre de 2024) por es ésta una fecha cierta y conocida por todas las personas aspirantes, en coherencia con la jurisprudencia vigente.»

Por lo tanto, se hace aplicación de la examinada doctrina casacional de la STS 1594/2019, de 15 de noviembre. Ahora bien ¿es posible aplicar tal doctrina casacional a un supuesto de hecho en el que las premisas de aplicación no son similares, contrariamente a lo que reza el propio Acuerdo?

Veamos donde radica la diferencia. Siempre a los méritos académicos y profesionales se les aplica la fecha límite de valoración del 18-09-2024. Sin embargo, a la acreditación de perfiles lingüísticos —es decir, al mérito de conocimiento de euskera— el tribunal le da una prórroga temporal hasta el 19-09-2025, con lo que permite acreditar y valorar tal mérito hasta el 19-09-2025. Por consiguiente, méritos similares en el concurso tienen establecida una fecha límite de referencia distinta en el mismo concurso-oposición. Los hechos que acreditan la desigualdad son irrefutables y parece clara la vulneración del principio de igualdad —en la aplicación de la doctrina casacional del TS— en la fecha máxima para la contabilización de los méritos. Así, respecto al euskera, la secretaria del Tribunal —en su comunicación de 09-09-2025— convocando a la prueba de 19-09-2025, establece que: «Se recuerda que cualquier aspirante puede presentar su acreditación de perfil lingüístico a través de la *dirección de email.* Esta acreditación será válida una vez se haya cotejado con el RUTCE y siempre que la fecha de efectos sea anterior a la del día de la prueba que a la que se está convocando.»

Por lo tanto, en el supuesto enjuiciado en la STS 1594/2019 todos los méritos tienen una única fecha de referencia para su acreditación. No como en el caso de Vitoria-Gasteiz en el que méritos similares en el mismo concurso-oposición tienen establecida una fecha límite de acreditación de méritos distinta. Por consiguiente, no parece que puede ser de aplicación la doctrina casacional objetiva, fijada en el supuesto enjuiciado a otro supuesto cuyas singularidades lo hacen claramente diferente y distinto.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Y ante el recurso administrativo interpuesto en tal sentido, no lo entiende así el Ayuntamiento, que responde literalmente lo siguiente: «En aplicación de la Sentencia, que fija doctrina casacional, al guardar las bases silencio absoluto sobre la fecha de consolidación de méritos, la fecha de referencia máxima para la contabilización de los mismos será la fecha de finalización de inscripciones, es decir, el 18 de octubre de 2024. La certificación académica oficial para la obtención del título de formación profesional presentado por la parte recurrente certifica que cumple los requisitos vigentes para la obtención del Título de Técnico de Emergencias y Protección Civil (LOE), obtenido en el curso 2024/2025, y expedido con fecha de 11 de junio de 2025. Por consiguiente, el recurso interpuesto ha de ser desestimado. Por último, no cabe afirmar que aplicar el Acuerdo para la contabilización de méritos relativos a la formación académica vulnera el principio de igualdad con respecto a la valoración de otros méritos distintos, debido a que dicho acuerdo sólo es aplicable para aquellos supuestos en los cuales las bases de la convocatoria guarden silencio sobre la fecha de referencia máxima para la contabilización de los mismos. Conforme al criterio establecido por el Tribunal Calificador, no se valora a ningún candidato los méritos académicos obtenidos con posterioridad al 18 de octubre de 2024. Así, trata de igual forma a todas aquellas personas candidatas que se encuentren en igual situación».

De lo que se deduce que, a juicio del Ayuntamiento, un mérito académico y el mérito de conocimiento del euskera pueden tener una fecha límite distinta para su valoración, conforme a lo que determine el tribunal calificador, sin que, a mi juicio, ello resulte legalmente justificable, en la medida en que las bases de la convocatoria guardan silencio respecto a la fecha límite de valoración de todos y cada uno de los méritos evaluados en el concurso-oposición.

Igualmente, no parece que pueda tener justificación legal que las propias bases difieran 10 meses, desde la finalización del plazo de presentación de solicitudes, el cumplimiento de determinados requisitos de acceso. Así lo disponen las siguientes bases: «2.4. Estar en posesión del permiso de conducción tipo C. El plazo de cumplimiento de este requisito es de 10 meses desde la finalización de plazo de presentación de solicitudes. 2.5. Estar en posesión de la licencia de navegación o de nivel superior. El plazo de cumplimiento de este requisito es de 10 meses desde la finalización de plazo de presentación de solicitudes.» Al efecto, recuérdese que, el art. 18.2 del RD 364/1995[17], establece que los requisitos de participación o las condiciones de participación son exigibles «a la fecha de expiración del plazo de presentación de las solicitudes», y no parece que las bases de una convocatoria puedan excepcionar su exigencia hasta el trascurso de 10 meses desde la presentación de las solicitudes.

17 El art. 18.2 del RD 364/1995 dispone que: «Para ser admitido y, en su caso, tomar parte en las pruebas selectivas correspondientes, bastará con que los aspirantes manifiesten en sus solicitudes de participación que reúnen todas y cada una de las condiciones exigidas, referidas siempre a la fecha de expiración del plazo de presentación».

IV. REFLEXIONES FINALES

1.ª La situación previa a la STS 1594/2019 permitía al tribunal calificador fijar la fecha límite para valorar los méritos en los concursos-oposición de acceso a la función pública. En la práctica como se ha visto con el caso de Vitoria-Gasteiz esto sigue sucediendo, incluso aunque formalmente se dice aplicar la doctrina casacional de la STS 1594/2019. Cuestión distinta es que los tribunales contencioso-administrativos admitiesen esa práctica examinada en el caso de Vitoria-Gasteiz, porque parece difícilmente justificable a la vista de la doctrina casacional.

2.ª En la actualidad las bases de cada convocatoria pueden fijar, como con anterioridad a la STS 1594/2019, que —para valorar los méritos en los concursos-oposición de acceso a la función pública— la fecha límite se sitúe con posterioridad a la realización de la oposición. Si no lo hacen de modo expreso, la fecha límite de valoración de los méritos será siempre la fecha límite de presentación de las instancias para participar en el concurso-oposición.

3.ª La STS 1594/2019 construye la doctrina casacional sobre la base de interpretar el art. 44.5 del RD 364/1995, en conjunción con el art. 55 EBEP. Sin embargo, el TS no rebate los razonamientos jurídicos de la Sentencia del TSJCV recurrida en casación cuando se determina que: «Ninguna norma, legal ni reglamentaria, prohíbe que se fije la fecha de valoración de méritos tal como hizo el Tribunal (calificador) en un proceso de acceso a la función pública que, como es sabido, no es igual a un concurso de provisión de plazas vacantes»; por lo que se entiende inaplicable al presente caso el art. 44.5 del RD 364/1995, contrariamente a lo que hizo el Juzgado. En concreto, determina que es necesario llevar a cabo «una clara distinción entre los conceptos de «requisitos» y «méritos», así como entre procesos de provisión de puestos de trabajo y procedimientos de acceso a la función pública». E indica que «el motivo de estimación relativo a la determinación de la fecha límite para la valoración de los méritos no debió ser estimado en tanto que se equipara indebidamente la fecha en la que deben quedar establecidos los requisitos de participación, que deben cumplirse en el plazo de finalización de presentación de instancias, con la de la acreditación de méritos correspondiente a la fase de concurso».

4.ª De cualquier modo, la doctrina casacional establecida por el TS dice, literalmente, que: «Cuando las bases de una convocatoria guardan silencio sobre la determinación de la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso oposición, los tribunales de selección no pueden fijarla en un momento posterior a la fase de oposición, sino que deben establecer como fecha tope la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias, y ello también resulta de aplicación a las Administraciones Locales» (FD 9).

ISBN: 978-84-7777-740-3

5.ª Con anterioridad a la STS 1594/2019 el mismo problema jurídico ha sido analizado con detalle por la STSJ de Cataluña 718/2010, de 17 de junio[18], ratificada por la citada STS 3569/2012, de 23 de mayo[19]. Entre los méritos obtenidos en el acceso a la función pública por agentes auxiliares del cuerpo de agentes rurales se juzga si la obtención del carnet de conducir en el periodo que media desde la convocatoria del procedimiento hasta el momento de acreditación de los méritos vulnera el principio de igualdad, y se declara la inexistencia de tal vulneración. Todo ello desde la clara distinción entre el momento de valoración de los méritos —inescindiblemente unidos a la convocatoria—en los procesos de provisión de puestos de trabajo. Sin embargo, en los procedimientos de acceso a la función pública (mediante el sistema de concurso-oposición) lo que primaba era el momento de valoración de los méritos una vez superada la oposición y, por consiguiente, hasta tal momento se permitía la acreditación y valoración de los méritos, siempre que las bases de la convocatoria no dispusiesen otra cosa.

---

18 Citada en nota al pie n.º 15. Su FD 5 dice: «El problema se plantea porque cuando salió publicada la convocatoria los demandantes no disponían del permiso BTP, pero lo obtuvieron mientras se desarrollaba la misma y, desde luego, estaban en posesión del mismo antes de que se abriera el plazo de presentación y valoración por el Tribunal. El art. 3 del Código Civil, nos dice que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla. Fija pues los criterios hermenéuticos que han de servir a los Tribunales —y demás operadores jurídicos— para averiguar el verdadero sentido y alcance de las normas. Pues es sabido que las bases de la convocatoria, una vez firmes y consentidas, constituyen la Ley del concurso tanto para la Administración convocante y el órgano de selección como para los aspirantes. Los demandantes, después de afirmar que fueron a consultar ante la Administración y que se les comunicó que podrían presentar el permiso BTP obtenido con posterioridad a la publicación de la convocatoria siempre que lo obtuvieran dentro del plazo de 10 días a contar desde el día siguiente a la publicación de las calificaciones de la tercera prueba, ofrecen también diversos criterios interpretativos. El literal, el semántico, otros antecedentes y, finalmente, la comparación de la redacción de dicha base con la contenida en otra convocatoria posterior (01/06) para el mismo cuerpo y otra para un cuerpo distinto». Y en el FD 6 *in fine* se establece que: «Todo lo dicho hasta ahora nos lleva a la conclusión de que la interpretación a la que llegó el Tribunal calificador en el caso de autos no es conforme a Derecho atendida, además, la finalidad de la convocatoria y la naturaleza normativa de sus bases, por lo que no puede prevalecer la misma. Y es que no se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica sino de una interpretación errónea de una base que ha podido comportar una limitación al acceso a la función pública por lo menos de dos de los demandantes, derecho reconocido en el art. 23.2 de la CE, lo que nos ha de llevar a una estimación del recurso, a la anulación de la resolución impugnada y a la retroacción de las actuaciones, dado que los tres recurrentes superaron las tres primeras pruebas de oposición. En definitiva, ha de declararse el derecho de los tres recurrentes a que se valore el mérito del permiso de conducir de la clase BTP».

19 Citada en nota al pie n.º 15.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La discriminación por indiferenciación y las enfermedades infectocontagiosas: el caso del VIH

Paulina Ramírez Carvajal, Miguel Ángel Ramiro Avilés

Universidad de Alcalá

Sumario. Introducción. —I. La discriminación por indiferenciación.—II. ¿Es el VIH una enfermedad infectotransmisible o una enfermedad infectocontagiosa?—III. ¿Cómo se ven afectados los derechos de las personas con el VIH?—IV. Conclusión.—V. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En estas páginas vamos a analizar la influencia que el trabajo del profesor Edorta Cobreros Mendazona sobre la discriminación por indiferenciación ha tenido en el intento de construir una respuesta al VIH basada en derechos humanos. Si convenimos en que el principio de igualdad ha evolucionado desde una concepción puramente formal hacia una igualdad que exige que la ley se adapte a las realidades materiales de las personas, también deberíamos convenir en que, a pesar de ello, persisten barreras invisibles para algunos grupos. En el caso de las personas con el VIH, la aplicación de normativas estándar o «ciegas», entendiendo por ellas aquellas que no se actualizan ante los avances de la medicina, que agrupan patologías diversas bajo el rótulo de «enfermedades infectocontagiosas» es un ejemplo de ello.

Como veremos, el establecimiento en numerosas normas jurídicas de una exclusión médica basada en la existencia de una enfermedad «infectocontagiosa» afecta negativamente a las personas con el VIH porque no pueden disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Esto se debe a que la errónea categorización del VIH como enfermedad infectocontagiosa, y no como infectotransmisible, determina la existencia de una discriminación por indiferenciación porque en una norma jurídica que no es neutra se incluye un criterio de exclusión que abarca tanto a virus que se transmiten por aerosoles y fómites como a virus cuyas vías de transmisión son determinados fluidos (el semen, el líquido presemi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

nal, los fluidos vaginales o rectales, la sangre y la leche materna) cuando entran en contacto con una membrana mucosa, un tejido lesionado o cuando se inyectan directamente en la sangre. El presente texto, por tanto, sostiene que el uso de esta categoría errónea, e incluso obsoleta para los casos del VIH, constituye una discriminación por indiferenciación, que vulneraría la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el marco protector de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación en España.

I. LA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN

Aunque la reciente Ley 15/2022 no incluye este tipo de discriminación en el catálogo del artículo 6, pero sí incluye categorías específicas que es necesario proteger de la discriminación como el «estado serológico», es preciso reconocer que la discriminación no solo ocurre cuando se trata de forma distinta a personas en situaciones iguales, sino también cuando se presta un trato jurídico idéntico a dos o más situaciones que son diferentes de hecho (Cobreros Mendazona, 2007: 97). En la discriminación por indiferenciación la vulneración de la igualdad no se produce, pues, por tratar de forma diferente dos situaciones semejantes, sino por otorgar el mismo trato a dos situaciones diferentes. La discriminación se produce por no diferenciar; por no dar un trato distinto a lo distinto. Sobre la novedad de este tipo de discriminación Cobreros Mendazona (2007: 72) señala que, «si bien no hay problemas (cumplidos ciertos requisitos) en aceptar que una regulación pueda ser discriminatoria por establecer una determinada diferencia de régimen, sin embargo, no se admite que pueda resultar discriminatorio el no diferenciar ante situaciones distintas».

Como ejemplo de este tipo de discriminación suele citarse la Sentencia del TEDH, de 6 de abril de 2000, caso Thlimmenos c. Grecia (Cobreros Mendazona, 2007: 79-86). El caso se centró en que al señor Thlimmenos se le impidió acceder a la función pública como auditor contable debido a que había sido condenado por un delito en el pasado, y lo había sido por su negativa a usar el uniforme militar, una postura motivada por sus creencias religiosas como testigo de Jehová.

El TEDH determina que se ha violado el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en el que se reconoce que «el goce de los derechos y libertades reconocidos del presente Convenio han de ser asegurados sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», y en relación con el artículo 9 del CEDH, que reconoce el derecho a la libertad religiosa.

El TEDH sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de forma distinta al de otras personas condenadas por delito grave, ampliando así la interpretación que el TEDH venía haciendo del artículo 14 del CEDH y resolviendo favorablemente el caso para el demandante. Así, en la Sentencia se indica que «se produciría este tipo de discriminación cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de forma diferente a personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas o que presentan diferencias relevantes».

Según señala Cobreros Mendazona (2007: 83), se debe destacar de la sentencia «la ampliación del concepto de discriminación para incluir el trato desfavorable (…) causado por una Ley que no prevé una excepción o trato diferenciado para un determinado supuesto». Bajo esta premisa, la aplicación de una norma que trate a todos por igual e ignorando desigualdades de partida puede resultar inconstitucional. En esta línea, David Giménez Glück (2004: 331) sostiene que la discriminación por indiferenciación encuentra su máxima expresión en el ámbito de la igualdad material. Se plantea aquí un conflicto que trasciende lo meramente formal para situarse en el núcleo del deber jurídico, pues se discute si el legislador, al encontrarse ante dos situaciones sustancialmente distintas, tiene la obligación de otorgar un trato más favorable a la parte desfavorecida. En definitiva, Giménez Glück se cuestiona si, en determinados contextos, «tratar a todos por igual es inconstitucional». Finalmente, como apunta María José Añón Roig (2013: 660, 662), este tipo de discriminación es una creación del propio legislador. El perjuicio se origina cuando, al regular una materia específica, el órgano legislativo «no hace una diferenciación entre situaciones que exigirían distinto tratamiento», estando obligado constitucionalmente a hacer esta diferenciación.

Edorta Cobreros indica que la sentencia del caso Thlimmenos c. Grecia ha tenido cierta repercusión porque el TEDH ha mencionado la sentencia en varios casos posteriores, si bien en ninguno de ellos se ha determinado la vulneración del artículo 14 en el sentido en que lo hizo en el caso Thlimmenos (2007: 84-85). Sin embargo, y con veinte años de diferencia, la discriminación por indiferenciación volvió a analizarse por el TEDH en el caso Ádám y otros c. Rumanía, de 13 de octubre de 2020. En este caso, la discusión consistió en que las autoridades rumanas aplicaban las mismas normativas y estándares educativos a todos los centros, sin tener en cuenta que ciertos grupos, como los menores romaníes en contextos de exclusión, enfrentaban barreras históricas y sociales específicas. En la sentencia se habla de indiferenciación porque el Estado rumano pretendía que su «sistema educativo estándar» era suficiente para todos, ignorando que los niños romaníes partían de una situación de exclusión tan profunda que el trato estándar era, en sí mismo, el motivo de la discriminación. Finalmente, el TEDH determinó que aplicar reglas generales a grupos en situación de vulnerabilidad extrema, como la minoría romaní, sin realizar los ajustes necesarios, perpetúa la desigualdad. El caso Ádám y otros c. Rumanía es importante en el reco-

ISBN: 978-84-7777-740-3

nocimiento de la existencia de la discriminación por indiferenciación porque el tribunal en esta sentencia consolida la obligación de los Estados de ser proactivos, pues reconoce que la neutralidad de una norma que no diferencia es, de hecho, una omisión discriminatoria.

En lo que respecta a la recepción de esta tipología de discriminación en los tribunales españoles, lo cierto es que no ha sido bien recibida por el Tribunal Constitucional (TC) pues este ha rechazado su reconocimiento en varias sentencias y sin mayor argumentación (Cobreros Mendazona, 2007: 74; 2025: 121). Por ejemplo, en la Sentencia 117/2006, de 24 de abril, FJ 2, el TC indica que «el principio de igualdad no consagra un derecho a la desigualdad de trato (...), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual». No ha contemplado, por tanto, que la discriminación por indiferenciación esté protegida por el artículo 14 de la Constitución Española (CE). Esta postura se mantiene en la actualidad, si bien recientemente el TC ha hecho una referencia expresa a este tipo de discriminación en la Sentencia núm. 140/2024, de 6 de noviembre. En esta sentencia el TC interpreta que el supuesto enjuiciado en la cuestión de inconstitucionalidad planteada no era tanto un caso de discriminación por indiferenciación, sino más bien uno de inconstitucionalidad por omisión, y después de señalar que aquel es un supuesto «excluido, según nuestra jurisprudencia reiterada» (FJ 5), recuerda que sí se incluye en la jurisprudencia del TEDH en las dos sentencias antes mencionadas.

Si bien es cierto que el TC ha mostrado reticencias históricas a reconocer la discriminación por indiferenciación de forma autónoma bajo el artículo 14 CE, y así se sigue manteniendo hasta nuestros días (Cobreros Mendazona, 2025: 120), este criterio debe entenderse matizado hoy por el artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales conforme al CEDH y la jurisprudencia del TEDH, y por la reciente irrupción de la Ley 15/2022. Con respecto a la primera cuestión, es necesario recordar que el artículo 10.2 CE obliga a que los derechos fundamentales se interpreten de acuerdo con los tratados internacionales. Por tanto, si el TEDH castiga la indiferenciación, España estaría obligada por este artículo a seguir ese criterio, pues acudir a los textos internacionales no es algo potestativo para los poderes públicos españoles, sino que tiene carácter imperativo (Cobreros Mendazona, 2007: 86).

Con respecto a la segunda cuestión, es importante señalar aquí el impacto de la Ley 15/2022, pues refuerza esta obligación. Esto es así por el hecho de que, al existir ya una ley específica que prohíbe discriminar por motivos como el «estado serológico» (Ramiro Avilés, 2023: 53), el argumento del TC de que «la ley puede ser igual para todos» pierde fuerza, ya que ahora hay un mandato legal claro que obliga a proteger y diferenciar esas situaciones específicas, y a reconocer y combatir la discriminación por

indiferenciación. Podemos decir que la indiferenciación no es solo una falta de sensibilidad del legislador, sino que también es un incumplimiento de la Ley 15/2022 pues el artículo 2.2 permite el establecimiento de diferencias de trato cuando sean razonables y objetivas, algo que se cumpliría en el caso del VIH y las enfermedades infectocontagiosas.

Aunque se trata de una ley ordinaria, su vocación transversal actúa como un mandato para todo el ordenamiento jurídico. Al reconocer el estado serológico como una causa de protección autónoma, diferenciada de la discapacidad y de la enfermedad o condición de salud, el legislador obliga a la Administración a no diluir el VIH en categorías generales, como podría ser el de enfermedades infectocontagiosas. Y, por este motivo, la indiferenciación aquí se convierte en un incumplimiento legal porque el Estado no puede refugiarse en la supuesta neutralidad de una norma sobre enfermedades infectocontagiosas para anular la protección específica que la ley otorga al estado serológico con respecto al VIH.

Por último, cabe reseñar la diferencia que existe entre la discriminación por indiferenciación y la discriminación indirecta, que sí es un tipo incluido en la Ley 15/2022. Este tipo de discriminación se produciría cuando una disposición, conducta, acto, criterio o práctica aparentemente neutra ocasiona o puede ocasionar a las personas que viven con el VIH una desventaja con respecto a otras personas. La discriminación indirecta se produce porque el legislador no ha sido consciente de la necesidad de diferenciar. Se produciría una suerte de discriminación por indiferenciación debido a un reduccionismo que tiende a reducir a los sujetos políticos a una unidad y a preferir lo monótono y frecuente frente a la especificidad y la diferencia (Young, 1990: 3).

La discriminación indirecta y la discriminación por indiferenciación son similares en cuanto a su estructura y efectos de enjuiciamiento porque «los problemas que plantea una regulación que no ha extendido sus efectos beneficiosos a todos los sujetos a los que debía haber incluido (para respetar el principio de igualdad) son los mismos que los de aquella que no hubiera tenido en cuenta las especificidades de algunos sujetos que tenía que haber previsto (también para respetar el principio de igualdad) —normalmente con la finalidad de excepcionar de alguna limitación o restricción de derechos o intereses establecida en tal regulación—» (Cobreros Mendazona, 2007: 92). La discriminación indirecta, no obstante, no parte «de una diferenciación normativa sino de una disposición formulada en su textualidad de una manera (aparentemente) neutra, pero con un impacto (negativo) claramente superior en un grupo o conjunto de sujetos. Lo que, salvo que esté justificado objetivamente (en cuanto a su finalidad y a la proporcionalidad; en el test ya conocido), también constituye un supuesto de discriminación inadmisible *ex* art. 14 CE» (Cobreros Mendazona, 2007: 102).

ISBN: 978-84-7777-740-3

La existencia de una discriminación indirecta también obliga al legislador a que contemple la necesidad de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento normativo diverso. Esto se debe a que «hoy se le exige al Estado no solo la promulgación de grandes regulaciones que permitan a la sociedad funcionar y desarrollarse (…) sino diversidad de intervenciones puntuales, particulares y coyunturales» (Cobreros Mendazona, 2007: 105). El legislador debe valorar, al menos desde el punto de vista de la justicia distributiva, qué situaciones distintas es procedente diferenciar y tratar desigualmente; debe tomar en consideración aquellas propiedades constitucionalmente relevantes, y el estado de salud —el estado serológico, la discapacidad, por añadir alguna razón más— es una de ellas, para originar una solución diferenciada (Cobreros Mendazona, 2007: 89). Y para ello se debe hacer «un juicio valorativo respecto de la relevancia de alguna propiedad que tendría que haber tenido como resultado una consecuencia jurídica diferenciada de la establecida para los restantes casos. La dificultad será, pues, la identificación de la propiedad constitucionalmente relevante para que la solución legislativa fuese diferenciada; pero, si aquélla existe, la consecuencia ineluctable será la inconstitucionalidad de la regulación que la desconoce, dando un tratamiento general (y no diverso al del resto) a un supuesto específico» (Cobreros Mendazona, 2007: 90). Es preciso, pues, que exista una razón suficiente para que el tratamiento diferenciado sea compatible con el principio de igualdad porque «una diferenciación jurídica sin suficiente razón constituye una discriminación inconstitucional (…) no se está propugnando el establecimiento de diferencias para todo lo diverso (sea lo que fuere) sino solo para aquellos casos en los que no diferenciar tenga por consecuencia discriminar» (Cobreros Mendazona, 2007: 96, 105).

Tanto la discriminación indirecta como la discriminación por indiferenciación son tipos de discriminación difíciles de probar porque solo se produce con la aplicación de una disposición, criterio o práctica. Aunque su papel no es determinante (De Vos, 2020: 70), en este tipo de discriminación los datos estadísticos son relevantes para demostrar la existencia de un patrón que es improbable que ocurra por casualidad y el impacto de exclusión que tiene un determinado requisito. De ahí que la inmensa mayoría de los casos de discriminación indirecta hayan sido declarados por tribunales de justicia en sus sentencias (De Vos, 2020: 69).

II. ¿ES EL VIH UNA ENFERMEDAD INFECTOTRANSMISIBLE O UNA ENFERMEDAD INFECTOCONTAGIOSA?

Dado que el núcleo de la indiferenciación que aquí se expone reside en un error terminológico, en la confusión entre lo infectocontagioso y lo infectotransmisible, con graves consecuencias jurídicas, como veremos, conven-

dría aclarar los conceptos y realizar una breve retrospectiva del origen del problema.

Ya han pasado más de cuatro décadas desde que el 5 de junio de 1981 en el *Morbidity and Mortality Weekly Report* (MMWR) se publicó un informe sobre cinco casos de neumonía por *Pneumocystis carinii*, que advertían de una disfunción del sistema inmunitario debido a una infección adquirida a través de contacto sexual (CDC, 1981: 250-252). Comenzaba en ese momento una epidemia cuyo origen era un virus desconocido, posteriormente denominado como virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) que causaba el síndrome de inmunodeficiencia humana adquirida (sida).

No fue hasta el 9 de septiembre de 1983 cuando oficialmente se identificaron las vías de transmisión. Ese día el Center for Diseases Control (CDC) publicaron un MMWR en el que se aclaraban cuáles eran las vías de transmisión. Señalan que la aparición de casos de sida entre hombres homosexuales, consumidores de drogas por vía intravenosa, personas con hemofilia, parejas sexuales de miembros de estos grupos y receptores de transfusiones de sangre es coherente con la hipótesis de que el sida está causado por un agente que se transmite sexualmente o, con menor frecuencia, a través de agujas o sangre contaminadas (CDC, 1983). Se informa, en concreto, que alrededor del 91 % de los casos notificados se han producido en estos grupos de personas y que, entre los casos restantes, no ha habido pruebas de que la enfermedad se adquiriera por contacto casual con personas con sida o con personas de grupos de población con una mayor incidencia de sida. Asimismo, el CDC aclara que no se tiene constancia de que el sida se transmita a través de los alimentos, el agua, el aire o las superficies ambientales (CDC, 1983).

Sin entrar en muchos detalles sobre los distintos tipos de enfermedades que existen, nos interesa la clasificación de las enfermedades según su origen (etiología). En función de ese origen tenemos enfermedades infecciosas y enfermedades no infecciosas. Las enfermedades infecciosas son aquellas causadas por la invasión de microorganismos patógenos, como virus, bacterias, hongos, protozoos o incluso invertebrados parásitos, como lombrices intestinales o tenias (Mercer, 2021: 151). Estos microorganismos pueden transmitirse de una persona que tiene la infección a otra sana, ya sea directamente a través del contacto físico, saliva, sangre, etc., o a través de un «vector de transmisión», como el aire, agua o ciertos animales (mosquitos, piojos, garrapatas, pulgas, etc.), que facilitan el traspaso del patógeno. En contraste, las enfermedades no infecciosas no son causadas por microorganismos patógenos, sino por otras razones, como factores biológicos, ambientales y estilos de vida (Maradona, 2010: 78).

Según esta clasificación, el VIH se incluye dentro de la categoría de enfermedades infecciosas y, específicamente, dentro del grupo de las transmisibles. La clasificación del VIH como enfermedad infectotransmisible no la en-

ISBN: 978-84-7777-740-3

contramos en la Clasificación Internacional de Enfermedades, una lista oficial de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. Esta clasificación se va actualizando periódicamente y, desde 2022, la clasificación vigente es la denominada CIE-11. En el capítulo 1 sobre «Algunas enfermedades infecciosas y parasitarias», el VIH se corresponde con el código 1C60, donde se indica que «Un caso de infección por el VIH se define como una persona en quien se ha confirmado la infección por dicho virus, independientemente del estadio clínico puede ser incluso el estadio grave 4 de la enfermedad (también conocida por SIDA), según criterios de laboratorio y de conformidad con las definiciones y los requisitos del país». Así, pues, el VIH queda encuadrado en el conjunto de enfermedades infecciosas y no ofrece una especificación como enfermedad transmisible, algo que sí hacía la CIE-10 cuando incluía al VIH dentro de un capítulo denominado «Factores que influyen en el estado de salud y contacto con los servicios sanitarios» (Z00-Z99), y en concreto dentro del subapartado Z20-Z28-«Personas con riesgos potenciales de salud relacionados con enfermedades transmisibles» (Z20-Z28).

No obstante, aunque la CIE más reciente no clasifica directamente el VIH como transmisible, tampoco lo clasifica dentro del grupo de enfermedades contagiosas, lo cual tiene gran trascendencia sobre los derechos de las personas con el VIH.

El carácter transmisible y no contagioso del VIH plantea una cuestión de terminología médica que no se tiene muy clara en el ámbito jurídico y esto se debe a varias causas. En primer lugar, dentro del propio ámbito médico se utiliza con frecuencia la palabra «contagioso» para referirse a cualquier tipo de virus infeccioso. En este contexto la discusión sobre si debe ser calificado como contagioso o como transmisible no es una situación que se discuta en la jerga médica y no hay referencias en la literatura científica sobre esta discusión. En países de habla inglesa se usa a menudo la palabra *contagion* para referirse al VIH. En segundo lugar, las normas jurídicas españolas desde sus inicios no han precisado que el VIH sea un compartimento separado del grupo de enfermedades contagiosas. En tercer lugar, y derivado del anterior, las normas jurídicas que incluyen al VIH dentro de la categoría de enfermedad infectocontagiosa se han ido tomando como ejemplo y copiándose en todos los niveles normativos, desde leyes y reales decretos a ordenanzas y decretos autonómicos y locales. Fuera del plano estrictamente legal, la calificación errónea también afecta a multitud de protocolos internos tanto de servicios públicos como de servicios privados. De esta forma, la clasificación errónea como enfermedad infectocontagiosa es problemática cuando una persona con el VIH pretende acceder a determinados bienes, servicios y recursos en los que se pide cumplir el requisito de «no [padecer] enfermedad infectocontagiosa».

La confusión terminológica tiene sus raíces en la primera mitad del siglo XX. La Ley de Bases de Sanidad Nacional, promulgada el 25 de noviem-

bre de 1944 y aún en vigor, solo hacía referencia a enfermedades infecciosas. Sin embargo, al ser desarrollada reglamentariamente mediante el Decreto de 26 de julio de 1945, que aprobó el Reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación, se introdujo la mención a las enfermedades infectocontagiosas en el artículo 2, otorgándoles así un estatus jurídico. De tal forma que pasa de hablar de enfermedades infecciosas de declaración obligatoria en el artículo 1 a enfermedades infectocontagiosas en el artículo 2 (Barranco Avilés y Blázquez Martín, 2008: 20).

Posteriormente, en la disposición final quinta de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se prevé que «[p]ara alcanzar los objetivos de la presente Ley y respetando la actual distribución de competencias, el Gobierno en el plazo máximo de dieciocho meses, a partir de la publicación de la misma, refundirá, regularizará, aclarará y armonizará, de acuerdo con los actuales conocimientos epidemiológicos, técnicos y científicos, con las necesidades sanitarias y sociales de la población y con la exigencia del sistema sanitario». Este mandato se implementa de manera indirecta a través del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, que entró en vigor el 1 de julio de 1996 y estableció la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica. En dicho decreto, el anexo I incluyó una lista de enfermedades de declaración obligatoria que, rápidamente, quedó desactualizada debido a la evolución de la situación epidemiológica en España y a la falta de incorporación de enfermedades exigidas por organismos internacionales, como la Unión Europea y la Organización Mundial de la Salud. Por esta razón, se hizo necesaria una revisión para ajustarla a estos requerimientos, lo que incluyó también modificaciones al anexo II, sobre las modalidades de declaración, y al anexo III, relativo a las enfermedades endémicas de ámbito regional.

Estas actualizaciones se realizaron mediante la Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo, que modificó los anexos I, II y III del Real Decreto 2210/1995. En esta nueva normativa, se incorporó en el puesto 32 la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana / Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH/sida) y se especificó (en el anexo II) que su declaración estaría sujeta a un sistema especial.

Las evidencias científicas actuales sobre las vías de transmisión del VIH (sexual, parenteral y vertical) permiten diferenciarlo claramente de otras infecciones que pueden transmitirse de forma casual, directa o indirecta, y que son propiamente clasificadas como infectocontagiosas. En el pasado, se asumía que toda infección era resultado de un contagio, hasta el punto de que el Diccionario de la Real Academia Española define «contagio» en su primera acepción como «la transmisión por contacto mediato o inmediato de una enfermedad específica». Sin embargo, este mismo diccionario también reconoce que el término «contagioso» puede referirse a algo que «se pega o propaga fácilmente», incluso de manera figurada, como aquello

ISBN: 978-84-7777-740-3

«que se comunica con el trato». Hoy en día, está científicamente estudiado que algunas infecciones, como el VIH, requieren vías específicas para entrar al organismo, como fluidos corporales, excluyendo el contacto casual, lo que descarta la clasificación del VIH como un virus contagioso en el sentido tradicional del término.

A pesar de esta información, en España no hay un consenso acerca de un catálogo estricto ni de enfermedades trasmisibles ni de contagiosas, por lo que se trata de construcciones normativas (Barranco Avilés y Blázquez Martín, 2008: 20). Debido a esto, en el ordenamiento jurídico español se encuentran normas que se refieren al VIH como enfermedad infecciosa, enfermedad infectocontagiosa, pero también es frecuente clasificarlo bajo la etiqueta de enfermedad trasmisible, sin llegar a existir uniformidad en la terminología a aplicar. Esta falta de distinción, presente de manera sistemática en normativas de ámbito estatal, autonómico y local, contribuye a la persistencia del problema y a que, en la práctica, las personas con el VIH vean limitados sus derechos.

El VIH no es, por lo tanto, una enfermedad infectocontagiosa sino infectotransmisible porque, a diferencia de otras enfermedades infecciosas que se transmiten de forma pasiva, por el aire o por el contacto casual, las vías de transmisión del VIH requieren un contacto mucho más estrecho, como el sexual o el producido por el intercambio de jeringuillas contaminadas (Hernández, 2017: 698), o el vertical de la madre al hijo. En este sentido, cabe destacar la Instrucción de la Dirección General de Servicios Sociales y Personas en Situación de Dependencia de la Generalitat Valenciana sobre Admisión y Atención de Personas con Enfermedades Infectotransmisibles en Centros Sociosanitarios de la Comunitat Valenciana, donde se sostiene que el VIH debería catalogarse como una enfermedad infectotransmisible porque es «causada por un agente infeccioso que sobrevive fuera del cuerpo humano muy pocos minutos, lo que hace prácticamente imposible que infecte a otras personas a través del medio ambiente, agua, alimentos o animales portadores (…) Solo puede transmitirse por contacto directo entre el cuerpo de una persona y otra a través de un intercambio de fluidos entre la persona infectada y la sana (…) En el caso del VIH estos fluidos se reducen a sangre, semen, secreciones vaginales y anales y leche materna».

No estamos ante un mero problema lingüístico (Hernández, 2017: 698) porque esa calificación errónea se traduce en que las personas con el VIH no puedan acceder a numerosos servicios y recursos sociales a los que tienen derecho, pues una persona con el VIH se encuentra con problemas para acceder a residencias de la tercera edad, a casas de acogida para mujeres víctimas de violencia de género, a recursos residenciales para personas solicitantes de protección internacional, a balnearios, a piscinas, entre otros. La calificación errónea funciona como una barrera legal para el acceso al ejercicio de derechos y libertades, y acarreando consecuencias prácticas

perniciosas en múltiples ámbitos como ha sido el acceso a la función pública, en especial a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las comunidades autónomas y de las Fuerzas Armadas; o como sigue siendo en las limitaciones en el derecho al trabajo, en especial en las profesiones sanitarias que realizan procedimientos invasores; las exclusiones en la contratación de seguros de salud o de vida; las denegaciones de servicios ofertados al público en general; las intromisiones en su intimidad personal y en sus datos de carácter personal; la dificultad para ejercer el derecho a adoptar, acoger o tener la custodia de un menor, por citar solo algunos ejemplos (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal, 2018a: 476).

Hace cuarenta años, cuando se diagnosticaron los primeros casos de sida, se desconocía el origen patógeno de la infección, existía incertidumbre sobre las vías de transmisión y las medidas de prevención, y no se contaba con tratamientos eficaces para reducir la mortalidad asociada al VIH. En los inicios de la epidemia, la calificación médico-legal del VIH no era una prioridad, ya que el enfoque principal era garantizar la supervivencia de las personas que adquirían el virus.

En la actualidad, las vías de transmisión de la enfermedad están completamente identificadas y se han establecido medidas universales de prevención de la transmisión (MUPT). Estas incluyen un conjunto de normas destinadas, principalmente, a fomentar la higiene personal, garantizar el manejo cuidadoso de utensilios y promover el uso generalizado de barreras de protección (Mason, 1987). Además, los avances en el tratamiento de la infección han dado lugar a una evidencia científica sobre los riesgos de la exposición al virus bajo diferentes circunstancias, llegándose a determinar que, por debajo de cierto umbral de carga viral plasmática, inferior a 20, 37 o 50 copias por mililitro, dependiendo del método de análisis empleado en cada hospital (GeSIDA y SEISIDA, 2017: 10), esta es indetectable. Hay estudios recientes que indican que la indetectabilidad y la intransmisibilidad se alcanza incluso cuando la carga viral está por debajo de las 1.000 copias (Broyles *et al.*, 2023: 464), sin embargo, en España, se ha llegado al consenso de que «[l]as personas con infección por el VIH, que se encuentran en tratamiento antirretroviral y que han logrado alcanzar y mantener niveles indetectables de carga viral (<50 cop/mL) tienen un riesgo despreciable de transmisión sexual del VIH» (Ministerio de Sanidad, 2018: 4). Por otro lado, los resultados de numerosos estudios científicos reflejan que tener una carga viral indetectable de forma estable y duradera, gracias a los tratamientos antirretrovirales, imposibilita la transmisión del virus hasta niveles despreciables (siempre que no confluyan otros factores). Así lo evidencian los estudios efectuados con parejas serodiscordantes (una persona con el VIH y otra no) que mantuvieron relaciones sexuales de penetración vaginal o anal (prácticas de riesgo por excelencia en las relaciones sexuales) sin protección (Rodger *et al.*, 2019; Bavinton *et al.*, 2018). Una afirmación que es respaldada por organismos internacionales como ONUSIDA y que en Es-

ISBN: 978-84-7777-740-3

paña difunden las organizaciones más importantes a nivel estatal y comunitario como parte de la campaña internacional *Undetectable = Untransmittable* (Indetectable = Intransmisible) de *Prevention Access Campaign*. Esta evidencia científica tiene amplias implicaciones no solo para el tratamiento de la infección por el VIH desde un punto de vista científico y de salud pública, sino también para reducir el estigma asociado con el VIH y para ciertos aspectos legales de la criminalización del VIH (Eisinger *et al.*, 2019: 451).

III. ¿CÓMO SE VEN AFECTADOS LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON EL VIH?

La calificación errónea del VIH como enfermedad infectocontagiosa constituye un ejemplo paradigmático de cómo una construcción jurídica incorrecta puede operar como un determinante legal negativo de la salud. En este sentido, calificar al VIH como una enfermedad «infectocontagiosa», cuando la evidencia científica demuestra que se trata de una infección transmisible que no se comunica a terceras personas por el contacto social casual y que, además, puede ser intransmisible en personas con carga viral indetectable, supone una desconexión entre el Derecho y la ciencia médica. Esta desconexión genera marcos normativos que legitiman restricciones desproporcionadas y discriminatorias.

Si nos centramos en el impacto en los derechos de las personas con el VIH, la discriminación por indiferenciación ofrece el escaparate idóneo para comprobar que la falta de distinción normativa entre enfermedades infectocontagiosas e infectotransmisibles, a pesar de los avances científicos y médicos, sigue afectando derechos fundamentales.

Para muestra de ello, en las consultas recibidas por la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá relativas al acceso por personas con el VIH a recursos residenciales, hemos comprobado que muchos centros exigen «ausencia de enfermedades infectocontagiosas». Al aplicar este requisito al VIH, se excluye a personas mayores basándose en un riesgo de convivencia inexistente. Bajo la doctrina del TEDH, esto es discriminación por indiferenciación (además de una discriminación por estado serológico) por no prever una excepción o trato diferenciado para un determinado supuesto. Mientras que una patología de contagio aéreo requiere medidas de aislamiento, el VIH en la convivencia social es inocuo, por tanto, al aplicar la misma restricción a ambos supuestos es una omisión del deber de ajuste normativo, perpetuando, además, un estigma que el TEDH ya ha señalado como merecedor de una protección reforzada (Kiyutin c. Rusia de 10 de marzo de 2011).

En el ámbito laboral también hemos encontrado numerosos ejemplos relatados por personas con el VIH en los que se supedita el acceso a un puesto de trabajo o toma de posesión de una plaza al cumplimiento de no

tener enfermedades infectocontagiosas, cuestión que ha de acreditar un profesional sanitario mediante un certificado médico. En no pocos casos, los profesionales se han negado a responder negativamente al considerar al VIH incluido en la categoría de infectocongioso. Si se mantiene el VIH como causa de exclusión médica en el acceso al empleo público, subsumiéndolo en el concepto de «enfermedad infectocontagiosa», se vulnera el principio de igualdad sustantiva. Siguiendo la doctrina Thlimmenos c. Grecia, existe discriminación cuando se trata igual a quienes están en situaciones diferentes. En este caso, una persona con el VIH con carga viral indetectable que se presenta a una oposición se encuentra en una situación de capacidad funcional idéntica a cualquier otra persona que aspire al puesto, por tanto, aplicarle la exclusión prevista para enfermedades de fácil contagio o debilitantes es un trato indiferenciado que carece de justificación objetiva y razonable.

En las consultas recibidas relativas al acceso a servicios dentales o sanitarios en los que se solicita información sobre la tenencia o [padecimiento] de enfermedades infectocontagiosas, el uso de protocolos «especiales» (como citar a última hora o cobrar suplementos de desinfección) cuando los protocolos estándar ya son suficientes también representan una discriminación por indiferenciación. Dado que las medidas de barrera estándar en odontología y en cualquier otro ámbito de atención a pacientes o usuarios son universales y suficientes para prevenir la transmisión de patógenos por sangre, tratar de forma «especial» el VIH, bajo la premisa errónea de una «contagiosidad» superior o peligrosidad, supone ignorar que la situación de riesgo no es diferente a la de cualquier otro paciente.

En la actualidad, son muchos los servicios y recursos que mantienen la obligatoriedad de declarar la tenencia de enfermedades infectocontagiosas. Hablamos del acceso a centros ocupacionales, centros de día y residencias en la Comunidad de Madrid[1]; del acceso a las ayudas para el acogimiento familiar de personas Mayores de la Comunidad de Madrid[2]; del acceso a las casas de acogida temporal para mujeres gestantes y/o con hijos/as pequeños/as[3]; del acceso al alojamiento protegido para víctimas de trata y explotación sexual dependiente del Ayuntamiento de Madrid[4]; el acceso y acogida de estudiantes de medicina en Hospitales y Centros Asistenciales de Cádiz[5]; en el acceso a Centros de Acogida para Solicitantes de Asilo en diferentes comunidades autónomas[6], entre muchos otros ejemplos.

---

1 Los requisitos pueden comprobarse en <https://l1nq.com/pmbr0kc>.

2 Los requisitos pueden comprobarse en <https://l1nq.com/92egxnt>.

3 Los requisitos pueden comprobarse en <https://sl1nk.com/u01wf1k>.

4 Los requisitos pueden comprobarse en <https://sl1nk.com/3p6hhl1>.

5 Los requisitos pueden comprobarse en <https://sl1nk.com/zpystbz>.

6 Los requisitos pueden comprobarse en <https://sl1nk.com/svjrkoy>.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El mantenimiento de esta categoría no solamente provoca una discriminación por indiferenciación cuando una persona con el VIH intenta acceder a los mismos (causa), sino también una discriminación por estado serológico cuando es rechazada (efecto). Pero la discriminación empieza incluso antes, pues las personas con el VIH pueden no acudir a establecimientos de prestación de servicios o de recursos, o, incluso, no concurrir a procesos selectivos por considerarse funcionalmente inhabilitadas para ello cuando la realidad no es así. Esta situación es la que algunas autoras han denominado discriminación anticipada (Barranco Avilés, 2013: 19-20). El reconocimiento de la discriminación por indiferenciación parte por reconocer también que la discriminación no la genera el uso del calificativo «infectocontagioso», sino la misma existencia de este tipo de cláusulas que no especifican las infecciones que pueden suponer un problema para la salud de la persona, de la salud pública o de terceros en relación con una actividad, o que son directamente discriminatorias contra las personas con el VIH (Barranco Avilés, 2013: 20).

Desde la lógica de los determinantes legales de la salud, corregir esta calificación errónea es una intervención legal de alto impacto. La adecuación del lenguaje jurídico a la evidencia científica actual, incluyendo el reconocimiento del principio de que una persona con carga viral indetectable no transmite el VIH (indetectable = intransmisible), permitiría eliminar barreras normativas injustificadas, reducir el estigma estructural, prevenir la discriminación por estado serológico, superar la discriminación por indiferenciación y mejorar el acceso efectivo a derechos y servicios. En términos de epidemiología legal, se trataría de transformar un determinante legal negativo en un determinante legal positivo, capaz de mejorar tanto la salud de las personas con el VIH como la salud pública en su conjunto.

En definitiva, la persistencia de la calificación del VIH como enfermedad infectocontagiosa ilustra con claridad cómo el Derecho, cuando no se basa en evidencia científica ni en un enfoque de derechos humanos, puede producir daños evitables. Y, en sentido contrario, cuando se basa en evidencia científica y en un enfoque de derechos humanos, puede reparar situaciones de discriminación históricas.

Un ejemplo paradigmático de la superación de la indiferenciación en España, en nuestra opinión, fue la reforma de los cuadros médicos de exclusiones para el acceso al empleo público en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las Fuerzas Armadas. Durante décadas, estas normas excluían automáticamente a personas con el VIH en el acceso a estos empleos bajo cláusulas genéricas (Ramiro Avilés y Ramírez Carvajal, 2018b: 209). Sin embargo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018 puso fin a esta práctica, obligando a sustituir la exclusión por el simple diagnóstico por una evaluación individualizada de la capacidad funcional. Este hito demostró que, cuando el legislador cumple con su deber de diferenciar,

reconociendo que el VIH no es una enfermedad infectocontagiosa en este caso, en el entorno laboral, se restaura la igualdad sustantiva.

Otro ejemplo que nos sirve para comprobar que este cambio de paradigma no es solo una pretensión doctrinal, sino que ha sido asumido institucionalmente, es la *Declaración institucional conjunta de los consejos interterritoriales del SNS y SS y de atención a la dependencia sobre el acceso de las personas con infección por el VIH a centros residenciales del sistema público de servicios sociales de 2021*, pues establece de forma tajante que el VIH debe dejar de considerarse una «enfermedad infectocontagiosa» (Ministerio de Sanidad, 2021). Esta Declaración exige que se revisen todas las normativas que utilicen este término para excluir a personas con el VIH de servicios sociales o residenciales, pues «ello ha servido para justificar exclusiones que tienen un dudoso encaje en nuestro ordenamiento jurídico». Por tanto, la Administración está invalidando la base sobre la cual se asientan todas aquellas normas que prohíben el acceso a residencias o centros de día basándose en una supuesta «peligrosidad» para terceros. Y no solo eso, sino que también está ordenando el fin de la discriminación por indiferenciación al reconocer que estas cláusulas deben desaparecer, y que cualquier entidad, ya sea pública o concertada y de titularidad privada, que las mantenga está incurriendo en un trato discriminatorio.

IV. CONCLUSIÓN

La calificación errónea del VIH como enfermedad infectocontagiosa constituye un ejemplo paradigmático de discriminación por indiferenciación. Esta equiparación errónea afecta al disfrute de los derechos en igualdad de condiciones toda vez que iguala injustificadamente el nivel de riesgo de las personas con el VIH al de aquellas que tienen patologías transmisibles por aerosoles o fómites, ignorando de forma deliberada las vías de transmisión específicas y la realidad científica de la indetectabilidad.

La barrera estructural basada en la indiferenciación genera que el legislador y la Administración perpetúen un estigma que impide la igualdad real de las personas con el VIH. En este sentido, si la discriminación por indiferenciación es el mecanismo jurídico, la discriminación por estado serológico es el resultado específico, por eso resulta fundamental realizar una revisión urgente de los criterios de acceso a derechos, recursos o servicios que contengan la cláusula de infectocontagiosidad porque la discriminación por estado serológico puede camuflarse bajo una indiferenciación normativa.

La plena efectividad de la Ley 15/2022 y la aplicación de la doctrina del TEDH exigen que el ordenamiento español abandone estas categorías genéricas, reconociendo el estado serológico como una realidad que demanda

ISBN: 978-84-7777-740-3

una protección específica y diferenciada para evitar que la neutralidad de la ley siga siendo, en la práctica, una herramienta de exclusión.

V. REFERENCIAS

AÑÓN ROIG, M. J. (2013). «Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio». En F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, J. M. RODRÍGUEZ URIBES (coords.), G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales* (vol. 5, n.º 4, 609-672). Dykinson.

BAVINTON, B. R., PINTO, A. N., PHANUPHAK, N., GRINSZTEJN, B., PRESTAGE, G. P. *et al*. (2018). «Viral suppression and HIV transmission in serodiscordant male couples: an international, prospective, observational, cohort study». *The Lancet HIV*, 5(8), e438-e447.

BARRANCO AVILÉS, M. C., BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (2008). *Informe sobre la calificación jurídica del VIH como enfermedad infectocontagiosa y propuestas de actuación.* CESIDA.

BARRANCO AVILÉS, M. C. (2013). «La incidencia de la condición de no padecer enfermedad infecto-contagiosa en los derechos de las personas con VIH». *Revista Multidisciplinar del Sida,* 1(1), 14-21.

BROYLES, L. N., LUO, R., BOERAS, D., y VOJNOV, L. (2023). «The risk of sexual transmission of HIV in individuals with low-level HIV viraemia: a systematic review». *Lancet*, 402, 464-471.

CDC (1981). «Pneumocystis pneumonia—Los Angeles», *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 30(21), June 5, 250-252.

CDC (1983). «Current trends update: Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) - United States», *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 32(35), September 9, 465-468.

COBREROS MENDAZONA, E. (2007). «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 71-114.

COBREROS MENDAZONA, E. (2025). «Los "ajustes razonables" en el ámbito de la igualdad ante la ley». En A. IRIGOIEN, J. GOIZUETA, M. BARRÈRE (dirs.), *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Aportaciones multidiciplinares y teórico-críticas* (111-139), Dykinson.

EISINGER, R. W., DIEFFENBACH, C. W., FAUCI, A. S. (2019). «HIV viral load and transmissibility of HIV infection: Undetectable equals Untransmittable». *JAMA*, 321(5), 451-452.

GeSIDA y SEISIDA (2017). *Documento informativo sobre la infección por el VIH*.

GIMÉNEZ GLÜCK, D. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch.

HERNÁNDEZ, J. S. (2017). «Recursos bio-psico-sociales y documentos de interés para personas con VIH». En M. J. FUSTER, A. LAGUÍA y F. MOLERO (coords.), *Formación de mediadores y mediadoras para el apoyo de personas con VIH* (655-709). Universidad Nacional de Educación a Distancia.

MARADONA HIDALGO, J. A. (2010). *Historia de las enfermedades infecciosas*. Universidad de Oviedo.

MASON, J. O. (1987). «Recommendations for prevention of HIV transmission in health-care settings». *Morbidity and Mortality Weekly Report Supplements*, 36 (SU02), August 21.

MERCER A. (2021). «Protection against severe infectious disease in the past». *Pathogens and Global Health*, 115(3), 151-167.

MINISTERIO DE SANIDAD (2018). *El papel de la indetectabilidad de la carga viral en la transmisión sexual de la infección por el VIH*.

MINISTERIO DE SANIDAD (2021). *Declaración institucional conjunta de los consejos interterritoriales del SNS y SS y de atención a la dependencia sobre el acceso de las personas con infección por el VIH a centros residenciales del sistema público de servicios sociales*.

RAMIRO AVILÉS, M. A. (2023). *La discriminación por estado serológico: el caso del VIH*. Aranzadi.

RAMIRO AVILÉS, M. A., RAMÍREZ CARVAJAL, P. (2018a). «El acceso a la justicia por las personas con VIH». *Oñati Socio-Legal Series,* 8(4), 464-48.

RAMIRO AVILÉS, M. A., RAMÍREZ CARVAJAL, P. (2018b). «La exclusión de las personas con VIH de los cuerpos uniformados de seguridad en España». *Revista Vasca de Administración Pública*, 112, 209-242.

RODGER, A. J., CAMBIANO, V., BRUUN, T., VERNAZZA, P., COLLINS, S. *et al*. (2016). «Sexual activity without condoms and risk of HIV transmission in serodifferent couples when the HIV-positive partner is using suppressive antiretroviral therapy». *JAMA*, 316(2), 171-181.

YOUNG, I. M. (1990). *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El consentimiento: base jurídica para la identificación biométrica[1]

Martín María Razquin Lizarraga

Abogado
Catedrático de Derecho Administrativo
Profesor honorario de la Universidad Pública de Navarra

Resumen. El presente estudio aborda la cuestión relativa al consentimiento como base jurídica que legitima el tratamiento de datos biométricos. Dentro de las bases jurídicas contempladas en el Reglamento General de Protección de Datos, el estudio se limita a la base primera de los artículos 6 y 9, así como a los principios del artículo 5 del citado Reglamento. La exposición tiene en cuenta lo dispuesto en el Reglamento de Inteligencia Artificial sobre uso de datos biométricos por sistemas de inteligencia artificial. Para ello se examina, de forma especial, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, así como las diversas actuaciones de la Agencia Española de Protección de Datos, en especial, por la imposición por esta última de sanciones por el tratamiento de datos biométricos. En el estudio se defiende el derecho de las personas a su identidad digital y a disponer de sus datos biométricos con su consentimiento. Solo cuando se trate de injerencias externas, sin consentimiento de los interesados, opera el principio de necesidad.

Palabras clave. Datos biométricos, protección de datos, inteligencia artificial, identidad digital, consentimiento.

Abstract. This study addresses the issue of consent as the legal basis for legitimizing the processing of biometric data. Within the legal bases contemplated in the General Data Protection Regulation, the study focuses on the first ground of Articles 6 and 9, as well as the principles of Article 5 of said Regulation. The discussion takes into account the provisions of the Artificial Intelligence Regulation regarding the use of biometric data by artificial intelligence systems. To this end, the case law of the Court of Justice of the European Union is examined in particular, as well as the various actions of the Spanish Data Protection Agency, especially the latter's imposition of sanctions for the processing of biometric data. The study defends the right of subjects to their digital identity and to have their biometric data processed with their consent. The principle of necessity only applies when there is external interference without the consent of the data subjects.

Keywords. Biometric data, data protection, artificial intelligence, digital identity, consent.

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2024-160322NB-I00 Biometría, Datos, Sostenibilidad y Administración Pública (BIDASOA), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Sumario. —I. Introducción.—II. Objeto del presente estudio: el consentimiento general.—III. Doble normativa europea sobre datos biométricos: 1. La regulación de los datos biométricos en el RGPD. 2. La regulación de los datos biométricos en el RIA: diferencias con el RGPD: A) Concepto de datos biométricos. B) Licitud de los sistemas de IA con datos biométricos según el RIA. C) Consideración de los sistemas de verificación biométrica y de identificación biométrica remota o voluntaria como sistemas de bajo o nulo riesgo.—IV. El consentimiento como base jurídica de licitud del tratamiento de datos biométricos: 1. La regulación de los Tratados y Convenios. Consentimiento e injerencia. 2. El consentimiento en el artículo 9 del RGPD y la excepción del artículo 9 de la LOPDGDD. 3. El consentimiento en el artículo 6 del RGPD. 4. Los principios del artículo 5 del RGDP. 5. Requisitos del consentimiento. 6. La garantía de la privacidad por diseño y por defecto: la innovación técnica de la identificación biométrica. 7. La Evaluación de Impacto para los tratamientos de datos biométricos para la identificación biométrica. 8. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el consentimiento como base de licitud.—V. Propuestas para una revisión de la posición de la AEPD sobre el consentimiento como base jurídica en relación con la identificación biométrica: 1. La Guía de 23 de noviembre de 2023. 2. Las sanciones impuestas por la AEPD por tratamientos biométricos. 3. Otras actuaciones de la AEPD sobre tratamientos biométricos. 4. La anunciada reforma de la Guía y de la posición de la AEPD sobre tratamiento de datos biométricos.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El primer acercamiento a los datos biométricos suele ser desde el miedo, el miedo al control sobre las personas por parte de las autoridades públicas, y también de las empresas. Desde muchos movimientos sociales se alzan voces en contra de la biometría como un enemigo de la sociedad democrática, por el miedo a que se produzca una vigilancia masiva, a menudo imperceptible para los ciudadanos, y porque el Estado (y las empresas) conozca todo respecto de los mismos, reduciendo no solo su intimidad y privacidad sino también su libertad.

Sin embargo, la biometría también permite a las personas identificarse de modo más seguro y fiable, de modo que se eviten suplantaciones de la identidad personal, hoy en día tan frecuentes que suponen fraudes que, una vez producidos, tienen muy difícil o casi imposible solución.

Y todo ello porque los datos biométricos, principalmente el reconocimiento facial, la huella o la voz, son elementos que permiten diferenciar a una persona de otra, puesto que aportan un factor de inherencia que evita su suplantación y permiten fácilmente su identificación, a diferencia de otros como, por ejemplo, las contraseñas.

Como señala la ISO/IED 24745, 2022, las características biométricas tienen especial relevancia para diferenciar a los sujetos y para el reconocimiento de individuos porque poseen unas notas comunes: universalidad,

unicidad, permanencia, coleccionabilidad, y repetibilidad (apartado 5.1, páginas 7 y 8).

En cualquier caso, la utilización de datos biométricos ha adquirido una gran relevancia en la actualidad como modo de identificación de las personas, y por tanto se ha hecho precisa su regulación a fin de dotar de normas que prohíban aquellos usos que sean antidemocráticos y permitir, con cautelas, aquellos otros usos que sirven a la propia decisión de la persona o cuenten con otra base jurídica que justifique su tratamiento.

La gran incidencia del uso o tratamiento de los datos biométricos alcanza su punto álgido cuando estos datos son objeto de sistemas de inteligencia artificial que permiten no solo el control de las personas, sino también su perfilado, llegando incluso en algunos casos a anular realmente la autonomía de la voluntad.

II. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO: EL CONSENTIMIENTO GENERAL

El presente estudio va a analizar el tratamiento de datos biométricos en el caso de la base jurídica del consentimiento, es decir, sin afectar a otras bases de licitud que contemplan los artículos 6 y 9 RGPD.

Desde la vertiente práctica, hay que señalar que, por tanto, quedan excluidos los supuestos en los que el tratamiento de datos biométricos se fundamenta en otra base jurídica diferente del consentimiento, y todo ello porque el fundamento último que legitima dicho tratamiento es completamente diferente cuando se produce el consentimiento y cuando en cambio el tratamiento supone una injerencia que, como tal, debe ser necesaria y contar con una base jurídica específica fuera de la voluntad del interesado.

La segunda acotación es que el estudio se va a limitar al consentimiento general[2], es decir, al realizado por una persona mayor de edad, con plena capacidad de obrar en el marco de sus relaciones sociales. Por tanto, quedan fuera el consentimiento prestado por menores de edad, así como el consentimiento prestado por personas con discapacidad cognitiva. Asimismo, queda excluido del ámbito de análisis el consentimiento prestado en las relaciones laborales, por más que alguna referencia se efectuará a este supuesto. Con ello se obvia lo expuesto en el Considerando 43 RGPD que advierte de los supuestos de que exista un desequilibrio entre el interesado y el responsable del tratamiento.

[2] No se va a tratar la cuestión del escaneo del iris realizado en España por la empresa Worldcoin, dado que plantea problemas jurídicos diferentes, en cuanto a la cesión de datos, finalidades y control, así como las técnicas utilizadas. Sobre estas actuaciones han intervenido la AEPD y también la Agencia catalana que ha emitido un comunicado preventivo al respecto. Véase una breve exposición al respecto en González Mendoza (2025: 456-459).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Por tanto, el consentimiento al que se va a hacer referencia es el consentimiento de los artículos 6 y 9 RGPD, que no tiene ninguna excepción. Hay que recordar que la LOPDGDD cuando establece excepciones al consentimiento, no incluye entre ellas la referida al tratamiento de los datos biométricos.

Este consentimiento está unido al derecho a la identidad digital[3]. La identidad digital es un derecho de las personas. Se trata de ser una persona individualizada, distinta de otras personas, y que puede ser diferenciada e identificada de forma clara. Por un lado, permite su identificación, y por otra evita la suplantación de la persona.

La identidad digital puede acreditarse a través de muy diversos medios. Por eso cabe referirse a una escala de modos de acreditación de identidad digital en razón de su fortaleza, certeza y fiabilidad. En este sentido pueden distinguirse tres modos de acreditación de la identidad digital:

— Algo que tienes: puede cederse o robarse (móvil, tarjeta).
— Algo que sabes: puede cederse o robarse (contraseña).
— Algo que eres: no puede cederse ni robarse (cara, huella, voz).

Según el grado de certeza que se precise suelen utilizarse cualquiera de dichos modos, aunque normalmente se emplean varios de ellos de forma combinada a fin de ofrecer una mayor robustez en la identificación. El modo más fiable es el tercero porque permite una identificación segura e impide la suplantación, y se funda en el reconocimiento mediante biometría[4]. Es, por ello, que Alenza García (2025b: 192-193) ha sostenido que la biometría es el único sistema que garantiza la certeza de identidad.

Este consentimiento supone la participación activa del interesado, aspecto sustancial al que se refiere ahora el Considerando 17 del RIA.

Como más adelante se desarrollará, el consentimiento tiene que reunir los requisitos exigidos en el RGPD para ser válido y eficaz, y operar por tanto como base jurídica para el tratamiento de datos biométricos.

El derecho al uso de los propios datos biométricos (Alenza García, 2025b: 213-227) tiene los siguientes fundamentos: 1) Autonomía de la voluntad, derecho a la intimidad y poder de disposición sobre los datos biométricos; 2) Derecho a decidir el sistema de identificación; 3) Método más seguro para la protección de otros derechos de los ciudadanos como la prevención del fraude y la seguridad ciudadana o la utilización fraudulenta o el derecho de sufragio; 4) Herramienta para el cumplimiento de deberes cons-

[3] Para un análisis más extenso de la identidad digital véanse los trabajos de Alenza García (2025b) y Razquin Lizarraga (2022).

[4] Véase una explicación más amplia en Escajedo San Epifanio (2017: 165-176).

titucionales y garantía de los derechos digitales, como la brecha digital o la protección de colectivos vulnerables.

III. DOBLE NORMATIVA EUROPEA SOBRE DATOS BIOMÉTRICOS

La normativa europea[5] sobre los datos biométricos es doble. Por un lado, se encuentra la regulación realizada desde la perspectiva de la protección de datos personales contenida en dos normas europeas: la más importante y general, el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (RGPD) y la más específica la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Por otro, la Unión Europea ha regulado los datos biométricos por razón de su uso mediante los sistemas de inteligencia artificial, por medio del Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (RIA).

En definitiva, se trata de dos regulaciones desde dos perspectivas diferentes, pero para una misma finalidad: inteligencia artificial fiable y de máximo respeto al ser humano y de sus derechos fundamentales en el uso y tratamiento de datos biométricos. Y ambas regulaciones son aplicables al mismo tiempo y sobre el mismo objeto, el uso y tratamiento de datos biométricos (cuando se utilicen sistemas de IA).

No es este el momento de analizar con detenimiento qué son los datos biométricos y tampoco aquellos de carácter identificativo de las personas, aunque se expondrán algunos aspectos principales en orden al examen de la cuestión objeto de este estudio que es la base jurídica del consentimiento[6].

---

5 Aunque no va a ser examinada en este estudio, no debe olvidarse la importante normativa del Consejo de Europa en materia de protección de datos e inteligencia artificial: Convenio 108, Convenio 233 (Convenio 108 +), Directrices sobre reconocimiento facial de 2021, y Convenio sobre IA de 2024.

6 Para ello pueden examinarse trabajos desde una perspectiva más amplia como Escajedo San Epifanio (2017) y Garriga (2023).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Los datos biométricos pueden ser utilizados con muy diversas finalidades, tanto por la propia persona interesada, como por las autoridades públicas o por empresas privadas[7].

1. La regulación de los datos biométricos en el RGPD

La definición de dato biométrico aparece precisada en el artículo 4.14 RGPD: «"datos biométricos": datos personales[8] obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos[9]».

En relación con esta definición procede resaltar dos cuestiones. Por un lado, su alcance limitado, puesto que se refiere únicamente a la identificación, cuando resulta que los datos biométricos pueden ser también no identificantes, lo que, como se dirá más adelante, es la aportación del RIA[10].

Aunque el RGPD se refiere a identificación y autenticación no contiene una definición diferencial entre los sistemas de identificación uno a uno o uno a varios. El RGPD en su artículo 9.1 se refiere a la identificación biométrica: «datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física», como categoría especial de datos personales.

---

7 Es de interés ver los ámbitos de uso de los sistemas de reconocimiento biométrico expuestos por Escajedo San Epifanio (2024-241-312) atendiendo a sus diversos escenarios: 1) movimientos transfronterizos y conflictos bélicos; 2) relaciones entre los Estados y sus nacionales y residentes; 3) relaciones entre empleadores y empleados; 4) en prisiones, hospitales y centros de enseñanza; 5), oferta de bienes y prestación de servicios a consumidores; y 6) vigilancia inteligente, redes sociales y en relación con los Big Data.

8 El concepto de dato personal aparece definido en el artículo 4.1 RGPD, definición a la que luego se remite el RIA. Dicho precepto dice así: «"datos personales": toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

9 Garriga Domínguez (2023: 122) señala que «Son tres, los criterios que se habrán de valorar para entender que un dato personal pertenece a la categoría de datos biométricos en el sentido del RGPD: su naturaleza, relativo a las características físicas, fisiológicas o conductuales de un individuo; los medios y las formas de tratamiento, los datos deben haberse obtenido a partir de un tratamiento técnico específico y, en tercer lugar, la finalidad del tratamiento: la identificación unívoca de una persona física».

10 Escajedo San-Epifanio (2024: 184-185) indica que el RGPD efectuó esta definición conforme a los usos de los datos biométricos en aquellos momentos, cuando resulta que no todos los datos biométricos tienen esa potencialidad de permitir o confirmar la identificación única de una persona. Por ello esta autora se refiere también a utilidades que identifican y utilidades que no lo hacen (2024: 198-199).

No obstante, el Dictamen 5/2022 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) ha equiparado en la práctica ambos conceptos, y los ha considerado como supuestos de datos de categoría especial[11].

El RGPD contempla tres aspectos sustanciales para el tratamiento de los datos biométricos: los principios generales (artículo 5), las bases jurídicas de licitud de todo tratamiento (artículo 6), y las bases jurídicas que pueden levantar la prohibición del tratamiento de datos biométricos (artículo 9)[12].

Estas cuestiones se abordarán más adelante de forma singularizada.

2. La regulación de los datos biométricos en el RIA: diferencias con el RGPD

A diferencia de lo que ocurre en el RGPD que ofrece, como se ha expuesto, una regulación uniforme sobre el tratamiento de datos biométricos, el RIA se caracteriza por lo que se ha denominado como una geometría variable de los datos biométricos. Y ello, porque la regulación del RIA sobre los datos biométricos depende de la distinta finalidad y del modo de obtención de los datos biométricos[13].

Ahora se van a exponer únicamente aquellos aspectos diferenciales del RIA respecto del RGPD, que se consideran de mayor interés al objeto del presente estudio.

a) Concepto de datos biométricos

El RIA acoge una definición de datos biométricos que se separa de la ofrecida por el RGPD. Ahora el artículo 3.34 RIA dice así: «"datos biométricos": los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

---

11 Garriga Domínguez (2023: 134-135) se pronuncia en favor de la equivalencia como datos biométricos del artículo 9 RGPD entre la identificación (uno-a-varios) y la autenticación (uno-a-uno), que ha quedado avalada por el CEPD cuya posición transcribe: «Este es el parecer también del CEPD que, en sus Directrices 05/2022 sobre el uso de técnicas de reconocimiento facial en el ámbito de aplicación de la ley, considera que «aunque ambas funciones —la autenticación y la identificación— son distintas, las dos se refieren al tratamiento de datos biométricos relacionados con una persona física identificada o identificable y, por tanto, constituyen un tratamiento de datos personales, y más concretamente, un tratamiento de categorías especiales de datos» (la traducción es mía).

12 Medina Guerrero (2019: 254-255) explica la incorporación de los datos biométricos como datos sensibles en el artículo 9 del RGPD, resaltando que debe tratarse de datos dirigidos a la identificación de una persona, tal como confirma el Considerando 51 del RGPD.

13 Para un análisis más amplio me remito a Razquin Lizarraga (2025:127-166).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ejemplos concretos de datos biométricos aparecen en el Considerando 15 del RIA: la cara, el movimiento ocular, la forma del cuerpo, la voz, la entonación, el modo de andar, la postura, la frecuencia cardíaca, la presión arterial, el olor o las características de las pulsaciones de tecla[14].

Como puede verse el concepto del RIA es más amplio que el del RGPD, puesto que ahora se engloban tanto los datos biométricos identificadores como no identificadores[15], y por tanto el RIA regula, dentro de las prácticas prohibidas o de los sistemas de alto riesgo, supuestos de datos biométricos que no tienen la utilidad de identificación[16].

En relación con los datos biométricos el RIA diferencia entre lo que se conoce como verificación, es decir, el contraste individual (verificación: 1:1) y el contraste con varios, denominado identificación (identificación: 1:n). Y su artículo 3 ofrece las siguientes definiciones de ambos supuestos:

> «35) "identificación biométrica": el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos;
>
> 36) "verificación biométrica": la verificación automatizada y uno-a-uno, incluida la autenticación, de la identidad de las personas físicas mediante la comparación de sus datos biométricos con los datos biométricos facilitados previamente.»

Escajedo San-Epifanio (2024:187) ha resaltado esta singularidad del RIA y su diferenciación con el RGPD, que comporta que la verificación biométrica[17] esté excluida de los artículos 5 y 6 del RIA.

---

14 La Norma ISO/IEC 24745, 2022 diferencia entre características biológicas: huella dactilar, cara, iris, geometría de la mano, mano/vena del dedo, y ADN; y características conductuales: firma, dinámica de pulsación de teclas, paso, y voz.

15 Ello ha llevado a Escajedo San-Epifanio haya realizado una definición para la noción científico técnica de datos biométricos (2024:191-192): «Son datos biométricos aquellos que se obtienen del cuerpo de las personas como expresión de algún tipo de estudio mensurativo y, en su vasto conjunto, resulta relevante la distinción de dos grandes grupos, según se trate de datos que (han) sido obtenidos de biometrías estáticas o de biometrías dinámicas».

16 El Considerando 14 del RIA dice así: «Los datos biométricos pueden permitir la autenticación, la identificación o la categorización de las personas físicas y el reconocimiento de las emociones de las personas físicas».

17 En lo que aquí interesa este Considerando 15 dice así: «Quedan excluidos los sistemas de IA destinados a la verificación biométrica, que comprende la autenticación, cuyo único propósito es confirmar que una persona física concreta es la persona que dice ser, así como la identidad de una persona física con la finalidad exclusiva de que tenga acceso a un servicio, desbloquee un dispositivo o tenga acceso de seguridad a un local».

b) Licitud de los sistemas de IA con datos biométricos según el RIA

El RIA con carácter general diferencia entre cuatro categorías de sistemas de IA, dejando a un lado los sistemas de uso general o IA generativa que reciben una regulación específica[18].

La primera categoría es la referida a las prácticas prohibidas[19]. El RIA enumera en su artículo 5 varias en relación con los datos biométricos:

— Reconocimiento facial mediante la creación de bases de datos extraídas de imágenes faciales de internet o circuitos cerrados de televisión.
— Inferencia de emociones en lugares de trabajo y en centros educativos.
— Categorización biométrica, que supone la clasificación de las personas según su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual.
— Identificación biométrica en tiempo real en espacios de acceso público.

El artículo 5 RIA excepciona de la prohibición que los sistemas de IA se puedan utilizar para garantía del cumplimiento del Derecho bajo control judicial, con el requisito añadido de que dicha excepción debe ser incorporada expresamente al Derecho del Estado miembro.

La característica principal de todos ellos es que no media el consentimiento de la persona interesada, incluso estos sistemas obvian expresamente dicho consentimiento y lo que pretenden es burlar la autonomía de la voluntad, imponiendo un control externo, en general desconocido, hacia los interesados. Ello justifica que estén prohibidos, dado que, en suma, atentan contra la autonomía y libertad de las personas.

La segunda categoría es la de los sistemas de alto riesgo, donde el artículo 6.2 RIA, completado con el Anexo III, contiene referencias a diversos sistemas que utilizan datos biométricos. Interesa detenerse principalmente

---

18 Escajedo San-Epifanio (2024:188-190) diferencia entre cinco estatutos jurídicos diferentes sobre las tecnologías de reconocimiento biométrico en el RIA: 1) prácticas prohibidas; 2) prácticas biométricas consideradas de alto riesgo; 3) prácticas biométricas excluidas por aplicación del artículo 2.3; 4) prácticas biométricas en el ámbito de grandes sistemas informáticos en asuntos policiales y de control de fronteras (artículos 111 y siguientes y Anexo X); y 5) sistemas de reconocimiento biométrico que quedan fuera del ámbito de aplicación del RIA, entre los que se refiere a la verificación biométrica, la identificación biométrica remota, y los sistemas de IA con fines exclusivamente militar, de defensa o de seguridad nacional.

19 Un amplio estudio centrado en este precepto puede verse en Escajedo San Epifanio (2024: 208-225) y en Sánchez Sáez (2025: 276-303). Véase también San Miguel Caso (2024: 91-114).

ISBN: 978-84-7777-740-3

en los sistemas de identificación biométrica remota que persiguen la identificación de una persona, dado que quedan expresamente excluidos de esta categoría aquellos destinados a ser utilizados con fines de verificación biométrica, cuya única finalidad sea confirmar que una persona física concreta es la persona que afirma ser[20].

Aquí ya no hay una prohibición absoluta, sino que se limita su utilización al complimiento de importantes requisitos (artículos 8-15) y obligaciones (artículos 16-27). Incluso para estos casos se exige la realización de la evaluación de impacto de derechos fundamentales (conocida por sus siglas en inglés, FRIA), para el caso de uso de los datos biométricos por determinados sujetos como son los responsables del despliegue que sean organismos de Derecho público, o entidades privadas que prestan servicios públicos (artículo 27 RIA).

La tercera categoría de sistemas de IA de riesgo limitado se refiere, en lo que aquí interesa, únicamente al supuesto de los responsables del despliegue de un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica (artículo 55.3 RIA), a los que solo se les imponen dos obligaciones: 1) información del funcionamiento del sistema; y 2) tratar los datos conforme al RGPD o a la Directiva 2016/680.

La cuarta categoría de los sistemas de IA es una categoría residual. Son todos aquellos que no entran en alguna de las categorías anteriores. Dado que es en esta categoría donde encajan los sistemas de IA de identificación biométrica objeto del presente estudio, se van a analizar de forma separada en el epígrafe siguiente.

c) Consideración de los sistemas de verificación biométrica y de identificación biométrica no remota o voluntaria como sistemas de bajo o nulo riego

Como ya se ha adelantado, la verificación biométrica queda fuera de las prohibiciones y de los límites de los artículos 5 y 6 RIA, sin perjuicio de su asimilación a los efectos del RGPD efectuada por las Directrices 05/2022

---

20 Cotino Hueso (2024: 304) indica al respecto que «En segundo término, dentro de la «biometría» del Anexo III se especifica que son SAR los «sistemas de identificación biométrica remota» (a). Especialmente cabe significar que no serán SAR los sistemas de identificación biométrica uno a uno, es decir, «cuya finalidad sea confirmar que una persona física concreta es la persona que afirma ser». Ello es relevante porque, pese a que el CEPD y la AEPD consideran recientemente que el tratamiento de datos para esta finalidad de identificación uno a uno sí que es un tratamiento de categoría de datos sensibles del artículo 9 RGPD, no sería un SAR a efectos del RIA por la expresa exclusión del Anexo III. También sería «biometría» los sistemas «de categorización biométrica en función de atributos o características sensibles» o «para el reconocimiento de emociones» en los términos concretados en el apartado 1.º». Respecto del CEPD cita las Directrices 05/2022, confirmadas por la Guía de 26 de abril de 2023, y en relación con la AEPD se refiere a la Guía de 23 de noviembre de 2023.

del CEPD[21]. Basta examinar el artículo 5.1 h) RIA (y el Considerando 17[22]), así como el artículo 6 junto con el Anexo III[23] del RIA.

Todos los sistemas de IA que suponen la identificación biométrica de una persona que no se encuentran dentro de los artículos 5 y 6 del RIA no están prohibidos y ni siquiera limitados. En suma, estos sistemas son de utilización lícita, según el RIA, por más que deban cumplir con las exigencias del RGPD aplicables a los datos biométricos, que más adelante se expondrán[24].

Estos sistemas de IA de identificación biométrica son de utilización lícita, sin necesidad de contar con ningún requisito u obligación de licitud según el RIA. Son los siguientes:

— Sistemas de IA para la verificación biométrica excluidos expresamente de su consideración como de alto riesgo.
— Sistemas de IA para la identificación biométrica, en los que no concurren las circunstancias adicionales para ser considerados como prácticas prohibidas o sistemas de alto riesgo. Por tanto, sistemas de IA para la identificación biométrica no remota así como voluntaria.

Para estos supuestos, solo se establece la posibilidad de realizar códigos de conducta, que serán de cumplimiento voluntario.

Debe señalarse que el tratamiento de datos con el consentimiento de los interesados no encaja en ninguno de los supuestos de prácticas prohi-

---

21 Escajedo San-Epifanio (2024: 204-206) se pregunta dónde queda la verificación biométrica en el RIA para concluir que está excluida.

22 Este Considerando 17 afirma lo siguiente: «Quedan excluidos los sistemas de IA destinados a la verificación biométrica, que comprende la autenticación, cuyo único propósito es confirmar que una persona física concreta es la persona que dice ser, así como la identidad de una persona física con la finalidad exclusiva de que tenga acceso a un servicio, desbloquee un dispositivo o tenga acceso de seguridad a un local. Esa exclusión se justifica por el hecho de que tales sistemas probablemente tengan una repercusión menor en los derechos fundamentales de las personas físicas que los sistemas de identificación biométrica remota que puedan utilizarse para el tratamiento de los datos biométricos de un gran número de personas sin su participación activa.

23 En este Anexo en su apartado 1 se establece lo siguiente: «Quedan excluidos los sistemas de IA destinados a ser utilizados con fines de verificación biométrica cuya única finalidad sea confirmar que una persona física concreta es la persona que afirma ser».

24 Escajedo San-Epifanio (2024: 234) concluye en similar sentido: «Las modalidades de verificación, aunque empleen datos personales de categoría especial, quedan fuera del RIA sin justificación alguna, y parece que se han englobado con ellas, las técnicas de identificación biométrica no remota en las que el sujeto a identificar participa de forma activa, sea o no voluntaria. Que en ambos casos manejen datos biométricos de categoría especial (artículo 4.14 y artículo 9 RGPD) no ha sido razón suficiente para proporcionar a estos sistemas de calidad y seguridad que, conforme al RIA, se aplicarán a las modalidades de alto riesgo, dejándolos, como mucho, pendientes de lo que pueda proponerse en las Directrices voluntarias».

ISBN: 978-84-7777-740-3

bidas o de sistemas de alto riesgo. Se está haciendo referencia al uso de sistemas de IA de bajo o nulo riesgo, por más que los datos biométricos tengan la consideración de categoría especial de datos en el RGPD. Alenza García (2025:206) afirma que «En definitiva, los sistemas biométricos de identificación y de verificación en una distancia acotada son sistemas lícitos y permitidos por el RIA aunque, por no ser de alto riesgo, no quedan sujetos a obligaciones específicas, aunque por tratar datos personales biométricos tendrán que aplicar las normas de protección reforzada previstas en la legislación de protección de datos personales».

IV. EL CONSENTIMIENTO COMO BASE JURÍDICA DE LICITUD DEL TRATAMIENTO DE DATOS BIOMÉTRICOS

El análisis del consentimiento como base jurídica va a iniciarse tomando como punto de partida lo dispuesto en los Tratados y Convenios, principalmente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como señala Castillo Vázquez (2021: 948), al exponer las novedades del RGPD sobre la anterior Directiva, «el consentimiento no solo se mantiene, sino que se refuerza como factor medular en el tratamiento de datos de carácter personal».

Seguidamente, va a seguirse el orden de exponer, en primer lugar, lo relativo a la excepción del consentimiento respecto de los datos biométricos del artículo 9.2 RGPD, puesto que una vez vencida la prohibición de su apartado 1, puede analizarse la base jurídica prevista en el artículo 6 RGPD. Además, la base jurídica del artículo 6. a) RGPD debe cumplir con los principios del artículo 5 RGPD.

Así lo advierte Puente Escobar (2019: 124): «(…) debe recordarse que el artículo 6 del RGPD actuará como complementario del artículo 9 en lo que respecta a los datos pertenecientes a las denominadas *categorías especiales de datos*, lo que supone que para que sea lícito el tratamiento de estos datos debe, en primer lugar, darse uno de los supuestos previstos en el artículo 9.2 del RGPD, que levantan la prohibición general establecida por el artículo 9.2 y, además, concurrir una base jurídica de las contenidas en el artículo 6.1. Así lo pone de manifiesto el considerando 51 el RGPD cuando señala que *además de los requisitos específicos de ese tratamiento, deben aplicarse los principios generales y otras normas del presente Reglamento, sobre todo en lo que se refiere a las condiciones de licitud del tratamiento*».

Por su parte Garriga Domínguez (2023: 129) sostiene que «De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), la licitud del tratamiento de los datos personales vendrá determinada por una doble exigencia: contar con una base de legitimación adecuada para ese tratamiento y respetar los principios relativos al tratamiento.

Ambos requisitos son necesarios para cualquier tratamiento de datos personales, pero al tratarse del tratamiento de una categoría especial, será necesario además que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 9 del RGPD y del 9 de la LOPDGDD. Solamente se podrán tratar datos sensibles, cuando el responsable del tratamiento pueda cumplir una de las condiciones establecidas en el apartado segundo del artículo 9 del RGPD y ese tratamiento se ampare en una de las bases jurídicas de legitimación previstas en el artículo 6, pero, además, se realice de acuerdo con los principios relativos al tratamiento del artículo 5 y respetando el principio de proporcionalidad».

1. La regulación de los Tratados y Convenios: consentimiento e injerencia

Como se acaba de indicar más arriba, el tratamiento de datos biométricos requiere de una base jurídica. Dicha base jurídica se encuentra en el artículo 6 RGPD, que debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 9, por tratarse de datos de categoría especial. Asimismo, deben ser tenidos en cuenta los principios aplicables a todo tratamiento de datos personales contemplados en el artículo 5.

La regulación del RGPD trae causa de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, preceptos que son reiteradamente citados por el TJUE en sus sentencias sobre protección de datos personales. Asimismo, las Directrices 5/2020 del CEPD afirman que «el papel fundamental del consentimiento está señalado en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (apartado 5).

El artículo 7 de la Carta se refiere al respeto a la vida privada y familiar, estableciendo que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». Por su parte el artículo 8 de la misma Carta, referido a la protección de datos de carácter personal, dispone, en primer término, el derecho de toda persona a la protección de sus datos personales. En segundo lugar, establece la base jurídica para que estos datos se puedan tratar de forma lícita: «Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley». Por tanto, el precepto diferencia entre dos tipos de bases jurídicas: la propia voluntad de la persona interesada (su consentimiento) y la imposición del tratamiento, es decir, ese «otro» fundamento jurídico que puede justificar la injerencia en el derecho de protección de datos de una persona. Por cierto, es lo que afirma asimismo el considerando 40 del RGPD: «Para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base jurídica establecida conforme a Derecho (…)».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Este «otro» fundamento jurídico debe encontrarse dentro de los límites fijados en el artículo 52 de la Carta, que señala que «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

Como puede verse, este precepto aplica el principio de necesidad únicamente cuando no hay consentimiento y la injerencia o limitación obedece a una causa externa al interesado[25].

Y con base en dichos preceptos, el RGPD (así como el RIA) regulan la protección de datos personales y las injerencias en dicho derecho fundamental de las personas.

2. El consentimiento en el artículo 9 del RGPD y la excepción del artículo 9 de la LOPDGDD

Como se ha señalado más arriba, los datos biométricos constituyen datos de categoría especial y por tanto han merecido una regulación singular en el RGPD, contenida en su artículo 9.

En primer lugar, su apartado 1 contiene una cláusula general de prohibición del tratamiento: «Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física».

Por tanto, para que puedan ser tratados, se precisa una base jurídica que levante dicha prohibición. Las bases jurídicas vienen recogidas en el apartado 2 de dicho artículo 9. La primera de ellas es el consentimiento: «a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado»[26].

---

25 Esta es la premisa que ya adoptó el SEPD en su Documento de 11 de abril de 2017, que titulaba muy expresivamente «Manual para la evaluación de necesidad de las medidas que limiten el derecho fundamental de datos de carácter personal»:

26 Las Directrices 5/2020 del CEPD afirman que «El artículo 9 del RGPD proporciona una lista de posibles exenciones a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales. Una de las exenciones hace referencia a la situación en la que el interesado haya dado su consentimiento explícito para el uso de dichos datos» (nota 2).

Para el resto de bases jurídicas, salvo las letras d) y e), se exige que el tratamiento sea necesario[27]. Y es aquí donde aparece el principio de necesidad, complementario del establecido en el artículo 6, lo que muestra que debe ser reforzado cuando se trata de imponer a la persona interesada un tratamiento de datos biométricos[28].

---

27 Las restantes letras del artículo 9 dicen así:

> «b) el tratamiento es *necesario* para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;
>
> c) el tratamiento es *necesario* para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;
>
> d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;
>
> e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;
>
> f) el tratamiento es *necesario* para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;
>
> g) el tratamiento es *necesario* por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;
>
> h) el tratamiento es *necesario* para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;
>
> i) el tratamiento es *necesario* por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,
>
> j) el tratamiento es *necesario* con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» (la cursiva es del autor).

28 Vilasau Solana (2021: 188) examina el consentimiento desde la perspectiva de los centros docentes, de los menores, y teniendo en cuenta las directrices 5/2020, del CEPD, y afirma

ISBN: 978-84-7777-740-3

Por otra parte, las Directrices 5/2020 señalan la singularidad del consentimiento como base jurídica del artículo 9.2 RGPD: «El artículo 9, apartado 2, no reconoce la circunstancia de «necesario para la ejecución de un contrato» como una excepción a la prohibición general de tratar categorías especiales de datos. Por lo tanto, los responsables y los Estados miembros que aborden esta situación deben estudiar las excepciones específicas que figuran en el artículo 9, apartado 2, letras b) a j). En el caso de que no se aplique ninguna de las excepciones enumeradas en las letras b) a j), la única excepción lícita para procesar dichos datos es obtener el consentimiento explícito de conformidad con las condiciones para el consentimiento válido que figuran en el RGPD» (apartado 99).

Como afirma Puyol Montero (2016: 146) en el caso del consentimiento, salvo que exista una excepción realizada por el Derecho de la Unión o por un Estado miembro, «el consentimiento del propio titular de los datos puede permitir el tratamiento de los mismos, aunque responda a dicha categoría especial».

Es, por ello, que el artículo 9.1 de la LOPDGDD haya incluido dicha excepción[29], con el siguiente tenor literal: «A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda».

El texto muestra de forma muy clara que los datos biométricos no se encuentran incluidos dentro de esta excepción al consentimiento[30]. Por

---

que «Sin embargo en ocasiones, ante determinados tratamientos que pueden entrañar un mayor peligro, se exige un consentimiento reforzado. Ello se concreta en la exigencia de un consentimiento explícito. Este es el caso del tratamiento de «categorías especiales de datos personales» (artículo 9.2.a RGPD); elaboración de perfiles (artículo 22.2.c RGPD) o bien respecto a determinados supuestos de transferencias internacionales de datos (artículo 49.1.a RGPD)».

29 Medina Guerrero (2019:256-257) resalta las remisiones que el RGPD hace al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, e incluso la cláusula del artículo 9.4 que habilita a los Estados miembros a introducir condiciones adicionales e incluso limitaciones respecto a determinados datos, entre ellos, los datos biométricos. También Adsuara Valera (2016:167) señala que el artículo 9 RGPD tiene la novedad de la posible excepción por parte del Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que los datos de categorías especiales puedan ser tratados con el consentimiento del interesado.

30 Así lo afirma también Medina Guerrero (2019:261): «El legislador orgánico ha optado, consiguientemente, por dejar al margen de esta restricción los datos relativos a la salud (así como los nuevos datos sensibles: los datos genéticos y biométricos) (…)». En similar sentido se pronuncia Álvarez González (2021: 70) quien señala que el artículo 9 LOPDGDD «deja sin operatividad el consentimiento como base de legitimación en la mayoría de datos

tanto, respecto de ellos, el consentimiento es base jurídica suficiente para su tratamiento.

García-Ripoll (2020: 101) sostiene a este respecto que «Con todo, hay que hacer notar que no todos los datos sensibles están exceptuados del principio del consentimiento, sino solo algunos. Se puede prestar el consentimiento para autorizar el tratamiento de datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a la persona física y de datos relativos a la salud».

Como afirma Garriga Domínguez (2023: 136-137), «En el caso español, el artículo 9.1 de la LOPDGDD no ha incluido los datos biométricos entre aquellos respecto de los cuales, para su tratamiento, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición, por lo que será posible su tratamiento amparado en el consentimiento del interesado. Obviamente, la manifestación de su voluntad habrá de reunir todos los elementos esenciales para la validez del consentimiento (libre, específico, informado e inequívoco y mediante una declaración o una clara acción afirmativa). Como ha explicado el CEPD, el consentimiento solo puede ser una base jurídica adecuada para el tratamiento de los datos personales «si se ofrece al interesado control y una capacidad real de elección con respecto a si desea aceptar o rechazar las condiciones ofrecidas o rechazarlas sin sufrir perjuicio alguno». Por lo tanto, no sería válido aquel consentimiento en el que el interesado se ve obligado a aceptar el tratamiento de sus datos biométricos para acceder a un servicio o prestación, por ejemplo, a través de la aceptación obligatoria de unos determinados términos y condiciones de prestación de un servicio o mediante posibilidades de exclusión voluntaria. Por ello, «en muchos casos en los que se tratan datos biométricos, sin una alternativa válida como una contraseña o una tarjeta de banda magnética, el consentimiento no puede considerarse otorgado libremente». Por último, además de ofrecer una alternativa real al tratamiento de los datos biométricos, el consentimiento del interesado habrá de cumplir todos los demás requisitos previstos en el artículo 7 del RGPD, pudiendo retirar su consentimiento en cualquier momento».

Incluso, el artículo 22.4 del RGPD contempla la salvedad del consentimiento para el uso de datos de categorías especiales en relación con las decisiones administrativas automatizadas, incluida la elaboración de perfiles,

---

especialmente protegidos, pero no así, en los datos relativos a la salud y en los datos genéticos y biométricos. Respecto a estas dos últimas categorías, esta previsión resulta más cuestionable». Gómez Sánchez (2021: 1047) afirma que, en relación con los datos genéticos, biométricos y de salud no hay ninguna duda que no se les aplica la irrenunciabilidad del consentimiento. También Sánchez Sáez (2025: 273) considera que el tratamiento de datos biométricos para identificación es válido cuando el interesado de su consentimiento. Alenza García (2024: 199-203) afirma que el consentimiento es condición de licitud del tratamiento de categorías especiales de datos personales y por ello califica como errónea la Guía de la AEPD de 23 de noviembre de 2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

eso sí siempre «que se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses del interesado»[31].

3. El consentimiento en el artículo 6 del RGPD

El artículo 6.1 RGPD fija el consentimiento como primera base jurídica de licitud del tratamiento de datos personales. «El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos». Y seguidamente se refiere al resto de bases jurídicas[32].

Como puede verse, dicho precepto contempla, en lo que aquí interesa, dos tipos de bases jurídicas: a) el consentimiento; y b) otras bases jurídicas que van precedidas de la exigencia referida a cada una de ellas de que el tratamiento sea necesario[33].

Vilasau Solana (2019: 198) afirma que «En cualquier caso, como reconoce el artículo 6.1.a) RGPD, el consentimiento es *una* de las bases jurídicas que permite tratar datos personales y el consentimiento debe estudiarse partiendo de esta perspectiva, como *una* de las causas que legitima el tratamiento de datos».

No cabe duda de que cuando se vaya a producir una injerencia externa en la esfera jurídica de una persona, se precisa de que la misma sea necesaria y, además, tenga una causa prevista en las restantes letras de este artículo 6, siguiendo lo dispuesto en el artículo 8 de la Carta (Considerando 40 del RGPD).

Como ha señalado Adsuara Valera (2016: 158), el RGPD pone el consentimiento al mismo nivel que los otros supuestos, aspecto con el que ma-

---

31 Véase Medina Guerrero (2019: 258).

32 Así García-Ripoll (2020: 86) ha señalado que «Uno de los principios básicos de los que hay que partir en materia de tratamiento de datos es que toda inmisión en el derecho a la protección de datos personales es ilícita a menos que concurra el consentimiento del afectado».

33 Las restantes letras del artículo 6 dicen así: «b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño».

nifiesta su desacuerdo «pues se pone al mismo nivel la regla y las excepciones; y creemos que ha de destacarse, por encima de todo, el principio de libertad y de autodeterminación respecto de los propios datos». Por su parte Puyol Montero (2016: 141) afirma que «mediante el consentimiento, evidentemente, cabe interpretar que el tratamiento será lícito».

Incluso el artículo 6.4 RGPD contiene una referencia al consentimiento como base jurídica adicional del tratamiento de datos personales.

Las Directrices 5/2020 del CEPD insisten en el papel preponderante del consentimiento, al indicar que es uno de los fundamentos jurídicos en los que debe basarse el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6 del RGP» (apartado 9).

Desde una posición crítica hacia el artículo 6 del RGPD, García-Ripoll (2020:100) sostiene la distinta naturaleza del consentimiento sobre el resto de bases jurídicas de licitud, afirmando que «Al contrario de los demás casos de "licitud" del tratamiento, en el del consentimiento del titular lo que sucede es que se está ejercitando precisamente el derecho a la protección de datos o, como prefieren decir algunos autores, el derecho a la autodeterminación informativa, porque tal consentimiento es una manifestación de la autonomía de la persona y su libre desarrollo (artículo 10 CE). Por todo ello, el consentimiento sigue teniendo una relevancia fundamental y debería ser objeto de artículo aparte de los demás fundamentos jurídicos del tratamiento, fundamentos estos que tratan solo la amplitud del derecho a la protección de datos».

4. Los principios del artículo 5 del RGPD

A todos los tratamientos de datos personales, también de los datos biométricos, se les aplican los principios generales contenidos en el artículo 5 RGPD[34]: licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; minimización de datos; exactitud; limitación del plazo de conservación; integridad y confidencialidad; y responsabilidad proactiva[35].

De esta enumeración, desde el objeto del presente estudio, se hace especial hincapié en dos de ellos: licitud, y minimización de datos. La licitud se ha desarrollado anteriormente con el examen de los artículos 6 y 9 RGPD.

La dicción del artículo 5 en relación con la minimización de datos es la siguiente: «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en rela-

34 Como señala Vilasau Solana (2019: 198) «La concurrencia de una base jurídica es requisito necesario pero no suficiente de manera que todo tratamiento de datos, además de contar con una base jurídica, debe respetar los Principios de protección de datos ex art. 5 RGPD».

35 Para una exposición amplia de los principios véase el comentario al artículo 5 RGPD de Troncoso Reigada (2021: 847-907).

ISBN: 978-84-7777-740-3

ción con los fines para los que son tratados» (letra c)[36]. Como puede verse, este principio para nada afecta a la licitud del tratamiento, sino al mismo tratamiento[37]. La licitud viene determinada por las bases jurídicas del artículo 6 RGPD. Por tanto, del mismo solo se desprende que en cualquier tratamiento, bajo la base jurídica que corresponda, solo se obtengan los datos que sean necesarios para la finalidad del tratamiento. No cabe, así pues, deducir de este principio que el tratamiento tiene que ser necesario, y por tanto de existir otra alternativa no cabe dicho tratamiento en todo caso. Como más adelante se abundará, esta segunda interpretación es incorrecta, dado que, como señala el TJUE en numerosas sentencias, la exigencia de «lo estrictamente necesario» solo se produce en el caso de que el tratamiento suponga una injerencia sobre la esfera privada de los afectados.

El Considerando 39 RGPD contiene varias frases que suelen citarse como fundamento del principio de necesidad: «Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. Ello requiere, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de conservación. Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios». Pero dicho Considerando debe ser interpretado sobre la base de los artículos 8 y 52 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, por lo que la necesidad solo opera cuando no hay consentimiento, y en el caso de que este exista la necesidad se limita a que los datos sean necesarios, por lo que, aunque exista otra alternativa, el interesado puede decidirse por dar su consentimiento al tratamiento de datos biométricos. Esta interpretación, que luego se ampliará con la jurisprudencia del TJUE, viene confirmada por el siguiente Considerando del RGPD, el número 40, donde se afirma con rotundidad: «Para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, ya sea en el presente Reglamento o en virtud de otro Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que se refiera el presente Reglamento, incluida la necesidad de cumplir la obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o la necesidad de ejecutar un contrato en el que sea parte el interesado o con objeto de tomar medidas a instancia del interesado con anterioridad a la conclusión de un contrato».

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de marzo de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:1215), ha reafirmado esta posición al señalar que «El principio de minimización de datos no opera como una prohibición que impida

---

36 Para un examen más completo de esta letra c) puede verse Troncoso Reigada (2021: 873-885).

37 La doctrina jurídica que examina al examinar los principios del artículo 5 RGPD para nada se refiere a la existencia de un principio de necesidad. Véase, por todos, el amplio comentario de Troncoso Reigada (2021: 847-907).

el cumplimiento de las obligaciones fijadas en el convenio colectivo, sino como un criterio de proporcionalidad en el tratamiento de datos. No puede invocarse para dejar sin contenido la base jurídica del tratamiento, sino solamente para modalizar la forma de su ejecución» (FJ 6).

Puyol Moreno (2016: 138) ha destacado que la inclusión de principios en el RGPD obedeció a que «una de las finalidades del nuevo Reglamento, era empoderar al ciudadano como titular de los datos de tal modo que él controlara de una manera más intensa todas las circunstancias que rodean el tratamiento en el cual intervengan datos personales de su titularidad, frente al poder que le otorgaba la Directiva 95/46/CE».

Por su parte Puente Escobar (2019: 124-125), tomando como base el Dictamen 06/2014 (WP 2017), diferencia entre la base jurídica del consentimiento y las demás bases jurídicas, y afirma que la necesidad de tratamiento solo se aplica a estos supuestos diferentes del consentimiento. Y añade: «De este modo, si el tratamiento se funda en la *necesidad* a la que se ha hecho referencia, la misma deberá quedar vinculada a una de las bases jurídicas consagradas por las letras b) a f) del artículo del artículo 6.1 y solo cuando no pueda apreciarse este juicio de necesidad debería acudirse al consentimiento del afectado para proceder al tratamiento de los datos, toda vez que la falta de vinculación del tratamiento con uno de los restantes supuestos haga que el mismo descanse exclusivamente en la voluntad del afectado».

Por consiguiente, no conviene confundir esta exigencia del principio de minimización de datos del artículo 5 RGPD[38], que no es el principio de necesidad al que se refiere la AEPD en sus Guías y Resoluciones, con el auténtico principio de necesidad que constituye un requisito de licitud que es el exigido para aquellas bases jurídicas previstas en los artículos 6 y 9 RGPD, diferentes del consentimiento, en línea con lo establecido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

---

38 Así también Garriga Domínguez al analizar el tratamiento de los datos biométricos conforme a los principios del artículo 5 del RGPD se refiere al principio de minimización en los siguientes términos: «c) El principio de minimización de datos exigirá que no se recojan ni almacenen más datos de los estrictamente necesarios para una finalidad determinada y, así, por ejemplo, cuando se obtengan datos biométricos a partir de imágenes será necesario que «todo el material de vídeo que no sea pertinente para la finalidad del tratamiento se elimine siempre o se anonimice (por ejemplo, mediante una difuminación sin posibilidad de recuperar los datos con carácter retroactivo) antes de su utilización». El principio de minimización también operará en relación a cómo se van a almacenar los datos personales o a quiénes van a tener acceso a los datos biométricos de forma que su aplicación conjunta con los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto determinará la forma menos intrusiva de su tratamiento. Por ejemplo, en el caso de que la finalidad del tratamiento de los datos biométricos sea la verificación de la identidad de una persona para garantizar su acceso a una zona física restringida, no sería necesario que las características biométricas se almacenen en una base de datos central, bastando que se almacenen en una tarjeta o en el documento de identidad de una persona». Como puede verse, no aparece por ningún lado referencia alguna al principio de necesidad.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Más aún, las Directrices 5/2020 del CEPD afirman que la base jurídica del consentimiento debe respetar los principios del artículo 5 RGPD, diciendo que «aunque el tratamiento de los datos personales se base en el consentimiento del interesado, ello no legitima una recogida de datos que no sean necesarios para un fin concreto del tratamiento, y la misma sería esencialmente injusta» (apartado 5). En suma, no hay tal principio de necesidad que impida la base jurídica del consentimiento para el tratamiento de datos personales; eso sí, también en estos casos deben recogerse solo los datos necesarios para la finalidad específica para la que se haya dado el consentimiento.

Troncoso Reigada ha resaltado la vinculación de la minimización con la necesidad cuando haya intromisión[39], y ha reiterado su posición respecto de los tratamientos de datos sensibles puesto que se refiere a la vinculación del principio de minimización con el de licitud que requiere de la necesidad del tratamiento cuando no haya consentimiento (2021: 876-877). Y más adelante este autor (2021: 883-884) examina el principio de proporcionalidad vinculado a la minimización de datos y apunta al triple canon establecido por la jurisprudencia constitucional (juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto), pero siempre vinculado a la injerencia, de modo que el juicio de necesidad impide el tratamiento de datos cuando existan otras alternativas en relación con bases jurídicas que supongan intromisión en la persona afectada, lo que excluye los casos en los que la base jurídica sea el consentimiento.

Así también Garriga Domínguez (2023: 135-136) considera una consecuencia práctica que determina el régimen jurídico de la identificación biométrica «La especial importancia que reviste la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad en orden a calibrar la legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales derivada del tratamiento de los datos biométricos». Como puede verse, esta autora se refiere en línea con la posición mantenida por el TJUE, y derivada de la Carta Europea a la injerencia que exige la aplicación del principio de necesidad.

5. Requisitos del consentimiento

El RGPD ha introducido importantes novedades respecto del consentimiento como base jurídica para el tratamiento de datos personales. Ya en

---

39 Así lo afirma (2021: 875): «El principio de limitación a lo necesario —como antes el de prohibición de exceso— coincide con el juicio de necesidad dentro de las exigencias que plantea el principio de proporcionalidad a los tratamiento de datos personales —que el dato sea necesario para alcanzar la finalidad y que ésta no pueda alcanzarse con otro dato que suponga un menor nivel de intromisión o con menos datos—, de la misma forma que el principio de adecuación lo hacía con el principio de racionalidad. Los parámetros tradicionales del principio de proporcionalidad servirán para determinar qué datos deben ser considerados datos excesivos».

sus Considerandos 32, 42 y 43 fija como exigencias que el consentimiento sea libre, específico, informado e inequívoco[40], debiendo el responsable del tratamiento ser capaz de demostrarlo para cada operación de tratamiento, y sin que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento.

El artículo 4.11 del RGPD acoge una definición de consentimiento: «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen»[41].

La regulación de las condiciones del consentimiento aparece en el artículo 7 RGPD que dice así:

> «1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.
>
> 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.
>
> 3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento[42]. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.
>
> 4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.»

---

40 Un análisis sobre los requisitos del consentimiento, en fecha anterior a las Directrices 5/2020, puede verse en García-Ripoll (2020: 106-139).

41 Aquí se analiza el consentimiento como base jurídica. No obstante, cabe traer a colación su definición, por la doctrina civilista, como es el caso de García-Ripoll (2020:97) en los siguientes términos: «Como conclusión, se puede decir que el consentimiento a la protección de datos es una declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que el interesado ejercita este derecho, autorizando a un tercero a tratar sus datos, eliminando así la ilicitud de su conducta; declaración de naturaleza particular, no encuadrable en ninguna otra categoría, si bien presenta algunos puntos en común con el consentimiento a la intromisión en la intimidad y a los tratamientos médicos».

42 Procede recordar que el artículo 17 RGPD relativo al derecho al olvido señala que este derecho opera cuando: «b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Las Directrices 5/2020 del CEPD han interpretado este precepto para determinar cómo debe ser el consentimiento en el sentido del RGPD.

En primer lugar, las Directrices citadas enumeran los elementos de un consentimiento válido: manifestación de voluntad libre, de voluntad específica, de voluntad informada[43], y de voluntad inequívoca. También se ocupan de exponer cómo debe obtenerse el consentimiento explícito y cuáles son las condiciones para obtener un consentimiento válido, entre las que se analiza la demostración y la retirada del consentimiento.

Interesa aquí detenerse, dado el objeto del presente estudio, únicamente en la manifestación de voluntad libre y en la obtención del consentimiento explícito.

Se apunta el desequilibrio de poder, poniéndose diversos ejemplos, como el contexto de la relación de empleo, no aplicables al supuesto objeto del presente estudio que se refiere al consentimiento general.

Mayor interés tiene la condicionalidad, puesto que no se puede «vincular el consentimiento a la aceptación de los términos y condiciones o supeditar el cumplimiento de un contrato o la prestación de un servicio a una solicitud de consentimiento para el tratamiento de datos personales que no son necesarios para la realización de dicho contrato o servicio» (apartado 26).

Y es en este contexto, cuando el apartado 27 vincula el consentimiento libre a que no se obligue al interesado a «autorizar el uso de datos personales más allá de lo estrictamente necesario», entendido como requisito obligatorio para la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio». Así pues, de nuevo no hay principio de necesidad que excluya el consentimiento como base jurídica, aunque los datos que se recojan deban ser los necesarios para la finalidad para que la que se haya prestado dicho consentimiento.

El segundo aspecto de la condicionalidad supone que para que consentimiento sea libre al interesado se le han debido ofrecer alternativas equivalentes[44] (apartado 37)[45].

---

43 Sobre la transparencia como base del consentimiento informado véase Vilasau Solana (2019:209-227).

44 Como señala Escajedo San Epifanio (2017: 245): el consentimiento para ser libre requiere alternativas a la prestación de servicios biométricos.

45 Este apartado 37 dice así: «El responsable del tratamiento podría argumentar que su organización ofrece a los interesados una elección real si estos pudieran escoger entre un servicio que incluya el consentimiento para el uso de datos personales con fines adicionales, y un servicio equivalente ofrecido por el mismo responsable que no implicara prestar el consentimiento para el uso de datos con fines adicionales. Siempre que exista una posibilidad de que dicho responsable del tratamiento ejecute el contrato o preste los servicios contratados sin el consentimiento para el otro uso o el uso adicional de los datos en cuestión, significará que ya no hay condicionalidad con respecto al servicio. No obstante, ambos servicios deben ser realmente equivalentes».

En tercer lugar, la negación o retirada del consentimiento no debe producir perjuicio al interesado (apartado 46 de las Directrices).

En cuanto a la obtención del consentimiento explícito, el interés en su examen obedece a que el apartado 91 de las Directrices se refiere de forma expresa al tratamiento de datos personales de las categorías especiales del artículo 9 RGPD[46]. Este consentimiento explícito puede emitirse de diversos modos: declaración expresa, incluso firmada; rellenando un impreso electrónico o enviando un correo electrónico, con firma o firma electrónica; no se admiten las declaraciones verbales por ser difíciles luego de demostrar por el responsable del tratamiento; conversación telefónica con confirmación específica; y mediante la verificación del consentimiento en dos fases.

Así pues, el consentimiento libre y explícito, en el que se han ofrecido alternativas distintas al interesado, constituye base jurídica suficiente para el tratamiento de datos biométricos, conforme al artículo 9.2.a) RGPD.

6. La garantía de la privacidad por diseño y por defecto: la innovación técnica de la identificación biométrica

El artículo 25 RGPD, titulado «Protección de datos desde el diseño y por defecto», por un lado, persigue que el responsable del tratamiento diseñe procesos sobre los datos biométricos mediante técnicas que tengan en cuenta los riesgos que cada tratamiento concreto pudiera producir en los derechos y libertades de las personas físicas. Por otro, este responsable deberá aplicar las medidas técnicas y organizativas que, por defecto, puedan garantizar la protección de los datos personales, de modo que solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines del tratamiento.

La STS de 12 de marzo de 2026 se refiere a la protección por diseño: «Por tanto la previsión del artículo 12 del convenio colectivo sobre publicación en la intranet es conforme al RGPD, pero exige que la empresa adopte medidas técnicas en el diseño de su intranet para que el acceso a los datos escalafonales completos, incluso dentro de la intranet, quede restringido a los TCP y a los representantes legales y sindicales de esos trabajadores, así como a cualquier otra persona que pueda acreditar interés legítimo sufi-

[46] Este apartado 91 tiene el siguiente tenor literal: «El consentimiento explícito se requiere en determinadas situaciones en las que existe un grave riesgo en relación con la protección de los datos y en las que se considera adecuado que exista un elevado nivel de control sobre los datos personales. En virtud del RGPD, el consentimiento explícito tiene una función importante en el artículo 9 sobre el tratamiento de categorías especiales de datos personales, en las disposiciones sobre la transferencia de datos a terceros países u organizaciones internacionales en ausencia de garantías adecuadas, como establece el artículo 49, y en el artículo 22 sobre decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles.»

ISBN: 978-84-7777-740-3

ciente para ello, advirtiendo a quienes accedan a los mismos sobre la obligación de confidencialidad que asumen».

Dueso Calés (2016: 297-298) ha indicado que estos principios «responden a la necesidad de que la propia tecnología juegue un papel central en la protección de la privacidad tanto en el desarrollo, como en el funcionamiento de toda innovación de carácter tecnológico que comporte el tratamiento de datos personales». Y esta autora resalta que la *privacy by design* tiene una importancia vital cuando los datos a proteger son datos sensibles (2016: 307). Por su parte, Troncoso Reigada (2021: 879) ha resaltado la vinculación de la protección desde el diseño y por defecto con el principio de minimización de datos.

En materia de identificación biométrica, la ciencia ha innovado de forma muy relevante en orden a la protección de los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, desde las Autoridades de protección de datos deben ser tenidos en cuenta esos avances tecnológicos.

Por ejemplo, en cuanto al reconocimiento facial, el Dictamen 11/2024, del CEPD[47] sobre el uso de reconocimiento fácil para agilizar el flujo de pasajeros de los aeropuertos (compatibilidad con el artículo 5, apartado 1, letras e) y f), y de los artículos 25 y 32 del RGPD)[48] parte del uso de una tecnología que hoy ya se encuentra superada. Así las plantillas tradicionales (*templates*[49]) han sido sustituidas por las RBR, como técnica que supone una mayor protección de los datos personales. La denuncia frente a las plantillas clásicas radica en que estas pueden ser objeto de sustracción, con la consiguiente pérdida de los datos inherentes a las personas, como su rostro o su huella, y que por tanto son reversibles con los consiguientes peligros que ello comporta.

No obstante, la ciencia avanza y va cumpliendo con las exigencias del artículo 25 RGPD, desde una posición proactiva. Así se ha introducido una nueva técnica de procesamiento de los datos biométricos, basada en las referencias biométricas renovables (RBR), que aparecen regidas por la norma técnica ISO/IEC 24745, segunda edición 2022-02, que las describe en los siguientes términos: «identificador renovable que representa a un individuo o al titular de los datos dentro de un dominio mediante una identidad binaria protegida (re)construida a partir de una muestra biométrica, y cumpliendo requisitos de irreversibilidad» (apartado 3.34, p. 6).

---

47 Ya anteriormente el Grupo de Trabajo del Artículo 29 publicó el dictamen 3/2012 sobre la evolución de las tecnologías biométricas.

48 Por ese motivo Razquin Lizarraga (2024b) formuló una crítica a dicho Dictamen. Véase también un análisis de este dictamen en González Mendoza (2025: 456-459).

49 Una explicación del funcionamiento de estas plantillas puede verse en la Resolución de la AEPD en el expediente sancionador núm. 202100603, por denuncia por uso de datos biométricos de una ponente del Mobile World Congress celebrado en junio de 2021.

En España, el Centro Criptológico Nacional ha publicado, en diciembre de 2024, un documento titulado «Tecnologías Biométricas Seguras para el Control de Acceso» en el que sus conclusiones (apartado 8, p. 12) demuestran la gran diferencia entre las plantillas tradicionales y las actuales de RBR[50].

Procede resaltar su conclusión final (ap. 37): «El Centro Criptológico Nacional recomienda para el nivel alto de seguridad el uso de *sistemas de control de acceso* basados en el uso de *plantillas biométricas RBR* (u otras que puedan surgir en un futuro que presenten protecciones equivalentes), *evaluados y certificados* conforme a las normas y estándares nacionales e internacionales sobre la materia» (las cursivas son del texto original).

7. La Evaluación de Impacto para los tratamientos de datos biométricos para la identificación biométrica

Un último aspecto relevante que debe ser tratado aquí es el relativo a la exigencia de evaluación de impacto ambiental para el tratamiento de datos biométricos, aunque sea independiente de la base jurídica que justifique dicho tratamiento. Esto significa que también cuando el tratamiento tenga como fundamento jurídico el consentimiento, ello no obvia que, si es preciso, debe efectuarse esta evaluación de impacto[51].

Así lo determina el artículo 35.1 RGPD que señala: «Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales. Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos similares».

Este precepto ordena a las autoridades de control publicar listas de operaciones que requieran una evaluación de impacto, así como también otras listas de los tipos de tratamiento que no requieren evaluaciones de impacto (apartado 3).

Así, la AEPD ha publicado las «Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos

50 Para un examen más amplio me remito a Alenza García (2025: 196-203) y González Mendoza (2025: 445-447). Puede verse también Razquin Lizarraga (2025: 153-158).

51 Una amplia explicación de la EIPD, así como de sus fases y consecuencias de su omisión puede verse en Saiz Peña (2019: 397-412).

ISBN: 978-84-7777-740-3

(art 35.4)» y la «Lista orientativa de tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos según el artículo 35.5 RGPD».

En la primera lista y, por tanto, con exigencia de EIPD, se encuentra el tratamiento siguiente: «5. Tratamientos que impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física».

Ello supone que la EIPD tiene carácter obligado también para los tratamientos biométricos fundados en el consentimiento. Dicha EIPD deberá tener el contenido mínimo fijado por el artículo 35.7 RGPD.

Este apartado 7 exige como uno de los requisitos mínimos de la EIPD el siguiente: «b) una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad».

La AEPD tiene aprobada una Guía, con fecha junio de 2021, titulada «Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales», en la que se ofrecen orientaciones para efectuar la EIPD.

Por un lado, la Guía citada incorpora un resumen de uno de los aspectos contenidos en su Guía de Privacidad desde el diseño, del que merece la pena resaltar el apartado dedicado a la minimización de datos, que hace una adecuada interpretación de la exigencia de que los datos sean necesarios: «elegir únicamente la muestra de individuos relevante y los atributos necesarios»[52].

La Guía de 2021 en su apartado XIII analiza la evaluación de la necesidad y proporcionalidad del tratamiento. Y para ello parte de una premisa acertada, para deshacer equívocos: «En primer lugar, la EIPD es un análisis en el marco de la gestión del riesgo para los derechos y libertades, y no tiene como objeto determinar la legitimación del tratamiento o sus bases jurídicas» (p. 140)[53]. Y solo bajo esta premisa pueden entenderse sus

---

52 El texto de este apartado dice así (p. 112): «**1. Minimizar**

El objetivo que persigue esta estrategia es evitar el procesamiento de datos que no sean necesarios para las finalidades perseguidas en el tratamiento. Supone la implementación de medidas orientadas a:

- —*Seleccionar*: elegir únicamente la muestra de individuos relevante y los atributos necesarios.
- —*Excluir*: excluir de antemano los sujetos y atributos que resulten irrelevantes para el tratamiento realizado.
- —*Podar*: eliminar parcialmente los datos personales tan pronto dejen de ser necesarios.
- —*Eliminar*: suprimir por completo los datos personales tan pronto dejen de ser relevantes.»

53 Se trata de una posición que se remarca más adelante (p. 140-141): «Para finalizar, téngase en cuenta que la evaluación de la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con

consideraciones posteriores sobre el principio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, referidas, principalmente a la limitación de las intromisiones en las personas, por lo que no puede entenderse como una proscripción del consentimiento como base jurídica para los tratamientos, en este caso, de identificación biométrica[54].

8. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el consentimiento como base de licitud

De forma resumida pueden señalarse las posiciones principales del TJUE respecto del principio de necesidad, en relación con los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE, y de la Directiva, hoy derogada, 45/96/CE y del hoy vigente RGPD. Son las siguientes:

1. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es una norma superior que prevalece sobre el derecho derivado (Reglamentos y Directivas). Por tanto, el elemento esencial es el artículo 8 de la Carta, con los límites contenidos en el artículo 52.1 de la Carta.
2. La protección de datos personales es un derecho fundamental de la persona y, por tanto, tiene como premisa el consentimiento o bien otros límites que estén justificados.
3. El concepto de injerencia constituye un elemento esencial, y significa que se produce una intromisión o intrusión en la esfera privada de la persona desde el exterior. En consecuencia, cuando se produzca una injerencia externa, sin consentimiento, es cuando operan los supuestos de límite del tratamiento del artículo 8 de la Carta, previstos en el artículo 52 de la misma.
4. Los artículos 6 y 9 del RGPD, desarrollando lo previsto en los artículos 8 y 52 de la Carta, se refieren en todos los supuestos, salvo el consentimiento (y las letras d) y e) del artículo 9.2, a que la injerencia sea necesaria.

---

relación a sus fines (artículo 35.7.b RGPD) no debe confundirse con la obligación del responsable de utilizar únicamente los datos que fueran adecuados, pertinentes y limitados para la finalidad del tratamiento (artículo 5.1.b y artículo 25.2 RGPD). El artículo 5.1.b y el artículo 25.2 del RGPD exigen al responsable un ejercicio de análisis encaminado a la aplicación del principio de minimización y que pasa por determinar, en cada una de las operaciones que constituyen el tratamiento, los datos y operaciones de tratamiento mínimas y necesarias para abordar los fines del tratamiento».

54 En este sentido la afirmación que más adelante se enuncia como conclusiva debe quedar claramente limitada a los tratamientos en los que la persona interesada no presta el consentimiento. La Guía dice así «Realizada esa evaluación, ha de optarse por la alternativa que, alcanzando la efectividad necesaria, resulte lo menos lesiva e intrusiva en los derechos de las personas. En definitiva, se decidirá seguir o no adelante con el tratamiento tal y como está planteado».

ISBN: 978-84-7777-740-3

5. La expresión consagrada por el TJUE de «lo estrictamente necesario» se refiere únicamente a los supuestos en que hay que justificar la injerencia externa, y no a los fundados en el consentimiento.

Seguidamente, procede referirse a algunas de las sentencias más relevantes del TJUE.

La primera de ellas, de la que suele hace cita la AEPD en alguna de sus resoluciones, es la sentencia de 11 de diciembre de 2019 (asunto C-708/18, Associatia de Proprietari bloc MSA-ScaraA). En sus apartados 47 y 48 analiza el principio de necesidad, pero referido exclusivamente al interés legítimo[55]. En este supuesto, sí que se requiere la presencia del principio de necesidad y, por tanto, que no existan otros medios alternativos menos restrictivos de los derechos de las personas.

Además el fallo de la sentencia incorpora una referencia expresa al consentimiento para expresar que al mismo no se le aplica el principio de necesidad: «Los artículos 6, apartado 1, letra c), y 7, letra f), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, deben interpretarse, a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que no se oponen a disposiciones nacionales que autorizan la instalación de un sistema de videovigilancia como el controvertido en el litigio principal, colocado en las zonas comunes de un edificio de uso residencial *sin el consentimiento de los interesados*, con el fin de satisfacer intereses legítimos consistentes en garantizar el cuidado y la protección de las personas y de los bienes, si el tratamiento de datos personales mediante el sistema de videovigilancia de que se trata reúne los requisitos impuestos en dicho artículo 7, letra f), circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente» (la cursiva es del autor).

Por cierto, el TJUE ya había mantenido esta posición en anteriores sentencias, como, por ejemplo, la Sentencia de 17 de octubre de 2013 (C-291/12) donde afirma que la Carta Europea establece que los datos biométricos solo pueden ser tratados con el consentimiento del interesado o bajo otro fundamento legítimo previsto por la ley. Esta sentencia examina

---

55 La Sentencia aplica, por razón del tiempo, la Directiva 95/46/CE, hoy derogada y sustituida por el RGPD. Aplica el artículo 7 (equivalente al artículo 9 RGPD) que en lo que aquí interesa decía así: «Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales solo pueda efectuarse si: a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva».

la exigencia de datos biométricos (huellas dactilares e imagen facial) para la obtención del pasaporte, señalando que, dado que se trata de un documento obligatorio, no hay un consentimiento válido y por tanto se requiere la presencia de la base legítima del interés general, que comporta que no se puede ir más allá de lo estrictamente necesario.

Por su parte, la Sentencia de 21 de marzo de 2024 (C-61/22) anula nada menos que un Reglamento europeo con base en el principio de proporcionalidad que exige que la imposición de injerencias externas, como en el caso era la impresión de huellas dactilares en el documento de identidad, en razón del interés general deba ajustarse al principio de necesidad, es decir, a lo estrictamente necesario.

Mayor relevancia, al objeto del presente estudio tiene la STJUE de 4 de octubre de 2024 (C-200/23)[56]. En relación con la base jurídica del consentimiento, se diferencia notablemente esta de las demás bases jurídicas del artículo 6 RGPD:

> «94. A este respecto, cabe recordar que el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, del RGPD prevé una lista exhaustiva y taxativa de los casos en los que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito. Así pues, para poder ser considerado legítimo, un tratamiento de datos personales debe estar comprendido en uno de casos contemplados en dicha disposición [véase, en ese sentido, la sentencia de 22 de junio de 2021, Latvijas Republikas Saeima (Puntos por infracciones de tráfico), C-439/19, EU:C:2021:504, apartados 99 y jurisprudencia citada].
>
> 95. A falta de consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales en virtud de dicho artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra a), o cuando este no se haya prestado de forma libre, específica, informada e inequívoca, en el sentido del artículo 4, punto 11, del RGPD, tal tratamiento puede, no obstante, estar justificado cuando cumple alguno de los requisitos de necesidad mencionados en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letras b) a f), del mencionado dicho Reglamento [véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2023, Meta Platforms y otros (Condiciones generales del servicio de una red social), C-252/21, EU:C:2023:537, apartado 92].
>
> 96. En este contexto, las justificaciones previstas en esta última disposición, en la medida en que permiten que un tratamiento de datos personales realizado sin el consentimiento del interesado sea lícito, deben ser objeto de una interpretación restrictiva [sentencia de 4 de julio de 2023, Meta Platforms y otros (Condiciones generales del servicio de una red social), C-252/21, EU:C:2023:537, apartado 93 y jurisprudencia citada].

56 El fondo del asunto versa sobre la publicación, en el Registro Mercantil, de un contrato de sociedad que contiene datos personales no obligatorios sin consentimiento del interesado, por lo que éste insta su supresión.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> 97. Cabe precisar igualmente que, de conformidad con el artículo 5 del RGPD, incumbe al responsable del tratamiento la carga de la prueba de que dichos datos se recogen con fines determinados, explícitos y legítimos, que son adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados y que son tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado [véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2023, Meta Platforms y otros (Condiciones generales del servicio de una red social), C-252/21, EU:C:2023:537, apartado 95].»

Más adelante la Sentencia constata que en este caso no se ha dado el consentimiento válido (apartados 100-101) y por tanto procede acudir a las restantes bases jurídicas del artículo 6 RGPD (apartados 102-103). Es aquí donde entra en juego el principio de necesidad:

> «103. En lo que concierne, por último, a los motivos de licitud que figuran en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letras c) y e), del RGPD, procede recordar que, en virtud de dicho artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra c), un tratamiento de datos personales es lícito si es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. Además, según dicho artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra e), también es lícito el tratamiento que es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.»

Y es en estos casos de bases jurídicas distintas del consentimiento donde el principio de necesidad obliga a que no exista una alternativa menos gravosa, tal como afirma la Sentencia:

> «111. Este requisito de la necesidad no se cumple cuando el objetivo de interés general perseguido puede alcanzarse razonablemente de manera tan eficaz por otros medios menos atentatorios respecto de los derechos fundamentales de los interesados, en particular respecto de los derechos al respeto de la vida privada y de protección de los datos personales, garantizados por los artículos 7 y 8 de la Carta, puesto que las excepciones y restricciones al principio de protección de dichos datos deben establecerse sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario [véase, en ese sentido, la sentencia de 22 de junio de 2021, Latvijas Republikas Saeima (Puntos por infracciones de tráfico), C-439/19, EU:C:2021:504, apartados 110 y jurisprudencia citada].»

Otra sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2024 (C-446/21)[57] analiza el artículo 9 RGPD y señala que cada una de las excepciones de su apartado 2

[57] El fondo del asunto trata de la publicidad recibida desde la plataforma Meta por parte del ciudadano Sr. Schrems relacionada con datos personales sensibles, en concretos sobre datos relativos a su orientación sexual que habían sido hechos públicos por el interesado.

tiene naturaleza autónoma, lo que significa que el consentimiento funciona de forma independiente de las demás causas y por tanto que, al no exigirse que sea necesario, no opera para el mismo el principio de necesidad:

> «74. No obstante, aunque el citado artículo 9, apartado 1, prohíbe, por principio, el tratamiento de los datos relativos, entre otros, a la orientación sexual, el apartado 2 de dicho artículo establece, en sus letras a) a j), diez excepciones que son independientes entre sí y que, por tanto, deben apreciarse de manera autónoma. De ello se deduce que el hecho de que no se cumplan los requisitos para la aplicación de una de las excepciones contempladas en el citado apartado 2 no impide que un responsable del tratamiento pueda invocar otra excepción mencionada en esa disposición (sentencia de 21 de diciembre de 2023, Krankenversicherung Nordrhein, C-667/21, EU:C:2023:1022, apartado 47).»

Y más adelante realza la base jurídica del consentimiento, que tiene un alcance superior a las otras bases, y así también a la de la letra e) (datos manifiestamente hechos públicos):

> «82. Por otra parte, la circunstancia de que una persona haya hecho manifiestamente público un dato relativo a su orientación sexual no permite considerar que esa persona haya dado su consentimiento, en el sentido del artículo 9, apartado 2, letra a), del RGPD, al tratamiento por parte del operador de una plataforma de red social en línea de otros datos relativos a su orientación sexual.»

En relación con el consentimiento, cabe citar, sobre todo por su carácter especialmente ilustrativo nada menos que sobre Facebook (META), la Sentencia de 4 de julio de 2023 (asunto C-252/21, Meta Platforms Inc and Others v Bundeskartellant). La sentencia para nada exige que previamente al tratamiento haya que cumplir el principio de necesidad cuando hay consentimiento, sino que solo impone este principio para los tratamientos no consentidos. Pues bien, lo llamativo de esta sentencia es que incorpora esta consideración a su fallo, en el que se afirma que los usuarios de Facebook pueden prestar válidamente su consentimiento al tratamiento de sus datos personales efectuado por Facebook, aunque lo importante es conocer si dicho consentimiento es válido, lo que deberá demostrar Facebook.

Aunque referida a la Directiva (UE) 2016/680, la STJUE de 20 de noviembre de 2025 (C-57/23) es determinante en cuanto al consentimiento como base jurídica completamente diferente de las demás bases jurídicas que suponen injerencia, conforme a lo dispuesto en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En lo que aquí respecta dice así:

> «51. Por tanto, el concepto de «Derecho del Estado miembro» utilizado en los artículos 8 y 10 debe entenderse en el sentido de que materializa, en el ámbito cubierto por la Directiva 2016/680, el requisito enunciado

ISBN: 978-84-7777-740-3

en el artículo 8, apartado 2, de la Carta, según el cual todo tratamiento de datos personales no realizado sobre la base del consentimiento del interesado debe efectuarse en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, requisito que no hace sino reflejar la exigencia prevista en el artículo 52 de la Carta de que cualquier limitación del ejercicio de derechos fundamentales reconocidos por dicha Carta debe ser establecida por la ley. Así pues, este concepto se refiere a la validez del recurso al Derecho nacional como base jurídica de un tratamiento de datos personales.»

V. PROPUESTAS PARA UNA REVISIÓN DE LA POSICIÓN DE LA AEPD SOBRE EL CONSENTIMIENTO COMO BASE JURÍDICA EN RELACIÓN CON LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA

La AEPD se ha pronunciado en muy diversas ocasiones y de muy diversas formas en relación con los tratamientos de datos biométricos, singularmente del reconocimiento facial.

De forma singular su *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante accesos biométricos*, de 23 de noviembre de 2023, supuso un cambio muy notable, colocándose en una posición que, en la práctica, ha supuesto la prohibición del tratamiento de datos biométricos, incluso mediante la base jurídica del consentimiento.

En otros casos ha actuado, directamente, por la vía sancionadora, la mayor parte de las veces imponiendo sanciones por falta de base jurídica, por infringir los principios del artículo 5, o por falta o insuficiencia de la evaluación de impacto.

También ha actuado por medio de informes o advertencias, siempre bajo esa posición limitadora del uso de datos biométricos.

En este estudio, se van a examinar solamente algunas de las intervenciones de la AEPD, singularmente las que afectan al consentimiento, comenzando por la más general y relevante que es la Guía de 2023, así como algunas resoluciones de la AEPD posteriores a ella[58].

1. La Guía de 23 de noviembre de 2023

La AEPD publicó, con fecha 23 de noviembre de 2023, la denominada *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante accesos biométricos*.

58 A título de ejemplo puede verse, como resolución anterior a 2023, la Resolución de la AEPD en procedimiento núm. 15/00010/2021 sobre acceso a naves de una empresa mediante huella digital.

A los efectos del presente estudio, van a resaltarse solamente algunos aspectos de la Guía que se considera debieran ser objeto de reconsideración por la AEPD.

En primer lugar, la Guía parece centrar su examen en el tratamiento de datos biométricos con fines laborales[59], donde la base jurídica específica, como datos sensibles, se encuentra en la letra b) del artículo 9.2 RGPD. Incluso si se utilizara la letra a), en este caso, el consentimiento plantea el problema de su afectación por el desequilibrio entre el trabajador y el empresario. Sin embargo, la Guía se desliza luego al control de acceso con fines no laborales, señalando que es similar al realizado con fines laborales. Entiendo que, tal como se ha desarrollado a lo largo de este estudio, el consentimiento, a la luz de las Directrices 5/2020, no tiene el mismo alcance y significado en uno y otro caso. Pero, fuera de las relaciones laborales, el consentimiento es una excepción válida a los efectos del artículo 9.2.a) RGPD y una base jurídica suficiente a tenor del artículo 6.2.a) RGPD, todo ello unido al principio de libertad y autonomía personal.

En segundo lugar, la Guía pretende imponer a la base jurídica del consentimiento el principio de necesidad que, tal como se ha explicado, solo opera respecto de las demás bases jurídicas del artículo 6 RGPD. Esta posición supone, en la práctica, negar la base jurídica del consentimiento,

59 El tratamiento de datos con fines laborales plantea problemas singulares que han sido ampliamente examinados por la doctrina laboralista (Rodríguez Escanciano: 2025 y Muñoz Ruiz: 2024). Por un lado, la propia validez del consentimiento que se ve afectado por la relación de dependencia entre empresario y trabajador y por otro que cuenta con una excepción específica para las relaciones laborales recogida en el artículo 9.2.b RGPD. Esta segunda excepción plantea la aplicación del principio de necesidad y la reserva de ley, que se entiende que en España no cumple el Estatuto de los Trabajadores por lo que se precisaría de una ley específica que lo permitiera (Navalón Arnal: 2025). Similares consideraciones se efectúan en relación con los empleados públicos (Róo García: 2024). Sobre el tratamiento de datos biométricos en las relaciones laborales hay bastantes resoluciones de las autoridades de protección de datos. Así de la AEPD cabe citar los siguientes: Expediente 202209921 en relación con empresa que obtiene fotografías de sus empleados para control de entrada y salida; Expediente n.º EXP202400728 de la AEPD por la que se declara el archivo del expediente sancionador abierto a la Dirección General de la Policía respecto de una relación de empleo público; y Expediente n.º 202202960 sobre solicitud de una empresa de huella dactilar a sus empleados para el sistema de fichaje. De la Agencia Catalana de Protección de Datos cabe referirse a los siguientes procedimientos: procedimiento sancionador PS 53/2024 por implantación por un Ayuntamiento de sistema de fichaje para sus empleados con uso de datos biométricos; y Dictamen de 22 de abril de 2024 en respuesta a consulta del delegado de Protección de Datos de un Ayuntamiento sobre pretensión de introducir en convenio colectivo o acuerdo para funcionarios el tratamiento de datos biométricos como control de acceso. Más recientemente, la AEPD ha procedido al archivo del procedimiento sancionador abierto a la empresa «Litera Meat S.L.», en Expediente n.º EXP202408491. Y por su parte la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2026 ha estimado parcialmente el recurso de una empresa sustituyendo la sanción de multa por la de apercibimiento (ECLI:ES:AN: 2026:799). Asimismo, la STJUE de 19 de diciembre de 2024 (C-65/23) ha analizado la vinculación del artículo 88 RGPD con los artículos 5, 6 y 9 RGPD.

ISBN: 978-84-7777-740-3

puesto que, existiendo otra alternativa, nunca puede producirse, a pesar de la voluntad del interesado (con todos los requisitos del consentimiento), el tratamiento de sus datos biométricos. Es decir, una persona física nunca podrá acceder a su club deportivo o estadio de fútbol (u otros lugares) mediante el reconocimiento facial, dado que siempre puede hacerlo con un *token* o un carnet. Y esto no es lo que fijan ni el RGPD ni la jurisprudencia del TJUE: toda persona física puede decidir acceder a su club deportivo o estadio de fútbol mediante el reconocimiento facial, siempre que se le haya ofrecido también otra alternativa, pero haya optado por la primera.

Así pues, la Guía suprime de facto, y sin ningún sustento jurídico, una de las bases legítimas del RGPD, la del consentimiento, por cuanto que entiende que siempre que haya otra alternativa, el interesado no puede libremente escoger el tratamiento de sus datos biométricos porque este no es necesario.

En tercer lugar, el tratamiento de datos biométricos, tal como señala la Guía, requiere de la EIPD. Sin embargo, no puede compartirse el análisis que se efectúa de la letra b) del artículo 35.7 que establece como uno de los contenidos mínimos de la evaluación de impacto «una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad», puesto que la necesidad supone que no se puedan tratar más datos que los necesarios para la finalidad, pero no que existiendo otra alternativa, la persona interesada no pueda dar su consentimiento válido para el tratamiento de sus datos biométricos.

En todo caso, no cabe duda, como señala la Guía, que el consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco, pero de ahí no puede concluirse que la existencia de otras alternativas enerve dicho consentimiento. En suma, la Guía hace desaparecer la excepción del consentimiento explícito del artículo 9.2 a) así como la base jurídica del artículo 6.1.a) RGPD para el tratamiento basado en datos biométricos (Santilari Barnach y Sebé Marín: 2024: 76-77).

Por último, la Guía de la AEPD sobre accesos biométricos se refiere a los sistemas biométricos como de alto riesgo en la propuesta de RIA (p. 24). Sin embargo, el RIA, en su texto definitivo, aprobado y publicado en 2024, los considera de bajo o nulo riesgo, como se ha expuesto más arriba.

2. Las sanciones impuestas por la AEPD por tratamientos biométricos

El control de accesos mediante sistemas biométricos ha dado lugar a diversas actuaciones de la AEPD.

En el ámbito de los accesos a estadios de fútbol, la AEPD tuvo una actuación sancionadora en relación con el Club Atlético Osasuna, mediante

la Resolución de 3 de diciembre de 2024 (Expediente sancionador núm. EXP202212956, PS/00482/2023). La Resolución archiva la infracción del artículo 9 RGPD e impone una multa de 200.000 euros por una infracción del artículo 5.1.c) RGPD. En concreto, se considera vulnerado el principio de necesidad, a pesar del consentimiento de las personas interesadas, por existir otras alternativas de acceso. Merece la pena transcribir un apartado de la Resolución donde se condensa esta posición:

> «Como se deduce del citado considerando, este requisito de la necesidad no se cumple cuando el objetivo perseguido puede alcanzarse razonablemente de manera tan eficaz por otros medios menos con menos riesgo en relación con los derechos y libertades de los interesados, en particular respecto de los derechos al respeto de la vida privada y de protección de los datos personales, garantizados por los artículos 7 y 8 de la Carta, puesto que las excepciones y restricciones al derecho de protección de dichos datos deben establecerse sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2019, Asociaţia de Proprietari bloc M5A-ScaraA, C-708/18, EU:C:2019:1064, apartados 46 y 47).»

Como se ha expuesto más arriba, no existe tal principio de necesidad en el artículo 5 RGPD, sino que el mismo solo opera para las bases jurídicas distintas del consentimiento, tal como establecen el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, y los artículos 6 y 9 RGPD. Más aún, como se ha resaltado en el examen jurisprudencial efectuado, la Sentencia citada de 11 de diciembre de 2019 se refiere a una base jurídica diferente del consentimiento y, es por ello, que exige que sea estrictamente necesario, pero solo por imponerse una limitación externa a las personas.

Una segunda actuación de la AEPD es la Advertencia a la Liga Nacional de Fútbol Profesional (en adelante, la Liga) (expediente n.º AI/00394/2023)[60] por la que se insta la paralización de la licitación de soluciones de reconocimiento facial para el acceso a los estadios de fútbol que culmina con una advertencia de posible incursión en una infracción. La Advertencia toma como base la Guía de 23 de noviembre de 2023 y por tanto parece exigir como requisito previo, con independencia de la base jurídica empleada, el principio de necesidad. Y tal como se ha explicado, dicho principio de necesidad no es requisito previo en el caso del consentimiento, por más que deban ser objeto de tratamiento solo los datos necesarios para el tratamiento para el que se haya otorgado dicho consentimiento[61].

---

60 El acceso a los estadios de fútbol ha dado lugar también a otras intervenciones de la AEPD. Así por ejemplo su Informe Jurídico N/REF: 0098/2022, referido a la base jurídica de la letra g) del artículo 9.2 RGPD, que tiene como antecedente el Informe jurídico 36/2020.

61 La Advertencia incluye, un párrafo que parece indicar que el consentimiento sí que es posible, aunque haya otras alternativas: «En definitiva, en el supuesto de que existan opciones

ISBN: 978-84-7777-740-3

Una tercera actuación se contiene en el expediente sancionador n.º EXP202315637 en relación con la Liga, donde se impuso una importante sanción por el uso de datos biométricos para el control de acceso a las gradas de animación. La Resolución sancionadora contiene referencias a la base jurídica del consentimiento, pero la causa de la sanción se funda en la infracción del artículo 35 RGPD, es decir, la EIPD. Asimismo, se refiere a la Guía de 23 de noviembre de 2023.

También se ha impuesto una sanción por tratamientos biométricos al FC Barcelona en el expediente sancionador n.º: EXP202305134. Llama la atención que se atendieron parcialmente las alegaciones del club por entender que los tratamientos fueron efectuados con anterioridad al cambio de criterio por parte de la AEPD en su Guía de 23 de noviembre de 2023, y por tanto, la sanción se limita a la infracción del artículo 35 RGPD (EIPD).

La AEPD impuso una elevada sanción a la empresa AENA por el tratamiento de datos biométricos en el sistema de acceso y control en los aeropuertos, entendiendo que había cometido una infracción del artículo 35 RGPD, es decir, la EIPD (Expediente n.º: EXP202304532). AENA alegó la base jurídica del consentimiento, aunque luego la Resolución se centra en el examen del principio de minimización del artículo 5.1.c) RGPD. Procede traer a colación una importante afirmación de esta Resolución que finalmente se centra en el artículo 35 RGPD. Dice así: «Esta Agencia no es contraria a que AENA trate datos biométricos como método de control de acceso a determinadas zonas del aeropuerto, siempre y cuando el tratamiento se realice con las debidas garantías y tras el completo cumplimiento de los requisitos que impone el RGPD, entre ellos, llevar a cabo una EIPD en los términos del art. 35 del RGPD, que incluya un análisis sistemático de la necesidad y proporcionalidad de las operaciones de tratamiento que se pretenden realizar, en este caso un sistema de identificación biométrica, es decir se ha de justificar de manera objetiva la necesidad concreta de la implantación del sistema de identificación biométrica».

Otro nuevo supuesto de sanción a una entidad por uso de datos biométricos es la impuesta a la empresa Loro Parque SA, por exigir huella dactilar para acceso al parque (Expediente n.º: EXP202209645). Sin embargo, en este caso no hay voluntariedad, dado que para comprar las entradas es preciso facilitar la huella dactilar, lo que supone que la base jurídica no puede ser el consentimiento sino otra diferente. También se aprecia la necesidad de EIPD, que no se realizó.

---

realmente equivalentes y disponibles para todos los aficionados para acceder a los estadios, sería cuando cabría entender que el consentimiento es el instrumento adecuado para dar validez al sistema, siempre y cuando se cumpliera con los requisitos del artículo 4.11 del RGPD y el resto de las condiciones del artículo 7 del RGPD. Y todo ello, amén de que debe demostrarse la necesidad objetiva y las posibles alternativas».

También en una línea similar al caso anterior se encuentra la Resolución de la AEPD en el expediente sancionador EXP202313347, por el que se impone una multa a la empresa Sidecu SA por exigir el control mediante reconocimiento facial para el acceso a un centro deportivo. La base jurídica del cumplimiento del contrato del artículo 6 debe contar asimismo con la salvedad del consentimiento del artículo 9.2.a) RGPD. Se insiste, con cita de la Guía de 23 de noviembre de 2023, en el principio de necesidad que exige que se opte por tratamientos menos intrusivos sin confundir utilidad con necesidad, Sin embargo, la cuestión principal radica que, en este supuesto, no se han cumplido los requisitos del artículo 9.2.a), puesto que no hay consentimiento libre al ser el reconocimiento facial obligatorio para el acceso, sin que se hubieran ofrecido otras alternativas al interesado.

Por último, aunque la Resolución sancionadora de la AEPD no se refiere a un supuesto de accesos sino de verificación de edad, cabe mencionar las sanciones impuestas a la empresa Yoti, por tres infracciones relativas respectivamente a los artículos 9, 7 y 5.1.e) RGPD (expediente número EXP202317887). Yoti pretendió fundamentar su actuación en la ejecución de un contrato (artículo 6.1.b) RGPD), aunque la AEPD advirtió que previamente debe contarse con el consentimiento de las partes, en el que conste que el mismo se presta para un tratamiento de datos sensibles (artículo 9 RGPD), lo que no se ha efectuado[62]. Y por esta infracción del artículo 9 RGPD se impone una sanción de 500.000 euros. También se constata la infracción del artículo 7 RGPD, puesto que no se ha producido el consentimiento con arreglo a los requisitos establecidos en este precepto, lo que comporta una sanción de 200.000 euros.

3. Otras actuaciones de la AEPD sobre tratamientos biométricos

Fuera del ámbito deportivo, aunque también sobre accesos a instalaciones o espacios, parece que la posición de la AEPD se ha vuelto más flexible en relación con el tratamiento de datos biométricos, por más que en este supuesto no se toma como base jurídica el consentimiento.

---

62 Así respecto a esta infracción procede resaltar en qué consiste, según lo indica la Resolución de la AEPD: «Al no considerar que trata una categoría especial de datos, Yoti no ha fundamentado su tratamiento —justificando el levantamiento de la prohibición general de tratamiento— en ninguna de las causas previstas en el artículo 9.2, por lo que está infringiendo la prohibición de tratar este tipo de datos prevista en el art. 9.1 RGPD. Así, al entender que no se están tratando datos biométricos, considerados de categoría especial, el *consentimiento* recabado para el tratamiento de datos en el uso de la app solo puede ser considerado como *imperfecto* y, por lo tanto, no válido para cumplir los requerimientos del RGPD en lo relativo al tratamiento de datos personales de naturaleza biométrica de carácter especial» (p. 48).

ISBN: 978-84-7777-740-3

El documento Ref. REGAGE25e00024730156 de la División de Innovación Tecnológica de la AEPD analiza la consulta previa realizada sobre el control de acceso a centros de la Guardia Civil por medio de datos biométricos. En dicho documento parecen estar presentes dos almas: por un lado, una más avanzada que pretende dar un paso adelante a favor de la innovación, y que se aparta de la posición mantenida en la Guía antes comentada o la Advertencia a La Liga, y otra que, por el contrario, no termina de desligarse de su anterior posición en los documentos que se acaban de citar. Debe advertirse que el documento ahora examinado no se refiere a la base jurídica del consentimiento, aunque aparece citada, sino solamente a la injerencia basada en el interés general. Los avances, aunque un tanto tímidos, pueden centrase en los siguientes aspectos:

a) Una graduación de los sistemas biométricos de identificación que van desde la simple autentificación hasta los diversos grados de identificación, en razón tanto de la participación de los interesados como del control por parte de éstos de sus datos.
b) Una limitación del principio de necesidad, que se califica de necesidad reforzada, al supuesto del interés general, y por tanto extensible a todas aquellas bases legítimas del artículo 9.2 RGPD que se refieren expresamente a que sea necesario. Ello debiera implicar para el futuro que la AEPD considerara que el principio de necesidad no opera en el caso del consentimiento, dado que no aparece en la letra a) del artículo 9.2 RGPD.
c) La aceptación, aunque sea indirecta y no expresa, de las técnicas biométricas de las RBR, a las que se califica de desarrollos recientes en tecnologías biométricas que reducen significativamente el impacto sobre los derechos de los ciudadanos.
d) Una interpretación amplia de la exigencia de ley previa, que no fue aceptada en la Advertencia a la Liga, a pesar de ser en aquel supuesto más clara la incardinación legal, cuando ahora sí se admite con la observación de que sería adecuada una acción del legislador para dotar de cobertura legal absoluta y garantías a esta injerencia.

4. La anunciada reforma de la Guía y de la posición de la AEPD sobre tratamiento de datos biométricos

La AEPD ha anunciado una revisión de sus criterios sobre el tratamiento de datos biométricos, e incluso, respecto de la Guía de 2023 ha indicado en su página web que se encuentra en revisión.

En el examen de la actuación de la AEPD que se acaba de realizar se han expuesto los puntos de crítica, principalmente por la creación de un principio de necesidad que excluye el consentimiento como base jurídica

autónoma del artículo 9.2.a) RGPD, que no puede ser dejado sin efecto por la existencia de alternativas menos intrusivas al tratamiento de datos biométricos, cuando el interesado opte libremente por esta segunda vía para el acceso a instalaciones, estadios o centros deportivos o de ocio. Y ello sin perjuicio de que se comparta la actuación de la AEPD sobre otros muchos aspectos, como, por ejemplo, que el consentimiento sea libre y explícito y que debe efectuarse la EIPD también en estos casos.

Por tanto, a mi juicio, la posición de la AEPD sobre el tratamiento de datos biométricos para accesos debiera ser modificada y pasar a estar sustentada sobre las siguientes bases:

1. El consentimiento es base jurídica de licitud independiente y con un valor intrínseco, conforme al artículo 8 de la Carta de Derecho Fundamentales de la UE, el artículo 9 del RGPD y el artículo 6 RGPD.
2. El principio del artículo 5.1.c) RGPD significa que los datos que deben obtenerse de la persona interesada deben ser únicamente los necesarios para el tratamiento que ella misma ha consentido, pero sin que el principio de minimización se reconvierta en principio de necesidad que impida el ejercicio de la base jurídica del consentimiento del artículo 9.2.a) RPGD. En suma, la existencia de alternativas menos intrusivas no veda el tratamiento de datos biométricos cuando opera el consentimiento de la persona interesada.
3. El consentimiento debe reunir los requisitos del artículo 7 y ser reforzado en estos supuestos por tratarse de la autorización que concede el interesado para el tratamiento de sus datos biométricos. Por ello, el consentimiento debe ser libre y explícito, y se deben haber ofrecido a los interesados otras alternativas distintas al tratamiento de datos biométricos. Conocidas estas alternativas, el interesado puede decidir libremente por el tratamiento de datos biométricos.
4. Se precisa la realización de EIPD, aunque la base jurídica sea el consentimiento, en la que se constate que solo se piden los datos necesarios para el tratamiento para el que la persona interesada ha dado su consentimiento. No procede que la EIPD se convierta de nuevo en un examen de la necesidad, que impida el uso de la base jurídica del consentimiento para el tratamiento de datos biométricos.

VI. CONCLUSIONES

El consentimiento es base jurídica suficiente para la identificación biométrica. No se precisa que el uso de los datos biométricos sea necesario, puesto que la persona interesada otorga un consentimiento válido.

El consentimiento cubre la base jurídica específica del artículo 9.2.a) RGPD, como la general del artículo 6.1.a) RGPD.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La base jurídica del consentimiento debe cumplir los principios del artículo 5 RGPD, entre los que se encuentra que los datos biométricos tratados sean los necesarios para el tratamiento y finalidad consentidos, lo que no supone la existencia de un principio de necesidad que deje sin efecto la base jurídica del consentimiento por existir otra alternativa de identificación.

Asimismo, el tratamiento de datos biométricos, también cuando tenga como base de licitud el consentimiento, debe contar con carácter previo con la EPID, aunque de la EIPD tampoco pueda derivarse un principio de necesidad que deje sin efecto el consentimiento.

La AEPD debiera modificar su posición para adecuarse al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia del TJUE, tal como se ha expuesto en este estudio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ADSUARA VARELA, Borja (2016). «El consentimiento», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Barcelona, Reus, 151-169.

ALENZA GARCÍA, J. F. (2024). «El acceso biométrico a los campos de fútbol como método fiable para la seguridad pública y garantía de la identidad de los espectadores», en RICHARD GONZÁLEZ Y POELEMANS DE LARA, M., *Études sur les effects de l´aplication de l´intelligence artificielle dans le systéme juridique*, Barcelona, Bosch, pp. 187-206.

ALENZA GARCÍA, J. F. (2025a). «El derecho de acceso biométrico a los campos de fútbol», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L. (coord.), *El derecho Administrativo en la era de la Inteligencia Artificial, Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Vigo 25 a 27 de enero de 2024*, Madrid, INAP-AEPDA, pp. 103-118.

ALENZA GARCÍA, J. F. (2025b). «El derecho al uso de los propios datos biométricos», en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. y ALENZA GARCÍA, J. F. (dir.), *Biometría, Derecho Administrativo y Datos*, Las Rozas, Aranzadi, 2025, pp. 187-232.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana (2021). «La protección de datos personales en la historia clínica», en TOMÁS MALLÉN, Beatriz, GARCÍA MAHAMUT, Rosario, y PAUNER CHULVI, Cristina (ed.), *Las cláusulas específicas del Reglamento general de protección de datos en el ordenamiento jurídico español: cuestiones clave de orden nacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 63-89.

ARIAS POU, María (2016). «Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Barcelona, Reus, 115-133.

CASTILLO VÁZQUEZ, Isabel-Cecilia del (2021: 945-956). «Requisitos del consentimiento utilizado como fundamento jurídico para el tratamiento de los datos de carácter personal (comentario al artículo 7 RGPD y al artículo 6 LOPDGDD)», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Cizur Menor, Civitas, pp. 945-956.

COTINO HUESO, L. (2022). «Sistemas de inteligencia artificial con reconocimiento facial y datos biométricos. Mejor regular bien que prohibir mal», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, pp. 68-79.

COTINO HUESO, L. (2023). «Reconocimiento facial automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo la regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos», en BALAGUER CALLEJÓN y COTINO HUESO (dirs.), *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 347-402.

COTINO HUESTO, Lorenzo (2024). «Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de Inteligencia Artificial», en COTINO HUESO, Lorenzo y SIMÓN CASTELLANO, Pere (dir.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 291-313.

DUASO CALÉS, Rosario (2016). «Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Barcelona, Reus, 295-320.

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (2017). *Tecnologías biométricas, identidad y derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017.

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. (2024). «El reconocimiento biométrico en el Reglamento de Inteligencia Artificial: exenciones, prohibiciones y especialidades de alto riesgo», en COTINO HUESO y SIMÓN CASTELLANO (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 183-235.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen (2020). «Datos personales y menores de edad», en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Protección de datos personales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 161-238.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín (2020). «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Protección de Datos Personales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 79-159.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana (2023). «La especial posición de los datos biométricos en el RGPD: peculiaridades derivadas de su naturaleza y riesgos», en PAUNER CHULVI, Cristina, GARCÍA MAHAMUT, Rosario, y TOMÁS MALLÉN, Beatriz (ed.), *La implementación del reglamento general de protección de datos en España y el impacto de sus cláusulas abiertas,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115-143.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2021). «Categorías especiales de datos personales: los datos de origen étnico o racial, los datos genéticos, los datos biométricos, los datos relativos a la salud, los datos relativos a la vida sexual y la orientación sexual (comentario al artículo 9.1 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Cizur Menor, Civitas, pp. 1041-1065.

GONZÁLEZ MENDOZA, Diana Paola (2025). «Los datos biométricos y las tecnologías que los utilizan para su funcionamiento: régimen jurídico aplicable y potenciales riesgos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 132, pp. 427-464.

HERNÁNDEZ PEÑA, J. C. (2022). *El marco jurídico de la inteligencia artificial. Principios, procedimientos y estructuras de gobernanza*, Cizur Menor, Aranzadi.

MEDINA GUERRERO, Manuel (2019). «Categorías especiales de datos», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 251-273.

ISBN: 978-84-7777-740-3

MUÑOZ RUIZ, A. B. (2024). «Datos biométricos y control horario de los empleados: la nueva Guía de la Agencia Española de Protección de Datos (1)», en *La Ley privacidad,* n.º 19.

NAVALÓN ARNAL, A. (2025). «Datos biométricos y registro horario: el principio de necesidad y el papel de la negociación colectiva», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* n.º 487, pp. 17-52.

PUENTE ESCOBAR, Agustín (2019). «Principios y licitud del tratamiento», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115-168.

PUYOL MONTERO, Javier (2016). «Los principios del derecho a la protección de datos», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Barcelona, Reus, 135-150.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2022). «La identidad digital como derecho», en *Derecho Digital e Innovación, LA LEY*, núm. 14, 27 pp.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2024a). «El uso de datos biométricos por las Administraciones Públicas», en MÍGUEZ MACHO Y PIPERATA (dirs.), *Actas del XXIII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo,* in memoriam *del profesor Luciano Vandelli*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 545-556.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2024b). «Notas sobre el Dictamen 11/2024 del CEPD sobre uso del reconocimiento facial en el flujo de pasajeros en aeropuertos a la luz del reglamento de inteligencia artificial y del RGPD», en *Revista Derecho Digital e Innovación*, núm. 20, pp. 1-5.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2024c). «Sistemas de IA prohibidos, de alto riesgo, de limitado riesgo, o de bajo o nulo riesgo», en *Revista de Privacidad y Derecho digital*, núm. 34, pp. 172-235.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2025). «Los sistemas biométricos en el Reglamento de Inteligencia Artificial», en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. y ALENZA GARCÍA, J. F. (dir.), *Biometría, Derecho Administrativo y Datos*, Las Rozas, Aranzadi, 2025, pp. 127-166.

RÓO GARCÍA, M. D. (2024). El tratamiento de datos biométricos requiere algo más que el consentimiento de los empleados públicos», en *La Ley Privacidad*, n.º 20.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2025). «Tratamiento y control de datos biométricos de las personas trabajadoras», en *Revista del Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 486, pp. 7-16.

SAIZ PEÑA, Carlos Alberto (2019). «Seguridad de los datos, evaluación de impacto, códigos de conducta y certificción», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 397-412.

SAN MIGUEL CASO, Cristina (2024). «La utilización de la identificación biométrica en espacios de acceso público: excepciones, principios y límites», en *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá XVII*, pp. 91-114.

SANTILARI BARNACH, M. y SEBÉ, S. (2024). «Tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos: implicaciones prácticas», en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia,* n.º 101, pp. 57-79.

SIMÓN CASTELLANO, P. (2023). «Las evaluaciones de impacto algorítmico en los derechos fundamentales: hacia una efectiva minimización de sesgos», en COTINO HUESO y CASTELLANOS CLARAMUNT (dirs.), *Algoritmos abiertos y que no discriminen en el sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 27-56.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (2021). «Los principios relativos al tratamiento (comentario al artículo 5 RGPD y al artículo 4 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la*

Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, Cizur Menor, Civitas, pp. 847-907.

VILASAU SOLANA, Mónica (2019a). «El consentimiento general y de menores», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 197-250.

VILASAU SOLANA, Mónica (2019) (2021b). «Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?», en GARCÍA MAHAMUT, Rosario, y TOMÁS MALLÉN, Beatriz (ed.), *El Reglamento general de protección de datos : un enfoque nacional y comparado, especial referencia a la LO 3-2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 209-227.

VILASAU SOLANA, Mónica (2021) (2021). «Menores, centros docentes y datos: situaciones conflictivas», en TOMÁS MALLÉN, Beatriz, GARCÍA MAHAMUT, Rosario, y PAUNER CHULVI, Cristina (ed.), *Las cláusulas específicas del Reglamento general de protección de datos en el ordenamiento jurídico español: cuestiones clave de orden nacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 179-212.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Concurso de ilícitos en Derecho Administrativo

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba[1]
ORCID: 0000-0002-4803-7967

Sumario. I. Punto de partida y objeto del estudio: la otra cara *del non bis in idem* material.—II. El concurso de ilícitos. Clases: concurso real e ideal.—III. Regla general sobre el castigo en caso de concurso de ilícitos y anuncio de excepciones: 1. Planteamiento. 2. Regla general: suma de los castigos correspondientes a cada uno de los ilícitos en concurso. Reforzamiento de la regla general para sanciones disciplinarias. 3. Excepciones amplias. Su justificación en el principio de proporcionalidad, no en *el non bis in ídem*.—IV. La exclusión radical establecida en algunas leyes sectoriales de la sanción administrativa tras la pena.—V. La dulcificación de la pura suma de las sanciones ante infracciones en cualquier clase de concurso.—VI. Sanciones en caso de concurso medial de ilícitos: 1. La cuestión que se aborda. 2. Las previsiones de algunas leyes sectoriales y del artículo 29.5 LRJSP. 3. Distinción entre concurso medial y actos anteriores o posteriores copenados. 4. La ambivalencia del artículo 29.5 LRJSP. 5. La proporcionalidad orienta en el sentido de acoger alguna forma de moderación del castigo correspondiente a los ilícitos en concurso medial.—VII. Sanciones en caso de concurso ideal de ilícitos.—VIII. Las infracciones administrativas continuadas: 1. Consideraciones generales. 2. ¿Qué sanción corresponde a la infracción continuada? 3. Requisitos de la infracción continuada. 4. Sentencias que aprecian la infracción continuada y sentencias que la niegan. 5. La posible desintegración de la infracción continuada sin el límite del artículo 63.3 LPAC.—IX. La perspectiva de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE.—X. Sobre las dificultades cuando intervienen distintos órganos y cuando los castigos son heterogéneos.—XI. Sobre la posible regulación reglamentaria de los concursos de ilícitos.—XII. Reflexiones finales.

[1] Proyecto PID2022-138118NB-100 «La Administración sancionadora de la Unión Europea», del Ministerio de Ciencia e Innovación. Proyecto de la Junta de Andalucía PROYEXCEL-00903 «La nueva seguridad pública, Derecho Administrativo sancionador y Estado de Derecho en Europa».

ISBN: 978-84-7777-740-3

I. PUNTO DE PARTIDA Y OBJETO DEL ESTUDIO: LA OTRA CARA DEL *NON BIS IN IDEM* MATERIAL

Partimos aquí del *non bis in idem* material, tal y como lo ha configurado el TC español. Es decir, de la prohibición de doble castigo cuando concurre la identidad de sujeto, de hecho y de fundamento[2]. Y con ese punto de partida nuestro objeto aquí será, por así decirlo, la otra cara de la moneda; esto es, los supuestos en los que, por no existir esa triple identidad, el *non bis in idem* material no obsta al doble castigo.

De este reverso del *non bis in idem* material no dicen nada expresamente nuestras leyes administrativas generales. Solo está implícito en el art. 31.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) cuando afirma que «no podrán sancionarse los hechos que los hayan sido penal o administrativamente en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Luego sí cabrá nuevo castigo si no se aprecia esa triple identidad. Eso que ahí está solo tácito se explicita en muchas leyes sectoriales que formulan así el mismo principio:

> «En ningún caso se podrá imponer una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, *si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes*[3].»

La referencia a esos «hechos o infracciones concurrentes» es una forma de aludir a los casos en que no se da la triple identidad y en los que, por tanto, sí cabrá exigir «las demás responsabilidades», esto es, imponer otros castigos.

Estos supuestos en que, por no darse la triple identidad, el *non bis in idem* material no impide el doble castigo son precisamente los que aquí se estudiarán. Más en concreto, lo que se pretende es abordar la forma en que deben sancionarse los casos en que hay esos «otros hechos o infracciones concurrentes» de los que hablan las leyes. Y, así las cosas, más que sobre el principio del *non bis in idem* material, que es más bien la premisa de la

---

2 Sobre esto, que constituye la premisa de este trabajo en homenaje del prof. Cobreros Mendazona, he realizado el estudio «*Non bis in idem* material y concurso de normas punitivas», que se publicará en *Anuario de Derecho Administrativo sancionador 2026,* y del que el presente es su continuación.

3 Así, literalmente art. 63.4 de la Ley 7/2006, de Ordenación del Comercio Minorista. También, entre otras, art. 33 de la Ley 14/1986, General de Sanidad; art. 47.3 de la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición; art. 61.3 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico; art. 110.3 del Texto Refundido de uso racional del medicamento (Real Decreto Legislativo 1/2015); art. 19.3 de la Ley 3/1995, de Vías Pecuarias; etc.

que se parte, lo que aquí se afrontará se relaciona primordialmente con el principio de proporcionalidad de los castigos[4], como se irá viendo.

No serán, por tanto, objeto directo de nuestro estudio, las tres reglas que el TC adhirió casi desde el principio al *non bis in idem* material y a las que se ha dado en llamar, con terminología equívoca, la vertiente procedimental del *non bis in idem* material. A saber: a) preferencia de la actuación de la jurisdicción penal sobre la actuación de la Administración; b) sujeción del procedimiento administrativo sancionador a la declaración de hechos probados de las resoluciones de los jueces penales; y c) deber de suspender los procedimientos administrativos sancionadores ante la existencia de procesos penales sobre los mismos hechos (o sobre algunos próximos) o ante la mera sospecha de que los hechos pudieran ser constitutivos de delito. Si acaso, alguna de estas será tenida en cuenta para completar la forma de sancionar los supuestos de concurrencia punitiva.

Tampoco será objeto de este estudio el que más propiamente puede considerarse *non bis in idem* procedimental. Lo que este ante todo prohíbe es el doble enjuiciamiento; es decir, que, tras un pronunciamiento, sea condenatorio o absolutorio, haya un segundo procedimiento para decidir si se impone un castigo. Es el proclamado en los tratados internacionales de derechos humanos. Así, en al art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles; en al art. 4.1 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); en el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); en el art. 54 del Convenio para la Aplicación del Acuerdo de Schengen; en el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero, aunque no sea nuestro objeto directo, haremos algunas observaciones sobre si las soluciones admitidas en el Derecho español son compatibles con este genuino *non bis in idem* procedimental tal y como es interpretado y aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

II. EL CONCURSO DE ILÍCITOS. CLASES: CONCURSO REAL E IDEAL

Partimos asimismo de que, si el ámbito paradigmático, aunque no el único, de la prohibición del doble castigo es el del concurso de normas punitivas, el ámbito en que sí está permitida la duplicidad de castigos es el del concurso de ilícitos[5]. Es más, ante supuestos de concurso de ilícitos (a los

---

4 Izquierdo Carrasco, M., «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001 sobre «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador», p. 232.

5 Sobre estos dos conceptos y su coincidencia con las fronteras entre el doble castigo permitido y el prohibido, *Vid.* mi estudio ya citado «*Non bis in idem* material y concurso de normas punitivas», epígrafe 6.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que aluden las normas cuando dicen «(…) si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes»), no solo es que no esté prohibido el doble castigo; es que, al contrario, por lo general, se deben imponer los dos castigos (o más, si es que hay más de dos ilícitos en concurso). Distinto es que, a veces, no procede la pura acumulación de los castigos, sino alguna forma de punición más suave que, pese a todo, toma en consideración cada uno de los ilícitos en concurso, como iré exponiendo.

El concurso de ilícitos presenta tres modalidades: concurso de delitos entre sí, concurso de infracciones administrativas entre sí y concurso de delito con infracción administrativa. Aquí nos interesan las dos últimas. Y ello solo en cuanto se pretenda reprimir los dos ilícitos, no cuando uno de ellos ya haya sido castigado[6].

En Derecho Penal se distingue entre concurso real de delitos y concurso ideal de delitos[7]. Aquí, con la necesaria adaptación a lo que nos ocupa, distinguimos entre concurso real de ilícitos y concurso ideal de ilícitos.

En el concurso real de ilícitos hay varios hechos, cada uno de ellos constitutivo de un ilícito distinto. Si se dice que el *non bis in idem* rige cuando hay, entre otras, identidad de hecho, aquí es esa identidad la que falta.

En el concurso ideal de ilícitos hay un único hecho. Hay, pues, identidad de hecho. Pero el hecho es subsumible en dos normas punitivas distintas, cada una de ellas con distinto fundamento. Si se dice que el *non bis in idem* rige cuando hay, entre otras, identidad de fundamento, aquí es esa identidad la que falta[8].

---

6 Como explican Gómez Tomillo, M., y Sanz Rubiales, I., *Derecho Administrativo sancionador. Parte general*, Aranzadi, Cizur Menor, 4.ª ed., 2017, p. 597, el concurso de infracciones se da cuando no han sido sancionadas antes. Cuando ya han sido sancionadas «no se plantea una cuestión de concurso, sino de reincidencia».

7 También se hace un lugar al concurso medial de delitos y al delito continuado. Y no siempre se adscriben estos a las mismas categorías de concurso real o ideal. Aquí partiré de que el concurso medial de ilícitos y el ilícito continuado son supuestos de concurso real. Además de que así lo hace gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia penalista, entiendo que es lo más adecuado a nuestro ordenamiento y, en concreto, al Derecho Administrativo sancionador.

8 Implícito en lo expuesto que basta que no haya identidad de hechos para, sin necesidad de atender a la identidad de fundamento, aceptar que el *non bis in idem* permite el doble castigo. Así es en general. Pero no siempre. Por el contrario, se acepta la existencia de algunos supuestos en los que, pese a no haber identidad de hechos, el castigo de uno impide el castigo del otro. Ocurre en los casos en los que la antijuridicidad de un hecho absorbe por completo la antijuridicidad del otro y, por tanto, deja sin fundamento el castigo de este otro. Es lo que sucede en muchos de los casos de concurso de normas punitivas en relación de consunción (sobre todo, ante los actos anteriores y posteriores impunes o, más exactamente, copenados). Lo he analizado en «*Non bis in idem* material y concurso de normas punitivas», cit., epígrafe 7.2. Aquí basta apuntarlo.

En suma, en el concurso real no hay identidad de hecho: y en el concurso ideal, aunque hay identidad de hecho, no hay identidad de fundamento. Por una u otra razón el *non bis in idem* no impide la acumulación de los castigos ni en uno ni en otro. Lejos de ello, razones de justicia conducen a castigar los ilícitos en concurso para captar toda la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta y no dejar injustamente impune una parte de ella.

A su vez, dentro del concurso real de ilícitos, se distingue entre el homogéneo y el heterogéneo. Es homogéneo cuando los diversos hechos realizan la conducta tipificada en la misma norma sancionadora; por ejemplo, varios adelantamientos prohibidos[9]. El heterogéneo se da cuando los hechos son subsumibles en distintas normas sancionadoras (por ejemplo, adelantamiento prohibido y exceso de velocidad), que pueden ser de la misma ley[10] o incluso de leyes diversas[11].

Citemos también algún ejemplo claro de concurso ideal de infracciones. Una empresa sitúa publicidad engañosa en el borde de una carretera: la mera colocación de publicidad en esos lugares está prohibida y tipificada como infracción en la Ley de Carreteras [arts. 37 y 41.3.i)]; y la publi-

---

9 O, por traer un ejemplo de la jurisprudencia, concurso homogéneo era lo enjuiciado en la STS de 14 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6392). Se enfrentó con el caso de una empresa que había sido sancionada por cesión de datos de carácter personal sin consentimiento a determinada entidad (Retevisión) y a la que luego, en la resolución recurrida, se le impusieron otras dos multas por nuevas cesiones de datos no consentidas a otras dos entidades. Frente a la alegación de la vulneración del *non bis in idem*, el TS contestó que «la sanción impuesta en el presente expediente viene referida a hechos distintos, aunque también nos encontramos (…) con el mismo *modus operandi* de tratamiento de datos que en los otros hechos por los que, igualmente, se le impuso a esa entidad una sanción con base al mismo precepto (…) En consecuencia, el principio *non bis in idem* no ha sido vulnerado (…)». Cosa distinta es si esas diversas infracciones podrían haber sido sancionadas como infracción continuada, lo que no se planteó.

10 Por poner un ejemplo extraído de la jurisprudencia, sucedía esto, o sea, había un concurso real heterogéneo por infracciones de la misma ley, en el caso de la STS de 20 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8175). La Agencia de Protección de Datos impuso a una empresa de marketing dos sanciones como autora de dos infracciones. En el recurso alegó vulneración del *non bis in idem* lo que el TS rechazó con este razonamiento: «Ambas infracciones describen conductas distintas, la primera tratar automatizadamente datos de carácter personal con conculcación del principio de previo consentimiento del afectado; y, la segunda, se refiere a ceder datos de carácter personal. Por tanto, las dos sanciones impuestas castigan conductas distintas, sin que una pueda entenderse subsumida en la otra (...) ya que no existe la identidad fáctica que se requiere para apreciar la concurrencia del citado principio». Se trata de «dos acciones distintas que tienen un reproche diferenciado en la Ley. En este sentido, se pueden tratar datos sin realizar una posterior cesión a un tercero, sin consentimiento del afectado; y también se pueden ceder datos sin haber realizado con anterioridad el tratamiento automatizado (...)».

11 Como sucedía en el caso de la SAN de 15 de septiembre de 2001 (ECLI:ES:AN:2001:5097) en que, de una parte, la Agencia de Protección de Datos sancionó a una empresa por tratamiento inconsentido de datos conforme a esa legislación y, de otra parte, un alcalde sancionó a la misma empresa por la ley de protección de los menores porque con aquellos datos envió publicidad de pornografía a dos adolescentes.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cidad engañosa es una forma de práctica comercial desleal tipificada en el art. 47.1.m) del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. O piénsese, por solo traer otro ejemplo, en la explotación clandestina de una cantera: puede ser sancionada como infracción urbanística (por falta de la licencia necesaria) y como infracción de la ley de minas (por falta del título habilitante para ese uso del bien).

III. REGLA GENERAL SOBRE EL CASTIGO EN CASO DE CONCURSO DE ILÍCITOS Y ANUNCIO DE EXCEPCIONES

1. Planteamiento

Ya hemos concluido que en caso de concurso ilícitos el *non bis in idem* material no se opone al castigo de todos ellos. Y esto vale para todas las modalidades de concurso de ilícitos: para el concurso de dos delitos, para el concurso de dos infracciones administrativas y para el concurso de un delito con una infracción administrativa; y ya se trate de concursos reales o de concursos ideales. Especialmente vale para los concursos de delitos e infracciones generales con infracciones disciplinarias. Ahora hemos de dar un paso más para saber cómo en concreto han de castigarse: ¿debe hacerse con la pura acumulación de los castigos previstos para cada uno de los ilícitos en concurso? ¿o debe haber alguna forma de atemperar esa pura suma de castigos? Adelantemos la respuesta: la regla general de la que se puede partir es que procede la pura suma de los castigos; pero hay y debe haber notables excepciones.

2. Regla general: suma de los castigos correspondientes a cada uno de los ilícitos en concurso. Reforzamiento de la regla general para sanciones disciplinarias

Lo que en principio procede es imponer todos los castigos correspondientes a cada uno de los ilícitos en concurso. Es, en principio, lo que prevé el CP: «Al responsable de dos o más delitos (…) se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones (…)» (art. 73). Y de la misma idea hay que partir en el Derecho Administrativo sancionador. Por tanto, si de dos delitos en concurso de trata, procede imponer las penas correspondientes a cada uno de ellos; si se trata de dos infracciones administrativas, procede imponer las sanciones correspondientes a cada una de ellas; y si se trata de un delito y de una infracción administrativa procede imponer la pena correspondiente a aquél y la sanción correspondiente a esta. Todo ello, en principio, sin moderación alguna. Y en principio eso vale para los concursos reales (sean homogéneos o heterogéneos) y para los concursos ideales.

Algunas leyes lo establecen expresamente. Por ejemplo, art. 94.2 de la Ley de Costas:

> «En el caso de que un mismo infractor cometa diversas acciones u omisiones susceptibles de ser consideradas como varias infracciones se impondrán tantas sanciones como infracciones se hubieran cometido.»

Igualmente, por solo citar otro ejemplo, art. 180.2 LGT: «La realización de varias acciones u omisiones constitutivas de varias infracciones posibilitará la imposición de las sanciones que procedan por todas ellas[12]». Aunque otras leyes no tengan un precepto similar, ese es el punto de partida con carácter general: al autor de dos o más infracciones (sean la misma repetida, sean distintas, incluso de distintas leyes) procede imponerle todas las sanciones correspondientes a cada una de esas infracciones. Ello, en principio, sin modulación o límite alguno[13]. Y así se aplica en la práctica y lo aceptan los tribunales. Buen ejemplo ofrece la SAN de 1 de julio de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:3859)[14]. Por una huelga de tripulantes, Ryanair canceló 320 vuelos. Se le sancionó por no respetar los derechos de los pasajeros establecidos para los supuestos de cancelación. Se siguieron cuatro procedimientos distintos: en uno se le impusieron 320 sanciones por 320 incumplimientos del deber de suministrar a los pasajeros un impreso sobre sus derechos; en otros, al parecer, se le impusieron 320 sanciones por 320 incumplimientos de la obligación de ofrecer a los pasajeros comida y alojamiento; en un tercero recayeron 320 sanciones por 320 transgresiones del deber de ofrecer reembolso o un transporte alternativo; y otras 320 sanciones por 320 incumplimientos de la obligación de indemnizar los daños se acordaron en otro procedimiento. En la sentencia citada se enjuiciaron las 320 sanciones por no suministrar el impreso informativo y se mantuvieron las 320 multas, cada una de 8.000 euros, lo que hizo un total de 2.560.000 euros. O sea, pura y dura —muy dura— suma aritmética de las sanciones sin moderación de ningún género[15].

---

12 Otro ejemplo es del art. 55.5 de la Ley 21/2013 de evaluación ambiental: «En el caso de que un mismo infractor cometa diversas acciones susceptibles de ser consideradas como varias infracciones se impondrán tantas sanciones como infracciones se hubieran cometido».

13 Es terminante la Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco. Dice su art. 17.1 que «a la persona responsable de dos o más infracciones se le impondrán todas las sanciones correspondientes a las diversas infracciones»; y el apartado 3 añade: «Ninguna rebaja se hará en atención al número o entidad de las sanciones que resulten de la aplicación del número 1 de este artículo (…)».

14 Contra esta SAN se interpuso casación que inadmitió el ATS de 16 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:2892A).

15 Otro ejemplo suministra la SAN de 15 de abril de 2020 (ECLI:ES:AN: 2020:1000; confirmada por STS 1529/2021, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4899) que mantuvo las 86 sanciones impuestas a los supermercados DIA por 86 infracciones de la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria: 44 de ellas (una por

ISBN: 978-84-7777-740-3

La suma de los castigos en caso de concurso de ilícitos es especialmente adecuada cuando se trata de castigos heterogéneos (por ejemplo, privación de libertad para uno de los ilícitos y multa para el otro). Y más todavía cuando se trata de sumar penas o sanciones administrativas generales con sanciones disciplinarias. Se suele afirmar la compatibilidad de aquéllas y estas por obedecer a distinto fundamento. Y es correcto[16]. Pero, además de eso, es importante destacar que las penas y las sanciones administrativas generales afectan al estatuto del ciudadano (a su libertad y a su propiedad, sobre todo) o, más ampliamente, pensando en las personas jurídicas a las que no se les puede calificar de ciudadanas, a su estatuto como sujetos privados (además de a su propiedad, a su capacidad, a su libertad de empresa…). Mientras que las sanciones disciplinarias afectan de ordinario al estatuto específico de ciertos sujetos (a sus derechos como funcionario, como preso, como usuario de un servicio público…) y tienen un contenido aflictivo que no es propio ni de las penas ni de las sanciones administrativas generales porque no se pueden imponer a todos los responsables de esos ilícitos. Por ejemplo, si un estudiante de una Universidad pública comete un delito o una infracción de, digamos, la ley de seguridad ciudadana en el ámbito de la misma Universidad, se le impondrán por el juez o por la autoridad gubernativa correspondiente los mismos castigos que a cualquier otro sujeto que cometa igual ilícito. Pero no le podrá imponer, por ejemplo, la expulsión temporal o la pérdida de los derechos de matrícula o de convocatoria. Y, sin embargo, estas otras sanciones son muy adecuadas para ese ámbito y para el ordenamiento de cada Universidad[17]. Lo mismo se puede decir, de los funcionarios, de los presos, de los residen-

---

cada proveedor afectado) por la infracción tipificada en su art. 23.1.g), esto es, por «revelar información comercial sensible de otros operadores (…) obtenida en el proceso de negociación de un contrato alimentario, incumpliendo el deber de confidencialidad (…)»; 32 por la infracción del art. 23.1.f), o sea, por «exigir pagos adicionales sobre el precio pactado en el contrato); y otras 10 por la infracción del art. 23.1.e), es decir, por realizar modificaciones en las condiciones contractuales no expresamente pactadas por las partes. Por cada una de esas 86 infracciones se impuso multa de 80.000 €, lo que arrojó un total de 6.880.000 €. De nuevo, pues, pura suma de las sanciones de cada infracción concurrente.

16 *Vid.* mi artículo «*Non bis in idem* material y concurso de normas punitivas», cit., epígrafe 5.2.

17 *Vid.* Rebollo Puig, M., «Regulación y aplicación del sistema disciplinario de los alumnos universitarios», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 2024*, que, bajo la dirección de Ortega Bernardo, J., y Perdices Huertos, A., se dedicó a *Universidad y Derecho.* Allí, en pp. 250-251, explicaba la compatibilidad de las sanciones universitarias con las penas y con las sanciones generales en el hecho de que su contenido aflictivo afectaba a derechos diferentes. Por eso ensalzaba el art. 16 del borrador de anteproyecto de Ley de Convivencia y Disciplina Académica en la Enseñanza Universitaria elaborado en 2011 que tenía este atinado texto: «La imposición de sanciones en vía administrativa o penal no impedirá, en su caso, y atendiendo a su distinto fundamento, la depuración de responsabilidades de índole académica mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria (…) *sin que puedan recaer sanciones de idéntica naturaleza*». Es mucho más pobre y casi insulso el art. 8.5 de la Ley 3/2022, de Convivencia Universitaria.

tes en establecimientos públicos, de los profesionales colegiados, de los deportistas o, incluso, quizá, de los concesionarios. Si, por traer el caso más claro, se establece que comete infracción disciplinaria el funcionario condenado por delito doloso es precisamente para poder añadir a la pena estos otros castigos que afectan específicamente al estatuto administrativo del autor. Vemos, pues, que en estos casos la acumulación de sanciones para ilícitos en concurso está especialmente justificada. Es más, sospecho que es la necesidad de imponer estas otras sanciones lo que explica, más incluso que el diferente fundamento de los ilícitos (o sea, más que el hecho de que se lesionen bienes jurídicos distintos), que se excluya de estos ámbitos el *non bis in idem*.

3. Excepciones amplias. Su justificación en el principio de proporcionalidad, no en el *non bis in idem*

Pero hay amplias excepciones a la regla general de la pura y dura suma de los castigos. El CP las establece en sus arts. 74 y ss. para distintas modalidades de concursos de delitos. Para lo que aquí nos incumbe (concurso de delito con infracción administrativa y concurso de distintas infracciones administrativas) hay también reglas que establecen excepciones a la simple acumulación de los castigos. Las expondremos en los siguientes apartados. Con carácter general y previo, convienen las siguientes observaciones:

a) Estas excepciones a la simple suma de los ilícitos en concurso no tienen su fundamento en el *non bis in idem*, según reconoce la doctrina[18] y la jurisprudencia[19] sino que se acogen completamente al margen de ese principio.
b) Su fundamento está en el principio de proporcionalidad de los castigos. Lo que buscan estas excepciones es que el conjunto punitivo

---

18 Sobre todo, insisten en ello Cano Campos, T., «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador», *RAP* n.º 156 (2001), pp. 214 y 244; y Alarcón Sotomayor, L., *La garantía* non bis in idem *y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 62, 67, 73 y 80.

19 Es ilustrativa la STC 126/2011, de 18 de julio, pues según su FJ 17.a), si hay o no delito continuado es cuestión de legalidad ordinaria que solo afectaría a derechos fundamentales susceptibles de amparo si se aplicara o dejara de aplicar de forma extravagante. Naturalmente, lo mismo hay que decir de la infracción continuada. En igual dirección, STS de 14 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:6804). En un recurso de protección de derechos fundamentales, se alegó que se habían sancionado separadamente infracciones que estaban en concurso medial. El TS contestó que «el problema de si existe un concurso medial (…) es una cuestión que ninguna relación guarda con el principio constitucional *non bis in idem* (…) No debemos por tanto entrar a decidir si ha existido o no (…) concurso medial de infracciones (…) por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria (…)». Por su parte, la STS de 30 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2624) dice que «el concurso ideal de delitos o, más genéricamente, de infracciones (…) no responde al principio *non bis in idem*».

ISBN: 978-84-7777-740-3

resultante sea más proporcionado a la real gravedad de la conducta del infractor de lo que sería la simple suma de los castigos correspondientes a cada uno de los ilícitos concurrentes.

c) Sus casos prototípicos (aunque no los únicos) son los de los concursos mediales de ilícitos, concursos ideales de ilícitos e ilícitos continuados.

Aunque no tengan su fundamento en el *non bis in idem* y existan al margen de él, su búsqueda de la proporcionalidad no es un objetivo menor. Por el contrario, el principio de proporcionalidad de los castigos también tiene rango constitucional, aunque el TC haga un control mínimo de la proporcionalidad de las leyes[20]. Recuérdese, al menos, que el principio de proporcionalidad de las penas (penas en sentido material, incluyendo gran parte de las sanciones administrativas) está consagrado formalmente en el art. 49.3 CDFUE y que el TJUE sí que le ha dado notable relevancia. También el TEDH, pese a que en el CEDH no hay una proclamación explícita del principio de proporcionalidad, lo acoge decididamente[21]. Y para ambos Tribunales europeos el principio de proporcionalidad alcanza especial relevancia en los casos de concursos de ilícitos en que excepcionalmente admite el doble enjuiciamiento[22].

Otra aclaración previa es pertinente. Por lo común, las excepciones buscan la proporcionalidad por la vía de imponer el castigo correspondiente a uno solo de los ilícitos en concurso, pero en una extensión superior a la que correspondería si ese ilícito apareciese aisladamente. Ahora bien, aunque esa sea la solución habitual en nuestro ordenamiento para los concursos

---

20 Por todos, Fossas Espadaler, E., «Límites materiales al legislador penal: su interpretación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Perez Manzano, M., y Lascuraín Sánchez, J. A. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 40 a 43. En p. 54 afirma que el TEDH «no ha sido tan cauto como el TC en la utilización» del principio de proporcionalidad. Sobre la escasa fuerza concedida por el TC al principio de proporcionalidad de las sanciones es muy ilustrativo F. J. Navarro Sanchís, «Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad de las sanciones tributarias», *Anuario de Derecho Administrativo sancionador 2024*, Civitas, Las Rozas, 2024, pp. 229 y ss., en el que, además, finalmente (pp. 270 a 280) pone de relieve el contrate entre la jurisprudencia del TC y lo que deriva de la aplicación del Derecho de la Unión. En cualquier caso, una cosa es el laxo sometimiento del legislador al principio de proporcionalidad de los castigos y otra su aplicación mucho más rigurosa para los aplicadores de la ley punitiva (jueces y Administraciones), terreno este otro en el que generalmente se desenvuelven los problemas de proporcionalidad en caso de concurso de ilícitos.

21 Lo introduce por la vía del art. 6.2 CEDH. Con esa base, afirma que las sanciones administrativas materialmente penales han de ser objeto de un control judicial pleno que, entre otras cosas, debe incluir un control de su proporcionalidad, lo que, en definitiva, comporta que la proporcionalidad es condición de licitud de las sanciones. *Vid.* Petit, J., «La proporcionalidad de las sanciones administrativas», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 22 (2019), pp. 378-379.

22 *Vid.* infra epígrafe IX.

mediales y reales y para los ilícitos continuados, no es esa la única forma posible de buscar la proporcionalidad en caso de concursos de infracciones. Hay otras formas distintas para buscar y garantizar la proporcionalidad en supuestos de concurso de ilícitos[23]. Y es esa proporcionalidad final y global lo importante, no la concreta forma o técnica seguida para lograrla.

IV. LA EXCLUSIÓN RADICAL ESTABLECIDA EN ALGUNAS LEYES SECTORIALES DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA TRAS LA PENA

Puede haber —bien lo sabemos ya— concurso real de delito e infracción administrativa. Y también cabe que estén en concurso ideal si el mismo hecho realizó la conducta tipificada como delito y como infracción administrativa y si tienen distinto fundamento. En tales situaciones, como también nos consta, el autor puede sufrir la pena y después la sanción administrativa. Lo permite perfectamente el *non bis in idem* material[24]. Es, además, lo que prevén muchas leyes. Por ejemplo, dice el art. 44.1 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: «No podrá ejercerse la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley cuando haya recaído sanción penal, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento[25]». Deja claro, por tanto, que, cuando no haya la triple identidad, sí que cabe sancionar administrativamente tras la condena penal.

Sin embargo, hay otras leyes que han establecido que, tras la condena penal, no cabe nunca la sanción administrativa. Dice, por ejemplo, el art. 120 del TR de la Ley de Aguas:

> «La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa.»

---

23 Lo demuestra el art. 17.2 de la Ley vasca 1/2023 de la Potestad Sancionadora: «Si la pluralidad de infracciones proviene de un solo hecho (concurso ideal) o de varios realizados en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (infracción continuada), o una de las infracciones es medio necesario para la comisión de otra (concurso medial), la regla establecida en el número precedente (la imposición de todas las sanciones correspondientes a las diversas infracciones) se aplicará imponiendo las sanciones menos graves de las establecidas para cada infracción, sin que la sanción final pueda superar lo establecido para la infracción más grave cometida». O sea que, en principio, lo que establece para todos los casos de concurso de infracciones es que cada una de las concurrentes reciba su sanción individualizada. Ello, además de no conculcar el *non bis in idem*, busca la proporcionalidad, no por la vía de imponer una sola sanción exacerbada, sino por la reducir al mínimo cada una de las sanciones e, incluso así, con el límite de no superar la correspondiente a la más grave.

24 Alarcón Sotomayor, L., *La garantía…,* cit., p. 158.

25 Igual, entre otros muchos, art. 33.2 de la Ley 34/2007 de calidad del aire y protección de la atmósfera: «La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, del hecho y del fundamento». O el art. 271.5 de la Ley 6/2023, de los mercados de valores. O el art. 82 de la Ley 42/2007, de patrimonio natural y de la biodiversidad. O el art. 99.3 de la Ley 39/2022, del Deporte.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Otras leyes consagran lo mismo[26]. Por tanto, conforme a estas leyes, tras la condena penal no cabe la sanción administrativa, jamás, aunque se pueda detectar que no hay identidad de hecho ni de fundamento[27]. Esa solución no la impone el *non bis in idem* material ni tampoco el principio de proporcionalidad. Pero ningún óbice constitucional puede alzarse frente a ella: va más allá de lo que exige la Constitución, pero eso, claro está, no es contrario a la Constitución. Seguramente, han optado por ello como forma de simplificar y por considerar que la pena será bastante represión; quizá lo hayan hecho para evitar drásticamente el doble enjuiciamiento. Sea como fuere, no puede pensarse que estas leyes hayan omitido toda referencia a la triple identidad por error, que se trate solo de una redacción burda. Y, aunque así fuera, su literalidad es tan clara y terminante que conduce inexorablemente a negar toda posibilidad de sanción administrativa tras la penal[28].

Así, pues, en definitiva, tenemos algunos sectores en los que el concurso de delito e infracción administrativa se resuelve, no con la acumulación de los respectivos castigos ni con la moderación de la sanción administrativa, sino con la única imposición de la pena.

---

26 Exactamente la misma fórmula utiliza el art. 30.3 de la Ley de Industria. Muy parecida es la del art. 55.2 de la Ley General de Subvenciones. Y otra, pero igual de tajante, es la del art. 22.1 de la Ley 30/2022, por la que se regulan el sistema de gestión de la Política Agrícola Común y materias conexas: «La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa». Por su parte, el art. 251.2, párrafo cuarto, de la LGT dice: «La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos». Según el art. 85.2 del TR de la Ley de Tráfico, «concluido el proceso penal con sentencia condenatoria, se archivará el procedimiento sancionador sin declaración de responsabilidad». Y el art. 56 del TR de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana lo dice así: «La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción». Sobre estas previsiones legales, *Vid.* Benlloch Petit, G., «El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario», *Revista del Poder Judicial*, n.º 51 (1998), p. 339.

27 Es seguro que estos preceptos impiden la sanción administrativa posterior a la condena penal, aunque no haya identidad de fundamento. Más dudoso es que también sea aplicable cuando no hay identidad de hecho. Y sobre todo es discutible cuando no haya identidad de sujeto (sobre todo, cuando se trata de persona jurídica y persona física). Sería razonable circunscribir la aplicación de estos preceptos a los casos en que falta la identidad de fundamento. Pero se expresan en términos tan radicales que es difícil no incluir también los casos en que no haya plena identidad del hecho y de sujeto.

28 En el mismo sentido, Alarcón Sotomayor, L., *La garantía*…, cit., p. 82. En contra, Cano Campos, T. *Sanciones administrativas,* cit., p. 137, entiende que, pese a la redacción de estas leyes, se «sobreentiende» que en realidad también prohíben la sanción administrativa si se da la triple identidad.

V. LA DULCIFICACIÓN DE LA PURA SUMA DE LAS SANCIONES ANTE INFRACCIONES EN CUALQUIER CLASE DE CONCURSO

Ya se ha dicho que, ante el concurso real de infracciones, lo que nuestro ordenamiento establece es que se sancione cada una de ellas y que se proceda, por tanto, a la pura suma de las correspondientes sanciones, ya se impongan en una o en varias resoluciones. Se ha visto, además, que alguna ley lo establece expresamente y que, en la práctica, así se acepta con el beneplácito de los tribunales.

Pero algunas leyes han previsto formas de suavizar ese régimen que, aplicado ciegamente y sin contemplaciones, puede conducir a un total de sanciones desproporcionado por excesivo.

En la misma LRJSP se atisba esto en su art. 31.2, aunque referido al supuesto concreto de acumulación de sanciones impuestas por órganos de la Unión Europea y por alguna Administración española[29]. Parte de que en ambos casos se sancione «por los mismos hechos». Pero no hay identidad de sujeto o no hay identidad de fundamento («siempre que no concurra identidad de sujeto y fundamento», dice). Por tanto, no se refiere a casos de concurso de normas, sino de concurso de infracciones (concurso ideal de infracciones si no hay identidad de fundamento o concurso por sancionarse en un caso a una persona física y en otro a una persona jurídica o a dos personas jurídicas vinculadas)[30]. Parte, además, de que primero ha sancionado la Unión Europea y de que después pretende sancionar algún órgano administrativo español. Pues bien, para esta hipótesis no prohíbe, desde luego, la segunda sanción. Pero sí que obliga a que al imponer la segunda sanción el órgano español tenga en cuenta la sanción europea previa y reduzca la que procedería acordar si se aplicase exclusivamente la ley española. Es, por tanto, un caso en el para ciertos supuestos de concurso de infracciones se excluye la mera suma aritmética de las sanciones y se prevé una cierta suavización.

Pero también hay muestras de ello en la legislación sectorial. Modelo es el primer párrafo del art. 46.7 del TR de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios:

> «Cuando se trate de hechos concurrentes constitutivos de infracción, procederá la imposición de todas las sanciones o multas previstas en esta y las otras Leyes aplicables para cada una de las infracciones. No obstante, al imponer las sanciones, se tendrán en cuenta, a efectos de su gradua-

29 El precepto tiene su origen en el art. 5.2 REPEPOS, pero se transformó notablemente al incorporarse a la LRJSP. Sobre ese precepto reglamentario, críticamente, Nieto, A., *Derecho Administrativo sancionador*, cit., pp. 494-495.

30 También Cano Campos, T., *Sanciones administrativas*, cit., pp. 135 y 143-144, entiende que se regula ahí un concurso de infracciones.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> ción, las otras sanciones recaídas para que conjuntamente resulten proporcionadas a la gravedad de la conducta del infractor.»

La primera parte del precepto consagra la suma de sanciones, lo que, conforme a lo ya explicado, es lo procedente con carácter general y, desde luego, conforme con el *non bis in idem* material. Pero su último inciso mitiga esa regla y ordena que se tengan en cuenta el total de las sanciones pertinentes para que el conjunto sea proporcionado a la real «gravedad de la conducta del infractor». Eso permitirá, desde luego, imponer las sanciones en la cuantía mínima establecida por la ley para cada una de ellas. Y lo permitirá para todo género de concursos (no solo el concurso medial o el concurso ideal o para infracciones continuadas, sino también para el normal y puro concurso real)[31].

Otras leyes contienen normas que por diversas vías también establecen algún mecanismo para atemperar la suma aritmética de las sanciones en concurso real y evitar un resultado punitivo excesivo. Algunas evocan el límite previsto en el art. 76 CP. Por ejemplo, la Ley Orgánica General Penitenciaria establece en su art. 42.5: «Al culpable de dos o más faltas se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas (…), pero el máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda»[32]. Salvando las distancias, algo parecido se detecta en el art. 60 de la Ley General de Subvenciones: «4. El importe de las sanciones leves impuestas a un mismo infractor por cada subvención no excederá en su conjunto del importe de la subvención inicialmente concedida. 5. El importe de las sanciones graves y muy graves impuestas a un mismo infractor por cada subvención no excederá en su conjunto del triple del importe de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada o, en el caso de entidades colaboradoras, de los fondos indebidamente aplicados o justificados[33]».

---

31 Además, como este artículo dice que esto se tendrá en cuenta «a efectos de su graduación», parece apuntar la posibilidad de ir algo más lejos y de sancionar como leves las que en principio serían graves o de sancionar como graves las que en principio serían muy graves. O sea, de servirse ante este género de supuestos y en pro de la proporcionalidad de la facultad excepcional que abre el art. 29.4 LRJSP.

32 En la misma línea, el art. 62 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas dispone que «si la suma de los arrestos excede de cuatro meses no se cumplirá el tiempo que sobrepase dicho límite».

33 En parecido sentido, curiosa es la regla del art. 64.4 del TR de la Ley de Tráfico según la cual, aunque con algunas excepciones, «los conductores no perderán más de ocho puntos por acumulación de infracciones en un solo día». También parece introducir una moderación a la mera suma de las multas el art. 83.3 del Reglamento (UE) 2016/679, sobre tratamiento de datos personales: «Si un responsable o un encargado del tratamiento incumpliera de forma intencionada o negligente, para las mismas operaciones de tratamiento u operaciones vinculadas, diversas disposiciones del presente Reglamento, la cuantía total de la multa administrativa no será superior a la cuantía prevista para las infracciones más graves».

Sostengo que, incluso sin un precepto similar a éstos en la respectiva ley sectorial, la aplicación directa y desnuda del principio de proporcionalidad permite e incluso aconseja esta forma dulcificada de reprimir los concursos reales de infracciones.

VI. SANCIONES EN CASO DE CONCURSO MEDIAL DE ILÍCITOS

1. La cuestión que se aborda

En Derecho Penal es habitual establecer una regla específica sobre la pena correspondiente a los delitos en relación de medio a fin. Es lo que se conoce como concurso medial de delitos. Nuestro CP la contiene en su art. 77.1 y 3: cuando uno de los delitos «sea medio necesario para cometer el otro» no se impondrá simplemente la pena correspondiente a cada delito sino solo una de ellas, la del delito más graves, pero en una extensión superior a la procedente si ese delito apareciera aisladamente, de modo que de alguna forma también se valora el otro delito[34]. Por tanto, aunque solo se impone una pena, no es que uno de los delitos quede impune. Es un caso específico dentro del género de los concursos reales (no hay identidad de hecho entre el constitutivo de un delito y el constitutivo del otro) al que se da un trato más favorable que el de los demás concursos reales[35]. Aunque el concurso de delitos no es nuestro objeto de estudio, para nuestro propósito son pertinentes dos observaciones: a) según el CP no basta que un delito haya sido medio para cometer el otro, sino que ha de ser «medio ne-

---

34 Dentro de ello, son posibles diversas soluciones y, de hecho, a lo largo del tiempo el CP ha optado por diversas. Por solo referirnos a las dos últimas respuestas legislativas, la que estableció inicialmente el CP de 1995 era ésta: «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones». Si se excediera ese límite, «se sancionarán las infracciones por separado». Según la redacción actual, tras reforma de 2015, más severa que la anterior, «se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior» (es decir, la que resultaría de tratarlo como un concurso real simple). Sin entrar en los detalles de esta regulación, para nuestro propósito basta retener lo siguiente: a) se tiende a imponer a los delitos en concurso medial una única pena; b) esa única pena no será simplemente la del delito más grave valorado aisladamente sino de una pena más severa; c) pero se acepta que, en ciertas circunstancias, en vez de eso, se sumen las correspondientes a cada uno de los delitos, lo que patentiza que la doble punición no vulnera el *non bis in idem*. Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2015, de 13 de julio, sobre la regla penológica del concurso medial de delitos introducida por LO 1/2015.

35 U. Joshi Jubert, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* n.º 2 (1992), p. 632: «el llamado concurso medial (…) es en realidad un caso de concurso real tratado más benévolamente». Igualmente, Alarcón Sotomayor, L., *La garantía*…, cit., p. 77.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cesario»; b) no se exige que los dos delitos sean lesivos del mismo bien jurídico sino que pueden ser —y es normal— lesivos de diferentes bienes.

Claro está que la relación de medio a fin puede darse, no solo entre dos delitos, sino entre un delito y una infracción administrativa y también frecuentemente entre dos infracciones administrativas. Lo que aquí interesa es saber si para tales casos hay también una solución que suavice la simple imposición de los dos castigos.

2. Las previsiones de algunas leyes sectoriales y del artículo 29.5 LRJSP

No conozco ninguna norma que haya contemplado el supuesto de delito e infracción administrativa en relación de medio a fin. Pero sí que hay algunas relativas a dos infracciones administrativas en esa relación medial y a su castigo distinto de la suma de las sanciones de cada una de ellas. Transcribamos algunas significativas:

— Art. 60.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978: «En el caso de que (…) se instruyera expediente sancionador por dos o más infracciones tipificadas entre las que exista conexión de causa a efecto, se impondrá una sola sanción y será la correspondiente a las actuaciones que supongan el resultado final perseguido, en su cuantía máxima».
— Art. 94.2 de la Ley de Costas: «En el caso de que unos hechos fueran constitutivos de una infracción calificable como medio o instrumento para asegurar la comisión de otros hechos, también constitutivos de infracción de modo que estos deriven necesariamente de aquellos, se impondrá la sanción más grave de las dos en su mitad superior».
— Art. 55.5 *in fine* de la Ley 21/2013 de evaluación ambiental: «En el caso en que unos hechos fueran constitutivos de una infracción calificable como medio o instrumento para asegurar la comisión de otros hechos también constitutivos de infracción de modo que estos deriven necesariamente de aquellos, se impondrá la sanción más grave en su mitad superior».
— Art. 236.4 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996): cuando una falta «constituya medio necesario para la comisión de otra, se aplicará, en su límite máximo, la sanción correspondiente a la falta más grave, salvo que la suma de las sanciones que procedan castigando independientemente las infracciones cometidas resulte de menor gravedad, en cuyo caso se aplicarán estas[36].»

[36] Otro ejemplo es el del art. 137.3 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas (RD 2/2021). También hay una referencia al concurso medial en el art. 31.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana: «(…) cuando una de (las infracciones) sea

Y a estas previsiones específica en leyes sectoriales hay que añadir el art. 29.5 LRJSP que, con el precedente del art. 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RD 1398/1993; en lo sucesivo REPEPOS), dispone:

> «Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.»[37]

3. Distinción entre concurso medial y actos anteriores o posteriores copenados

No solo hay que diferenciar los concursos mediales de aquellos de simple concurso de ilícitos sin ese carácter medial. También hay que distinguirlos de los casos tradicionalmente considerados como de actos anteriores o posteriores impunes, o, por mejor decir, actos anteriores y posteriores «copenados».

Los actos copenados se estudian generalmente al hilo del concurso de normas (no del concurso de ilícitos) y, más en concreto, cuando se analizan las normas punitivas en relación de consunción; esto es, cuando una de las normas en concurso (*lex consumens*) capta totalmente el desvalor de la conducta, por lo que solo esa será aplicable y desplazará a la otra (*lex consumptae*) que únicamente lo contempla en parte. El desvalor de una de las infracciones está ya completamente comprendido en el de la otra que reprocha todo ese desvalor y algún otro adicional[38]. Por eso, deberá impo-

---

medio necesario para cometer la otra, la conducta será sancionada por aquella infracción que aplique una mayor sanción». Pero este precepto ni siquiera dice con qué extensión deba imponerse esa mayor sanción. Asimismo, aunque por otra vía, también se da un tratamiento específico al concurso medial o fenómeno similar en la Ley General de Sanidad de 1986. Su art. 35 establece que serán infracciones graves las leves «que sean concurrentes con otras infracciones sanitarias leves, o *hayan servido para facilitarlas o encubrirlas*»; y que serán muy graves «las que sean concurrentes con otras infracciones sanitarias graves, o *hayan servido para facilitar o encubrir su comisión*». O sea, en un caso de concurso medial o similar de infracciones, prevé, en vez de la imposición de sendas sanciones, la de una sola, aunque con una agravante.

37 Según el anterior art. 4.4 REPEPOS esa misma regla regía solo «en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente». Este carácter supletorio ha desaparecido en la LRJSP. Algunas leyes repiten este art. 29.5 LRJSP sin añadir nada; por ejemplo, art. 80.5 de la Ley 4/2023 de los derechos de las personas LGTBI; art. 49.2 de la Ley 15/2022 para la igualdad de trato; etc.

38 STS, Sala de lo Penal, 29/2020, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:204): «la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" queda sin respuesta, debiendo acudirse en otro caso al concurso de delitos». Y lo mismo entiende la jurisprudencia contencioso-administrativa; así, STS 1177/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2871), que, además, niega la consunción precisamente porque una «parte injusta del hecho» tipificado en un precepto quedaría sin respuesta sancionadora si se castigara exclusivamente aplicando otro precepto (FD 6).

ISBN: 978-84-7777-740-3

nerse solamente el castigo previsto por la norma absorbente o *lex consumens* que será superior al previsto por la norma absorbida o *lex comsumptae*. Esta relación de consunción se aprecia en distintos supuestos y, entre ellos, por lo que ahora nos interesa, en los llamados actos anteriores o posteriores impunes (*rectius*: copenados), esto es, aquellos que fueron un paso previo para cometer el segundo o una consecuencia de la realización del primero[39].

Con lo dicho se comprende ya que estos actos copenados tienen un régimen diferente de los concursos mediales: cuando se está ante aquéllos hay que imponer uno solo de los castigos sin agravación de ningún género porque ese castigo único, por sí solo, capta toda la antijuridicidad de la conducta[40]; mientras que ante el concurso medial ninguno de los castigos capta toda la antijuridicidad de la conducta y, aunque se imponga un solo castigo, ha de hacerse con alguna agravación. Pues bien, pese a su régimen distinto, muchas veces no es fácil saber a ciencia cierta si se está ante una cosa o la otra[41]. Como criterios que contribuyen a la diferenciación creo detectar estos dos: a) En los actos copenados ambos han de ser lesivos del mismo bien jurídico, mientras que en los concursos mediales cada uno de los ilícitos puede ser lesivo de un bien jurídico diverso[42]; b) en los concursos mediales uno de los ilícitos ha de derivar necesariamente del otro[43], nece-

---

39 Me he ocupado de estos actos copenados en «*Non bis in idem* material y concurso de normas», cit., epígrafe 7.2, al estudiar la relación de consunción.

40 No puedo resistirme a la cita aquí de un precepto autonómico muy sugerente. Me refiero al art. 167.1, segundo párrafo, de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía, que, mal que bien, es la única que plasma expresamente la idea de los actos copenados y la relación de consunción. Dice que «cuando uno de los ilícitos sea medio imprescindible para cometer el otro o derive necesariamente de él o cuando el más amplio complejo absorba a los consumidos en aquel (…) se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida».

41 Palma Herrera, J. M., *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 171, reconoce la difícil delimitación entre el acto previo copenado y el concurso medial de delitos, y no acierto a deducir de sus explicaciones un claro criterio diferenciador.

42 Pero esta diferencia es discutible. Palma Herrera, J. M., *Los actos copenados*, cit., pp. 147 a 151 y 181-182, niega con buenas razones que en los actos copenados sea preciso que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por ellos haya de coincidir con el lesionado o puesto en peligro por el delito principal.

43 A lo sumo puede mantenerse que basta una necesidad en el caso concreto, no una necesidad en abstracto de modo que jamás cupiera realizar un acto ilícito sin incurrir en el otro. Así, STS, Sala de lo Penal, 1620/2001, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2001:7035): «La determinación de cuando un delito es un medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos». Y la misma idea barajan los tribunales contencioso-administrativos. Por ejemplo, en la SAN de 1 de julio de 2022 (ECLI:ES:AN2022:3859) se lee: «Para evitar dificultades de distinción con algún supuesto de concurso de leyes, la dependencia o interrelación entre ambos delitos hay que determinarla en cada caso concreto, atendiendo a sus características y a la dinámica de las acciones realizadas. Así lo ha establecido la Sala Segunda del Tribunal Supremo».

sidad que los tribunales contencioso-administrativos suelen exigir puntillosamente[44], mientras en los actos copenados basta que una de las infracciones acompañe normalmente a la otra. Pero no me parecen criterios seguros ni que conduzcan a resultados diferenciadores claros[45].

4. La ambivalencia del artículo 29.5 LRJSP

Transcribimos antes este el art. 29.5 LRJSP como regulación general del concurso medial. Es lo que en general se considera y lo que incluso declaran algunas sentencias[46]. Y hay alguna razón para entenderlo así.

---

44 Así, STS de 20 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:3496) que negó existiera esa relación necesaria entre una infracción por simulación de operaciones bursátiles y otra por las irregularidades contables, que habían sido sancionadas separadamente por la Administración. El sancionado alegó que los hechos «están tan íntimamente relacionados que debieran considerarse como un todo y no separadamente (porque) un hecho lleva inexorablemente a la comisión del otro, lo que implicaría la imposición de una sola sanción correspondiente a la infracción más grave». Pero el TS rechazó la alegación porque para cometer las infracciones de simulación de operaciones «no se requiere la práctica de irregularidades contables, que si además se lleva a cabo genera una nueva infracción, que no constituye un medio para cometer aquellas, las cuales pueden ejecutarse sin ningún tipo de constatación en los libros de cuentas (…)». En la misma línea, STS de 8 de febrero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:8618). También STS de 4 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TS: 1999:3009), sobre inexactitudes en balance y falta de recursos y reservas: «nos encontramos (…) con hechos tipificados cada uno de ellos como infracción distinta, producidas con ocasión del incumplimiento de preceptos igualmente diferentes, por lo que el concurso medial no se produce, al no ser un medio para la ejecución de los otros. En efecto, hacer figurar en el balance un neto patrimonial por debajo del real, nada tiene que ver con mantener durante un período de tiempo superior a seis meses unos recursos inferiores (…) No concurre, por tanto, la igualdad de hechos, ni la instrumentalidad entre ellos…». Otro ejemplo es el de la STS 311/2017, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:596). Ya aludimos antes a esta STS porque negó que la norma que sancionaba la emisión de programas inadecuados en horarios de protección infantil protegiera el mismo bien que la que sancionaba no indicar o indicar erróneamente la calificación por edades. Por eso rechazó que hubiera concurso de normas y afirmó un concurso de infracciones. Ahora nos interesa porque negó que fuese un concurso medial: «no existe relación de necesariedad entre ambas imputaciones (…) Se trata más bien de un concurso real o material, con una pluralidad de actos o diversidad de acciones, cada una de ellas susceptible de sanción separada (con) resultado pluriofensivo (…)».

45 Un criterio más claro ofrece Cano Campos, T. *Sanciones administrativas,* cit., p. 141. Dice que en el concurso medial «esa necesidad debe darse solo en el caso concreto, pues si debiera darse en abstracto, de modo que la infracción fin no puede producirse nunca sin la infracción medio, estaríamos en presencia de un concurso de normas» que habría que resolverse, dice, con el principio de consunción. Pero es dudoso que ese sea el criterio aceptado por la jurisprudencia.

46 Por ejemplo, en la STS de 20 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:3496) se afirma que el art. 4.4 REPEPOS (precedente del art. 29.5 LRJSP) regula el concurso medial. Lo mismo se observa en la STS de 4 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TS: 1999:3009). Y más sorprendentemente la STS de 17 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS: 2003:1006) identificó lo establecido en el art. 4.4 REPEPOS con el concurso ideal.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Pero, en sentido contrario, debe observarse que este art. 29.5 de ningún modo se refiere a una relación medio/fin. O sea, no impone que una de las infracciones sea medio para cometer la otra, como es esencial al concurso medial. Alude, por el contrario, a que una de las infracciones derive de la otra, lo que es distinto y más propio del acto posterior impune o copenado.

Por otra parte, el tratamiento que prevé es sencillamente el de imponer una sola de las sanciones, la de la infracción más grave, sin indicar que esa sanción se imponga en su mitad superior o con alguna agravación que tenga en cuenta de cualquier manera la otra infracción. Perfectamente permite que la sanción de la infracción más grave se imponga en su mínimo[47]. Y esto no es adecuado al concurso medial, pero sí consustancial al acto posterior impune[48].

Así las cosas, me parece que el art. 29.5 LRJSP puede servir, aunque siempre retorciendo parte de su literalidad, tanto para abordar algunos concursos mediales como algunos casos de actos posteriores impunes[49]. De hecho, el TS ha echado mano de este precepto tanto para una cosa como para la otra[50].

Si se hace para abordar un concurso medial podrá decirse que ese precepto, aunque solo permite imponer una de las sanciones, no impide que,

---

47 NIETO, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 5.ª ed., 2012, p. 486: «(…) nos encontramos ante un sistema de simple 'absorción' de sanciones y no de "absorción con agravación" (…)».

48 Respecto a esto, alguna ley sectorial reproduce este art. 29.5 LRJSP, pero con un añadido significativo. Es el caso del art. 46.6 del TR de la Ley de consumidores y usuarios: «Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida, *sin perjuicio. de que, al calificar la infracción o al fijar la extensión de la sanción, se tengan en cuenta todas las circunstancias*». Esa coletilla final orienta en el sentido de que, incluso aunque únicamente se imponga la sanción de la infracción más grave, se haga con una extensión que valore la otra infracción. Esto es, lo propio de un concurso medial. Pero eso no se dice en el art. 29.5 LRJSP.

49 En ese sentido se pronunció ya Alarcón Sotomayor, L., *La garantía*…, cit., p. 78. Y yo mismo lo he defendido en diversas ocasiones. En concreto, en el estudio «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», incluido en la obra colectiva dirigida por H. Gosálbez.Pequeño, *La Ley 30/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y la Administraciones Locales,* Cemci, Granada, 2016, p. 464.

50 Ya he citado antes SSTS que identificaban el art. 4.4 REPEPOS (igual al art. 29.5 LRJSP) con el concurso medial. Pero también lo ha invocado para supuestos de actos impunes. Es lo que cabe detectar en la STS de 17 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS: 2003:1006). La Administración impuso sanciones tanto por no ingresar la deuda tributaria como por haber declarado bases incorrectas. Pero para el TS ésta estaba incluida en aquella que, además, se había impuesto como grave y en su grado máximo. Y, con cita del art. 4.4 REPEPOS, anuló la sanción por bases incorrectas. Lo que apreció, aunque no lo diga así, es un concurso de normas en relación de consunción, un acto anterior impune o, mejor, copenado.

teniendo en cuenta la otra infracción, aquella sanción se imponga en una extensión que no sea la mínima y que de alguna forma valore la concurrencia de la otra, cuyo desvalor no capta por completo. Y, si se hace ante actos posteriores impunes, cabrá imponer exclusivamente la sanción más grave sin exacerbación ninguna, que es lo que textualmente indica.

Y conste que, más allá de este turbio art. 29.5, habrá otros supuestos de concurso medial que, aunque no encajen en su literalidad, podrán merecer alguna moderación en su sanción; y que, sobre todo, habrá actos anteriores y posteriores que, incluso sin encajar fielmente en su descripción, también deberán ser impunes porque las respectivas normas sancionadoras se encuentren en relación de consunción.

5. La proporcionalidad orienta en el sentido de acoger alguna forma de moderación del castigo correspondiente a los ilícitos en concurso medial

Cuando no son de aplicación las previsiones de leyes sectoriales específicas o el obscuro art. 29.5 LRSP, cabe mantener que el concurso medial merece el tratamiento de cualquier concurso real y, por tanto, imponer el castigo de cada uno de los ilícitos sin moderación[51]. Pero no lo creo. Sostengo, por el contrario, que, incluso aunque no hubiera ninguna norma específica, el principio de proporcionalidad hace que lo correcto sea buscar alguna forma de atenuar la pura adición de las sanciones correspondientes a infracciones en relación de medio a fin. Ofrece un buen ejemplo de esa forma de proceder la STS de 11 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011: 4712). La Administración había impuesto a una entidad dos multas: una primera por haber instalado una estación radioeléctrica sin autorización; y otra segunda por realizar con esa instalación la emisión de programas sin título habilitante. El fin era emitir sin título habilitante; la construcción de la instalación era el medio, pues para emitir la entidad necesitaba previamente construir la estación. Había, por tanto, relación de medio a fin, es decir, concurso medial. Y a esta STS le bastó constatar que así era para afirmar que solo procedía imponer una sanción:

> «Dado el *carácter medial* de una conducta (la instalación de los aparatos materiales) que es presupuesto necesario para realizar la otra (la emisión sin frecuencias autorizadas) en realidad la segunda infracción que se imputó no tiene autonomía o sustantividad pues no es pensable que se puedan llevar a cabo las emisiones televisivas sin los correspondientes aparatos o equipos emisores. Cuando éstos se instalan precisamente para difundir los programas televisivos por la misma entidad emisora, lo que

51 En ese sentido, STS 1177/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2871), FD 9.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> procede (…) es imponer una sola sanción por la infracción de mayor entidad antijurídica[52].»

La sentencia no invoca ningún precepto para justificar su conclusión. La expone como deducida por lógica y por justicia.

Incluso un poco más lejos va la SAN de 8 de mayo de 2025 (ECLI:ES:AN: 2025:2166). Entendió que había concurso medial entre una infracción por falta de información para el tratamiento de datos personales y la consistente en el tratamiento de esos datos. Y ante ello dijo en su FD 15:

> «En el ámbito del derecho administrativo sancionador se puede apreciar de oficio un concurso medial. En la resolución impugnada no existe reflejo de esta pretensión que se formula en la demanda, pero al revisar estas sanciones, este Tribunal considera que en base al principio de legalidad y de tipicidad y al principio de proporcionalidad se pueden revisar sanciones y corregirlas si es que las mismas resultan excesivas al no haber apreciado un concurso medial. La apreciación del concurso medial implica favorecimiento al administrado, por lo que procede examinar si corresponde aplicar un solo tipo sancionador como consecuencia de ese concurso medial.»

Prescindiendo de su apreciación de oficio, aunque es de por sí interesante, lo que importa aquí es que admite sin más que el concurso medial debe llevar a una moderación de las sanciones para evitar que resulten excesivas[53].

---

52 Echo en falta alguna alusión a la extensión de la sanción correspondiente a la única infracción sancionada que podría tomar en consideración de alguna forma la infracción que fue un medio. Tal omisión se explica, creo, por las circunstancias del caso concreto enjuiciado en el que la falta de autorización se debía a una previa denegación ilegal de la autorización solicitada, denegación que había sido anulada por otra sentencia. Es esto lo que llevó a esta STS no solo a sancionar por una única infracción sino, además, a establecer para ésta una sanción mínima («simbólica»). Ante ello, incluso cabría pensar que, para esta STS, más que un concurso medial, lo que había era un acto anterior impune. Pero la específica referencia al «carácter medial» y el hecho de que no citara el art. 4.4 REPEPOS, orienta hacía entenderla como una aplicación especialmente benévola del concurso medial.

53 También es interesante la STS de 13 de junio de 1986 (ECLI:ES:TS: 1986:10788). A un sujeto se le impusieron dos multas: una por parcelación ilegal y otra por realizar obras de urbanización (de acceso, alcantarillado…) sin licencia. La sentencia de instancia dijo que solo se podía sancionar una de las infracciones conforme al principio *non bis in idem*: «(…) sin estas obras de acceso, alcantarillado, servidumbre, etc., que es lo que hizo el accionante, no puede concebirse una parcelación ilegal». Su alusión al *non bis in idem* hace pensar que estaba aplicando la idea del acto anterior impune. Pero, al resolver el recurso interpuesto por el Abogado del Estado (que mantenía que se trataba de «infracciones autónomas que no cabe englobar en una sola»), el TS, aunque aceptó los considerandos de la sentencia apelada, apuntó a un concurso medial. Dijo que imponer dos sanciones «supondría un tratamiento más severo que el establecido por el Código Penal, que según su art. 71 (se refiere al CP de 1973 cuyo art. 71 regulaba el concurso medial de delitos) cuando un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer

Y eso mismo es, en definitiva, lo que entiendo procedente: cuando están en concurso medial un delito y una infracción administrativa o dos infracciones administrativas no deben sumarse pura y simplemente los castigos previstos para ambos ilícitos sino aplicar alguna forma de moderación, ya sea imponiendo solo el castigo más grave por encima de su mínimo, ya sea valorando el primer castigo a la hora de imponer y reducir el segundo.

VII. SANCIONES EN CASO DE CONCURSO IDEAL DE ILÍCITOS

Hemos expuesto ya qué es el concurso ideal de ilícitos. También que el *non bis in idem* material, por no haber identidad de fundamento, no se opone a la imposición del castigo correspondiente a cada uno de los ilícito en concurso ideal[54]. Ahora lo que nos ocupará es si, pese a ello, procede, en vez de imponer sin contemplaciones la suma de los dos castigos correspondientes a cada uno de los ilícitos en concurso ideal, establecer alguna forma de punición más suave. En Derecho Penal así se prevé. Lo hace el art. 77 CP que, para el «caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos» (o sea, para el concurso ideal de delitos) establece que se imponga la pena del delito más grave en su mitad superior; ello, salvo que así resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a los delitos en concurso, en cuyo caso se penarán por separado. Lo que nos interesa aquí es si hay algo similar en Derecho Administrativo sancionador para los casos de concursos ideales entre dos infracciones administrativas o entre un delito y una infracción administrativa.

No hay ninguna regla sobre el concurso ideal en la LRJSP. Pero sí las hay en algunas leyes sectoriales. Por ejemplo:

— Art. 16.1 de la Ley 28/2015 de Defensa de la Calidad Alimentaria: «Cuando concurran dos o más infracciones en materia de defensa de la calidad alimentaria imputables por un mismo hecho a un mismo sujeto se impondrá como sanción conjunta la correspondiente a la infracción más grave, en su grado máximo, sin que pueda exceder

---

otro, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de los que pudieran imponerse penando separadamente ambos delitos y como en el caso que aquí se enjuicia no consta si el importe de la primera sanción agota las posibilidades sancionadoras de la Administración, la sentencia apelada siempre habría obrado con acierto al anular la segunda de ellas (…)». Confieso que, en esta sentencia, al igual que las dos citadas en el texto, se mezclan en un batiburrillo confuso elementos del concurso medial y de los actos anteriores y posteriores copenados. Pero, incluso así, me inclino por pensar que su *ratio decidendi* está en el concurso medial y que eso es lo que las explica mejor.

54 Otra cosa es si, además, tampoco vulnera el *non bis in idem* procedimental tal y como lo interpretan y aplican el TEDH y el TJUE. Nos ocuparemos de ello en el epígrafe IX.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se sancionan por separado las infracciones en cuyo caso, cuando se exceda este límite se sancionarán las infracciones por separado».

— Art. 236.4 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996): «Cuando un mismo hecho sea constitutivo de dos o más faltas (…) se aplicará, en su límite máximo, la sanción correspondiente a la falta más grave, salvo que la suma de las sanciones que procedan castigando independientemente las infracciones cometidas resulte de menor gravedad, en cuyo caso se aplicarán estas[55]».

Están claramente inspirados por el art. 77 CP. Otras leyes contienen una fórmula como esta del art. 114.3 de la Ley 7/2022 de residuos: «Cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones con arreglo a esta ley, y a otras leyes que fueran de aplicación, se impondrá al sujeto infractor la sanción de mayor gravedad». Hay preceptos similares en diversas leyes[56]. Seguramente pretendían establecer una forma de reprimir los casos de concursos ideales de infracciones. Pero, aunque sí dicen que hay que imponer solo una de las sanciones, la mayor, nada indican sobre la extensión en que hay que aplicarla. Se satisfacen con la imposición de la sanción más grave, aunque sea en su mínima extensión. Y por eso mismo y por su redacción no es del todo claro si se están refiriendo al concurso ideal de infracciones o al concurso de normas resuelto con el criterio de la alternatividad, esto es, el que resuelve el concurso de normas en favor de la que establece mayor sanción.

Lo cierto es que en la mayoría de las leyes no hay ninguna previsión sobre la forma de sancionar el concurso ideal de infracciones. Ante ello, cabría defender que procede la pura suma de los castigos correspondientes a cada uno de los ilícitos sin atemperación alguna. No creo que sea lo más acertado y el TS da muestras de otra solución más adecuada.

---

55 Similar es el art. 55.5 de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental, cuando dice que «en el caso en que unos mismos hechos pudieran ser constitutivos de diversas infracciones, se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior». Aquí solo falta el límite de no superar lo que correspondería de sancionarse las infracciones autónomamente.

56 Así, en parecidos términos, art. 31.2 de la Ley de seguridad ciudadana; art. 62.6 de la Ley 14/2009, de aeropuertos; art. 20.4 de la Ley 28/2005, antitabaco; art. 59.3 de la Ley 43/2002, de Sanidad Vegetal; art. 36.2 de la Ley 26/2007, de responsabilidad ambiental; art. 41.5 *in fine* Ley 37/2015, de Carreteras del Estado; el segundo inciso del art. 94.2 de la Ley de Costas; etc. Otro ejemplo es el del art. 70.3 de la Ley de Auditoría de Cuentas de 2015: «La comisión de cualquiera de las infracciones señaladas en esta Ley deducida de un solo hecho, únicamente podrá dar lugar a la imposición de una única sanción al auditor firmante del informe de auditoría en nombre de una sociedad de auditoría, y una única sanción a la sociedad de auditoría en cuyo nombre se haya firmado el informe». Pero en este caso ni siquiera se dice si esa sanción debe ser la de la infracción más grave y, menos aún, en qué extensión se impondrá. Eso lo ha hecho, como luego se expondrá, el art. 137.3 del Reglamento de esa Ley (RD 2/2021).

Se ve bien en la STS de 9 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS: 1999:4066). Esta sentencia acepta que había dos infracciones por tener a unos menores trabajando, de una parte, con sustancias nocivas y, de otra, con horarios excesivos. Afirmó, en consecuencia, que procedía sancionar ambas y que «no existe (…) lesión del principio *non bis in idem*[57]». Niega, además, que hubiera concurso medial entre las dos infracciones. Pero, tras ello, y es lo que ahora interesa, aunque sin nombrarlo expresamente, acepta que se trata de un concurso ideal de infracciones (hay unidad de hecho con lesión de dos bienes jurídicos, explica) y decide una moderación de la sanción exactamente en los mismos términos previstos en el Código Penal para el concurso de delitos. Lo razona así:

> «(…) en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo (…) es adecuado a derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado los principios del Derecho Penal dada la semejanza de materia regulada en él y en el Administrativo sancionador; en tales circunstancias, en la determinación de la sanción aparece aplicable para la determinación de la sanción la norma del art. 77 del CP/95 cuando los hechos, que constituyen unidad, en este caso, sociológica, constituyan dos o más delitos, en cuyo supuesto la norma penal establece la sanción correspondiente al delito más grave sin que pueda exceder de su mitad superior, con la reserva de que se sancionarán por separado si la pena así determinada excediere de este límite; por lo que aplicando conforme a este criterio la sanción resultante es la única de quince millones de pesetas y no dos de diez millones de pesetas; norma esta de atenuación de la sanción que es admitida en el derecho sancionador administrativo como ponen de relieve las sentencias de este Tribunal de 28 de julio de 1983 y 13 de junio de 1986 (…)[58].»

Nada impone acoger esta solución. Tampoco el art. 77 CP que, naturalmente, no es aplicable aquí ni siquiera supletoriamente, pese a lo que dice esta sentencia. Pero el principio de proporcionalidad —de nuevo el principio de proporcionalidad desnudo y directamente aplicable— puede llevar a una cierta contención en la aplicación de las sanciones correspondientes a las infracciones en concurso ideal, contención que, inspirándose en el art. 77 CP, pudiera consistir en imponer solo la correspondiente a la más grave en una extensión que tuviera en cuenta la otra, pero que, a falta de disposición específica, podría lograrse por otras vías.

---

57 Me he ocupado de esta STS como una de las que, con argumentos discutibles, afirma que cabía la doble sanción por no haber identidad de fundamento en «*Non bis in idem* material y concurso de normas punitivas», cit., epígrafe 5.1.

58 Y en la misma dirección la STS de 17 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS: 2003:1006) dice que «en los casos de concurso ideal de infracciones (…) no puede imponerse nada más que la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Pese a todo, de acuerdo con lo que antes explicamos sobre las infracciones disciplinarias (epígrafe III.2), parece razonable que, cuando estas estén en concurso ideal con delitos o con infracciones administrativas generales, lo que sucede con alta frecuencia, se acumulen sin más los respectivos castigos sin moderación alguna, máxime si son de contenido heterogéneo y uno incide sobre el estatuto general del ciudadano y otro, el disciplinario, lo hace sobre el específico estatuto administrativo del sometido a la potestad disciplinaria.

Con esta excepción de las infracciones disciplinarias, lo más adecuado al principio de proporcionalidad de los castigos es que en caso de concurso ideal de ilícitos, aunque no haya una norma sectorial que expresamente lo establezca, se modere de alguna forma (no necesariamente igual a la prevista en el art. 77 CP) la simple suma de los correspondientes a cada uno de los ilícitos en concurso. Sería correcto que así se estableciera en alguna ley general (hoy, en la LRJSP y, más en concreto, en su art. 29). Pero, incluso sin tal norma, directamente el principio de proporcionalidad justifica esa solución[59].

VIII. LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS CONTINUADAS

1. Consideraciones generales

En Derecho Administrativo, la infracción continuada encontró plasmación general en el art. 4.6.2 REPEPOS. La LRJSP, además de derogar este reglamento, recogió la misma regla con idéntica redacción en su art. 29.6:

> «Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.»

Es una figura paralela a la del delito continuado que contempla el art. 74 CP[60]. Se trata de un supuesto, según suele aceptarse, en que hay concurso real de ilícitos[61]. Pero es un concurso real de ilícitos *sui generis* y con una

---

59 Y en esa línea orientan el TEDH y el TJUE, como se verá en el epígrafe IX.

60 Antes estaba previsto en el art. 69 bis del anterior CP, introducido por Ley de 23 de junio de 1983. Pero es importante notar que, incluso cuando no había ninguna previsión específica en el CP, ya lo aceptaba la jurisprudencia y la doctrina. Pese a la naturalidad con la que aquí se aceptó incluso cuando no había expresa previsión legal, es de destacar que, en otros países, como Alemania, es una figura discutida y hasta abandonada, según explica Caruso Fontán, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 30 a 35.

61 Alarcón Sotomayor, L., *La garantía*…, cit., p. 67. Por eso, como ya apunté antes, el supuesto de la infracción continuada es distinto del de la unidad de hecho. Si se acepta en un caso que hay un solo hecho, habrá una única infracción y, por su propia naturaleza y por el

forma de punición específica que no es la general prevista para los concursos reales, esto es, que no es el de la pura suma de las sanciones previstas para cada uno de ellos.

Según suele admitirse, con la figura del delito continuado se pretende prioritariamente que el castigo final sea más proporcionado a la real gravedad del conjunto de la conducta que lo que resultaría de la pura acumulación de todas las penas correspondientes a cada uno de los delitos. Lo mismo se persigue en Derecho Administrativo como prueba el dato de que el art. 29.6 LRJSP aparece bajo el rubro «principio de proporcionalidad». Además, en Derecho Penal presenta la ventaja adicional de simplificar los procesos y hasta permite prescindir de las fechas de cada delito e incluso de conocer cuántos se cometieron, datos concretos que muchas veces es casi imposible averiguar[62]. Esas mismas ventajas rinde la figura en Derecho Administrativo y hasta con más intensidad pues son abundantes las infracciones que se repiten en múltiples relaciones y con distintas víctimas, productos o servicios, cuyo tratamiento individualizado sería dificultosísimo.

Lo que es seguro y lo que importa reiterar es que su razón de ser no está en el *non bis in idem*: el castigo de cada una de las infracciones integradas en la infracción continuada no vulneraría el *non bis in idem* puesto que se parte de la existencia varios hechos y de un concurso real de infracciones. Dicho de otra forma: si en un caso en que debiera apreciarse que varias infracciones forman una infracción continuada se castigaran cada una de ellas autónomamente no habría vulneración del *non bis in idem*[63]; habría, quizá, vulneración del principio de proporcionalidad y, si acaso, del de legalidad (en cuanto es la ley la que establece que todas las infracciones deben

---

non bis in idem, no cabrá nada más que una sanción. Mientras que en el supuesto de infracción continuada se parte de que hay varios hechos cada uno constitutivo de una infracción, o sea, que hay varias infracciones, que, por tanto, permitirían la imposición de todas las respectivas sanciones sin que el *non bis in idem* lo prohíba. Solo que, pese a ello, el ordenamiento decide castigarlos unitariamente con una sola sanción. Pero, reconociendo esa diferencia teórica, en la práctica a veces es difícil determinar si se está ante una unidad de hecho y una única infracción o si hay varias infracciones que deben ser castigadas como infracción continuada. Incluso hay penalistas que, en contra de lo aquí defendido, sostienen que en el delito continuado realmente hay unidad de hecho. Pero creo que es más adecuado a nuestro ordenamiento, por lo menos al Derecho Administrativo, mantener que en la infracción continuada hay varios hechos y varias infracciones, aunque, con una especie de ficción, se opte por castigarlas con una única sanción.

62 En el ámbito penal, eso se ve claramente en los delitos sexuales de padres contra hijas y similares. Por ejemplo, la STS, Sala 2.ª, 1187/2024, de 8 de enero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:58), explica que nada obsta a la apreciación del delito continuado el que no se consignen las fechas exactas ni horas del día en que se produjeron y que basta la convicción de que hubo varios abusos sexuales.

63 No obstante, alguna sentencia afirma lo contrario. Así, STS de 2 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1504) que parte de la idea errónea de que no aplicar el régimen de la infracción continuada cuando se den los requisitos para ello vulnera el *non bis in idem*. Pero, insisto, no es así.

ISBN: 978-84-7777-740-3

merecer un castigo que no es la suma de los correspondientes a cada uno de los ilícitos), pero no del *non bis in idem*.

Ahora bien, sí se infringirá el *non bis in idem* cuando, de una parte, se castigue una infracción continuada y, de otra, se castigue por una de las infracciones incluida en aquélla: en tal hipótesis sí se estaría castigando al mismo sujeto por el mismo hecho y con igual fundamento. Además, en ese caso, lo adecuado es anular, no la resolución posterior, como es regla general[64], sino la que solo castigó una de las infracciones[65].

Por otra parte, aunque aquí lo que nos interesa de la infracción continuada es el beneficio que normalmente comporta respecto a la extensión de la sanción que le corresponde, no es impertinente señalar que, desde otro punto de vista, puede resultar perjudicial para el infractor[66]. En particular, téngase en cuenta que la infracción continuada (al igual que el delito continuado, art. 132.1 CP), tiene un régimen singular en cuanto a la prescripción (art. 30.2 LRJSP), régimen perjudicial para el infractor pues conduce a que se le pueda castigar por infracciones que, si se las considerase autónomamente, estarían prescritas[67].

---

64 Sobre la regla general según la cual cuando hay dos resoluciones que castigan con vulneración del *non bis in idem* debe anularse la segunda y quedar incólume la primera, *Vid.* mi estudio «*Non bis in idem* material y concurso de normas punitivas», cit., epígrafe 8.1.

65 Así ocurre en Derecho Penal. Como regla general, cuando dos sentencias han penado el mismo delito, se acepta que la primera es válida y que es la segunda la que debe anularse. En ese sentido, por ejemplo, STS, Sala 2.ª, 691/2025, de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3731). Pero esta regla general se exceptúa cuando la segunda sentencia condena por un delito continuado que incluye, junto con otros, el que fue objeto de la primera condena: en ese caso, se mantiene la sentencia que condenó por el delito continuado y se anula la que condenó por uno solo de los delitos, aunque sea anterior a aquella. Así, STS, Sala 2.ª, 698/2025, de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3727).

66 Es curioso que la STS de 16 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS: 2010:1209), más que reconocer un beneficio para el responsable de las infracciones administrativas continuadas, apunta en dirección contraria: «La finalidad de esta figura —dice de la infracción continuada— es evitar que, tratándose de un designio unitario, el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas».

67 Por ello no es extraño que en ocasiones sea el sancionado quien se oponga a la apreciación de una infracción continuada: considera que le perjudica en cuanto ello supone que se le castigue por infracciones que, aisladamente consideradas, estarían prescritas. Se ve, por ejemplo, en la SSTS de 15 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1732), y, más claramente, de 28 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3505). Lo mismo se observa, por ejemplo, en la STG de 12 de julio de 2019, *Toshiba Samsung Storage Technology y Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Comisión*, as. T-8/16. Dicen Gómez Tomillo, M., y Sanz Rubiales, I., *Derecho Administrativo sancionador…*, cit., p. 607, que «no se puede emplear la técnica de la infracción continuada para perjudicar a su autor»; pero parece que no siempre es del todo así. Caruso Fontán, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, cit., pp. 160 a 162, critica la regulación de la prescripción del art. 132 CP hasta «condenar» esta previsión «en la medida en que una figura en donde se verifica una disminución de la culpabilidad no debería provocar efectos tan perjudiciales como la postergación de la prescripción de un delito durante años». E incluso da cuenta de que por esta razón se mantuvo en la doctrina alemanda la inconstitucionalidad de tal previsión.

Lógicamente procedería ahora, analizar, primero, los requisitos de la infracción continuada y, después, la sanción que le corresponde. Pero está justificado invertir aquí ese orden lógico y empezar por exponer la sanción correspondiente a las infracciones continuadas.

2. ¿Qué sanción corresponde a la infracción continuada?

El art. 29.6 LRJSP, como su precedente reglamentario (art. 4.6.2 REPEPOS) y a diferencia del paralelo art. 74 CP, no concreta cómo han de sancionarse las infracciones continuadas. Dice que «será sancionable como infracción continuada»; pero no explica en qué consiste eso de sancionar las diversas infracciones como infracción continuada. Seguramente quiere que a las múltiples infracciones abrazadas en la infracción continuada se imponga una única sanción. Pero no explicita cómo se determina esa única sanción. Y esa cuestión fundamental no es de respuesta obvia.

Este art. 29.6 LRJSP ni siquiera dice que la sanción correspondiente será la más grave de las infracciones incluidas en la continuada. Al menos, algunas de las leyes sectoriales que regulan las infracciones continuadas sí señalan eso[68]. Pero, incluso así, o sea, incluso aceptando que haya que imponer la sanción más grave de las correspondientes a las infracciones integradas en la continuada, el resultado sería desproporcionadamente beneficioso. Hasta sería un estímulo para cometer más infracciones, puesto que muchas de ellas saldrían, digamos, gratis. En ocasiones los tribunales han creído que ese trato tan benévolo es lo que entraña el art. 29.6 LRJSP (como antes el art. 4.6.2 REPEPOS) y es esa interpretación la que explica muchas de sus reticencias a apreciar la infracción continuada[69].

---

68 Por ejemplo, art. 28.2 de la Ley Orgánica 11/2021 de lucha contra el dopaje en el deporte: «En el supuesto de que la comisión de la segunda o ulteriores infracciones se hubiese producido con anterioridad a la apertura del expediente sancionador, todas las infracciones serán tratadas como una única infracción y *la sanción aplicable será la más grave de las previstas para las infracciones en concurso*». Impecable es el art. 237 del Reglamento Penitenciario: «1. Será sancionable como infracción continuada la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejante precepto, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. 2. En estos casos, se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave en su límite máximo». Regulación completa ofrece también el art. 137.2 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas. Pero en estos dos últimos casos se plantea el problema de su rango meramente reglamentario (*vid. infra* epígrafe X).

69 Es ejemplo perfecto de ello, aunque refiriéndose al art. 4.6.2 REPEPOS, la ya citada STS de 23 de marzo de 2009 (rec. 1500/2007), reiterada por la STS de 30 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4384): «(…) pues en el reglamento administrativo no se contiene la agravación de la sanción, natural consecuencia de la mayor gravedad del conjunto, que sí se recoge, por el contrario, en el Código Penal («con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado») (…) de modo que, es preciso insistir, el reglamento carece de ele-

ISBN: 978-84-7777-740-3

Frente a ello hay que afirmar que no es esa la solución del CP. En la actualidad, su art. 74 establece que al delito continuado le corresponde «la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado». En redacciones anteriores las soluciones no eran idénticas[70], lo que por sí solo demuestra que no hay un único régimen posible. Pero todas las soluciones que han regido en Derecho Penal siempre han tenido un fondo común: imponer una única pena, la del delito más grave, pero, además, en una extensión superior a la que aisladamente le correspondería, de manera que, aunque con una sola pena, siempre se ha tratado de prever un castigo que de alguna forma valore la antijuridicidad y culpabilidad del conjunto.

Así las cosas, lo que debe entenderse es que el art. 29.6 LRJSP es un precepto incompleto porque no concreta la forma en que han de sancionarse las infracciones continuadas[71]: seguro que no comporta imponer solo la sanción de una cualquiera de las infracciones integradas en cualquier extensión dentro del intervalo previsto por las leyes; habrá que imponer una única sanción que tienda a valorar el conjunto. A veces, si se trata de multas proporcionales a la cuantía de la infracción, habrá que tomar en consideración la de todas ellas para calcular la multa; si está previsto tener en cuenta el daño causado, habrá que considerar el de todas las infraccio-

---

mentos correctores de adecuación proporcional de la respuesta punitiva a los supuestos de infracción continuada». Y con esa premisa, dice: «(…) la institución puede dar lugar a iniquidades y fomentar, acaso, la realización de conductas ilícitas, en lugar de poner en funcionamiento los principios de prevención general y especial que son inherentes al derecho punitivo. Buena prueba de esto que se dice (…) son precisamente las infracciones por publicidad encubierta; ya que la sanción, como una única infracción, de un conjunto de actos de promoción publicitaria produciría un directo incremento, exponencial si se quiere, de la utilidad económica que tiene su comisión para la empresa de que se trate, al tiempo que producirá una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores). Con ello, al obtener mayor beneficio las empresas cuantos más actos de inserción publicitaria produzcan y, al tiempo, al minimizar sus costes sancionadores de modo correlativo, la aplicación de la norma en la manera que la recurrente pretende serviría para fomento de la infracción en lugar de cauce de prevención».

70 Hasta la reforma del CP por Ley Orgánica 15/2003 el precepto decía solo que el delito continuado será castigado «con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior». Y cuando se introdujo por primera vez (Ley de 23 de junio de 1983 que dio redacción al art. 69 bis del anterior Código Penal) se estableció «la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior». Súmese que, además, para el delito masa, que es una subespecie del delito continuado, se ha establecido otra forma de punición. Para él ahora se establece que «se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado» y cabrá incluso imponer la «pena superior en uno o dos grados (…) si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

71 Nieto, A., *Derecho Administrativo sancionador,* cit., p. 492, dice, aunque refiriéndose al art. 4.6 REPEPOS, que es un precepto «incompleto» porque «no está prevista la correspondiente sanción».

nes continuadas[72]; si hay que calcular las multas en función del beneficio obtenido, será necesario partir del logrado con todas ellas… Además, hay que tener en cuenta que uno de los criterios para determinar la extensión de la sanción es el de «la continuidad o persistencia en la conducta infractora» [art. 29.3.b) LRJSP] de suerte que, como mínimo, habrá que apreciar esta agravante que vale, no solo para las infracciones permanentes, sino también para las continuadas[73]. Y, en cualquier caso, por una vía o por otra, cabrá ir o acercarse al máximo previsto para la más grave de las infracciones. Así, de alguna forma, aunque se imponga una única sanción, frecuentemente se conseguirá que sea proporcionada y disuasoria, no un aliciente para cometer más infracciones. Hay que conseguir que no sea lo mismo cometer una que diez o cien infracciones. Cuando alguna ley sectorial ha hecho concreciones sobre el tratamiento de las infracciones continuadas, se ha orientado en esta dirección[74]. Y, aunque sin total precisión, lo mismo se deduce de la jurisprudencia del TS: cuando enjuicia resoluciones administrativas que habían impuesto tanta sanciones como infracciones y las anula por entender que constituían una infracción continuada, no se limita a mantener una de las sanciones y a dejar sin efecto las demás, sino que ordena a la Administración que establezca la nueva sanción correspondiente a la infracción continuada atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y de manera que sea proporcionada al conjunto[75]. Incluso hay algunas

---

72 Así, por ejemplo, si alguien, durante un año, causa todos los días daños a un bien demanial por importe cada día de, digamos, 6.000 euros, su consideración como infracción continuada ha de llevar a sancionarlo, no por una infracción leve del art. 192.3.a) LPAP (daños por hasta 10.000 euros) con la sanción correspondiente en su extensión máxima (multa de 100.000 euros), sino como autor de una infracción muy grave del art. 192.1.a) LPAP (daños por importe superior a un millón de euros porque en total ha causado daños por 2.190.000 euros) a la que corresponde multa de hasta 10 millones de euros.

73 Cano Campos, T. *Sanciones administrativas,* cit., p. 140: «Los amplios márgenes en la determinación de las sanciones que establecen nuestras leyes y la utilización de los criterios de graduación (…) pueden contribuir a suplir el vacío de la LRJSP (…)».

74 Por ejemplo, art. 46.8 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «… se sancionará como única infracción, *aunque valorando la totalidad de la conducta,* la pluralidad continuada de acciones u omisiones idénticas o similares realizadas por un sujeto en relación con una serie de productos o prestaciones del mismo tipo».

75 Son ejemplo de ello las SSTS 1573/2018, 1604/2028, 1552/2019 y 350/2020, a las que de inmediato nos referiremos por ser de las que apreciaron una infracción continuada donde la Administración lo había negado y, por tanto, había impuesto varias sanciones cuando solo procedía una. En ellas se ordena a la Administración que dicte nueva resolución en que imponga una única sanción correspondiente a la infracción continuada «atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso» y conforme a los criterios de proporcionalidad establecidos en las leyes, de manera que es de suponer que lo procedente será que esa única sanción se imponga en una extensión que, dentro de los márgenes impuestos por la ley, sea superior a la previamente impuesta por cada una de las concurrentes. Solo escapa a esa solución la última de las citadas (STS 350/2020). Sorprendentemente, en ese caso el TS dijo que, aunque debía apreciarse una infracción continuada que la Administración había negado, no era pertinente anular la resolución administrativa porque, dadas las singularidades del supuesto, no tendría repercusión sobre la cuantía de la multa.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sentencias que acuden al art. 74 CP para completar lo establecido en el art. 29.6 LRJSP[76].

Con todo, no puede dejar de reconocerse que el art. 29.6 LRJSP es deficiente e impreciso y que, además, pese a la interpretación propuesta, en ocasiones puede resultar demasiado favorable y hacer perder a la sanción su carácter disuasorio. Y esto sin duda ha pesado en los tribunales que, como de inmediato se verá, a veces han negado la existencia de infracciones continuadas cuando comprueban que ello llevaría a sanciones excesivamente benignas, en especial, cuando se trate de multas que no consigan siquiera eliminar el beneficio ilícito logrado con todas las infracciones.

3. Requisitos de la infracción continuada

La STS de 30 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7767) enumeró los requisitos de la infracción administrativa continuada con fórmula repetida por otras muchas sentencias[77]:

> «Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurran con carácter general los siguientes requisitos:
>
> a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.
>
> b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.
>
> Y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza[78]».

---

76 La STS de 2 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:1504) dice que «en lo que hace al concepto y las consecuencias de la infracción continuada (ha) de estarse a los que estable el art. 74 CP». También, por ejemplo, SAN 221/2015, de 26 de febrero (ECLI:ES:AN:2015:1057). En ese sentido, Gómez Padilla, R., «Concurso de normas y de infracciones en el Derecho Administrativo sancionador», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 41 (2006), p. 151: «(…) deberá acudirse a la regla punitiva del apartado primero del art. 74 CP, sin que quepa (…) aplicar la prevista en el apartado segundo del citado artículo para (…) el delito masa».

77 Por ejemplo, SSTS de 28 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:3505), y 1460/2020, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3599).

78 Ese mismo concepto maneja el Derecho de la Unión, en especial para las infracciones contra la competencia, aunque añade algún matiz interesante. Muestra de ello es la STG de 12 de julio de 2019, *Toshiba Samsung Storage Technology y Toshiba Samsung Storage Tech-*

Aunque en esta sentencia se habla de actos «próximos en el tiempo», no se considera un elemento imprescindible. Lo sintetiza así la STS 368/2026, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2026:1875): «la proximidad temporal entre los distintos actos que la integran (...) no (opera) como un umbral temporal rígido (...) Son, por tanto, infracciones continuadas (...) tanto aquellas en las que la conducta se desarrolla sin interrupciones temporales relevantes como aquellas otras en las que se manifiesta a través de episodios separados por lapsos significativos pero unidos por un mismo plan preconcebido u objetivo único».

En sustancia, son los mismos requisitos que suelen exigirse en Derecho Penal para el delito continuado[79]. Si no se dan esos requisitos, procederá imponer cada una de las sanciones correspondientes a todas y cada una de las infracciones.

Pero conviene reparar en que el problema no es solo el de distinguir entre infracciones que deben ser tratadas como continuadas y aquéllas que, aunque parecidas y relacionadas, deben ser sancionadas autónomamente. Más arduo e importante es distinguir entre los supuestos de infracciones continuadas y aquellos en que, realmente, solo hay una infracción porque, aunque con varias acciones, debe apreciarse unidad de hecho y, consiguientemente, una única infracción[80]. Esto, digo, es a veces más arduo por

---

nology Korea/Comisión, as. T-8/16. Dice que el elemento esencial, «el criterio que determina la existencia de una infracción única y continuada (…) es aquel según el cual los diferentes comportamientos que forman parte de la infracción se inscriben en un «plan de conjunto» con un único objetivo» (ap. 205). Y aclara que «el hecho de que algunas características del cártel hayan evolucionado con el tiempo, en particular la inclusión de nuevos participantes, la disminución de estos o la ampliación del cártel para incluir también a [otra empresa], no puede impedir a la Comisión calificar este cártel de infracción única y continuada, dado que el objetivo del cártel permanece invariable» (ap. 230).

79 *Vid.* A. De Palma del Teso, «Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción», *REDA*, n.º 112 (2001), pp. 564 a 569.

80 Porque, como dice la STS de 16 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1209) y es obvio, «sin pluralidad de acciones no cabe hablar de infracción continuada». Caruso Fontán, M. V., *Unidad de acción y delito continuado,* cit., aclara desde el principio, p. 13, que solo cabe hablar de delito continuado después de haber excluido que se trate de un solo delito conforme a los criterios de unidad típica o unidad de hecho. Es sugerente la STS, Sala de lo Penal, 29/2020, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:204), que se ocupa de la unidad de hecho respecto a los delitos de tracto sucesivo: «su (…) descripción típica viene construida por varios comportamientos que, aun cuando sean diferenciables unos de otros por sus circunstancias materiales o temporales, sin embargo, no integran diversas infracciones delictivas, sino que forman conjuntamente una sola» y ello comporta que «con una sola de ellas (de las acciones prohibidas) ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir». Se refiere, en concreto, y nos sirve aquí de ejemplo, al delito de «actos de cultivo, elaboración o tráfico» de drogas. La repetición de actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas no constituyen diversos delitos que haya que sancionar como un delito continuado, sino un solo delito porque jurídicamente, atendiendo al tipo, hay unidad de hecho. Muchas infracciones administrativas presentan esa característica.

ISBN: 978-84-7777-740-3

las dificultades para determinar cuándo hay y cuándo no hay unidad de hecho. Sobre todo, es a veces espinoso distinguir entre infracciones continuadas e infracción permanente[81]. Y es, además, más importante porque si hay unidad de hecho y, por tanto, una única infracción, su sanción múltiple sí violará el *non bis in idem,* no solo la proporcionalidad. Por tanto, plantear si hay infracción continuada solo tiene sentido una vez que se haya descartado que jurídicamente hay un solo hecho y, por tanto, una única infracción, lo que es una cuestión distinta y previa[82]. Centrémonos ahora en la frontera entre los casos de infracciones continuadas y aquellos otros de varias infracciones que, aunque con cierta similitud y vinculación entre ellas, son merecedoras de sanciones independientes.

4. Sentencias que aprecian la infracción continuada y sentencias que la niegan

Más que un análisis abstracto de cada uno de esos requisitos es interesante examinar qué resultados concretos se observan en su aplicación judicial. Y la sensación que se obtiene es que, en la práctica, hay un amplio margen para optar entre considerar que las diversas infracciones son independientes o que, por el contrario, forman una infracción continuada. Ofrezcamos un muestreo de esa aplicación judicial. Veamos primero algunas sentencias que negaron que hubiera infracción continuada y después otras que la afirmaron.

La STS de 24 de enero de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:336), ante tres incumplimientos del horario de cierre de la misma discoteca y frente a la alegación del sancionado de que se trataba de una infracción continuada, recordó que es requisito para ello la «planificación previa de la ejecución o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión» y afirmó sin más explicaciones que es este «elemento (en cualquiera de sus dos manifestaciones) el que aquí no se da». Pero no se sabe muy bien por qué razón dijo que no concurría en el caso ese elemento.

La STS de 7 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1148) es una de las que, aplicando estrictamente los requisitos de la infracción continuada,

---

81 En teoría, la diferencia es clara. Pero en la práctica hay supuestos que es difícil adscribir a una categoría o a otra. Por ejemplo, si una fábrica realiza todos los días vertidos ilegales por no contar con las instalaciones necesarias para evitarlos ¿comete cada día una infracción, aunque todas puedan sancionarse como infracción continuada? ¿O se trata de una infracción permanente? Si alguien sin título ocupa todos los días un bien demanial (por ejemplo, un bar que coloca y retira todos los días veladores en la calle) ¿comete una infracción por día, aunque se pueda sancionar como infracción continuada, o comete una única infracción permanente? Depende de cómo esté concretamente redactado el tipo infractor o quizá simplemente de cómo se describan los hechos.

82 Respecto a ello, *vid.* mi estudio «*Non bis in idem* material…», cit., epígrafe 4.

negó su existencia. Una empresa fue sancionada en seis procedimientos distintos por utilizar para publicidad en seis ocasiones un fichero obtenido con los datos del censo electoral. Pidió en su momento la acumulación de los procedimientos, pero no se accedió a ello y se le impusieron en esos diversos procedimientos seis multas de importe variable, desde 10 millones en un caso hasta 60 millones en otro (en total 150 millones de pesetas). En el recurso que esta STS enjuició se alegó vulneración del art. 4.6 REPEPOS por entender que se trataba de infracciones continuadas ya que siempre se había utilización el mismo y único fichero. La sentencia de instancia rechazó el argumento porque «la utilización de los datos de diversas personas en diferentes campañas publicitarias (…) constituyen hechos autónomos, distintos y conductas diferenciadas cuyo alcance ha examinarse en cada caso para apreciar la gravedad de la infracción, prueba de ello es la distinta sanción impuesta en los diversos expedientes». Igualmente, el TS descartó que hubiera infracción continuada. En la misma dirección de la sentencia recurrida, dice que para apreciar una infracción continuada «no basta (…) con la simple reiteración de conductas semejantes» sino que «es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a *un mismo proceso psicológico y material*, que no es el caso de las distintas actuaciones profesionales desarrolladas en el tiempo en razón de las oportunidades comerciales que se plantean y en la medida que, atendiendo a las circunstancias concurrentes que se valoran en cada caso, se van aceptando y contratando de manera independiente y en las condiciones que en cada caso se negocien». Falta, pues, cabría decir con la terminología habitual, el dolo unitario pues no habría dolo conjunto o continuado, sino un dolo renovado en cada infracción. Nada que objetar. Pero, según creo, no habría sido imposible apreciar un dolo unitario (aunque se proyectaba sobre diferentes actos) y, por tanto, infracción continuada.

A la misma orientación restrictiva responde la STS 1460/2020, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3609)[83]. Una empresa convocaba a personas en hoteles y similares a reuniones de promoción comercial utilizando datos personales sin su preceptivo consentimiento. La Agencia de Protección de Datos abrió quince procedimientos sancionadores, uno por cada una de esas reuniones, e impuso multas por un total de 830.000 euros, mientras que, si se hubieran sancionado como infracción continuada, la multa máxima habría sido de 300.000 euros, que era lo que defendía la empresa. Ya la sentencia de instancia rechazó que se tratara de una infracción continuada y, con alguna puntualización complementaria, lo asumió el TS. Ex-

83 En realidad, hay otras varias SSTS por esas fechas sobre los mismos hechos de igual empresa y en términos similares: SSTS 1467/2020, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3599); 1469/2020, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3611); 1511/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3701); 1513/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4450); etc.

ISBN: 978-84-7777-740-3

plicó que faltaba el segundo requisito, esto es, que «la actuación (…) se haya llevado a cabo con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido, que se refleja en todas las acciones que se ejecutan, o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados». Ello porque «se trata de campañas distintas, en las que los destinatarios de las misivas son convocados para que asistan a actos (…) distintos en cada caso y en lugares y fechas diferentes». Culmina su razonamiento así: «Pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido. Y, como oportunamente recuerda la Sala de la Audiencia Nacional, quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido, acreditación esta que (…) no se ha producido. Por todo ello, debemos concluir que no cabe apreciar en este caso la existencia de una infracción continuada; y, como consecuencia, no ha existido la vulneración que se alega del principio de proporcionalidad». Vale. Está bien. O no está mal. Pero tampoco me parecería imposible ni erróneo apreciar el requisito que se considera no concurrente y, por tanto, la infracción continuada[84].

Junto a esas sentencias que niegan la existencia de infracción continuada por falta de sus requisitos, hay otras más sorprendentes, pero acaso más sinceras, que, al margen de que se den o no sus requisitos, rehúsan su aplicación por la razón de que hacerlo conduciría una sanción tan benévola que, en vez de ser disuasoria, estimularía la comisión de infracciones. Responden a ello las SSTS de 23 de marzo de 2009 (rec. 1500/2007) y de 30 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:4384). En el caso de esta última, la Administración había impuesto en un mismo procedimiento seis sanciones a Telecinco por un importe total de 530.331 euros: dos por publicidad indirecta de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados y cuatro por la presentación de productos de terceros con propósito publicitario en dos capítulos emitidos en días distintos de una misma serie televisiva. Alegado que se trataba de dos infracciones continuadas, el TS lo rechazó porque «comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción» hasta el extremo de que, «por la singular naturaleza

84 De hecho, la sentencia (al igual que las otras concordantes) cuenta con un voto particular que, aunque también niega la infracción continuada, discrepa en varios aspectos del razonamiento de la mayoría. Disiente, por un lado, en cuanto considera que «la infracción continuada puede existir, aunque la actuación infractora (…) se proyecte sobre varias campañas (…) y aunque los destinatarios de las misivas (…) sean convocados para asistir a actos (…) distintos». Y, por otro lado, porque «no cabe desplazar hacia el sujeto sancionado la carga de demostrar (…) que actuó con unidad de propósito infractor».

económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial)[85]».

Pero hay sentencias que admiten la existencia de infracciones continuadas y en las que no veo notables diferencias con las anteriores en cuanto a los hechos sino una mayor laxitud en la aplicación del concepto. Sirven de muestra una serie de sentencias relativas a publicidad televisiva ilícita. En el caso de la STS 1573/2018, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3770), la Administración sancionó a Mediaset por seis infracciones de publicidad encubierta, cada una con 100.001 euros. La publicidad era de seis productos diferentes y se emitió, aunque en el mismo programa de Telecinco, en seis días distintos. La CNMC negó la existencia de infracción continuada porque «cada conducta infractora se agota en sí misma, produce efectos plenos, lesiona el bien jurídico protegido (…) y que por ello es susceptible de subsumirse en el precepto infractor de forma individual», de manera que «la reiteración de la misma conducta (…) constituye el inicio y ejecución de una nueva conducta susceptible de encuadrarse, de nuevo, en el mismo tipo infractor». La SAN aceptó este razonamiento. Añadió que, aunque todas las publicidades encubiertas se habían insertado en el mismo programa televisivo, lo habían sido en días diferentes y en relación con productos diversos. Pero el TS dijo que «tal razonamiento nos parece insuficiente». Y, por el contrario, afirmó:

> «(…) la CNMC admite que en las seis conductas examinadas "concurre identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad". Y si bien a continuación la propia CNMC indica que «en cada una de las emisiones la conducta infractora, aunque similar, tiene diferencias considerables que justifican la necesidad de valorarlas de manera independiente», lo cierto es que la resolución administrativa no explica en qué consisten esas diferencias ni su relevancia para excluir la apreciación de que nos encontramos ante una infracción continuada. Tampoco la Sala de la Audiencia Nacional se detiene a analizar esos extremos (…); más bien al contrario, los datos que allí se exponen vienen a indicar que todos los microespacios que se examinan presentan las mismas características y responden a un designio común. Así las cosas, entendemos que concurren en este caso las circunstancias que señala el artículo 4.6 del REPEPOS para apreciar que nos encontramos ante una infracción continuada, por tratarse de una pluralidad de acciones llevadas a cabo en términos sustancialmente coincidentes, realizadas con unidad de propósito y que infringen el mismo precepto.»

Parecida es la STS 1604/2018, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4023). Se sancionó a Mediaset con multas de importe total de

[85] Argumentación similar se encuentra en diversas sentencias de tribunales inferiores. Por ejemplo, SSAN de 18 de enero de 2010 (ECLI:ES:AN:2010:132) y de 25 de octubre de 2010 (ECLI:ES:AN:2010:4736).

ISBN: 978-84-7777-740-3

229.136 euros por la comisión de veinte infracciones leves consistentes en superar el máximo de publicidad televisiva (12 minutos por hora). La sancionada alegó que se trataba de una infracción continuada. Para la sentencia de instancia «se trata de saber si nos encontramos ante un concurso real o ante una infracción continuada». Y se decantó por lo primero pues «cada exceso en cada franja constituye una infracción autónoma. La identidad del exceso o del espacio sobre el que se computa dicho exceso no permite dotar de continuidad la conducta ni imponer una única sanción. Los excesos publicitarios, computados en diversas franjas horarias, son objeto de programación independiente, y constituyen acciones independientes entre sí (…) En este caso no estamos ante un plan unitario, sino ante diversos incumplimientos (…) Por tanto, en el caso que nos ocupa, la voluntad infractora se aprecia nítidamente de forma separable y diferenciable (…)». Pero según el TS «el conjunto de razones expuestas por la sala de instancia (…) no resultan suficientes». Y, por el contrario, entiende que las infracciones obedecen a «un designio común», que hay «unidad de propósito». Y tras recordar la recién citada STS 1573/2028, concluye que se dan las circunstancias «para apreciar que nos encontramos ante diferentes infracciones continuadas, por tratarse de una pluralidad de acciones llevadas a cabo en términos sustancialmente coincidentes, realizadas con unidad de propósito y que infringen el mismo precepto». Ante supuestos muy parecidos, también apreciaron que había infracción continuada las SSTS 1552/2019, de 11 de noviembre[86], y la 350/2020 de 30 de marzo[87]. Nada objeto a estas sentencias. Pero me parece que, si se hubiesen exigido los requisitos de la infracción continuada con el mismo rigor que se hace en otras, la solución habría sido distinta, como, en efecto, fue distinta para el tribunal de la primera instancia.

También es significativa la SAN 221/2015, de 26 de febrero (ECLI:ES:AN:2015:1057). La Administración impuso a una auditora de cuentas dos sanciones por sendas infracciones consistentes en «incumplimiento de las normas de auditoría que pudieran tener un efecto significativo sobre

86 En esta sentencia (ECLI:ES:TS: 2019:3601), de nuevo se trataba de publicidad encubierta emitida por Telecinco en dos días del mismo programa. También aquí la Administración negó que se tratara de una infracción continuada e impuso dos multas. E igualmente la Audiencia Nacional confirmó esas dos multas. Pero el TS recordó su sentencia 1573/2018, afirmó que sus «razonamientos son plenamente trasladables al presente supuesto» y que, «ante identidad de razón, debemos llegar a la misma conclusión pues, fácilmente, se aprecia que concurren en los programas y espacios ya reseñados identidad de medios, sujetos, objeto y finalidad»

87 ECLI:ES:TS: 2020:718. Otra vez la Administración sancionó a Mediaset por cinco infracciones de publicidad encubierta de cinco productos diferentes emitida por Telecinco en cinco días, aunque dentro del mismo programa. Otra vez la Audiencia Nacional consideró que no había infracción continuada. Y otra vez el TS afirmó que sí la había «por tratarse de una pluralidad de acciones llevadas a cabo en términos sustancialmente coincidentes, realizadas con unidad de propósito y que infringen el mismo precepto».

el resultado de su trabajo y, por consiguiente, sobre su informe». En una de las infracciones se incurrió al realizar la auditoría de las cuentas anuales consolidadas de un grupo societario; en la otra al realizar la auditoría de la cuenta individual de la sociedad cabeza del grupo. Ambas se referían al mismo ejercicio 2007 y en los dos casos se emitió informe favorable sin salvedad alguna. Pero dos meses después la sociedad auditada solicitó concurso de acreedores y ello permitió comprobar que en la elaboración de los informes se habían incumplido las normas técnicas que debían haberse observado. La AN partió con acierto de que no había un hecho, sino dos; que se trataba de dos infracciones sin que una incluyera a la otra, y que, además, una no llevaba a la otra pues cada uno de los informes eran autónomos (uno no condicionaba al otro y hasta podían haberse hecho por auditores diferentes). Por eso afirmó que no se produjo vulneración del *non bis in idem*. Pero lo que con esa premisa se planteó es si las dos infracciones debían sancionarse como infracción continuada. Y, tras recordar la ya citada STS de 30 de noviembre de 2004 y el art. 4.6 REPEPOS, consideró que, en efecto, las dos infracciones formaban una infracción continuada: se infringió el mismo precepto, hubo igual *modus operandi*, se aprovechó idéntica ocasión y se desarrollaron «en una clara conexión espacio-temporal pues ambas se refieren al ejercicio 2007». El minucioso voto particular con que cuenta esta sentencia es suficiente para demostrar que, con criterios algo más estrictos, bien podía haberse negado que hubiera infracción continuada.

Un ejemplo de un sector muy distinto ofrece la STS de 24 de octubre de 1998 (ECLI:ES:TS: 1998:6158). La Administración impuso dos sanciones a una entidad por celebrar sin autorización dos loterías en localidades y días diferentes (con un intervalo de unos seis meses). El TS, como antes había hecho el tribunal de instancia, consideró que esas dos infracciones constituían una continuada porque «obedecen a un plan preconcebido con similar forma de ejecución (…) sin que tenga trascendencia al respecto la diversidad de perjudicados» ni las diferencias especial y temporal. Tampoco hizo alusión a la exigencia de un dolo unitario[88]. Yo no alcanzo a comprender qué pueda justificar que en este caso se apreciara la infracción continuada y no en muchos de los otros que hemos expuesto en los que se concluyó lo contrario[89].

Por último, la SAN de 21de octubre de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:4527) es reveladora. Los hechos eran que Endesa activó tres contratos de suministro sin consentimiento del titular, los tres relativos a tres inmuebles de la misma propietaria y sitos en el mismo edificio. La CNMC consideró que había tres

---

88 Además, eso le llevó a anular por completo una de las sanciones y a dejar solo la otra sin agravación ninguna, de modo que daba igual haber organizado una lotería que diez o cien, lo que no parece razonable ni concuerda con lo que hemos expuesto.

89 Otros ejemplos de sentencias más antiguas que apreciaron la existencia de infracción continuada ofrece De Palma del Teso, A., «Las infracciones administrativas continuadas…», cit., pp. 565 a 568.

ISBN: 978-84-7777-740-3

infracciones independientes e impuso tres multas, cada una de 30.000 euros (razonó que «no puede tener el mismo reproche sancionador el traspaso de un único contrato que el de tres»); la sancionada entendía que había un único hecho y que, por tanto, al imponer tres sanciones, se había vulnerado el *non bis in idem*; y, finalmente, la AN no acogió ni una ni otra tesis sino que optó por la solución intermedia y salomónica de que había tres infracciones pero que constituían una infracción continuada[90] que debía ser objeto de una única sanción de 45.000 euros. Se ve en esta sentencia la delgada línea que hay entre la infracción única, la existencia de varias infracciones independientes y la infracción continuada, que fue la acogida por el tribunal sin que, dicho sea de paso, ninguna de las partes la hubiese alegado.

5. La posible desintegración de la infracción continuada sin el límite del artículo 63.3 LPAC

Pese a lo dicho, hay supuestos en que infracciones que en teoría serían susceptibles de integrarse en una infracción continuada pueden tener un castigo autónomo sin incurrir en ilegalidad. O sea, que se desintegran en varias infracciones (y se imponen sendas sanciones) las que, en principio, pudieran considerarse infracción continuada y castigarse como tal. Puede esto ocurrir por diferentes razones. Refirámonos a cuatro.

En primer lugar, puede suceder cuando durante el tiempo en que han venido cometiéndose las infracciones hay un cambio normativo que afecta al régimen (tipificación, sanción o prescripción) de esas infracciones: en ese caso cabe que las anteriores y las posteriores a esa modificación legal sean tratadas separadamente[91].

En segundo lugar, y es lo que más interesa aquí, la descomposición de la infracción continuada es pertinente cuando, tras la iniciación de un pro-

---

90 Razonó así la existencia de una infracción continuada: «1) Existe una pluralidad de hechos diferenciales: en concreto, al alta de tres contratos de suministro de electricidad. 2) Dolo unitario, unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones: el alta de los tres contratos se realizó sin que conste el consentimiento de la titular de los suministros. 3) Coincidencia en coordenadas espacio-temporales próximas: las actuaciones infractoras tuvieron lugar en la misma fecha. 4) Unidad del precepto legal vulnerado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas: el precepto vulnerado en los tres casos es el artículo 44.1.c) Ley 24/2013, que recoge el derecho del consumidor a la elección de suministrador, siendo este el bien jurídico protegido. 5) Unidad de sujeto activo: la conducta resulta imputable a Endesa Energía SA. 6) Homogeneidad en el *modus operandi* por la idéntica utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines».

91 Lo he abordado en «Sucesión de normas administrativas sancionadoras: irretroactividad y excepciones», *REALA*, nueva época, n.º 16 (2021), pp. 15-16. En concreto, afirmaba allí que hay que desintegrar la infracción continuada cuando la nueva ley es más severa: a las anteriores a la modificación habrá que aplicarles la ley previa y a las posteriores la nueva ley, ello con alguna moderación para evitar que esa descomposición de la infracción continuada lleve a una sanción desproporcionada.

cedimiento sancionador cuyo objeto es una o varias de las infracciones, se siguen cometiendo infracciones que en principio pudieran considerarse integrables en la misma infracción continuada. Pese a ello, en el primer procedimiento se deberá valorar solo la o las infracciones cometidas hasta ese momento; ni siquiera cabe que a lo largo del procedimiento se vayan incorporando las nuevas que mientras tanto se vayan cometiendo, pues eso supondría una prohibida alteración de la acusación. Pero después será posible incoar otro procedimiento para reprimir las infracciones posteriores. La segunda resolución sancionadora a que dé lugar ese nuevo procedimiento no infringirá el *non bis in idem* material puesto que castigará infracciones diferentes de las reprimidas en el primer procedimiento[92]. Y tampoco incurrirá en ningún otro vicio porque hay que entender que el régimen de la infracción continuada juega con ese límite de los sucesivos procedimientos para reprimir las nuevas infracciones[93]. O sea, que las infracciones continuadas deben sancionarse como tales, pero ello solo en la media en que lo permita la separación de procedimientos[94].

La duda que surge es esta: ¿qué infracciones podrán sancionarse en un segundo procedimiento? En mi opinión, podrán sancionarse todas las co-

---

92 Y, desde luego, tampoco habrá vulneración del *non bis in idem* procedimental que solo se produce si hay *idem factum*, identidad de hecho que aquí no concurre. Naturalmente ello es así si se parte, como se acepta aquí, de que en la infracción continuada hay varias infracciones. Por el contrario, si se sostuviera que la infracción continuada es una infracción única, la solución sería distinta. Lo explica Caruso Fontán, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, cit., p. 161: «… en caso de que se considere que el delito continuado es un único delito, deberá aplicarse el principio *non bis in idem* y toda acción ulterior habrá precluido para su enjuiciamiento»; pero «si se considera que los delitos son varios, cambia el objeto del nuevo juicio y el procedimiento anterior no puede tener eficacia preclusiva».

93 Lo mismo se acepta en el ámbito penal, como se recoge en la STS, Sala 2.ª, 765/2025, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:4060). Citando otras sentencias, afirma: «la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de procesos y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos y que, consiguientemente, no admite en estos casos la excepción de cosa juzgada en la medida en que no hay identidad fáctica (…), pues el previo enjuiciamiento separado e individualizado de los hechos examinados en la primera sentencia impide que en aquellos hechos ya enjuiciados se integren o se injerten otros de idéntica factura pero que son enjuiciados con posterioridad y que por ello, no obstante la posible continuidad inicial que podría haberse contemplado, ésta ha quedado rota por aquel previo enjuiciamiento. Una consideración que ha sido constitucionalmente validada por (…) STC 221/1997…». Incluso así, después, en pro de la proporcionalidad y porque «el encausado no puede resultar penológicamente perjudicado por un fraccionamiento procedimental que surge del azar», considera pertinente que en la segunda sentencia se modere la pena tomando en consideración la de primera.

94 A lo sumo, cabe completar lo dicho con la afirmación que se contiene en las SSTS de 4 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7152) y de 25 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3900) de que no caben «interpretaciones que permitan a la Administración de modo caprichoso y arbitrario dividir o subdividir los periodos durante los que se han realizado vertidos, estableciendo fracciones artificiales con la única finalidad de incrementar el número o cuantía de las sanciones económicas…». Pero nada de eso hay cuando la Administración inicia un procedimiento para sancionar todas las infracciones cometidas hasta ese momento y después otro para reprimir las posteriores.

ISBN: 978-84-7777-740-3

metidas después de las que son objeto del primer procedimiento. Todas esas, no solo las que se cometan después de que una primera resolución sancionadora sea ejecutiva.

Comporta lo ducho que el art. 63.3 LPAC no es aplicable a las infracciones continuadas. Sí lo es a las infracciones permanentes. En ellas tiene su campo lógico y a ellas lo aplican los tribunales[95]. Pero no tiene sentido en el caso de las infracciones continuadas[96]. Ante estas, por supuesto que también caben posteriores procedimientos para reprimir las infracciones no sancionadas en el primero. Pero ello sin necesidad ninguna de esperar a la ejecutividad de la primera resolución sancionadora. Lo contrario crearía una impunidad absurda y peligrosa que permitiría cometer infracciones durante todo el largo tiempo que medie entre el inicio de un procedimiento sancionador y que su resolución final deviniera ejecutiva, todo sin riesgo alguno de ser sancionado. Una especie de licencia para cometer nuevas infracciones durante un prolongado periodo de tiempo. Lo que constituiría una incitación a la comisión de ilícitos. Lejos de haber disuasión, habría estímulo a la comisión de infracciones. Así que el art. 63.3 LPAC debe entenderse en el sentido de que se refiere solo a las infracciones permanentes, no a las continuadas. Su redacción es equívoca: su utilización de la palabra «continuada» [«(…) persista de forma continuada (…)»] puede llevar a pensar que se está refiriendo precisamente a las infracciones continuadas. Pero, en realidad, cabe perfectamente, sin forzar su literalidad, entender que solo pretende aludir a las infracciones permanentes, de las que bien puede decirse que son aquéllas en que la acción típica persiste de forma continuada. En definitiva, para las infracciones continuadas cabe un segundo procedimiento y una segunda sanción sin tener que esperar a la ejecutividad de la primera resolución.

En tercer lugar, cabe sancionar separadamente infracciones que pudieran ser consideradas integrantes de una infracción continuada cuando la competencia corresponda a Administraciones diferentes. La STS 352/2026, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2026:1257) ofrece un ejemplo ante una infracción por introducir cláusulas abusivas en los contratos que se celebraban con consumidores residentes en distintas Comunidades Autónomas. La

---

95 *Vid.* mi artículo «*Non bis in idem* material…», cit., epígrafe 4.7. En el mismo sentido, Cano Campos, T. *Sanciones administrativas,* cit., p. 141; y Gómez Tomillo, M., y Sanz Rubiales, I., *Derecho Administrativo sancionador. Parte general*, Aranzadi, Cizur Menor, 4.ª ed., 2017, p. 223: el precepto «alude más bien a las infracciones permanentes que a las continuadas». En contra, Nieto, A., *Derecho Administrativo sancionador*, cit., pp. 492-493, aunque refiriéndose a similar precepto que contenía el REPEPOS, sí lo creía aplicable a las infracciones continuadas.

96 Se atisba esa solución en la SAN de 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:AN: 2020:150) aunque el argumento se mezcla con la negación de que realmente se tratara de infracciones continuadas: «mal podría en este caso apreciarse la continuidad infractora cuando observamos que los hechos analizados en el primer y el segundo expediente distan en el tiempo varios años, y se refieren a conductas que difieren unas de otras, especialmente en el *modus operandi*».

STS entiende que hay una infracción por cada contrato y que todas forman una infracción continuada; pero que cada Comunidad Autónoma puede sancionar las infracciones por los contratos celebrados con consumidores de su territorio. O sea, a la postre, posibilidad de que una infracción continuada se desintegre para que cada Administración autonómica sanciones una parte de las integradas en aquélla.

Y, en cuarto lugar, también cabe desintegrar la infracción continuada cuando entre una y otra de las que la componen ha habido un lapso de tiempo que supera su plazo de prescripción. Es una novedad introducida por la STS 368/2026, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2026:1875), que admite la prescripción autónoma de las infracciones componentes de una continuada si entre una y otra se superó el plazo de prescripción. Así, sucede que la superación de ese plazo entre una y otra infracción obliga a tratarlas separadamente.

IX. LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DEL TJUE

Aunque advertí que no es objeto de este estudio el *non bis in idem* procedimental tal y como lo interpretan el TEDH y el TJUE, oportuno es al menos hacer un apunte sobre su incidencia en todo lo que hasta aquí dicho sobre el tratamiento de los concursos de ilícitos en el Derecho español y si nuestras soluciones chocan o, por el contrario, se refuerzan con aquellas jurisprudencias de Estrasburgo y de Luxemburgo.

Recordemos que lo que estos tribunales consagran, de un lado, es la prohibición de doble enjuiciamiento y, de otro, el principio de proporcionalidad de los castigos.

Lo primero que puede afirmarse con seguridad es que, si los diversos ilícitos en concurso son objeto de un mismo procedimiento y si finalmente son objeto de una única resolución en que se impongan todos los castigos, no habrá ni para el TEDH ni para el TJUE vulneración alguna del *non bis in idem* consagrado en el art. 4 del Protocolo 7 del CEDH y en el art. 50 CDFUE. No la hay sencillamente porque no hay dos procedimientos (no hay *bis*, no el *bis* que esos preceptos proscriben) que es lo que ese *non bis in idem* prohíbe. Esto vale para todos los supuestos analizados (concurso medial, ideal, ilícitos continuados). En tal supuesto de un único procedimiento y una única resolución punitiva, solo pudiera plantearse, en su caso, un problema de proporcionalidad del conjunto de los castigos[97].

[97] Como aclara Bueno Armijo, A., «El principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», *Anuario de Derecho Administrativo sancionador (2021)*, Civitas, Cizur Menor, 2021, p. 281, el hecho de que si los dos castigos se imponen en la misma resolución no se considere contrario al *non bis in idem* no impide que sí puedan ser considerados contrarios al principio de proporcionalidad.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Veamos ahora qué sucede si los varios ilícitos en concurso son objeto de diversos procedimientos y resoluciones. Tampoco se plantea impedimento desde el punto del *non bis in idem* procedimental que aplican el TEDH y el TJUE en los casos de concurso real de ilícitos (incluidas las modalidades del concurso medial y de los ilícitos continuados). Como en todos estos casos hay diversidad de hechos (no hay *idem*), ninguna objeción alza el *non bis in idem* procedimental del TEDH y del TJUE. Así que, en definitiva, a este respecto, no hay diferencias con el *non bis in idem* como prohibición de doble castigo acuñado por la jurisprudencia española. Y, lo mismo que sucede en el Derecho español, el hecho de que diversas infracciones que pudieran haberse sancionado como infracción continuada sean sancionadas autónomamente no plantea ningún problema de *non bis in idem*[98].

Las dudas surgen en el caso del concurso ideal de ilícitos. Aquí hay un único hecho, así que su enjuiciamiento en sucesivos procedimientos sí que, en principio, resulta contrario al *non bis in idem* procedimental. Y el que haya dos fundamentos diversos para sancionar ese mismo hecho no salva el escollo puesto que tanto Estrasburgo como Luxemburgo relegan, en principio, la diversidad de fundamentos: atienden solo al *idem factum* y repudian el criterio del *idem crimen*. Así que, mientras nuestro *non bis in idem* material no se opone al doble castigo del concurso ideal de ilícitos (puesto que no hay identidad de fundamento), el *non bis in idem* procedimental del TEDH y del TJUE (para los que la diversidad de fundamento es, en principio, irrelevante) sí que se opone al doble enjuiciamiento del concurso ideal de ilícitos y, a la postre, como sin procedimiento no hay castigo, al doble castigo. Lo admite, como acabo de decir, si ese doble castigo se impone en la misma resolución. Pero lo rechaza, en principio, si se trata de imponer en sucesivos procedimientos y resoluciones.

Sin embargo, hoy la situación es distinta. Tanto el TEDH como el TJUE han acabado por aceptar que sí que caben dos enjuiciamientos sucesivos si se dan determinadas condiciones. Han llegado a esa conclusión por vías diferentes: el TEDH por la vía, sin más, de entender que en algunas circunstancias esa sucesión de procedimientos no es contraria al art. 4 del Protocolo 7 del CEDH; el TJUE ha llegado a esa conclusión por la vía de considerar que, aunque esa sucesión de procedimientos es contraria al art. 50 CDFUE, es una excepción que encuentra justificación en al art. 52

98 Lo ejemplifica la STJUE de 12 de diciembre de 2024, *Dranken Van Eetvelde NV*, as. C-331/23 (ECLI:EU:C: 2024:1027). A una empresa se le sancionó administrativamente por su defraudación fiscal de 2011 y penalmente por su defraudación entre 2012 y 2014. No solo se negó la vulneración del *non bis in idem* al tratarse de hechos diferentes por referirse a ejercicios distintos, sino que aclaró en su ap. 55 que «la indicación del tribunal remitente de que, en virtud del Derecho penal nacional, los hechos materiales constatados entre 2011 y 2014 pueden considerarse constitutivos de un delito continuado con unidad de propósito es irrelevante a efectos del examen del cumplimiento del requisito del *idem* en el Derecho de la Unión».

de la misma Carta. Por una vía o por la otra, ambos tribunales llegan a igual conclusión y la someten a iguales condiciones[99]. En síntesis, aceptan el encadenamiento de procedimientos si están perfectamente coordinados y sirven para abordar diferentes aspectos reprochables del hecho persiguiendo, por tanto, fines complementarios. Por este cauce, TEDH y TJUE toman en consideración la existencia de los distintos ataques a los bienes jurídicos protegidos por un único hecho. Y esto, en realidad, supone dar entrada a lo que la jurisprudencia española considera el diverso fundamento que permite la imposición de dos castigos. Ni el TEDH ni el TJUE utilizan formalmente el concepto de concurso ideal de ilícitos. Pero sus referencias a castigos con fines complementarios para abordar los diferentes aspectos de la misma conducta permiten fácilmente incluir a los concursos ideales. Así que, en el fondo, también para el TEDH y para el TJUE son posibles dos procedimientos y dos resoluciones castigando el mismo hecho si cada castigo tiene un fundamento diverso, esto es, si se trata de concurso ideal de ilícitos.

Pero si desde la perspectiva del *non bis in idem* no encontramos en la jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo objeción a nada de lo expuesto sobre los concursos de ilícitos, en lo relativo al principio de proporcionalidad, no solo es que no encontremos impedimentos, sino que más bien hallamos razones para reforzar la solución general defendida; no las concretas formas específicas de conseguir esa proporcionalidad, pero sí la trascendencia misma de lograr la proporcionalidad del conjunto de sanciones.

Las excepciones que esos tribunales aceptan al art. 4 del Protocolo 7 del CEDH y al art. 50 CDFUE, esto es, los casos en que admiten doble enjuiciamiento potencian la importancia que en general confieren al principio de proporcionalidad de los castigos. Ya he dicho que esas excepciones se condicionan a que los dos procedimientos punitivos estén coordinados, o sea, que formen un todo coherente y armonioso. No procede analizar aquí todos los requisitos en que esa condición general se concreta. Tampoco es oportuno entrar ahora a exponer los indicios de los que ambos tribunales se sirven para afirmar o negar esa coordinación entre procedimientos que permite justificar su encadenamiento. Pero hay uno, que encarecen los dos tribunales, que es el que aquí es trascendental a nuestros actuales efectos: que el conjunto de los castigos impuestos para los ilícitos en concurso resulte proporcionado a la gravedad de la conducta del infractor.

Ya lo aclaró así la primera de las sentencias del TEDH que admitió excepciones a la prohibición de doble enjuiciamiento; o sea, su sentencia de

---

99 A este respeto son sentencias de referencia, de una parte, la STEDH y, de otra, la STJUE de 15 de noviembre de 2016, *A y B contra Noruega* (ECLI: CE: ECHR:2016: 1115JUD002413011), y la STJUE de 22 de marzo de 2022, bpost S.A., C-117/20 (ECLI:EU:C:2022:202), citas por otras muchas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

15 de noviembre de 2016, *A y B contra Noruega* (ECLI: CE: ECHR:2016: 1115JUD002413011), ap. 132. Y lo reiteran siempre las posteriores. Por ejemplo, la STEDH de 8 de octubre de 2020, *Bajcic c. Croacia* (ECLI:CE:EC HR:2020:1008JUD006733413) explicó que no se vulnera el *non bis in ídem* si los dos procedimientos forman «un sistema integrado que permita abordar diferentes aspectos de los delitos de manera previsible y proporcionada formando un todo coherente» (ap. 26) y dijo que eso se dará «sobre todo, si la sanción impuesta en el procedimiento devenido firme en primer lugar se tuvo en cuenta en las que devinieron firmes en último lugar, a fin de evitar que el interesado tuviera que soportar una carga excesiva; es menos probable que este último riesgo esté presente cuando exista un mecanismo de compensación destinado a garantizar que el importe global de las sanciones impuestas sea proporcionado (…)» (ap. 39).

Y es concordante el TJUE que, por decirlo con sus propias palabras, para aceptar el doble enjuiciamiento, exige que «la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas corresponde a la gravedad de la infracción en cuestión» o «de las infracciones cometidas[100]». Retengamos al menos dos de sus sentencias. Primera, la STJUE de 22 de marzo de 2022, *bpost*, as. C-117/20 (ECLI:ES:C: 2022:202): se ocupa de lo que puede considerarse un concurso ideal de infracción de la legislación postal y de infracción de defensa de la competencia; y en sus aps. 48, 51 y 57 exige para admitir dos procedimientos, entre otras cosas, que al fijar la segunda sanción se tenga en cuenta la anterior de suerte que «el conjunto de las sanciones impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones cometidas». Y, segunda, la STJUE de 30 de enero de 2025, *Engie România,* as. C-205/23 (ECLI:EU:C:2025:43), que no solo reitera ese requisito en su ap. 66 sino que lo lleva a su parte resolutiva y, cuando fija las condiciones para las excepciones al *non bis in idem*, termina con esta: que «el conjunto de las sanciones impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones».

Ahora bien, en lo que no entran ninguno de los dos tribunales es en la forma concreta en que deben sancionarse los variados supuestos de concurso de ilícitos, es decir, en la técnica específica que se siga para lograr la proporcionalidad punitiva del conjunto. Es reveladora la STJUE de 19 de junio de 2025, as. C-671/23, *M. y Lietuvos Bankas* (ECLI:EU:C:2025:457). En sus aps. 45 a 62 no objetó nada a que se impusieron a la misma entidad ocho sanciones por ocho infracciones en las que parecían darse condiciones para ser tratadas como infracción continuada. En concreto, en su ap. 54 dijo que es posible tanto «imponer una sanción más grave que en el caso

100 Por ejemplo, entre otras, SSTJUE de 5 de mayo de 2022, *BV*, as. C-570/20 (ECLI:EU:C: 2022:348), aps. 49 y 50; de 4 de mayo de 2023, MV-98, as. C-97/21 (ECLI:EU:C: 2023:371), aps. 57 y 62: de 14 de septiembre de 2023, *Volkswagen*, as. C-27/22 (ECLI:EU:C: 2023:663), aps. 93 y 95; de 3 de julio de 2025, *Beach and bar management*, as. C-733/23 (ECLI:EU:C:2025:515), ap. 38.

de una infracción única» como imponer «una sanción separada por cada una de las infracciones cometidas». Pero explicó en su ap. 59 que, se haga de una forma o de otra, las autoridades «tienen la obligación de asegurarse de que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas no exceda de la gravedad de la infracción constatada, so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad». Lo que ahí se dice de la infracción continuada puede decirse igualmente del concurso medial o del concurso ideal. Es irrelevante la forma en que se busque y logre la proporcionalidad. Pero es imprescindible que se busque y que se logre.

Por tanto, en la dirección en que ya apuntamos, no hay que aceptar siempre y forzosamente los mecanismos en que el CP o algunas leyes administrativas españolas han previsto para dulcificar la pura y dura suma de los castigos, pero sí es necesario que de cualquier forma se respete que los castigos impuestos sean proporcionados a la conducta del infractor valorada en su conjunto y que, por tanto, la resolución punitiva posterior tenga en cuenta la anterior para reducir la que sin ella procedería imponer.

Conste que la jurisprudencia del TEDH y del TJUE puede alzar otros obstáculos a la sucesión de procedimientos porque ponen otros requisitos (por ejemplo, que la combinación de procedimientos sea previsible, que los procedimientos estén coordinados en el tiempo, que se evite la duplicación en la práctica de pruebas y en su valoración) que no siempre se cumplen en la práctica española. Pero, prescindiendo de ello, se comprueba que el *non bis in idem* procedimental no es en sí mismo impedimento insalvable para las soluciones que viene admitiendo el Derecho español para los concursos de ilícitos siempre que el resultado punitivo global resulte proporcionado, exigencia de proporcionalidad que refuerza las soluciones que hemos ido dando para los diversos concursos de ilícitos.

X. SOBRE LAS DIFICULTADES CUANDO INTERVIENEN DISTINTOS ÓRGANOS Y CUANDO LOS CASTIGOS SON HETEROGÉNEOS

Las reglas expuestas tendentes a moderar el conjunto sancionador correspondiente a los concursos de ilícitos se topan con dificultades adicionales cuando, como sucederá con frecuencia, los ilícitos concurrentes estén tipificados en diversas leyes cuya ejecución compete a administraciones distintas[101]. Y, lo mismo sucederá, incluso más intensamente, cuando los ilícitos en concurso sean, de una parte, delitos y, de otra, infracciones administrativas; esto es, cuando la imposición de los respectivos castigos competa, de una parte, a los jueces y, de otra, a una administración, lo que, al menos en España, ha de llevar a que se imponga primero la pena y después la sanción administrativa.

101 Gómez Padilla, R., «Concurso de normas y de infracciones…», cit., p. 145.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En ninguno de estos casos los ilícitos en concurso podrán ser objeto de un único procedimiento sancionador y de una única resolución que las valore globalmente. Pero, incluso así, la proporcionalidad debe llevar en muchos casos a evitar la pura suma aritmética de los castigos. La forma de lograrlo es que quien imponga la segunda sanción tome en consideración la primera y previamente acordada y, atendiendo a ello, rebaje la que él, si no hubiera esa concurrencia, debería imponer[102]. El imputado podrá alegarlo con éxito en el procedimiento administrativo sancionador. Y en su defecto podrá alegarlo en el posterior contencioso-administrativo y el juez deberá tenerlo en cuenta para anular la segunda resolución sancionadora y disminuir la extensión en que la sanción haya sido impuesta hasta que el conjunto resulte proporcionado a la real gravedad de la conducta del infractor. Si fuera necesario, cabría incluso que la segunda sanción quede por debajo del mínimo previsto por la ley para la infracción de que se trate. Encuentra aquí un buen campo de aplicación el art. 29.4 LRJSP. Pero, aun prescindiendo de ese precepto, el principio de proporcionalidad permite justificar directamente tal solución. A nada de esto se opone que el objeto de ese eventual contencioso-administrativo sea solo la segunda sanción. Por supuesto que la primera no podrá ser modificada, sino que habrá que partir de ella como premisa incuestionable. Pero, justamente por esa premisa, podrá detectarse que la segunda resulta excesiva y, por ello, contraria al principio de proporcionalidad.

También puede aparecer una dificultad adicional si los castigos correspondientes a cada uno de los ilícitos en concurso son de distinto género. Es más sencillo encontrar una solución respetuosa con el principio de proporcionalidad cuando a las infracciones concurrentes les corresponden sanciones de igual clase; sobre todo, si en ambos casos se trata de multas, que es la sanción administrativa por antonomasia. Pero puede que no sea así, que, por ejemplo, a una infracción le corresponda solo multa mientras que a la otra le corresponda, con o sin multa, sanción de cierre de establecimiento o de inhabilitación para contratar o para obtener subvenciones o para ejercer determinados cargos…[103] Y si el concurso se produce entre una norma penal y una norma administrativa es posible, además, que la pena sea de privación de libertad y la sanción de cualquier otro contenido. En esas situaciones es más complicado lograr que el conjunto punitivo resulte proporcionado. Incluso a veces puede ser razonable y no contrario a la proporcionalidad que, pese a haber concurso medial o ideal, se impongan acumulativamente esas diversas sanciones. Lo único que sí que debe afir-

102 Gómez Tomillo, M., y Sanz Rubiales, I., *Derecho Administrativo sancionador…*, cit., p. 605.

103 Sobre todo se dará esa heterogeneidad cuando uno de los ilícitos sea disciplinario, a los que suelen corresponder sanciones con un contenido distinto del habitual de las penas y de las sanciones administrativas generales. Pero ya he dicho antes (epígrafe III.2) que en estos casos normalmente procede imponer los dos castigos sin moderación de ningún género.

marse con carácter general es que esas dificultades no exoneran de cumplir el principio de proporcionalidad y que, por tanto, de alguna forma habrá que justificar que el conjunto punitivo resultante es adecuado a la real gravedad de la conducta del infractor valorada globalmente.

Es ilustrativa la STJUE de 5 de mayo de 2022, *BV*, as. C-570/20 (ECLI:EU:C: 2022:348). Justamente el órgano que había planteado la cuestión prejudicial advirtió que la pena que pudiera imponerse era privativa de libertad mientras que la sanción administrativa ya impuesta era de multa. Frente a ello, el TJUE afirmó que el principio de proporcionalidad «se aplica, sin excepción, a todas las sanciones impuestas acumulativamente y, por consiguiente, tanto a la acumulación de sanciones de la misma naturaleza como a la acumulación de sanciones de distinta naturaleza, como es la acumulación de sanciones pecuniarias y de penas privativas de libertad. El mero hecho de que las autoridades competentes tengan intención de imponer sanciones de distinta naturaleza no puede eximirlas de la obligación de asegurarse de que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas no exceda de la gravedad de la infracción constatada, so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad» (ap. 50).

En definitiva, en los supuestos de castigos heterogéneo será más difícil encontrar la solución adecuada, pero ello no exime de buscar de alguna forma el respeto del principio de proporcionalidad.

XI. SOBRE LA POSIBLE REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LOS CONCURSOS DE ILÍCITOS

Se ha visto la escasa regulación legal de los concursos de infracciones. Aunque algunas leyes sectoriales, de las que hemos ofrecido muestras, tienen correctas normas sobre la forma de moderar la sanción en casos de concurso medial o ideal o de infracciones continuadas, la mayoría no contienen previsiones de este género y, las que sí las tienen, solo afrontan algunas de las situaciones. También nos consta que la LRJSP no da respuesta satisfactoria: tiene algunos preceptos en esa dirección, como los apartados 5 y 6 de su art. 29, pero que no culminan la faena porque no concretan la extensión de la sanción pertinente; y, por otra parte, nada dice sobre el concurso ideal. Todo, pues, hay que resolverlo acudiendo a sentencias que de forma casuística y más o menos acertada han ofrecido algunas pautas. Y, sobre todo, acudiendo directamente al principio de proporcionalidad para justificar moderaciones a la pura suma de sanciones. En ese contexto, ¿es admisible que los reglamentos establezcan soluciones más concretas?

Ya lo hizo en su momento el REPEPOS, pese a la reserva de ley que consagra el art. 25.1 CE y pese a no tener una habilitación que le permitiera abordar esos aspectos materiales y no solo los puramente procedimentales.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El TS puso reparos a esa regulación reglamentaria, pero, pese a ello, con reticencias y limitaciones, la aceptó[104]. Más directamente afrontó esta cuestión la STS de 30 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:2624). En recurso directo contra el Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas, se impugnó su art. 87.3. El art. 31.3 de la Ley decía:

> «La comisión de cualquiera de las infracciones señaladas en esta ley deducida de un solo hecho, únicamente podrá dar lugar a la imposición de una única sanción al auditor firmante del informe de auditoría en nombre de una sociedad de auditoría, y una única sanción a la sociedad de auditoría en cuyo nombre se haya firmado el informe.»

Se refería, pues, al concurso ideal y establecía para él una sola sanción sin precisar cuál ni en qué extensión. Pero el art. 87.3 del Reglamento añadió algo relevante:

> «En el supuesto de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una infracción sea medio necesario para cometer otra, se aplicará en su mitad superior la sanción prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder la sanción resultante de la suma de las que correspondería aplicar si se sancionaran separadamente las distintas infracciones. Cuando la sanción así computada exceda de este límite, la sanción será la suma de las que correspondería imponer a las infracciones por separado.»

Ya no se refería solo al concurso ideal, sino también al medial. Y para ambos disponía, no solo ya una única sanción, sino que «se aplicará en su mitad superior la sanción prevista para la infracción más grave (…)». El TS aceptó este desarrollo reglamentario. Por un lado, argumentó que la reserva de ley que rige en el Derecho Administrativo sancionador permite, como ahora dice el art. 27.3 LRJSP, que los reglamentos introduzcan «especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones» establecido en la ley y que ese precepto reglamentario recurrido se mantenía en ese marco. Y, por otro lado, razonó que, ante la falta de una solución concreta en el art. 31.3 de la Ley, el reglamento no hacía otra cosa que consagrar lo dispuesto en el art. 77 CP que, a fin de cuentas, podría haberse tomado en consideración incluso sin base normativa expresa. La argumentación de esta sentencia, aunque no errónea, tiene puntos débiles y lo cierto es que aquel art. 87.3 del Reglamento, al obligar a sancionar la infracción más grave en su mitad superior, llevaba a un castigo severo.

---

104 La STS de 23 de marzo de 2009 (rec. 1500/2007), reiterada por la STS de 30 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4384), criticó, en concreto, la introducción de la infracción continuada por simple reglamento, porque ni la ley 30/1992 la contemplaba ni contenía una habilitación suficiente al reglamento (la habilitación era para regular el procedimiento, no aspectos sustantivos, como éste). La aceptó porque, dijo, incorpora una figura con tradición en el Derecho Penal y porque debe entenderse con muchas limitaciones para que no rompa la proporcionalidad.

Esta sentencia ha sido explotada después. La posterior Ley de Auditoría de Cuentas de 2015 volvió a tener solo un precepto, el de su art. 70.3, idéntico al transcrito art. 31.3 de la Ley anterior. Y después el nuevo reglamento (aprobado por RD 2/2021), seguramente tranquilizado por la STS 30 de abril de 2013, se ha animado ya no solo a regular otra vez el concurso ideal y medial en los mismos términos que lo hizo su precedente (art. 137.3), sino también a introducir, sin base legal, una regulación específica de la infracción continuada (art. 137.2) para la que también establece que la sanción debe imponerse en su mitad superior.

Me parece una solución discutible. Pese a ello, con estos precedentes jurisprudenciales, parece obligado aceptar que los reglamentos de leyes basados en una habilitación legal que permita su desarrollo general pueden abordar estas cuestiones. Y seguramente cumplirán una buena función pues darán seguridad donde no la hay. Pero, incluso aceptándolo así, necesario será extremar la contención y la prudencia para que por esa vía no se consagren soluciones que comporten más castigo que el que se desprende de las leyes y de su habitual interpretación jurisprudencial.

XII. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de estos estudios sobre el concurso de normas punitivas[105] y el concurso de ilícitos hemos ido viendo los numerosos problemas que se suscitan: cuándo hay un único hecho y cuándo varios y, por tanto, cuándo hay y cuándo no identidad de hecho; si hay o no identidad de fundamento en dos castigos; si se está ante un concurso de normas punitivas o, por el contrario, ante un concurso de ilícitos; si, aunque haya varios hechos, deben castigarse o no como infracción continuada; más en concreto se ha comprobado que en la práctica no es sencillo en algunos casos diferenciar la infracción permanente y la continuada o, por ejemplo, deslindar los casos de concursos mediales y los actos anteriores o posteriores copenados; etc. Para todo ello he tratado de brindar los criterios generales con los que acometer estas cuestiones, sobre todo las soluciones que ofrecen los tribunales. Con eso, la misión está cumplida. Al menos, hasta donde he podido cumplirla.

Pero he confesar una cierta frustración porque, pese al esfuerzo, quedan para cada una de las cuestiones abordadas muchas incertidumbres. Puede dar la impresión, y me parece que no es una impresión falsa, de que a la postre hay para cada una de esas cuestiones varias soluciones posibles, que todo depende, no ya solo de los conceptos que previamente se acojan,

105 Me refiero al ya aludido que, con el título «*Non bis in idem* material y concurso de normas punitivas», publica el *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2026* y del que el actual es complemento.

ISBN: 978-84-7777-740-3

sino de cómo se describan y cómo se contemplen los hechos de cada caso. Casi parece una cuestión de literatura, según se narren los hechos de una forma u otra. Por decirlo con una frase hecha, parece que todo depende del cristal con que se mire. O, por decirlo con Campoamor, «en el mundo traidor, nada hay verdad ni mentira: todo es según el color del cristal con que se mira». Y eso acaso se puede asumir hasta con entusiasmo en otros ámbitos, pero en el nuestro, en el del Derecho, es abrir de par en par la puerta a la inseguridad jurídica, que tememos como el mayor de los males. Y ello precisamente en materia punitiva en la que la seguridad jurídica es especialmente valiosa y necesaria.

Gran parte de esas incertidumbres existen también en Derecho penal. Pero aquí se dan con más intensidad. La principal causa la explica el magistrado Navarro Sanchís en uno de sus sugestivos votos particulares[106]: «(…) en el ámbito del Derecho penal, es más fácil determinar cuándo dos conductas son diferentes, y no tanto por razón del bien jurídico protegido, sino también en la definición del tipo, porque la tipificación es, por lo general, más depurada (…)». Por eso, dice, es difícil «trasladar una dogmática depurada, conceptual, abstracta, de inspiración doctrinal, aplicable a unos tipos coherentes y meditados, que suelen perdurar en el tiempo, como es la que caracteriza la técnica penal, a nuestro campo de las infracciones administrativas y, dentro de ellas, a las tributarias, con las muy graves deficiencias que presenta el régimen sancionador tributario en cuanto a la tipificación de las conductas, plagadas de expresiones confusas o ambiguas; de definiciones legales sorprendentes o contradictorias con sus equivalentes penales; o de remisión a nociones puramente reglamentarias». Lo que achaca a las infracciones tributarias, porque de ellas se trataba en la sentencia en que emitió ese voto particular, se da, incluso agravado, en otros ámbitos del Derecho Administrativo sancionador. Incluso me parece que las normas sancionadoras tributarias son un modelo de precisión en comparación con las de otros muchos sectores. En este otro contexto, tan diferente del propio del Derecho penal, los obstáculos para afrontar las cuestiones que hemos abordado son aún mayores.

Pese a todo, creo haber ofrecido el marco de referencia con el que enfocar razonablemente las cuestiones que se suscitan en torno a los concursos de normas punitivas y a los concursos de ilícitos. Si, como dijo el prof. Nieto, «cada jurista (…) al insertarse en un discurso argumental práctico, a lo más a lo que puede aspirar es a una cierta plausibilidad[107]», aquí, al menos, se encontrarán las bases para construir ante los diferentes supuestos soluciones plausibles y tendencialmente justas.

---

106 Dictado en la STS 1177/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2871).

107 Nieto, A., *El arbitrio judicial. Entrando en la mente del juez*, La Coruña, Colex, 3.ª ed., 2021, p. 323.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El equívoco «derecho a la salud» y el deber de autocuidado

Ricardo Rivero Ortega

Universidad de Salamanca
ORCID: 0000-0002-0593-3470

Sumario. I. Introducción.—II. La interpretación constitucional de la protección de la salud.—III. El desarrollo legal de los deberes de protección a la salud.—IV. ¿Por qué es necesario resaltar los deberes de autocuidado de la salud?—V. Aproximación postpandémica y prospectiva de longevidad.—VI. Tomar los derechos en serio incluye la crítica a sus abusos.—VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Hace casi cuarenta años presentó Edorta Cobreros su tesis doctoral sobre los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Nos ofreció entonces un enfoque novedoso sobre la intervención pública en este ámbito (Cobreros Mendazona, 1987). Ahora, mi contribución rinde homenaje a tan brillante trayectoria académica, sostenida desde esa primera obra y caracterizada por el afán de aclarar complejos aspectos interpretativos del derecho constitucional a la protección de la salud, teniendo en cuenta sus correlativos deberes.

En cuatro décadas hemos avanzado bastante en el reconocimiento de los derechos subjetivos, mucho menos en lo relativo a las obligaciones. Esta relativa carencia es lamentable porque, cuando releemos el artículo 43 de la Constitución Española, vuelve a sorprendernos el acierto de sus autores, perspicaces incluso al incorporarlo al capítulo de «principios rectores de la política social y económica», descartando su inclusión con otros más protegidos por el recurso de amparo o el contenido esencial, según la graduación de garantías prevista en el artículo 53.

En lo que va de siglo XXI, tan prudente decisión constitucional ha sido sobrepasada por doctrinarios militantes y legisladores decididos a convertir los derechos sociales en derechos públicos subjetivos perfectos, una tendencia comprensible en términos electorales, de programas partidistas e incluso en el loable afán de reducir la desigualdad. Técnicamente, sin em-

ISBN: 978-84-7777-740-3

bargo, comienzan a observarse las dificultades y contradicciones de esta opción, advertidas incluso por algunas de sus más convencidos defensores (Vaquer Caballería, 2025).

Otros países dan muestras de agotamiento en las posibilidades de los derechos y optan por alternativas drásticas de prohibición para proteger la salud. Así, el caso británico con la Ley contra el consumo de tabaco para los nacidos a partir de 2008, impulsada durante el mandato de un gobierno laborista.

Desde mi perspectiva, el apartado tercero del artículo 53 de nuestra Norma Fundamental acertó al calificar la protección de la salud como un principio que solo podría ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria conforme con lo establecido en las leyes. Así lo pienso, e incluso siendo muy consciente de las incomodidades que plantea oponerse al *derecho a tener derechos* (Rodotá, 2014), trataré en este trabajo cuestiones teóricas que afectan a su ejercicio práctico: la diferencia entre Derecho objetivo y derechos subjetivos; la importancia de las obligaciones y los deberes; en fin, la interpretación de los preceptos conforme a su sentido y naturaleza, no según el voluntarismo ideológico de cada cual.

Todo ello desde una crítica a la retórica de los derechos que confunde el contenido de las declaraciones legales con el surgimiento de verdaderos derechos subjetivos, categorización que requiere exigibilidad real de las prestaciones, individualizando los derechos sociales hasta un punto que puede afectar en casos concretos los intereses de la comunidad (Atria, 2004).

II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Centrando el análisis sobre el «derecho a la protección de la salud», a veces mal definido como «derecho a la salud», inicialmente se reconocieron ventajas de su ubicación entre los principios rectores de la política social y económica, lo que dificultaba su reconocimiento pleno como derecho fundamental (Escribano Collado, 1976). Conviene situar esta decisión en el contexto de una Constitución pragmática, dictada en medio de una profunda crisis económica, con una presión extrema de los indicadores de desempleo, inflación, deuda y déficit públicos (Rivero Ortega, 1999).

Ahora bien, frente a las tesis positivistas originales (Cascajo,1988), otras más recientes abogan por la superación de esta naturaleza limitada (León, 2010). Especialmente quienes se muestran más convencidos de las posibilidades transformadoras de la intervención pública, no han escatimado esfuerzos para transformar los llamados «derechos sociales» en derechos fundamentales a la altura de la los más protegidos por nuestra Constitución, pretendiendo equiparar prácticamente unos y otros (Pisarello, 2007).

¿Es verosímil esta propuesta en clave de interpretación constitucional? A mi juicio no, en una perspectiva originalista de ningún modo, pues literalmente, no se reconoce en el texto de la Constitución ningún derecho a la salud, sino el «derecho a la protección de la salud», que es cosa bien diferente. Asimismo, se pone énfasis en la competencia del poder público, que es «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Y luego se completa diciendo que «[l]a ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

Entonces, lo que la norma fundamental establece es que la acción pública debe preservar la salud pública, no garantizar la salud individual. Y que debe hacerlo mediante la prevención y los servicios que sean necesarios, no ofreciendo cualquier tratamiento que cada particular crea conveniente para su propia salud. Ni siquiera esas atenciones serían derechos públicos subjetivos perfectos, sino condicionados a toda una serie de variables circunstanciales y de las prioridades marcadas por la necesidad.

Quizás se han obviado estos límites y condicionantes porque el desarrollo legal del «derecho a la protección a la salud» se ha completado solo en parte, sin regular plenamente los «derechos y deberes de todos». Después veremos cómo la normativa sanitaria estatal y autonómica sí ofrece algunas listas de deberes, centrados en los pacientes, no tanto en la población en general, pero en lo que se refiere a la protección de la salud pública, más allá del genérico «deber de colaboración» con las autoridades sanitarias, de perfiles difusos e indefinidos, no se identifican obligaciones concretas cuyo incumplimiento pueda ser sancionado.

Así pues, no es extraño que la conciencia social abstraída asuma que tenemos derecho a que cuiden de nuestra salud, pero no termina de incorporar junto a esa ventaja el deber de hacer todo lo posible para que la salud pública no se vea amenazada. Y en una interpretación finalista del artículo 43 de la Constitución, cabalmente, el objetivo es garantizar la salud de todos, no el derecho concreto de alguien a ser curado de una determinada enfermedad, aspecto que requiere un profuso desarrollo normativo y la creación de estructuras sanitarias suficientes. Tampoco se deriva la existencia de un derecho subjetivo a la salud del empleo de otros métodos hermenéuticos, salvo que superemos la mente de los constituyentes, las exigentes circunstancias económicas y sociales en las que tuvieron que optar por soluciones realistas (crisis energética de los años setenta) y su conciencia bien asentada de que una sociedad necesitaba del compromiso de cada persona para protegerse de los riesgos sanitarios.

Si atendemos a los antecedentes históricos del precepto y el contexto de su aprobación, entenderemos incluso la mención final al fomento de «la educación sanitaria, la educación física y el deporte», así como la adecuada utilización del ocio, llamamientos anticipados a evitar el sedentarismo, favorecer que la gente adopte hábitos de vida saludables y se prevenga de este

ISBN: 978-84-7777-740-3

modo la enfermedad. Visionaria regulación, sin duda. Muy práctica y realista en mi opinión.

La interpretación que propongo de este precepto constitucional, entonces, no coincide con quienes afirman su no regresividad y la obligación de aplicar siempre todos los medios necesarios para intentar sanar a una persona, punto de vista que también considera a los poderes públicos principales responsables de la obligación de cuidar la salud, entendida como derecho fundamental protegido con la garantía del contenido esencial (Seijas Villadangos, 2025).

III. EL DESARROLLO LEGAL DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN A LA SALUD

Los debates sobre interpretación de preceptos constitucionales son apasionantes, pero todo administrativista sabe que donde se demuestra de verdad la efectividad de las normas es en el nivel más cercano de las leyes y los reglamentos, las decisiones más frecuentes y próximas en tiempo y espacio a la gente. Cuando hablamos de la salud, en este caso, serán el desarrollo normativo y las decisiones administrativas (financieras, organizativas, profesionales) los factores determinantes de su alcance. Por eso fue otro acierto de los constituyentes derivar al legislador la regulación de los derechos y deberes de todos al respecto.

Pues bien, mucho se ha hecho sobre derechos. En cambio, se aprecia un olvido clamoroso en las previsiones legales a los «deberes de todos», un sintagma que interpela a cada persona en la protección de la salud colectiva, lo que no puede lograrse sin atender la individual, es decir, la propia. El repaso del despliegue diacrónico del Ordenamiento regulador de la sanidad en España nos demuestra un tratamiento descompensado de este aspecto del artículo 43 frente a su versión como derecho público subjetivo prestacional.

Entre las leyes del Estado, la primera mención corresponde, sin duda, a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Destaco en su Exposición de motivos la crítica al «dogma que perdura (…) de la autosuficiencia del individuo para atender sus problemas de salud» y su opción creadora de un Sistema Nacional de Salud sobre el eje de las comunidades autónomas. También que, desde el primer artículo, en el Título preliminar, se expresa la voluntad de regular el derecho a la protección de la salud para hacerlo efectivo.

Ese rótulo tan genérico es seguido por derechos más específicos en el artículo 10 de la misma Ley (respeto de la personalidad, no discriminación, derecho a recibir información, a la confidencialidad, a la autorización para los tratamientos, a la asignación de un médico, a obtener los medicamentos y productos sanitarios, etc.), objeto más adelante de regulaciones prolijas.

Antes de ese precepto, el artículo 9 contiene una frase digna de atención: «Los poderes públicos deberán informar a los usuarios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes». Y tras la larga lista de derechos del artículo 10, es el 11 el que se ocupa de las obligaciones:

> «Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario: 1. Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios. 2. Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las Instituciones Sanitarias. 3. Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales.»

Estos deberes son importantes. Los deberes de cumplimiento, especialmente, pueden intensificarse en los supuestos previstos por el Capítulo V de la Ley General de Sanidad, dedicado a la «intervención pública en relación con la salud individual colectiva», un concepto elocuente en sí mismo, tal vez necesitado de mayor propedéutica social. Así, el artículo 24 permite someter a limitaciones administrativas de carácter administrativo «las actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud»; el artículo 26 permite adoptar todas las medidas preventivas que se estimen pertinentes ante riesgos inminentes y extraordinarios para la salud. Sobre unas y otras, el artículo 28 sienta un principio de «[p]referencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias», y prohibición de «medidas obligatorias que conlleven riesgos para la vida», siempre respetando el principio de proporcionalidad.

Más allá de los supuestos de falta de colaboración con las autoridades de control, descritos como infracción en el artículo 35 de la Ley General de Sanidad, nada se dice sobre consecuencias sancionadoras del incumplimiento de los deberes antes expuestos, lo que nos permite situarlos en la difusa categoría entre el deber moral y la obligación jurídica (Rivero Ortega, 2025).

Menos aún aporta en lo relativo a deberes la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Su título podría hacernos pensar que regula deberes de los usuarios del sistema sanitario también, pero no, todas las referencias en este sentido repercuten sobre los centros, los profesionales y en general el personal, que tienen obligaciones de secreto (artículo 16), de conservación documental (artículo 17), de información técnica, estadística y administrativa (artículo 23).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Y esto a pesar de que la Exposición de motivos de la Ley señale la «adaptación de la Ley General de Sanidad con el objetivo de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, *de los ciudadanos* y de las instituciones sanitarias» (la cursiva es nuestra). También el artículo 1 de la Ley, sobre su ámbito de aplicación, reza que «(…) tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica». Casi nada se dice después, de manera que los deberes de los ciudadanos se perdieron en el camino, una vez más.

O tal vez solo se trasladaron a normas de menor rango, una alternativa preocupante prevista en el artículo 12 de esta Ley (Información en el Sistema Nacional de Salud), cuyo apartado 2 advierte de que «Los servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y su dotaciones de personal, instalaciones o medios técnicos».

Solo desde una aceptación absoluta de la discutida teoría de las relaciones de especial sujeción cabría asumir que las obligaciones no previstas en otras normas de rango legal y ni siquiera reglamentario puedan crearse mediante documentos de la naturaleza de las cartas de servicio, textos que no pasan por el procedimiento propio de elaboración de cualquier norma, ni siquiera se publican (aunque puedan ser accesibles).

El acercamiento a las cartas de servicios de los hospitales, documentos por cierto no tan fáciles de localizar, muestra un conjunto de informaciones y documentos muy variado, desde la «cartera de servicios» hasta los procedimientos para la queja o el agradecimiento a los profesionales, con sus correspondientes formularios tipo. En ocasiones también incluyen previsiones sobre derechos y obligaciones, pero su exigibilidad real o sanción práctica parece muy discutible en ausencia de amparo normativo de rango suficiente.

El balance conjunto de las principales leyes estatales sobre sanidad es por tanto decepcionante. Cuando se contemplan deberes, no se asocian sanciones a su incumplimiento. Y cuando se dice que se van a regular, se omiten o dejan para después, a disposición de redactores de cartas de servicio carentes de cualquier valor normativo.

Pero tal vez sea preciso dirigirse a la normativa autonómica para cubrir estas lagunas, pues al fin son las administraciones sanitarias de las comunidades autónomas las que prestan la mayoría de los servicios, se relacionan efectivamente con los pacientes y tienen que regular y resolver los problemas del día a día en las instalaciones sanitarias.

Un ejemplo destacable en este sentido es el tratamiento legal de la cuestión preocupante de las agresiones a los profesionales sanitarios, cir-

cunstancia grave y creciente en el sistema. No es extraño por ello que existan varias leyes dirigidas a prevenir y reaccionar ante esas conductas, como nos muestra por ejemplo la Ley 11/2016, de 8 de abril, de Autoridad de profesionales del Sistema Sanitario público y centros sociosanitarios de Extremadura.

De este texto nos interesa sobre todo su artículo 9, que enuncia un genérico deber de colaboración: «Los ciudadanos deberán prestar la colaboración necesaria con los profesionales y efectuar un uso adecuado de los servicios sanitarios en un ambiente de mutua cordialidad, confianza y respeto, en aras de la mejora de las relaciones entre ciudadanos y profesionales, con el objeto de obtener una mejora del clima laboral para los trabajadores que redunde en una mejora de la prestación de los servicios».

Más allá de la sintaxis del precepto y su regular retórica, distante de lo que se considera un silogismo, nos encontramos de nuevo ante una suerte de deber moral o ético, nada que tenga aspecto jurídico, lo que corrobora la falta de previsión de sanciones en casos de incumplimiento del genérico deber de colaboración.

Otros ordenamientos autonómicos comienzan desde su norma institucional básica la regulación de los derechos y deberes de los pacientes. Por ejemplo, el Estatuto de Cataluña, cuyo artículo 23 enuncia los «Derechos en el ámbito de la salud» (sin referencia siquiera a los deberes, aunque el artículo 21 sí los menciona en su rótulo, sin enunciar ninguno después). Según este precepto, todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública. Los usuarios de la sanidad pública tienen derecho al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de profesional y centro sanitario. Y también tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder, los tratamientos sanitarios y sus riesgos, a dar consentimiento, al acceso a la historia clínica propia y a la confidencialidad de los datos sobre su salud (todos estos derechos ya estaban previstos en otras normas estatales previas).

Parecido balance nos ofrece Castilla y León, en el artículo 13.2 de su Estatuto: «Todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, y los poderes públicos de la Comunidad velarán para que este derecho sea efectivo. (…) Los ciudadanos de Castilla y León tendrán garantizado el acceso, en condiciones de igualdad, a los servicios sanitarios de la Comunidad en los términos que la ley determine. Asimismo, serán informados sobre los servicios que el Sistema de Salud preste. (…) Se establecerán los derechos y *deberes* de los usuarios del sistema sanitario, y entre ellos los siguientes:

a) A la intimidad y confidencialidad relativas a la propia salud, así como el acceso a su historia clínica.

ISBN: 978-84-7777-740-3

b) A la regulación de plazos para que les sea aplicado un tratamiento.
c) Al respeto a sus preferencias en lo que concierne a médico y centro.
d) A recabar una segunda opinión médica cuando así se solicite.
e) A ser suficientemente informados antes de dar a su consentimiento a los tratamientos médicos o a manifestar en su caso instrucciones previas sobre los mismos.
f) A recibir tratamientos y cuidados paliativos adecuados.

La regulación de los deberes de los castellanos y leoneses se encuentra en el artículo 15, que solo se refiere a los sanitarios de manera indirecta, en su apartado e) «Hacer un uso responsable y solidario de los bienes y servicios públicos». Veremos a continuación como este «deber», como muchos de los antes analizados, se aproxima más a la categoría moral que a la jurídica, toda vez que no se contempla sanción alguna por no hacer un uso adecuado, solidario, no por comportamientos irresponsables.

Por ejemplo, no hay sanciones si un usuario se presenta en urgencias sin motivo real, ni siquiera cuando lo hace de manera sistemática. Tampoco se penaliza en modo alguno el abuso de los medicamentos. Ni la falta de seguimiento de las indicaciones médicas que da lugar a crisis de salud costosas de tratar. En fin, esto no sucede ni en Castilla y León ni en el resto de España, claro.

Llegamos a tal conclusión tras la lectura de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, norma que contiene un Título VI sobre deberes: «Artículo 42. Responsabilidad sobre la propia salud. En el ámbito de la presente Ley, todas las personas tienen el deber de asumir las propias decisiones sobre su salud, dejar constancia por escrito de las mismas y firmar el documento de alta voluntaria conforme a las previsiones del ordenamiento jurídico. Las administraciones Sanitarias de Castilla y León promoverán la sensibilización ciudadana en cuanto al deber de responsabilizarse de la propia salud de forma activa».

No es difícil asociar este mandato con las periódicas campañas que se lanzan sobre las cuestiones de salud más variadas, acciones públicas en las que se invierten cuantiosos recursos y financian también medios de comunicación y empresas de publicidad. Por supuesto, todo justificado. Ahora bien, cuando analizamos los mensajes de estos anuncios, no siempre queda claro que de lo que se trata es de que los ciudadanos tengan que ser responsables de su propia salud. Tienen más bien un carácter informativo, divulgativo de la cartera de servicios, campañas de vacunación, pruebas preventivas, etc.

Elocuente en este sentido es el catálogo de campañas institucionales del Ministerio de Sanidad (1975-2025), desde las dedicadas al SIDA-VIH (*Póntelo, pónselo*), la prevención del alcoholismo y el tabaquismo, la salud mental, los medicamentos, los remedios populares sin base científica,

la gripe A y hasta el covid. Este repaso traslada una impresión muy clara: el objetivo es alinear a la población con las políticas sanitarias, lo cual es comprensible, pero menos se expresa el deber de responsabilizarse individualmente de la propia salud.

Pero volvamos a la Ley de Castilla y León, en el capítulo de los deberes, entre los que se incluye el de respeto a las prescripciones y medidas sanitarias (artículo 43). De nuevo no encontramos sanciones asociadas al incumplimiento de este «deber público». Apenas la referencia del artículo 50 sobre régimen sancionador a la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, que no dice nada, luego convierte las sedicentes obligaciones en deberes blandos.

Similar es la situación de otros presuntos deberes: utilización adecuada de los recursos y prestaciones del sistema de salud; uso correcto de las instalaciones y servicios; respeto debido a las personas; lealtad y veracidad en la aportación de datos. Y casi todas las normas autonómicas arrojan un balance desequilibrado. La tendencia se agudiza generando problemas estructurales como el incremento de los costes, la falta de respeto a los profesionales, la poca conciencia sobre el esfuerzo fiscal preciso para mantener la cartera de prestaciones o el recurso al sistema público como si fuera inagotable y, por ser gratis, también despreciable.

IV. ¿POR QUÉ ES NECESARIO RESALTAR LOS DEBERES DE AUTOCUIDADO DE LA SALUD?

¿A dónde nos ha llevado el desarrollo legislativo expuesto, que descompensa el derecho a la salud, entendido como derecho social (Lema Añón, 2009) respecto de las obligaciones? Desde mi punto de vista, a un estado de cosas en el que también se ha perdido de vista que la protección de la salud no solo es un derecho, sino también un límite a otros derechos y libertades.

Desde el punto de vista de la intervención del poder público, para poder proteger la salud colectiva, siempre ha sido preciso intervenir sobre la libertad individual. Esta perspectiva se perdió tras un período largo de control de las enfermedades infecciosas, aunque crisis recurrentes (como el VIH, por ejemplo) lo pusieron una y otra vez de manifiesto. El COVID llevó la situación hasta el extremo.

Sordos y ciegos a la realidad, seguimos empeñados en creer que la salud es un derecho que obliga a prestaciones ilimitadas de los poderes públicos, convicción que provoca aporías y dificultades prácticas irresolubles. Así, un ex director del Instituto de Salud Carlos III, Rafael Nájera, se preguntaba hace no mucho si el derecho a la salud es un concepto solo teórico, a la vista de sus problemas prácticos y, en particular, dados los problemas

ISBN: 978-84-7777-740-3

de la asistencia primaria en ciudades muy pobladas (el caso de Madrid y su área metropolitana). Y termina sugiriendo que «[e]n esa labor de Salud Pública habría que integrar los Ayuntamientos y el Sistema Educativo» (Nájera Morrondo, 2023).

Señales que apuntan en esta dirección no nos faltan. Pensemos por ejemplo en el crecimiento de los problemas de salud mental, que afectan a personas de todas las edades, cada vez más a personas jóvenes, niños y adolescentes que reclaman asistencia psicológica, psiquiátrica y farmacéutica en esta línea. ¿Es sostenible una sociedad medicada de forma crónica? Pese a esta circunstancia, la respuesta que se está dando desde el sistema sanitario y el sistema educativo parece insuficiente, porque nadie le dice claramente a la gente que debe vivir de una manera que no ponga en riesgo su salud.

Los factores desencadenantes de las enfermedades mentales son bastante conocidos. Por supuesto, varios hábitos contemporáneos agudizan el riesgo de padecer este tipo de patologías. Se trata de conductas elegibles por las personas (consumos de sustancias, abusos de las redes, aislamiento social, etc.). Pero la Estrategia Nacional de salud mental (2022-2026) no pone énfasis en su corrección al diseñar sus líneas estratégicas. Tampoco se hace referencia al ejercicio físico como acompañante de las terapias, o alternativa a la medicación.

Si una persona descuida absolutamente sus hábitos y dejar de practicar deporte, de leer, de mantener una vida social activa, de estar en contacto con la naturaleza, seguramente se incrementan sus riesgos de depresión y otras patologías. Adoptar hábitos de vida saludables como expresión práctica del deber de autocuidado no es una cuestión trivial, pero tampoco es prioritaria en las actuales políticas públicas sanitarias.

Los deberes de los pacientes en la normativa sanitaria se orientan como hemos visto hacia el uso adecuado y responsable de los medios. Se refieren sobre todo al respeto de los profesionales, con algunas indicaciones sobre los tratamientos, aunque la falta de adherencia no da lugar a ningún tipo de sanción, ni puede aplicarse penalidad alguna a quien no siga en absoluto las indicaciones de los profesionales.

El autocuidado es, desde mi punto de vista, una pieza esencial en la efectividad del derecho a la protección de la salud individual y colectiva. También puede ser la única forma de garantizar la sostenibilidad del sistema. No me parece extraño por ello que se realicen alegatos en su favor, desde la sanidad (Webber, Guo, Mann, 2015).

V. APROXIMACIÓN POSTPANDÉMICA Y PROSPECTIVA DE LONGEVIDAD

Los seres humanos no estamos muy capacitados para anticipar el futuro, pero no hace falta hacer cuentas complejas para saber que cada año

vivimos más y generamos más costes sanitarios, así que solo el envejecimiento activo y la autorresponsabilización pueden evitar situaciones insostenibles (García Maestro, 2016).

Este mensaje sigue faltando en las políticas públicas, desde mi punto de vista, porque difícilmente se proyectan en el largo plazo. Quizás podríamos corregir esta carencia gracias al diseño de instituciones preparadas para pensar en el futuro, pero el rendimiento real de este tipo de organismos se ha mostrado deficiente. Prospectiva y gobernanza anticipatoria ofrecen modestos resultados, cuando no estrepitosos fracasos de pronóstico (Rivero Ortega, R, 2020).

Así sucedió con la pandemia del COVID-19, que no había sido prevista en su complejidad por ninguna oficina ni centro de análisis de futuro. Los efectos de esta crisis sanitaria fueron terribles en todos los órdenes: cientos de miles de personas murieron y toda la sociedad sufrió graves consecuencias económicas y sanitarias.

Pero lo más grave no es, en mi opinión, que la pandemia encontrara indefensos a los gobiernos, que tuvieron la oportunidad de prepararse a la vista de lo que comenzó ocurriendo en China. Lo peor, creo, es que, si volviera a ocurrir algo similar, las capacidades de reacción de las instituciones sanitarias no habrían mejorado. Ni siquiera la experiencia serviría de mucho, pues un gran número de profesionales a cargo hace siete años ya se habrá retirado cuando vuelva a suceder, y quienes tengan que responder a la crisis no tendrán la misma cualificación.

Siendo esto así, ¿están nuestros sistemas sanitarios preparados para lo peor? A mi modo de ver, no, en absoluto. Y no solo no lo están para otra pandemia, sino que apenas anticipan las grandes crisis sanitarias perfectamente previsibles, derivadas de la longevidad, las enfermedades crónicas, las epidemias de diabetes, hipertensión, riesgos cardiovasculares y, cómo no, el cáncer.

En España, se han señalado ya los problemas de sostenibilidad del sistema y las dificultades de cohesión (Pemán Gavín, 2024), o el sorprendente negacionismo de vacunas en colectivos de sanitarios (Cierco Seira, 2025). Si problemas de esta envergadura y gravedad persisten, es porque no se atienden como deberían. Al contrario, las prioridades sobre el tratamiento constitucional del derecho a la protección a la salud se han ido desenfocando, hasta la más reciente propuesta de reforma constitucional, centrada solamente en la interrupción voluntaria del embarazo.

Ya ni siquiera se plantea el «blindaje» de los servicios sanitarios, equiparando su protección a la de los derechos fundamentales. En este sentido fue la modificación de la Constitución sugerida por el Partido Socialista Obrero Español en 2015, tras las medidas de ajuste derivadas de la crisis económica de 2008, agudizada en España desde 2011. Hoy, cuando se

ISBN: 978-84-7777-740-3

reactiva la iniciativa de cambio del artículo 43 de la Constitución, se centra en el aborto, asunto resuelto por la jurisprudencia constitucional hace tiempo.

Ciertamente también en Francia se reformó la Constitución en tal sentido, pero no puede decirse que las políticas de otros países europeos en lo relativo a la sanidad nos ofrezcan el mejor ejemplo. Ya he citado el caso de la Ley inglesa de prohibición del tabaco (Rimmer, 2025), cuyas consecuencias de futuro pueden anticiparse teniendo en cuenta lo que antes ocurrió con la «ley seca» y otras estrategias de ilegalización.

Por otro lado, suscita dudas la idea de diferenciar la población por generaciones, regulando con carácter limitador para franjas concretas, en función de su edad, so pretexto de garantizar la sostenibilidad de un sistema amenazado por las decisiones de sus predecesores en el tiempo. Toda una paradoja regulatoria que puede dar lugar a numerosos problemas y reacciones de diverso orden (político, social, económico).

Más razonable me parece aún hoy el mensaje sobre la prevención del artículo 43 de la Constitución Española, que incluye el deporte y la adecuada utilización del ocio.

Nuestros constituyentes fueron visionarios. Comprendieron ya entonces que los hábitos de vida de las personas afectaban sobremanera a su estado de salud. Tenían claro entonces que el autocuidado y el comportamiento individual importaban.

VI. TOMAR LOS DERECHOS EN SERIO INCLUYE LA CRÍTICA A SUS ABUSOS

Los legisladores, en cambio, han preferido expandir los derechos y obviar las obligaciones. A diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos (tras la revolución de los derechos), nuestra cultura jurídica ha sido poco propicia a la crítica de los derechos, al menos durante los últimos cuarenta años. Apenas hay debates sobre los argumentos contra su inflación: La retórica de los derechos oscurece su base social; son rígidos; resultan indeterminados; excesivamente individualistas; congelan el *status quo*. Y están descompensados en proporción con las obligaciones (Sunstein, 1999).

El sentir mayoritario en la doctrina parece apegado a las ideas de Dworkin, especialmente su tesis que concibe los derechos como triunfos individuales frente a la mayoría. Trasladada esta idea a los derechos prestacionales, o a la salud colectiva, observamos sus aporías y contradicciones, porque no deja de ser paradójico que el derecho de un individuo, concebido como triunfo, pueda poner en riesgo a la mayoría.

Olvidando la tradición jurídica continental europea, nuestra filosofía del Derecho parece seguir las tesis de Guillermo de Ockam, primer gran im-

pulsor del individualismo. Y desatiende por completo las objeciones a los derechos formuladas desde posiciones filosóficas muy respetables, desde Bentham a Marx, Bourke o Comte (Ramos Pascua, 2001).

En lo que se refiere al derecho a la salud, por supuesto, el reconocimiento de la libertad humana incluye el respeto a las decisiones de salud individual que tomen las personas. Ahora bien, si los comportamientos individuales pueden tener consecuencias dañinas para otras, generar riesgos o amenazas, los deberes habrían de ser exigibles en un estatuto completo.

Una pandemia terrible debería habernos ilustrado bastante sobre los riesgos de descuidar las obligaciones relacionadas con la protección de la salud, desde los tratamientos obligatorios hasta las consecuencias del incumplimiento de otros deberes, en la línea que avanzó en su día Edorta Cobreros.

Parece que hemos avanzado bien poco.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?», 4, 2004.

BLANC ALTEMIR, A.; CIERCO SEIRA, C. (coords.), *El derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, 2018.

BOBBIO, Norberto*, Derecha e izquierda*, Taurus, 1996.

BOUAZZA ARIÑO, Omar, «La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Salud*, 25, 2015.

CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales,* Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CIERCO SEIRA, César, «Profesión médica, libertad de expresión y vacunación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 242, 2025.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y española,* IVAP, 1988.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios*», El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* 93-94, 2021.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El derecho a la salud*, Universidad de Sevilla, 1976.

EVANS, Howell M., «Do patients have duties?», *Journal of Medical Ethics*, 2007.

GARCÍA MAESTRO, Josefa, Tirant lo Blanch, 2016.

LEMA AÑÓN, Carlos, *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson,

LEÓN ALONSO, Marta, *La protección constitucional de la salud*, La Ley, 2010.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El poder y la peste*, Iustel, 2022.

NÁJERA MORRONDO, Rafael, «El Derecho a la salud, ¿concepto teórico? Algunos problemas de la sanidad en España», *Encuentros Multidisciplinares*, 73, 2023.

PEMÁN GAVÍN, Juan María, «Debilidades en la cohesión sanitaria. Un balance tras dos décadas de vigencia de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 2024.

ISBN: 978-84-7777-740-3

PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucció*n, Trotta, 2007.
RAMOS PASCUA, José Antonio, «La crítica a la idea de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 2001.
RIMMER, Matthew, *The United Kingdom Debate ver the Tobacco and Vapes Bill,* 2025.
RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El futuro de la Universidad, Salamanca*, 2020.
RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Gobernanza anticipatoria y proactividad administrativa: las virtudes de la descentralización», *Revista Vasca de Administración Pública*, 118, 2020.
RIVERO ORTEGA, «Introducción al Derecho administrativo económico», *Ratio Legis,* 1999.
RIVERO ORTEGA, Ricardo, «La obligación: concepto y régimen jurídico de los deberes públicos», *BOE,* 2025.
RODOTÁ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, Trotta, 2014.
SEIJAS VILLADANGOS, Esther, «Desafíos del derecho a la protección de la salud en el proceso hacia su digitalización: equidad, sostenibilidad y progresividad», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 56, 2025.
SUNSTEIN, Cass R., «Rights ant their Critics», *Notre Dame Law Review*, 1999.
TAVARÉS, Suzana; RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Paradojas de los derechos sociales subjetivos», *Anuario Iberoamericano de Buen Gobierno y Calidad democrática*, 3, 2026.
VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «¿A cada necesidad un derecho? Sobre la versatilidad de los derechos sociales», *Anuario de la Facultad de Derecho e la Universidad Autónoma de Madrid*, 2025.
WEBBER, D. E.; GUO, Z.; MANN, S., *The responsibilities of the healthy: A «manifesto» for self care,* 2015.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Hacia una gestión integrada del litoral español

Francisco Javier Sanz Larruga

Catedrático de Derecho Administrativo
Director del Observatorio del Litoral
Universidade da Coruña
ORCID: 0000-0003-1045-5888

Kosta zaintzea, etxea zaintzea da

(Cuidar la costa es cuidar nuestro hogar)

Sumario. I. Planteamiento previo.—II. El imparable proceso de descentralización de la ordenación y gestión del litoral en España: evolución de la jurisprudencia constitucional y desarrollo normativo.—III. Algunos retos para el futuro de la ordenación y gestión del litoral: 1. La resiliencia de las zonas costeras ante los efectos del cambio climático. El marco de gobernanza: A. La mejorable regulación estatal de los riesgos climáticos sobre la costa. B. Las iniciativas estratégicas del Estado: el «Plan Estratégico Nacional» y el Informe ERICC-2025 (costas y medio marino). 2. La protección de las aguas costeras y en transición en el marco de la planificación espacial marina y los objetivos de protección del medio marino. 3. La política de restauración ambiental y de la naturaleza de las zonas costeras y marinas: A. El Reglamento de Restauración de la Naturaleza (RRN) de 2024. B. Las referencias del RRN a la restauración de los ecosistemas costeros. C. Las referencias del RRN a la restauración de los ecosistemas marinos. D. Los «programas nacionales de restauración» como el instrumento fundamental para su aplicación.—IV. La «gestión integrada del litoral» como paradigma para una necesaria articulación de las competencias administrativas sobre la materia: 1. La gestión integrada como principio y paradigma inspirador de la Ley gallega del litoral. 2. Un posible —y deseable— futuro de la ordenación y gestión del litoral en España. —V. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO PREVIO

La invitación a participación en este merecido libro en Homenaje a Edorta Cobreros Mendazona, con motivo de su jubilación como profesor emérito, constituye para mí un gran honor y una magnífica oportunidad de rememorar mis gratos recuerdos con personas y maestros en el País

ISBN: 978-84-7777-740-3

Vasco, ya fallecidos, que —me consta— han sido queridos colegas y cercanos al profesor que celebramos. En efecto, Javier Berriatúa San Sebastián[1] —primer director del Instituto Vasco de Administración Publica— que fue, hace casi cinco décadas, mi profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Deusto y quien mi inoculó mi vocación a la rama del Derecho que tratamos de cultivar; Demetrio Loperena Rota[2], un navarro —como yo— y gran amigo, que llegó a ser decano de la Facultad de Derecho de San Sebastián, con quien compartí muchas reflexiones sobre la sostenibilidad y el Derecho ambiental; y, ¿cómo no?, D. Ramón Martín Mateo[3], rector —que fue— de la Universidad del País Vasco —antes que magnífico de la de Alicante— y padre de los ius-ambientalistas españoles e iberoamericanos, a quien considero uno de mis más vitales maestros.

A nuestro homenajeado, el profesor Edorta Cobreros aprovecho para agradecerle que, hace ya muchos años, me invitara a formar parte del Consejo Asesor de la prestigiosa *Revista Vasca de Administración Pública* que tan dignamente dirige.

Me hubiera gustado presentar, en esta señalada ocasión, una colaboración sobre algunos de los muchos temas tratados —por el homenajeado— a lo larga y fecunda carrera universitaria, pero, al no haber coincidido con sus relevantes temas de investigación me he acogido a la propuesta de los promotores del Libro Homenaje, para abordar algunos de los «retos actuales del Derecho público». Y, como, desde principios del presente siglo XXI, he dedicado una buena parte de mi investigación a temas relacionados con el litoral (no obstante vivo y gozo del litoral en mi ciudad de adopción, A Coruña), me parecía que puedo aportar una humilde —pero sentida— colaboración sobre esta materia y, en particular, sobre los retos que tiene por delante la ordenación y gestión del litoral en España, justo en un momento crucial que, como ahora justificaré, se encuentra este tema tras una reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 2024.

Fue para mi muy estimulante participar el pasado mes de julio de 2025 en el Curso de Verano de la Universidad del País, organizado por el Gobierno Vasco, sobre los «Retos en la gestión sostenible del litoral», que tuvo lugar en el Palacio de Miramar en Donostia, con unas privilegiadas vis-

---

1 Cfr. la semblanza que sobre Javier Berriatua San Sebastián publica Edorta Cobreros en el número 87 (2010) especial de la *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 17-19.

2 Cfr. asimismo, el ejemplar dirigido por Edorta Cobreros en homenaje a Demetrio Loperena Rota y Ramón Martin Mateo —fallecidos los dos en fechas próximas, en 2013 y 2014, respectivamente— en el múltiple número 99-100 (2014) de la misma *Revista Vasca de Administración Pública*, en la que, por cierto, tuve la oportunidad de colaborar con un tema relacionado con el litoral, titulado «Ante la conflictividad ambiental que viene del mar: el caso de los sondeos petrolíferos de Canarias».

3 Ibídem.

tas a la bellísima playa de La Concha. Allí tuve la oportunidad de tratar de mi apreciado tema sobre la «ordenación y gestión del litoral», junto a prestigiosos expertos en la materia y responsables de la gestión costera de varias comunidades autónomas. El curso era muy oportuno ya que, a Euskadi, se acababan de traspasar, a finales de 2024, por parte de la Administración General del Estado, sus funciones y servicios en materia de ordenación y gestión del litoral.[4]

El objeto, por lo tanto, de esta colaboración va a consistir, en primer lugar, en relatar los hitos jurídicos más importantes de lo que venimos denominando «imparable proceso de la ordenación y gestión del litoral español» (en el apartado II) que tiene como elemento primordial, a nuestro juicio, la reciente Sentencia 68/2024, de 23 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Estado contra la Ley 4/2023, de 6 de julio, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral de Galicia (un texto legal en cuya elaboración tuve la fortuna de participar junto a la catedrática de Derecho Administrativo de mi Universidad de A Coruña, Marta García Pérez), con una decisión sumamente relevante para el futuro de la gestión por parte de las comunidades autónomas litorales del dominio público marítimo-terrestre.

No obstante, como se trata de hablar de «retos» —que muy apropiadamente, a nuestro propósito, define el *Diccionario de la Real Academia Española* (formulados en plural) como: «objetivos o empeños difíciles de llevar a cabo y que constituyen por ello un estímulo a un desafío para quien los afronta»— abordaremos en el III epígrafe de este trabajo —de forma necesariamente compendiada— una serie de retos jurídicos que tiene por delante la ordenación y gestión del litoral español; retos que tienen que ver con los efectos del cambio climático sobre las zonas costeras, con la nueva política de planificación de los espacios marítimos, con la necesaria interacción tierra-mar sobre las aguas costeras y en transición y sobre los futuros objetivos de restauración de las zonas costeras y marinas. Y, por supuesto, sobre la necesaria gestión coordinada, colaborativa y participada —«integrada» es el concepto técnico que resume muy bien todo lo anterior— en la ordenación y gestión del litoral de las administraciones públicas que cuentan con competencias sobre el litoral, desde la Administración General del Estado hasta las entidades locales costeras, pasando por las administraciones autonómicas que, a mi juicio, están llamadas a desempeñar, en el presente y en el futuro, una función protagonista en esta tarea (cfr. el apartado IV).

4 Cfr. el traspaso instrumentalizado mediante el Real Decreto 1310/2024, de 23 de diciembre.

ISBN: 978-84-7777-740-3

II. EL IMPARABLE PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN DE LA ORDENACIÓN Y GESTIÓN DEL LITORAL EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO NORMATIVO

Sobre la base de la Constitución Española de 1978 —que proclama al Estado como titular de los bienes del dominio público marítimo-terrestre (*ex*. art. 132,2)—, la Administración General del Estado ha sido, en los primeros pasos de la España democrática, la protagonista en la protección de la costa. Sin embargo, las comunidades autónomas con litoral (diez en España) fueron desarrollando, en virtud de sus respectivos estatutos de autonomía —desde el año 1979 en que se aprobaron los primeros, el del País Vasco y de Cataluña—, la específica competencia sobre «ordenación del litoral»[5]. Además, el ejercicio de estas competencias autonómicas sobre el litoral (fundamentalmente, sobre ordenación del territorio y urbanismo) generó diversos conflictos de competencias con el Estado que el Tribunal Constitucional fue resolviendo sucesivamente (cfr. las SSTC 227/1988, 149/1991 y 198/1991).

La LC contiene un Título específico (el VI) sobre las «competencias administrativas» en la que se especifican, sobre todo, las competencias de la Administración General del Estado (arts. 110 a 113) y de forma, mucho más limitada, las competencias de las comunidades autónomas en «las materias de ordenación territorial y del litoral, puertos, urbanismo, vertidos al mar (…)» (art. 114); y, finalmente, se contemplan las «competencias municipales» restringida a la emisión de informes sobre actuaciones del Estado, para explotar los servicios de temporada y para «mantener las playas y lugares de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad (…)» (art. 115)[6].

Pese a ese protagonismo inicial del Estado en la gestión y protección del litoral, las comunidades autónomas han ido ganando un papel creciente en esta materia, en parte, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los contenidos del referido título competencial autonómico de ordenación del litoral. Si en los comienzos el Alto Tribunal solo reconocía las competencias autonómicas sobre la parte terrestre del litoral (lo que se ha denominado por la doctrina «teoría de la territorialidad de las competencias autonómicas», poco a poco, esta tesis ha ido presentando algunas quiebras. En efecto, el Tribunal Constitucional ha ido reconociendo ciertas

---

5 Cfr. las monografías de Zamorano Wisnes, J.: *La ordenación del litoral: una propuesta de gestión integrada*. La Ley, Madrid, 2013, y de Torres Barquilla, Y.: *La ordenación del litoral: un desafío para legisladores y administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2024.

6 Sobre las competencias administrativas en materia de costas vid. la reciente y valiosa monografía del autor intelectual de la Ley de Costas de 1988, el prof. A. Menéndez Rexach: *Compendio de Derecho de Costas*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 251-289. El autor reconoce que el esquema de la Ley de Costas de 1988 «era netamente *estatalista*» (p. 251).

competencias autonómicas sobre las «aguas interiores» (cfr. SSTC 36/1994 y 102/1995), sobre el «mar territorial» (cfr. la STC 38/2002) y para colaborar en la protección del medio marino (cfr. STC 102/1995) e incluso en el caso de espacios marinos protegidos en los que existe «continuidad ecológica» con espacios naturales terrestres de competencia autonómica (cfr. STC 99/2013)[7].

En virtud de sus competencias estatutarias, las diez comunidades autónomas costeras españolas, desarrollaron sobre la parte terrestre de su litoral diversas iniciativas de naturaleza territorial y urbanística (principalmente, Planes y Estrategias de ordenación del litoral)[8].

Un paso más en la profundización de la descentralización administrativa sobre la gestión del litoral fue la reforma de algunos de los estatutos de autonomía. El primero de todos fue el caso del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña —aprobado por Ley Orgánica 6/2006— donde se desarrolló el específico título competencial sobre «ordenación del litoral» (art. 149). Tras pasar el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (cfr. STC 31/2010), se produjo el traspaso de medios y servicios del Estado a Cataluña sobre las competencias de gestión estatal sobre el dominio público marítimo-terrestre[9]. Luego seguirían las reformas de los estatutos de las comunidades autónomas litorales de Islas Baleares (por Ley Orgánica 1/2007), Andalucía (por Ley Orgánica 2/2007) y Canarias (por Ley Orgánica 1/2018)[10].

Después seguirían el mismo camino que Cataluña sobre el traspaso de medios y servicios en materia de ordenación del litoral, las comunidades autónomas de Andalucía (en 2011), las Islas Canarias e Islas Baleares (en 2022) y, más recientemente, País Vasco (en 2024) y Galicia (en 2025)[11].

---

7 Cfr. sobre esta evolución de la jurisprudencia constitucional el trabajo de García Perez, M.: «Autonomía y dominio público marítimo-terrestre: la problemática competencial sobre el DPMT en el marco del Estado de las Autonomías», *Autonomía, costas y litoral* / coord. por J. M. Trayter Jiménez, 2023, Generalidad de Catalunya, Barcelona, pp. 223-256.

8 Cfr. la monografía de Torres Barquilla, Y.: *La Ordenación del litoral…*, cit., pp. 281-360.

9 Cfr. la monografía de Aguirre i Font, J. M.: *El régimen jurídico del litoral catalán: especial referencia a la reforma de la Ley de Costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014.

10 En el caso del Estatuto de Canarias reformado su ámbito espacial —recogido en su art. 4.º— permite vislumbrar una clara extensión de sus competencias sobre que «comprende el archipiélago canario, integrado por el mar y las siete islas con administración propia…». Cfr. al respecto el trabajo de Lobo Rodrigo, A.: «El mar como parte integrante del ámbito territorial de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 107 (2020), pp. 19-50.

11 Cfr. el trabajo de Lobo Rodrigo, A.: «La actual situación de los traspasos en materia de costas en España: una tarea inacabada», *Observatorio de Políticas Ambientales 2025*, coord. por G. García-Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López, BOE, 2025, pp. 543-573

ISBN: 978-84-7777-740-3

La Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley 8/2020, de Protección y Ordenación del Litoral, que es la primera Ley autonómica sobre ordenación del litoral de España y que, a pesar de haber sido recurrida por el Estado, el Tribunal Constitucional reconoció su validez (cfr. STC 18/2022)[12]. Posteriormente, la Comunidad Autónoma de Galicia promovió la Ley 4/2023, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral, más ambiciosa en cuanto a su alcance y contenidos que la Ley catalana[13]. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la Ley gallega confirmando la validez de la casi totalidad de los artículos impugnados por el Estado; en la STC 68/2025, el Alto Tribunal da un verdadero «giro jurisprudencial» reconociendo a todas las comunidades autónomas litorales la competencia para la gestión ordinaria de los títulos habilitantes que venía administrando la Administración General del Estado[14]. Un nuevo e importante paso en la descentralización de la gestión del litoral en España.

Finalmente, la Comunidad Autónoma del País Valenciano siguió los pasos de la gallega y aprobó la Ley 3/2025, de 22 de mayo, de protección de la Costa Valenciana[15]. Y, en estos momentos, otras comunidades autóno-

---

12 Sobre las consecuencias de esta STS sobre las competencias de gestión de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el dominio público marítimo-terrestre el trabajo de Eguinoa de San Román, R.: «La gestión del dominio público marítimo-terrestre tras las SSTC 31/2010 y 18/2022», *Revista de Administración Pública,* n.º 222 (2023), pp. 181-208.

13 Cfr. nuestro trabajo García Pérez, M. y Sanz Larruga, F. J.: «Un paso más en la descentralización del litoral en España: la Ley 4/2003, de 6 de julio, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral de Galicia», *La ordenación y gestión del territorio en tiempo de transiciones* / coord. por Joaquín Farinós i Dasí, 2024, pp. 169-180.

14 Sobre esta Sentencia cfr. mi trabajo: Sanz Larruga, F. J.: «Una nueva etapa en la ordenación y gestión del litoral en España», *Anuario de Derecho Ambiental-Observatorio de Políticas Ambientales 2025*, G. García-Álvarez, J. Jordano Fraga, B. López Cutanda y A. Nogueira López (coords.), CIEMAT-CIEDA-BOE, Madrid, 2025, pp. 525-542. También los comentarios muy críticos a la misma —sobre la ampliación del contenido de la ordenación del litoral— de Menéndez Rexach en su *Compendio de Derecho de Costas*, cit. (cfr. en particular, su Capítulo IV, números 35 y 36 y su Capítulo X, número 2.2) y también, en parecida dirección, la crítica de Valencia Martín, G: «Una decisión sorprendente: la competencia autonómica generalizada para la gestión de títulos de uso y ocupación del dominio público marítimo-terrestre», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 159 (8 de septiembre de 2025). Y, finalmente, desde una perspectiva más positiva al cambio jurisprudencial representado por la STC 68/2024 el trabajo de Torres Barquilla, Y.: «Una ¿nueva? competencia de ordenación del litoral a raíz de los últimos acontecimientos legislativos y jurisprudenciales», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 164 (3 de febrero de 2026).

15 Sobre esta Ley, el Estado ha planteado el Recurso de inconstitucionalidad 1550/2026, en relación con la disposición adicional 4, y lo indicado del art. 17 y la disposición final 1, con suspensión, desde el 3 de abril de 2026, de vigencia y aplicación de los preceptos impugnados y, desde el 26 de febrero de 2026, para las partes legitimadas (Ref. *BOE*-A-2026-7556). El Recurso específica que se refiere únicamente «a los conjuntos de edificaciones residenciales, comerciales o vinculados a actividades económicas tradicionales objeto de la norma impugnada en cuanto incumpla la normativa estatal en materia de costas».

mas litorales están preparando iniciativas similares (Islas Baleares e Islas Canarias).

III. ALGUNOS RETOS PARA EL FUTURO DE LA ORDENACIÓN Y GESTIÓN DEL LITORAL

De forma necesariamente sumaria apunto seguidamente algunos de los retos que, en mi opinión, tiene por delante la ordenación y gestión del litoral en España, aunque he dejado —por su relevancia— para el apartado IV el reto que me parece más trascendental que es la adecuada articulación de todas las competencias administrativas implicadas (que se conoce también bajo a expresión «gobernanza multinivel»). Nos referimos al litoral en sentido amplio —que abarca la zona marítima, la marítimo-terrestre y la terrestre de influencia litoral— siguiendo, principalmente, los trabajos del prof. Barragán Muñoz[16] y que tiene en cuenta las «interacciones tierra-mar»[17].

1. La resiliencia de las zonas costeras ante los efectos del cambio climático. El marco de gobernanza

A) La mejorable regulación estatal de los riesgos climáticos sobre la costa

Los efectos del cambio climático son ya conocidos desde hace mucho tiempo por parte de los organismos internacionales como el «Panel Intergubernamental del Cambio Climático» (más conocido por sus siglas en inglés, IPCC)[18]. Y, en España, los expertos del Instituto de Hidráulica Ambiental

---

16 Así, entre otros, sus trabajos: *Las áreas litorales de España: del análisis geográfico a la gestión integrada*, Ariel, Madrid, 2004 y *Política, gestión y litoral: una nueva visión de la Gestión Integrada de las Áreas Litorales*, Tebar Flores, UNESCO, 2014. Una concepción amplia del litoral que, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, se ha recogido en la Ley 4/2023, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral de Galicia, definido en su art. 2.1 como: «la franja de anchura variable, a ambos lados de la ribera del mar, en la que se produce la interacción entre la naturaleza, las comunidades humanas y las actividades socioeconómicas que se sustentan en la existencia o influencia del mar» y, más precisamente, se concreta en el art. 2.2 el «ámbito de aplicación» del siguiente modo: «el litoral de Galicia se extiende hacia el interior, hasta el límite administrativo de los ayuntamientos costeros o, cuando lo supere, el límite interior de los espacios naturales que radiquen en ellos; y mar adentro, hasta el límite exterior del mar territorial».

17 Cfr. mi trabajo: Sanz Larruga, F. J.: «La planificación espacial marina, la interacción tierra-mar y su incidencia sobre las competencias autonómicas», *Autonomía, costas y litoral* / coord. por J. M. Trayter Jiménez, 2023, Generalidad de Catalunya, Barcelona, pp. 167-196.

18 El IPCC viene constatando que la evidencia de las amenazas que la para la integridad y la protección de las zonas costeras suponen los efectos del cambio climático; lo cual se corrobora con mayor crudeza y profundidad en uno de sus Informes especiales: *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, hecho público a finales de septiembre de 2019.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de Cantabria (IHAC) han venido asesorando sobre esta materia en muchos proyectos para el Ministerio español de Transición Ecológica[19].

Desde la perspectiva jurídica, el Acuerdo de París sobre Cambio Climático de 2015 (en vigor desde finales de 2016) aborda esta temática desde la perspectiva de los objetivos e instrumentos de adaptación (cfr. su art. 7). En España, la recepción de la problemática del cambio climático sobre las zonas costeras se produjo a nivel estatal, primero, con motivo de la promulgación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de la Ley de Costas y, en segundo lugar, con la aprobación de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética[20]. La abundantísima doctrina jurídica-administrativa que ha analizado estos textos normativos ha sido muy crítica con sus contenidos por tratarse de unas soluciones jurídicas calificadas de superficiales, insuficientes, incompletas, cortoplacistas y, en ocasiones, erráticas técnicamente[21]. No son pocos los que reclaman reformar

---

19 En el País Vasco es muy conocido el trabajo desarrollado por AZTI (Fundación privada sin ánimo de lucro, integrada en el *Basque Research and Technoloy Alliance*) con trabajos relacionados con la resiliencia costera y, en particular, con la promoción —desde el 2015— de los Congresos Internacionales que, bajo la sugerente expresión Uhinak («Las olas»), han girado en torno a cómo afectan el cambio climático y los fenómenos externos las zonas costeras. Cfr. *su página web.*

20 En particular, su art. 20 sobre la consideración del cambio climático en la planificación y gestión del dominio público marítimo-terrestre.

21 Antes de la aprobación de la Ley de 2013 cfr. los trabajos de Navarro Ortega, A.: «La protección del medio ambiente marino y costero y la política ambiental comunitaria y la lucha contra el cambio climático», en *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente,* (eds.) Pérez Alonso, E. y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 219-247; Navarro Rodríguez, P.: «La protección del litoral español frente al cambio climático. Coordinación y colaboración para una gestión integrada de las zonas costeras», en *La protección del patrimonio litoral*, coord. Pérez Gálvez, y Alenza García, J. F. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 791-854. Sobre el contenido de la Ley de 2013: cfr. los trabajos de García Pérez, M. y Sanz Larruga, F. J.: «Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas», en *La nueva regulación de las costas: Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, J. L. Carro Fernández-Valmayor (coord.), Santiago de Compostela, 2014; Sanz Larruga, F. J.: «Cambio climático y zonas costeras. Aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las administraciones locales», *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica*, S. Galera Rodrigo, M. M. Gómez Zamora (coords.), 2018, pp. 559-592; Sanz Larruga, F. J.: «Ordenación del litoral y adaptación al cambio climático: ¿es suficiente la respuesta jurídica del Estado español?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 102 (2020), pp. 11-139 ; Sanz Larruga, F. J.: «La resiliencia ambiental como principio y como objetivo frente a la vulnerabilidad. Su aplicación al caso de las zonas costeras», *Viejos y nuevos principios del derecho ambiental,* S. M. Álvarez Carreño (coords.), B. Soro Mateo y, J. Jordano Fraga (dirs.), 2021, pp. 73-84; Arroyo Yanes, L. M.: «El tratamiento del cambio climático en la legislación de costas», en *El litoral de Andalucía. Norma y naturaleza*, (eds.) Rodríguez Vidal, J. y Núñez Lozano, M. C., Universidad de Huelva, Huelva, 2015, pp. 227-253; Arroyo Yanes, L. M.: «La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral», en *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*, M. C. Núñez Lozano (dir.); Tirant Lo Blanch, Valencia,

este grupo normativo para adaptarlo fielmente a las nuevas condiciones que presentan los efectos del cambio climático sobre las zonas costeras y, en definitiva, para hacerlas más resilientes a sus previsibles riesgos.

B) Las iniciativas estratégicas del Estado: el «Plan Estratégico Nacional» y el Informe ERICC-2025 (Costas y medio marino)

En cuanto a las iniciativas estratégicas del Estado español en esta específica materia destacan dos: de una parte, el «Plan estratégico Nacional para protección de la costa española considerando los efectos del cambio climático» (en adelante, PENPCE), publicado por el Ministerio de Transición Ecológica y para el Reto Demográfico en enero de 2023[22], y, de otra parte, el

---

2016, pp. 409-450; Navarro Rodríguez, P. y Montes Worbys, F.: «Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz del proyecto de modificación de la Ley de Costas», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 84 (2012), pp. 135-176; Núñez Lozano, M. C.: «El dominio público marítimo-terrestre en situación de regresión grave», en *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*, M. C. Núñez Lozano (dir.); Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 451-480; y Pons Cánovas, F.: «Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático después de la reforma de la normativa costera», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 312 (2019), pp. 125-182. Y, sobre el art. 20 de la Ley de Cambio Climático, cfr. los trabajos de: García Pérez, M. y Sanz Larruga, F. J.: «A propósito del art. 20 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética: un *déjà vù* desde el Observatorio del Litoral», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 113 (2021), pp. 64-71. Y, también, los trabajos de Aguirre i Font, J. M.: «La adaptación del espacio marítimo al cambio climático de los planes de ordenación del espacio marítimo a la necesaria gestión integrada de las zonas costeras», *Nuevo Derecho de los océanos: la protección del medio marino ante el cambio global* / coord. por Alberto Olivares Gallardo, 2022, pp. 175-200; García Pérez, M.: «Cambio climático y planificación y gestión del dominio público marino-terrestre», *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella*, J. F. Alenza García, Lorenzo Mellado Ruiz; Íñigo Del Guayo Castiella (hom.) , 2022, , pp. 481-502; Mendilibar Navarro, P.: «La regresión de la costa: aproximación jurídica a las medidas estatales y autonómicas adoptadas en la Comunidad Valenciana», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 158 (2025); Navarro Ortega, A.: «Estrategias de adaptación al cambio climático en España: un análisis de riesgos centrado en la legislación de costa, *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico*, E. Morelle Hungría (coord.); M. Ortiz García y F. J. Sanz Larruga (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 455-489.

22 Los cinco documentos que integran este «Plan Estratégico Nacional» que son los siguientes:

—El primero relativo a «La protección de la costa de España: diagnóstico de la situación actual».
—El segundo que contienen propiamente, el «Plan Estratégico Nacional para la protección de la Costa considerando los efectos del cambio climático».
—El tercero, es una «Guía para análisis regional del riesgo de erosión e inundación costera considerando los efectos del cambio climático».
—El cuarto, es una «Guía para el desarrollo de estrategias regionales para la protección de la costa considerando los efectos del cambio climático» y, por último,
—El quinto contiene una serie de «Lecciones y recomendaciones basadas en las prácticas y estrategias de gestión de la protección de la costa en la Unión Europea.

Se pueden consultar *en la página web* (accedido el 14.05.26).

ISBN: 978-84-7777-740-3

«Informe ERICC-2025: evaluación de riesgos e impactos derivados del cambio climático en España» (en adelante, ERICC-2025)[23] que fue hecho público en octubre de 2025, ambos cuentan con el asesoramiento del Instituto de Hidráulica Ambiental de Cantabria.

De estas dos iniciativas estratégicas estatales nos quedamos solo con las ideas que tienen que ver con la gobernanza.

Sobre el PENPCE destacamos, en cuanto a su «marco de gobernanza» (centrado en la coordinación institucional y los procedimientos relacionados con la toma de decisiones y la implementación de las medidas de gestión), que pone de relieve, como «debilidad», la «complejidad del desarrollo normativo, su implementación y vigilancia» y, como «amenaza», la «limitación de recursos humanos, materiales y económicos». Sin embargo, se indican como «fortalezas» la capacitación del personal de la Dirección General de Costas y del Mar y la «planificación estratégica para la protección de la costa con base en el mejor conocimiento científico», y como «oportunidad» el «fomento de una cultura de gestión de la costa inclusiva (concienciación del público, procesos participativos y coordinación y colaboración ente administraciones)[24]. Desde la perspectiva jurídica nos llama la atención el primer programa de actuación «para el impulso de la gestión integrada y la mejora del marco de gobernanza» que, a su vez, comprende una serie de «actuaciones estratégicas» entre las que se encuentran la relativas a la «revisión de normativas y procedimientos»[25] y la «adopción de acuerdos para la coordinación entre las administraciones»[26].

Conscientes los autores del PENPCE que la evaluación de riesgos en la costa española y sus estrategias de protección debe hacerse pormenorizadamente se ha segmentado la costa en 25 unidades de análisis[27], en cada una de las cuales han de elaborarse «estrategias regionales». Para tal fin, el Plan está acompañado de dos guías, la primera es una «Guía para análisis regional del riesgo de erosión e inundación costera considerando los efectos del cambio climático» y la segunda es una «Guía para el desarrollo de estrategias regionales para la protección de la costa considerando los efectos del cambio climático». Por último, el Plan está acompañado de unas «Lecciones y recomendaciones basadas en las prácticas y estrategias de

---

23 En particular, nos interesa aquí su capítulo relativo a «Costas y medio marino» (accedido el 14.05.26).

24 Cfr. las pp. 27 a 29 del Plan.

25 Cfr. pp. 43 y 44. Más concretamente, se prevé la identificación de normativas y procedimientos para proceder a su simplificación, incluida la revisión de la Ley de Costas y de su Reglamento.

26 Cfr. pp. 44 y 45. Se incluye entre sus actuaciones específicas el «mapeo del marco de gobernanza para ilustrar roles, relaciones entre instituciones, déficits y solapes».

27 Las 25 unidades de análisis coinciden con las 23 provincias españolas costeras y las 2 ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

gestión de la protección de la costa en la Unión Europea» de las que, a los efectos de este trabajo, destacamos, en primer lugar, con relación al objetivo estratégico de «liberación del DPMT», a modo de ejemplo, la necesidad de «revisar la definición legal y el deslinde del DPMT» y la necesidad de «coordinarse con el proceso de ordenación del espacio marítimo que engloba los dominios públicos marítimo y costero»[28]. Y, por lo que se refiere al apartado sobre la «mejora de la gobernanza», «realizar un mapeo más detallado del marco de gobernanza de los gobiernos centrales, regionales y locales para aclarar todas las funciones y competencias vinculadas a la implementación del Plan Estratégico Nacional»[29].

Por lo que se refiere al Informe ERICC-2025, a los efectos de este trabajo (enfocado principalmente a los aspectos jurídicos), me parece que los más destacable son los relativos a la «gobernanza de riesgo», donde se ponen de manifiesto muchos criterios de actuación pública para la protección de las zonas costeras y el medio marino ante los efectos del cambio climático y, en definitiva, para mejorar su resiliencia ante el mismo. De los recogidos en cada uno de los cuatro «riesgos clave» destacamos los siguientes:

— La existencia de un «marco normativo complejo» con «coexistencia de instrumentos de planificación hidrológica, costera y urbanística» (cfr. riesgo RR6.1)[30].
— Ante la «distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno (Estado, CCAA y ayuntamientos) se requieren «mecanismos de coordinación interinstitucional) (cfr. riesgo RR6.1)[31].
— Oportunidades para «mejorar la implicación del sector privado y fortalecer la participación ciudadana» (especialmente en los casos de «retirada planificada») (cfr. riesgo RR6.1)[32].
— La «evaluación continua y el ajuste adaptativo de las medidas implementadas» (cfr. riesgo RR6.1)[33].
— La «actualización de los planes de emergencia a nivel municipal y autonómico» y la coordinación entre niveles de gobierno (...) para gestionar infraestructuras críticas, servicios básicos y protección civil (…)» (cfr. riesgo RR6.2)[34].

---

28 Cfr. p. 15 del documento de «Lecciones y recomendaciones…», cit.

29 Cfr. p. 18 del documento de «Lecciones y recomendaciones…», cit. Añade el documento en este punto que «esto lleva tiempo, pero una vez logrado facilitará la colaboración entre los distintos niveles de gobierno y fomentará la participación de los agentes clave, siendo una manera de identificar fortalezas y debilidades».

30 Cfr. p. 744 del Informe ERIC-2025.

31 Ibídem.

32 Ibídem.

33 Ibídem.

34 Cfr. p. 758 del Informe ERICC-2025.

ISBN: 978-84-7777-740-3

— La «incorporación del riesgo de inundación en los instrumentos de ordenación del territorio» (cfr. riesgo RR6.2)[35].
— La «coordinación entre autoridades portuarias, puertos del Estado y administraciones locales» (cfr. riesgo RR6.3)[36].
— La actuación coordinada sobre la biodiversidad y los recursos marinos y costeros entre las tres administraciones (Administración del Estado, comunidades autónomas y entidades locales) (cfr. riesgo RR6.4)[37].

Por consiguiente, todos estos criterios de carácter normativo, de panificación, de evaluación de riesgos, de organización administrativa y de relaciones interadministrativas son fundamentales para que pueda funcionar un sistema de adaptación al cambio climático tan complejo como el que se orienta hacia el medio marino y las zonas costeras.

Finalmente, con referencia a las nuevas leyes autonómicas sobre ordenación y gestión del litoral y a sus instrumentos para abordar el problema del cambio climático, destaco solo, de una parte, el art. 62 de la Ley gallega 4/2013 que recoge una «norma adicional de protección» sobre «resiliencia costera»[38]; y, asimismo, de otra parte, el art. 48 de la Ley 3/2025, sobre la costa valenciana relativa a los «estudios sobre estabilidad costera»[39].

2. La protección de las aguas costeras y en transición en el marco de la planificación espacial marina y los objetivos de protección del medio marino

Desde el campo científico se ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación —interacción— entre la gestión y protección de las aguas continentales y la de las aguas marinas, pero, en particular, de las más cercanas a

35 Ibídem.

36 Cfr. p. 771 del Informe ERICC-2025.

37 Cfr. p. 783 del Informe ERICC-2025.

38 En virtud de esta norma se obliga a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia para que realice «estudios de resiliencia del litoral de Galicia que permitan considerar los riesgos asociados a los efectos del cambio climático, tanto en el diseño de los instrumentos de ordenación como en la adopción de decisiones sobre usos del litoral. También establece el condicionado que según el grado de resiliencia tendrán los títulos de ocupación del DPMT y, en todo caso, para su otorgamiento o para determinar el plazo de vigencia del mismo (cfr. art. 62.4 y 5).

39 Se establece en este artículo 48.1 que «sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de costas, la Generalitat Valenciana podrá realizar estudios del litoral que permitan considerar los riesgos asociados a los efectos de los cambios meteorológicos y climáticos. En el diseño de los instrumentos de ordenación y en la adopción de decisiones sobre usos del litoral, se deberán considerar esos estudios».

la costa: las aguas costeras y en transición[40]. Son evidentes las consecuencias que tiene la mala gestión de las aguas en la cabecera de los ríos o en la parte continental de las masas de agua continentales, por ejemplo, sobre los vertidos contaminantes que acaban en su curso bajo o llegan a su desembocadura en el mar; o sobre la reducción de aporte de sedimentos y áridos al mar por la artificialización de los cauces y construcción de infraestructuras hidráulicas[41].

La evidente «interacción tierra-mar» que se produce en los ecosistemas acuáticos se ha puesto de manifiesto con la aprobación de otras importantes normas de la Unión Europea —además de la Directiva 2000/60/CE (Directiva Marco del Agua-DMA)— como la Directiva 2008/56 CE (Directiva Marco sobre la Estrategia Marina) y la Directiva 2014/89/UE (Directiva Marco para la ordenación del espacio marítimo), ambas transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 41/2010 de Protección del Medio Marino y el Real Decreto 363/2017, respectivamente. Ante la necesidad de cohonestar la consecución de los respectivos objetivos de las tres Directivas citadas, la doctrina viene reclamando la necesidad de promover para tal fin la gestión integrada del litoral[42].

La doctrina jurídica más autorizada, teniendo en cuenta este complejo panorama jurídico de las aguas costeras —sobre las que se proyectan, entre otras, de un modo u otro la regulación hidrológica, de protección del medio marino y de la ordenación espacial marina— ha puesto su atención en este tema para reflexionar acerca de cómo debe articularse la ordenación

---

40 Cfr. entre los muchos trabajos científicos que podrían citarse el de: Vidal-Abarca, M. R., Salat, J., Ollero Ojeda, A.: «La gestión sostenible de ecosistemas acuáticos continentales, aguas costeras y de transición: hábitats, biodiversidad y funciones hidrogeomorfológicas», *El Agua, perspectiva ecosistémica y gestión integrada*, L. del Moral Itaurte, P. Arrojo Agudo y A. Herrera Grao (coords.), Fundación Nueva Cultura del Agua, Zaragoza, 2015.

41 Es muy expresivo, en este sentido, el título de la monografía científica de Magdaleno Mas, F.: *¿Debe el agua de los ríos llegar al mar? La gestión medioambiental del agua en España*, Catarata-Fundación Alternativas, Madrid, 2011.

42 Desde la perspectiva geográfica destaca la obra científica desplegada por el profesor J. M. Barragán Muñoz de la Universidad de Cádiz y su grupo de investigación sobre «planificación y gestión de áreas litorales». Desde el punto de vista del Derecho, un trabajo significativo de esta orientación temática es el libro colectivo coordinado por M. García Pérez y dirigido por F. J. Sanz Larruga: *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*. Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009. Y, por otra parte, un interesante intento de acercamiento entre la normativa de aguas y la de costas se encuentra en la —todavía inédita— tesis doctoral de Navarro Ortega, A.: *El régimen jurídico de las aguas en transición: un punto de encuentro entre la legislación de aguas y la de costas*, Universidad de Granada, 2014. Mas recientemente trato de estos temas en mi trabajo: Sanz Larruga, F. J.: «Mirando los ríos desde el mar: la gestión de las aguas costeras y en transición», *El Derecho de Aguas en España cuarenta años después*, C. Cierco Seira y B. Belando (coords.), AEPDA-INAP, Madrid, 2026, pp. 651-659.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de esta materia[43]. El profesor Menéndez Rexach declara, de una parte —al tratar de las «interacciones tierra-mar»— que «cualquiera que sea la entidad competente hay que armonizar la ordenación del litoral terrestre y la de las aguas costeras (que podrían considerarse como el litoral marítimo) con sus respectivos instrumentos de planificación y la del espacio marítimo, con los nuevos Planes de ordenación del espacio marítimo»[44]; y de otra parte, en su explicación sobre la articulación de los planes de ordenación del espacio marino (POEM) y las estrategias marinas, llega a la conclusión de que éstas «no son parte de los POEM sino una pieza autónoma de ordenación, previa a los POEM, y que lo vinculan en cuanto a los objetivos ambientales», las Estrategias marinas son «un prius que los condiciona desde la óptica de la protección del medio marino»[45].

La profesora Caro-Patón, por su parte, pone de manifiesto las dificultades experimentadas en los dos primeros ciclos de la planificación hidrológica (2009-2015 y 2016-2021) para la aplicación de la metodología y el esquema de protección de la DMA sobre las aguas costeras y en transición: «hasta ahora los planes hidrológicos han sido sobre todo de papel» y —añade— que hay una «falta de toma de conciencia de que los planes hidrológicos son instrumentos clave para la protección del litoral»[46]. Pero, al mismo tiempo, señala que los nuevos Planes hidrológicos del Tercer Ciclo (2022-2027) «tienen la gran virtud de proyectar una imagen muy certera de los principales problemas de cada demarcación (incluidas las aguas costeras y en transición) y reivindica la necesidad de vincular la planificación hidrológica con los instrumentos de ordenación del territorio y urbanismo[47]; además, se llama la atención sobre la importancia de aplicar una gestión integrada de las zonas costeras[48]; concluye la autora subrayando la necesidad de asumir la «trascendencia de

---

43 Cfr. en particular los trabajos de Caro-Patón Carmona, I.: «Planificación hidrológica, ordenación del territorio y contaminación marina», *Derecho y Agua en el Horizonte 2030*, G. García-Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 53-74; Menéndez Rexach, A.: «La transposición de la Directiva de Ordenación del Medio Marino al derecho interno español: problemas de aplicación a las aguas costeras», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 342 (2020), pp. 127-167; Navarro Ortega, A.: «Planificación ambiental de las aguas costeras: las interacciones tierra-mar y el régimen de prelación entre los instrumentos de ordenación marinos, marítimos e hidrológicos», *Planificación del espacio marino; aplicación en España de la Directiva Marco 2014/89/UE*, A. Menéndez Rexach y B. Rodríguez-Chaves Mimbrero (dirs.), RDU ediciones, 2022, pp. 529-570; y Ortiz de Tena, M. C.: «Planificación y protección de las aguas costeras y de transición», *Estudios jurídicos sobre el litoral*, M. C. Núñez Lozano (dir.), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2016.

44 «La transposición de la Directiva de Ordenación del Medio Marino…», cit., p. 152.

45 Ibídem. p. 165.

46 «Planificación hidrológica, ordenación del territorio y contaminación marina», cit., p. 68.

47 Ibídem.

48 Ibídem, p. 67.

la Directiva Marco del Agua para las zonas costeras» lo cual supone que «ante todo asumir que se han de seleccionar medidas que resulten proporcionadas para alcanzar los objetivos que sean alcanzables» y que, en proceso de elaboración de la planificación hidrológica, se asegure la intervención de las distintas autoridades competentes, lo cual «ha de servir para asegurar una imprescindible coordinación y cooperación y facilitar que se incorporen las medidas factibles que correspondan y que pueden legítimamente condicionar la ordenación de los usos del suelo»[49].

El profesor Navarro Ortega —en su estudio sobre la coordinación y compatibilización de los instrumentos hidrológicos, de protección del medio marino y de ordenación espacial marina— destaca, como medio para alcanzar los objetivos de protección del medio marino, que es imprescindible gestionar de manera coordinada las estrategias ambientales que se proyectan sobre el litoral y que van dirigidas a proteger los mares, lo cual requiere un planteamiento holístico de gestión integrada de litoral[50]; para tal fin se analizan los objetivos sobre el «buen estado ambiental» y los «programas de medidas» correspondientes como «instrumentos de cohesión funcional»[51], y se incide en las técnicas de coordinación y colaboración interadministrativas para la protección de las aguas costeras por parte de las autoridades competentes[52], generando un espacio de participación y co-decisión[53].

Por último, la profesora Ortiz de Tena recuerda que en la Ley de Aguas de 1986 las aguas marítimas y continentales eran objeto de una regulación común y que esta situación duraría hasta la Ley de Aguas de 1879 (precedente de la Ley de 1985)[54]. Según esta autora, «las zonas o espacios en los que naturalmente confluye el dominio público marítimo-terrestre y el dominio público-hidráulico, deberían ser objeto de tratamiento unitario o común y de una acción coordinada de las distintas administraciones públicas»[55].

En definitiva, los cuatro autores antes citados coinciden en afirmar que, para una adecuada gestión de las aguas costeras y en transición es preciso promover la llamada gestión integrada de las zonas costeras, de la que trataremos en el apartado IV de este trabajo.

---

49 Ibídem, p. 74.

50 «Planificación ambiental de las aguas costeras…», cit., p. 541.

51 Ibídem, pp. 550 y ss.

52 Ibídem, pp. 561 y ss.

53 Ibídem, p. 568.

54 «Planificación y protección de las aguas costeras…», cit., pp. 511 y 512.

55 Ibídem, p. 515.

ISBN: 978-84-7777-740-3

3. La política de restauración ambiental y de la naturaleza de las zonas costeras y marinas

A) El Reglamento de Restauración de la Naturaleza de 2024

La aprobación —tras un polémico y tortuoso proceso en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea— del Reglamento de la Unión Europea 2024/1991, relativo a la restauración de la naturaleza (en adelante, RRN), supone un importante hito en la política y el Derecho del medio ambiente y, en particular, sobre la protección y gestión ambiental de las costas y espacios marinos[56]. Ante el relativo fracaso de las medidas de prevención y conservación sobre la biodiversidad en la Unión, la restauración ambiental se presenta como una de las claves de bóveda de su futura política ambiental. No obstante, la técnica de la restauración ambiental no es una novedad y, también, en el ámbito jurídico ha venido utilizándose, si bien con un carácter reactivo, en caso de producción de daños ambientales.

La aprobación del RRN tiene su base programática en la presentación del «Pacto Verde Europeo» por la Presidenta de la Comisión Europea (U. Von der Leyen) a finales de 2019 [cfr. documento COM(2019) 640 final]. Se trata, quizá, del programa de política ambiental más ambicioso en toda la historia de la Unión Europea que tiene por objetivo principal la descarbonización en 2050 (con objetivos parciales de reducción —55% de reducción— de los gases de efecto invernadero en 2030). Entre sus líneas de acción está la relativa a la «preservación y restablecimiento de los ecosistemas y la biodiversidad» previendo, para tal fin la aprobación de una Estrategia sobre Biodiversidad y con el propósito de que todas las políticas contribuyan a preservar y recuperar el capital natural de Europa.

En mayo de 2020 se publicó la «Estrategia de la UE sobre Biodiversidad de aquí a 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas» [cfr. documento COM(2020) 380 final]. Con carácter general pretende fortalecer la resiliencia ante amenazas futuras y, en particular, las derivadas de los impactos del cambio climático. La Estrategia contiene entre otros instrumentos un plan de restauración de la naturaleza en virtud del cual los países miembros, mediante compromisos y acciones concretas, pongan en marcha medidas de restauración eficaces para restaurar los espacios degradados y, más concretamente, aquellos con más potencial para capturar y almacenar carbono y para prevenir y reducir el impacto de los desastres naturales. La Estrategia específica que, en la UE «deben estar protegidos al menos el 30% de la

[56] Cfr. mi trabajo Sanz Larruga, F. J.: «Ecosistemas marinos y costeros en el Reglamento de la Unión Europea sobre Restauración de la Naturaleza de 2024: una perspectiva jurídica», XVII Jornadas Españolas de Ingeniería de Costas y Puertos, Editorial Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2024, pp. 143-157. Con carácter general cfr. la reciente monografía de García Ureta, A.: *Comentarios al Reglamento de la Unión Europea 2024/1992, relativo a la restauración de la naturaleza*, Iustel, Madrid, 2026.

superficie terrestre y el 30% de la marina (en 2020 solo están protegidos el 4% de los espacios terrestres y el 19% de los marinos).

El objetivo principal del RRN se contiene en su art. 1.1 comprendiendo la «recuperación a largo plazo y sostenida de unos ecosistemas ricos en biodiversidad y resilientes en todas las zonas terrestres y marinas de los estados miembros mediante la degradación de los ecosistemas degradados», así como la «consecución de los objetivos de la Unión en materia de mitigación del cambio climático, la adaptación a este (…)», la «mejora de la seguridad alimentaria» y el «cumplimiento de los compromisos internacionales de la Unión». En el apartado 2 del mismo artículo concreta un poco más —de forma cuantitativa— el objetivo del RRN: los Estados miembros deben de establecer «medidas de restauración efectivas y basadas en la superficie al objeto de abarcar conjuntamente como objetivo de la Unión en las zonas y ecosistemas incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento», en concreto, «al menos el 20% de las zonas terrestres y al menos el 20% de las zonas marítimas de aquí a 2030 y todos los ecosistemas que necesiten restauración de aquí a 2050».

De los ecosistemas vinculados con el medio marino, con el objetivo de su restauración ambiental, el RRN distingue dos: en primer lugar, el relativo a los ecosistemas «costeros» que se regulan con otros tipos de ecosistemas (terrestres y de agua dulce) en su art. 4 y, en segundo lugar, los «ecosistemas marinos» que se regula separada y exclusivamente en su art. 5.

De forma necesariamente sintetizada exponemos seguidamente los contenidos principales de esta regulación específica del RRN.

B) Las referencias del RRN a la restauración de los ecosistemas costeros

Los Estados miembros «han de establecer medidas de restauración necesarias para mejorar, hasta que se encuentren en buena condición, las zonas de los tipos de hábitat enumerados en el Anexo I que no se encuentre en buena condición» (cfr. art. 4.1)[57]. Sobre el concepto de «buena condición», el art. 3.4 del RRN los define como «un estado en el que las características fundamentales del tipo de hábitat, en particular su estructura, funciones y las especies típicas o la composición de las especies típicas, reflejen el alto nivel de integridad, estabilidad y resiliencia ecológicas necesario para garantizar su mantenimiento a largo plazo y, por lo tanto, contribuyan a alcanzar o a mantener un estado de conservación favorable de un hábitat (…)».

[57] Del Anexo I los ecosistemas propiamente costeros son los siguientes: en el Grupo 1 (Humedales) los «hábitats costeros y salinos»; en el Grupo 2 (Pastizales y otros hábitats pastorales), los «hábitats costeros y de dunas»; en el Grupo 8 (Hábitats rocosos y de dunas), los «acantilados marítimos, playas e islotes» y las «dunas marítimas».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Para la aplicación de las medidas de restauración se prevé en el propio art. 4.1 una planificación temporal: al menos un 30% de su superficie total de aquí al 2030; al menos un 60% de aquí al 2040; y al menos un 90% de aquí al 2050. Cuantificación que corresponderá realizar a los planes nacionales de restauración. En todo caso, «hasta el 2030 se darán prioridad a las medidas de restauración en las zonas situadas en los espacios Natura 2000» (art. 4.1 *in fine*). El art. 4.2 del RRN prevé, no obstante, la posibilidad de los Estados miembros de excluir de las medidas de restauración a los hábitats de esta categoría que sean «muy comunes y extendidos» (añade: «que abarquen más del 3% de su territorio europeo»); pese a esta excepción, los Estados deben aplicar determinadas medidas de restauración hasta el 2050 (cfr. art. 4.2) y en las condiciones establecidas en el art. 4.3. También se establece excepciones para los Estados que, de forma justificada, consideran que no será posible establecer las medidas de restauración para alcanzar el área favorable de referencia (cfr. arts. 4, 5 y 6). Sobre el concepto de «área favorable de referencia» el art. 3.8 del RRN lo define como: «la superficie total de un tipo de hábitat en una determinada región biogeográfica o marina a nivel nacional que se considera la mínima necesaria para garantizar la viabilidad a largo plazo del tipo de hábitat y de sus especies típicas o de su composición de especies típica, así como todas las variaciones ecológicas significativas de ese tipo de hábitat en su área de distribución natural (…)».

Algunas de las medidas de restauración de estos ecosistemas se vinculan con la restauración de determinados tipos de especies enumeradas en los Anexos II, IV y V y «para mejorar la conectividad» (cfr. art. 4.7).

En la determinación de las zonas más adecuadas para llevar a cabo las medidas de restauración el art. 4.8 prevé que la información ha de basarse «en la mejor y más reciente información científica que se disponga» (cfr. art. 4.8) y, para tal fin, los Estados han de garantizar, antes de 2030, que «se conozca el estado de los tipos de hábitat en el al menos 90% del área de distribución» de los hábitats considerados para su restauración (cfr. art. 4.9).

En todo caso, las medidas de restauración tendrán en cuenta «la necesidad de mejorar la conectividad entre los tipos de hábitats», así como las exigencias ecológica de las especies presentes en los mismos (cfr. art. 4.10); y los Estados han de garantizar que las medidas de restauración adoptadas «muestre una mejora continua del estado de los hábitats» (cfr. art. 4.11), así como, establecer las medidas oportunas para «prevenir el deterioro significativo de las zonas en las que se den los tipos de hábitats» considerados (cfr. art. 4.12).

Fuera de los espacios Natura 2000 se prevén diferentes excepciones para aplicar los requisitos del no deterioro de los hábitats y en las circunstancias que se especifican (por ejemplo, supuestos de fuerza mayor, ca-

tástrofes naturales, transformaciones inevitables de los hábitats, etc.) (cfr. art. 4.13, 14 y 15). Y, en los espacios Natura 2000, el incumplimiento de las obligaciones de mejora continua del estado de los hábitats y de prevención de su deterioro, solo estará justificado si se dan determinados supuestos (fuerza mayor, transformaciones inevitables de los hábitats, etc.) (cfr. art. 4.16).

Finalmente, el art. 4.17 establece las exigencias de que «los Estados miembros garantizarán» que sobre los hábitats considerados, primero que «la superficie que se encuentra en buena condición aumente al menos al 90% y hasta que cada tipo de hábitat en cada región biogeográfica del Estado miembro de que se trate alcance el área favorable de referencia», y, en segundo lugar, que «se produzca una tendencia creciente hacia la calidad y cantidad de hábitats (…)» con relación a las especies enumeradas en los Anexos.

C) Las referencias del RRN a la restauración de los ecosistemas marinos[58]

En virtud del art. 5,1 del RRN, «los Estados miembros han de establecer las medidas de restauración necesarias para mejorar, hasta que se encuentre en buena condición, las zonas de los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II que no se encuentre en buena condición»[59]. Para la aplicación de las medidas de restauración —a través de cada uno de los planes nacionales de restauración— se prevé igualmente un calendario con plazos determinados: primero, en el caso de los Grupos de hábitats del 1 al 6: al menos en el 30% de la superficie total de aquí a 2030; el menos del 60% de la superficie de aquí al 2040; y, al menos el 90% de la superficie de aquí al 2050 (cfr. art. 5.1.a y b); en segundo lugar, en el caso de los hábitats del Grupo 7 se establecen en el art. 5.1.c y d) objetivos específicos.

En el supuesto de que haya zonas donde no se den los hábitats considerados (de los grupos 1 a 6), los Estados miembros podrán establecer —en tres fases hasta el 2050— medidas de restauración necesarias para reestablecerlos, con el objetivo de alcanzar su área favorable de referencia (cfr. art. 5.2). No obstante, cuando un Estado miembro considera que no es posible establecer este tipo de medidas, «podrá fijar un porcentaje inferior entre el 90% y el 100% en su plan nacional» y aplicar las medidas necesarias de forma gradual (cfr. art. 5.3).

---

58 Cfr. el trabajo de García Ureta, A.: *Comentarios al Reglamento de la Unión Europea 2024/1991*…, cit., pp. 103-116. Se parte en este análisis de la previa constatación del «desconocimiento generalizado del medio marino».

59 Los tipos de ecosistemas marinos contemplado en el citado Anexo II se estructuran en los siguientes grupos de hábitats: 1) lechos de vegetación marina; 2) bosques de macroalgas; 3) bancos de mariscos; 4) mantos de rodolitos; 5) campos de esponjas, corales y coralígenos; 6) respiraderos y rezumaderos; y 7) sedimentos arenosos (que no superen los mil metros de profundidad).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Según el art. 5.5 del RRN, «los Estados miembros establecerán las medidas de restauración de los hábitats marinos de las especies enumeradas en el anexo III y en los Anexos II, IV y V de la Directiva 92/43/CEE y de los hábitats marinos de aves silvestres que entren el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/147/CE (…)».

Para la determinación de las «zonas más adecuadas para llevar a cabo las medidas de restauración», la información «se basará en los mejores conocimientos de que se disponga y en los avances técnicos y científicos más recientes para determinar el estado de los tipos de hábitats (…)» (cfr. art. 5.6). Igualmente, los Estados miembros se comprometen a garantizar el conocimiento del estado de las zonas consideradas en los plazos previstos —hasta el 2050— en el art. 5.7.

Las medidas de restauración han de tener en cuenta, en todo caso, «la necesidad de mejorar la coherencia ecológica y la conectividad entre los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II», así como, las exigencias ecológicas de las especies consideradas en las medidas de restauración (cfr. art. 5.8). Además, las medidas de restauración tienen que garantizar sobre las zonas consideradas que «muestren una mejora continua del estado de los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II hasta alcanzar una buena condición (…)» (cfr. art. 5.9); medidas que, han de garantizar también que «no se deterioran significativamente las zonas donde se haya alcanzado una buena condición, ni en las que se haya alcanzado la calidad suficiente de los hábitats de las especies» (cfr. art. 5.9 *in fine*).

Con la publicación de los planes nacionales de restauración los Estados miembros «procurarán establecer medidas necesarias para prevenir el deterioro significativo de las zonas en las que se den los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II (…) que se encuentren en buena condición o que sean necesarias para cumplir los objetivos de restauración…» (cfr. art. 5.10).

Fuera de los espacios Natura 2000, se establecen una serie de excepciones a las obligaciones de los Estados miembros para aplicar medidas de restauración en casos de deterioro de los hábitats, siempre que se den determinadas circunstancias (por ejemplo, fuerza mayor, transformaciones inevitables de hábitats, planes o proyectos de interés superior para los que no se disponga de soluciones alternativas, etc.) (cfr. art. 5.11 y 12). Y en el supuesto de los espacios Natura 2000, también se prevé el posible incumplimiento de las obligaciones de restauración para circunstancias parecidas a las anterior (cfr. art. 5.13).

Finalmente, el art. 5.14 del RRN obliga a los Estados miembros a garantizar para los grupos 1 a 6 de hábitats que «la superficie que se encuentre en buena condición aumente al menos el 90% y hasta que cada tipo de hábitat en cada región biogeográfica de que se trate alcance el área favorable

de referencia» (cfr. art. 5.14.a); una obligación similar se prevé para los hábitats del grupo 7 (cfr. art. 5.14.b), y, por último, se añade la garantía de que «se produzca una tendencia creciente hacia y una calidad y cantidad suficientes de los hábitats marinos de las especies enumeradas en el Anexo III del presente Reglamento y en los anexos II, IV y V de la Directiva 92/43/CEE y de las especies que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/147/CE» (cfr. art. 5.14.c).

D) Los «programas nacionales de restauración» como el instrumento fundamental para su aplicación

Resulta indudable que para lograr los objetivos previstos en el RRN es fundamental la labor de los Estados miembros, labor que se instrumentaliza a través de los «planes nacionales de restauración» (PNR) regulados a lo largo del Capítulo III del RRN.

Los Estados miembros han de determinar «las sinergias con los objetivos de mitigación del cambio climático, la adaptación al mismo (…) la prevención de catástrofes, y darán prioridad a las medidas de restauración en consecuencia», y para tal fin, tendrán en cuenta las estrategias y planes naciones previstos en la materia (cfr. art. 14.9).

El art. 14.14 recoge una amplia lista de asuntos que los Estados miembros deben de tener en cuenta para elaborar sus PNR, así, por ejemplo, las medidas de conservación de los espacios de la Red Natura 2000, las estrategias marinas establecidas con miras a logar un buen estado medioambiente de todas las regiones marinas, las medidas de conservación y ordenación adoptadas en el marco de la PPC, etc. El RRN remite en su art. 14.16 a los Estados miembros para que en la elaboración de sus PNR puedan incorporar algunos de los ejemplos de medidas de restauración que se contienen en el anexo VII[60].

El proceso de elaboración del PNR debe ser «abierto, transparente, inclusivo y eficaz» y para que «el público, incluidas todas las partes interesadas pertinentes, pueda participar en dicha elaboración con la suficiente antelación y de forma efectiva» (cfr. art. 14.20).

---

60 Así, por ejemplo, limitándonos el medio marino: «Reducir al mínimo los efectos negativos de las actividades pesqueras en el ecosistema marino, por ejemplo, utilizando artes con menor impacto en el fondo marino» (apartado 25); «Restaurar importantes zonas de desove y cría de peces» (apartado 26); «Proporcionar estructuras o sustratos para fomentar la vuelta de la vida marina en apoyo a la restauración de arrecifes de corales, ostras o cantos» (apartado 27); «Restaurar los prados de vegetación marina y los bosques de kelp mediante la estabilización activa del fondo marino, reduciendo y, en la medida de lo posible, eliminando las presiones o mediante la propagación y plantación activas» (apartado 28); «Restaurar o mejorar el estado de la población de especies típicas autóctonas características, que es vital para la ecología de los hábitats marinos, llevando a cabo medidas activas o pasivas de restauración, como la introducción de juveniles» (apartado 30); etc.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En cuanto al contenido del PNR —al que se dedica el art. 15 del RRN—, sobre su aspecto temporal, como establece con carácter general el art. 15.1: «abarcará el periodo que concluye en 2050, con plazos intermedios correspondientes a los objetivos y obligaciones», es decir, plazos intermedios al 2030, 2040 y 2050.

La presentación del proyecto del PNR por cada Estado miembro deben presentarse ante la Comisión antes del 1 de septiembre de 2026 (cfr. art. 16). Y, una vez presentado ante la Comisión, esta debe evaluarlo —en estrecha colaboración con el respectivo Estado miembro— en el plazo de seis meses a partir de la fecha de su presentación (cfr. art. 17.1). La valoración de la Comisión comprende —como prevé el art. 17.2—: su conformidad sobre el contenido del plan de acuerdo con el art. 15, su «idoneidad para conseguir los objetivos y cumplir las obligaciones» correspondientes y su «contribución a los objetivos y metas generales» que se propone el RRN (cfr. art. 17.2). Una vez realizada la evaluación, la Comisión «podrá dirigir sus observaciones sobre el proyecto del plan nacional en un plazo de seis meses a partir de la fecha de recepción del plan» (cfr. art. 17.4); y los Estados miembros tendrán en cuenta las observaciones de la Comisión en sus planes definitivos (cfr. art. 17.5). Finalmente, en el plazo de seis meses desde la recepción de las observaciones de la Comisión el «Estado miembro finalizará, publicará y presentará a la Comisión su plan de restauración» (cfr. art. 17.6).

El profesor Sanz Rubiales, al final de su trabajo sobre el RRN, plantea un importante reto en la aplicación de la nueva política de restauración ambiental de la Unión Europea: «el Reglamento no prevé la forma de financiar este ambicioso objetivo: únicamente impide su financiación a través de la PAC o de la PAC, aunque promueve la utilización de instrumentos de mercado y de su redacción se deduce el protagonismo público en dicha financiación: son los Estados miembros los responsables de ella»[61].

Finalmente, como se exige por el propio RRN, resulta necesario tener en cuenta las sinergias de los planes de recuperación con otras estrategias y planes que concurren sobre los mismos espacio, y, en particular, la política de «economía azul»[62]. No obstante, la gran importancia de la nueva política restaurativa de la Unión Europea se plantean dudas acerca de la financiación que requiere para su desarrollo y efectiva aplicación, que, en todo caso, va a depender fundamentalmente de la voluntad de los Estados

---

61 Cfr. Sanz Rubiales, I. (2024): «El futuro Reglamento de Restauración: un instrumento para el impulso de la conectividad», en *Conectividad Ecológica y Derecho*, M. Uriarte Ricote, B. Lozano Cutanda e I. Sanz Rubiales (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-93.

62 Así, por ejemplo, en relación con los ecosistemas marinos hay que tener en cuenta: las estrategias marinas y los planes de ordenación de los espacios marítimos de las cinco demarcaciones marinas, el Plan director de la Red de Áreas Marina Protegidas de España, el Plan Marítimo Nacional de respuesta ante la contaminación del medio marino y el Plan de protección de la Ribera del Mar contra la contaminación.

miembros. En la actualidad, desde la Dirección General de Biodiversidad, Bosques y Desertificación se están desarrollando los trabajos para preparar —antes de agosto de 2026— el borrador de Plan Nacional de Restauración de España, con el establecimiento de una estructura de gobernanza en la participen representantes de las comunidades autónomas y de los municipios, expertos y las partes interesadas[63].

IV. LA «GESTIÓN INTEGRADA DEL LITORAL» COMO PARADIGMA PARA UNA NECESARIA ARTICULACIÓN DE LAS COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS SOBRE LA MATERIA

1. La gestión integrada como principio y paradigma inspirador de la Ley gallega del litoral

La «gestión integrada del litoral» —iniciada en los Estados Unidos en los años setenta del pasado siglo y difundida posteriormente por todo el mundo[64] (Sanz Larruga, 2003)— aparece en el art. 4.2 de la Ley 4/2023 como uno de sus principios orientadores; y su art. 8.2 la define como «(…) un proceso participativo, dinámico y adaptativo que, teniendo en cuenta la interrelación e interdependencia entre los fenómenos naturales y actividades humanas, persigue un desarrollo sostenible integral, ambiental, social y económico, con una gestión basada en los ecosistemas para la protección de sus servicios ecosistémicos y para potenciar su resiliencia, sobre todos los espacios terrestres, marinos y marítimo-terrestres en los que se percibe una interacción tierra-mar contrastada científicamente». Inspirado en el art. 6 del Protocolo de Gestión de Zonas Costera del Convenio para la protección del Mar Mediterráneo, el art. 8, 3 de la repetida Ley gallega, recoge, a su vez, una serie de principios que dirigen la «gestión integrada» y, entre ellos, destaca su enfoque biofísico: que los diferentes espacios que componen el litoral —terrestres, intermareales y marinos— constituyen «una entidad única»; es decir que, en la gestión integrada del litoral, hay que «tener especialmente en cuenta la riqueza biológica, la dinámica y el funcionamiento natural de los espacios intermareales, así como la complementariedad e interdependencia entre los espacios terrestres y marinos, que constituyen una entidad única» (cfr. art. 8.3.a).

De esta concepción amplia del litoral y de sus interacciones tierra-mar (como defiende en sus trabajo el profesor Barragán), se deriva una definición integradora del litoral —por primera vez en el ordenamiento jurídico

---

63 En la página web del Biodiversity Information System for Europe existe *uniformación precisa sobre el caso de España* (consulta el 14.05.26).

64 Cfr. mi temprana monografía Sanz Larruga, F. J.: *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago, 2003.

ISBN: 978-84-7777-740-3

español— que se contiene en el art. 2.1 de la Ley 4/2023: «la franja de anchura variable, a ambos lados de la ribera del mar, en la que se produce la interacción entre la naturaleza, las comunidades humanas y las actividades socioeconómicas que se sustentan en la existencia o influencia del mar»; y, más concretamente, el mismo art. 2.2 precisa como «ámbito de aplicación» de la Ley: «el litoral de Galicia se extiende hacia el interior, hasta el límite administrativo de los ayuntamientos costeros o, cuando lo supere, el límite interior de los espacios naturales que radiquen en ellos; y mar adentro, hasta el límite exterior del mar territorial».

En todo caso, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 4/2023, «frente a los sucesivos intentos armonizadores y uniformadores de la ordenación de la costa, la presente ley se construye sobre una premisa distinta avalada por la experiencia y el conocimiento científico: la escala autonómica es idónea para lograr una ordenación y gestión ecosistémica e integrada del espacio litoral, realista, razonable y eficaz, coherente y adecuada a la singularidad del litoral de Galicia».

2. Un posible —y deseable— futuro de la ordenación y gestión del litoral en España

En su reciente monografía sobre «La ordenación del litoral: un desafío para legisladores y administraciones públicas» (2024) la profesora de la Universidad de Cádiz Torres Barquilla se plantea si, a raíz de aprobación de las Leyes 8/2020, de Protección y Ordenación del litoral de Cataluña, y 4/2023, de Ordenación y Gestión Integrada de litoral de Galicia, existe «¿una nueva ordenación del litoral?». Pensamos como esta autora que, en efecto, puede hablarse sin duda de una nueva etapa en la ordenación de las zonas costeras en España, máxime con la confirmación de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (SSTC 18/2022 y 68/2024) que ella misma ha tenido la ocasión de comentar en su oportuno trabajo[65].

La citada autora, al tratar de identificar los nuevos rasgos definitorios de la «nueva ordenación del litoral» —que tiene sustantividad propia— y en la que las comunidades autónomas costeras han pasado a asumir un gran protagonismo distingue los siguientes:

1.º La «extensión del ámbito litoral para las competencias autonómicas» que, si se analizan las leyes catalana y gallega sobre el litoral, se proyecta no solo sobre la zona terrestre, sino que también sobre

[65] En semejante dirección, nuestro trabajo: García Pérez, M. y Sanz Larruga, F. J.: «Las claves de la gestión integrada en la Ley 4/2023, de 6 de julio, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral de Galicia», *Cuadernos de Ordenación del Territorio*, n.º 6 (6.ª época), 2023, Coordinado por E. Rando Burgos, pp. 15-29.

la zona marítimo-terrestre y marítima. En esta dirección es muy significativa la amplia definición que se recoge en la Ley gallega (art. 2) sobre el litoral que ha superado el control de constitucionalidad, quizá por ser la primera vez que se define en nuestro ordenamiento jurídico. La ordenación del litoral afecta a todas las zonas antes descritas, pero, además debe destacarse la previsión de instrumento de ordenación el litoral que afectan casi exclusivamente a la parte marítima, como es el caso del «plan de ordenación marina» previsto en el art. 25 de la Ley gallega. Como destaca Torres Barquilla, este cambio de orientación tiene que ver con la adecuación de las nuevas leyes autonómicas a la filosofía de la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2002 —sobre aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa— y el Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras en el Mediterráneo de 21 de enero de 2008, firmado en Madrid y adoptado en el marco del Convenio para la protección del medio marino y la región costera del Mediterráneo. Textos jurídicos que se citan como inspiradores en ambas leyes autonómicas sobre el litoral.

2.º La «redefinición del contenido de la ordenación del litoral» —sobre la base inicial de la Ley de Costas de 1988— operada en virtud de las ya referidas SSTC 18/2022 y 68/2024. A partir de la aclaración del contenido de la ordenación del litoral en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (cfr. STC 31/2010), de la impugnación por el Estado de las leyes catalana y gallega sobre ordenación del litoral se ha derivado una conclusión, que puede no gustar para algunos o puede ser discutible jurídicamente pero que, claramente permite afirmar con el Alto Tribunal que «la gestión del dominio público marítimo-terrestre se integra dentro de la competencia de ordenación de litoral» (STC 68/2024); y, además, de esta interpretación del Alto Tribunal cabe deducir que el contenido máximo de la ordenación de litoral es perfectamente proyectable sobre las comunidades autónomas que tenga reconocida —sin necesidad de la reforma de sus Estatutos— esta competencia, como es el caso de Galicia. Incluso, como comenta el profesor Menéndez Rexach (en su Compendio de Derecho de Costas, 2024), desde una perspectiva crítica con el último pronunciamiento —«modulación»— del Tribunal Constitucional, que ni sería precisa el traspaso de servicios y medios a las comunidades autónomas, ya que el Tribunal llega a sugerir que tal competencia existía desde el principio.

3.º La extraordinaria ampliación y enriquecimiento del instrumentario para la ordenación del litoral en manos de las comunidades autónomas. Es indudable que desde los primeros instrumentos utilizados por las comunidades autónomas en su aplicación de la competencia sobre ordenación del litoral (Sanz Larruga, 2010; Torres Barquilla, 2024) —que, fundamentalmente, se trataba de planes de

ISBN: 978-84-7777-740-3

ordenación territorial integrada con implicación urbanística— hasta la variada y rica panoplia de instrumentos de ordenación que recogen las leyes catalana y gallega del litoral, ha supuesto un formidable avance en la necesaria especialización de esta competencia autonómica. Estrategia de economía azul, directrices para la ordenación del litoral, planes de ordenación costera y marina, planes especiales de protección de las rías, etc., pone de manifiesto el lógico desarrollo de esta política pública que, de la mano inicial de la Ley de Costas está cerca de cumplir 40 años de singladura. Además, las nuevas perspectivas abiertas por la protección del medio marino (Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino) y por la ordenación espacial de espacio marítimo (Reales Decretos 363/2017 y 150/2023), constituyen nuevos retos que no son ajenos, ni mucho menos, a la ordenación del litoral.

4.º Un «nuevo modelo gobernanza del litoral», concluye Torres Barquilla (2024) en el repaso de los rasgos más significativos tras los nuevos pasos dados en la materia por la legislación autonómica y su interpretación —y «modulación»— por el Tribunal Constitucional. Una nueva «gobernanza multinivel» e «integrada» que pasa, en efecto, por la potenciación de los mecanismos de colaboración, cooperación y coordinación interadministrativas, que venimos defendiendo desde hace mucho tiempo[66]. Y, si bien ha crecido en estos últimos años —como hemos visto— el protagonismo de las comunidades autónomas en la ordenación y gestión del litoral, nos parece que debe mantenerse a nivel del Estado español unas sólidas bases jurídicas sobre protección del dominio público marítimo-terrestre, como ha sido la benéfica labor de la Ley de Costas de 1988. Son muchos los retos que tiene por delante la gestión de las zonas costeras, en particular, ante los efectos del calentamiento global que, poco a poco, van observándose en muchos lugares del litoral. Desde el Observatorio del Litoral hemos defendido que la escala adecuada para la ordenación y gestión del litoral debe ser la regional (autonómica) y así ha venido a sustentar esta tesis el propio Tribunal Constitucional en su última jurisprudencia que hemos comentado aquí.

Pese a las novedades que hemos reflejado aquí en la ordenación jurídica del litoral el España, pensamos que no es el momento de hablar de la profunda «reforma de la Ley de Costas» de 1988 (quizá si es oportuno clarificar legalmente el grupo normativo vigente tras la discutida reforma de 2013),

---

66 Sanz Larruga, F. J. (dir.) y M. García Pérez (coord.). *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible.* Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009.

pero, sí que debe producirse un cambio en la cultura de la gobernanza del litoral, más colaborativa entre las administraciones publicas territoriales con competencias concurrentes. La complejidad de ordenar y gestionar un espacio tan valioso —que ya no se reduce a la zona marítimo-terrestre— merece un esfuerzo por parte de todos, por encima de celos competenciales o intereses partidistas.

Al final, no son pocos las personas y temas jurídicos que nos unen con el querido y admirado Edorta Cobreros y, desde luego, nuestra respectiva experiencia vital con el litoral en donde radican nuestras respectivas Facultades de Derecho.

> *Itsasoa bezain zabala izan dadila zure bihotza, eta olatuek bezala beti aurrera egin dezazula.*
>
> (Que tu corazón sea tan amplio como el mar y que, como las olas, siempre sigas avanzado.)

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE i FONT, J. M.: *El régimen jurídico del litoral catalán: especial referencia a la reforma de la Ley de Costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014.

AGUIRRE i FONT, J. M.: «La resiliencia del territorio al cambio climático: retos y herramientas jurídicas desde el planeamiento urbanístico», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, n.º 2 (2019), pp. 1-46.

AGUIRRE i FONT, J. M.: «La adaptación del espacio marítimo al cambio climático de los planes de ordenación del espacio marítimo a la necesaria gestión integrada de las zonas costeras», *Nuevo Derecho de los océanos: la protección del medio marino ante el cambio global* / coord. por Alberto Olivares Gallardo, 2022, pp. 175-200.

ARROYO YANES, L. M.: «El tratamiento del cambio climático en la legislación de costas», en *El litoral de Andalucía. Norma y naturaleza*, (eds.) RODRÍGUEZ VIDAL, J. y NÚÑEZ LOZANO, M. C., Universidad de Huelva, Huelva, 2015, pp. 227-253.

ARROYO YANES, L. M.: «La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral», en *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*, M. C. NÚÑEZ LOZANO (dir.); Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 409-450.

BARRAGÁN MUÑOZ, J. M.: *Las áreas litorales de España: del análisis geográfico a la gestión integrada*, Ariel, Madrid, 2004.

BARRAGÁN MUÑOZ, J. M.: *Política, gestión y litoral: una nueva visión de la Gestión Integrada de las Áreas Litorales*, Tebar Flores, UNESCO, 2014.

CARO-PATÓN CARMONA, I.: «Planificación hidrológica, ordenación del territorio y contaminación marina», *Derecho y Agua en el Horizonte 2030*, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, J. JORDANO FRAGA, B. LOZANO CUTANDA y A. NOGUEIRA LÓPEZ (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 53-74.

ISBN: 978-84-7777-740-3

EGUINOA DE SAN ROMÁN, R.: «La gestión del dominio público marítimo-terrestre tras las SSTC 31/2010 y 18/2022», *Revista de Administración Pública,* n.º 222 (2023), pp. 181-208.

GARCÍA PEREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: «Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas», en *La nueva regulación de las costas: Actas del IX Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo*, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (coord.), Santiago de Compostela, 2014.

GARCÍA PEREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: «A propósito del art. 20 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética: un *déjà vù* desde el Observatorio del Litoral», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 113 (2021), pp. 64-71.

GARCÍA PÉREZ, M.: «Cambio climático y planificación y gestión del dominio público marino-terrestre», *Estudios sobre cambio climático y transición energética: estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella*, J. F. ALENZA GARCÍA, Lorenzo MELLADO RUIZ; I. DEL GUAYO CASTIELLA (Hom.), 2022, pp. 481-502.

GARCÍA PEREZ, M.: «Autonomía y dominio público marítimo-terrestre: la problemática competencial sobre el DPMT en el marco del Estado de las Autonomías», *Autonomía, costas y litoral* / coord. por J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, 2023, Generalidad de Catalunya, Barcelona, pp. 223-256.

GARCÍA PÉREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: «Un paso más en la descentralización del litoral en España: La Ley 4/2003, de 6 de julio, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral de Galicia», *La ordenación y gestión del territorio en tiempo de transiciones* / coord. por Joaquín FARINÓS i DASÍ, 2024, pp. 169-180.

GARCÍA PÉREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: «Las claves de la gestión integrada en la Ley 4/2023, de 6 de julio, de Ordenación y Gestión Integrada del Litoral de Galicia», *Cuadernos de Ordenación del Territorio*, n.º 6 (6.ª época), 2023, coord. Por E. RANDO BURGOS, pp. 15-29.

GARCÍA URETA, A.: *Comentarios al Reglamento de la Unión Europea 2024/1992, relativo a la restauración de la naturaleza*, Iustel, Madrid, 2026.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE: *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, 2019 September.

LOBO RODRIGO, A.: «El mar como parte integrante del ámbito territorial de las comunidades autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 107 (2020), pp. 19-50.

LOBO RODRIGO, A.: «La actual situación de los traspasos en materia de costas en España: una tarea inacabada», *Observatorio de Políticas Ambientales 2025*, coord. Por G. GARCÍA-ÁLVAREZ, J. JORDANO FRAGA, B. LOZANO CUTANDA y A. NOGUEIRA LÓPEZ, BOE, 2025, pp. 543-573.

MAGDALENO MAS, F.: *¿Debe el agua de los ríos llegar al mar? La gestión medioambiental del agua en España*, Catarata-Fundación Alternativas, Madrid, 2011.

MENDILIBAR NAVARRO, P.: «La regresión de la costa: aproximación jurídica a las medidas estatales y autonómicas adoptadas en la Comunidad Valenciana», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 158 (2025), pp. 1-51.

MENÉNDEZ REXACH, A.: «La transposición de la Directiva de Ordenación del Medio Marino al derecho interno español: problemas de aplicación a las aguas costeras», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 342 (2020), pp. 127-167; y ORTIZ DE TENA, M. C.: «Planificación y protección de las aguas

costeras y de transición», *Estudios jurídicos sobre el litoral*, M. C. NÚÑEZ LOZANO (dir.), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2016.

MENÉNDEZ REXACH, A.: *Compendio de Derecho de Costas*, Atelier, Barcelona, 2025.

NAVARRO ORTEGA, A.: *El régimen jurídico de las aguas en transición: un punto de encuentro entre la legislación de aguas y la de costas*, Universidad de Granada, 2014 (tesis doctoral inédita).

NAVARRO ORTEGA, A.: «La protección del medio ambiente marino y costero y la política ambiental comunitaria y la lucha contra el cambio climático», en *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*, (eds.) PÉREZ ALONSO, E. y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 219-247.

NAVARRO ORTEGA, A.: «Estrategias de adaptación al cambio climático en España: un análisis de riesgos centrado en la legislación de costa», *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico*, E. MORELLE HUNGRÍA (coord.); M. ORTIZ GARCÍA y F. J. SANZ LARRUGA (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 455-489.

NAVARRO ORTEGA, A.: «Planificación ambiental de las aguas costeras: las interacciones tierra-mar y el régimen de prelación entre los instrumentos de ordenación marinos, marítimos e hidrológicos», *Planificación del espacio marino; aplicación en España de la Directiva Marco 2014/89/UE*, A. MENÉNDEZ REXACH y B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (dirs.), RDU ediciones, 2022, pp. 529-570.

NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: «La protección del litoral español frente al cambio climático. Coordinación y colaboración para una gestión integrada de las zonas costeras», en *La protección del patrimonio litoral*, coord. PÉREZ GÁLVEZ, y ALENZA GARCÍA, J. F. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 791-854.

NAVARRO RODRIGUEZ, P. y MONTES WORBYS, F.: «Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz del proyecto de modificación de la Ley de Costas», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 84 (2012), pp. 135-176.

NÚÑEZ LOZANO, M. C.: «El dominio público marítimo-terrestre en situación de regresión grave», en *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*, M. C. NÚÑEZ LOZANO (dir.); Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 451-480.

PONS CANOVAS, F.: «Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático después de la reforma de la normativa costera», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 312 (2019), pp. 125-182.

SANZ LARRUGA, F. J.: *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago, 2003.

SANZ LARRUGA, F. J. (dir.) y M. GARCÍA PÉREZ (coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible.* Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009.

SANZ LARRUGA, F. J.: «Cambio climático y zonas costeras. Aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las administraciones locales», *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica*, S. GALERA RODRIGO, M. M. GÓMEZ ZAMORA (coords.), 2018, pp. 559-592.

SANZ LARRUGA, F. J.: «Ordenación del litoral y adaptación al cambio climático: ¿es suficiente la respuesta jurídica del Estado español?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 102 (2020), pp. 11-139.

SANZ LARRUGA, F. J.: «La resiliencia ambiental como principio y como objetivo frente a la vulnerabilidad. Su aplicación al caso de las zonas costeras», *Viejos y*

ISBN: 978-84-7777-740-3

nuevos principios del derecho ambiental, S. M. ÁLVAREZ CARREÑO (coords.); B. SORO MATEO y, J. JORDANO FRAGA (dirs.), 2021, pp. 73-84.

SANZ LARRUGA: «La planificación espacial marina, la interacción tierra-mar y su incidencia sobre las competencias autonómicas», *Autonomía, costas y litoral* / coord. por J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, 2023, Generalidad de Catalunya, Barcelona, pp. 167-196.

SANZ LARRUGA, F. J.: «Ecosistemas marinos y costeros en el Reglamento de la Unión Europea sobre Restauración de la Naturaleza de 2024: una perspectiva jurídica», XVII Jornadas Españolas de Ingeniería de Costas y Puertos, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2024, pp. 143-157.

SANZ LARRUGA, F. J.: «Una nueva etapa en la ordenación y gestión del litoral en España», *Anuario de Derecho Ambiental-Observatorio de Políticas Ambientales 2025*, G. GARCÍA-ÁLVAREZ, J. JORDANO FRAGA, B. LÓPEZ CUTANDA y A. NOGUEIRA LÓPEZ (coords.), CIEMAT-CIEDA-BOE, Madrid, 2025, pp. 525-542.

SANZ LARRUGA, F. J.: «Mirando los ríos desde el mar: la gestión de las aguas costeras y en transición», *El Derecho de Aguas en España cuarenta años después*, C. CIERCO SEIRA y B. BELANDO (coords.), AEPDA-INAP, Madrid, 2026, pp. 651-659.

SANZ RUBIALES, I. (2024): «El futuro Reglamento de Restauración: un instrumento para el impulso de la conectividad», en *Conectividad Ecológica y Derecho,* M. URIARTE RICOTE, B. LOZANO CUTANDA e I. SANZ RUBIALES (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-93.

TORRES BARQUILLA, Y.: *La ordenación del litoral: un desafío para legisladores y administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2024.

TORRES BARQUILLA, Y.: «Una ¿nueva? Competencia de ordenación del litoral a raíz de los últimos acontecimientos legislativos y jurisprudenciales», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 164 (3 de febrero de 2026).

VALENCIA MARTÍN, G: «Una decisión sorprendente: la competencia autonómica generalizada para la gestión de títulos de uso y ocupación del dominio público marítimo-terrestre», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 159 (8 de septiembre de 2025).

VIDAL-ABARCA, M. R., SALAT, J., OLLERO OJEDA, A.: «La gestión sostenible de ecosistemas acuáticos continentales, aguas costeras y de transición: hábitats, biodiversidad y funciones hidrogeomorfológicas», *El Agua, perspectiva ecosistémica y gestión integrada*, L. DEL MORAL ITAURTE, P. ARROJO AGUDO y A. HERRERA GRAO (coords.), Fundación Nueva Cultura del Agua, Zaragoza, 2015.

ZAMORANO WISNES, J.: *La ordenación del litoral: una propuesta de gestión integrada*. La Ley, Madrid, 2013.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Funtzio publikoan aritzeko euskararen betekizuna: auzi-aldiaren silueta

Iñaki Serrano Lasa

Doctor en Derecho / Zuzenbidean doktorea
Letrado del Gobierno Vasco / Eusko Jaurlaritzako letratua

Aurkibidea. I. Sarrera. Urtero euskararen gainean argitaratutako araudia biltzen zuen maisua.—II. Bidegurutze edo *impass*-ean paradigma eta oinarri berriak.—III. Jurisprudentzia-doktrinaren bilakaera: 1. Konstituzio Auzitegia. 2. Auzitegi Gorena. 3. EAEko Justizia Auzitegi Nagusia.—IV. Langile publikoaren gaitasun funtzionala.—V. Euskal enplegu publikoan indarrean dagoen hizkuntza-eskakizunen sistema.—VI. Guda zelaiko arazo-zuhaitza.—VII. Konfrontazioaren diagnostikoa.—VIII. Enplegu Publikoaren Legea aldatzeko lege-proposamenak.—IX. Auzitegiaren kontraerasoa: konstituzio-aurreiritzia.—X. Konponketa ekarpen eta amaierako gogoeta laburrak.—XI. Bibliografia.

I. SARRERA: URTERO EUSKARAREN GAINEAN ARGITARATUTAKO ARAUDIA BILTZEN ZUEN MAISUA

EHUko Zuzenbide Administrazioko katedratiko eta irakasle emeritua den Cobreros Mendazonak 1989an *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera* liburu erreferentean, garai hartako euskararen ofizialtasunaren araubide juridikoa aztertu zuen, eta, bide batez, euskal administrazioetan funtzio publikora iristeko euskara jakin beharrari buruz zeukan ikuspegia adierazi zuen.

Euskararen erabilera normalizatzeko azaroaren 24ko 10/1982 Oinarrizko Legea onartu zenean adostasun zabal bat lortu zen, Euskal Erkidego Autonomoko Administrazioan euskararen erabilera progresiboki txertatu eta normalizatzeko, eta ondorioz, langile publikoa euskalduntzeko. Nolabait, eragile politikoek ulertu zuten bertako hizkuntzak kultura-ondare komun gisa zuen garrantzia, baita Estatuaren errealitate eleaniztunaren isla gisa zuen dimentsioa ere, konstituzio-aitorpenaren bermearekin.

COBREROS Mendazonaren iritziz, euskal funtzio publikoan sartzeko euskara jakiteko baldintza ezartzea edo merezimendu gisa baloratzea ez zen berez bidegabea, arbitrarioa edo diskriminatzailea. Aitzitik, eskakizun hori erabat justifikatuta dago, eta zuzenean lotzen da merezimendu- eta gaita-

ISBN: 978-84-7777-740-3

sun-printzipioekin; izan ere, printzipio horiek dira funtzio publikora sartzea gidatu behar dutenak, Espainiako Konstituzioaren (EK) 103.2 artikuluan xedatutakoaren arabera, eta ez dago kontraesanik EKren 23.2 artikuluak agindutako berdintasun-printzipioarekin. Hala ere, hizkuntza-gaitasunaren beharra ez da lanpostu guztietan maila berean gertatzen, eta ez da egoki edo beharrezko ere kasu guztietan, zerbitzu guztiek ez dietelako eskakizun berdinei aurre egin behar, eta Euskadiko Autonomia Erkidegoa osoa ere ez delako hizkuntzaren ikuspegitik homogeneoa[1].

Egia esanda, errealitate soziolinguistikoaren azterketatik abiatuta, eta berezko dituen zuhurtasun eta distantziakidetasunarekin, Cobrerosek nolabaiteko ikuspegi baikorrez irudikatzen zuen etorkizuneko egoera. Egia da ere baikortasun hori ulertzeko, Euskararen erabilera normalizatzeko azaroaren 24ko 10/1982 Oinarrizko Legeari buruz Konstituzio Auzitegiak emandako 82/1986 Epaiak inflexio-puntua edo norabide-aldaketa nabarmena ekarri zuela ordura arte Auzitegi Gorenak izandako jarrerarekiko, zeinek berdintasun-printzipioaren aurkakotzat jotzen zuen euskararen ezagutza betekizun gisa eskatzea edo merezimendu modura baloratzea, eta, horrenbestez, funtzionarioen lanpostuetarako deialdiak sistematikoki deuseztatzen zituen[2].

Egoeraren konplexutasunaren gainean egileak laurogeiko hamarkada amaieran egindako erradiografiak ez du gaurkotasunik galdu, eta horregatik merezi du berreskuratzea:

> «Kontua delikatua da, halaber, euskal errealitate soziolinguistikoa berez konplexua delako. Izan ere, alde batetik, nagusi da oraindik berezko hizkuntza ezagutzen ez duen biztanleriaren gehiengoa (horrek esan nahi du hizkuntza-normalizazioaren lanak arreta eta ahalegin handiagoak eskatzen dituela, eta, aldi berean, premiazkoagoa dela); ordea, beste alde batetik, prozesu dinamikoa den heinean, egoera hori aldatuz doa, euskal hiztunen kopurua handituz doa, eta haien hizkuntza-eskakizunak handiagoak dira kuantitatiboki eta kualitatiboki: gogora bedi jada hasi direla unibertsitatetik ateratzen beren lehen eta bigarren irakaskuntza euskaraz egin duten ikasleak, bai eta unibertsitate-karrera osoa edo haren zati bat ere. Datu hori oso garrantzitsutzat jo behar da; izan ere, hizkuntzaren "eskaria" —zein, behin eta berriz azpimarratzen den bezala, ez den kapritxo bat, eskubidea baizik— gero eta handiagoa da euskal gizartean, eta hizkuntza-gaitasuna duten pertsonen "eskaintza" ere antzeko neurrian handitzen da». (…) Ahalegin handia egin da aurrekontuetan, eta diru-kopuru handiak bideratu dira, oro har, berreuskalduntzerako eta alfabetatzeko hezkuntza-partidetarako eta, bereziki, funtzionario publikoak euskalduntzeko. Horrek esan nahi du

[1] Cobreros Mendazona, Edorta (1989). *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera.* IVAP, Oñati, 87.or.

[2] Cobreros Mendazona, Edorta (1988). «La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al conocimiento del euskara en el acceso a la función pública», *RVAP,* 22 zk, 173-178 or.

> ia inork ezin duela esan prozesutik nahi gabe baztertuta geratu denik; hala ere, inori ere ez zaio ezkutatu behar prozesuaren zailtasuna hainbat pertsonentzat haurtzarotik bi hizkuntzak erraztasunez maneiatu ez dituztenenak, besteak beste, euskara eta gaztelaniaren arteko hizkuntza-distantzia handia dela medio[3].»

Azkenean, Euskadiko eta Nafarroako administrazio publikoetan euskararen normalizazioan sor litezkeen gatazka edo tentsioak saihesteko, hizkuntza-araudi eta hizkuntza-plangintza egoki batean jartzen zuen fede osoa. Izan ere, hizkuntza-eskakizunak aldez aurreko plangintza arduratsu baten baitan ezartzen badira, eta plangintza horrek, definizioz, kontuan hartzen baditu bai abiapuntuko errealitate soziolinguistikoa bai epe jakin batean eskura dauden baliabideekin helburuak betetzeko ahalmena, arbitrariotasun- edo diskriminazio-zantzu oro desagertu beharko luke[4].

Ordutik 37 urte igaro dira. Bitarte horretan, funtzio publikoan sartzeko hautaketa-prozesuetan hizkuntza-eskakizunei buruz sortutako jurisprudentziari dagokionez, hizkuntza-legeria Konstituzioaren arabera interpretatzeko ardatzek edo kanonek etengabeko bilakaera izan dute. Hala ere, enplegu publikoan hizkuntza-eskakizunen betebeharraren inguruan sortutako azken auzi judizialen emaitza aztertuta, ondorio hau atera daiteke: nahiz eta, printzipioz, hizkuntza-plangintza arautu eta egoki bat landu den, eta nahiz eta gaur egun euskaraz ikasteko edo euskaraz hezitzeko aukerak inoiz baino zabalagoak izan, egungo egoera uste baino ezkorragoa da administrazio publiko erabat elebidun baten utopian —edo kimeran— sinesten zutenentzat.

Izan ere, praktikan ezin da ukatu hizkuntza-normalizazioak ez duela behar besteko eraginkortasunik izan administrazio askotan; langile publikoen euskalduntzeak, bere horretan, ez baitu euskara benetako lan- eta zerbitzu-hizkuntza bihurtzea ekarri. Horren harira, paradoxa nabarmen bat ageri da: gizartean, oro har, euskararen ezagutza mailak objektiboki gora egin duen arren, hizkuntza-gaitasun errealak beherakada izan du (eta zenbat eta gutxiago erabili, orduan eta gaitasun txikiagoa).

Testuinguru horretan, egoera are kezkagarriagoa bihurtzen da botere judiziala hizkuntza-plangintza eta zerbitzuen antolaketa beste era batera interpretatzen hasten denean, eta hizkuntza-eskakizunak baztertzaile gisa etiketatzeko joera hartzen duenean. Horrek, uste on asko hankaz gora jartzeko arriskua sortzeaz gain, atzerakada nabarmena ekar dezake euskararen normalizazio-prozesuaren baitan.

---

3 Cobreros Mendazona, Edorta (1989). *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*, aipatutako lana, 123. or.

4 Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki (2003). *Diversidad y convivencia lingüística. Dimensión europea, nacional y claves jurídicas para la normalización del Euskara*. Gipuzkoako Foru Aldundia, Donostia, eta «Fundamentos y realidad de la planificación lingüística en las administraciones públicas vascas» (1999), *Revista de Llengua i Dret*, 31. zk.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Tarte honetan guztian, euskararen araubide juridikoaz eta jurisprudentziaren norabideaz etengabe kezkatuta, Cobrerosen ardura eta konpromisoa agerian geratu dira[5], bai bere gainerako liburu eta artikuluetan, bai eta bereziki berak zuzentzen duen Administrazio Publikoaren Euskal Aldizkarian ere —*Revista Vasca de Administración Pública* (RVAP)—. Zehazki, gutxienez RVAPeko 1985eko 13. zenbakitik aurrera, urtez urte euskararen araudiari buruzko kronika sistematikoa eskaini digu aldizkari horretan, *La normativa sobre el euskera publicada en …* izenburupean[6]. Lan hori zehaztasunez eta jarraikortasunez landu du Cobrerosek, eta, gaur-gaurkoz, azken ekarpena 2025eko kronikari dagokio[7].

Eta badira 41 urte jarraian. Erraz esaten da.

Bestelakoak beste, bere kroniketan arreta eskaini die enplegu publikoan hizkuntza-eskakizunen inguruan sortutako auzi judizialei. Eta 2025eko kronikan EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren jurisprudentziari buruz zera dio: azken urteotako joerari jarraikiz, euskararen ezagutza-betekizunaren edo -merezimenduaren inguruko auziak ugaritu egin dira, batez ere enplegu publikoaren behin-behinekotasuna arintzera bideratutako egonkortze prozesuen ondorioz.

Gaur egun, ezin da alde batera utzi partikularrek, behin-behineko langile publikoek, sindikatuek eta alderdi politikoek bultzatuta EAEko egoitza judizialetan —bereziki administrazioarekiko auzien jurisdikzioan— piztuta dagoen gatazka-egoera. Gatazka horrek, kasu batzuetan, zenbait foru-aldundi eta udalerri beren hautaketa-prozesuak etetera ere eraman ditu. Zentzu honetan, azken urteetan, euskararen normalizazioaren aldekoak baino kontrakoak izan diren epaiak ugaritu direla ikusita, euskalgintzaren esparruan egoera hori «oldarraldi judizial» gisa izendatu izan da.

Horren harira, Cobrerosek berak, 2023ko RVAPeko euskararen araudiari buruzko kronika idatzi zuenean, bere ohiko tonu neurtu eta bakezalean aitortu zuen epaien ingurumarian sortzen ari ziren erreakzio sozialek, eta bereziki politikoek, pizten zuten kezka. Haren hitzetan: «Batzuek dugun beldurra da, denboran aurrera egin ahala, talka egiten duten erreakzio horiek guztiek are gehiago zailduko dutela hizkuntza-bizikidetza desiragarria[8]».

---

5 Berarekin batera, Zuzenbideko beste hainbat egile ere nabarmendu dira, hala nola, Castells Arteche, Agirreazkuenaga Zigorraga, Lasagabaster Herrarte, Arzoz Santisteban, Urrutia Libarona…

6 Era horretan, euskararen estatus juridikoan garrantzi berezia izan duten jurisprudentzia- eta araudi-berritasun nagusiak bildu eta guztion eskura jarri ditu. Zehazki, hizkuntza-arloan eragina izan duten Europako Giza Eskubideen Auzitegiaren, Espainiako Konstituzio Auzitegiaren, Espainiako Auzitegi Gorenaren, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren, Nafarroako Justizia Auzitegi Nagusiaren eta gainerako Autonomia Erkidegoetako epai aipagarrienak jaso ditu, bai eta Estatuko, Euskal Autonomia Erkidegoko eta Nafarroako Foru Komunitateko legeria ere.

7 Cobreros Mendazona, Edorta (2026). «La normativa sobre el euskera publicada en 2025», *RVAP,* 134 zk., 99-113 or.

8 Cobreros Mendazona, Edorta (2024). «La normativa sobre el euskera publicada en 2023», *RVAP,* 128-I zk., 159-173 or.

II. BIDEGURUTZE EDO *IMPASS*-ean PARADIGMA ETA OINARRI BERRIAK

Erakunde publikoek euskararen normalizazio eraginkorraren eta progresiboaren aldeko apustua egiten dute, eta, ildo horretan, langileak hautatzeko prozesuetan euskara-eskakizunak ezartzearen alde agertzen dira herritarren hizkuntza-eskubideak bermatze aldera. Alabaina, zuzenean esan daiteke EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak, 2021eko maiatzaren 4ko 152/2021 Epaiaren bidez (602/2020 zk. errekurtsoa, 3. Sekzioa, ECLI:ES:TSJPV:2021:986), Irungo Udaleko udaltzainen kasuan, ordura arteko *status quo*-a edo *pax iustitia* irauli zuela, udaltzaingoaren izaera elebidunaren egokitasuna eta beharra baloratzerakoan. Epai hori inflexio-puntu argia izan zen euskararen eskakizunen aurkako sententzien esparruan.

Zehazki, epaia Irungo Udaleko Udaltzaingoan hamabi plaza betetzeko funtzio publikoan sartzeko hautaketa-prozedura baliogabetzera iritsi zen —plaza horietan guztietan baldintza gisa euskararen ezagutza egiaztatzea eskatzen zen—, nahiz eta lanpostu-zerrendan hizkuntza-eskakizun horiek ezarrita egon eta derrigortasun-epea beteta egon. Auzitegiaren iritziz, Irungo udalerriko euskararen erabilerari buruzko datuak kontuan hartuta, eskakizun hori gehiegizkoa zen, baina ez zuen behar bezala kontuan hartu derrigorrez bete beharreko hizkuntza-indizea udalaren dotazio osoari zegokiola, eta ez hautaketa-deialdi bakoitzari banaka.

Lanpostuen ezaugarriei dagokienez, Auzitegiak gaineratu zuen herritarrek administrazioarekin harremanak euskaraz izateko duten eskubidea bermatzeko nahikoa dela patruila-bikote bakoitzeko kide batek euskaraz jakitea. Horrela, euskara ezagutzeko betebeharra administrazio osoari dagokiola —eta ez banakoei— azpimarratzerakoan berriro ere berreskuratu zuen zerbitzuaren elebitasun objektiboaren hasierako tesi konstituzionala (Konstituzio Auzitegiaren 76/1983 Epaia)[9].

Hortik aurrera, EAEko Auzitegi Nagusiak eta administrazioarekiko auzien epaitegiek euskara-eskakizunei lotutako prozesuak baliogabetzen zituzten epaiak ematen hasi ziren, administrazio publikoak segurtasun juridikoaren aldetik egoera zailean utziz, ezpataren eta hormaren artean, alegia.

Halaber, azken urteotako judizializazioa ulertzeko, ekaitz perfektu baten antzera, arrazoi eta faktore anitzak uztartu dira:

---

9 5. Oinarri juridikoa: «Beraz, ezin da euskararen ezagutza eskatu kargu publiko guztietara iristeko, hizkuntza koofiziala ezagutzen ez duten (eta horretara behartuta ez dauden) herritarren masa bat dagoenean. (…) Kargu publiko baterako izangaiei hizkuntza jakitea exijitzeak zentzua du beharrezkoa denean [herritarren] eskubide hori bermatzeko. Hortik harago, esan daiteke betekizun diskriminatzailea dela, eta herritarrek kargu publiko bat berdintasun-baldintzetan eskuratzeko duten eskubideari eragiten diola; izan ere, herritarren talde bati lehentasuna ematen ari zaio hizkuntza koofiziala ezagutze hutsagatik, nahiz eta hori ez den beharrezkoa administratuek administrazioarekin euskaraz harremanak izateko duten eskubidea bermatzeko».

ISBN: 978-84-7777-740-3

— Batetik, hautaketa-prozesuen deialdiak nabarmen ugaritu dira, eta, horrekin batera, kontrako errekurtsoak ere areagotu dira, hizkuntza-eskakizunik gabe beren lanpostua arriskuan ikusten duten pertsonek edo prozesu horietara aurkeztu nahi dutenek sustatuta. Urte luzez administrazio publikoak nahiko pasibo agertu dira lan-eskaintza publikoak gauzatzeko orduan (Bitartean, bitarteko funtzionario askok ere ez zuten karrerako funtzionario bihurtzeko hautaketa-prozesuak bultzatzeko interesik, oposizio-ikasketekiko beldurragatik, lana galtzeko arriskuagatik edo betetzen zuten lanpostuko hizkuntza-eskakizuna ez betetzeagatik). Egoera horrek aldaketa nabarmena izango du azken urteotan Europako Batasuneko Justizia Auzitegiak Espainiako administrazio publikoekiko behin-behineko langileen kontratazioari buruz emandako epaiak direla medio; izan ere, epai horiek administrazioetan gehiegizko behin-behinekotasunarekin amaitzeko —eta hura zigortzeko— betebeharra azpimarratu dute. Europako zuzentarau eta aginduei erantzunez, ordura arte geldirik zeuden behin-behineko langileak finko bihurtzeko hautaketa-prozesuak berrabiarazi ziren, eta, abenduaren 28ko 20/2021 Legearekin, Enplegu Publikoaren behin-behinekotasuna murrizteko premiazko neurriak ezartzen dituenarekin batera, aldi baterako enplegua egonkortzeko prozesuak martxan jarri ziren. Horren ondorioz, lanpostu publikoak egonkortzera bideratutako oposizio- eta lehiaketa-prozesuak biderkatuko dira.
— Bestetik, aldaketa soziologikoak gertatu dira. Euskalgintzaren aldetik, pandemiak inflexio-puntu bat eragin zuen. Une hartan, bizi-lehentasunak aldatu zirenean, euskarak pisua eta garrantzia galdu zituen, eta sortu zen «normalizazio berri» horretan euskararen normalizazioari toki txikia geratu zitzaion. Gizartearen eta botere publikoaren kezka eta helburuen artean, euskarak bizi dezakeen krisiak apenas du lekurik. Aurreko belaunaldien alerta linguistiko egoera desaktibatu zen. Horri gainera, mundu digitalaren bidez gertatutako globalizazio-prozesua gehitu zaio, zeinak herri euskaldunetako identitate kultural eta linguistikoa ordezkatzen edo lausotzen ari den. Hizkuntzen arteko mugak gero eta lausoagoak bihurtzen dira, eta beti ere hizkuntza gutxitu eta zapalduek pairatzen dute eraginik handiena, metaforikoki esanda, bere erabileran amildegiaren ertzera bultzatuz.
— Gaur egungo gizartea: hipermodernitatearena, hiperkomunikazioarena, hiperteknologiarena, hipernekearena, hiperindibidualismoarena… eta baita hiperkexarena ere. Une honetan, botere publikoaren kontra egiteko epaitegietara jotzeko gero eta erreakzionario gehiago dago prest. Eta halaber, herritar erdaldun elebakarren jarrerak aldatu egin dira, eta protestatzeko prest daude, nahiz eta ez dutenean kexatzeko arrazoi objektiborik izan, orokorrean gurean euskal hiztunek beti errespetatu baitituzte gainontzeko herritar erdaldunak. Baina gaur egun «euskarafoboak» ahaldunduago daude, eta euskara gorrotatzen omen duten diskurtsoei ahotsa eman zaie. Sindikatu jakin batzuk ere

beren afiliatuak mantentzeko edo berriak erakartzeko estrategiaren barruan, errekurtsoak jartzen hasiko dira euskara eskakizunek enpleguaren eremuan ustezko «klase arrakala» sortzen dutela aldarrikatuta. Era berean, alderdi politiko batzuek, hala nola PPk edo Voxek, esparru politikoan zuzenean lortu ezin dutena bide judizialaren bidez lortzen saiatzen dira. Laburbilduta, askotariko eragile ezberdinen ofentsiba bat eratu dela esan daiteke helegiteak aurkezteko prest, hein handi batean, azken epaien ildoak hauspotuta[10].

Estereotipo asko egoten dira kontakizunetan, eta atzean dagoen ideiaren muina honakoa da: Administrazio Publikoan euskaldunak pribilegiatzen direla eta ez-euskaldunak baztertzen direla, eta Administrazioa euskaldun pribilegiatuen gotorleku bihurtu omen da. Hala ere, esan behar da euskararen «inposaketa» eta gaztelaniaren aurkako «apartheid linguistikoari» buruzko salaketak ez direla popularrak, hau da, ez dutela gizarte-babes zabalik. Aitzitik, badirudi diskriminazio-salaketak gehiago datozela Administrazioan dagoeneko lanean sartu diren langileen artetik. Zehazkiago, salaketa horiek bitarteko langileen edo behin-behineko enplegatuen eskutik etorri ohi dira: ezin dutenak gogoko plaza batean karrerazko funtzionario edo langile finko egin, edota ezin dutenak lan-postua hobetu, eskatutako hizkuntza-eskakizun goragokoarengatik; hau da, zentzu literalean Konstituzioko 23.2 artikuluak aitortutako funtzio publikoan sartzeko eskubidea jada egikaritu duten pertsonak dira, eta ez Administrazioko sarreratik kanpo geratu diren herritarrak.

— Azkenik, ezin da ukatu atzean badagoela pentsamendu judizial-politiko bat: euskararen normalkuntza prozesua urrutiegi joan dela, eta, beraz, nahikoa dela. Ondorioz, esparrua estutu behar da gaztelania eta herritar erdaldunak babesteko, zeintzuk kargu publikoak eskuratzeko eskubidearen titularrak izan behar dute. Testuinguru horretan, Justizia Administrazioko epaileek eurek ere saihestu nahi dute Damoklesen ezpata, alegia, etorkizunean eurei ere hizkuntza-eskakizunak ezar dakizkiekeen aukera. Eta inkongruentzia dirudiena: euskaraz ez dakien zerbitzari publikoak beste zerbitzari publikoei euskaraz jakin behar dutela ezartzen. *In dubio anti euskara* gisa identifikatu daiteke joera bat; mugak eta hesiak gogortu dira ustezko diskriminaziorik ezaren izenean. Horretarako, administrazioarekiko auzien organo judizialak, praktikan, urrundu eta bereizi egin dira funtzio publikoan sartzeko orduan Konstituzio Auzitegiak ezarritako doktrina konstituzionaletik.

---

10 Hautsak harrotu berri ditu berri batek: Errenteriako Udalean 25 administrari plazari zegokion lan- eskaintza publikoan ezarritako euskararen eskakizuna atzera botatzeko sabotaje-kasu bat salatu dute, eta deialdia bertan behera geratu da auzitegietan aurkeztutako aurkaratze bat dela eta. Helegitea Osakidetzan lanpostu finkoa duen langile batek jarri du, eta haren atzean CCOO sindikatuko eta Euskara Denontzat elkarteko (Administrazioan hizkuntza-eskakizunei aurre egiten dien kolektiboa) kideak omen daude.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Auzi juridikoa, bai Euskal Autonomia Erkidegoko bai Nafarroako administrazio publikoetan, euskararen ezagutza-eskakizunaren esparruari eta mugei dagokie. Abiapuntu gisa onartuta dago funtzio publikoan sartzeko, *in genere* euskara ezagutzea eskatzea zilegi eta konstituzionalki onargarria dela[11]. Hala ere, beharrezkoa da zehaztea zein kasutan dagoen eskakizun hori justifikatuta, agindutako eginkizun publikoak behar bezala betetzeko gaitasun-irizpide gisa, eta, aldi berean, Autonomia Erkidegoan kokatutako administrazio publikoekin harremanetan herritarrek euskara erabiltzeko duten eskubidea bermatzeko tresna gisa[12]. Berez ez legoke arazo konstituzionalik euskararen ezagutza, orohar, gaitasun-baldintza gisa eskatu eta baloratzeko, bai lana behar bezala egiteko bai herritarren hizkuntza-eskubideak bermatzeko; eskakizun hori modu arrazoituan eta proportzionatuan egiten denean[13].

Ordea, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak eta administrazioarekiko auzien jurisdikzioko hainbat epaitegik eztabaidaren fokua beste puntu batean kokatu dute: oreka matematiko bat egon behar da herritarrek administrazioekin euskaraz harremanak izateko duten eskubidearen eta erdaldunek edo euskara ez dakiten herritarrek enplegu publikoa eskuratzeko duten eskubidearen artean. Auzitegien iritziz, oreka hori hautsiz gero, Konstituzioak debekatutako diskriminazio-egoera dakar.

Hika-mikaren aurrean, batik bat Urrutia Libaronak azken urteotan funtzio publikoan sartzeko hizkuntza-eskakizunen inguruan sortutako jurisprudentziaren irakurketa sakon eta zorrotza egin du, ikuspegi kritiko nabarmenetik abiatuta. Bere lanetan hizkuntza-politikaren egungo bidegurutzea aztertzen du, eta epai «inbolutiboek» araubide juridikoaren aplikazioan sortu duten ziurgabetasunaren aurrean, euskararen biziberritzeari lotutako neurriek kontraerreforma baten beharra dutela aldarrikatzen du[14].

---

11 Zuzenbide konparatuan, adibide desberdinetan normaltzat jo izan da funtzio publikoan gutxiengoen hizkuntzak jakitea eskatzea, administratuek administrazioarekin harreman normal eta eraginkorrak izan ditzaten. Italiako Corte Constituzionale 312/1983, urriak 18koa sententzia aipatzea klasikoa bat da: Trentino-Alto Adige eskualdeko Bolzanoko probintzian, estatutuaren araudiak farmazia-zerbitzuen emakida eskuratzeko baldintza gisa italiarra eta alemaniarraren ezagutza egiaztatuak eskatzen zituen. Bada, manua ez dago soilik italiera ama-hizkuntza duten herritarrei zuzenduta, baizik eta baita alemana ama-hizkuntza duten herritarrei ere, eta epaiak dio funtzio publikoak edo interes publikoarekin lotutako zerbitzuak erabiltzeko bi hizkuntzak eskatzea ez duela berdintasun- printzipioa urratzen, baizik eta berdintasun-printzipio bera egikaritzen du (hitzez hitz esanda, *lungi dal violare, realizza il principio di eguaglianza*).

12 Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki (1989). «La exigencia del euskara en el acceso a la función pública: jurisprudencia y planificación normativa», *RVAP,* 25. zk.

13 Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki (2003). *Diversidad y convivencia lingüística. Dimensión europea, nacional y claves jurídicas para la normalización del Euskara*, aipatutako lana, 163. or.

14 Urrutia Libarona, Iñigo (2025). «El euskera en la encrucijada: regresión jurisprudencial y nuevas bases jurídicas para la normalización del euskera», *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 83 zk, 18-50 or.

Hain zuzen, ofizialtasun bikoitzaren paradigman aldaketa bat proposatzen du, hizkuntza-araubidearen egungo zaurgarritasunaren aurrean berme juridiko sendoago bat ezartzeko asmoz. Ondorioz, aurrerago ikusiko dugun bezala, egungo sistema blindatzeko helburuz, premiazko lege-erreformak txertatzearen alde egiten du, bereziki Euskal Enplegu Publikoari buruzko Legean nahitaezko aldaketak eginez.

Gatazka judizialaren bidegurutzean, euskalgintzako elkarteek eta administrazio publikoek gurutzada bat abiatzen dute, Eusko Legebiltzarrera iritsiko dena. Horrela, Urrutiaren proposamenari lekukoa hartu, eta, euskararen normalizaziorako araudia babes juridiko sendoagoaz blindatzeko, Euzko Abertzaleak legebiltzar-taldeak eta EH Bildu legebiltzar-taldeak bi lege-proposamen aurkeztu zituzten eztabaidarako.

Paraleloki, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak bere kontra-gurutzada propioa jarri du martxan. Epaien ingurumarian, Eusko Jaurlaritzak otsailaren 22ko 19/2024 Dekretuaren bidez —Euskal Sektore Publikoan euskararen erabilera normalizatzekoa— aurreko Dekretua —EAEko herri administrazioetan euskararen erabilera normalizatzeko prozesua arautzen duen apirilaren 15eko 86/1997 Dekretua— berritu zuen[15]. Arau-eguneraketa honek PP eta Vox alderdi politikoei dekretuaren aurkako errekurtsoak aurkezteko aukera eman zien. Eta dekretu horren harira, EAEko Justizia Auzitegiak berriro ere Konstituzio Auzitegira jotzea erabaki du, gaia berriz ere konstituzio-kontrolaren esparrura eramanez.

Gauzak horrela, botere judizialaren eta EAEko administrazioaren artean nolabaiteko tira-bira iraunkorra sortu da, sokatira baten antzekoa, ea nork estutzen duen gehiago. Alde batek egindako enbidoari besteak enbido handiago batez erantzuten dio, eta, pixkanaka, jarrerak gero eta muturrerago eramaten ari dira, ordagoaren logikara lerratuz. Hortaz, egungo ziurgabetasuna gainditu beharra agerikoa da, eta administrazio publikoek segurtasun eta berme juridikoa eskatzen dute. Hara, beharrezkotzat jotzen dute gutxieneko oinarri objektibo eta egonkorrak izatea lanpostu-zerrendetan hizkuntza-gaitasunaren mailak ezartzerakoan, eta, lan-eskaintza publikoak exekutatu eta deitzerakoan nola jokatu behar den argi izatea, interpretazio aldakor eta aurre ikusezinen menpe geratu gabe.

Artikulu honen bitartez, EAEn afera honek eratu duen ekosistemaren silueta bat marraztu nahi dugu, puzzle juridikoa osatzen duten pieza batzuk mahai gainean jarriz. Noski, eztabaidagai asko ukitu gabe geratuko dira, adibidez, Nafarroako foru erkidegoko egoera judiziala, eta zerbitzu publikoa pribatizatzen denean (gero eta gehiago) edo zerbitzu publikoak azpikontratatzen direnean zer eskatu eta aplikatu. Berdin-berdin hari ugari daude aske, eta norberak aukera dezake zeinetatik tira eta zeinetatik ez.

---

15 Egia esateko, Dekretu berria berrikuntza gutxirekin zetorren, funtsean, araudiaren aplikazioeremua pribatizatzera jotzen duen sektore publiko osora hedatzea.

ISBN: 978-84-7777-740-3

III. JURISPRUDENTZIA-DOKTRINAREN BILAKAERA

1. Konstituzio Auzitegia

Lanpostu publikoetan sartzeko berezko hizkuntza koofizialen ezagutza eskatzeari dagokionez, herritarrek Administrazioarekin harremanetan hizkuntza-aukera izateko duten eskubideari lotuta, Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziak fase desberdinak igaro ditu, autonomia-erkidegoek aplikatzen duten hizkuntza-plangintzako sistema onartu eta bermatu arte. Ondoren, bilakaera horren mugarri nagusiak laburki aipatuko ditugu.

— 76/1986 KAE, abuztuak 5ekoa, Autonomia Prozesua Harmonizatzeko Lege Organikoari buruzkoa

Konstituzio Auzitegiak hasierako doktrina bat ezarri zuen *zerbitzuaren elebitasun objektiboaren* tesiaren inguruan. Doktrina horren arabera, Auzitegiak onartu eta babestu egiten zuen EAEko herritarrek Administrazioarekiko harremanetan euskara erabiltzeko duten aukera. Hala ere, berezko hizkuntza ofiziala jakiteko betebehar hori ez die funtzionario guzti-guztiei banaka ezartzen, baizik eta Administrazioaren aparatuari «bere osotasunean» esleitzen dio. Horrenbestez, hizkuntza-ezagutzaren eskakizunak zentzua du herritarren eskubidea bermatzeko beharrezkoa den neurrian; hortik harago, baldintza diskriminatzailea da.

— 82/1986 KAE, ekainak 26koa, Euskararen erabilera normalizatzeko oinarrizko azaroaren 24ko 10/1982 Legeari buruzkoa

82/1986 KAEren 14. oinarri juridikoa konstituzio-doktrinaren gangaren giltzarria da. Epai horren bidez, aldaketa esanguratsua ekarri zuen hasierako doktrinan, onartu egin baitzuen EAEko bi hizkuntza koofizialen *betekizunaren zilegitasun konstituzionala lanpostu jakin batzuetarako*. Horrela, atea ireki zuen Administrazio Publikoko lanpostu jakin batzuk —ez guztiak— hizkuntza-eskakizuna betetzen duten pertsonei erreserbatu ahal izateko, euskal hizkuntza-plangintzaren sistemari bultzada erabakigarria emanez. Dena den, elebitasun eskakizun hori arrazoizkotasun- eta proportzionaltasun-irizpideen arabera gauzatu behar da, EKren 14. eta 23. Artikuluek xedatutakoa errespetatuz eta diskriminaziorik sortu gabe.

— 46/1991 KAE, otsailaren 28koa, Kataluniako Generalitateko Administrazioaren Funtzio Publikoari buruzko 17/1985 Legeari buruzkoa

Epaiak hizkuntza-eskakizuna eremu publikoko lanpostuetara orokortzeko aukera aitortu zuen, funtzionarioek Administrazio autonomikoan beren lana behar bezala egin ahal izateko. Ildo horretan, 46/1991 KAEko 3. oinarri juridikoan adierazi zuen arrazoizkoa eta, beraz, konstituzionala zela katalanaren ezagutza *«gaitasunaren baldintza orokor»* gisa baloratzea, eskakizun-maila

aldakorra izan zitekeela onartuta. Horrela, Auzitegiak berariaz kategorikoki onartu zuen katalana jakiteko baldintza funtzio publikoan sartzeko merezimendu- eta gaitasun-printzipioen barruan kokatzen dela, eta ez *ad extra*.

— 31/2010 KAE, ekainaren 28koa, Kataluniako Autonomia Estatutuari buruzkoa

Konstituzio Auzitegiak onartu zuen funtzionarioei banaka katalana ezagutzeko betebeharra ezartzea konstituzioaren araberakoa dela, Kataluniako Administrazioak bere funtzionarioekin duen *lotura bereziko harremanak* herritarren hizkuntza-aukera bermatzera behartzen dituelako. Horrenbestez, hizkuntza-eskakizuna inolako zalantzarik gabe babesten du, Administrazioaren eta funtzionarioen arteko lotura-harreman juridiko berezi horietan oinarrituta.

— 165/2013 KAE, irailaren 26koa, Balear Uharteetako Parlamentuaren 9/2012 Legeari buruzkoa, Balear Uharteetako funtzio publikoari buruzko martxoaren 27ko 3/2007 Legea aldatzen duena

Konstituzio Auzitegiak gogoraraz ten du hizkuntza koofiziala funtzio publikoan sartzeko eskatzen diren merezimendu- eta gaitasun-irizpideen artean eska daitekeela. Hala ere, eskakizun horrek proportzionaltasun-kanona bete behar du beti, bete beharreko eginkizunen izaeraren eta lanpostuaren motaren eta mailaren arabera.

Hortaz, 82/1986 KAEk enplegu publikora lanpostu jakin batzuetan sartzeko hizkuntza koofiziala exijitzeko aukera eman zuen; handik gutxira, 46/1991 KAEk eskakizun hori lanpostu guztietara zabaltzeko aukera berretsi zuen, eta ia hogei urte geroago 2010eko ekainaren 28ko 31/2010 Epaiak doktrina hori berretsi egin zuen. Elebitasuna, «zerbitzukoa» ez ezik, «funtzionala» ere bada.

Doktrina konstituzionalaren arabera, ez da diskriminatzailetzat jotzen autonomia-erkidego bateko berezko hizkuntza koofiziala funtzio publikoan sartzeko egiaztatu beharra, baldin eta eskakizun hori lanpostuaren eginkizunak behar bezala betetzeko beharrezkoa bada eta, azken batean, herritarrek Administrazioarekiko harremanetan duten hizkuntza-aukera izateko eskubidea bermatzera bideratzen bada. Eskakizun hori ez da herritarren betebehar generiko bat, baizik eta funtzionarioei dagokien betebehar indibidualizatua, eta horrek ematen dio konstituzio-izaera.

Hala ere, elebitasun-eskakizuna beti arrazoizkotasun- eta proportzionaltasun-kanonen arabera ezarri behar da, Espainiako Konstituzioko 23.2, 139.1 eta 149.1.1 artikuluetan xedatutakoarekin bat etorriz. Horrek esan nahi du arrazoizkoa eta proportzionala izan dadin, eskatzen den hizkuntza-eskakizuna eta gaitasun-maila bete beharreko funtzioen araberakoa izan behar dela, eginkizunak betetzeko gaitasunarekin lotuta; eta halaber, eskatzen den mailak aintzat hartu beharko du errealitate soziolinguistikoa. Konstituzionala da eus-

ISBN: 978-84-7777-740-3

kararen ezagutza eskatzea euskal funtzio publikoan sartzeko merezimenduaren eta gaitasunaren baitan, eta eskakizun hori ez da *per se* diskriminatzailea euskara ez dakitenentzat, baldin eta proportzionaltasunez ezartzen bada, bai lanpostuari esleitutako eginkizunekiko bai testuinguru soziolinguistikoarekiko.

2. Auzitegi Gorena

Orokorrean esan daiteke Auzitegi Gorenak ere bere jarrera aldatu izan duela. Kontraste handia dago bere lehen adierazpenen eta ondorengo bilakaeraren artean. Konstituzio Auzitegiak 82/1986 Epaia eman aurretik, Estatuko Abokatuak sistematikoki aurkaratzen zituen euskararen ezagutza eskatzen zuten hautaketa-deialdiak, baita eskakizuna merezimendu gisa soilik aurkezten zenean ere. Auzitegi Goreneko administrazioarekiko auzien salek sistematikoki baliogabetzen zituzten funtzionario-lanpostuetarako deialdiak, baldin eta horietan hizkuntza koofizialen ezagutza eskatzen bazen, dela betekizun gisa dela merezimendu huts gisa. Ildo horretan, Auzitegi Gorenak luzaroan eutsi zion euskararen ezagutza funtzio publikoan sartzeko Konstituzioaren aurkako faktore diskriminatzailea zela[16].

Ondoren, doktrina berri bat jarraituko du[17], zerbitzuaren elebitasun objektiboaren tesiaren ildotik. Doktrina horrek «lanpostu zehatz eta jakin batzuetarako» berezko hizkuntza koofiziala eskatzeko aukera baieztatzen du, erkidegoko herritarrek Administrazioarekiko harremanetan hizkuntza hori erabiltzeko duten eskubidea bermatze aldera, Konstituzio Auzitegiaren doktrinaren funtsezko ardatz gisa. Hala ere, Auzitegi Gorenaren ikuspegitik, eskubide horren bermea soilik egongo da arriskuan Administrazioarekin harremanetan hizkuntza erabiltzeko ezintasunak nahasmendu nabarmena («perturbación importante») eragiten badio. Horrek esan nahi du kasu bakoitzean baloratu behar direla bai bete nahi den lanpostuari dagozkion eginkizunak, bai zerbitzu jakin batean aritzen diren funtzionarioen multzoa. Nahasmendu garrantzitsu hori gertatzen dela antzematen denean, nahikoa izan daiteke zerbitzu horretako funtzionarioetako batek erkidegoko hizkuntza koofiziala ezagutzea. Baldintza horiek ematen ez direnean, Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia tradizionalak indarrean jarraitzen du, diskriminatzailetzat jotzen duena autonomia-erkidegoko hizkuntza koofiziala nahitaez, berariaz edo inplizituki jakitea.

Pixkanaka, Auzitegi Gorenak gaiaren inguruan malgutasun handiagoa erakutsi zuen[18]; hala, funtzio publikoan lanpostuak eskuratzeko berezko hiz-

---

16 Cobreros Mendazona, Edorta (1984). «Funtzio publikoa eta hizkuntzagatiko diskriminazioa», *Jakin*, 33. zk, 105-112 or.

17 Adibidez, 1995eko apirilaren 18ko epaia (11868/1990 errekurtsoa), 1997ko ekainaren 16koa (3608/1987 errekurtsoa), 1998ko urriaren 13koa (359/1993 errekurtsoa).

18 Adibidez, 2013ko uztailaren 24ko epaian (278/2012 errekurtsoa).

kuntza koofiziala jakitea zilegitzat jo zuen, baldin eta eskakizun hori lanpostuari dagozkion eginkizunak behar bezala betetzeko «oso komenigarria edo beharrezkoa» bazen[19].

Epai horien atzetik pentsamendu bat dago: hautaketa-prozesuetan langile guztiei edo horien zati handi bati hizkuntza koofiziala eskatzea neurrigabea dela. Nolanahi ere, Konstituzio Auzitegiaren doktrinarekin ados egon ala ez, Auzitegi Gorenak konstituzio-jurisprudentziarekin bat egiten du, argi adieraziz autonomia-erkidegoko hizkuntza koofiziala ezagutzeko eskakizuna Konstituzioaren araberakoa dela eta ez duela merezimendu-printzipioa urratzen, baizik eta merezimendutzat hartzen du; eta, gainera, proportzionaltasun-kontrola eskakizunaren intentsitate-mailan kokatzen du.

Hala ere, Auzitegi Gorenak zuhurtziaz jokatu eta ez du gai gatazkatsuei buruzko pronuntziamendu irminik egin nahiko. Horregatik, Administrazioarekiko Auzien Salaren 2023ko uztailaren 20ko autoak, Irungo udaltzainen epaiaren aurkako kasazio errekurtsoa onartzen ez duenak, ez du konstituzio doktrina hautsi den eztabaidan sartu nahi[20].

3. EAEko Justizia Auzitegi Nagusia

EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak behin eta berriz gogoratuko du euskararen ezagutza-maila jakin bat egiaztatzea ez dela berez diskriminatzailea Konstituzio Auzitegiak deklaratutakoarekin bat etorriz. Eta bere epaietan badirudi argi zuela legez araututako hizkuntza-plangintza sistema eta tresna juridikoen funtzionamendua. Deitutako plazek profil edo hizkuntza-eskakizun (HE) jakin bat dutenean, profilak berak definitzen du lanpostua, eta, ondorioz, hautaketa-prozesuetan bereizi egin behar dira hizkuntza-eskakizun hori duten eta ez duten plazak. Hala xedatzen zuen Euskal Funtzio Publikoari bu-

---

19 Ildo horretan kokatzen dira esaterako Nafarroako Justizia Auzitegi Nagusiak azaroaren 15eko 103/2017 Foru Dekretuari buruz emandako erabakiak. Dekretu horrek Nafarroako administrazio publikoetan, haren mendeko erakundeetan eta zuzenbide publikoko entitateetan euskararen erabilera arautzen du. Zehazki, 2019ko irailaren 27ko hiru epaitan (RJCA 2019\835, RJCA 2019\864 eta RJCA 2019\948), Auzitegiak onartu zuen tokiko foru-administrazioetan euskararen ezagutza eskatzeko aukera badagoela beharrezkoa denean, eta baztertu egin zuen horrek, berez, lanposturako eskatzen den hizkuntza-ezagutza ez duten pertsonen enplegu publikorako sarbide-eskubidea urratzen duenik. Horretarako, ezinbestekotzat jo zuen balorazio indibidualizatua, arrazoizkoa, proportzionatua eta egokia egitea, lanpostuaren ezaugarrien, bete beharreko eginkizunen eta aintzat hartu beharreko errealitate soziolinguistikoaren arabera.

20 Errekurtsoa izapidetzeko, Auzitegi Gorenak baietsi behar du errekurtsoak jurisprudentzia eratzeko kasazio-interes objektiboa duela; horrek, praktikan, gaiak nahierara onartzeko sistema bihurtzen du. Izan ere, kasazio-errekurtsoa onartzearen egokitasunari buruzko balorazioa —kasazio-interes objektiboaren ikuspegitik egina— iritzi-tarte diskrezional ukaezina duen judizioa da (Auzitegi Gorenaren 2022ko azaroaren 16ko epaiak berak adierazi duen bezala).

ISBN: 978-84-7777-740-3

ruzko uztailaren 6ko 6/1989 Legeak, eta deialdiaren oinarriak jaso beharko dute derrigortasun-data igaroa duten lanpostuetan euskara baldintza dela (esaterako, apirilaren 29ko 233/2014 Epaia (ECLI:ES:TSJPV:2014:1423).

Aldiz, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren jurisprudentzia berrienak ez dio behar bezala erreparatzen indarrean dagoen aplikatu beharreko araudi autonomikoari, eta zuzenean Konstituzioko proportzionaltasun-printzipio juridikoan oinarrituta ebazten du. Bere iritziz, orain derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna duten plaza kopuru gehiegi deitzea objektiboki diskriminatzailea da euskara ezagutzen ez duten hautagaientzat, Espainiako Konstituzioaren 23.2 artikulua urratuz. Funtsean esan daiteke interpretazio horren bidez atzera egin duela denboran, batetik, Konstituzio Auzitegiaren 76/1986 Epaian jasotako zerbitzuaren elebitasun objektiboaren tesira, eta, bestetik, Auzitegi Gorenak laurogeita hamarreko hamarkadan zerabilen herritarrei hizkuntza nahasmendu nabarmenak ekiditeko tesira.

Amaitzeko, Auzitegi ezberdinen jarrera eta sentsibilitatea hizkuntza-gaia jorratzerakoan ez dira berdinak izan. Oro har, Konstituzio Auzitegia irekiago eta sentsibleago agertu da Auzitegi Gorena baino. Era berean, tradizionalki autonomia-erkidegoetako justizia auzitegi nagusiek ere joera sentsibleagoa izan dute Auzitegi Gorenarekin alderatuta, nahiz eta auzitegi horien artean ere ñabardura eta intentsitate desberdinak antzeman daitezkeen. Eta egitateei aurrea hartuz, auzitegietako sekzio edo atalen artean ere badira ikuspegi desberdinak, eta horren erakusgarri dira azken boladan EAEko Auzitegi Nagusiaren hiru atalek emandako epaien norantza.

IV. LANGILE PUBLIKOAREN GAITASUN FUNTZIONALA

Cobrerosek honakoa dio arrazoi osoz: «Botere publikoek herritarren hizkuntza-eskubideen bidezko erabilerari erantzun behar badiote, derrigorrean izan behar dituzte beren zerbitzura hizkuntza-gaitasuna duten langileak[21]».

Araudiari erreparatuta, Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuak (urriaren 30eko 5/2015 Legegintzako Errege Dekretua) 56.2 artikuluan ezartzen du administrazio publikoek, beren eskumenen esparruan, bi hizkuntza ofizial dituzten autonomia-erkidegoetan lanpostuak betetzeko behar bezala gaitutako enplegatu publikoak hautatzea aurreikusi beharko dutela[22].

---

21 Cobreros Mendazona, Edorta (1989). *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*, aipatutako lana, 87.or.

22 Aurretik indarrean zegoen 30/1984 Legea, abuztuaren 2koa, Funtzio Publikoa erreformatzeko neurriei buruzkoak ere gauza berbera jasotzen zuen 19.1 artikuluan: «Funtzio publikoan sartzeko deialdietan, administrazio publikoek, bakoitzak bere eskumen-eremuan, bi hizkuntza ofizial dituzten autonomia-erkidegoetako lanpostuak betetzeko behar bezala gaitutako funtzionarioen hautaketa aurreikusi beharko dute».

Herritarren arreta bermatzeari lotuta, aipatutako Estatuko oinarrizko legeriak —euskal enplegu publikoaren legeria horren mende baitago—, alde batetik, betebeharrak ezartzen dizkie bi hizkuntza ofizial dituzten autonomia-erkidegoetako administrazio publikoei 56.2 artikuluan[23], eta, bestetik, enplegatu publikoei betebehar pertsonalak ezartzen dizkie Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuak 54.11 artikuluan. Izan ere, 54.11 artikulu horrek ezartzen du enplegatu publikoen jokabide-printzipioa dela herritarrei arreta haiek eskatzen duten hizkuntzan ematea, baldin eta lurraldean hizkuntza ofiziala bada.

Gogorarazi behar da Konstituzio Auzitegiaren 31/2010 epaiak zalantzarik gabe berresten duela funtzionarioek herritarren hizkuntza-aukera errespetatzeko legezko betebeharra dutela, administrazioarekiko dituzten lotura bereziko harremanak oinarri hartuta.

Testuinguru horretan, administrazioarekiko lotura bereziko harremanen esparrura iritsita, egokia iruditzen zait langile publiko izateak berez dakarren esanahiari buruzko hausnarketa egitea.

Hain zuzen, Administrazio publikoko langileak konpromiso eta erantzukizun bat hartzen ditu herritarrei zerbitzua emateko eta legeek markatutako interes orokorrak betetzeko. Gizartearentzako zerbitzu publikoak berezko dituen ezaugarri eta helburuek konpromiso eta erantzukizun pertsonal edo indibiduala dakarte berekin; horrenbestez, betetzen den funtzioa ezin da inoiz izan norberaren komenientziaren arabera diseinatutako jarduera hutsa. Interes orokorrari zuzendutako zerbitzu publikoaren printzipioak lehentasuna izan behar du, bai Administrazio osoaren jardunean, bai langile publiko bakoitzaren jarduketa indibidualean, beste edozein parametro edo dimentsio pertsonalen gainetik.

Izan ere, garai berrietan eta belaunaldi berrien artean, funtzio publikoan lan egitea, batez ere, lan-segurtasunaren berme gisa ulertzen da: ez aberastuko zarelako, baina bai lan duina eta egonkorra izango duzulako, lan-eskubide egokiekin. Iraganean, interes publikoaren alde jarduteko bokazio berezi bat zegoela esan ohi da; sendagileek, irakasleek edo liburuzainek, besteak beste, herritarren beharretara egokitzeko eta gizarte hobeago baten alde egiteko konpromiso argia erakusten zuten. Gaur egun, ordea, lan-ordutatik kanpo norberaren bizitza aberatsagoa eta askotarikoagoa da, familiaz kanpoko zaletasun eta interes gehiagorekin, eta aitortu beharra dago herritarrak

---

23 Nolanahi ere, Espainiak Eskualdeetako edo Hizkuntza Gutxituen Europako Gutuna —1992ko azaroaren 5ean Estrasburgon egina— 2001eko irailaren 3an berretsi bazuen ere, esanguratsua da Gutunaren 10.1 artikuluko ii) puntua eta konpromisoa ez izenpetzea (*ii) publikoarekin harremanetan dauden bere eragileek eskualdeetako edo eremu urriko hizkuntzak erabil ditzaten zaintzea, haiengana hizkuntza horietan jotzen duten pertsonekin dituzten harremanetan)*. Inguruabar horrek agerian uzten du Administrazio publikoak herritarrekin duen zuzeneko harremanean hizkuntza-koofizialtasunari dagokionez borondate politiko mugatua dagoela.

ISBN: 978-84-7777-740-3

zerbitzatzeko bokazio edo asmo hori ez dela lehen bezain nabarmena kasu askotan. Edonork ez du balio; norberaren ingurura begiratzea besterik ez dago ohartzeko nor den benetan interes orokorra zerbitzatzeko balio duena, eta nork lehenesten dituen bere interes pribatuak.

Funtzionario hitza latinezko *functio*, *-ōnis* (funtzioa, betetzea) eta *-ario* (kidetasuna) atzizkietatik dator, eta aldi berean latinezko *fungor* aditzetik eratortzen da, «egin» edo «bete» esan nahi duena. Etimologikoki, funtzio, ofizio edo kargu bat, bereziki publikoa, betetzen duen pertsonari dagokio. Eta hizkuntza koofiziala ezagutzeko beharra lanpostuaren eduki funtzionalari lotzen zaio[24].

Hori horrela izanik, hizkuntza koofiziala eskatzeko, arrazoizkotasunaren eta proportzionaltasunaren kanonak aplikatu beharko dira, bai funtzio publikoan bete beharreko eginkizunen izaeraren edo lanpostuaren arabera, bai eginkizun horiek betetzeko eskatzen den hizkuntza-mailaren egokitasunaren arabera. Edonola ere, kanon horiek proportzionalak izan beharko dute esleitutako zereginak behar bezala betetzeko, eta arrazoizkoak, administrazio autonomikoaren beraren eraginkortasunaren arabera justifikatutako eta bidezko betekizun gisa ulertuta.

Berdintasun juridikoaren printzipioak eskatzen du euskal sektore publikoko erakundeek lanpostuaren eginkizunak behar bezala betetzeko ezarritako baldintzak betetzen dituzten pertsonak hautatzea; horren barruan sartzen dira, besteak beste, lanpostu bakoitzaren komunikazio-premiei erantzuteko behar diren hizkuntza-trebetasun egokiak izatea. Bestela, enplegu publikora iristeko berdintasunaren ulerkera oker baten izenean herritarren hizkuntza-eskubideak sakrifikatzen badira, Estatuko oinarrizko legeriaren aginduak urratzen ari dira: eskatutako hizkuntzan arreta emateko bermea (Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuaren 54.11 artikulua); eta lanpostua betetzeko gaitasunik ez izatea —kasu honetan enplegatu publikoak behar adinako komunikazio-gaitasunik ez duelako— (56.1.b eta 56.2 artikuluak).

Gainera, euskara jakitea pertsonaren eskura dagoen gaitasuna den heinean —ez baita sortzetiko ezaugarria—, ez dago inolako oztoporik edozein pertsonak, bere egoera pertsonala edo jatorrizko autonomia-erkidegoa edozein izanik ere, ezagutza hori eskuratu eta egiaztatu ahal izateko.

Guzti horren ondorioz, hizkuntza koofiziala lanpostu publikoaren funtsezko baldintza funtzionala da. Eta gainera, baldintza orokorra da, Enplegatu

---

24 Hala, Konstituzio Auzitegiaren 165/2013 epaiak, irailaren 26koak dio: «Beraz, 56.2 artikuluak bi hizkuntza ofizialak dituzten autonomia-erkidegoetan lanpostuak betetzeko behar bezala gaitutako enplegatu publikoak hautatzea aurreikustean ez da hizkuntza jakiteko baldintza orokor bat ezartzen ari; aitzitik, baldintza hori lanpostuaren eduki funtzionalaren arabera aurreikusteko beharra ezartzen ari da (adibidez, «behar bezala gaitutako enplegatu publikoen» kasuan), eta horrek legegileari eta Administrazioari erregulazio-askatasunerako tarte zabala ematen die sartzeko baldintzak zehazterakoan (13. OJ)».

Publikoaren Oinarrizko Estatutuak baldintza orokorren artean 56.1 b) «zereginak betetzeko gaitasun funtzionala» aurreikusten baitu[25].

Lanpostuen ezaugarri funtzionalak, hizkuntzazkoak barne, aldez aurretik zehazten dira lanpostuen zerrendetan eta lanpostuen monografietan, eta horiek, aldi berean, sartzeko deialdietara eramango dira.

EAEn, eta baita Nafarroako eremu euskaldunetan ere, lanpostu baterako gaitasun-betekizun gisa euskararen derrigortasuna ezarrita badago, eta funtzionarioak hizkuntza hori ez badaki, bere gaitasuna mugatua izango da funtzio publikoak garatzeko, eta, eginkizun horiek garatzeko gai ez izatera irits daiteke. Adibidez, euskara ezagutzen ez duen udal-idazkari batek osoko bilkura baten akta idatzi behar badu, eta bilkura horretan balio juridiko osoz udal-korporazioko kide guztiek euskara erabiltzen badute, egoera horretan ezinezkoa izango zaio bere eginkizunak behar bezala betetzea[26].

Kasu horietan, eginkizunak betetzeko euskarazko maila nahikorik ez duela egiaztatzen bada, hizkuntza-eskasia hori dela eta, enplegatu publikoa kargutik mugiaraztea posible izango da. Mugiarazte hori gaitasun faltaren egoeren baliokidea litzateke eta pareko tratamendua izango luke[27].

EAEn eta Nafarroan orain arte aplikatutako sistema lanpostuen hizkuntza-bereizketan oinarritzen da. Ezagutza-eskakizunak lanpostu jakin batzuetan soilik aplikatzen dira (edo dotazio jakin batzuetan). Katalunian eta Galizian

---

25 Fuentetajak egoki dion moduan (Fuentetaja, Jesus (2025), *La invalidez en los procesos selectivos de acceso a la Función Pública*, Civitas, Madrid, 162-163 or.):

> «Hautaketa-prozesuetan parte hartu ahal izateko baldintzak funtzionario izan ahal izateko baldintza orokorrei edo ezaugarri pertsonalei dagozkie: Espainiako nazionalitatea, gaitasun funtzionala, gutxieneko eta gehieneko adina, diziplinaz banandua eta zigorezgaitua ez izatea; eskatutako titulazioa, eta, hala badagokio, hizkuntza koofiziala.
>
> Horrekin batera, funtzionarioen oinarrizko legeriak aukera ematen du aplikagarri den araudi bereziak edo deialdiaren oinarriek beste baldintza espezifiko batzuk ezar ditzaten, «beren gain hartutako eginkizunekin eta bete beharreko zereginekin lotura objektiboa eta proportzionatua izango dutenak» (56.3 TREBEP) (…)
>
> Eztabaida daiteke ea hizkuntza koofiziala betekizun orokorra edo betekizun espezifikoa den. Zalantza hori desagertu egiten da 56.1ko betekizun orokorren artean, b) «zereginak betetzeko gaitasun funtzionala» aurreikusten baitu —bete beharreko eginkizunen arabera zehaztuta, neurriz kanpoko inposizioak saihestuta—.»

26 Alde horretatik, harrigarria da EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak 2026ko martxoaren 17ko 77/2026 epaian (3. atala, 390/2025 errekurtsoa), gaitasun nazionala duten Toki Administrazioko funtzionarioak egonkortzeko prozesuaren baitan —zehazki, lehiaketa-sistemaren bidez Idazkaritza-Kontuhartzailetza azpieskalan sartzeko hautaketa-prozesuan— adierazi izana herri txikietako idazkari-kontuhartzaileek ez dutela zertan 4. hizkuntza-eskakizuneko maila izan behar herritarrekin harremanetan jartzeko eta herritarrek euskaraz arreta jasotzeko duten eskubidea bermatzeko. Bidenabar, epaiak erabat alde batera uzten du euskara Administrazioaren lan-hizkuntza ere badela.

27 Castells Arteche, Jose Manuel (1996). «La posible remoción del puesto de trabajo por razones lingüísticas: condiciones y requisitos», *RVAP,* 44. zk., 285-300 or.

ISBN: 978-84-7777-740-3

aplikatutako sistema oso bestelakoa da. Bi autonomia-erkidego horietan legez funtzio publikoetan sartzeko baldintza orokor gisa ezartzen da bi hizkuntza ofizialak jakitea lanpostu orotan[28].

Zuzenbide-eztabaidatik aterata, katalanaren eta galiziarraren ezagutza-betekizuna administrazioetan modu orokortuan ezarrita dagoen bitartean, zerk azaltzen du euskararen kasuan betekizun hori orokorra ez izatea? Euskarak gaztelaniadunentzat hizkuntza zaila izateak, gaztelaniatik linguistikoki urrun egoteagatik, ala bere erabilera hedadura urriagoak?

Bada, bi faktoreak dira betekizuna orokortzearen kontrakoak: gaztelaniarekiko gertutasun-linguistiko eza eta eremu geografiko askotan erabileraren datu kaskarrak. Katalanarekin eta galiziarrarekin alderatuta, euskara ez da gaztelaniarekiko gertuko hizkuntza, hizkuntza horiek ikastea eta menperatzen lortzea errazagoa da, eta ondorioz, antza, ezin da neurri bera ezarri euskal (eta nafar) funtzio publikoan[29]. Singularitatea bedeinkazio baino madarikazio bat da.

V. EUSKAL ENPLEGU PUBLIKOAN INDARREAN DAGOEN HIZKUNTZA-ESKAKIZUNEN SISTEMA

Euskararen erabilera normalizatzeko azaroaren 24ko 10/1982 Oinarrizko Legea aplikatu behar zaien Euskal Autonomia Erkidegoko herri-administrazioek legegilearen agindua bete behar dute, herritarrek Administrazioarekin ahoz eta idatziz euskaraz zein gaztelaniaz harremanak izateko duten eskubidea eraginkorra dela bermatzeko (5.1.a eta 5.3 art.). Betebehar hori EAEko Administrazio Publikoari atxikitako langileak pixkanaka euskalduntzeko neurriak hartuz gauzatzen da (14.1 art.). Zentzu horretan, legeak aurreikusten du bi hizkuntza ofizialak jakitea zein lanpostutan den derrigorrezkoa zehaztea (14.2 art.). Zehaztapen hori lanpostuei hizkuntza-eskakizunak esleituz egiten da. Hala, EAEko herri-administrazioetan lanpostuak betetzeko eta bertan jarduteko behar diren euskarazko gaitasun-mailetan oinarrituta diseinatzen dira hizkuntza-eskakizunak. Eskakizun horiek lanpostu-zerrendetan (RPT/LPZ) jaso behar dira, onartu ziren unean indarrean zegoen Hizkuntza Normalizaziorako Plana gauzatzeko tresna gisa.

Euskal Funtzio Publikoari buruzko uztailaren 6ko 6/1989 Legearen bidetik, egun *Euskal Enplegu publikoari buruzko abenduaren 1eko 11/2022 Legeak 187. Artikuluan* arautzen ditu hizkuntza-eskakizunak eta euskararen

---

28 Ikus Galiziako Lei 2/2015, do 29 de abril, do Emprego Público de Galicia-ko 51.2 artikulua, eta Kataluniako La Llei 1/1998, de 7 de gener, de Política Lingüística-ko 11.1 artikulua.

29 46/1991ko EKEko sententzia horretan, Katalunian katalana hizkuntza ofiziala zela, eta beste justifikazio bat bota zuen Konstituzio Auzitegiak katalanaren ezagutza betekizun orokor gisa ezartzeari buruz. Hain zuzen, katalanaren erabilera autonomia erkidego lurralde osoan zabalduta dagoela.

erabilera normalizatzeko planak. Zehatzago, hizkuntza-eskakizunen prozesua berriz otsailaren 22ko 19/2024 Dekretuan, Euskal Sektore Publikoan euskararen erabilera normalizatzekoan, garatzen da —aurretik EAEko herri administrazioetan euskararen erabilera normalizatzeko prozesua arautzen duen apirilaren 15eko 86/1997 Dekretuan—.

Euskal administrazio bakoitzari dagokio, Eusko Legebiltzarrak eta Eusko Jaurlaritzak onartutako irizpideei jarraituz, bere hizkuntza-plangintza garatu —bertan finkatuko dituzte plangintzaldi bakoitzerako lortu nahi diren helburuak, hartu behar diren neurriak eta jarri behar diren baliabideak— eta bere lanpostuen hizkuntza-eskakizunak zehaztea. Legez, euskal sektore publikoko entitateetako lanpostu bakoitzak bere hizkuntza-eskakizuna izango du esleituta, eta eskakizun hori, derrigortasun-datarekin batera —hala badagokio—, nahitaez adierazi beharko da entitatearen lanpostu-zerrendan.

Lanpostu guztiek dute dagokien hizkuntza-eskakizuna, baina hizkuntza-eskakizun guztiak ez dira nahitaezkoak lanpostua betetzeko unean. Izan ere, hizkuntza-eskakizunak ondorio juridiko desberdinak ditu, lanpostuari esleitutako derrigortasun-eguna oraindik iritsi ez den edo jada igaro den kontuan hartuta. Derrigortasun-eguna igaro baino lehen, lanpostua betetzeko ez da beharrezkoa ezarritako hizkuntza-eskakizuna egiaztatzea; beraz, eskakizuna ez da nahitaezkoa eta ezin da lanpostua eskuratzeko baldintza gisa exijitu. Aldiz, derrigortasun-eguna igaro ondoren, hizkuntza-eskakizuna lanpostuari erantsita geratzen da, eta lanpostu hori betetzeko baldintza ezinbesteko bihurtzen da[30].

Derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna izan behar duten lanpostuen kopurua zehazteko indize bat aplikatzen da. Nahitaez edo derrigorrean bete beharreko indizeak adierazten du euskal sektore publikoko entitate bakoitzean eta plangintzaldi bakoitzerako derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna izan behar duten lanpostuen kopuru osoaren ehunekoa, alegia, lanpostu-dotazio guztiekiko edo lanpostu-kopuru osoa aintzat hartuta, zenbat lanpostuk izan behar duten izendatuta derrigorrezko hizkuntz eskakizuna.

Derrigortasun-indizea polinomio baten arabera kalkulatzen da: euskaldunen % + (ia euskaldunen %/2). Formula horrek administrazio bakoitzaren jardunaren lurralde-eremuan bizi diren euskal hiztunen ehunekoa hartzen du erreferentziatzat[31].

---

30 Horren ondorioz, hizkuntza-eskakizuna derrigorrezkoa izan aurretik lanpostua eskuratu duen langileak denbora-tartea eta baliabideak izango ditu eskatutako hizkuntza-gaitasuna eskuratzeko, Administrazioak horretarako aurreikusitako mekanismoen bidez.

31 Horretarako, kontuan hartuko da EAEko biztanleen euskararen jakite-mailari buruzko informazioa, Biztanleria eta Etxebizitza Zentsu edo Estatistikaren azken datuetan oinarrituta, eta, hala badagokio, plangintzaldi bakoitzaren hasieran indarrean dauden balidazio-taula orokorretan.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Euskararen normalizazio-planetako lanpostu elebidunak lehentasunez zehazteko orduan, derrigortasun-data ezartzeko erabiltzen diren irizpideak aplikatu behar dira[32].

Hizkuntza-eskakizuna derrigorrezkoa izaten hasten den egunetik aurrera, lanpostua eskuratzeko eta betetzeko ezinbestekoa izango da hizkuntza-eskakizuna betetzea. Eta derrigorrezko hizkuntza-eskakizunak garaiz eta behar bezala betetzen ez direnean, funtzionarioak lanpostua utzi beharko du. Dena den, 19/2024 Dekretuak 40. eta 41. artikuluetan hizkuntza-eskakizunak egiaztatzetik salbuesteko araubidea eta prozedura erregulatzen du. Hortaz, araudiak ez du ukatzen, edo hobe esanda, propio onartzen du euskara zaila izan daitekeela Administrazio publiko barruan jadanik sartu den hainbat jenderentzat.

VI. GUDA ZELAIKO ARAZO-ZUHAITZA

EAEko azken epaiek hautaketa-prozesuetan onartutzat jotzen ziren hainbat alderdi zalantzan jartzen dituzte, eta oinarri berritzaileak plazaratzen dituzte. Ikuspegi metodologikotik, gure helburua ez da azken urteotan emandako epaiak zerrendatzea, baizik eta eztabaida juridikoaren muinean dauden gai nagusiak lehen lerrora ekartzea.

Irakurketa orokor bati helduta, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak —eta baita administrazioarekiko auzietan diharduten epaitegi batzuk ere— atzean utzi dute jurisprudentziaren garairik aurrerakoiena edo hizkuntza propioen normalizazioarekiko aldekoena, eta, horren ordez, doktrina konstituzional murriztaileena hartu dute erreferentzia gisa. Bai EAEko Justizia Auzitegi Nagusian bai behe-mailako epaitegietan, azken sententzietan printzipio orokorretara mugatzeko joera bat dago: epaiak izaera abstraktu eta generikokoak dira, eta ez dute kasu zehatzaren gorabeheretan sakontzen, ez bada hizkuntza-eskakizunaren aurka egin duenari arrazoia emateko.

Erredukzionismo horretan, epaitegiak printzipio generiko batzuetara mugatzen dira, aplikatzekoa den araudia eta kasuaren testuinguru eta gorabehera zehatz mehatz aztertu gabe. Konstituzio Auzitegiaren hasierako jarrerara, hots, zerbitzu-elebitasun objektibora, itzultzen dira, eta errealitate

---

32 86/1997 Dekretuko 20. artikuluan xedatutakoaren arabera, honako hiru egoeraren batean egon beharko da derrigortasun data berria izango duen lanpostua: jendaurreko lanpostua izatea, harreman estrategikoak dituen lanpostua izatea, edota atal elebidunak eta euskarazko atalak eratzeko edota trinkotzeko beharrezkoa den lanpostua izatea. Aldiz, 19/2024 Dekretuko 34. artikuluaren arabera, derrigortasun-datak lanpostu hauetan ezarriko dira lehentasunez: a) Herritarrekin harreman zuzenak dituzten lanpostuetan, euskara zerbitzu-hizkuntza gisa bermatzeko; b) Zeharkakoak diren lanpostuetan, euskara lan-hizkuntza gisa bermatzeko; c) Kanpoko beste entitate batzuekin ohiko komunikazioak dituzten lanpostuetan.

sozio-linguistikoaren irizpidea hartu dute euskararen hizkuntza-eskakizunaren proportzionaltasuna neurtzeko parametro bakar gisa, lanpostuan gauzatu beharreko eginkizun eta zereginen azterketa xehea bigarren mailan utzita. Egia da ere bigarren sekzioko epaiak lehenengo eta hirugarren sekzioetakoek baino «bigunagoak» direla, eta autonomia-araudia neurri handiagoan kontuan hartzen dutela.

AKEko 23.2 artikuluan jasotako berdintasun-eskubidea «Grial Santu» bilakatzen da, eta oinarrizko eskubide hori urratutzat jotzen da euskara ezagutzea eskatzen duten plazen kopurua gehiegizkoa denean, horrek herritar erdaldunak baztertzen dituelako. Alderantziz, proportzionaltasun-kanona betetzat jotzen da hautaketa-prozesuek hizkuntza-eskakizunik gabeko plaza nahikoa aurreikusten dutenean.

Bat-batean hainbat galdera pizten dira: zein neurritan eska daiteke euskara baldintza gisa, eta noiz bihurtzen da eskakizun hori neurrigabe eta irrazional? Lanpostuaren funtzioen arabera neurtu behar da, ala batez besteko irizpide baten arabera? Batez bestekoa aplikatzen bada, zeini erreferentzia eginez: Administrazioaren plantilla osoari, kategoria bakoitzari, lan-eskaintza publiko bakoitzari ala lanpostu-deialdi bakoitzari? Proportzionaltasunaren neurgailuak erakundearen eremuan dagoen hizkuntza-ezagutzari erreparatu beharko lioke, ala benetako erabilerari? Hizkuntza-plangintzako tresnetan, normaltasun progresiboa da benetako jomuga, ala zilegi al da helburu anbiziotsuagoak ezartzea?

Honaino iritsita, une honetan pil-pilean dauden gai korapilatsuenak aztertzeari ekingo diogu, baita epaiek eman duten interpretazioari:

— 86/1997 Dekretuaren 11.1 artikuluan eta 19/2024 Dekretu berriaren 25. artikuluan aipatutako *Derrigortasun-indizea minimoa ala maximoa den*

EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak, 2011ko uztailaren 21eko 549/2011 epaian (26/2010 errekurtsoa, ECLI:ES:TSJPV:2011:3379), adierazi zuen 86/1997 Dekretuaren 11.1 artikuluan jasotako derrigortasun-indizeak ez duela gehieneko portzentaje-muga izaerarik, ostera gutxienekoaren abiapuntutzat hartu behar da[33]. Indize hori nahitaezkoa baita, eta hortik aurrera, administrazio publiko bakoitzak normalizazio-planetan finkatutako helburuen arabera, beste eskakizun gehiago eska ditzake.

---

33 «Aldiz, ez da oztopo hizkuntza-eskakizuna handitzeko edo, hala badagokio, derrigortasun-data ezartzeko, apirilaren 15eko 86/1997 Dekretuak —Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Publikoan euskararen erabilera normalizatzeari buruzkoak— 11.1 artikuluan definitzen duen derrigortasun-indizea gainditzea; izan ere, modulu horrek gutxieneko ehuneko-helburuak ezartzen ditu Normalizazio Planaren aldi bakoitzerako. Eta beraz, izaera horrekin bakarrik finkatzen du Administrazioak arlo horretan dituen diskrezio-ahalak egikaritzeko muga, Administrazioak berak eman beharreko bitartekoen bidez bere zerbitzura dauden langileen hizkuntza-gaikuntza egokia lortzera bideratuak, 6/1989 Legearen 97.8 artikuluarekin bat etorriz».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Epai isolatu hori alboratu, eta orain, aldiz, badirudi epaitegiek bestelako interpretazio bati heldu diotela: derrigorrezko-indizea gehieneko muga bezala erabiltzen da, eta horrek ezinezko bihurtzen du formularen emaitzaren gainetik derrigorrezko hizkuntza-eskakizunak ezartzea.

Egia esan, Eusko Jaurlaritzak aukera polita galdu du 19/2024ko Dekretuan indizeari gutxiengo izaera aitortzeko[34]. Ziur aski, Dekretuak bere aplikazioa-eremua euskal sektore publiko osora hedatu nahi zuenez, zuhurtziaz jokatzearen alde egin zen[35].

— Nahitaezko indizea plantilla osoari dagokion, eta zein neurritan den erabakigarria proportzionaltasun-judizioan

Legezkotasun-kontrastea administrazio publiko bakoitzaren plantilla osoari dagokion ehunekoaren arabera egin behar da. Bete beharreko portzentaje-indizeak lanpostu-zerrendako lanpostu guztiei dagozkie; eta ez plaza-moten azpimultzoei edo kategoria funtzionalei, edo lan-eskaintza publiko bakoitzari edo hautaketa-prozesu deialdi bakoitzari. Hortaz, indize orokorra plantillako zuzkidura guztien gainean kalkulatu behar da, eta ez litzateke zatikatu behar.

Bada, Auzitegi Nagusiak epai kontrajarriak eman ditu. Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorra eta haren erakunde autonomoen egonkortasun prozesuen kasuan, Auzitegiko 2. Atalak egonkortze-prozesuetako deialdiak baliozkotu ditu[36]; izan ere, lanpostuen hizkuntza-eskakizunak eta derrigortasun-datak Lanpostu Zerrendan (LPZ) jada ezarrita zeuden, eta deialdia egiten duten organoek horietan xedatutakoa errespetatzen zuten. Gainera, atal horrek indizearen ehunekoa kalkulatzeko orduan administrazioaren plantilla osoa hartzen du erreferentziatzat[37]. Hortaz, administrazioa-

---

34 Izatez, indizeari gehiengo izaera ematen zaiola interpretatu daiteke. 34. artikuluak dio «25.1 artikuluan aurreikusitakoarekin bat etorriz, erakunde bakoitzean eta plangintzaldi bakoitzean derrigorrezko hizkuntz-eskakizuna izan behar duten lanpostuen kopuru osoaren ehunekoa derrigorrez bete beharreko indizeak zehaztuko du».

35 Urrutiaren iritziz, nahitaezkotasunak finkatzeko irizpideei dagokienez, bere garrantzia eman behar zaio EEPLren 187.8 artikuluari. Artikulu horrek, nahitaezkotasunei buruzko irizpide orokorrak alde batera utzita, administrazio publiko, erakunde eta organismoei ahalmena aitortzen die derrigortasun-data zein lanposturi dagokion zehazteko, bakoitzak bere hizkuntza-plangintzako tresnetan ezarritako helburuak kontuan hartuta. Ildo horretan, Nafarroako Justizia Auzitegi Nagusiak badirudi garrantzi berezia eman diela lortu beharreko hizkuntza-plangintzaren helburuei.

36 Hala nola, 64/2024 epaia, 2024ko otsailaren 7koa (20/2023 errekurtsoa, ECLI:ES:TSJPV:2024:126); 65/2024 epaia, 2024ko otsailaren 7koa (22/2023 errekurtsoa); 31/2024 epaia, 2024ko urtarrilaren 19koa (922/2022 errekurtsoa); 28/2024 epaia, 2024ko otsailaren 19koa (21/2023 errekurtsoa); 30/2024 epaia, 2024ko urtarrilaren 19koa (919/2022 errekurtsoa); edo 238/2025 epaia, 2025eko maiatzaren 6koa (17/2023 errekurtsoa).

37 «Hemen dagoen akatsa 86/1997 Dekretuaren 11. artikuluaren aplikazioa inpugnatutako Aginduak eskainitako eskalen eta kidego jakin batzuetan profilatutako lanpostuen ehunekora mugatzea eskatzean datza, legezkotasun-kontrastea Autonomia Erkidegoko Adminis-

ren erreferentzia-indizea % 50,50 izateak ez du esan nahi, inola ere, kategoria bakoitzean plazen erdiak elebidunak izan behar direnik; aitzitik, plantilla osoari dagokio.

Hala ere, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salako azken jurisprudentziak, bereziki 1. eta 3. atalen hainbat epaitan, bestelako norabidea hartu duela dirudi. 2023ko otsailaren 24ko 84/2023 epaian (1.ª Atala, 699/2022 errekurtsoa, ECLI: ES:TSJPV:2023:6), Uliazpi Fundazioko 34 zaintzaileren kasuan, Auzitegiko 1.ª Atalak kontuan hartzen du % 65,32ko indize orokorra, eta deitutako plazen % 94k hizkuntza-eskakizuna izatea neurrigabea dela deritzo. Horrenbestez, Auzitegiak adierazi zuen ezin dela eremu bereko enplegu publikoa eskuratzeko deialdietara eraman hizkuntza-eskakizuna duten lanpostu-zuzkiduren eta Gipuzkoako Foru Aldundiko euskalduntze-indize orokorraren arteko alde handia, horrek hautagai ez-euskaldunen oinarrizko eskubideak urratzea ekarriko lukeelako[38].

Hizkuntza-eskakizunen araudia formalki behar bezala aplikatu bada ere, Auzitegi Nagusiak ez du ikuspegi horretatik egiten azterketa; baizik eta emaitzari soilik erreparatuta erabakitzen du. Horrela, deialdi zehatz batean derrigortasunik gabeko plazak baino derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna duten plaza askoz gehiago ateratzea objektiboki neurriz kanpokotzat jotzen da, eta horrek funtzio publikoan berdintasun-baldintzetan sartzeko oinarrizko eskubideari kalte egiten diola ondorioztatzen da.

Gero eta gehiago, epaitegiak portzentajeak begiratzen jartzen dira, eta ez lanpostuen funtzioen edukiari; alegia, garatu beharreko eginkizun eta zereginei inolako arretarik jarri gabe, irizpide hori funtsezkoa denean azaldutako doktrina konstituzionalean, arrazoizkotasunaren eta proportzionaltasunaren kanonaren irizpide. Eginkizun eta zereginen azterketa zehatza bigarren mailan uzteak desitxuratu egiten du hizkuntza-eskakizunen zilegitasuna neurtzeko Konstituzio Auzitegiak ezarritako irizpidea[39].

---

trazio Orokorraren plantilla osoaren gaineko portzentajearekin ezarri behar denean. Hau da, diskriminaziorik gabe enplegu publikora iristeko eskubide konstituzionala urratu dela alegatzen duen erreklamazio errepikatu hori Lanpostu Zerrenda (LPZ) osatzen duten plaza-multzo osoaren ikuspegitik sostengatu behar da, eta ezin da 20/2021 Legearen babesean deitutako plaza bakoitzerako zatitu; izan ere, kontrakoa egiteak Espainiako Konstituzioaren 23.2 artikulua Autonomia Erkidegoko arau propioek nola garatu duten alderdiari muzin egitea dakar».

38 Problematika berbera planteatzen da EAEko Auzitegi Nagusiaren 194/2025 epaia, apirilaren 23koa (13/2025 errekurtsoa, ECLI:ES:TSJPV:2025:1713), 1.º atala, Gipuzkoako Foru Aldundiko KABIA foru organismo autonomoko 54 zaintzaile hautatzeko prozesua.

39 Uliazpiko kasuan, gaitasun funtzionalaren interpretazio hori jarraitu izan balitz, arrazoizkotzat eta proportzionaltzat joko zatekeen baliogabetutako zaintzaileen deialdian aurreikusitako hizkuntza-eskakizuna. Hain zuzen ere, erabiltzaileekiko komunikazioa eta deitutako zaintzaileplazen funtzioekin lotura zuzena duen komunikazioa euskaraz egitea komeni dela ohartarazten da epaian bertan, eta zerbitzuak ematen diren eremuan euskara erabiltzeagatik ez ezik, erabiltzaileen ezaugarriengatik berengatik ere —adinagatik eta egoera kognitiboagatik— eta eman beharreko harreman eta zerbitzu motagatik —izaera intimo eta pertsonala duena—.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Ondorengo epaietan Auzitegiak derrigortasun-indize orokorrari begira dago, baina ñabardurekin. Hala, adierazten du deitutako plazetan desproportzioa gertatzen dela, derrigortasun-indizerako hurbilketa 4 urteko plangintzan modu gradual eta progresiboan egin behar delako, eta ez deialdi bakarrean, berehalako edo bat-bateko neurri gisa[40].

Hori horrela, edozein epaitegik ondoriozta dezake deialdi jakin batean hizkuntza-eskakizuna duten dotazioen kopuruaren eta euskalduntzearen indizearen arteko desfasea sortzen ari dela; alegia, deitutako plazetan hizkuntza-eskakizuna neurrigabe eskatzen dela, erreferentziazko indize orokorrera iritsi edo horretara hurbiltzeko helburuarekin. Hortaz, epai horietan, proportzionaltasunaren judizioa gero eta gehiago eraikitzen da lan-eskaintza publiko, deialdi edo plaza-multzo jakin baten azterketa autonomoaren bidez, eta ez administrazioaren plantilla osoa erreferentzia bakar gisa hartuta.

Euskararen normalkuntza-planek eta lanpostu zerrendek bete beharreko derrigortasun-indizea ezartzen dute, eta finkatutako HEren ehunekoak ez dira printzipioz zalantzan jartzen, baina eztabaidagai dena da aurreikuspen horiek errekurritutako hautaketa-prozesuan edo deialdiko oinarrietan duten proiekzioa eta aplikazio zehatza[41]. Eta horretarako, bereziki Auzitegiko 1.ª Atalak proportzionaltasun-testak bere erara egiten ditu, eta erakunde publikoei aurpegiratzen die Euskararen normalkuntza-planetan finkatutako hizkuntza-eskakizunen ehunekoak gainditzen dituztela. Izan ere, deialdian hizkuntza-eskakizuna lanpostu guztiei edo gehienei eskatzen bazaie, eta foru aldundiko edo udaleko derrigortasun-indizearen ehunekoa% 50 inguruan badago, enplegu publikoa berdintasun-baldintzetan eskuratzeko oinarrizko eskubidea kentzen zaie probintziako edo udalerriko biztanleen% 50ari[42].

Epaien arabera, beharrezkoa da oreka bat bilatzea herritarrek administrazioarekin euskaraz harremanak izateko duten eskubidearen eta erdaldunek kargu publikoetara iristeko duten eskubidearen artean. Eta administrazioari dagokio bi eskubide horiek bermatzeko bidea bilatzea; izan ere, ezin zaio

---

40 Esaterako, 121/2025 epaia, martxoaren 5ekoa (435/2024 apelazio errekurtsoa, ECLI:ES:TSJPV: 2025:1001), 1.ª atala, Gipuzkoako Foru Aldundian haur eta gazteentzako aterpetxeetako garbiketa-jantoki 15 plaza egonkortzeko prozesuan (1. Hizkuntza eskakizuna); 310/2025 epaia, uztailaren 28koa (147/2025 apelazio errekurtsoa, ECLI: ES:TSJPV:2025:2875), 1.ª atala, Gipuzkoako Foru Aldundian 20 zaintzaile egonkortzeko prozesua.

41 206/2025 epaia, maiatzaren 5ekoa (375/2024 apelazio errekurtsoa, ECLI: ES:TSJPV: 2025:1581), 1.ª atala, Bizkaiko Foru Aldundian herri lanetako zaindariak egonkortze prozesua 11tik 9 plaza hizkuntza- eskakizunarekin.

42 378/2025 epaia, urriaren 24koa (229/2025 apelazio errekurtsoa, ECLI: ES:TSJPV: 2025:3488), 1.ª atala, Gipuzkoako Foru Aldundian 100 administrariren hautaketa prozesua, plaza guztiak ere 2. eta 3. HE.

funtzionario bakoitzari banaka betebehar bat ezarri, horrek biztanleriaren erdia baino gehiago diskriminatzea dakarrena[43].

Hau da, bost axola lanpostuaren funtzioek eta zereginek bere garaian ezarritako hizkuntza-eskakizuna justifikatzen duten ala ez; bost axola, halaber, hautaketa-prozesura ateratzen den dotazioa plangintzaldiko derrigortasun-indize orokorraren barruan txertatzen den ala ez. Proportzionaltasun-judizioa oinarrizko matematika-ariketa hutsa bihurtzen da, betiere herritarren hizkuntza-eskubideak bermatzeari estu lotua, hau da, euskara zerbitzu-hizkuntza gisa bermatzeari. Ahaztu edo ignoratu egiten da euskarak lan-hizkuntza gisa erabilera normala duela: barne-jardunak euskaraz egiten direla, eta kanpoko beste entitate batzuekin ere ohiko komunikazioak euskaraz garatzen direla.

Gehienetan, epailearentzat nahikoa izaten da derrigortasun-indize orokorraren datua, deialdiko oinarriek arrazoizkotasun-irizpideei erantzuten ez dietela eta hizkuntza-arrazoiengatiko diskriminazioa eragiten dutela ondorioztatzeko. Gainera, lanpostu-deialdiak bertan behera uztea agintzen duten azken sententzietan, derrigortasun-indizearen datuaz gain, maiz agertzen dira biztanleriaren euskararen ezagutzari eta erabilerari buruzko datuak, bai eta herritarrek administraziora jotzean euskaraz artatua izatea zenbatek eskatzen duten ere, datu baxuak izaten direnez. Epaile bakoitzak egokitzat jotzen duen datu baliagarrian oinarritu dezake hizkuntza-eskakizunen portzentajearen aurkako alderaketa, desproportzionaltasun-erabakia justifikatzeko.

3.ª Atalak muturreraino eraman du praktika hori, Donostiako Udaleko egonkortze- prozesuan digitalizazio kartografikoko 2. HEko bi teknikariren plazaren oinarriak baliogabetzen dituenean, plaza bakarrekin nahikoa baitzen, Donostiako% 55,87koko indizea ikusita, zeren eta bestela gaztelaniazko hiztunen% 0 aurkeztu ahal delako[44].

Mezua argia da: funtzio publikoan berdintasun-printzipioa beti errespetatu behar da, eta horrek esan nahi du euskaldunak ez direnentzat ere lanpostu kopuru nahikoa gorde behar dela. Organo judizialek ez dute zehazten zenbat izan behar diren lanpostu horiek, baina bai adierazten dute beren proportzionaltasun-irizpide (malguen) arabera nahikoak ez direla.

—Errealitate soziolinguistikoaren garrantzia

EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren 3.ª Ataleko 2023ko irailaren 28ko 435/2023 (ECLI:ES:TSJPV:2023:1797) epaiak Euskadiko toki-erakundeetan

---

43 378/2025 epaia, urriaren 24koa: «Administrazioak justifikatu egin behar du deialdiaren xede diren plazetan euskara erabiltzeko eskakizuna ezinbesteko baldintza izatea, herritarrek administrazioarekin eurek aukeratutako hizkuntzan harremanak izateko duten eskubidea bermatzeko».

44 557/2025 epaia, abenduaren 30koa (123/2024 errekurtsoa, ECLI:ES:TSJPV:2025:4241).

ISBN: 978-84-7777-740-3

hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzko azaroaren 19ko 179/2019 Dekretuaren 13 artikulu baliogabetu zituen. Gangaren gakoa udalerriaren egoera soziolinguistikoarekiko mendekotasuna da. Auzitegiak ebatzi zuen errealitate soziolinguistikoa ezin dela izan hizkuntzen erabilera-irizpideak zehazteko parametro esklusibo. Hizkuntza-plangintzan eta -erregulazioan, udalerriek ezin diote soilik udalerriaren egoera soziolinguistikoari erantzun, toki-erakundeari ahalmena eman baitiezaioke euskara soilik erabiltzeko, gaztelaniaren erabilera baztertuta[45].

Auzitegi Nagusiaren arabera, 12. artikulua baliogabetu egin behar da, aginduak udalerriaren egoera soziolinguistikoa irizpide bakartzat hartzen duelako eta, beraz, euskara bakarrik erabiltzeko aukera ematen duelako, bi hizkuntzak desorekatuz, eta horrek EKren 3. artikulua urratuko luke. Aldiz, gerora Auzitegi Gorenak uztailaren 3ko 911/2025ko Epaian (9022/2023 errekurtsoa) kasazio-errekurtsoa ebaztean adierazten du ez dela bidezkoa Dekretuko 12. artikulua deuseztzat jotzea, baldin eta artikulu hori interpretatzen bada herritarren «hizkuntza-aukera» eskubidea errespetatuz. Auzitegi Gorenaren arabera, toki-administrazioek herritarren hizkuntza-aukera eskubidea erabat bermatu behar dute, eta ezin dute hizkuntza ofizial baten aldeko nagusitasunik ezarri; horren ondorioz, ez du deuseztzat jotzen Dekretuko 12. artikulua, baldin eta eskubide hori errespetatuz aplikatzen bada.

Nolanahi ere, prebentzio-ikuspegi horrek galdera juridikoak planteatzen ditu. Bada, koherentziagatik eta kongruentziagatik, zalantzan jar daiteke ea Euskadiko Auzitegi berari zilegi zaion errealitate soziolinguistikora jotzea hizkuntza-eskakizuna mugatzeko parametro gisa, beste kasu batzuetan —gaztelaniaren orekaren defentsan— parametro horren garrantzia ezplizituki txikitu duenean, udalerri euskaldunen euskarazko jarduna gehiegizkoa izan ez dadin.

Bestalde, errealitate soziolinguistikoan zer da baloratu behar dena: erakundearen jardunaren lurralde-eremuko euskararen jakintza edo euskararen erabilera? Araudi autonomikoak, momentuz, populazioaren euskararen ezagutza-ehunekoa erabiltzea ezartzen du, eta gaitzerdi. Izan ere, egiari zor erabilera datuei begiratzen hasten bagara[46], beharbada hurrengo urtetako hizkuntza-plangintzek bere helburuak berrikusi beharko lituzkete, eta lurralde-eremu batzuetako hainbat lanpostutan hizkuntza- eskakizuna kendu.

---

45 179/2019 Dekretuaren aurka bi administrazioarekiko auzi-errekurtso aurkeztu ziren: bata Vox alderdi politikoak jarritakoa, eta bestea PPk. Prozesuko ibilbide horretan, EAEJANek konstituzio-kontrakotasuneko auzi bat planteatu zuen 2/2016 Legearen (apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa) 6.2 artikuluaren aurka, eta, ondorioz, Estatuko Auzitegi Konstitucionalaren 85/2023 epaiak, uztailaren 5ekoak, artikulu horren konstituzio-kontrakotasuna eta deuseztasuna aitortu zituen.

46 Ikus *Esnatu ala Hil* liburuan egiten den erradiografia. Iurrebaso, Iñaki eta Goikoetxea, Garikoitz (2025), Elkar. Bertan jasotzen da gertuago gaudela hizkuntza-heriotza egoera batetik elebitasun parekide batetik baino, edo euskara sozialki nagusi den eremu geografikoa (arnasguneak) agortzen ari dela.

Horretan paradoxa bat gerta daiteke: aurreko funtzionarioak jubilatzen joan ahala, administrazioa euskaldundu nahi izan —ikasketak euskaraz egin dituzten langile gazteagoen bidez euskara benetako lan-hizkuntza izan dadin—; baina, aldi berean proportzionaltasun-test hori egiteko, lurraldearen egoera soziolinguistikoa hizkuntzaren erabilerari baino ez badio lotzen, ez egotea justifikatua hizkuntza-eskakizunak zerbitzu-hizkuntza gisa, eta beraz, dotazioetan eskakizunak murriztea.

Euskara lehenik zerbitzu-hizkuntza gisa bermatu nahi da, eta bigarrenik, lan-hizkuntza gisa. Hala ere, alde batetik, administrazioen barruan —edozein lantokitan bezala— zaila izaten da euskara egiazko lan-hizkuntza bihurtzea langile guztien artean. Bestetik, euskara ez da lan hizkuntza izango euskara menperatzen ez duten langile publiko ugari sartzen badira[47].

Amaitzeko, zerbitzu-hizkuntza moduan, legediak eta jurisprudentziak kontuan hartzen ez duten alderdi bat azpimarratu nahi dut, erakunde publikoaren ingurune soziolinguistikoa oinarri hartuta. Sektore publikoko erakundeek beren jardun- edo eskumen-eremu geografikoan euskara komunikazio-hizkuntza gisa erabiltzen duten biztanleei ez ezik, beste toki askotako herritarrei ere eman behar dizkiete zerbitzu publikoak. Etorri-joanean dabiltzan herritar horiek beren hizkuntza-aukera baliatzeko eskubidea dute, bai Tolosara doazenean, bai Barakaldora joaten direnean eta bertako administrazioetara jotzen dutenean. Norberaren hizkuntza eskubidea ez da bere herrira mugatzen; norberaren eskubidea, gutxienez, Autonomia Erkidego osora hedatzen da.

— Lanpostu-zerrendaren (LPZ/RPT) zeharkako aurkaratzea

Lanpostuen eduki funtzionala eta linguistikoa aldez aurretik zehazten dira lanpostuen zerrendetan (LPZ), eta LPZak aplikazio orokorreko administrazio-egintzak edo administrazio-egintza pluralak dira, enplegu publikoaren eskaintza (EPE) eta lanpostu-deialdien oinarriak bezala[48]. Administrazio-egintza irmoak direnez, printzipioz ezin dira zuzen-zuzenean errekurritu; hala ere, auzitegiek interpretazio gero eta irekiago eta malguagoa egiten dute, zeharkako errekurtsoaren bidez lanpostuen zerrendak aurkaratzeko eta aldatzeko aukera onartuz, oinarrizko eskubideren bat urratzen denean.

Printzipioz, lanpostu-deialdia, LPZa eta EPEa erreproduzitzeko edo gauzatzeko egintza soila litzateke. Ondorioz, Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioa arautzen duen Legearen (AAJL) 69.c) artikulua aplikatuta, eta AAJLren 28. artikuluarekin bat etorriz, lanpostuen hizkuntza-eskakizunak jasotzen

47 Hiztun euskaldunak, oro har, errespetuz jokatzen du hiztun erdaldunekin, eta euskaraz ez dakien norbait tartean dagoenean, gaztelania bihurtzen da ohiko komunikazio- eta lan-hizkuntza.

48 Ikus, besteak beste, Auzitegi Gorenaren 2014ko otsailaren 5eko epaia.

ISBN: 978-84-7777-740-3

duen lanpostu-deialdiaren oinarrien aurkako administrazioarekiko auzi-errekurtsoa ez zen onartu beharko; izan ere, LPZaren erreprodukzio eta berrespen hutsak dira, eta LPZa garaiz inpugnatu ez zenez, egintza irmo eta onartua bihurtzen da.

Ordea, EAEko Justizia Auzitegi Nagusia beste bide batetik doa: indarrean dagoen jurisprudentzia-doktrinak lanpostuen zerrendei aitortzen dien administrazio-egintza pluralaren izaerak ez du eragozten LPZaren aurkako zeharkako errekurtsoa onartzea, ezta LPZa deuseztatzea ere, baldin eta EKren 14. eta 23.2 artikuluetako enplegu publikoan berdintasun-baldintzetan sartzeko oinarrizko eskubidea urratzen bada, neurri diskriminatzaile eta neurriz kanpokotzat jotzen delako.

Kontua da, urte asko igaro diren arren, dotazioei hizkuntza-eskakizuna eta derrigortasun-data esleitzen dizkieten lanpostuen zerrendak aurkaratzeko mekanismo hori, hasiera batean salbuespenezko aukera gisa ulertzen zena (Esaterako, epaitegiek ez zituzten onartzen zeharkako errekurtsoak, baldin eta errekurtso-egileak, deialdiaren oinarrien aurkako demandan, LPZa berariaz zeharka aurkaratzen ez bazuen), funtzio publikoaren hautaketa-prozesuetan eta egonkortze-prozesuetan orokortu egin dela.

Ildo horretan, lehen azaldu dugunez, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiko 2.ª Atalak, EAEko Administrazio Orokorrean 20/2021 Legearen babesean enplegu publikoan behin-behinekotasuna murrizteko gauzatutako egonkortze-prozesuetan, profilatutako plaza guztiak «salbatzen» zituen, argudio ezberdinekin:

— Administrazioa behartuta dago 20/2021 Legeak baimentzen eta ezartzen duena eskaintzera, eta lanpostu horien diseinua lanpostuen zerrendan jasota dago.
— Enplegua egonkortzeko prozesuetarako deialdia egiten duen Aginduari ez dagokio eskainitako plazen hizkuntza-eskakizunak definitzea. Hori ez da bere xedea, eta Agindua ematen duen agintaritzak —Gobernantza eta Autogobernuko sailburuak— ere ez du horretarako eskumenik. Izan ere, EAEko Administrazio orokorreko eta bere erakunde autonomoetako lanpostuen zerrendak Gobernu Kontseiluak onartzen ditu, Euskal Enplegu Publikoaren Legearen 17. eta 45.8 artikuluetan xedatutakoarekin bat etorriz.
— Auzi-jartzaileak ez du berariaz LPZaren kontra egiten («Nahiz eta eztabaidatu ahal izango litzatekeen ea enplegu-eskaintza bezalako egintza plural bat aurkaratzen denean eskainitako plazei esleitutako profila aurkaratu daitekeen, demandan ez da horrelakorik agertzen»).

Auzitegiaren beste atalak, aldiz, ez dira hain «errukitsuak» izango foru-aldundiek eta udalek egindako egonkortzeko hautaketa-prozesuetan eskainitako lanpostuei esleitutako hizkuntza-eskakizunekin, eta LPZaren aur-

kako zeharkako errekurtsoa baliozkotzeko interpretazio zabala egiten dute. Zehazki, honako irizpide hauek ezartzen dituzte:

— Ez da beharrezkoa administrazio-egintza pluralaren aurkako berariazko zeharkako errekurtsorik jartzea, baldin eta demandaren edukitik argi eta garbi ondorioztatzen bada errekurritutako ebazpenen deuseztasun-auzia aurretikako administrazio-egintza pluraletik eratorria dela[49].
— LPZa onartu edo aldatu zenean, auzi-jartzailea LPZa aurkaratzeko legitimazio prozesalik gabeko herritarra zen, eta aldi berean, ez zeukan legitimazio materialik (*legitimatio ad causam*). Hau da, auzi-jaurtzaileari bere eskubideak kaltetu zaizkion unea hautaketa-prozesua arautzen duten oinarriak onartzean izan da, eta ez lehenago[50]. Logika hau karrerazko funtzionario egin nahi duen bitarteko funtzionarioari ere aplikatzen diote eta bere garaian errekurritu ez zuen LPZa beranduago errekurritu dezake, deialdian eragiten dionean (bestela ere, egiari zor, edozein herritarrei eska diezaioke bere ordez errekurritzeko deialdia).

Azkenean, kontu honetan Auzitegi Nagusiaren epaien arteko jarrera kontrajarrien diferentziari azalpen bakarra ematen zaio: organoen eskumen-banaketa. Izan ere, udaletan eta foru-aldundietan, antza denez, errekurritutako lanpostu-deialdia egin zuen organoa eta LPZa onartu zuena organo bera izan ziren, eta hortaz zeharkako errekurtsoak zilegitasun handiagoa dauka[51]. Aitzitik, EAEko Administrazio Orokorraren esparruko egonkortze prozesutan emandako «amnistiaren» edo «espejismoaren» kasuan,

---

49 421/2024 epaia, 2024ko azaroaren 22ko 421/2024 epaia, 1.ª atala, (160/2024 apelazio errekurtsoa, ECLI:ES:TSJPV:2024:3194), Bizkaiko Foru Aldundian egonkortze prozesuko 18 administrari plaza.

50 2025eko martxoaren 5eko 121/2025 epaia, 1.ª atala, (435/2024 apelazio errekurtsoa): «LPZ barne-antolamenduko tresna bat da. Ez du eraginik izango deitutako lanpostuetarako izangaien egoera juridikoan, zerrenda horretako lanpostuak betetzen dituzten ala ez kontuan hartuta. Ez LPZk, ez LEPak, ez dute berez ondorio juridikorik sortzen interesatuta egon daitezkeen langileen esparru juridikoan, dagozkien argitalpenen datan; aitzitik, deialdiaren unean eragiten diete beren eskubideei».

2026ko martxoaren 17ko 77/2026 epaian, 3.ª atala, (390/2025 errekurtsoa): «Kasu honetan, berriro esan behar da ez dela beharrezkoa enplegatu publikoek ad cautelam LPZ inpugnatzea. Hain zuzen ere, gai hori luze eta zabal jorratu du Sala honek, eta gogorarazi behar da Administrazioaren egintzek auzi-jartzaileei eragin dieten lehen aldia hautaketa-prozesua deitu eta dagozkion oinarri arautzaileak onartu diren unea izan dela. Ezin da nahi izan herritarrek ad cautelam errekurritzea lanpostu-zerrenden aurka, uneren batean horrelako prozedura batean parte hartzeko erabakia hartzen badute ere. Errekurtsogileak LPZ aldatu baino lehenagotik lanean aritu ahal izateak ez du bermatzen Administrazioaren tesia, hau da, LPZ errekurritzeko betebeharra izatea; izan ere, egoera horretan, agian, ez zuten interesik deitzen zen hautaketa-prozesuan parte hartzeko».

51 Aipatutako 2024ko azaroaren 22ko 421/2024 epaia.

ISBN: 978-84-7777-740-3

euskararen erabilera normalizatzeko planak eta lanpostuen zerrenda onartzeko eskumena duen organoa —Gobernu Kontseilua— bat zen, baina lanpostu-deialdiak administrazio horretako beste organo batek egin zituten —Gobernantza Publiko eta Autogobernuko sailburuak—, eta aurreko erabakiei lotuta zegoen.

Ondorioz, euskal erakunde publikoetako LPZ guztiak arriskuan daude, eta ez dute segurtasun juridikorik. Hortaz, zertarako ahalegindu LPZan ezarritako hizkuntza-eskakizun maila ateratzen epaitegiek bertan behera utzi badezakete hautaketa-prozesua martxan jartzen denean?

VII. KONFRONTAZIOAREN DIAGNOSTIKOA

Eskatutako hizkuntza-baldintzaren ondorioz, enplegu publikoaren hautaketa-prozesuak —aldi baterako enplegua egonkortzeko salbuespenezko prozesuak barne— baliogabetu dituzten epaiek oso jarrera zorrotza erakutsi dute euskal administrazio publikoekiko, hainbat arlotan. Zehazki:

— Termino prozesaletan, epaiek zabalki onartu dute hizkuntza-eskakizuna ezartzen zuen lanpostu-zerrendaren aurkako zeharkako inpugnazioa. Ez du axola LPZa aspaldikoa izatea; ez du axola demandatzailea plantillako langile publikoa izanik bere garaian LPZa errekurritu ez izana; ez du axola demandan LPZari berariazko aipamenik egin ez izana…
— Termino substantiboetan, proportzionaltasunaren eta arrazoizkotasunaren printzipioetan oinarritutako azterketa ehuneko-kalkuluen logikaren mende gelditu da. Herritarrek euskaraz harremanak izateko eskubideak bermatzera bai, baina nagusiki gaztelaniazko elebakarren eskubideen defentsara zuzentzen dira erabakiak. Hizkuntza-plangintzako derrigortasun-indizearen eta errealitate soziolinguistikoaren parametroen interpretazio interesatuena egiten da, euskarazko gehiegizko eskakizunentzat murriztaileena alegia. Gainera, inpresioa da hizkuntza-eskakizunen portzentajearen alderaketa epaile bakoitzak nahi izan duen datuen arabera egin dela. Deialdi zehatz batean derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna duten plaza dezente gehiago ateratzea, derrigortasunik gabeko plazak baino, objektiboki, neurriz kanpokotzat jotzen da[52].

[52] Urrutia Libarona, Iñigo, (2025), «El euskera en la encrucijada: regresión jurisprudencial y nuevas bases jurídicas para la normalización del euskera», *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law,* 83, 18-50 or.: «Hala ere, egindako azterketari esker, ikus daiteke EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren jurisprudentziak erabat erlatibizatu duela nahitaez bete beharreko indizearen eraginkortasuna, eta ez duela balio nahitaezko hizkuntza-eskakizuna duten lanpostuen kopurua nahitaezkotasunik gabeko hizkuntza-eskakizuna dutenena baino handiagoa duten enplegu publikoko eskaintzei euskarria emateko».

Bestetik, deialdiko lanpostu berdin guztiek ezin dute, inolaz ere, euskararen hizkuntza-eskakizuna eduki, EKEko 14. artikuluaren ikuspegitik diskriminaziorik ez atzemateko. Beti egon behar da euskal hiztunak ez diren pertsonentzat plazen erreserba proportzional bat. Jurisprudentzia berriaren arabera, euskara jakitea eskatzen den lanpostu-kopuruan gertatzen den desproportzioa, berez (per se), diskriminatzailea da, erdaldunak hautaketa-prozesutik baztertzen dituelako. Horrenbestez, proportzionaltasun-kanona betetzen dela ulertzeko, hautaketa-prozesuek hizkuntza-eskakizunik gabeko lanpostu kopuru nahikoa aurreikusi behar dute.

Ez du hainbeste axola monografiaren arabera lanpostuan garatu beharreko eginkizunak eta zereginak zein diren, ez eta behar den gaitasun funtzionala zein den, nahiz eta doktrina konstituzionalarentzat arrazoizkotasunaren eta proportzionaltasunaren kanonaren funtsezko irizpidetzat jo izan.

Ez du hainbeste axola administrazio publiko bakoitzak bere burua antolatzeko ahalmena duela, ezta lanpostu bakoitzaren beharrak eta egokitasunak zehazteko eskumena, ezta hizkuntza-normalkuntzan dituen helburuak ere. Hizkuntza-politika epaitegiek markatuko dute.

Ez du hainbeste axola langile publiko guztiek legez duten jokaera-printzipioak eta betebehar pertsonalak.

Ez du hainbeste axola euskara zerbitzu-hizkuntzaz izateaz gain, lan-zerbitzua ere izatea, eta bere erabilera sustatu nahi izatea.

Epaitegiek foku okerra daukate: bat-batean, epaitegientzat funtzio publikoan sartzeko baldintzak oso onak dira euskaldunentzat eta oso txarrak gaztelania-hiztunentzat, zeinentzako hizkuntza oztopo ia gaindiezina den. Hala ere, hizkuntza baldintzak ez dira kanpotarrak edo gaztelaniadunak diskriminatzeko ezartzen. Epaien arrazoibideek euskal gizartearen ikuspegi lerratu eta mugatua islatzen dutela dirudi, non erdibiderik gabe bereizten dira herritar erdaldunak eta euskaldunak, eta funtzio publikorako sarbidean desberdintasuna dagoela salatzen du. Ematen du nolabait bi motatako herritarrak daudela: euskaraz dakitenak euskaraz jaio direlako, eta euskaraz ez dakitenak erdaldun jaio direlako. Hizkuntzaren ezagutza pertsonaren berezko baldintza gisa ikusten da —arraza, adina, nazionalitatea edo sexua bezalaxe—, berez eskuragarri eta eskuratzen den betekizun bati buruz hitz egiten ari garenean. Izan ere, edozein pertsona formatu daiteke eta hizkuntzak ikas ditzake, eta, gainera, gaur egun euskara ikasteko inoiz baino baliabide eta erraztasun gehiago daude, eta, horrenbestez, eskatutako hizkuntza-maila lor daiteke, eskatzen den beste edozein titulazio edo gaitasun profesional bezala[53].

---

53 Castells Arteche, Jose Manuel (1980). *La Euskadi autónoma y los funcionarios públicos,* Erein, Donostia. 113 or.: «Funtzio publikorako sarbidean hizkuntza gutxitu bat eskatzeak edo baloratze hutsak, ez historikoki gure testuinguruan, ezta Europako orainaldian ere, ez darama bere baitan diskriminazioaren birusa (...). Era berean, sozialki ere ez da diskrimina-

ISBN: 978-84-7777-740-3

Diskriminazioaren ikuspegian sakontzeko, Euskal Autonomi Estatutuko 3.3 artikuluak eta Euskararen erabilera normalizatzeko azaroaren 24ko 10/1982 Oinarrizko Legearen 4. artikuluak berariaz ezartzen dute inor ez dela hizkuntzagatik diskriminatua izango. Ordea, diskriminazio hori bi aldekoa izan daiteke, izan ere, bi aspektu daude jokoan beti hizkuntza bereizkerian: —enplegu publikoan lan egiteko hizkuntza baten eskakizunak dakartzan desberdintasun arazoak hizkuntza hori ez dakitenentzat, eta —herritarrek eremu publikoetan dituzten harremanetan bere hizkuntza erabili ahal izateko arazoak. Bi aspektuen artean bete behar den behar bat dago: Administrazio publikoak hizkuntza aldetik gaitasuna duten pertsonala izan behar du.

Bada, aipatutako 10/1982 Oinarrizko Legearen 4.artikulua idatzi zenean herritarren hizkuntzagatik izan zitezkeen diskriminazio-egoerak izan ziren kontuan, eta ez zerbitzari publiko izateko sarbidea hizkuntza-eskakizunen bidez ixteak ekar zezakeen diskriminazioa.

Ordea, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak diskriminazioari buruzko ikuspegi bakar batean jartzen du arreta: funtzio publikoan berdintasun-baldintzetan sartzeko oinarrizko eskubidean, Espainiako Konstituzioaren 23.2 artikuluan jasotakoan (zeinek, adi, sarbidea «legeek adierazitako betekizunekin» lotzen duen). Horren arabera, diskriminazioa dago, baldin eta tratamendu desberdinak ez badu justifikazio objektiborik, xederako arrazoizkoa ez bada, edo ondorioei dagokienez proportzionaltasun-printzipioa errespetatzen ez badu[54].

Horren harira, *Europako Batasuneko Justizia Auzitegiari (EBJA),* nahiz eta gutxitan, aztertzea egokitu zaio ea estatu batek hizkuntza-baldintzak ezartzeak Europako zuzenbideak bermatutako oinarrizko askatasunak urratzen ote dituen. Oro har, hizkuntza nazional eta ofiziala defendatu eta sustatzeko helburua interes orokorreko premiazko arrazoitzat jotzen du EBJAk, eta helburu horrek Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuan aitortutako oinarrizko askatasunen erabileran murrizketak justifika ditzake; zehazki, estatu kide bateko herritarrek beste estatu kide bateko lu-

tzailetzat jo Zuzenbideko lizentziadunaren titulua izatea Ministerioko teknikariaren plaza baten oposizioetan parte hartzeko, edo metro eta hirurogeita hamar zentimetro neurtzea udaltzain izateko».

54 Urrutia Libarona, Iñigo (2025). «El euskera en la encrucijada: regresión jurisprudencial y nuevas bases jurídicas para la normalización del euskera», aipatutako lana. URRUTIAren hitzetan: «Badirudi Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia hipotesi batetik abiatzen dela, hau da, hizkuntza-eskakizunak diskriminazio-baldintza bat direla, eta horrek eragina duela enplegu publikora berdintasun-baldintzetan iristeko eskubidean, lehentasuna emango litzaiokeelako herritar talde bati (euskara dakitenei) beste batzuei baino. Era berean, uste du euskara jakiteko eskakizunak administratuek Administrazioarekin harremanak euskaraz izateko duten eskubidea bermatzeko behar besteko neurrian baino ez liratekeela justifikatuko. Premisa, gure ustez, okerra da, ideia honetatik abiatzen baita: hizkuntza-eskakizunak ez datoz bat merezimendu- eta gaitasun-printzipioekin, eta biztanleria-talde bat diskriminatzen dute euskaraz ez jakiteagatik».

rraldean kokatzeko duten askatasuna eta langileen joan-etorri askea[55]. Dena den, gaur egun arte, Europako Batasuneko Justizia Auzitegiak ez du berariaz aztertu ea hizkuntza-baldintzak ezartzeak Europako Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutunean jasotako eskubideen urraketarik edo diskriminaziorik eragiten duen.

Amaitzeko, auzi-aldi honek nabarmen higatu du sektore publikoaren hizkuntza-politikaren eta funtzio publikoan sartzeko hizkuntza-eskakizunen sistemaren segurtasun juridikoa, eta administrazioei jarduteko irizpide argirik gabe uzten die. Berme juridiko gabeko testuinguruan, eta irizpide juridiko argien faltan, administrazio bakoitzak bere erabakiak hartu beharko ditu itsuitsuan lan-eskaintza publikoak exekutatzerakoan, herritar legitimatuen eta sindikatuen errekurtsoen esperoan[56].

Esaterako, pentsa dezagun udal batek hizkuntza-eskakizuna duten bost udaltzain-dotazioren lanpostu-deialdia egin nahi duela, udalaren derrigortasun-indize orokorra% 50ekoa denean. Zein irizpide joko luke epaitegiak proportzionaltasun- eta diskriminazio-gabezia-printzipioekin bateragarritzat? Nahikoa litzateke bost lanpostuetako batek hizkuntza-eskakizunik ez izatea, ala beharrezkoa litzateke lanpostuen erdiek, gutxienez, hizkuntza-eskakizunik ez izatea, hau da, bostetik hiruk HErik ez izatea? Beti ere hiru horiek euskara dakien beste lankide batekin patruilatu beharko lukete, baina udalerrian euskararen kaleko erabilera% 20a izanda, agian proportzionalagoa da bostetik bati bakarrik eskatzea HE.

Are gehiago, erdaldun elebakarren sarbidea ez eragozteko irizpidea muturrera eramanez gero, ondorio paradoxiko batera hel daiteke: udal-plantillako itzulpen-zerbitzuetako edo hizkuntza-normalizazioko teknikarien deialdietan ere dotazio guztiek ezin izango lukete hizkuntza-eskakizunik izan,

---

55 Horren adibide bi kasu: Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren epaia, 1989ko azaroaren 28koa, Groener kasua, C-379/87, eta berriena Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2026ko otsailak 12ko Epaia, C-48/2024: Lituaniako legeriak ikastetxe pribatuak behartzen ditu beren irakasleek eta administrazio-langileek lituanieraz II. kategoriako hizkuntza menderatzen dutela egiaztatzera. Hizkuntza-baldintza hori bat dator Europako araudiarekin (2005/36/EE Zuzentaraua, 53.1 art. «Hizkuntza-ezagutzak: 1. Lanbide-kualifikazioak aitortuta dituzten profesionalek harrerako estatu kidean lanbidean jarduteko beharrezkoak diren hizkuntza-ezagutzak izan beharko dituzte»), eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak ez du uste Lituaniako Errepublika ez den beste estatu kide bateko herritarrari aplikatzen zaien gaitasun betebeharrak ezartzeko askatasuna murrizten duenik, baizik eta neurri egokia dela hizkuntza ofiziala defendatzeko eta sustatzeko. Ikasleekiko, ikasleen gurasoekiko eta, oro har, publikoarekiko harremanetan hizkuntza-baldintza hori bete behar duten pertsonek hizkuntza praktikatzea bultzatzen du.

56 Badirudi, Bizkaiko Foru Aldundiak proposatu duela plazen erdietan hizkuntza-eskakizunaren derrigortasuna atzeratzea. Beste era batera esanda, EPEan eskainitako plazen % 50 lehiaketara aterako lirateke hizkuntza-baldintzarik gabe, eta esleipendunek epe handiagoa izango lukete hizkuntza-eskakizuna egiaztatzeko. Gipuzkoako Foru Aldundia, aldiz, enplegu publikoaren eskaintzetan euskararen hizkuntza-eskakizunen derrigortasuna atzeratzea aztertzen ari da, lege-aldaketaren bat gauzatu arte.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nahiz eta jakina denez, lanpostu horien eginkizun nagusia, berez, hizkuntza-gaitasunetan oinarritua izan.

VIII. ENPLEGU PUBLIKOAREN LEGEA ALDATZEKO LEGE-PROPOSAMENAK

Egoera bideratzeko eta ahal dela iraultzeko, eta auzi-aldiak euskal enplegu publikoan oinarri juridiko berrien beharra agerian utzi duelako, legedi-markoa aldatzeko proposamenak lantzen hasten dira joko arau berriak onartzeko.

Ezagunena Urrutia Libaronaren proposamena paradigma aldatzeko: *Euskal administrazio publikoetan hizkuntza-plangintzako eredu berri baterako trantsizioari buruzko txostena*[57]. Beste autonomia erkidegoen bidetik, euskara funtzio publikoko lanpostuetan jarduteko baldintza orokorra izatea, baina salbuespenak ezarri ahal izatea, horretarako justifikazioa balego.

Laburbilduta, hautaketa-prozesuetan hizkuntza-eskakizunen eredu orokortu baterantz joatea proposatzen du, malgutasunarekin, errealitate soziolinguistiko desberdinetara egokitzeko. Gaur egungo eredua alderantzikatu nahi du: orokorrean euskara eta gaztelania baldintza izatea, eta salbuespen justifikatuetan soilik ez aplikatzea elebitasuna. Salbuespen horietan, euskararen ezagutza merezimendu gisa baloratuko litzateke. Eredua bateragarria litzateke oraingo sistemarekin, baina sarbide-prozeduren funtzionaltasuna berrikustea eskatzen du[58].

Alderdi politiko abertzaleak zezenari adarretatik heldu eta beren alternatibak planteatuko dituzte arazoa bideratzeko. Horrela, Euzko Abertzaleak legebiltzar-taldeak eta EH Bildu legebiltzar-taldeak bakoitzak bere lege-proposamena aurkeztu zuen Euzko Legebiltzarrean Euskal Enplegu Publikoaren abenduaren 1eko 11/2022 Legea aldatzeko, eta Osoko Bilkurako bozketan aintzat hartzea onartu ziren 2025eko urriaren 2an batak bestearen ekimena elkar sostengatu ondoren.

Funtsean, EA-NVk derrigortasun indizea kentzea proposatzen du eta euskara eskakizunak erakunde bakoitzak erabakitzea nahi du. EH Bilduk eus-

---

57 *Txillardegi Gogoeta Guneak Euskalgintzaren Kontseiluarekin batera antolatutako jardunaldi batzuetan aurkeztutakoa.*

58 Proposamena Euskal Enplegu Publikoaren Legea aldatuz gauzatuko litzateke, honako puntuak jasoz:

a) Orokorrean, bi hizkuntza ofizialen ezagutza egokia egiaztatzea, plazaren funtzioetara egokituta.
b) Administrazioek, justifikazioarekin, euskara eskakizuna ez aplikatzeko aukera dute lanpostu jakin batzuetan, irizpide soziolinguistikoak kontuan hartuta.
c) Salbuespenen muga nahitaezko gutxieneko indize baten bidez ezarriko da, eta administrazioek indize hori handitu ahal izango dute hizkuntza-plangintzaren helburuen arabera.

kara eskakizuna lanpostu guztiei ezartzea defendatzen du, eta ondoren eskakizun horren gauzatze praktikoa malgutzeko aukera ematea.

Batetik, Euzko Abertzaleak proposatutakoa hizkuntza-eskakizunak ezartzeko derrigortasun indizea kentzea da, eta lan eskaintza publikoen hizkuntza-eskakizunak erakunde bakoitzak bere errealitatera egokitzea, «proportzionaltasun irizpideak eta administrazioan euskararen erabilera normalizatzeko irizpideak erabiliz»[59].

Bestetik, EH Bilduren ekinbidez aurkeztutakoa: euskara gaitasuna egiaztatzeko derrigortasuna ezartzea funtzio publikoko lanpostu guztietan, baina geroratze indizearekin, zenbait kasutan beharrezkotasun hori geroratzeko. Urrutia Libaronak defendatu moduan, bi hizkuntza ofizialak ezagutzea izatea irizpide orokorra enplegu publikorako sarbidean. Irizpide orokor hori, baina, malgua izanen litzateke, eta administrazio publikoek salbuespenak ezarri ahalko lituzkete, kasuan-kasuan. Edonola ere, prozedura gaur egungoaren «alderantzizkoa» izango litzateke: administrazioak idatziz justifikatu eta arrazoitu beharko du zein kasutan salbuetsiko edo geroratuko duen euskara jakiteko betebeharra. Halako kasuetarako, lege proposamenean jasota dago langile erdaldunei «trebakuntza plan pertsonalizatuak» eskaintzea eta «ikaskuntzarako liberazioak» ziurtatzea. Horretarako, indarrean dagoen legeko hainbat artikulu ukitzen ditu.

Bi lege-proposamenak Erakunde, Gobernantza Publiko eta Segurtasun Batzordean eztabaidatu ziren. Errealitate (edo behintzat errealitatearen narratiba) poliedriko baten aurrean gaude, eta, beraz, kolore (eta iritzi) guztietako gizarte eragileak, sindikatuak, instituzioetako arduradun eta teknikariak, eta zuzenbide adituak parte hartu dute Batzordean[60].

Bi galdera datozkigu burura lege-proposamenak irakurtzean: 1-Baliagarriak al dira arazoa konpontzeko? 2-Bideragarritasun juridikoa daukate?

Azaleko balorazio batean, EA-NVren alternatiba derrigortasun-indizearen erabakigarritasunean eta aplikazioan sortutako talkak desagerrarazteko baliagarria izan liteke, baina arazoaren muina konpontzeko motz geratzen da. Proposamenak ez luke konstituzionaltasun-kontrolari dagokionez arazorik sortuko; hala ere, erakundeak egindako plangintza-tresnaren proportzional-

---

59 Zehazki, Euskal Enplegu Publikoari buruzko legean 187. Artikuluan 11. paragrafo bat gehituko zen: «11. Euskal administrazio publikoetako erakunde bakoitzean, euskararen normalizazioari eta erabilerari buruzko plangintzarako aldi baterako tresna onartzean, eta horren barruan ezarri beharreko helburuak, neurriak eta bitartekoak ezartzean, zorroztasun osoz zehaztu beharko da hizkuntza eskakizunaren derrigortasun data ezarria duten plazen ehunekoa. Erakunde bakoitzak egiten duen zehaztapena proportzionaltasun irizpideen arabera justifikatu beharko da, erakundearen hizkuntza ofizialak erabiltzeko irizpideak kontuan hartuta. Ez da aplikatuko nahitaez bete beharreko indizeen zehaztapen orokorrik».

60 Batzordean izandako agerraldiak hemen ikus daitezke: *EH Bilduren agerraldia; EA-NVren agerraldia.*

ISBN: 978-84-7777-740-3

tasun-kontrola epaile arrunten esku geratzen da kasu bakoitzean. Ez da judizializazio arriskua gainditzen, eta ez du segurtasun juridiko nahikorik ematen.

EH Bilduren proposamen integralagoa berriz, anbiziotsuegia eta utopikoegia izan daiteke. Bat-batean, betekizun orokor gisa euskara ezagutzea gehiegizkotzat jo daiteke, eta zaila izango luke Konstituzio Auzitegiaren kontrola gainditzea, EAEko lurraldearen errealitate soziolinguistiko heterogeneoak ez baitu zerikusirik Katalunia edo Galiziakoarekin. Azkenik, hizkuntza-eskakizunaren egiaztapena geroratzeko aukerari emandako malgutasunak auzitegi arruntetara iristeko aukera handiak ditu, proportzionaltasun-azterketatik libratu gabe.

Alderdi politikoek bi lege-proposamenei beren zuzenketak aurkeztu zituzten, eta kasu batzuetan beren zehaztapenak findu zituzten zuzenketen bidez[61].

---

61 — EAJ-PNVren zuzenketak derrigortasun geroratuaren figura txertatzen du. Horretarako, aurreikuspen espezifikoa jasotzen da enplegu publikoaren eskaintzetan derrigortasun-datak geroratzeko aukerari buruz. Horri esker, lanpostu jakin batzuetara hasiera batean hizkuntza-eskakizuna egiaztatu gabe sartu ahal izango da, baina ondoren egiaztatzeko betebeharra ezartzen da, eta bitartean, dagokion hizkuntza-prestakuntza bermatzen da.
Halaber, derrigortasun-indize propioa zehazteko proportzionaltasun-irizpide osagarriak sartzen dira, lanpostuaren mota eta mailari, hizkuntza ofizialen erabilera-irizpideei, errealitate soziolinguistikoari eta administrazio, erakunde edo organismo bakoitzaren jardun-eremuari lotuta.

—EH Bilduren proposamenean, sarbiderako deialdi publikoetan eskaintzen diren lanpostu-dotazio publiko guztiek izango dute nahitaezko hizkuntza eskakizuna. Euskal administrazio publikoek deialdi bakoitzaren oinarrietan zehaztuko dute zenbat lanpostu-dotaziotan salbuetsita edo geroratuta egongo den nahitaezko hizkuntza-eskakizuna egiaztatzeko beharra. Horretarako, zuzenketako progresibotasun-indizeak adieraziko du entitate bakoitzean eta plangintzaldi bakoitzean derrigorrezko hizkuntza eskakizuna gehienez geroratu daitekeen lanpostuen kopuru osoaren ehunekoa.

—PSE-EEk legean berariaz txertatu nahi du nahitaez bete beharreko indize orokorra, zein arrazoizkotasun- eta proportzionaltasun-irizpideetara egokitu beharko den, bete beharreko lanpostuaren edo eginkizunen motaren eta mailaren arabera. Halaber, euskararen arnasguneetako administrazioetan salbuespenak aurreikusten ditu.

—PPk hainbat aldaketa proposatzen ditu Euskal Enplegu Publikoaren Legean: Hizkuntza-plangintzari dagokionez, lanpostuak herritarrekiko duten interakzio-mailaren arabera sailkatzea dira, eta kategoria batzuk bereiztea (zuzeneko arretako lanpostuak, zeharkako interakzioko lanpostuak eta barneko lanpostuak edo lanpostu teknikoak); deialdiaren oinarriak Enplegu Publikoaren Euskal Kontseiluak informatuko lituzke; lanpostu guztiei hizkuntza-eskakizun bat esleitzeko betebeharra ezabatzea; euskara merezimendu gisa balioesteak muga batzuk errespetatzea; hizkuntza-eskakizunen zehaztapena, esleipena eta, hala badagokio, nahitaezkotasuna lanpostuaren sailkapen funtzionalaren eta lanpostu bakoitzean hizkuntza ofizialen erabileraren benetako intentsitatearen arabera egitea; hizkuntza-eskakizun bat edo euskararen ezagutza ez egiaztatzeak ezin izango luke, berez, kaleratzea, zerbitzu-harremana amaitzea, diziplina-zehapena edo enplegatu publikoaren izaera galtzea eragin…

—Sumarrek ere bere zuzenketak aurkeztu ditu: langile finkoetatik kanpo euskara ikasteko aukerak zabaltzea, azpikontratetako langileak barne; hizkuntza-plangintzako tresnek hizkuntza-ikuspegia duen herritarren benetako eskariari erantzutea; hizkuntza-eskakizunak esleitzerakoan lau hizkuntza-trebetasunak zehatzago bereiztea; nahitaez bete beharreko indizea kalkulatzeko benetako erabileraren neurketa txertatzea; hautaketa-prozesu orotan

Korapiloa askatzeko mahai-gainean jarritako proposamenak dibergenteagoak ziren konbergenteak baino. Baina soka amaieraraino tenkatuta, azkenean, Eusko Legebiltzarreko osoko-bilkurari begira denbora agortuta, EAJk eta EH Bilduk akordioa egin dute euskara eskakizunen arloan Legea erreformatzeko. Hain zuzen, 2026ko ekainaren 25ean egindako osoko bilkuran EAJk egindako proposamena atera da EH Bilduren abstentzioari esker.

Honela, 5/2026 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Enplegu Publikoaren abenduaren 1eko 11/2022 Legea Hizkuntza normalizazioko Neurriei dagokienez aldatzekoak ezarritakoarekin bat, euskal administrazio publikoek, haien erakundeek eta organismoek beren derrigortasun-indize propioa zehaztuko dituzte, eta derrigortasun-datak geroratzeko aukera izango dute.

Hala ere, baldintza batzuekin dator egindako hitzarmen politikoa. Frogatzen bada lege aldaketak ez duela «bere helburu nagusiak betetzeko egiturazko nahikotasunik», beste proposamen bat lantzen hasiko dira Kataluniako eta Galiziako ereduak oinarritzat hartuta. Horretarako bi alderdiek kontrasterako, jarraipenerako eta ebaluaziorako batzorde bat osatuko dute egiaztatzeko onartutako lege aldaketa benetan eraginkorra den segurtasun juridikoa indartzerako orduan.

Hortaz, baliagarritasun juridiko edo arrakasta-aukera errealen zalantzekin onartu da lege aldaketa. Besteak beste, auzitegi arruntek legezko indize orokorraren erreferentzia gabe irizpide irekiagoa izan baitezakete hizkuntza eskakizunak epaitzeko.

IX. AUZITEGIAREN KONTRAERASOA: KONSTITUZIO-AURREIRITZIA

Euskal Sektore Publikoan Euskararen Erabilera Normalizatzeko otsailaren 22ko 19/2024 Dekretuaren hainbat arau-xedapenen aurka PPk eta Voxek jarritako errekurtsoen harira, EAEko Justizia Auzitegi Nagusiaren 3. atalak gaia Konstituzio Auzitegira eraman du. Hain zuzen, 2025eko abenduaren 23ko Autoaren bitartez (ECLI:ES:TSJPV:2025:585A), konstituzio-kontrakotasun arazoa edo konstituzio-aurreiritzia planteatu eta Euskal Enplegu Publikoaren Legearen 187.5 artikulua Konstituzioarekin bateragarria ote den zalantzak agertu dizkio Konstituzio Auzitegiari (Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa 2/2016 Legearen 6.2 artikuluarekin egin bezala). Artikulu horrek ezartzen du Euskadiko administrazioetako lanpostu guztietan euskara eskakizunak esleitzea, eta EAEko Auzitegi Nagusiak gaineratzen du lanpostu guztiei hizkuntza-eskakizun bat esleitzea ez dela «kaltegabea», izan ere, eskakizun hori une jakin batean aktibatzeko aurreikusita dago, derrigortasun-data

hizkuntza-egiaztapeneko proba bat egiteko eskubidea berreskuratzea; euskararen ezagutza merezimendu gisa baloratzean gainerako merezimenduekiko mugak aplikatzea…

ISBN: 978-84-7777-740-3

baten bidez gauzatzeko moduan, eta une horretatik aurrera benetako betebehar bihurtzen da.

Bere Autoaren arabera, hizkuntza-eskakizuna duten lanpostu guztiak kontuan hartzea, eta ez proportzionaltasun-printzipioaren arabera eska dezaketenak bakarrik, objektibotasunez disuasio-elementua da enplegu publikora iritsi nahi dutenentzat eta erdaldunak direnentzat. Espainiako beste leku batzuetan bizi izanik, askatasunez ezarri nahi duten lekuan lanpostu publiko bat nahi dutenei objektiboki sarbidea kentzen dien baldintza bat ezartzen zaie, edo baita Euskal Autonomia Erkidegoan bizi eta beren hizkuntza-askatasuna erabiliz gaztelaniaz mintzatzea erabakitzen dutenei.

Auzitegiaren iritziz, proportzionaltasun-printzipioak berak —hizkuntza bati buruz hartutako neurriek beste hizkuntzaren erabilera eragotzi behar ez dutela dioen neurrian— justifikatzen du lanpostu guztiei hizkuntza-eskakizun bat esleitzea neurriz kanpokotzat jotzea. Kasu guztietan ez da beharrezkoa bi hizkuntza ofizialak ezagutzea edo erabiltzea; nahikoa litzateke egokitzat jotzen den lanpostu-kopurua hizkuntza-eskakizunez hornitzea, zerbitzu jakin batean euskarazko harremanak bermatu ahal izateko, eta, horregatik, lanpostu guztietan hizkuntza-eskakizuna ezartzea objektiboki neurriz kanpokoa da eta kargu eta funtzio publikoetan sartzeko askatasunaren aurkakoa; gainera izaera diskriminatzailea ere badu, lanpostu guztiei hizkuntza-eskakizuna esleitzeak hautaketa-prozesuan parte ez hartzea eragiten duelako, etorkizunean une jakin batean derrigortasun-dataren bidez bete beharko den baldintza delako.

Dena den, Konstituzio-aurreiritzia planteatzeko Autoak hiru magistratuetako baten boto partikularra du, ez baitago ados Enplegu Publikoaren Euskal Legearen artikulu horrek gaztelaniarekiko inolako desorekarik eragiten duenik. Magistratuak alegatzen duenez, Konstituzionaltasuna zalantzan jartzen den lege-xedapena Euskal Autonomia Erkidegoan duela urte asko ezarrita dago, eta Konstituzio Auzitegiak jada baliozkotu zuen Kataluniako araudiari dagokionez —are zorrotzagoa eta exijenteagoa dena funtzio publikoan berezko hizkuntza koofizialaren ezagutzari dagokionez—[62].

---

62 «Ildo horretan, aipatutako jurisprudentzia konstituzionalaren arabera, aurreratu den bezala, proportzionaltasun-judizioa plaza bakoitzaren hizkuntza-eskakizunaren eskakizun-mailari dagokionez soilik egin beharko da.

Kontuan izan, Euskal Autonomia Erkidegoko letraduak dioen bezala, Euskal Enplegu Publikoari buruzko abenduaren 1eko 11/2022 Legearen 187. artikuluak lanpostu guztiak euskal administrazio publikoetan zehazteko betebeharra ezartzen du, eta lehendik ere antzeko aginduak zituen lege-mailako beste arau batzuetan, hala nola Euskal Herriko Poliziari buruzko Legearen testu bategina onartzen duen uztailaren 22ko 1/2020 Legegintzako Dekretuaren 38.2.d) artikulua. Euskal Funtzio Publikoari buruzko uztailaren 6ko 6/1989 Legearen 15.d) artikulua. Lege horren aurka ez zen konstituziokontrakotasun-errekurtsorik jarri, ez eta konstituzionaltasun-auzirik ere. Hala, bada, ereduak (eta orain zalantzan jarritako manuaren hitzez hitzeko eduki berak) urte asko daramatza ezarrita (1989tik), eta orain arte ez da konstituzionaltasun-arazorik izan hemen aztertzen ari garen gaiaren inguruan. Eztabaida

Hori horrela da, inola ere ezin da ondorioztatu Euskal Enplegu Publikoaren Lege horrek inolako berrikuntzarik ezartzen duenik. 1989ko Euskal Funtzio Publikoari buruzko Legeak lege berriko 187.5 artikuluan jasotako aurreikuspen berberak jasotzen zituen. Lanpostu guztiei hizkuntza-eskakizun bat esleitzeak ez du esan nahi —inoiz ez du halakorik egin— lanpostu horietara sartzeko euskara jakitea beharrezkoa eta nahitaezkoa denik. Ondorioz, ez legoke konstituzionaltasun zalantzarik. Derrigortasun-data hori baino lehen, hautaketa-prozesuetan ez dago ezagutza-eskakizunik. Hizkuntza-eskakizuna nahitaezkoa den egunetik aurrera, une horretan baino ez da euskaraz jakitea —lanpostuan jarduteko maila egokian— nahitaezko eskakizuna.

Auziaren funtsari dagokionez konstituzio-kontrakotasunik adierazi beharrik egon behar ez lukeen arren, badirudi EAEko Justizia Auzitegi Nagusiak nolabaiteko aitzakia bilatu duela hizkuntza-eskakizunen inguruan aplikatzen ari den proportzionaltasun-azterketaren irizpideak eta mugak Konstituzio Auzitegiaren eskutik argitzeko.

Egiari zor, Konstituzionalak erabaki dezake ez onartzea tramitera konstituzio-kontrakotasun arazo hori betekizun prozesalak ez dituelako betetzen (aplikagarritasun- eta garrantzi-irizpenak), baina goizago edo beranduago, bai Eusko Legebiltzarrarentzat bai Eusko Jaurlaritzarentzat egokia eta komenigarria da Konstituzio Auzitegiaren «bitartekaritza»; bere epai eguneratu bat ez dago soberan hizkuntza-plangintzak dituen muga gaindiezinak ezartzeko tenorean. Ildo horretan, askoz egokiagoa da administrazioen jarduera Konstituzio Auzitegian bertan auzitan jartzea, halakorik gertatu behar bada, justizia arruntean auzibideetan segurtasun juridiko gabe auzitegien dantzara jarraitzea baino.

Bitartean, arkitektura juridiko sendoago baten faltan, hizkuntza-plangintzako tresnak onartu eta lanpostu hutsak betetzeko orduan, administrazio eta erakunde publikoek zuhurtziaz jokatu beharko dute arrisku judizialak minimizatuz. Horretarako, hizkuntza-eskakizunak ezartzerakoan lanpostuaren funtzioei eta zerbitzuaren benetako hizkuntza-beharrei lotuta ezarri beharko ditu, eta ahal dela gaztelaniadun elebakarrei irekitako lanpostuak gorde beharko ditu. Halaber, beharrezkoa ez den kasuetan derrigortasun-datak ez aktibatzea lehenetsi beharko du. Azkenik, herri-administrazio bakoitzak bere hizkuntza-plangintzako tresnak behar bezala justifikatu eta dokumentatu beharko ditu, etorkizuneko kontrol judizialei aurre egiteko.

---

orain arte zabaldu ez bada ere, denbora luzez ezarrita egon bada ere, agian euskal legegileak, errealitate soziala eta mapa soziolinguistikoa kontuan hartuta, legegintza-politika zuhurra egin duelako enplegu publikorako sarbidean euskara eskatzeko aukerari buruz, Estatuko beste toki batzuetan ez bezala.

Ondorioz, konstituzio-doktrinak eboluzionatu egin du, eta aukera eman du, hasiera batean (1982), Euskal Autonomia Erkidegoko berezko hizkuntza koofizialaren eskakizuna eskatu ahal izateko sektore publikoko plaza jakin batzuetan sartzeko, gerora eta urrutira arte (1991tik), non orokorrean baimentzen den».

ISBN: 978-84-7777-740-3

X. KONPONKETA EKARPEN ETA AMAIERAKO GOGOETA LABURRAK

Euskarak iragan historiko traumatikoa jasan zuen, Gerra Zibilaren ondorengo errepresio frankistan bere holokausto propioa pairatu baitzuen. Zorionez, hizkuntza mehatxatuak bere galera funtzionalaren prozesua geldiaraztea lortu zuen, eta pixkanaka-pixkanaka bizitza publikorako berreskuratu zen.

Adostasun politiko batetik abiatuta, euskara Administrazioan txertatzeko beharra eta horri lotutako dinamika naturaltasunez bizi izan ziren, eta, oro har, hizkuntza-arrazoiengatik ez zen gatazka esanguratsurik eragin[63]. Hizkuntza-aniztasunaren eta estatus ofizialaren ikuspegitik, instituzio guztietan berezko hizkuntzetan hitz egiteko eskubidea defendatu zen.

Nolanahi ere, gaur egungo gizarte polarizatuan, euskara jaurtitzeko arma edo tresna politiko bihurtzeko arriskua agerikoa da, edozein motatako justifikazioak behar dituzten talde politiko eta sindikatuen artean, boto emaile zein bezero aldakorrak mantentzeko edo erakartzeko ahaleginean. Horrela, euskararen ezagutzaren betebeharra edo merezimendu balorazioa dramatizatzera jo da, eta euskararen normalizazio-politikek urrutiegi joan ote diren zalantzan jartzen da. Bestalde, argi dago langile publikoaren bokazioa eta inplikazio-borondatea (eta agian lan-autoerrealizazioa) ez direla lehen bezalakoak.

Administrazioan euskararen nahitaezko ezagutzaren inguruko tentsioak agertzen dira hizkuntzaren benetako ezagutza- eta erabilera-errealitatearekin kontrastatzen direnean. Gizarte-erabilerek ez omen dituzte beti justifikatzen onartutako hizkuntza-planak, eta sarritan lanpostu elebidunen beharra eta horien kopuruak artifizialki puztu direla salatzen da. Funtzio publikoko hizkuntza-politikek euskaldunen eta erdaldunen arteko arrakala handitzen dutela eta lan-ibilbidean kristalezko sabai bat sortzen dutela kritikatzen da. Hara, hizkuntza zapaldua hizkuntza zapaltzaile bihurtu da.

Konfrontazioa elikatzen da euskara ika-miken erdigunean jartzen denean. Eta azken epaiek sua hauspotu dute: Konstituzioko oinarrizko eskubideak urratzen dira. Administrazio publikoek euskararen bidez hizkuntza-diskriminazioa egiten omen du Euskadin erdaldun elebakar den populazio zibilaren aurka.

Botere judizialak hizkuntza-estrategia blokeatu eta kolokan jartzen duenez, euskararekiko injustizia egoera bat aldarrikatzen da. Ereduari eta erre-

---

63 Castells Arteche, Jose Manuel (1980), *La Euskadi autónoma y los funcionarios públicos*, aipatutako lana, 112 or.: «Iraganak zerbait erakusten badigu eta etorkizunerako ondarea izan behar badu, horixe da, hain zuzen ere, gure Administrazioan hizkuntza-arrazoiengatiko gatazkarik ez egotea, eta, horrekin batera, eskakizun-maila handia izatea; izan ere, eskakizun-maila horretan, asko dira hura ezagutzeko eskakizunak, notarioetatik hasi eta eskribauenganaino, eta horrek ez zuen polemikarik edo eztabaidarik sortu, eta ez zen alegatu justifikaziorik gabeko diskriminaziorik edo desberdintasun kaltegarririk».

gimenari eutsi nahi bazaio, funtzio publikoko langileei euskara eskakizunen kontrako erabakien eragina apaltzeko eta hizkuntza-eskakizunak blindatzeko murru sendoagoak eraiki behar dira.

Maiz epaitegiak printzipio orokorretara jo dute kasuaren zehaztasuna gehiegi aztertzeke, euskararen beharraren justifikazioa ulertu gabe edo araudia nahiera aplikatuz. Proportzionaltasuna errespetatzea da gakoa, baina zeintzuk izan behar dute proportzionaltasunaren parametro sakratuak?

Bada, Administrazio publikoaren elebitasunaren erronkan, urratsak emateko beti da hobea zubiak eraikitzea, hesiak sortzea baino.

Egitateen irakurketa orokor hau egin ondoren, auzia iraultzeko edo gatazka baretzeko brainstorming ariketa bat egin dugu ideia eta aukera ezberdinak aztertuz, eta gure ekarpena utzi nahi dugu. Izan ere, aipatutako lege-erreformen planteamenduez gain —tartean administrazio bakoitzaren esku utzi bere plangintza edo euskararen baldintza orokortu salbuespen eta geroratze sistema batekin—, badira arkitektura juridiko sendoagoa ekar dezaketen beste arlo batzuetatik estrapolatutako legezko neurri batzuk ere.

1. Plangintzako tresna juridikoei zilegitasun juridiko handiagoa ematea

Bide honetatik, dekretuan ez ezik enplegu publikoaren legean bertan jaso beharko litzateke erakunde bakoitzak landuko eta onartuko duen hizkuntza normaltasun planaren arau mailako lotespen-maila eta edukia, derrigortasun indize propioa barne.

Erakunde bakoitzaren autonomiatik abiatuta, hizkuntza-plangintza horrek bete beharreko indizeak zehaztuko ditu, bai eta lanpostu-zuzkidurei derrigortasun-datak esleitzeko irizpideak ere; gerora enplegu publikoaren eskaintzetan eta hautaketa- eta hornidura-prozesuen oinarri arautzaileetan islatuko direnak. Plangintza, halaber, administrazio bakoitzaren errealitate funtzionalera (lanpostu bakoitzaren eginkizunak), ingurunearen errealitate soziolinguistikora (hizkuntzaren erabilera), eta erakunde bakoitzeko euskararen egoera, irizpide eta helburuetara egokituta egongo da.

Berritasun gisa, plan horiek osatuagoak izango dira, funtsean erregelamendu izaera emango zaie —hirigintza- edo lurralde-antolamendu plan bat baten edo udal ordenantza baten antzera—, onartzeko berariaz araututako prozedura batekin. Eusko Jaurlaritzako organo eskudunek dagokion txostenak egingo lituzkete, eta planak onartu aurretik informazio publikoko izapidea bete beharko litzateke.

Hau da, informazio publikoko izapidean gardentasuna areagotzea litzateke helburua, herritarrek eta elkarteek beren alegazioak aurkezteko epea

ISBN: 978-84-7777-740-3

eta aukera izan dezaten, plangintzak behin betiko onartu aurretik. Gainera, behin betiko onarpena argitaratu egingo litzateke, eta haren aurka errekurtsoa jartzeko aukera irekita egongo litzateke. Funtsean, ondorengo lanpostu-zerrendetan, enplegu publikoaren eskaintzetan eta hautaketa-prozesuen deialdien oinarrietan jasoko diren erabakiak —eta horien proportzionaltasuna— aurrez fiskalizatzea ahalbidetuko luke sistema honek.

Proposamen horrek egungo Euskal Enplegu Publikoaren Legea aldatzea eskatuko luke. Era berean, segurtasun juridikoa indartzeko, komenigarria litzateke zehaztapen bat sartzea, zeinaren bidez adieraziko litzatekeen onartutako lanpostu-zerrendetan jasotako hizkuntza-eskakizunek indarrean jarraituko dutela, kasuan kasuko administrazioek hizkuntza-plangintzako tresnen bidez aldatzen ez dituzten bitartean.

2. Hizkuntza-plangintzak eta Lanpostu-zerrendak gainbegiratzeko batzorde edo organo administratibo berezia sortzea

Bide judizialera jo aurretik, euskarazko profilen inguruko ataka ozpinduak portu onera eramateko eta legezkotasun-zalantzak argitu zein kontrolatzeko, badira adostasun edo negoziazio mekanismoak agortzeko bitartekaritza bideak. Horretarako ordea ados ez dauden bi aldeak egon beharko lirateke ados.

Arbitraje-auzitegiei buruz ari garela, auzien hazkundeak erakusten du konplexutasun handiko arlo baten aurrean gaudela, eta eskura dauden aukeren artean, prozedura judizialetara iritsi aurretik auzitegi administratibo bereziak eratzea eraginkorra izan liteke.

Horrela, aurretiazko erreklamazioa aurkeztuta, baliabide linguistikoetan espezializatutako erakunde independente batek funtzio publikora sartzean zein ibilbidean zehar hizkuntza-arloari lotutako errekurtsoak eta gatazkak ebazteko zeregina bete lezake. Euskararen arloko errekurtso berezia ebazteko organoa litzateke, auziak aurkaratzeko bide judizialaren aurreko administrazio-prozedura gisa jardungo lukeena.

Autonomia funtzionala eta organikoa duten bi eredu baino ez ditut aipatuko:

— Kontratazioaren arloko errekurtsoen administrazio-organoak (KEAO edo OARC). Kontratazio publikoko errekurtso bereziak ebazteko eskumena duten administrazio-organoak dira, eta administrazio-zuzenbidean esperientzia duten karrerako funtzionarioek osatzen dituzte.
— Nahitaezko Desjabetzearen Epaimahaiak. Kide anitzeko administrazio-organo kolegiatu eta inpartzialak dira. Epaimahaiaren osaeran, besteak beste, honako kide hauek egon daitezke: auzitegietako ma-

gistratu bat, Eusko Jaurlaritzako Zerbitzu Juridiko Nagusiko letradu bat, Hizkuntza Politikarako Sailak izendatutako funtzionario tekniko bat, eta deialdia egin duen administrazio edo erakundearen ordezkari bat.

Hizkuntza profilak finkatzeko ardura duen kide anitzeko administrazio-organo horren erabakiek asmamen teknikoaren presuntzioa izango lukete, eta soilik ageriko errore edo arbitrariotasunagatik baliogabetu ahal izango lirateke.

Administrazio-organo hori eta haren aurrean aurkezteko euskararen arloko errekurtso berezia Enplegu Publikoaren Legean bertan arautuko lirateke, deialdia egiten duten erakundeetatik bereizita. Horrela, inpartzialtasuna eta ezagutza teknikoa bermatuko lirateke, hizkuntza-eskakizunen proposamenen proportzionaltasuna eta arrazoizkotasuna modu independentean baloratzeko.

3. Euskarazko lanpostuetan soldata osagarriak eta pizgarriak sartzea

Hizkuntza-eskakizunak funtzio publikorako sarbidean hain erabakigarriak izan beharrean, langile publikoen artean euskara zerbitzu- eta lan-hizkuntza bilaka dadin, badira sustapen ekonomikorako bide eta formula egokiak ezartzeko aukerak. Beste modu batera esanda, elebitasuna ordainsari-elementu autonomo gisa erabil daiteke, ordainsari-ondorioak hizkuntza-ezagutzarekin lotzeko aukerak irekiz, lanpostuaren eginkizunekin lotura zuzena duenean. Adibidez, elebitasunagatiko soldata-bonusa Kanadako sistema eleanitz erreferentzialetan ere badago. Zoritxarrez errealitatea baita euskaraz lan egiteak prestakuntza eta ahalegin estra bat eskatzen duela, eta soldata-ordainsarietan saritzea justua dela.

Horretarako, lehenik eta behin, lanpostuaren monografiak egoki eta zehaztasunez jaso behar du lanpostuaren eduki funtzionala zein den, eta dagokion eginkizunak («funciones») eta zereginak («tareas») eraginkortasunez betetzeko behar diren profilaren ezaugarriak modu egokian deskribatu behar ditu[64]. Lanpostu-monografiaren dokumentuak eginkizunak eta zereginak deskribatzerakoan euskaraz egin beharreko jarduerak modu esplizituagoan

---

64 78/2005 Dekretu, apirilaren 12koa, Euskal Autonomia Erkidegoko Administrazio orokorreko eta bere Erakunde Autonomoetako lanpostuen zerrenda arautzen duenak, honela desberdintzen ditu eginkizuna eta zeregina:

Teknikoki, eginkizuna lanpostu batek hartzen duen eta har dezakeen erantzukizunaren enuntziatua da, eta zeregina eginkizunak enuntziatutako erantzukizuna asetzen duen prozesua identifikatzen duen jardueraren enuntziatua.

«Lanpostua eginkizun taldea dela, eta eginkizunak zereginetan banatzen direla. Hona hemen eginkizunaren eta zereginaren arteko aldea:

ISBN: 978-84-7777-740-3

jaso beharko lituzke. Adibidez, aholkulari juridiko baten kasuan, «txosten juridikoak egin» adierazi beharrean, «euskaraz txosten juridikoak egin» zehaztapena txertatu beharko litzateke.

Hainbat formula erabil daitezke, eta horiek Enplegu Publikoaren Legean jasotzea posible litzateke: maila- eta berariazko osagarriak zenbat eta hizkuntza-eskakizun handiagoa izan, orduan eta handiagoak izatea; pareko funtzioak dituzten lanpostuen artean, hizkuntza-eskakizun handiagoa dutenek ordainsarietan % 10eko aldea edukitzea; garapen profesionaleko graduaren soldata-osagarrian derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna duten lanpostuetan jardutea baloratzea; lanpostuari dagokiona baino hizkuntza-eskakizun handiagoa egiaztatzen duen titularrari soldata-gehigarri bat aitortzea; edota derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna duten lanpostuak lehentasunez betetzeko pizgarri ekonomiko berriak ezartzea.

Azken finean, talde edo kategoria profesional beraren barruan ordainsari-tratu diferentziatua edo handiagoa justifikatu eta legitimatzen duen arrazoi objektibo eta arrazoizkoa baitago.

4. Gaztelaniadunentzat edo ez euskaldunentzat gutxieneko kupoa erreserbatzea

Badirudi epaileek argi dutela lanpostu guztiek ezin dutela nahitaez hizkuntza-eskakizuna izan, eta beti bermatu behar dela euskal hiztunak ez direnentzat enplegu publikoko lanpostuetarako sarbidea. Are gehiago, lanpostu-deialdi guztietan lanpostu «irekiak» egon behar direla azpimarratzen da.

Egoera horretan, adostasunerako zoru komun bat ezarri liteke: gaztelaniadunentzat hizkuntza-eskakizunik gabeko lanpostu-erreserba edo kupo bat ezartzea[65]. Praktikan, desgaitasunen kasuan egiten den moduan, erdaldu-

—Eginkizunak egin beharrekoa adierazten du, zereginak, berriz, nola egin behar den.
—Eginkizuna bakoitzak bere egindako erantzukizunari buruzkoa da; zereginak, berriz, erantzukizun hori betetzeko behar diren prozesuak identifikatzen ditu.
—Lanpostua definitzeko oinarrizko unitate antolatzailea da eginkizuna; zeregina, aldiz, giza baliabideen alorrean parte hartzeko oinarrizko unitatea da, lanpostuetara pertsonak egokitzeko oinarrizko unitatea: desberdintasuna kudeatzea.
—Eginkizunak baloratzea funtsezkoa da lanpostuari maila eta dagokion destino osagarria esleitzeko. Zereginak baloratzea, aldiz, dagokion berariazko osagarria esleitzeko oinarria da».

65 Azken finean, 19/2024 Dekretuak berak, 40. artikuluan, hizkuntza-eskakizunak egiaztatzetik salbuesteko kasuak arautzen ditu. Halaxe, ondoko langileek ez dute hizkuntza-eskakizunen derrigortasun-araubide orokorra bete beharrik, titular diren lanpostuei dagokienez: oinarrizko hezkuntza-mailak edo horien baliokideak egin ez dituztenek; desgaitasunen bat duten pertsonek, horrek eragozten edo zailtzen badie gaur egun indarrean dauden helduentzako hizkuntza-prestakuntza eta -trebakuntzarako programen bidez euskara ikastea; eta helduen hizkuntza-prestakuntza eta -trebakuntzarako programen bidez hizkuntzak ikasteko prozesuan

nen txanda bat eratzea litzateke, ezinduentzako deialdi-ereduak erreferentzia hartuta.

Euskara ikasteko ezintasun hori aitortzen zaien pertsonentzat irekitako sarbideetan, ordea, beste galdera batzuk sortzen dira: zein izan beharko litzateke kupo edo erreserba horren portzentajea? Ehunekoa zer izango litzateke administrazioaren plantilla osoari begira, kategoria edo maila bakoitzean, enplegu publikoaren eskaintza bakoitzean edo deialdi bakoitzean? Zein irizpideren arabera kalkulatuko litzateke? Ezinduentzako % 7ko erreferentzia hartu beharko litzateke?

Hain zuzen, Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuaren 59. artikuluak ezartzen du enplegu publikoko eskaintzetan plazen % 7 gutxienez desgaitasuna duten pertsonentzat gorde beharko dela. Hala ere, Auzitegi Gorenaren arabera —2024-02-01eko epaia (718/2022 errek.); eta 2025-11-27koa (3289/2024 errek.)—, kupo hori deialdi bakoitzean bete behar da, eta ezin da lan-eskaintza publikora mugatu, plaza-mota batzuk kanpoan utzita. Bestela, Administrazioari justifikaziorik gabeko diskrezionalitate-tartea emango litzaioke[66].

Modu honetan, berdintasun bereizia edo diferentziatua aplikatuko litzateke, desgaitasunen kasuan bezala. Dena den, konponbide honen legezkotasunak zalantza nabarmenak sortzen ditu.

EKren 23.2 artikuluak funtzio eta kargu publikoetara berdintasun-baldintzetan iristekoa legezko konfigurazio-eskubidea da, eskubide hori «legeek adierazitako betekizunekin» baitago; izan ere, enplegu publikoko legeek argi eta garbi zehazten dute lanpostu bat lortzeko ezarritako baldintzak bete behar direla, esleitutako HE izatea barne, eta funtzionario-izaerakoak direnean, merezimendu- eta gaitasun-printzipioak dira gidari (103.3 EK). Laburbilduz, enplegu publikora iristeko, Konstituzioak aitortzen du funtzio eta kargu publikoetara baldintza berdinetan iristeko eskubidea, legeek ezarritako betekizunekin eta merezimendu- eta gaitasun-printzipioekin bat etorriz.

---

ezinbestekoa den gutxieneko trebetasun-gaitasunik ez duten langileek, ezintasun hori ageriagerikoa eta egiaztatua denean.

66 Epaien kasazio doktrina honakoa da: desgaitasunen bat duten pertsonentzako kupoa, eskainitako plazen % 7 gutxienez, ezin da zenbatu plaza-klase osoak —meritu-lehiaketaren bidez bete beharrekoak, esaterako— kanpoan utzita: «Ez da ahaztu behar enplegu publikoaren eskaintzek eduki heterogeneoa izan dezaketela eta oso ezaugarri desberdinetako lanpostuak har ditzaketela, eremu eta maila oso desberdinetakoak; eta ez da ahaztu behar enplegu publikoaren eskaintzak, gero, hautaketa-prozesuen deialdi ugariren bidez gauzatu behar direla, eta horietako bakoitzak —enplegu publikoaren eskaintzan ez bezala—, ezaugarri hain desberdinak ez dituzten plazak izan ohi dituela. Datu hori kontuan hartuz gero, desgaituen kupoa kalkulatzeak, lan-eskaintza publiko batean jasotako guztizko plaza-kopurua kontuan hartuta, eta eskaintza hori gauzatzen duten deialdietako bakoitza alde batera utzita, justifikaziorik gabeko diskrezionalitate-tarte bat emango lioke Administrazioari aukeratzeko zer plaza-motatan eta zer eremu eta mailatan sartu behar den desgaitasuna duten pertsonentzako kupoa, eta zeinetan ez».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Printzipioz, hizkuntza-eskakizuna ez da sarbidea eragozten duen oztopo bat, baizik eta egin beharreko funtzioetan oinarritutako gaitasun-eskakizuna bat, eta, beraz, plaza jakin baterako eskatzen diren gaitasunak eta ezagutzak egiaztatu behar dira.

Gainera, euskara ez da sortzetiko baldintza bat: pertsonak eskuratu dezakeen ezagutza da, titulazio baten parekoa. Printzipioz ez dago eragozpenik edozein pertsonak —berdin da jatorrizko autonomia erkidegoa edo estatua— ezagutza hori eskuratu eta frogatu ahal izateko.

Bestalde, Tratu-berdintasunari eta diskriminaziorik ezari buruzko uztailaren 12ko 15/2022 Lege integralaren 3.1.b artikuluak berariaz jasotzen du hizkuntza-diskriminaziorik ezaren printzipioa eremu subjektiboaren barruan, eta eremu objektiboaren barruan berriz enplegu publikorako sarbidea, sustapena, lan-baldintzak eta langile publikoen prestakuntza. Lege horren 4.2 artikuluak xedatzen duenez, tratu-desberdintasunak ezarri ahal izateko helburu legitimo batek objektiboki justifikatua izan behar da, eta egokia, beharrezkoa eta proportzionatua izan behar du.

Beraz, funtzionarioen lan-baldintzen eremuan inolako justifikazio objektiborik eta arrazoizkorik gabeko tratu-desberdintasuna ezartzeak zuzenean urratzen du uztailaren 12ko 15/2022 Legea.

Berdintasun-printzipioak berdinak berdin tratatzea eta desberdinak desberdin tratatzea eskatzen du. Aztertzen ari garen irtenbidea —enplegu publikoaren eskaintzan erdaldunentzako erreserba edo kupo portzentual bat ezartzearena, euskara jakiteko betebeharretik salbuetsita gera daitezen— lana lortzeko zailtasun gehiago dituen kolektibo bati zuzendutako aukera-berdintasuna eragozten edo zailtzen duen oztopoa kenduz, ekintza positiboko neurrien edo arrazoizko doikuntzaren bidetik ulertu beharko litzateke, desgaitasunaren kasuan bezala[67].

Erreserba horren bidez, haien inguruabar pertsonalak kontuan hartuta —jaiotzez hizkuntza ofiziala ez jakitea eta ikasteko zailtasunak izatea— ustez diskriminazio-egoeran edo arrisku handiagoan dauden pertsonek, arrazoizko doikuntzarekin eta proportzionaltasun-printzipioarekin konponbide bat izango zuten.

Eta galdera giltzarria honakoa da: zilegitzat jo daiteke egoera hauetan arrazoizko doikuntza aplikatzea? Printzipioz hartzaile-talde bati mugatzen zaion arrazoizko doikuntza profesionala estrapolagarria ote da

---

67 Uztailaren 12ko 15/2022 Legearen definizioen arabera, «Ekintza positibotzat jotzen dira dimentsio kolektibo edo sozialean edozein diskriminazio- edo desabantaila-mota prebenitzera, ezabatzera eta, hala badagokio, konpentsatzera bideratutako tratu-desberdintasunak. Neurri horiek aplikatuko dira horiek justifikatzen dituzten diskriminazio-egoerek edo desabantailek irauten duten bitartean, eta zentzuzkoak eta proportzionatuak izan beharko dute neurri horiek garatzeko bitartekoei eta lortu nahi diren helburuei dagokienez».

hizkuntza-eskakizunen kasura euskaraz ikasteko zailtasunak dituzten pertsonentzat? Hausnarketa honetan laguntzeko —eta hasi garen bezala amaitzeko— Cobrerosen artikulu batera joko dugu, non arrazoizko doikuntzaren kontzeptua aztertzen duen diskriminazioaren aurkako mekanismo gisa, eta hasiera batean desgaitasuna duten pertsonentzat pentsatutako konponbideari dimentsio globalagoa ematen dion[68]. Bere ondoriozko gogoeten arabera, mekanismoak beste kasu berezietarako balio lezake, baina sendotasun juridiko nahikoaz gain, zuhurtziaz aplikatu beharko litzake tratu desberdintasunak bere horretan berdintasun printzipioa ez urratzeko.

Segurtasun juridikoa handitzeko zenbait neurri edo aukera dira. Neurri horiek banaka edo aldi berean inplementatu daitezke, eta, jakina, sakondu beharreko proposamenak dira. Oraingo zapatak erantzi eta aldatu gabe, lokarri hobeak jartzeko.

Euskararen sustapen neurrietan biharko proiekzioa egin behar da, zeren eta esaera zaharrak dioen bezala: «igazko kabiak hutsik, ez da aurten txoririk». Ikuspuntu eta iritzi guztiak kabitzen dira, eta ikuspuntu zurrunak apurtzeko beharbada alde guztiek garbitu beharko dituzte beren betaurrekoak —aldatu behar izanik gabe— auzia bideratzeko. Bitartean, sokatira-joko handi honek jarraituko du.

---

68 Cobreros Mendazona, Edorta (2025). «Los «ajustes razonables» en el ámbito de la igualdad ante la ley», *La ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Aportaciones multidisciplinares y teórico-críticas*, Irigoien Domínguez, Goizueta Vértiz eta Barrère Unzueta (zuzendariak), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Colección «Derecho y Sociedad», Editorial Dykinson:

> «Por otro lado, además de la indeterminación misma de su contenido y de sus dificultades aplicativas, la necesidad de efectuar ajustes razonables no constituye una exigencia hacia el legislador, sino que comporta una cláusula horizontal, en el sentido de que puede aplicarse a muy diversos ámbitos de lo regulado, para tener en cuenta lo diferente (mejor, parte de lo diferente) y tratar de evitar que tal situación de partida degenere en una discriminación. Y, además, está dispuesta para un (relativamente) acotado grupo de destinatarios, como son las personas con discapacidad. Esas son sus limitaciones. Pero también tiene la ventaja de su posible aplicación a situaciones muy diversas, en las que —se insiste— el legislador no ha establecido soluciones diferenciadas y, sin embargo, con esta sola previsión, pueden paliarse resultados discriminatorios en las personas con discapacidad.
>
> En fin, como se ha apuntado en el texto, podría tener un valor añadido, siquiera a modo de directiva, como medio para intentar evitar el resultado discriminatorio en otros casos de personas no incluidas entre el grupo de las que tienen alguna discapacidad, para las que la aplicación sin matices ni adaptaciones a su caso concreto, podría deparar una situación de discriminación o de mayor subordinación».

Aitortza eta eskertza Edorta Cobrerosi bere lanetan oparitu digun analisi beti zuzena eta prosa juridiko dotore bezain argiarengatik, eta horregatik azken hitza ez diogu euskarara itzuli.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Euskal Administrazio Publikoa eta Justizia… elkar ulertzera kondenatutako bi esparru dira, baina auzi honetan oraingoz ez dute hizkuntza bera mintzatzen.

XI. BIBLIOGRAFIA

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki (2003). *Diversidad y convivencia lingüística. Dimensión europea, nacional y claves jurídicas para la normalización del Euskara*. Gipuzkoako Foru Aldundia, Donostia.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki (1988). «Dos autos como paradigma de la ideología judicial sobre el euskara», *RVAP,* 21. zk, 143-148 or.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki (1989). «La exigencia del euskara en el acceso a la función pública: jurisprudencia y planificación normativa», *RVAP,* 25. zk, 105-116 or.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki (1999). «Fundamentos y realidad de la planificación lingüística en las administraciones públicas vascas», *Revista de Llengua i Dret*, 31. zk, 1999.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki eta CASTELLS ARTECHE, Jose Manuel (1991). «La cooficialidad lingüística en la jurisprudencia constitucional», *RVAP,* 31. zk., 215-234 or.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (2009). «Lenguas y modalidades lingüísticas en la Constitución española: ¿dos regímenes jurídicos diferenciados?», Antoni MILIAN I MASSANA (koord.): *El plurilingüisme a la Constitució española*, Bartzelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 61-122 or.

CASTELLS ARTECHE, Jose Manuel (1980). *La Euskadi autónoma y los funcionarios públicos*, Erein, Donostia.

CASTELLS ARTECHE, Jose Manuel (2004). «Efectos jurídicos de la ratificación por España de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias», *RVAP,* 69. zk. (II), 223-238 or..

CASTELLS ARTECHE, Jose Manuel (1996). «La posible remoción del puesto de trabajo por razones lingüísticas: condiciones y requisitos», *RVAP,* 44. zk., 285-300 or.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (1984). «Funtzio publikoa eta hizkuntzagatiko diskriminazioa», *Jakin,* 33. zk, 105-112 or.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (1988). «La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al conocimiento del euskara en el acceso a la función pública», *RVAP,* 22 zk, 173-178 or.

COBREROS MENDAZONA, Edorta. (1989). *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*, Oñati, IVAP.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (1990). «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia lingüística», *Autonomies*, 12. zk.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (koordinatzailea) (1990). *Euskararen Lege-Araubideari buruzko Jardunaldiak / Jornadas sobre el Régimen Jurídico del Euskera*, IVAP, Oñati.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (2024), «La normativa sobre el euskera publicada en 2023», *RVAP,* 128-I zk, 159-173 or.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (2025). «Los "ajustes razonables" en el ámbito de la igualdad ante la ley», *La ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad*

de trato y la no discriminación. Aportaciones multidisciplinares y teórico-críticas, IRIGOIEN DOMÍNGUEZ, GOIZUETA VÉRTIZ eta BARRÈRE UNZUETA (zuzendariak). Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Colección «Derecho y Sociedad», Editorial Dykinson.

COBREROS MENDAZONA, Edorta (2026). «La normativa sobre el euskera publicada en 2025», *RVAP,* 134 zk, 99-113 or.

ETXEBARRIA ETXEITA, Ignacio Javier (2024). «La reciente jurisprudencia en torno a la exigencia del euskera para el acceso al empleo público y la utilización del euskera como lengua de servicio y de relación con la ciudadanía por las administraciones locales de Euskadi», *JADO Aldizkaria,* Bilbo. XIX. urtea. 32 zk. 2024, urtarrila-abendua, 221-273 or.

FUENTETAJA, Jesus (2025). *La invalidez en los procesos selectivos de acceso a la Función Pública*, Civitas, Madrid.

IURREBASO, Iñaki eta GOIKOETXEA, Garikoitz (2025). *Esnatu ala hil*, Elkar, Aduna.

LANDA MENDIBE, Juan (2024). «Normativa a cumplimentar para que la convocatoria de un proceso selectivo recoja la exigencia de un perfil lingüístico. Valoración de la última jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco», *JADO Aldizkaria.* Bilbo. XIX. urtea. 32 zk. 2024, urtarrila-abendua, 403-414 or.

MILIAN i MASSANA, Antoni (1983). «La ordenación estatutaria de las lenguas españolas distintas del castellano», *RAVP,* 6. zk, 243-270 or..

MILIAN i MASSANA, Antoni (1984). «La regulación constitucional del multilingüismo», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 10 zk, 123-154 or.

URRUTIA LIBARONA, Iñigo (2021). «¿Nuevos paradigmas en la interpretación jurídica de la doble oficialidad lingüística?», *RVAP,* 121 zk, 171-220 or.

URRUTIA LIBARONA, Iñigo (2023). «Hausnarketa juridikoak hizkuntza politikaren egungo bidegurutzeaz», *JAKIN.eus,* 255 zk.

URRUTIA LIBARONA, Iñigo, (2025). «El euskera en la encrucijada: regresión jurisprudencial y nuevas bases jurídicas para la normalización del euskera», *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 83 zk, 18-50 or.

URRUTIA PUJANA, Leixuri eta URRUTIA LIBARONA, Iñigo (2024). «Crónica legislativa del País Vasco. Segundo semestre de 2023. "Análisis de las Sentencias del TSJPV que anulan varios artículos del Decreto 179/2019 sobre normalización lingüística en instituciones locales de Euskadi, y propuestas de futuro"», *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 81 zk, 310-338 or.

URRUTIA PUJANA, Leixuri, eta URRUTIA LIBARONA, Iñigo (2024). «El futuro de los perfiles lingüísticos en las Administraciones públicas vascas: un análisis de la jurisprudencia y el nuevo decreto de planificación lingüística», *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 82 zk, 421-445 or.

ZALDIBIA LUENGO, Pablo (2025). «El derecho de opción lingüística del concejal en materia documental en las instituciones locales de Euskadi (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2023 y su incidencia en el derecho autonómico vasco)», *RVAP,* 131. zk, 141-171 or.

Exigibilidad de los intereses de demora por prestaciones realizadas por terceros a favor de la Administración: novedades jurisprudenciales

José Suay Rincón

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario. I. Introducción.—II. El momento de surgimiento de los intereses de demora en el caso de contratos.—III. El momento de surgimiento de los intereses de demora en defecto de contratación regular.—IV. Final.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de estas líneas no es el de dar cuenta de la abundante jurisprudencia recaída sobre esta materia a lo largo de estos últimos años. Desbordaría ello los límites de este trabajo, como resulta obvio. No es sino a dos cuestiones concretas a las que habremos de referirnos. Eso sí, se trata de cuestiones centrales y no exentas de relevancia.

Además, de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo cabe atisbar importantes novedades dignas de ser resaltadas en ambos casos que vienen a enmendar el planteamiento que tradicionalmente había venido a ser acogido por nuestros órganos jurisdiccionales. Íntimamente ligadas, en fin, están las dos cuestiones.

El precepto legal de referencia, visto lo expuesto, es el mismo en ambos casos. En la actualidad, conforme a la normativa actualmente en vigor, se trata del artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que previene:

> «La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por

ISBN: 978-84-7777-740-3

> la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (…).»

II. EL MOMENTO DE SURGIMIENTO DE LOS INTERESES DE DEMORA EN EL CASO DE CONTRATOS

Como acaba de constatarse, el precepto legal que nos ha de servir de referencia para este trabajo establece a favor de la Administración un período total de franquicia para el pago de intereses de 60 días, porque a un período inicial de 30 días para la aprobación de la factura siguen otros 30 días para la realización del pago correspondiente.

Este criterio, la necesidad de esperar 60 días desde la presentación de la reclamación del pago de lo debido para que surja la obligación del pago de los intereses de demora, es el que así también había venido a mantener hasta ahora la jurisprudencia.

Todavía acierta a vislumbrarse alguna resolución en el sentido expuesto, como es el caso de la sentencia 1880/2024, de 26 de noviembre, RC 6115/2021. Aunque este pronunciamiento del Tribunal Supremo recayó en relación con la legislación precedente (2011), valga en cualquier caso esta resolución como referencia, porque en definitiva dicha legislación venía a dar cobertura a un planteamiento similar al que asimismo acoge actualmente el art. 198.4 de la Ley de 2017.

Dirá esta sentencia a propósito del asunto que nos ocupa:

> «Delimitada, en estrictos términos, la controversia casacional, esta Sala considera que el Tribunal de instancia ha realizado una aplicación descontextualizada del artículo 216.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (…) sin tener en debida consideración que, tras la presentación por el contratista de las facturas ante el registro administrativo, la Administración dispone de un plazo de treinta días para comprobar la adecuación de lo ejecutado a lo estipulado en el contrato de obras y aprobar las certificaciones de obra, y, por lo tanto, el cómputo del plazo para el devengo de intereses de demora se inicia, tras la aprobación de las certificaciones de obra, transcurridos treinta días sin efectuar el pago, momento en que se incurre en mora.»

Se refiere a continuación esta resolución a la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial formada a este respecto, de la que asimismo da cuenta:

> «En efecto, cabe subrayar que una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala que se inicia en las sentencias de 19 de octubre de 2020 (RC 7382/2018 y RC 2258/2019), mantiene, en referencia a la determinación del *dies a quo* del devengo de intereses moratorios en los contra-

> tos públicos, de conformidad con las previsiones del artículo 216.4 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, que reitera el vigente artículo 198.4 de la Ley 9/2017, que "con la presentación de la factura ante la Administración contratante se inicia el plazo de treinta días de comprobación y aprobación y si una vez aprobada transcurren treinta días sin efectuar el pago, incurre en mora, y se inicia el devengo de intereses", por lo que consideramos que (…) no resulta admisible fijar el *dies a quo* al margen del transcurso de los plazos estipulados en la regulación contractual de que dispone la Administración para verificar la conformidad de la obra y efectuar el pago.»

Una doctrina, en fin, que considera aplicable al caso. De manera que, en efecto, la sentencia viene a concluir:

> «con la presentación de la factura ante la Administración contratante se inicia el plazo de treinta días de comprobación y aprobación, y si una vez aprobada transcurren treinta días sin efectuar el pago, incurre en mora y se inicia el devengo de intereses, con independencia de que la Administración no hubiere formulado ninguna objeción en la fase de comprobación.»

En la línea anticipada al comienzo, sin embargo, ha habido novedades relevantes en torno a la doctrina jurisprudencial formada hasta ahora en relación con este asunto.

Y ha sido la jurisprudencia europea la que ha venido a patrocinar e impulsar un cambio de criterio respecto del planteamiento prevalente hasta ahora. Lo hizo en la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto BFF Finance Iberia, SAU y Gerencia regional de Salud de la Junta de Castilla y León (C-585/20), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada en relación a la interpretación del artículo 198.4 de la Ley 9/2017, y en la que dicha cuestión se concreta en los términos que la propia sentencia pone de manifiesto en sus fundamentos:

> «se pretende, en esencia, que se determine si el artículo 4, apartados 3 a 6, de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, compuesto por un período inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un período adicional de 30 días para el pago del precio acordado.» (Apartado 43 de los fundamentos de la sentencia)

En respuesta a la cuestión prejudicial así planteada, declarará el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

> «El artículo 4, apartados 3 a 6, de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece,

ISBN: 978-84-7777-740-3

> con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, incluso cuando ese plazo esté compuesto por un período inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un período adicional de 30 días para el pago del precio acordado.» (Apartado 53 de los fundamentos y apartado 2 de la parte dispositiva de la sentencia)

Pues bien, este planteamiento ha terminado recibiendo acogida por el Tribunal Supremo. Así, en su sentencia 1614/2022, de 5 de diciembre de 2022, RC 5563/2020, dirá nuestro Tribunal:

> «En cuanto a la tercera cuestión señalada en el auto de admisión del recurso de casación (referida al *dies a quo* para el cálculo de los intereses de demora sobre la partida del IVA) no procede que hagamos declaración ni pronunciamiento alguno, al no haber existido debate sobre ella en el presente recurso de casación. *Ello sin perjuicio de que deban ser tomadas en consideración, en lo que resulten de aplicación, las consideraciones expuestas en los apartados 43 a 53 de la fundamentación jurídica de la citada STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/20) y el pronunciamiento contenido en el apartado 2/ de su parte dispositiva.*»

Es verdad que no lo manifiesta de forma explícita, pero lo que acaba de marcarse [en cursiva] es suficiente para entender que el Tribunal Supremo asume el planteamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (no obstante la vaguedad de la expresión «en lo que resulten de aplicación»). En la medida en que es precisamente en los apartados 43 a 53 y, más concretamente aún, en el pronunciamiento contenido en el apartado 2 de la parte dispositiva de su sentencia, donde el Tribunal de Justicia asienta el criterio que mantiene al respecto y que antes reproducimos.

Por tanto, hemos de concluir que no resulta conciliable con las exigencias europeas el establecimiento con carácter general de un plazo de 60 días para el pago del precio de los contratos administrativos, ni siquiera cuando dicho plazo es susceptible de desglosarse, como hace la legislación española (ahora, en el art. 198.4 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017), y se contemple un primer período de 30 días para la aceptación de las facturas correspondientes y un subsiguiente período de otros 30 días para proceder a su pago efectivo antes del devengo de intereses de demora.

La sentencia 1657/2022, de 14 de diciembre de 2022, RC 5588/2020, vendrá a reiterar esta misma doctrina. Y otro pronunciamiento del Tribunal Supremo recaído poco después abunda en el mismo sentido, sentencia 325/2023, de 13 de marzo de 2023, RC 5917/2020. Parece por tanto un criterio jurisprudencial suficientemente asentado.

En esta línea, por otra parte, se han manifestado ya diversos órganos jurisdiccionales. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2024:

> «En cuanto a los intereses, respecto al *dies a quo* la parte demandante estima que sería la fecha de registro de la factura; por el contrario, la Generalidad estima que sería la fecha de aprobación de las facturas. (…)
>
> Una vez ingresada la factura en el "registro de la Generalidad", no puede admitirse la tesis de la Administración en el sentido que hemos de esperar a la aprobación o autorización, los treinta días a que hacen referencia los preceptos que se acaban de citar son los que tiene la Administración para poner reparos en todo o parte a los suministros u obras (dependiendo del tipo de contrato) y rechazar el pago de las facturas o certificaciones. (…)
>
> Una interpretación contraria supondría un choque frontal frente a uno de los principios básicos del Derecho civil en el sentido de que el cumplimiento del contrato no puede dejarse a una de las partes (art. 1256 del Código Civil). Criterio que podemos ver en la sentencia del TJUE de 20 de octubre de 2022 (C-585/20-ECLI: EU:C:2022:806) en su segundo pronunciamiento del fallo fijó como doctrina: (…)
>
> El artículo 4, apartados 3 a 6, de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, incluso cuando ese plazo esté compuesto por un período inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un período adicional de 30 días para el pago del precio acordado (…).»

También, en sentido similar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de enero de 2025, que comienza ante todo enunciando los términos de la controversia suscitada en el caso:

> «En relación al *dies a quo* para la fijación de los intereses de demora por pago tardío, defiende la recurrente la aplicación del plazo de 30 días y no de 30 + 30 y ello conforme a la sentencia del TJUE de 20-10-2020, asunto C-585/2020 (…) en sus apartados 43 a 53.»

Y con cita de las sentencias del Tribunal Supremo 1614/2022 y 325/2023, de las que ya antes nos hemos hecho eco, vendrá después a expresar su parecer:

> «Por tanto no se comparte el pronunciamiento contenido en la sentencia impugnada, cuando señala que "[d]ecir que la STJUE databa de 20.10.22, esto es el TS ya tuvo en cuenta tal doctrina en el momento del dictado de la mentada sentencia de 05.12.22, alterando incluso su cri-

ISBN: 978-84-7777-740-3

> terio en relación al IVA que ya se incluye en el importe del principal". Sin embargo, no hizo lo mismo en relación al cómputo del plazo para los intereses. Por ello considero que ha de seguirse el plazo de 60 días fijado en la ley, 30 para la comprobación y 30 para el pago, al no haberse alterado en criterio jurisprudencial del TS mediante dos sentencias en el mismo sentido.»

De modo que esta sentencia concluirá:

> «En consecuencia procede estimar en dicho extremo el recurso de apelación y fijar como *dies a quo* el plazo de 30 días desde la presentación de la factura, reconociendo en tal extremo su pretensión, así como los intereses legales desde la fecha de presentación de la reclamación administrativa y los de demora procesales desde la interposición del recurso contencioso-administrativo.»

Visto lo expuesto, no parece necesario el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial. Cabe entender, en efecto, que la cuestión controvertida ha sido aclarada y por tanto es de aplicación la doctrina del acto claro, máxime habiendo procedido de un órgano jurisdiccional español el planteamiento de la cuestión prejudicial resuelto por el Tribunal de Justicia, de la que procede esta doctrina. Además, la entidad promotora del recurso cuya sustanciación dio lugar al pronunciamiento europeo no es ninguna desconocida entre nosotros sino una operadora habitual en la compra de créditos frente a las administraciones.

Por otra parte, tampoco se excluye que el plazo general de 30 días para el pago de lo adeudado, y la determinación consiguiente del momento de surgimiento de la exigibilidad de los intereses de demora, pueda ser mayor en algunos supuestos; aunque, eso sí, no se trata sino de una serie de tasadas excepciones a la regla general.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2025, RCA 1981/2022, da cuenta del actual estado de la cuestión. Formula primero, en efecto, lo que tiene por la regla general:

> «1. Cálculo de los intereses de demora en el pago de facturas:
>
> a) Respecto del *dies a quo* para el cómputo de los intereses de demora, esta Sección venía manteniendo que ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 216.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre —o, en su caso, en el artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de la misma redacción—, que, en los supuestos de contratos de entrega de bienes o prestación de servicios, como es el caso, diferencia dos fases en el procedimiento de pago para que no se incurra en mora: i) recepción o conformidad de la entrega o prestación a lo dispuesto

> en el contrato, que ha de realizarse en los 30 días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio; y ii) pago efectivo del precio, que ha de efectuarse en los 30 días siguientes a la fecha de aprobación del documento de conformidad.
> Ahora bien, es en este punto en el que ha de tenerse presente la sentencia europea citada, por cuando, según la misma, se opone a la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, «una normativa nacional que establece, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, incluso cuando ese plazo esté compuesto por un periodo inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un periodo adicional de 30 días para el pago del precio acordado.»
> Ello supone que se incurre en mora si no se efectúa el pago de la factura en los 30 días siguientes al de su presentación en el registro administrativo correspondiente, lo que ha de hacerse conforme a los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en concreto, observando las prevenciones del artículo 3 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público.
> Por consiguiente, el día inicial del cómputo se sitúa, con carácter general, en los 30 días siguientes al de presentación de la factura conforme a lo señalado, pues es el plazo que tiene la Administración para efectuar las comprobaciones que considere procedentes y disponer el pago, tal y como igualmente resulta de lo dispuesto en el artículo 4.a).iv) de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.»

E identifica después las excepciones conforme a las cuales cabría soslayar la aplicación de la regla general así formulada:

> «No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte, en la misma sentencia indicada, de la existencia de algunas excepciones al respecto, contempladas en la Directiva 2011/7, pues: (i) los Estados pueden ampliar los plazos, "hasta un máximo de 60 días naturales" cuando se trate, entre otros, de "b) entidades públicas que presten servicios de asistencia sanitaria y que estén debidamente reconocidas para ello", comunicándolo a la Comisión (apartado 4 del artículo 4); (ii) aunque el procedimiento de aceptación o de verificación no ha de exceder de 30 días naturales a partir de la fecha de recepción de los bienes o servicios, cabría otra alternativa si existe "acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y en alguno de los documentos de licitación y siempre que no sea

ISBN: 978-84-7777-740-3

> manifiestamente abusivo para el acreedor (...)" (apartado 5 del artículo 4); y (iii) siendo también admisible fijar plazos más largos si hay "acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que ello esté objetivamente justificado por la naturaleza o las características particulares del contrato y que, en ningún caso, excedan de 60 días naturales". (Apartado 6 del artículo 4)
>
> Ninguna de esas excepciones cabe apreciar en el supuesto de autos, dado que no se acredita que haya acuerdo expreso en contrario y tampoco está justificado a la luz de la naturaleza o las características particulares de los contratos aplicar un plazo de pago de 60 días, al menos nada se ha indicado al respecto.
>
> El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en cuanto a la cuestión del *dies a quo* para el cálculo de los intereses de demora sin que haya considerado hacer declaración ni pronunciamiento alguno, al no haber existido debate sobre ella en el presente recurso de casación, "[e]llo sin perjuicio de que deban ser tomadas en consideración, en lo que resulten de aplicación, las consideraciones expuestas en los apartados 43 a 53 de la fundamentación jurídica de la citada STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/20) y el pronunciamiento contenido en el apartado 2/ de su parte dispositiva" [sentencia 1614/2022, de 5 de diciembre (casación 5563/2020), sentencia 1675/2022, de 14 de diciembre (casación 5588/2020) y sentencia 163/2023, de 13 de febrero (casación 7059/2020)].»

Así, pues, ha de concluirse que el plazo de inicio del devengo de intereses se sitúa a los treinta días de la presentación de la factura o de la reclamación de pago, sin perjuicio de tres posibles excepciones: 1) entidades públicas prestadoras de servicios sanitarios; 2) mediante acuerdo expreso en contrario, si no es manifiestamente abusivo para el acreedor; o 3) esté objetivamente justificado por la naturaleza o características particulares del contrato sin que en este caso de ningún modo se exceda de 60 días naturales.

Por lo demás, como señala la sentencia del Tribunal Supremo 424/2025, de 9 de abril de 2025, RC 448/2022, la previsión legal que nos ocupa (art. 198.4 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017) interpretada en el sentido expuesto es de aplicación ya en el momento actual a todos los contratos preexistentes, una vez trascurridos todos los períodos transitorios previstos de forma escalonada en el Real Decreto Ley 4/2013 para la aplicación de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad:

> «Debe tenerse presente que la disposición transitoria tiene por objeto los contratos preexistentes y que se dirige a sancionar la morosidad. Ambas condiciones se daban en este caso. Hay, pues, una previsión normativa con fuerza de ley que impone unos efectos a relaciones jurídicas nacidas de un contrato, ciertamente suscrito en un tiempo anterior en el que regían otras reglas pero que, por no haberse ejecutado en su totalidad, precisamente por la morosidad de la Administración municipal ahora recurrente, se ven sometidas a las previsiones de la Ley 3/2004.»

Lo establece así esta resolución que ahora traemos a colación, después de volver a recordar la jurisprudencia europea y sus consecuencias en unos términos que también vamos a reproducir a continuación, porque nos cabe así volver a resaltar la nueva doctrina jurisprudencial formada sobre este asunto, que era de lo que interesaba dar cuenta en este trabajo:

> «Sentado lo anterior, debemos destacar también que la interpretación legal del régimen transitorio del Real Decreto-ley 4/2013 que hemos realizado es coherente con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto BFF Finance Iberia, S.A.U. y Gerencia regional de Salud de la Junta de Castilla y León (C-585/20) que, incluso, avala su conformidad con la correcta interpretación del artículo 4 la Directiva 2011/7. La sentencia se dicta en respuesta a una cuestión prejudicial planteada, con relación a la interpretación del artículo 198.4 de la Ley 9/2017, en atención a que el precepto establece un período de pago de 60 días en todo caso y para todos los contratos, previendo un período inicial de 30 días para la aprobación y otros 30 días adicionales para el pago.
>
> En efecto, esta sentencia, por lo que ahora nos interesa, en respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada, declara que:
>
> > "El artículo 4, apartados 3 a 6, de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, incluso cuando ese plazo esté compuesto por un período inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un período adicional de 30 días para el pago del precio acordado."
>
> Y ello es así porque, conforme al artículo 4 de la Directiva 2011/7, la fijación por un Estado miembro de un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales en las operaciones entre empresas y poderes públicos solo está permitida en las condiciones y dentro de los límites establecidos en dicho artículo.
>
> La STJUE de 20 de octubre de 2022 se sustenta, resumidamente, como se deduce de sus apartados 44 a 53, en que: (i) la Directiva 2011/7 no concibe que el procedimiento de aceptación o de comprobación sea inherente a las operaciones comerciales entre los poderes públicos y las empresas; (ii) cuando este procedimiento se establezca legalmente o en el contrato, su plazo máximo es de 30 días naturales, y solo puede superarse excepcionalmente y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 7; (iii) para que pueda ampliarse el plazo general de pago de 30 días, calculado a partir de la fecha de aceptación o verificación, dicha ampliación deberá estipularse expresamente por contrato y estar objetivamente justificada por la naturaleza o las características particulares del contrato, sin que el plazo de pago pueda, en ningún caso, exceder de 60 días naturales, y (iv) cuando un poder público realice activi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

> dades económicas de carácter industrial o mercantil consistentes en entregas de bienes o prestaciones de servicios, o preste servicios de asistencia sanitaria, los Estados miembros podrán, ampliar el plazo de pago hasta un máximo de 60 días naturales.
>
> Por consiguiente, del artículo 4, apartados 3 a 6, de la Directiva 2011/7 resulta que la aplicación a las operaciones comerciales entre las empresas y los poderes públicos de un plazo de pago de más de 30 días naturales, hasta un máximo de 60 días naturales, es excepcional y debe limitarse a los supuestos definidos en el precepto.»

III. EL MOMENTO DE SURGIMIENTO DE LOS INTERESES DE DEMORA EN DEFECTO DE CONTRATACIÓN REGULAR

Encauzada en los términos expuestos la cuestión, queda por determinar si esta misma regla es igualmente aplicable en defecto de contratación regular, cuando sin embargo la prestación a favor de la Administración ha venido a realizarse y de forma satisfactoria, además.

El planteamiento clásico en torno a esta cuestión es el que luce en la sentencia 605/2020, de 28 de mayo de 2020, RC 5223/2018, en la que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia suscitada a la que justamente debía darse respuesta en dicho caso era la de:

> «Determinar el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en supuestos en que la prestación de los servicios continúe, a solicitud de la Administración, una vez finalizada la duración del contrato de servicios.»

Pues bien, a esta cuestión así planteada esta resolución dará la siguiente respuesta:

> «Tras las consideraciones que hemos desarrollado en el fundamento anterior debemos responder a la cuestión en que el auto de admisión ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. A ese respecto, hemos de decir que el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos de prestaciones realizadas a solicitud de la Administración una vez finalizada la duración del contrato de servicio**s**, es el siguiente al transcurso de los treinta días a que se refiere el artículo 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a contar desde el siguiente a la convalidación del gasto.»

Establece esta sentencia la doctrina expuesta con toda claridad, tras indicar que:

> «La Comunidad de Madrid no hizo una encomienda de gestión a CLECE SA, sino que le encargó continuar prestando el servicio de lim-

> pieza en sus sedes indicadas sin seguir el procedimiento de contratación previsto legalmente y, ciertamente, fuera del que ambas partes suscribieron para el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013. Ese contrato es claro que expiró sin ser prorrogado y la base de la relación posterior entre CLECE SA y la Comunidad de Madrid es diferente: lo constituyen el encargo en cuestión y las condiciones que convinieron.»

Y que:

> «Por tanto, no se puede reprochar a la sentencia impugnada, ni a las anteriores que siguieron el criterio por ella observado, que condicionara a la convalidación de las actuaciones y a la fiscalización del gasto los efectos previstos por el artículo 216.4 del texto refundido para la demora en el pago de las facturas. Es decir, a que se regularizara una situación que nació y se mantuvo hasta dicha convalidación al margen de las reglas para contratar.»

Se precisa en consecuencia esperar al momento de convalidación del gasto para iniciar el cómputo de los 30 días de plazo para el devengo de los intereses de demora. Podrá tratarse del mismo plazo (30 días) que el previsto de existir un vínculo contractual, por tanto; pero el inicio de su cómputo no se sitúa en el momento de la presentación de la factura o de la reclamación sino en el momento de convalidación del gasto correspondiente.

La Sentencia 722/2022, de 13 de junio, RC 5437/2020, explica el fundamento sobre el que se descansa la doctrina expuesta: la respuesta se sitúa fuera del ámbito de la normativa contractual.

En efecto, a propósito de la cuestión planteada en el caso, que en esta ocasión quedó enunciada del modo que sigue:

> «si el derecho al cobro del importe de las unidades de obra ejecutadas al margen del contrato y sin mediar modificado alguno, que se reconoce en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, tiene naturaleza indemnizatoria o es precio del contrato; y si a los intereses de demora que genera le es de aplicación la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.»

Esta sentencia dirá:

> «Ante la realización de unas obras en favor de la Administración pública ejecutadas al margen de un contrato y sin modificado alguno, el ordenamiento admite diversas alternativas legales, por lo que la cuestión de la naturaleza indemnizatoria o contractual del pago deberá hacerse en atención a las circunstancias del caso.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> En el supuesto examinado en este recurso, en el que la Administración siguió un procedimiento de revisión de oficio, con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido los trámites previstos en el artículo 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para los casos en los que el director facultativo de la obra considere necesaria la modificación del proyecto, la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración.»

En esta misma línea vendrá a abundar después la sentencia 183/2025, de 24 de febrero de 2025, RC 6295/2021. La cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia suscitada en el caso quedó a la sazón enunciada en unos términos que también venimos a reproducir ahora:

> «La cuestión en la que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es que se precise, si en los supuestos derivados del artículo 243.6 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, las obras no previstas en los proyectos de obras por la falta de aprobación de modificado en plazo por la Administración, siendo recibidas y ocupadas por la Administración, generan intereses de demora, y en caso afirmativo, se determine si el *dies a quo* para el cómputo corresponde al momento de la recepción de las obras ejecutadas fuera de proyecto, o cuando se emite el documento de reconocimiento del crédito para el pago de la deuda.»

La sentencia dictada en la instancia había resuelto esta cuestión del modo que sigue:

> «la sentencia ahora recurrida en casación deja claramente establecido que, en el caso que estamos examinando, respecto de las obras ejecutadas que no estaban previstas en el contrato se redactó un proyecto modificado que al final no se aprobó; y de ello deriva la sentencia la consecuencia de que tales obras quedan fuera de la protección de la normativa contractual. Y en cuanto al devengo de intereses, señala a continuación la Sala del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (FJ 5): "(...) en este caso y para esas concretas obras ejecutadas fuera de proyecto, el dies a quo para el cómputo del devengo de intereses es el del Pleno que acordó el Reconocimiento Extrajudicial del Crédito que lo fue el 13 de marzo de 2014, porque no resulta lógico reclamar intereses de antes de esa fecha que es cuando existe el reconocimiento administrativo sobre la existencia de esas obras y en definitiva el deber de pagarlas. Al haberse pagado el principal el 1 de abril de 2014, o sea, antes del transcurso de 30 días de dicho reconocimiento, no existe para esas obras, devengo de intereses moratorios".»

Pues bien, esta regla, que sitúa la resolución de la cuestión fuera del ámbito de la normativa contractual, es igualmente considerada por el Tribunal Supremo de aplicación al caso, como en las anteriores resoluciones judiciales a que hemos hecho referencia, partiendo de la situación fáctica existente:

> «Partiendo de que la cronología y demás datos fácticos fijados en la sentencia recurrida no pueden ser modificados en casación (artículo 87 bis.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), consideramos que la conclusión de la sentencia recurrida es ajustada a derecho y es conforme con lo decidido por esta Sala del Tribunal Supremo en aquellos pronunciamientos a los que antes nos hemos referido.
>
> En los casos examinados en esas resoluciones anteriores regían, *ratione temporis*, diferentes normas reguladoras de la contratación administrativa; pero todas las sentencias citadas coinciden en la apreciación de que quedan fuera de la normativa de contratos públicos las reclamaciones de intereses de demora en relación con obras ejecutadas fuera de lo previsto en el contrato y sin aprobación de modificado alguno. Y partiendo aquí de ese mismo postulado, ninguna razón hay para que debamos considerar contraria a derecho la fundamentación jurídica ni la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida.»

De este modo, la resolución concluirá proclamando una regla general en torno a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se había suscitado en el caso:

> «Como regla general, la realización de obras no previstas en el contrato y sin que haya mediado la aprobación de modificado alguno sitúa a aquellas obras fuera del ámbito de la normativa reguladora de los contratos administrativos; de manera que, sin perjuicio de que se formulen reclamaciones relativas a su retribución y al eventual devengo de intereses de demora, a fin de evitar el inaceptable resultado de un enriquecimiento injusto**,** tales reclamaciones no han de encontrar amparo ni cobertura en la legislación de contratos públicos**,** normativa esta que los propios intervinientes, contratista y Administración, habían eludido e incumplido.»

Con todo, y una vez llegados a este punto, no deja de advertir el Tribunal Supremo que se trata no más que de una regla general la que se viene a proclamar en el sentido expuesto, a la vista de la casuística existente, algo sobre lo que insistirá especialmente esta resolución:

> «En diferentes ocasiones, y con formulaciones no idénticas pero sí en buena medida coincidentes, esta Sala ha abordado controversias referidas a la realización de obras en favor de la Administración pública ejecutadas al margen de un contrato y sin modificado alguno; planteándose de forma reiterada la cuestión de si el pago correspondiente a tales obras tiene o no naturaleza contractual, y, en relación con ello, el devengo de intereses de demora y la manera en que estos deben computarse. Puede verse en este

ISBN: 978-84-7777-740-3

> sentido la sentencia 722/2022, de 13 de junio (casación 5437/2020), y las sentencias que en ella se citan de 2 de julio de 2004 (recurso 2341/2000, FJ 3), 24 de octubre de 2005 (recurso 3444/2003, FJ 3) y 18 de febrero de 2009 (recurso 3525/2006, FJ 4).
>
> (…)
>
> Nos movemos así en un terreno poco propicio para las formulaciones de alcance general, que son la clase de respuesta que mejor conviene a cuestiones consideradas de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Dicho de otro modo, el inevitable casuismo al que se refiere la sentencia de 13 de junio de 2022 (casación 5437/2020) favorece más que el debate jurisdiccional se resuelva con una respuesta más ceñida a los datos y circunstancias del caso concreto que se examina. Aun así, intentaremos dar a la cuestión que plantea el auto de admisión del presente recurso de casación debatida una respuesta con el suficiente grado de generalidad.»

No deja de resultar razonable la doctrina jurisprudencial de la que venimos haciéndonos eco, en la medida en que no hay una cantidad líquida y cierta que resulte exigible hasta el momento en que es reconocida por la Administración. Pero no menos verdad es que también viene a causar cierta insatisfacción, ya que el tiempo trascurrido redunda en perjuicio del particular que ha de tener que esperar hasta que llega el momento de convalidación del gasto para el pago de lo adeudado y la exigencia de los correspondientes intereses de demora, una vez transcurrido el plazo previsto a tal efecto (ahora, como sabemos ya, de 30 días), a partir del indicado momento.

Pues bien, justamente, al amparo de la ventana que la sentencia que acaba de transcribirse deja abierta a otras alternativas, una nueva orientación ha terminado por encontrar acogida en la jurisprudencia más reciente, concretamente, a partir de la sentencia 78/2025, de 27 de enero de 2025, RC 1289/2023, que concluirá:

> «En el ámbito de la contratación pública, el contratista que de buena fe continúa prestando un servicio, a petición de la Administración, una vez expirada la duración del contrato y sin modificado alguno, no puede resultar perjudicado económicamente cuando la Administración contratante recibe el servicio sin protesta o reserva alguna, debiendo considerarse que la realización de aquellos servicios tiene origen contractual. En consecuencia**,** a efectos de devengo de intereses de demora, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 216.4 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (actual artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) y demás preceptos concordantes de la normativa reguladora de la contratación administrativa. Y, no existiendo controversia en cuanto a que las facturas fueron efectivamente presentadas, el cómputo de los intereses de demora se inicia por el transcurso de treinta días desde que se formula la reclamación sin que la Administración haya procedido al pago del principal.»

De acuerdo con el criterio mantenido por esta resolución, así, pues, procede consecuentemente estar a la normativa contractual, cambia así el criterio aplicado por la jurisprudencia con anterioridad o, si se prefiere decirlo de otro modo, deja de ser de aplicación lo que la jurisprudencia tiene por la regla general; y, por tanto, se descarta, a diferencia de lo acontecido en los supuestos examinados anteriormente, que la cuestión haya de solventarse fuera de lo establecido por dicha normativa.

Así las cosas, de acuerdo con la normativa contractual, los intereses de demora surgen a partir de la presentación de las facturas o reclamaciones correspondientes y trascurre el plazo de 30 días desde que se produce dicha presentación, como ya sabemos, sin tener que esperar a que el cómputo de dicho plazo comience a partir del momento en que es convalidado el gasto.

Otra resolución del Tribunal Supremo dictada al día siguiente de la que acaba de comentarse, la sentencia 85/2025, de 28 de enero de 2025, RC 531/2023, resolverá del mismo modo. No resulta muy diferente en este caso el sentido de su pronunciamiento, como decimos, en el que el Tribunal Supremo, por otra parte, comienza por adelantar que va a seguir el criterio manifestado en la resolución que acaba de transcribirse:

> «Delimitada, en estos estrictos términos, la controversia casacional, esta Sala, siguiendo los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2025 (RC 1289/2023), debe referir que en el ámbito de la contratación pública, el contratista que de buena fe continúa prestando un servicio, a petición de la Administración, una vez expirada la duración del contrato y sin modificado alguno, no puede verse perjudicado económicamente cuando la Administración contratante recibe el servicio sin protesta o reserva alguna; debiendo considerarse que la realización de aquellos servicios tiene origen contractual.»

Así las cosas, en cuanto al momento de inicio de los intereses de demora, sobre la base de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso dirá:

> «En el caso que enjuiciamos, la Administración recurrente —Principado de Asturias— recibió los servicios prestados sin formular reserva o protesta; y sin hacer tampoco advertencia alguna a la entidad Integra de que para proceder al pago sería necesaria la previa convalidación del gasto (por estar los servicios fuera del contrato) o el cumplimiento de cualquier otro trámite o requisito.»

Y como quiera que, por otro lado:

> «la presentación de las facturas es un hecho no controvertido, al haber aceptado la Administración la fecha de presentación de las facturas alegada por la empresa.»

ISBN: 978-84-7777-740-3

La sentencia concluirá:

> «En fin, según el Principado de Asturias el inicio del plazo para computar el abono de intereses estaría subordinado a la convalidación formal del gasto. Sin embargo, la sentencia núm. 1880/2024, de 26 de noviembre de 2024 (RC 6115/2021), a la que antes nos hemos referido viene a recordar que, de conformidad con las previsiones del artículo 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, luego reiteradas en el artículo 198.4 de la Ley 9/2017, resulta que con la presentación de la factura ante la Administración contratante se inicia el plazo de treinta días de comprobación y aprobación; y si transcurren treinta días sin efectuar el pago, incurre en mora y se inicia el devengo de intereses, dejando establecido la citada sentencia que no resulta admisible fijar el *dies a quo* al margen del transcurso de los citados plazos.»

La sentencia que comentamos ahora (sentencia 85/2025) termina así reproduciendo literalmente la misma doctrina casacional acogida por la resolución precedente (sentencia 78/2025).

Y en una resolución aún más reciente, la sentencia 1200/2025, de 29 de septiembre de 2025, RC 129/2023, volverá a expresarse en el mismo sentido. No se le escapa al Tribunal Supremo la diferencia del criterio mantenido en estos supuestos en relación con su doctrina tradicional.

Pero para conciliar su respuesta ahora con la ofrecida con los supuestos anteriormente examinados acude a las circunstancias del caso:

> «No ignoramos que esta Sala, Sección 4.ª, dio una respuesta en apariencia diferente en sentencia de la núm. 605/2020 de 28 de mayo de 2020 (casación 5223/2018), en la que también se abordaba la cuestión relativa al cómputo de los intereses de demora en un supuesto en el que la prestación de los servicios había continuado, a solicitud de la Administración, una vez finalizada la duración del contrato de servicios. Sin embargo, las circunstancias fácticas concurrentes en aquel litigio eran bien distintas a las del caso que ahora nos ocupa pues allí no concurría la secuencia de continuidad, sin modificación alguna, entre la prestación del servicio prevista en el contrato y la realizada con posterioridad, como sucede en el caso que estamos examinando. En aquel caso, como explica la citada sentencia de 28 de mayo de 2020 (FJ 4), el contrato preexistente "es claro que expiró sin ser prorrogado y la base de la relación posterior entre CLEE SA y la Comunidad de Madrid es diferente: lo constituyen el encargo en cuestión y las contradicciones que convinieron". Muy distinto en el caso al que se refiere la presente controversia, donde, insistimos, se trata de un contratista que de buena fe continúa prestando un servicio, a petición de la Administración, una vez expirada la duración del contrato y sin modificado alguno. Y es la concurrencia de estas circunstancias la que lleva a considerar que la situación de continuidad en la prestación de los servicios tiene origen contractual.

> En consecuencia, resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el citado artículo 216.4 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y demás preceptos concordantes de la legislación de contratos que antes hemos reseñado.»

Estos dos párrafos se reiteran por esta resolución porque aparecen también incorporados a las dos sentencias antes mencionadas. Consciente de una posible contradicción, por tanto, trata de salvarse por la vía de trazar diferencias. Puede resultar forzado venir a escudarse en este planteamiento, y desde luego no ayuda a esclarecer el estado de la cuestión acudir a un excesivo casuismo. Pero, de cualquier modo, se soslaya así toda sombra de una posible antinomia.

IV. FINAL

La exigibilidad de los intereses de demora como regla general no surge a los 60 días, sino a los 30 días de la presentación de la factura o de la reclamación correspondiente, como explicamos antes.

Y en ausencia de contratación regular ha de entenderse que se aplica también la misma regla, si la prestación se realiza sin solución de continuidad tras la expiración del vínculo contractual preexistente; es lo que interesa resaltar ahora también.

Damos así cumplida cuenta en este trabajo de ambas novedades jurisprudenciales que a su vez habrán de llevarnos a surcar nuevos rumbos. Lógicamente, para que puedan deducirse las consecuencias apuntadas parece razonable, por ejemplo, acentuar la exigencia de que las facturas se presenten a su debido tiempo y, sobre todo, en debida forma.

Pero habrá que esperar a conocer las respuestas que la jurisprudencia venga a ofrecer a los interrogantes que puedan ir planteándose. En cualquier caso, con haber puesto de manifiesto la importancia y repercusión de estos nuevos planteamientos damos por alcanzado el objetivo pretendido con este trabajo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Los retos actuales del Derecho administrativo. La vuelta a los principios del Estado social

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo

Sumario. I. Introducción.—II. El Derecho administrativo del Estado social. Del control del poder público a ser un instrumento para satisfacer los intereses generales: 1. Los intereses generales. 2. La eficacia.—III. Estado de Derecho y Derecho administrativo ante los planteamientos neoliberales: 1. El papel de la ley. 2. La libertad substantiva.—IV. La vuelta a los orígenes: Estado social de Derecho, ley, servicio público y autoridad. La defensa de la democracia.

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha dicho, el Derecho administrativo es el Derecho de la Administración[1]. Dado que la Administración es la organización al servicio de los poderes del Estado, la evolución de los fines del Estado, así como de su posición en el conjunto de las relaciones internacionales, implica que el Derecho administrativo evolucione, ya que debe adaptarse a lo que se va exigiendo al Estado al que sirve[2].

1 Rebollo Puig, M. Prólogo al libro de Medina Alcoz, L. *Historia del derecho administrativo español*, Marcial Pons, 2022, pág. 12, «el derecho administrativo es, por mucho que se hayan dicho otras cosas y que esas tesis desorientadas tengan ahora nuevos bríos, el derecho de la administración».

2 Gamero Casado, E. *Desafíos del derecho administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada 2015, pág. 1, afirma que «el derecho administrativo es un derecho vinculado a la historia, a la transformación del poder y sus fines, poder al que sirve y encauza. Hauriou ya dijo que el campo de la vida administrativa es el campo de lo provisional, de lo revocable y pasajero». ¿En este mismo sentido, Parejo Alfonso, L. *¿Transformación y reforma? del derecho administrativo*, Derecho Global, Sevilla 2012, pág 17, señala que «el cambio es ciertamente consustancial al derecho administrativo». Sobre esta cuestión, *Vid.* También, Cassesse, S. *Derecho administrativo. Historia y futuro*, INAP-Global Law Press, Madrid/Sevilla 2014; Parejo Alfonso, L. *Estado y derecho en procesos de cambios*, Tirant lo Blanch, Valencia2016. Con carácter general, una brillante exposición de la vinculación del derecho administrativo a la historia se encuentra en Medina Alcoz, L. *Historia del derecho administrativo español*, Marcial Pons 2022, 531 páginas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Esta realidad ha supuesto que de forma recurrente se plantee cuáles son los retos del Derecho administrativo, qué Derecho se debe crear para que se pueda dar respuesta a las nuevas exigencias[3]. La intervención de los poderes públicos se ha incrementado de forma muy notable en los últimos años, tanto en su faceta de ente regulador como en su función prestacional. La creciente regulación, en buena medida impuesta desde instancias comunitarias, es una realidad innegable. Ciertamente se reclama en ocasiones la necesaria moderación de este poder regulador[4], que condiciona la libertad individual, el acceso a actividades económicas, o condiciona el modo en que deben ejercerse, pero en otras ocasiones se acusa a la Administración de no haber dictado normas que hubieran evitado una catástrofe o reducido la corrupción. También la necesaria respuesta a las crecientes demandas sociales implica que se deban incrementar los fines prestacionales, poniendo en aprietos las finanzas públicas y obligando a seleccionar las inversiones y exigiendo una buena gestión de estos fondos.

Por ello, en el momento presente, cuando se habla de retos del Derecho administrativo, se suele hacer referencia a la globalización, a la necesidad de acudir a la parte especial del Derecho para construir desde la misma la parte general[5], a la simplificación, a la *better regulation*, o a la buena administración, principio general este último de contenido impreciso que todo lo exige y permite[6].

Pero a mi entender, todas estas lógicas propuestas, no afectan a la esencia del Derecho administrativo, a su razón de ser. Se limitan a poner el Derecho al servicio de nuevas realidades de forma acrítica, desnaturalizando en ocasiones su verdadera esencia, y olvidando que en el momento presente el verdadero reto del Derecho administrativo es volver a sus orígenes,

---

3 *Vid*. Una exposición general de los cambios producidos en los últimos años en «Recapitulación: cuatro décadas de Derecho Administrativo post constitucional. Los cambios producidos. Transformaciones, retos y tendencias de un tiempo nuevo, en Martin Rebollo, L. *Manual de derecho administrativo, y guía para el estudio de las leyes administrativas*. 9.ª edición. Aranzadi La ley, Madrid 2025, págs., 1479 y ss.

4 Una crítica de los excesos del poder regulador, a mi juicio en ocasiones excesiva, se puede ver en Santamaría Pastor, J. «El poder, la libertad, la administración y su derecho», *Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* 18 de octubre de 2022, Madrid, capítulo VIII, el Estado limitador.

5 Schmidt-Assman, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Inap-Marcial Pons. Para interpretar y explicar el derecho administrativo actual parte de su teoría de los «ámbitos de referencia», a partir de los cuales crea la parte general. De este modo trata de ver si los elementos de la parte general responden a las necesidades actuales y sirven para hacer efectivas las nuevas funciones que se han encomendado a la administración.

6 Ver el, a mi juicio, acertado comentario de Fernández Farreres, G. «El principio de buena administración según la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo», en *REDA* n.º 230, 2023, págs. 11-34, trabajo en el que trata de acotar el contenido de este precepto y su aplicación jurisprudencial,

la persecución del interés general. Por tanto, a mi entender, el reto actual del Derecho administrativo en este mundo complejo es determinar cómo este Derecho debe servir hoy a estas nuevas exigencias sin perder su finalidad básica, la persecución del interés general. La multiplicidad de cometidos sectoriales no debe hacer perder de vista que el logro de todos y cada uno de ellos tiene una misma finalidad, el hacer realidad el Estado social y democrático de Derecho, consagrado en el texto constitucional.

Por ello, en las páginas que siguen, trataré de justificar que el verdadero reto del Derecho administrativo es recuperar su finalidad esencial, el ser un instrumento útil al servicio de los poderes públicos para que se puedan alcanzar los fines de interés general que el Derecho privado, al servicio de los intereses privados, no permite alcanzar. Es por esta razón que digo que el reto actual del Derecho administrativo es la vuelta al momento de la creación del Estado social, ya que este Estado es el que está establecido en la Constitución. El Estado social exige un Derecho administrativo que permita alcanzar sus fines, un Derecho, por tanto, que como trataré también de justificar en mi reflexión final, es el Derecho que puede salvar el Estado de Derecho. El verdadero reto de nuestro Derecho no es su adaptación a las nuevas demandas (que también), sino asumir que esta adaptación requiere que se haga teniendo en cuenta en cada caso cuál es el fin esencial del Derecho administrativo. La hipertrofia de estudios vinculados a casos concretos nos hace perder de vista los fundamentos sobre los que deben construirse las respuestas a estos problemas.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO SOCIAL. DEL CONTROL DEL PODER PÚBLICO A SER UN INTRUMENTO PARA SATISFACER LOS INTERESES GENERALES

Los orígenes del Derecho público moderno, como explicó de forma magistral García de Enterría[7], suelen situarse en la revolución francesa, en la separación tajante de los poderes públicos que impusieron los revolucionaros franceses. Interpretación radical que impedía demandar a la Administración (*juger a l'administration c'est encore administrer*), lo que llevó poco después a la necesidad de establecer un mecanismo que permitiera el control de un gobierno desbocado. El Consejo de Estado francés, consultivo y judicial, permitió ir estableciendo la regla para controlar a la Administración, protegiendo al mismo tiempo a los administrados. Su doble composición le permitió establecer unos principios de equilibrio entre lo necesario para el funcionamiento de la Administración y lo necesario para la defensa de los derechos de los administrados (aún no ciudadanos).

---

7 García de Enterría, E. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Taurus, Madrid 1972.

ISBN: 978-84-7777-740-3

De este modo el Derecho público pasa a definirse como el Derecho necesario para el control del poder. Se imponen como principios básicos la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho (vinculación positiva), el control de toda decisión del gobierno y de la Administración, la lucha contra las inmunidades de poder, la responsabilidad objetiva de los poderes públicos.

Este planteamiento va a tener una especial fuerza en nuestro país en el momento en que se crea el moderno Derecho administrativo en los años 50 del pasado siglo[8]. El control de un gobierno y de una Administración que actuaban en base a un Derecho no democrático, era la principal tarea que acometer. Como se ha dicho, «el Derecho administrativo era una rama del Derecho articulada en torno a la Administración estatal, a una comprensión preconstitucional del principio de legalidad que tiene como premisa la ilegitimidad intrínseca de la Administración, a un catálogo limitado de normas jurídicas de la actuación administrativa (actos administrativos, disposiciones y contratos) y de tipos de actividad administrativa (policía, fomento y servicio público) y al control judicial como eje central de todo el Derecho administrativo»[9]. En esta misma línea Parejo Alfonso afirmó que estos planteamientos tuvieron éxito en el momento constituyente, pero que en la actualidad «atraviesan dificultades ante los retos que plantea el desarrollo real del Estado bajo la fórmula constitucional del Estado de autonómico social y democrático de Derecho, abierto además a la integración europea[10]».

La creación del Derecho administrativo y sus bases fundacionales se verán en parte superadas cuando tras la segunda guerra mundial se impone la legitimación del poder público por su servicio a los intereses generales, recuperándose las ideas de servicio público (Duguit) o *Daseinvorsorge* (Forshoff)[11]. La función prestacional de la Administración pasa a un primer plano, y el Derecho administrativo debe ser el instrumento para dar satisfacción al interés general, que no es un interés que reclame la limitación de la Administración y su control en defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos individuales, sino unos intereses generales que reclaman una Administración potente y eficaz, capaz de hacer realidad los nuevos postulados constitucionales. Se ha dicho que debe pretenderse que «la dogmática del Derecho administrativo sea algo más que una doctrina que gravita en la ór-

---

8 Como explica Medina Alcoz, L. *op. cit.,* pág. 347, en España los cambios verdaderos no se produjeron en el marco constitucional, sino en el terreno infra constitucional, en el derecho administrativo, gracias a la formidable labor de la generación de la *RAP*.

9 Velasco/Darnaculleta, Presentación del libro *Manual de derecho administrativo*, Marcial Pons, 3.ª edición, 2025, pág. 42.

10 Parejo Alfonso, L. «La idea de la reforma del derecho administrativo general. Su planteamiento en España», en *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Barnes, J. (director), Global law Press, Sevilla 2006, pág. 189.

11 *Vid.* Al respecto, Magaldi, N. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado Social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007,

bita del control judicial, de lo que se puede o no hacer, para ser antes una ciencia de la acción o de la actuación administrativa[12]».

Como ha explicado Medina Alcoz[13], después de la segunda Guerra Mundial, tras la reafirmación de los postulados liberales y la dignidad humana, se redimensiona el poder del Estado con el fin de poder hacer realidad el Estado social[14]. El Estado es social y democrático, no solo de Derecho. Las administraciones de la Europa occidental, con el consenso de la socialdemocracia y la democracia cristiana, intervienen fuertemente en la economía para promover positivamente la igualdad material y asegurar el bienestar general, sin contestar por ello el régimen capitalista. Se trata del denominado Estado del Bienestar. España en 1978 se incorpora a este nuevo modelo de Estado, y el Derecho constitucional actúa como elemento transformador para involucrar al Derecho administrativo en los nuevos fines estatales de acuerdo con la evolución social[15].

El Estado social (artículo 1.1 CE), impone una nueva comprensión del Derecho público. «La vieja aspiración de facilitar la autodeterminación individual (a la que sirven las distintas manifestaciones del Estado de Derecho) se ve en él complementada a la vista de una constatación empírica: que la

---

12 Schmidt-Assmann, «El método en la ciencia del derecho administrativo», en *Innovación y reforma en el derecho administrativo,* Barnes, J. (director), Global law Press, Sevilla 2006, pág. 137.

13 Medina Alcoz, L. «Bases históricas», en el libro colectivo Velasco/Darnaculleta, *Manual de derecho administrativo*, Marcial Pons, 3.ª edición, 2025. pág. 108. El mismo autor, en su obra ya citada, *Historia del derecho administrativo español*, pág. 345, afirma: «el nuevo constitucionalismo enlazaba , no con el individualismo racionalista de Kant o de la escuela de derecho natural moderno, sino con el iusnaturalismo tardo escolástico, responsable de la primera construcción teórica que combinó el reconocimiento de la libertad natural como situación originaria, fuente de la obligación de no agresión, con el derecho del Estado a agredir o sacrificar ese derecho anterior en aras del bien común».

14 Es verdad que. ya con anterioridad, de acuerdo con Bercovici, G. «El debate jurídico de Weimar y los orígenes del derecho económico», en la obra dirigida por Martín-Fernández Crehuet, Aragoneses, *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras*, Athenaica, 2021, pág. 123, «la Constitución se ve como un proyecto que se extiende hacia todas las relaciones sociales…el conflicto se incorpora al texto constitucional que ya no representa solamente las concepciones de la clase dominante sino, al contrario, se convierte en un espacio donde ocurre la disputa político jurídica». La Constitución reconoce los derechos de libertad, pero también los derechos sociales e incide en el gobierno de la economía. Este constitucionalismo trató de lograr un equilibrio entre las demandas sociales de una clase trabajadora emergente y la mentalidad burguesa que mantenía un fuerte poder económico e institucional». Las fuertes tensiones sociales y políticas que se vivieron en Alemania en la época de Weimer, cuya Constitución trató precisamente de dar respuesta al Estado pluriclase reconociendo derechos sociales junto a los derechos de libertad, supusieron el fracaso de esta Constitución. Habrá que esperar al fin de la segunda guerra mundial para que las nuevas constituciones recojan los principios del estado social.

15 Schmidt-Assmann, E. «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en el libro colectivo *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Barnes, J. (director), Global law Press, Sevilla 2006, pág. 72.

ISBN: 978-84-7777-740-3

efectividad de la libertad, de la igualdad y del resto de los derechos de las personas no depende solo de su reconocimiento formal a sujetos abstractos, sino también de las concretas condiciones materiales en las que se encuentran las personas llamadas a ejercerlos. Estas condiciones pueden dificultar o incluso impedir el ejercicio de los derechos y, por lo tanto, el alcance de la misma autonomía individual. A partir de esta consideración, el Estado Social asume como tarea propia la conformación de las relaciones sociales y económicas para lograr que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, artículo 9,2 CE. El examen de su contenido pasa en la actualidad por la distinción entre la dimensión material del principio, integrada esencialmente por el mandato de actualización de la libertad y la igualdad constitucionales, y su dimensión instrumental, compuesta a su vez por el mandato de eficaz consecución de los objetivos y fines que la Constitución impone a los poderes públicos[16]». El mandato de intervención positiva requiere otra Administración y, por tanto, otro Derecho administrativo. El reconocimiento de derechos sociales de prestación precisa un Derecho que construya una Administración eficaz.

Cuando el Estado social reclama una Administración reguladora o redistributiva justificada por los fallos del mercado y orientada teleológicamente al bienestar de los ciudadanos, este Estado se presenta ante todo como un ente prestacional, y la Administración es su aparato para cumplir sus fines[17]. La Administración se legitima por su función, por ser un instrumento idóneo para la efectividad del Estado social. Pero para poder legitimarse en este sentido, la Administración, que actúa sujeta al Derecho, necesita un Derecho que le permita cumplir las funciones que se le exigen[18]. Como se

---

16 Arroyo, L. «Bases constitucionales», en el libro colectivo *Manual de derecho administrativo*, Marcial Pons, 3.ª edición, 2025, pág. 127.

17 Como ha dicho Santamaría Pastor, J. *Fundamentos de derecho administrativo*, I. Ceura, Madrid 1988, pág. 163, «El segundo sentido en que el Estado social opera es discernible desde una perspectiva material. Frente al Estado liberal, estructura limitada cuyo fin básico consistía —en términos puramente kantianos— en la realización del Derecho, el Estado social se presenta ante todo como un aparato prestacional».

18 Velasco Caballero, F. «La Administración pública», en el libro colectivo *Manual de derecho administrativo*, Marcial Pons, 3.ª edición, 2025, pág. 59. En esta misma línea, en el prólogo al libro de Schmidt-Assmann citado, Barnes, J. dice que la administración debe saber encarnar con más fuerza «la legitimidad democrática del legislador y suscitar con sus decisiones a un tiempo la adhesión y el consenso de los ciudadanos. Se trata, desde luego de un análisis o de una aproximación científica dominada por la perspectiva funcional o, lo que es lo mismo, orientada hacia el cumplimiento y la satisfacción de los objetivos que el ordenamiento le asigna en cada caso a la Administración. También la acción de la administración, los servicios que presta o que garantiza, han de ser eficaces, de calidad. Y a ello ha de contribuir el derecho administrativo, que no puede contentarse con que aquella se ajuste en su actuación a la legalidad, en un reducido lenguaje o código binario (legalidad / ilegalidad). No basta con embridar al poder con el derecho (Garcia de Enterría), o con haber creado un derecho contra la administración (A. Nieto), por decirlo en términos gráficos y conocidos. Hay que buscar soluciones eficaces en beneficio del ciudadano.

ha dicho,» para ser conforme a la Constitución el Estado social ha de actuar como Estado de Derecho y este no puede erigirse, como contrapartida, en barrera impeditiva del cumplimiento por aquel de sus fines propios»[19].

1. Los intereses generales

En el Estado social la razón de ser del Derecho administrativo es la satisfacción de los intereses generales. Como dice el artículo 103.1 de la CE «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». La sujeción a la ley y al Derecho satisface en abstracto el Estado de Derecho, pero la Administración existe para satisfacer los intereses generales, debiendo actuar para ello de forma objetiva, según los principios de organización que permitan una Administración eficaz. El interés general es lo que da al Derecho administrativo un fundamento no autoritario, pues legitima la especialidad de este Derecho exorbitante[20]. De este modo se potencia el Derecho objetivo y el interés general, ambos frutos de las exigencias del Estado social.

El necesario logro de los fines de interés general impuestos a la Administración determina que esta, que debe actuar de conformidad con la ley y el Derecho, pueda disponer de un Derecho útil y adaptado a las finalidades que se le exigen. La singularidad del Derecho administrativo, como Derecho propio de las administraciones, es la creación de un Derecho que organiza a las administraciones y a los entes dependientes de las mismas para que se puedan acometer las tareas de las administraciones. Este mismo Derecho atribuye potestades a las administraciones, como poderes de imposición general ante terceros, reconoce el privilegio de autotutela, permite imponer sacrificios a terceros sin tener que indemnizar (…) Este Derecho singular permite que los negocios jurídicos en base a los cuales la Administración puede actuar tengan su causa en el interés general. La causa de los negocios jurídicos en los que es parte la Administración según su Derecho particular no es la defensa de la autonomía de la voluntad[21], sino la persecución del interés general[22]. Un interés que debe perseguir de forma objetiva y permanente.

---

19 Parejo, L. Prólogo al libro de Rivero Ortega, R. *La obligación. Concepto y régimen jurídico de los deberes públicos,* BOE, Madrid 2025, pág. 13.

20 Cassesse, *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP-Global law Press, Sevilla 2014, pág. 79. «Para que exista servicio público es necesario que estén presentes dos elementos, uno material y otro orgánico. El elemento maerial es el fin de interés general».

21 *Vid*. De Castro, F. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid 1985.

22 Truchet afirma que «perseguir el interés general (o sus sinónimos, el interés público, la utilidad pública) es el fin único y el motivo fundamental de la actividad administrativa», *Droit administratif*, 3.ª ed. PUF, Paris 2010, pág. 70.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Asumido el mandato constitucional del artículo 103.1 de la CE, el principal problema es determinar en qué consiste el interés general. Una cuestión que, como dijo Nieto, a pesar de su gran importancia, produce asombro al ver la poca atención que mereció en las constituyentes. Dice el citado autor que «todo el mundo está de acuerdo en que (tal como declara la Constitución Española) la Administración está al servicio de los intereses de la comunidad; pero a partir de ahí ya no se puede afirmar nada con certeza[23]».

Ciertamente sabemos que el interés general trasciende a los intereses privados, que se puede imponer a ellos (lo que justifica las prerrogativas de la Administración, su Derecho propio que es el Derecho administrativo), pero poco más sabemos. No existe una definición material de qué deba entenderse por intereses generales.

Consecuentemente se concluye que el interés general es el que defina la Constitución o la ley, normas que la Administración deberá aplicar después de forma objetiva. Los contenidos que establezca la ley deberán respetar el marco constitucional (y el Derecho comunitario), pero dentro de ellos posee una amplia libertad. Por ello el Derecho administrativo será un producto de la historia, deberá perseguir fines diversos en función de lo que el legislador de cada momento entienda que es el interés general que debe alcanzarse. Pero en todo caso es un Derecho cuya razón de ser es habilitar a la Administración para que estos fines se puedan lograr. Su razón de ser primordial no es el control del poder, aunque evidentemente estos fines deberán alcanzarse respetando el Derecho en base a los cuales se persiguen y, en este sentido, es un Derecho que controla el ejercicio del poder.

2. La eficacia

Una vez el legislador haya identificado los fines de interés general que deben alcanzarse, el Derecho administrativo deberá legitimar a la Administración atribuyéndole los medios para alcanzarlos. No se trata de atribuirle las potestades de regulación o policía que el ordenamiento general reconoce a la Administración (lo que también), sino de forma primordial los medios para lograr alcanzar los fines propios del Estado social que el legislador haya identificado, fines que son de carácter prestacional. Desde esta perspectiva surge la necesidad de poder contar con una Administración eficaz,

---

23 Nieto, A. «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* / coord. por Sebastián Martín-Retortillo Baquer; Vol. 3, 1991 (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas), Madrid 2189. Sobre el interés general se puede también ver Darnaculleta, M. *op. cit.,* pág. 70. Gamero Casado, E. *Desafíos del derecho administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada 2015, pág. 15 y ss. y Sainz Moreno, F. «Reducción de la discrecionalidad. El interés público como un concepto jurídico», *REDA* n.º 8, 1976.

lo que lleva centrar la atención en el Derecho reflexivo, en el de la propia organización de la Administración[24]. Un Derecho que debe ocuparse de la propia organización, de los medios materiales y personales[25]. Hay que dotar a las administraciones de los medios suficientes y de las personas preparadas para que puedan acometer la pluralidad de fines que se les imponen, y se debe contar con un Derecho que no ahogue al personal de las administraciones públicas[26] y que permita disponer de los fondos de manera ágil. Un Derecho que reconozca que la opción por los diferentes medios de gestión de los servicios prestacionales debe basarse en criterios de eficacia y máxima calidad, y no en planteamientos acríticos basados en la primacía de la gestión indirecta sobre la pública, ni en la defensa de la concurrencia como valor preeminente a partir de la presunción de que en todo caso es beneficiosa. Un Derecho, finalmente, que en los casos en que sea conveniente, también pueda dar un paso al lado para permitir actuar a la Administración bajo forma privada o actuando en base al Derecho privado.

Al tratar de la eficacia de la Administración se ha dicho, y con razón, que el Derecho administrativo debe mantener el equilibrio entre el control y la eficacia. Martín Rebollo ha insistido en esta cuestión en varios de sus trabajos. En la última edición de su «Manual de Derecho administrativo, y guía

---

24 Sobre el principio de eficacia *Vid*. Parejo Alfonso, L. *Eficacia y administración*, INAP-BOE, 1995, en particular el segundo estudio «La eficacia. Principio de la actuación de la administración», páginas 89-154.

25 El malogrado profesor José Tudela reflexionaba sobre esta problemática en relación con las Comunidades Autónomas en los términos siguientes: «las Comunidades Autónomas deben repensar su forma de ejercer la autonomía. Es preciso que se dé preferencia a la calidad de la gestión y a la ejecución de verdaderas políticas públicas acordes con sus características que a excesos retóricos muchas veces traducidos en legislación innecesaria. En relación con ello, hay que dar más importancia a la Administración. Objetivamente se puede decir que uno de los fracasos de la España democrática es el modelo burocrático administrativo. Y creo que especialmente las Comunidades Autónomas no han prestado a este tema la atención que merece. No hay Gobierno eficaz sin una Administración capaz. Los retos del buen gobierno son cada vez mayores y más complejos y, sin embargo, las administraciones son cada vez más débiles y deudores de viejos vicios». El Estado Autonómico y el Covid 19, en Tudela José, coordinador, *Estado autonómico y Covid-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

26 Me refiero en este punto a la problemática que se ha dado en llamar la burocracia defensiva. Me remito sobre esta cuestión al interesante libro de Bueno Armijo, A. *La burocracia defensiva. Un ensayo de Derecho superheroico*, Marcial Pons 2025. A esta situación ya hizo referencia de forma avanzada Nieto García, A. en su muy importante trabajo, La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo, *RAP* n.º 76, 1975, trabajo que ha inspirado muchas de las reflexiones que se contienen en este breve trabajo. El citado autor manifestaba que «La ideología liberal ha encontrado en el Derecho administrativo uno de sus últimos reductos y han sido los administrativistas quienes mejor han sabido afinar las técnicas de paralización del Estado, por muy paradójico que parezca. La Administración moderna semeja el gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas que, sin perjuicio del verbalismo de sus declaraciones dogmáticas, esconden instrumentos que, debidamente manejados, colocan a los particulares en una situación de prevalencia».

ISBN: 978-84-7777-740-3

para el estudio de las leyes administrativas», Aranzadi, Madrid 2025, página 88 nos dice que «hablar de Derecho administrativo es hablar de la posición privilegiada que se le otorga a la Administración para que cumpla y lleve a cabo los fines que la ley identifica. Pero es hablar también de los imprescindibles controles que un aparato así necesita para evitar que se convierta en un fin en si mismo». Cierto. Pero cuando hablamos de los retos actuales del Derecho administrativo, creo que debe ponerse el acento en dar satisfacción a los intereses generales y a los derechos de prestación de los ciudadanos. Sin duda el control sobre las administraciones debe mejorar (no añadiendo uno sobre otros medios de fiscalización), pero si mejorando fundamentalmente el control judicial. Pero lo que requiere el control judicial de la Administración es sobre todo mejorar la formación de los jueces, la dotación de medios materiales y personales y su organización. Es decir, mejorar lo que se ha dado en llamar la Administración de la Administración de justicia con unas inversiones que son manifiestamente insuficientes. Atender a la Administración de justicia en su vertiente de servicio público.

Desde la perspectiva del control judicial la eficacia nos lleva a un último planteamiento. El Derecho procesal administrativo ofrece un buen sistema de defensa frente a la actuación de la Administración, frente a su injerencia en la libertad y propiedad de los ciudadanos. Pero la garantía es mucho menor cuando el ciudadano reclama una Administración prestacional eficaz. La acción del artículo 29 de la Ley jurisdiccional, que fue introducida como un gran avance, ofrece unos resultados prácticos limitados. ¿cómo puedo hacer efectiva la prestación de un servicio público de calidad? ¿Cómo puedo logar que la prestación de la ley de dependencia llegue antes del fallecimiento de quien tenía Derecho a la misma? El Estado social, y con ello el Estado de Derecho, se resiente cuando los ciudadanos constatan que su Administración actúa de forma ineficaz[27].

III. ESTADO DE DERECHO Y DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LOS PLANTEAMIENTOS NEOLIBERALES

El papel central que hemos atribuido a la Administración, y a un Derecho administrativo que le de los medios para poder llevar a cabo su cometido esencial, que es el servicio objetivo en defensa del interés general, está fuertemente cuestionado por el neoliberalismo o el libertarismo.

Estos planteamientos defienden el valor absoluto de la libertad individual y propugnan la reducción del gobierno y sus funciones a la mera garan-

27 Nieto García, A. en el trabajo ya citado, página 18, decía en este sentido que «el derecho administrativo debe extender su análisis a la propia inactividad de las normas (la llamada inactividad administrativa) que es una de las formas más refinadas de ilegalidad».

tía de la seguridad individual, de modo que en ejercicio de esta libertad cada ciudadano pueda optar por el logro de sus propios intereses. Los únicos derechos a crear y defender son los del ciudadano individual, no los derechos sociales. Los derechos son para el consumo individual, de modo que tienes todos los derechos que puedes comprar. Frente a la idea hegeliana de la comunidad, de una conciencia ética, de la existencia de intereses generales, la sociedad se fracciona en individuos autónomos, cada uno de ellos en busca de su felicidad individual[28].

La pérdida de los valores propios del Estado Social también ha tenido su reflejo en el Derecho comunitario. Tras el fin de la guerra fría se firmó en el seno de la Unión Europea el Tratado de Maastricht, cuyo artículo 3.º estableció que la acción de los Estados miembros de la Unión Europea incluirá «la adopción de una política económica que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia». Como se ha dicho, «con esta categórica declaración Maastricht nos hizo de derechas a todos los europeos por decirlo de un modo gráfico. Todos los resortes de la política económica de signo socialdemócrata fueron laminados por las disposiciones del Tratado: el déficit presupuestario se limitó al 3% del PIB y la deuda pública al 60%; se puso también un limite a la inflación y se prohibieron formalmente todo tipo de ayudas a las empresas públicas… ¿qué quiero decir con esto? Pues sencillamente que en la última década del siglo pasado el mundo, nuestro mundo, se desniveló y se hizo por ello inestable, muy inestable[29]».

---

28 Parejo Alfonso, L., Estado y derecho… *op. cit.,* pág. 15, señala que «el Estado dirige los sujetos sin responsabilizarse de los mismos, convirtiendo a los ciudadanos en emprendedores y, por tanto, responsables de su propia vida en todos los aspectos, incluido el bienestar».

29 T. R. Fernández, «Algunas reflexiones sobe la fragilidad de la democracia y la confianza en el derecho», en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 212, enero de 2026, pág. 57. En este mismo sentido, Merloni, F., *Diritti e pubbliche amministrazioni nell'austerità liberista. Storia di un abandono*, Editoriale Scientifica, Napoli 2025. Como dije en la recensión a este importante libro, publicada en *RAP* n.º 228, 2025, págs. 422-425». Entrando en el comentario del libro, su objetivo es poner de manifiesto como de forma paulatina y continuada, en el mundo crecientemente globalizado de los últimos 40 años , el pensamiento económico liberal ha impuesto «una constitución económica» basada en los principios de la liberalización de los mercados, la estabilidad monetaria, la austeridad, la moderación salarial y la reducción de impuestos, política que a juicio del autor no ha conseguido sus objetivos económicos, mientras que ha supuesto abandonar los fines constitucionales de defensa de la dignidad de las personas, el logro de que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, así como que el avanzar en la cohesión social. Con planteamientos similares pueden consultarse en nuestro país Moreno González, G., *Estabilidad presupuestaria y Constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea.* Tirant lo Blanch, Valencia 2019, y MELERO ALONSO, E. *El derecho administrativo de la globalización neoliberal. Un estudio desde el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid 2025, 238 páginas».

ISBN: 978-84-7777-740-3

La economía de mercado y la libre competencia pasan a ser los valores esenciales que deben determinar el contenido de las normas que regulan la actividad administrativa[30]. En la ley que se ocupe de la actividad prestacional de la Administración, lo esencial no será establecer derechos subjetivos públicos, los medios para hacerlos efectivos, y las acciones para reclamarlos, sino garantizar que estos servicios se prestarán en régimen de concurrencia[31]. Si la prestación es indirecta, la normativa contractual se preocupará por asegurar la concurrencia, aún a costa de limitar las necesarias modificaciones contractuales para una mejor satisfacción del interés general. Hay que proteger a los posibles concursantes por encima del contratista colaborador y del buen fin del contrato.

La liberalización de servicios clásicos reservados a la Administración, para abrirlos a la competencia, ciertamente ha introducido algunas modulaciones a la plena libertad de prestación de estos servicios. Desde el mismo Derecho comunitario se ha introducido el concepto de servicio económico de interés general, que personalmente identifico con el concepto de servicio

---

30 La regulación pasa a ser el fin esencial del derecho administrativo, lo que requiere crear más mercado, liberalizar y privatizar, y luego regularlo. El buen funcionamiento del mercado se convierte en la razón de ser del derecho administrativo. *Vid.* Muñoz Machado, S.; Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel Fundación Ortega y Gasset, Madrid 2000. Parejo Alfonso, L., *Estado y derecho… op. cit.,* pág. 113-143.

31 En este sentido, en mi artículo «Il concetto di servizio pubblico locale nel decreto legislativo 201 del 2022 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Una visione critica», publicado en al revista *Istituzioni del Federalismo,* n.º 3/2003, págs. 625-661, arrimaba que «… dentro de este marco general de referencia debe situarse el Decreto Legislativo n.º 201 de 2022. Su contenido está caramente influenciado por el derecho comunitario, y de este contenido queremos destacar tres notas esenciales. En primer lugar, el recurso al concepto comunitario de SIEG para definir el concepto de servicio público local de interés económico. Un concepto comunitario que como hemos expuesto no tiene como fin definir lo que sean servicios públicos sino permitir excepcionar el régimen de libre concurrencia en actividades de contenido económico si en su prestación concurren razones de interés general que no satisface el mercado. En segundo lugar, se desprende del Decreto Legislativo una clara voluntad por limitar la creación de servicios reservados a los entes locales (no los crea directamente el Decreto legislativo e impone límites a su creación por los entes locales) y por favorecer la gestión indirecta de los que puedan existir. La preocupación por el mercado se impone al interés por crear derechos públicos subjetivos de los ciudadanos y usuarios que les permitan exigir servicios que respondan a los principios de asequibilidad, calidad y continuidad. Por último, a pesar de ser un Decreto legislativo sobre servicios públicos locales el papel de los entes locales queda claramente debilitado. No se les garantiza ni la titularidad ni la gestión de servicios concretos, y se dificulta la creación de servicios públicos por parte del mismo ente local. Como se ha dicho, se ha abandonado la dimensión político-representativa del servicio público a favor de la lógica de la preferencia por el mercado. Esta pérdida de la dimensión político-representativa, basada en el papel central de los entes locales, se manifiesta en los límites que se les impone sobre la elección de la modalidad de gestión, el traspaso de funciones de regulación a las Autoridades Independientes y la sustitución del nivel municipal por los ámbitos territoriales óptimos.

público en sentido amplio[32]. El reconocimiento de que determinadas prestaciones son esenciales para la vida de los ciudadanos, lleva a reconocer , de forma excepcional, un poder regulador que condicione el funcionamiento libre del mercado (artículo 106.2 del TFUE, antiguo artículo 86.2 del TCE «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial las normas de competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión»). Un poder regulador que se manifestará de forma especial con la creación de la figura de las obligaciones de servicio público[33].

---

32 Sobre el concepto de servicio público, y la distinción entre el concepto estricto y amplio, *Vid.* Bacigalupo, M., «Servicio público y derechos fundamentales», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 21, 2003, pág 170. El citado autor define con claridad estos dos conceptos», cabe decir que la noción de servicio público (cuando no se la utiliza sin más, lo que tampoco ha venido siendo del todo infrecuente, como expresión sinónima de actividad administrativa —como sucede, por ejemplo, en el artículo 106.2 CE—, sino en un sentido más preciso, alusivo a una actividad de naturaleza prestacional): — Comprende, en primer lugar y en todo caso, un elemento objetivo, material, funcional o teleológico, por cuanto hace referencia a una actividad prestacional dirigida a la satisfacción regular y continua de una necesidad colectiva de interés general; — y, en segundo lugar, también puede comprender (para algunos incluso debe comprender, aunque precisamente en torno a este aspecto comienza la disparidad de criterio) un elemento subjetivo, formal u orgánico; tal cosa sucede cuando la titularidad de la actividad prestacional de que se trate se reserva al sector público. Cuando la noción de servicio público comprende ambos elementos, acostumbramos a hablar de un servicio público en sentido estricto, mientras que si no comprende el segundo de los elementos recién mencionados, se suele hablar, a lo sumo, de un servicio público en sentido amplio, es decir, en un sentido meramente objetivo, material o funcional. La diferencia radica, claro está, en que en este último caso el ejercicio de la actividad prestacional en que consista el servicio público está a disposición de la libre iniciativa privada (en estos supuestos, y por influjo del Derecho comunitario, se habla últimamente, para huir del ambiguo concepto de servicio público, de «servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia» —telecomunicaciones, servicios postales, etc.—), mientras que en el supuesto inverso la reserva del servicio al sector público impide que el mismo pueda ser libremente prestado por los particulares».

33 Sobre las obligaciones de servicio público, *Vid.* El Informe del IEE, n.º 2 de 2026. En la presentación del Informe se dice que «Los servicios de interés general engloban aquellas actividades que los poderes públicos consideran esenciales para el bienestar de la población, la cohesión social y territorial o el correcto funcionamiento de la economía. Se trata de servicios cuya prestación resulta socialmente imprescindible (como el suministro de energía y de agua, las comunicaciones, el transporte básico o determinados servicios financieros) y para los cuales existe una expectativa de acceso universal, de continuidad, calidad y asequibilidad. Por su relevancia, estos servicios son objeto de una atención especial por parte del sector público, que asume la responsabilidad de garantizar su prestación». Esta presentación debería, a mi juicio, matizarse, en el sentido de que incluye dos realidades diversas. Los servicios públicos en sentido estricto, por ejemplo, suministro de agua, y los servicios liberalizados. Las obligaciones de servicio público responden a la problemática de los servicios liberalizados, que no por ello dejen de ser servicios de interés general. Es esta finalidad inherente a estos servicios lo que justifica las obligaciones de servicio público. Obligaciones prestacionales que en el caso de los servicios públicos en sentido estricto se imponen en el título habilitante, en la concesión.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Como dije en mi última lección, con motivo de mi jubilación académica, «asistimos a una creciente y exitosa ideología que cuestiona la existencia misma del Estado democrático, la razón de ser del Estado social. Ante las amenazas reales del cambio climático, el terrorismo, las pandemias y la falta de desarrollo del estado social crece el malestar de los ciudadanos y el Estado aparece débil. Se niega su necesidad y se desarrolla el populismo, la acción directa al margen del Estado de Derecho y del pluralismo social. José María Lasalle («El liberalismo herido», ed. Arpa, Madrid, 2021) nos describe esta situación, haciendo referencia al liberalismo herido. Así afirma que, en los líderes de las grandes corporaciones mundiales, en los promotores de la cultura de las *startup* se impone la predisposición a considerar la democracia liberal como un gobierno fallido. Y las causas de este fracaso es que la intervención pública además de ser ineficaz daña el emprendimiento[34]. La predisposición antidemocrática se refuerza en novelas de culto como la de Ayn Rand, *La rebelión del Atlas* (el libro más influyente en Estados Unidos después de la biblia). Novela en la que se relata como la democracia estadounidense, llevada por el altruismo humanitario del liberalismo de Roosvelt ha sumido en la decadencia a los Estados Unidos. Frente a ello la esperanza del renacer americano se basa en la ética individualista inspirada en la virtud del egoísmo, que permitirá movilizar todos los recursos del mundo. Se afirma que hay que liberar a la humanidad de los gobiernos para que se gobierne a si misma gracias a la tecnología. El progreso solo se da gracias a una libertad absoluta del individuo frente al Estado y sus dinámicas confiscatorias[35]».

Esta nueva ideología se manifiesta en lo que Esteve Pardo ha denunciado como el camino a la desigualdad, mediante el proceso de la ley al contrato[36]. Como expone brillantemente el citado autor, tras el reconocimiento generalizado a partir de los años 40 en Europa del Estado Social, en las le-

---

34 En esta línea se sitúa el Informe de la banca estadounidense JP Morgan, de mayo de 2013, a propósito del ajuste en la zona euro. En este Informe se dice que «Las constituciones del sur de Europa tienen un exceso de garantías sociales, ya que fueron aprobadas después de largos periodos de dictadura. Estas constituciones tienen un fuerte sesgo socialista que refleja la fuerza política que adquirieron los partidos de izquierda después de la derrota del fascismo. Los sistemas de la periferia europea tienen claros rasgos comunes: dirigentes políticos débiles, estados centrales débiles frente a las regiones, protección constitucional de los derechos de los trabajadores, sistemas que buscan el consenso y animan el clientelismo político; en esas constituciones, el derecho a la protesta forma parte del *statu quo*. Las lagunas de esta herencia política han quedado al descubierto como consecuencia de la crisis».

35 Esta última lección fue publicada en la *REDA* 221 de 2022, con el título de «El derecho administrativo como garante del Estado Social».

36 Esteve Pardo, J., *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2023. ¿De este interesante libro pueden verse la recensión de Auby, «Le triomphe du contrat sur la loi? A propos d'un libre de José Esteve Pardo», *Chemins publics.org*, 14 de marzo de 2024, y la referencia que hace del mismo Martin REBOLLO, L. en su *Manual de derecho administrativo*, *op. cit.,* pág. 1503.

yes que desarrollan sus principios, frente al interés general se va a imponer en Europa la prevalencia de la autonomía de la voluntad, y el valor de la libre competencia sobre las regulaciones públicas[37]. Se nos dice que asistimos hoy a la retirada de la Administración en el frente de los servicios públicos y el de la seguridad, espacios que son ocupados de inmediato por una trama contractual privada. La liberalización de servicios supone que estos pasen a prestarse en un régimen contractual de Derecho privado.

El mismo autor nos dice que asistimos a la gran victoria neoliberal y a la deconstrucción discreta y contenida del Estado de Derecho. Frente al principio constitucional que impone a los poderes públicos el mandato de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, artículo 9.2 CE, y a la afirmación de que la función de la Administración es lograr la satisfacción de los intereses generales, artículo103.2 CE, se busca ahora denodadamente la apoyatura constitucional de la autonomía de la voluntad, para determinar la reducción del papel de la Ley y del Estado[38]. Este avance exponencial del contrato a costa de la ley concluye el autor que conduce derechamente a la desigualdad, pues la igualdad ante la ley es inherente a esta, mientras que el contrato en ningún momento la requiere.

---

37 La incidencia del derecho comunitario en este proceso hacia el liberalismo radical ha sido descrita por T. R. Fernández en su artículo «Algunas reflexiones sobre la fragilidad de la democracia y la confianza en la fuerza del derecho», en *El Cronista del Estado Social y de Derecho*, n.º 121, 2026. En la página 57 se cita el artículo 3 del Tratado de Maastricht y se afirma. «el artículo 3 del Tratado de Maastricht no puede ser más expresivo en este sentido. Dice así: «la acción de los Estado miembros incluirá la adopción de una política económica…que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia». Con esta categórica declaración Maastricht nos hizo de derechas a todos los europeos por decirlo de un modo gráfico. Todos los resortes de la política económica de signo socialdemócrata fueron laminados por las disposiciones del Tratado: el déficit presupuestario se limitó al 3% del PIB y la deuda pública al 60%; se puso un límite también a la inflación y se prohibieron formalmente todo tipo de ayudas a las empresas púbicas». En este mismo sentido, desarrollando estas ideas, puede verse Merloni, F., *op. cit., in totum*. También Esteve Pardo, J., «El camino…», *op. cit.,* pág. 53, nos dice que el siglo del contrato, de la autonomía de la voluntad como valor prevalente, se puede encontrar en la sentencia del TJUE Zucchi di Frutta, de 29 de abril de 2004, en la que en síntesis se establece que lo establecido en un contrato, lo pactado, no puede modificarse, y por ello, nos dice el autor, se defiende que «la libre competencia entre las empresas es el bien que la UE quiere preservar por encima de cualquier otro, por encima también del servicio público».

38 Esteve Pardo, J., *El camino… op. cit.,* pág. 131, señala que «esa transformación, esa nueva correlación de poderes entre Estado y sociedad, entre ley y contrato, entre ordenación púbica y autonomía de la voluntad, ha pasado en buena parte desapercibida incluso para amplios sectores de la academia, que en muchas de sus exposiciones generales siguen sin darse cuenta de la presencia de pujantes expresiones normativas, resolutivas, ejecutivas que deben su legitimidad a la autonomía de la voluntad y se articulan sobre fórmulas contractuales», citando en este sentido a Duguit como precursor de esta realidad actual.

ISBN: 978-84-7777-740-3

1. El papel de la ley

El avance de la autonomía de la voluntad y del contrato frente a la ley debilita, sin duda, la identificación de los intereses generales que suponen la defensa de valores comunes frente al rampante individualismo, y reduce la importancia de la Administración como garante de estos intereses generales.

Antes vimos que los intereses generales deben contenerse en la ley. Hoy se ataca a la ley y se debilita el reconocimiento de los intereses generales. El actual ataque a la ley, como síntesis de los intereses generales cuya satisfacción se impone al poder administrativo, nos remite, salvando las distancias de tiempo y situación socio económica, a la crisis del parlamentarismo que se produjo al inicio de la república de Weimar[39]. La critica a la democracia parlamentaria que se llevó a cabo en la República de Weiner se podría, lamentablemente, reproducir respecto de nuestro sistema parlamentario. Carl Schmitt llevó a cabo una crítica radical del sistema parlamentario, un sistema que amenazado por el poder creciente de las fuerzas de izquierda era incapaz de construir consensos acerca de los verdaderos fines de interés general que precisaba la recuperación de Alemania[40]. Como se ha dicho, en un buen libro que analiza sus teorías[41], Carl Schmitt sostiene que «el Parlamento ha dejado de preocuparse por la calidad jurídico-pública de sus leyes, y se extiende el peligro de un absolutismo multicéfalo correspondiente a cada una de las respectivas mayorías y las circunstancias empujan hacia una disolución del Estado de Derecho en el absolutismo de las sucesivas mayorías parlamentarias». Se añade que el mismo Schmitt afirma que «la discusión ha sido sustituida por negociaciones que, naturalmente, van acompañadas de algún que otro discurso y de algunas deliberaciones, pero en la realidad conducen a compromisos y tratos más o menos oscuros. Son negociaciones en las que no se va a encontrar la verdad racional, sino a calcular e imponer intereses y probabilidades de ganancia y hacer valer, dentro de lo posible, el propio interés. Para Carl Schmitt, por tanto, el nuevo Estado no debe ser el de los funcionaros que aplican la ley, sino el

---

39 De nuevo nos remitimos en este punto a Esteve Pardo, J., *El pensamiento antiparlamentario y la formación del derecho público en Europa*, 2.ª edición, Marcial Pons 2020.

40 Debe recordarse la situación de Alemania tras el fin de la primera guerra mundial. Un país humillado, con pérdidas de territorio y fuertes cargas económicas impuestas por los vencedores, cuyo parlamento suponía el paso de un Estado monoclase a un Estado pluriclase, con una fuerte presencia del partido comunista (…) todo ello hacía muy difícil el gobierno de la nueva República.

41 Fijalkosky, J., *Los componentes ideológicos en la filosofía política de Carl Schmitt. La trama ideológica del totalitarismo*, Tecnos 2023, con presentación de Esteve Pardo y semblanza del autor de libro a cargo de Sosa Wagner. El libro en su edición original fue publicado en 1958. Sobre la crisis de la democracia en Carl Schmitt también se puede leer, Sánchez Agesta, «Crisis de la democracia parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 64, 1989.

Estado del Führer, quien define y encarna el interés general del pueblo». Consecuentemente Schmitt diferencia la legalidad de la legitimidad, negando el valor de la ley como mero procedimiento formal, carente por ello de legitimidad.

Como ya hemos dicho, salvando todas las diferencias, no hay duda de que la crítica de Schmitt al parlamentarismo nos remite lamentablemente a la situación actual de nuestro parlamentarismo. La democracia invita a deliberar, requiere tiempo para identificar intereses comunes que deben plasmarse en textos bien construidos que logren amplias mayorías. Y esto nos es lo que hoy nos ofrece nuestro Parlamento.

Si antes sostuvimos que los intereses generales deben establecerse en las leyes, estas deberían responder a estos principios básicos de un buen parlamentarismo. El contenido de las leyes es, por tanto, un elemento esencial que determina su razón de ser[42]. El Estado de Derecho no es puramente formal, pues no basta con cumplir con el requisito de contar con normas con fuerza de ley, ya que estas deben responder a los principios constitucionales y haber sido fruto de un verdadero procedimiento parlamentario. Y lamentablemente hoy, no existe el debate necesario, y por lo general se huye del Parlamento con el recurso a Decretos Leyes, y se buscan procedimientos legislativos sin debate, como las leyes que se tramitan en procedimientos de lectura única, o las leyes ómnibus o las leyes «sorpresivas», que incluyen preceptos que no guardan relación con el cuerpo de la ley y que se han introducido en un trámite de enmiendas.

La ley, por otra parte, debería asumir el establecimiento de garantías en la prestación de servicios esenciales para la vida de los ciudadanos. Los derechos sociales establecidos en la Constitución contienen por lo general mandatos de optimización dirigidos al legislador para que este les de contenido. Esta remisión parece razonable, ya que el legislador podrá precisar ante la realidad económica del momento el alcance de estas prestaciones, los sujetos a los que debe garantizarse la prestación y el alcance de la misma. Pero el legislador puede no cumplir este mandato, no hay debate con la voluntad de llegar a acuerdos, y los ciudadanos ven con desconfianza el papel de sus representantes en el Parlamento, deslegitimándose la democracia.

Veamos un ejemplo. El artículo 47 de la Constitución establece que «[t]odos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para im-

42 Sobre el contenido de las leyes, me remito a CARRO, J. L., *Ley y Administración Pública*, Iustel, 2025, págs. 181 y ss.

ISBN: 978-84-7777-740-3

pedir la especulación». La Constitución no establece un derecho subjetivo público, pero remite al legislador la posibilidad de hacerlo, para hacer efectivo este derecho. Pero el legislador, ni el estatal ni los autonómicos lo han hecho[43]. No existe la ley que reconozca este derecho, la norma que identifique a qué sujetos se reconoce el derecho, cuál es su contenido (qué es vivienda digna, si se reconoce un derecho de propiedad o de alquiler, y en este caso, gratuito, a quién puede reclamarse la prestación, que acción se tiene en caso de que no se reconozca el derecho…). Si no hay un reconocimiento legal de una prestación concreta y la posibilidad de acudir al juez en caso de que esta prestación no se haga efectiva, no hay derecho público subjetivo.

Frente a ello el legislador ha tendido a aprobar una pluralidad de leyes de contenido vario y poco efectivo, que trasladan la carga de dar contenido a este derecho a los propietarios de viviendas, amparándose en la función social de la propiedad. En lugar de imponer a la Administración el deber de prestación, de poner los medios personales y materiales para lograr este fin, se acude a otros recursos legales en virtud de los cuales se potencia la finalidad reguladora y coactiva de la norma por encima de la finalidad prestacional. La pérdida de confianza del ciudadano en los parlamentos (estatal y autonómicos), y en sus administraciones, es comprensible.

El Derecho administrativo debería ser el instrumento que permitiera a las administraciones acometer de forma eficaz este deber prestacional, este fin de interés general que estuviera claramente establecido en la ley[44].

2. La libertad substantiva

Junto a la ley debe defenderse la libertad substantiva. Frente al neoliberalismo y su defensa de un régimen de libertad individual, para lo cual el Es-

---

43 Con la única excepción de la ley del Parlamento Vasco 3/2015 de 18 de junio que, si incluyó el reconocimiento del derecho subjetivo a la vivienda, atribuyendo a los titulares de este derecho el recurso de la vía jurisdiccional para hacer efectivo el mismo. Las personas titulares del derecho podrán reclamar su cumplimiento ante los tribunales, y las administraciones públicas deberán satisfacer esta necesidad, bien con una vivienda, o con una prestación económica.

44 En este sentido, retomando algunas de las ideas ya expuestas en este trabajo, cabe citar el trabajo de García Schwarz, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, y en particular la siguiente afirmación contenida en la página 19: «es necesario reconstruir algunas premisas del campo jurídico hacia un derecho planteado no sólo como instrumento de defensa social frente a los abusos, sino también como un instrumento de tutela de la propia ciudadanía en un contexto incluyente y de construcción permanente de un modelo de desarrollo ,más humano, más justo y más democrático poniendo en marcha actos concretos y orientados a la plena efectividad de los derechos sociales, por todos los medios posibles, empleando el máximo de los recursos disponibles».

tado debe ser el mínimo posible y el Derecho debe limitarse a garantizar la seguridad personal y la libertad plena de actuación, con el fin de poder dar satisfacción a los propios intereses ejerciendo la autonomía privada, creemos necesario defender la libertad substancial a que hace referencia el artículo 9.2 de la Constitución.

El neoliberalismo no reclama una Administración fuerte, dotada de medios económicos (que se deben lograr impuestos), y personales. No le preocupa poder disponer de una Administración eficaz, sino su reducción a la mínima expresión. Y ello es así por la razón de que ni es preciso defender intereses generales, ni la libertad se ve amenazada, al contrario, esta se refuerza ya que la libertad es el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad. La libertad se identifica con la ausencia de poder estatal, con la mínima regulación (salvo la necesaria para que el mercado funcione) y con la innecesaridad de prestaciones públicas, pues todas las prestaciones se pueden adquirir en el mercado[45]. La libertad se identifica con el poder hacer y decir lo que a cada uno plazca, y poder impedir las intervenciones del Estado que persiguen fines de interés general. Desde estos planteamientos no se acierta a ver el valor de las instituciones, del poder gozar de una Administración eficaz, que de contenido real a muchas de nuestras necesidades. Que de satisfacción a las necesidades de todos en condiciones de asequibilidad, calidad y continuidad.

Como ha dicho T. Snyder[46] en un bello libro sobre el concepto de libertad, la naturaleza nos da la posibilidad de ser libres, nada menos, nada más. Pero para poder ejercer la libertad plenamente necesitamos de las instituciones, de los otros. Dice el citado autor que «nos dicen que nacemos libres: mentira. Nacemos berreando, unidos a un cordón umbilical, embadurnados con la sangre de una mujer. Que lleguemos a ser libres depende de los actos de los demás, de las estructuras que posibiliten estos actos, de los valores que animan estas estructuras, y solo entonces, de una chispa de espontaneidad y de la valentía de nuestras propias decisiones».

---

45 La fuerza de las ideas del liberalismo radical se puso de manifiesto, a mi juicio, en las críticas a muchas de las medidas reguladoras que impusieron limitaciones e imposiciones directas sobre las libertades de los ciudadanos con ocasión de la pandemia COVID-19. Así, la oposición a la vacunación obligatoria, las críticas a la limitación de la libertad de reunión y circulación, que llegaron a sostener en una sentencia que no debería limitarse el derecho de los ciudadanos a cantar en los karaokes. Pero lo cierto es que lo que nos salvó de la pandemia fue la intervención de las administraciones (en colaboración con el sector privado para la fabricación de las vacunas). La lección a extraer de la pandemia no fue la pérdida de libertades, sino la necesidad de reforzar la prevención ante una sociedad del riesgo, mejorar el sistema de salud pública y la coordinación entre administraciones públicas. En definitiva, contar con un derecho administrativo para las situaciones de emergencia que permita reaccionar de forma eficaz ante estos peligros. *Vid.* Tejedor-Boix-Nogueira, *Derecho administrativo para la excepción*, Iustel, 2023.

46 Snyder, T., *Sobre la libertad*. Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2024, pág. 14.

ISBN: 978-84-7777-740-3

IV. LA VUELTA A LOS ORÍGENES: ESTADO SOCIAL DE DERECHO, LEY, SERVICIO PÚBLICO Y AUTORIDAD. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

Los orígenes del Derecho administrativo actual los hemos situado en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial y en la incorporación en las mismas del concepto de Estado Social como como Estado prestacional[47]. La verdadera dignidad de las personas y su vida en condiciones de auténtica libertad requiere la garantía de servicios públicos, de las condiciones esenciales para la vida, y esto precisa de leyes que definan los intereses generales y concreten las obligaciones de los poderes públicos, así como de unas administraciones potentes en medios personales, económicos y financieros, y que dispongan de un Derecho propio que les permita actuar con eficacia para la satisfacción de esos intereses generales[48].

El Estado de Derecho no se satisface con planteamientos puramente formales, ya que la ley, un texto que debe ser debatido y acordado por la mayoría más amplia posible, debe identificar los intereses generales a alcanzar de conformidad con los principios constitucionales, debe imponer la dirección a seguir por los poderes públicos para el logro de estos fines. Pero eso, la ley debe ser el fruto de este debate pausado, racional, no sustituible en todo caso por sucedáneos formales como el Decreto ley, las leyes *omnibus* o las «sorpresivas», o las leyes de lectura única, pero a su vez la ley debe dar contenido a los principios constitucionales del Estado social.

---

47 Podría decirse que con anterioridad ya se trató de imponer el Estado administrativo. En el Manifiesto de la Reina regente María Cristina de 4 de octubre de 1833 se dijo que «las reformas administrativas, únicas que producen inmediatamente la prosperidad y la dicha, que son el solo bien de un valor positivo para el pueblo, serán la materia permanente de mis desvelos». En la exposición de motivos del Real Decreto de 30 de diciembre de 1843, Regencia de María Cristina, su exposición de motivos decía: «sin una administración fuerte, uniforme y bien entendida, organizada de tal modo que el Gobierno ejerza su acción fácil y desembarazadamente en armonía con las instituciones políticas, extendiéndose su benéfica influencia por donde quier convenga, para proteger los bienes y las personas y fomentar todos los ramos de la riqueza pública, no es posible que una nación prospere. A la buena administración deben otros Estados el bienestar que gozan; y a ella deberá también la nación española el llegar al grado de esplendor a que la llaman los elementos de riqueza que encierra en su seno». *Vid.,* sobre este período, Medina, *op. cit.,* págs. 92 y siguientes.

48 La llamada a la presencia de la administración no supone exigir una administración prestacional fuerte. Como se ha dicho se ha evolucionado del Estado prestacional al Estado garante, pero si el Estado se retira a la función de garante, y por tanto más reguladora que prestacional, no por ello debe dejar de ser un Estado fuerte, que regule con conocimiento, que imponga el marco de actuación y que inspeccione y fiscalice a las entidades privadas que son llamadas a colaborar con el interés público. no con unas entidades probadas que determinan el contenido de las prestaciones y llaman l estas para que les ayude a cumplir con sus objetivos.

Lo establecido en la ley debe completarse con un Derecho que haga posible alcanzar los fines impuestos, y este Derecho es el Derecho administrativo[49]. Lo funcional no puede separarse de lo organizativo ni de lo instrumental para alcanzar los fines exigidos. Un Derecho que debe tener como fin principal ser instrumento para la eficacia administrativa, sin renunciar por ello a permitir sujetar la actividad administrativa a control. Por ello debe renovarse el interés por la organización administrativa, por un Derecho al servicio de la Administración y de su actividad prestacional y garante del orden, por los medios para luchar contra la inactividad de la Administración, por un Derecho que se abra a la economía y a los estudios de políticas públicas.

Lo expuesto me lleva a una consideración final. El Derecho administrativo, como instrumento del Estado prestacional, es el que debe hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y las prestaciones propias del Estado social, fines de interés general que reclaman los ciudadanos. Como ya dijo Duguit hace años, lo que legitima al Estado, al poder público, y hace soportable sus cargas y limitaciones de la libertad y propiedad, no es el concepto de «soberanía», sino la eficaz prestación de servicios públicos.

La desafección de los ciudadanos con el Estado de Derecho y la democracia, un Estado que ven ineficaz y una democracia que creen falsa, solo puede corregirse si los ciudadanos constatan que los poderes públicos están a su servicio, que prestan de forma eficaz los servicios que reclaman. La ley debe recuperar el papel central en la definición de los intereses generales, y a su servicio debe existir una Administración potente que debe poder gozar de un Derecho singular, el Derecho administrativo, para poder llevar a cabo de forma eficaz los mandatos prestacionales que impone la ley.

De este modo creo (seguramente con grandes dosis de ingenuidad), que los ciudadanos podrían recuperar su confianza en el Estado de Derecho, su apuesta por el interés general frente al valor absoluto de la autonomía de la voluntad, y por la defensa de los principios constitucionales. Por ello, defiendo que en el momento histórico actual deben recuperarse los principios que alumbraron las Constituciones de post guerra, y el Derecho administrativo debe asumir como su reto principal el ser el instrumento para

---

49 Debe ponerse todo el énfasis en la fuerza que encierran los derechos fundamentales, y en particular los derechos sociales reconocidos en la Constitución como principios que deben impulsar la actuación de todos los poderes públicos. Habermas, J. en su libro *La Constitución de Europa*, Trotta, Madrid 2012, dedica un primer capítulo al «Concepto de dignidad humano y la utopía realista de los derechos humanos». Dentro de este capítulo, en la página 22 afirma que estos derechos «han sido diseñados para ser concretizados por medio de la legislación democrática; para ser especificados, caso por caso, mediante la jurisdicción y para se impuestos mediante sanciones estatales».

ISBN: 978-84-7777-740-3

hacerlos realidad. Hemos de evitar que de nuevo sean ciertas las palabras que ya hace años pronunció Kierkegaard: «nuestra época recuerda la de la decadencia griega: todo subsiste, pero nadie cree ya en las viejas formas. Han desaparecido los vínculos espirituales que las legitimaban, y toda la época se nos aparece tragicómica: trágica porque sombría, cómica porque aún subsiste[50]».

50 Tomo la cita del libro de Rob Riemen, Para combatir esta era, Taurus, Barcelona, 2018.

ISBN: 978-84-7777-740-3

El reto de la ética en la Universidad

M. Asunción Torres López
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Granada
ORCID: 0000-0003-2858-9964

Sumario. I. Inicio. La ética universitaria.—II. El contexto normativo. La necesaria coordinación interorgánica dentro de la Universidad.—III. Un código ético en la Universidad: 1. La finalidad del Código Ético en la Universidad. 2. El necesario seguimiento del Código Ético a través de un órgano específico. 3. Código Ético y Normas de Convivencia. 4. Acerca de las conductas que vulneran los valores éticos.—IV. A modo de conclusión.—V. Bibliografía.

I. INICIO. LA ÉTICA UNIVERSITARIA

La Ética o Filosofía Moral «gobierna y dirige la voluntad humana», considerando que «el bien es el primer principio de la rectitud moral», objeto de la ética, y que tiende a lograr lo que debe ser frente a lo que no debe ser. La Ética plantea retos a la convivencia pacífica de toda colectividad, plantea interrogantes tales como qué tipo de ética, cómo exigir, cómo cumplir... Desde una concepción global y general, la ética permite la orientación del comportamiento humano conforme a criterios de bondad y maldad, de correcto e incorrecto, lo que aplicado a un ámbito concreto nos permite afirmar que los fines que se aspira alcanzar en dicho ámbito solo se logran si se cumplen los valores; pero ¿qué valores? y ¿por qué?

Es preciso en este momento indicar la necesidad de comprender bien el concepto de ética como un saber específico y distinguirlo de otros saberes, tales como la religión o el derecho y pongo especialmente el énfasis en la distinción con el Derecho, porque precisamente esta es una de las más habituales confusiones que suelen darse cuando por ejemplo se incumplen los valores éticos, más aún cuando estos están dispuestos en un código ético, cuya naturaleza dista mucho de la que tiene una norma jurídica.

Nos recuerda Martínez Navarro que a la Ética incumbe tres tareas: definir la moralidad distinguiéndola de esos otros saberes; fundamentar racionalmente la moralidad; y aplicar a la vida cotidiana una moralidad crítica, más allá de la moralidad heredada, y esta tarea será fruto de las reflexiones

ISBN: 978-84-7777-740-3

filosóficas que realizadas o no por expertos permitan la adopción de una serie de valores y reglas en el ámbito concreto de referencia; y se refiere también de modo expreso a la ética universitaria insistiendo en la diferenciación de los derechos/deberes reconocidos en las normas jurídicas, con respecto a los valores éticos que tienden a la prevención de conflictos, a la fundamentación de por qué determinados comportamientos son razonables y merecen elogio y otros todo lo contrario, no lo son y merecen rechazo.

No es la pretensión de este escrito hacer un excurso sobre el bien y el mal, sobre la Ética, la moral cotidiana y el Derecho; tan solo sirva de preámbulo para referirnos a un tipo de ética concreto, la ética universitaria en el modelo de gobernanza de la Educación superior, una vez traspasado el pórtico de la Filosofía moral o Ética que contempla «las normas supremas de la rectitud moral», una rectitud que tomamos en consideración con un fin concreto y particular, «la Ética bajo una relación dada y aplicada a un objeto particular», esto es, en concreto la ética universitaria que guía los comportamientos humanos en este ámbito para permitir alcanzar los fines de la educación superior, especialmente, la calidad y la excelencia en la formación de la educación superior.

Ello nos despierta otro debate en torno a los fines propios de la Universidad y los medios para alcanzarlos, lo que acongoja la reconocida constitucionalmente autonomía universitaria, más en el momento presente, cuando el marco normativo en el que se desenvuelve la Universidad dibuja una senda con apretados límites para esa libertad de decisión, lo que puede afectar a la propia capacidad de autogobierno de las universidades. En este sentido, siguiendo al profesor Sauca, la Universidad como institución «ha quedado despojada de buena parte de las características organizativas que le correspondían tradicionalmente y la autonomía universitaria, a pesar de su sostén constitucional y de ser objeto de una jurisprudencia constitucional generosa en su interpretación, no supone una resistencia relevante a esta regulación estructural de sus piezas fundamentales»; de modo que, todas estas transformaciones no se traducen en la superación de la endogamia universitaria o la «imparcialidad y objetividad en los procesos de selección de personal», claros ejemplos contrarios, además, a la ética universitaria.

La ética en el modelo de gobernanza de la Educación Superior plantea un reto a la reflexión crítica. En el modelo de gobernanza establecido en la Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU), la ética universitaria se convierte en el hilo transversal del propio funcionamiento de la Universidad, si bien, no olvidemos que los valores éticos de esta noble institución siempre han existido y han sido objeto de crítica, *ad intra y ad extra*, aquellas conductas alejadas de la ética por ser contrarias a los valores que sustentan las acciones que tienden a alcanzar la calidad y la excelencia de la Universidad, centradas esencialmente, no exclusivamente, en la docencia y la investigación. Cierto es que en la Universidad siempre han estado presentes

los valores éticos, basados en el respeto, la lealtad, la protección y cuidado del interés general común a la misma; la honestidad en el quehacer público; la flexibilidad y tolerancia; la prudencia; la igualdad o la transparencia, y muchos de ellos han alcanzado especial relevancia al ser incorporados como principios jurídicos u obligaciones en distintas normas jurídicas a los efectos del correcto funcionamiento de los servicios públicos, para servir de orientación y guía en el desarrollo de las funciones públicas.

Cabe decir que la LOSU tampoco marca un punto de inflexión en el reconocimiento de los valores éticos que deben guiar la conducta de los miembros de la comunidad universitaria en el desempeño de sus obligaciones, las que correspondan a cada uno. Como tampoco implica que, a partir de esta ley, aquellas conductas que se aprecie vulneran la ética universitaria ahora sí que pueden ser denunciadas ante el órgano competente, que hasta el momento y por regla general corresponde al Defensor Universitario, y/o la inspección de servicios, caso de entender que la conducta en cuestión es constitutiva de una infracción administrativa.

¿Qué diferencia hay entre el antes y el después de la LOSU? La propia evolución de las normas reguladoras del funcionamiento de las administraciones públicas, sean generales o sectoriales, derivada de ámbitos supranacionales con la articulación de principios y objetivos de necesaria aplicación en los ordenamientos internos, han ido situando como uno de los principios generales de toda institución pública su responsabilidad social, de modo que, si acaso, podemos afirmar que, en consonancia con esa evolución, la LOSU pretende hacer de la ética un eje transversal del marco normativo de las universidades, así se reconoce formalmente en la norma general específica, alineándose los diversos gobiernos universitarios con las dinámicas globales de actuación de las instituciones públicas y privadas, en el marco del principio de sostenibilidad en su triple dimensión social, económica y ambiental. Todo ello debe también reforzar el compromiso social de la Universidad con la efectividad de los valores más sobresalientes que constituyen los derechos humanos, como dice Del Barco, la Universidad «continúa sembrando la semilla de la ética en los corazones jóvenes para que rindan cosechas de incondicional respeto a los derechos del hombre».

El comportamiento ético de la institución se enfoca en lograr autoridad, confianza, credibilidad, garantía del servicio público al que se debe y, especialmente, frente a la sociedad a la que sirve. Hemos de tener en cuenta que, en gran parte, los valores éticos son además obligaciones legales para los miembros de la comunidad universitaria, de modo que su incumplimiento no solo es merecedor de un reproche público, sino también de una sanción administrativa o, en su caso, incluso penal. Nos encontramos ya en el ámbito del Derecho, que debe distinguirse del ámbito de la Ética.

La Universidad está obligada por ley a disponer hoy de un Código Ético, un código de valores éticos que debe ser respetado por toda la comunidad

ISBN: 978-84-7777-740-3

universitaria; la novedad, por lo tanto, es la aprobación de un código ético que recoja los principios que deben guiar la conducta de la comunidad universitaria. Como sabemos, no toda conducta contraria al código ético constituye una infracción administrativa, quedando en el ámbito de la Ética y no del Derecho; pero es posible que nos encontremos con conductas contrarias al código ético y de dudosa legalidad, casos en los que la propia Universidad debe activar los mecanismos para depurar la legalidad, pasando al ámbito del Derecho.

Por otra parte, las universidades están también obligadas por Ley, a adoptar mecanismos para realizar las denuncias por los miembros de la comunidad universitaria, a crear nuevos órganos para canalizar las denuncias, que se unen a los ya existentes en cada una de ellas, con esas mismas funciones, lo que, en muchos casos, dificulta el funcionamiento eficaz de un sistema con el que se pretende evitar conflictos, prevenir conductas reprochables, prevenir y sancionar conductas ilegales. He aquí otros de los retos de la Universidad cuya superación, sin duda, exige importantes esfuerzos de sistematización orgánica y la eficaz coordinación entre todas las estructuras que de algún modo están relacionadas con la prevención y solución de conflictos, siendo conscientes de que una conducta contraria a la ética universitaria no implica un conflicto.

En este sentido, la ética en el marco normativo que concierne a la Universidad, gira en torno a lograr la calidad y la excelencia del servicio público de la Educación Superior; a través del fomento de los valores éticos (transparencia, rendición de cuentas, integridad académica, responsabilidad, celeridad, eficiencia, etc.) tales fines pretenden lograrse a través de la adopción de los consabidos mecanismos y procesos de evaluación, autoevaluación, acreditación, certificación…, tanto externos como internos en la propia Universidad. Un modelo de gobernanza enmarcado en diversas leyes cuyos postulados deben ser asumidos por las universidades a través de sus Estatutos, norma que dictan sobre la base de su autonomía universitaria constitucionalmente reconocida y que deberán seguir las líneas marcadas por las leyes, no siempre afortunadas, que pueden generar mayores dificultades para las universidades en el cumplimiento de sus fines, al limitar su capacidad de autoorganización, y menoscabar, entre otros, los principios de eficacia y sostenibilidad.

Así, en el año 2022 se dicta una Ley de Convivencia Universitaria que viene a requerir a las universidades la aprobación de unas normas de convivencia y la creación de una comisión de convivencia encargada de velar por la convivencia universitaria y de canalizar la resolución de los conflictos de convivencia a través de medios alternativos. En 2023, la LOSU determina como fin de la Universidad velar por los principios éticos y de integridad académica, a través de la aprobación en cada universidad de un Código Ético. A partir de la LOSU y de conformidad con lo en ella dispuesto, las

distintas leyes autonómicas dispondrán otras líneas estratégicas para sus universidades.

A modo de síntesis, a las universidades corresponde:

1. Velar por el cumplimiento de los principios éticos y de integridad académica.
2. Disponer de unas Normas de Convivencia.
3. Cumplir con los valores éticos en los que se basan los mecanismos que tienden a lograr la calidad y excelencia y que se extienden a todas las áreas de acción universitaria y a todos los colectivos.
4. Aprobar un Código Ético al que se adapten estas normas de convivencia.

De esta manera, derivado de este marco normativo, las universidades se encuentran con la obligación de crear nuevos órganos que convivirán o no con los ya existentes en la propia Universidad. Los previstos en la LOSU como órganos necesarios (Defensor Universitario, Inspección de Servicios, unidades de igualdad y diversidad, que deberán constar en los propios Estatutos), planteando el reto de la adecuada coordinación entre todos ellos, teniendo en cuenta, que los conflictos de competencia se canalizan a través de la nueva comisión de convivencia y ello conlleva la necesidad de definir bien las funciones y competencias de cada uno de ellos.

A todo ello nos referimos de modo más pausado a continuación; en primer lugar, cómo contempla la normativa universitaria la ética en el nuevo modelo de gobernanza; en segundo lugar, al Código Ético en la Universidad, cuál es su finalidad; cómo se hace el seguimiento; cuáles son las consecuencias de su incumplimiento; su diferenciación con las Normas de Convivencia; qué conductas se considera que vulneran el código ético; cuándo una conducta vulnera el código ético y al mismo tiempo es susceptible de constituir una infracción administrativa, lo que nos lleva necesariamente a diferenciar el ámbito de la Ética del ámbito del Derecho y clarificar que no es lo mismo un código ético que un código jurídico y, por lo tanto, a depurar y distinguir bien las funciones y competencias entre los órganos competentes en materia de ética universitaria y seguimiento del código ético y los órganos competentes en materia de prevención y solución de conflictos de convivencia.

II. EL CONTEXTO NORMATIVO. LA NECESARIA COORDINACIÓN INTERORGÁNICA DENTRO DE LA UNIVERSIDAD

El modelo de gobernanza de la Educación Superior tiene como marco jurídico general la LOSU, con el oportuno desarrollo por parte de cada una de las comunidades autónomas y los correspondientes Estatutos de cada uni-

ISBN: 978-84-7777-740-3

versidad. Como ya se ha apuntado, uno de los ejes transversales en los que se basa este modelo de gobernanza es precisamente la ética universitaria, que se ha ido articulando a través de principios generales concretados en el ámbito de funcionamiento de las universidades, tales como la rendición de cuentas, la transparencia, la integridad o la responsabilidad, entre otros. A ello se añade un concreto objetivo crucial exigido legalmente, cual es el de velar por el cumplimiento de los deberes éticos y de integridad académica, así como de las directrices antifraude con el fin de evitar la corrupción.

Todas ellas son obligaciones que obedecen al interés del servicio público al que se deben las universidades, que en la actualidad gravita en la calidad, la igualdad y la excelencia con el reconocimiento expreso de los valores éticos. Unos valores éticos que siempre han existido y que siempre han debido ser respetados para la pacífica convivencia universitaria, pero con la diferencia de la consecuencia derivada de su incumplimiento, pues si en época anterior la consecuencia en la mayoría de los casos no era apenas perceptible, a partir de ahora supondrá el reproche público de la conducta, cuando menos.

Con carácter general, el funcionamiento de las universidades públicas, dotadas de una autonomía constitucionalmente garantizada, está sujeto a los principios recogidos, entre otros, en los artículos 103 y 106 de la Constitución, así como a lo establecido en la Ley 39/2015 y en la Ley 40/2015, en la medida en que ambas leyes le son de aplicación; en todo caso, son Derecho supletorio y el artículo 3 de la Ley 40/2015 establece unos principios de actuación basados en el servicio efectivo a los ciudadanos, la simplicidad, claridad, proximidad; la participación, objetividad y transparencia; la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y actividades de gestión; la buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; la responsabilidad por la gestión pública; la planificación y gestión objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas; la eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos; la cooperación, colaboración y coordinación entre administraciones públicas. A estos se añaden otros principios tales como la proporcionalidad y motivación en la adopción de medidas limitativas de derechos individuales y colectivos. La Ley utiliza el verbo deber para referirse a la aplicación de estos principios: «deberán someterse en su actuación a», y ello plantea dos interrogantes referidos al control de cumplimiento y a la consecuencia del incumplimiento; análisis del contexto, interpretación a los efectos de probar los tipos de las consideradas por ley infracciones administrativas, pasando así, en tal caso, de la Ética al Derecho.

La legislación es más amplia; el propio Estatuto del Empleado Público, el Estatuto de los Trabajadores o legislaciones más específicas como puede

ser la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno o la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de Representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, formalizan principios generales de actuación que alcanzan a todas las instituciones públicas. Así, el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de las personas titulares de los órganos superiores y directivos; los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera o el principio de transparencia en la gestión. Con respecto a la transparencia, es un principio ético y jurídico, reflejo del buen gobierno y administración de la institución pública. La propia Ley 19/2013, considera incluidas en el concepto de Administración pública a las universidades públicas, siéndoles de aplicación directa las obligaciones de transparencia que establece. La transparencia, como veremos, es uno de los valores éticos de todo Código Ético que se precie en serlo, lo que nos lleva a considerar que la vulneración de la transparencia, en principio, será una vulneración no solo del Código, sino también de las obligaciones que a tal fin establece la Ley.

Así pues, las universidades deben ser transparentes en la gestión de todos los asuntos que atañen al servicio público que prestan; todos los contenidos o documentos que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones se consideran a todos los efectos información pública que deberá ser publicada en su sede electrónica. Esta publicación ha de ser clara, estructurada, legible y accesible para los interesados, preferiblemente en formatos reutilizables; y deben establecer los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización. Los únicos límites al derecho a la información son los previstos en el artículo 14, especialmente el derivado de la protección de los datos de carácter personal y si la información contiene datos especialmente protegidos.

En concreto, podemos derivar de esta Ley que las universidades públicas tienen la obligación de realizar un buen gobierno, esto es, actuar con transparencia en la gestión de los asuntos públicos que le competen y ejercer sus funciones con dedicación al servicio público de la educación superior; hacerlo con imparcialidad, lo que atañe al empleado público; con un trato igual y no discriminatorio, con la diligencia debida…, una serie de principios que, en todo caso, informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador que, en su caso, sea aplicable.

Resulta curioso referirnos al ámbito sancionador de esta Ley, toda vez que el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución (así, artículo 103 CE) en el ejercicio de sus funciones, es considerado una infracción muy grave, al igual que la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función o el notorio incumplimiento de las funciones esenciales

ISBN: 978-84-7777-740-3

inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. Tales infracciones pueden llevar aparejada la imposición al infractor de alguna de estas sanciones: a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o diario oficial que corresponda; b) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo. Y, en todo caso, la destitución del cargo y no poder ser nombrados en los próximos cinco a diez años para cargo alguno.

El Derecho da respuesta al incumplimiento de valores éticos al formalizar estos principios como obligaciones jurídicas. Nos encontramos en el ámbito legal, en el terreno del Derecho, que insiste en la necesidad de cumplir con una serie de obligaciones que conducen a la prestación de un servicio público, el de la educación superior, basado en la calidad, la transparencia y la igualdad, la rendición de cuentas, que no son sino reconocimientos expresos de valores éticos.

La LOSU no implica un antes y un después en el cumplimiento de estas obligaciones legales, pero parece ser muy necesario que se signifiquen en la norma universitaria, con el fin de generar una necesaria cultura de la ética universitaria.

Poco antes de la LOSU, la Ley de Convivencia Universitaria llevó a las universidades a la aprobación de unas Normas de Convivencia, que también gravitan sobre el terreno de la ética universitaria, con la pretensión fundamental de arbitrar mecanismos alternativos de solución de conflictos a través de la mediación, conciliación y el arbitraje; lo que no significa que las universidades no dispusieran de mecanismos de este tipo a través de otras figuras, como el Defensor Universitario, comisiones de mediación, unidades de igualdad o protocolos de acoso; al mismo tiempo, esta Ley de Convivencia exige a las universidades que adopten el oportuno reglamento disciplinario de los estudiantes, a través del cual se determinan, de conformidad con lo establecido en la propia Ley, las conductas que constituyen infracción administrativa y las correspondientes sanciones que se asocian a cada una de ellas.

Seguimos en el terreno del Derecho. ¿Cómo se contempla la ética universitaria en este marco normativo? ¿Qué obligaciones establece al respecto para las Universidades? ¿Qué consecuencias tienen tales obligaciones desde la perspectiva de la propia organización?

La ética universitaria se contempla como la esencia en la política universitaria que afecta a los tres colectivos de la comunidad universitaria. Los preceptos clave en la LOSU al respecto o relacionados con la ética son:

a) Artículo 39

Precepto clave en la LOSU es el artículo 39, referido a la rendición de cuentas y transparencia en la gestión. Dicho precepto requiere a las universidades que establezcan mecanismos de rendición de cuentas y trans-

parencia en la gestión en sus Estatutos, referidos a la gestión de los recursos económicos y de personal, la calidad y evaluación de la docencia y del rendimiento del estudiantado, las actividades de investigación y de transferencia e intercambio del conocimiento, la captación de recursos para su desarrollo, la política de internacionalización, la calidad de la gestión y la disponibilidad de los servicios universitarios.

Asimismo, determina la disposición de un portal de transparencia con el fin de garantizar el derecho de acceso a la información que considere «institucionalmente relevante»; como hemos indicado ya dice la Ley de Transparencia que «todos los contenidos o documentos que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones se consideran a todos los efectos información pública que deberá ser publicada en su sede electrónica».

Por otra parte, la LOSU confirma el fin general de velar por el cumplimiento de los principios éticos y de integridad académica, así como de las directrices antifraude, que deben guiar la función docente y la investigación, en colaboración con los organismos y planes de los que, para estos efectos, disponga cada universidad.

En este marco definido por la LOSU, las leyes autonómicas se encargarán de regular la efectividad de estas obligaciones. En Andalucía, la reciente Ley 1/2026, de 20 de febrero, Universitaria para Andalucía (LUPA) contiene un novedoso Título VII referido a la rendición de cuentas, la transparencia e integridad, que son fundamentos de la buena administración y gobierno. En concreto, su artículo 111 prevé la creación de un repositorio accesible en línea de cualquier trabajo que conduzca a la obtención de un título oficial (incluyendo los trabajos de fin de grado, trabajos de fin de máster y las tesis doctorales), lo que no es novedoso, pues así deben obrar las universidades; toda tesis doctoral debe ser depositada e incluida en el repositorio al efecto para su acceso libre, pero es cierto que, en no pocos casos nos encontramos que determinadas tesis no son accesibles, si acaso ello pueda deberse a alguna cláusula de confidencialidad que lo ampare, u otros motivos desconocidos.

Se amplían también las obligaciones de publicidad activa derivadas de la Ley estatal 19/2013 y de la Ley Andaluza 1/2014, siendo de aplicación, entre otras, las referidas a los cargos de gestión universitaria, su remuneración y reducción de carga docente; el gasto en publicidad institucional; la información académica y recursos humanos; presupuesto anual y ejecución presupuestaria; las líneas estratégicas de la universidad; media de sexenios por personal docente e investigador permanente; financiación global obtenida por contratos de investigación; número de patentes autorizadas; indicadores de éxito en pruebas universitarias en títulos universitarios oficiales y en continuación de estudios; precio de los estudios oficiales y propios, y cualquier otro servicio que preste la universidad; bases de las convocatorias propias de becas, ayudas, subvenciones y su resolución. Curiosamente ha desaparecido la obligación de publicar «el número cuantía y adjudicaciones de todos los contratos menores» que estaba presente en el artículo 122 del Anteproyecto.

A ello se une, en aras de la integridad y transparencia, la necesidad de adoptar una normativa sobre los regalos protocolarios y reitera la obligación establecida en la LOSU de adoptar un código ético, además de un

ISBN: 978-84-7777-740-3

plan de buenas prácticas y un plan que minimice o elimine los riesgos de incumplimiento, junto con la implementación de un canal de denuncias de conformidad con la Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informe sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Código ético, plan de buenas prácticas y plan que minimice o elimine los riesgos de incumplimiento… Universidades ¡manos a la obra!, seguro que así lo logramos.

b) Artículo 36 LOSU

Se refiere este precepto a los deberes de los estudiantes, entre los que se encuentran: a) Participar de forma activa y responsable en las actividades docentes y en las demás actividades universitarias. b) Respetar la normativa universitaria, incluida la reguladora de la convivencia en el ámbito universitario, en los términos recogidos en la normativa específica. c) Observar las directrices del profesorado y de las autoridades universitarias. d) Respetar a los miembros de la comunidad universitaria, así como al personal de las entidades colaboradoras o que presten servicios en la universidad. e) Ejercer, en su caso, las responsabilidades propias de los cargos de representación). Sometidos al régimen disciplinario desarrollado normativamente por las universidades.

c) Artículo 43 LOSU

Interesa destacar, desde la perspectiva de la organización y, como veremos, la necesidad de coordinación interorgánica y la depuración y diferenciación de competencias y funciones, este artículo 43, que impone que las universidades dispongan de unidades de igualdad y diversidad (cuyo régimen de funcionamiento debe estar determinado en los Estatutos), defensoría universitaria (velar por el respeto de los derechos y las libertades del profesorado, estudiantado y personal técnico de administración y servicios ante las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios, pudiendo asumir tareas de mediación, conciliación y buenos oficios), inspección de servicios (principios de independencia y autonomía; velar por el correcto funcionamiento de los servicios que presta la institución universitaria; incoación e instrucción de los procedimientos disciplinarios que afecten a miembros de la comunidad universitaria); servicios de salud y acompañamiento psicológico y pedagógico y servicios de orientación profesional, dotados con recursos humanos y económicos suficientes.

A todos estos órganos, presentes ya en las universidades los órganos de configuración legal como el Defensor Universitario, y en muchas otras presentes también las unidades de igualdad o de acoso, así como también órganos encargados de la inspección de servicios, que ahora son obligados por la LOSU, pues bien, a todos ellos se une una nueva Comisión de Convivencia, exigida por la Ley de Convivencia Universitaria y concebida como el órgano a través del cual se pretende no llegar a la situación más gravosa de un procedimiento disciplinario ante la Inspección de Servicios,

> sino derivar el conflicto a los medios de solución alternativos, tales como la mediación. Una ley que obliga a las universidades a adoptar unas Normas de Convivencia, basadas en la ética y que deberán estar en consonancia con el Código Ético del que se dote la Universidad.

Todo esto plantea un importante reto a las universidades desde la perspectiva de la organización y el debido cumplimiento a los principios esenciales de actuación y funcionamiento (objetividad/imparcialidad, eficacia, eficiencia, confidencialidad), teniendo en cuenta la obligación legal de evitar duplicidades de órganos aparentemente distintos, pero con coincidencia de funciones en la práctica y que deberá ser resuelta en los Estatutos de cada universidad.

Distintos órganos/unidades que deben funcionar en el seno de la universidad de forma coordinada, más aún cuando por mandato legal se ha creado esta Comisión de Convivencia para articular las reclamaciones, denuncias de conflictos de convivencia y derivarlos al canal más apropiado para la solución del conflicto a través de la mediación. Una Comisión que, además, debe ser representativa de todos los colectivos universitarios y paritaria, debiendo afrontar en su composición el reto de la formación específica en la resolución de conflictos a los efectos de derivar el asunto al órgano competente, lo que, debemos presumir, permitirá una mayor agilidad y eficacia en la tramitación de los procedimientos.

Por otra parte, decíamos que deben precisarse bien las funciones de cada uno de estos órganos y unidades cuyo fin común es dar respuesta a las situaciones de conflicto que se planteen en la universidad, provocados por diversos motivos, en función de los cuales corresponderá a uno u otro órgano dar la mejor solución sin tener que llegar a la tramitación de un expediente disciplinario. La Comisión de Convivencia tiene como finalidad general preservar el cumplimiento de las Normas de Convivencia en aras de favorecer el entendimiento, la convivencia pacífica y el pleno respeto de los valores democráticos, los derechos fundamentales y las libertades públicas en sus respectivos ámbitos.

Poco margen queda a las universidades en el desarrollo de esta ley, que determina la regulación de los medios alternativos de solución de conflictos y la creación de la mencionada Comisión de Convivencia, lo que exige, en todo caso, un esfuerzo importante de coordinación entre todas las estructuras creadas y las exigidas legalmente, de información a todos los colectivos y, sobre todo, de establecimiento de un procedimiento automatizado que permita a cualquier miembro de la comunidad universitaria denunciar un conflicto de convivencia ante esta comisión para su resolución a través de la mediación o, en su caso, el traslado del asunto al órgano competente.

Las universidades deben afrontar el reto de adaptar la propia estructura interna incorporando órganos nuevos y redefinir las competencias y funcio-

ISBN: 978-84-7777-740-3

nes, al tiempo de arbitrar mecanismos que permitan actuar conforme a los principios de eficacia, eficiencia y de competencia.

Así nos encontramos con:

1. Defensor Universitario, figura de configuración legal, concebida como comisionado del Claustro Universitario para la defensa de los derechos y libertades de todos los miembros de la comunidad universitaria frente a las actuaciones de los órganos y servicios universitarios, pudiendo recibir y tramitar las quejas, consultas y peticiones de mediación y conciliación que se le formulen. Si bien, esta función mediadora del Defensor Universitario debe coordinarse con la resolución de conflictos a través de la mediación, canalizada por la Comisión de Convivencia.
2. Inspección de Servicios: órgano necesario ahora por la LOSU, que actuará regida por los principios de independencia y autonomía. Tendrá por función velar por el correcto funcionamiento de los servicios que presta la institución universitaria de acuerdo con las leyes y normas que los rigen. Asimismo, en el marco de la legislación aplicable en la materia, tendrá las funciones de incoación e instrucción de los expedientes disciplinarios que afecten a miembros de la comunidad universitaria. Es también imprescindible la coordinación con la Comisión de Convivencia, cuando el conflicto de convivencia implique la apertura de un expediente disciplinario.
3. Unidad de Igualdad y protocolo de acoso: unidad que se convierte en estatutaria a partir de la LOSU y que la gran mayoría de universidades disponían, debiendo adaptar los Estatutos.
4. Servicios de mediación: Se convierte en otro gran reto para las universidades, en tanto en cuanto, sus funciones pueden colisionar si se le otorgan al Defensor Universitario facultades de mediación y deberán ser muy cautas las universidades a la hora de determinar las funciones de cada órgano, so pena de poder encontrarse con resoluciones diferentes en casos iguales.
5. Finalmente nos encontramos con la Comisión de Convivencia como el órgano a través del cual se pretende no llegar a la situación más gravosa de un procedimiento disciplinario ante la Inspección de Servicios, sino de derivar el conflicto a los medios de solución alternativos, tales como la mediación. De manera que, cualquier miembro de la comunidad universitaria ante un conflicto de convivencia deberá denunciarlo por el procedimiento automatizado debidamente establecido ante la Comisión de Convivencia, órgano competente para derivarlo a aquel con capacidad para resolver. Pero al mismo tiempo, no entorpece la posibilidad de acudir al defensor universitario directamente, o a la inspección de servicios, en caso de infracciones legales.

6. Aún nos queda un órgano más, que podrá ser una comisión *ad hoc*, o podrá ser una comisión específica, según como prevea cada universidad la forma de realizar el seguimiento del Código Ético del que se debe dotar, y los mecanismos para atender las denuncias sobre conductas que vulneran este código por cualquier persona de la comunidad universitaria. Una Comisión de Ética e Integridad Académica, como la presente en la Universidad de Granada, u otro órgano con funciones referidas a la ética universitaria.

III. UN CÓDIGO ÉTICO EN LA UNIVERSIDAD

El objetivo legal prioritario de disponer las universidades de un Código Ético nos debe separar del ámbito del Derecho para adentrarnos en el ámbito de la ética pública, de la ética universitaria. Y esto plantea nuevos retos a las universidades. Partimos de la premisa que la inclusión de la ética en los objetivos de la Universidad permitirá identificar de modo más formal aquellas prácticas negativas que se han asentado en el propio funcionamiento de la Universidad con el fin de eliminarlas y mejorar la confianza y buena reputación de la institución.

La Ética y el Derecho son ámbitos distintos que no deben prestarse a confusión, salvo que integremos el Código Ético en una norma jurídica, algo poco razonable. La norma jurídica incorpora derechos y obligaciones encaminados a la correcta prestación del servicio e incorpora también un régimen sancionador que tipifica conductas que constituyen infracción administrativa a las que se asocia las correspondientes sanciones, mediando la actuación, en su caso, de la inspección de servicios. Mientras que el Código Ético carece de un régimen sancionador, queda en el ámbito de la responsabilidad moral subjetiva, individual, más allá de la reprochabilidad pública de la conducta que se considera que es contraria al Código Ético. Como indica Martínez Navarro, no se trata de «vigilar y castigar», precisamente porque no es una norma jurídica que se dota de un régimen sancionador que se active ante el incumplimiento de este.

La obligación de adoptar un Código Ético en la Universidad nos plantea diversos interrogantes, tales como: 1. Qué se pretende con la aprobación de un Código Ético; cuáles son sus fines; 2. Cuáles son los mecanismos para realizar su seguimiento ¿a través de una comisión específica, *ad hoc*?; cuál debe ser su régimen de funcionamiento, sus competencias, y, especialmente, su composición; 3. Qué diferencias hay entre el Código Ético y las Normas de Convivencia; 4. Qué consecuencias se derivan del incumplimiento del código ético; cómo se considera que se ha incumplido el código ético.

ISBN: 978-84-7777-740-3

1. La finalidad del Código Ético en la Universidad

En cada ámbito de gestión realizada en el seno de la Universidad debe cumplirse con el Código Ético en un ejercicio de responsabilidad social e individual en el cumplimiento del servicio público. Un comportamiento poco ético (según el Código), puede tener como consecuencia un requerimiento al interesado por parte de la dirección de la empresa, de la Administración, de la Universidad en este caso, a los efectos de adecuar su conducta. Normalmente queda ahí, sin más repercusión, en todo caso, que la afección personal, la vergüenza, o el reproche de esa conducta. Reiteramos que este tipo de comportamientos que se consideran poco éticos, siempre lo han sido, se disponga o no de un Código Ético o de un plan de buenas prácticas, conductas que han podido ser denunciadas ante los órganos correspondientes de la Universidad, especialmente, el Defensor Universitario; se trata de conductas que se consideran poco apropiadas y contrarias a la integridad académica y que precisamente por ser una conducta poco ética no tienen, en principio, una consecuencia jurídica sancionadora.

La obligación legal de disponer de un Código Ético se traduce en una serie de deberes consistentes en velar por el cumplimiento de los valores éticos que acoge, difundir el código ético entre los miembros de la comunidad universitaria, formar en valores éticos. El reto de las universidades está en establecer los mecanismos adecuados para ello con el propósito de generar un claro compromiso individual y colectivo de respeto y de vocación de servicio público en el quehacer universitario.

En este sentido, como con acierto indica Páll Skúlason, hoy está en peligro la principal virtud de la vida académica, esto es, el pensamiento crítico; las universidades han de ser más autocríticas y para ello deben priorizar la dimensión ética del conocimiento en toda su actividad académica.

El modelo de gobernanza sustentado en la ética, a través de la adopción de un Código ético conlleva:

— La pronta atención de las denuncias/alertas de incumplimiento del Código Ético en el seno de la comunidad universitaria e informe al respecto.
— El seguimiento del Código Ético y actualización periódica del mismo.
— Un ejercicio de transparencia y garantía del derecho a la información.
— La disposición de un órgano específico que asuma tales funciones, cuya composición ha de ser representativa, experta e independiente del gobierno de la Universidad.

En todo caso, el conocimiento del Código Ético y la asunción del mismo desde el ingreso en la Universidad, debe servir para que el servicio público funcione, no ya desde el plano del funcionamiento objetivo, sino desde el

funcionamiento subjetivo y personal de cada uno de sus miembros, sea cual sea el colectivo al que se pertenezca.

Esta es la respuesta a la pregunta referida a cuáles son los fines de un Código Ético en la Universidad, esto es, orientar los comportamientos conforme con los valores éticos y generar una cultura de la ética universitaria entre los miembros de la comunidad universitaria. Aún es pronto para hacer valoraciones, pero me aventuro a afirmar que menos de un diez por ciento de los miembros de la comunidad universitaria tienen conocimiento de la existencia de un código ético en la Universidad, especialmente en el sector del estudiantado; y si conocen su existencia, pocos se habrán interesado por su contenido y las consecuencias de su incumplimiento. De ahí la relevancia de que el órgano encargado de tales funciones sea un órgano activo y emprenda acciones tendentes a la información y a la formación, como activa tiene que ser también la comunidad universitaria para denunciar aquellas conductas que vulneren los valores éticos y la integridad académica en la Universidad.

2. El necesario seguimiento del Código Ético a través de un órgano específico

No basta, pues, con disponer y cumplir con todo aquello que dice la ley. Ello nos lleva a plantear la segunda pregunta referida a cuáles son los mecanismos para realizar el seguimiento del Código Ético. ¿A través de una comisión específica de carácter permanente, una comisión *ad hoc*…?; cuál debe ser su régimen de funcionamiento, sus competencias, y, especialmente, su composición. Aspectos que deben ser muy cuidados, so pena de favorecer la creación de nuevas estructuras de papel que puedan hacer gala de la afamada frase atribuida a Napoleón Bonaparte: «si quieres que algo se demore eternamente, crea una comisión».

No es suficiente, pues, con la disposición de un Código Ético; para el cumplimiento de sus fines se requiere de eficaces mecanismos que permitan dar difusión del mismo, dar formación sobre los valores éticos, recibir y responder a las denuncias presentadas sobre las posibles conductas que impliquen una vulneración del Código Ético, hacer un seguimiento del código ético, lo que requiere su revisión y actualización. Es por ello, que la creación de un órgano específico y activo para alcanzar estos propósitos se torna ideal cobrando gran importancia la participación activa de todos los miembros de la comunidad universitaria que contribuya a tales menesteres.

Esta comisión podría tener un interés extraordinario si actúa con eficacia y conciencia de cuál es la finalidad del Código Ético. Tiene la responsabilidad de formar e informar en los valores éticos dentro de la universidad; tiene la responsabilidad de recibir y atender las denuncias presentadas

ISBN: 978-84-7777-740-3

e informar acerca de la vulneración o no del Código Ético. Esta es una de las tareas más importantes porque de ello se derivarán una serie de conductas y comportamientos que se consideran que son contrarios al Código Ético, lo que permitirá establecer un «plan de buenas prácticas» que a su vez consienta orientar los comportamientos de la comunidad universitaria. Además, es de responsabilidad de la universidad que esta información sea pública a efectos de transparencia y accesible a los miembros de la comunidad universitaria en el ejercicio del derecho a la información que, en este ámbito, es de clara relevancia institucional, como establece la Ley de Transparencia, una información, en su caso, disociada, pues no interesan los datos personales, solo la conducta y el contexto en el que esta se produce. El conocimiento de los contenidos de los informes de la Comisión contribuirá a evitar la reiteración de este tipo de conductas en el futuro, incluso, según los casos, plantear modificaciones legislativas que pudieran amparar este tipo de conductas, pues la ley es ajena a la ética.

Actuar con eficacia implica conocimiento, competencia y coordinación, de ahí, la conveniencia de disponer una comisión que sea, en primer lugar, independiente del gobierno de la universidad; que sea representativa y con conocimiento en ética pública, al menos alguno de sus miembros; ello permitirá en cierto modo garantizar el acierto de sus informes. Precisamente, esta deficiencia puede llevar a adoptar informes confusos, basados más en la legalidad que en la ética; en muchas ocasiones se tiende a asimilar el código ético a la norma jurídica; la argumentación ética es distinta a la argumentación jurídica y esta confusión hace que ante un determinado caso se entienda que la conducta o comportamiento no vulnera el código ético puesto que no es una conducta ilegal, está amparada por la legalidad.

Precisamente este tipo de conductas, legales, que, en principio, no plantean conflictos de convivencia, son las que una comisión experta debe considerar si vulneran o no la ética universitaria, al margen de la legalidad y si la legalidad es cuestionada, debe remitirse el asunto al órgano competente; lo que no procede es que esta comisión se pronuncie e informe sobre la base de considerar que una conducta es o no legal, porque dicha comisión experta no tiene tal competencia.

De ahí la conveniencia y necesidad de disponer de un reglamento que defina con claridad no solo las funciones y competencias que le corresponden a esta comisión, sino los necesarios procedimientos de coordinación con otros órganos, especialmente con la comisión de convivencia, cuando se presuma que la conducta provoca un conflicto de convivencia, o con la inspección de servicios, cuando la conducta se presuma que pueda ser constitutiva de una infracción administrativa, o bien se recabe informe de los servicios jurídicos de la universidad, cuando haya duda sobre la legalidad de la conducta y se pueda de oficio dar traslado al órgano que proceda.

Independencia, especialidad, coordinación, tres principios que deben estar presentes en el funcionamiento de una Comisión de Ética.

En primer lugar, la independencia y especialidad. Ha de cuidarse la composición de los miembros que integren esta Comisión, que no se debe tratar como una comisión de sabios; debe integrar en todo caso, especialistas en ética pública y ser una comisión independiente del equipo de gobierno de la universidad; deberían incorporarse también perfiles jurídicos que permitan asesorar en la dirección apuntada, en la medida en que no se trata de informar conforme a la legalidad, sino conforme a la ética e integridad académica. Y debe ser representativa, sin que ello implique un abuso en el número de miembros de esta comisión, pues para ser eficaz no debería haber más de ocho miembros.

En segundo lugar, la necesaria coordinación con los demás órganos y unidades que, dentro de la universidad, tienen funciones relacionadas con la prevención y resolución de conflictos de convivencia, referidos anteriormente.

Finalmente, para ser realmente eficaz en el ejercicio de sus funciones ha de tener reuniones periódicas, emprendimiento en tareas de información y formación en valores éticos, atención responsable de las denuncias, realización de los informes pertinentes, elaboración de un catálogo de conductas contrarias a la ética e integridad académica. Esto supone un reto para la institución, al menos desde la perspectiva de la organización, la docencia y el presupuesto. Las personas que integren este nuevo órgano probablemente pertenezcan al colectivo del personal docente e investigador, de manera que formar parte de esta comisión debe tener algún tipo de incentivo, sea docente o económico, que deberá constar expresamente en la norma de creación o en los Estatutos. Si realmente se pretende un funcionamiento eficiente y real, el desarrollo de sus funciones debe ser compensado.

3. Código Ético y Normas de Convivencia

Como hemos apuntado, un Código Ético no es una norma jurídica; el Código Ético establece valores; la norma jurídica establece derechos y deberes y su incumplimiento deriva en consecuencias jurídicas al incorporar un régimen sancionador, mientras que el Código Ético carece de un régimen sancionador.

El Código Ético es también algo distinto de las Normas de Convivencia que cada universidad debe adoptar conforme a lo dispuesto en la Ley de Convivencia, que nos dice que se trata de normas de prevención de conflictos de convivencia, para lo que es necesario establecer deberes a los miembros de la comunidad universitaria, además de establecer los procedi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

mientos adecuados para la prevención y resolución de conflictos por vías alternativas.

Podemos decir que el Código Ético contribuye también a la prevención de conflictos, pero no alcanza al ámbito del Derecho, pero permite dar justificaciones racionales del por qué se considera que ciertas conductas son aceptables y otras no lo son. Las conductas contrarias al Código Ético no tienen por qué constituir un conflicto de convivencia y, en tal caso, la comisión de ética al recibir una denuncia que puede dar lugar a un conflicto de convivencia deberá dar cuenta a la comisión de convivencia para que adopte la respuesta adecuada.

De manera que, los enfoques de las Normas de Convivencia y del Código Ético son distintos. Las primeras se sitúan en la prevención de los conflictos, son normas jurídicas que obligan a adoptar los mecanismos de solución alternativos. El Código Ético entra dentro de la responsabilidad social de la institución. El incumplimiento de la norma jurídica, en el primer caso, deriva también en un incumplimiento del Código Ético; pero el incumplimiento del Código Ético no implica necesariamente el incumplimiento de la norma jurídica, ni tiene por qué significar un conflicto de convivencia.

Es aquí donde subyace otro gran reto de las universidades; no basta con disponer de un Código Ético, no basta con atender las denuncias e informar; no basta con difundir el Código Ético o desarrollar seminarios a tal fin. Es necesario que se haga de la manera correcta lo que exige la precisa coordinación especialmente, con la Comisión de Convivencia, o, en su caso, con la inspección de servicios. Ello en la medida que debe estar muy claro entre los miembros de la comisión que apenas haya un indicio de ilegalidad de la conducta, sus funciones se limitan a informar si dicha conducta vulnera los valores éticos y la integridad académica, pero su responsabilidad alcanza a depurar la posible ilegalidad dando traslado al órgano competente para ello.

4. Acerca de las conductas que vulneran los valores éticos

Ello nos lleva a plantear qué conductas se considera que vulneran los valores éticos y de integridad académica en la Universidad. *A priori*, se nos vienen a la cabeza muchas conductas que no producen un conflicto de convivencia, que no suponen vulneración de las normas jurídicas, pero que sí entran dentro de las malas artes en el desarrollo de las funciones propias de la docencia, investigación o gestión universitarias propias de cada uno de los sectores de la comunidad universitaria.

Recordemos que la mayor parte de los valores éticos presentes en el Código Ético, ya se encuentran presentes en diversas normas jurídicas, bien en forma de principios orientadores en el desarrollo de las funciones públi-

cas, bien en forma de obligaciones con la finalidad de contribuir a la efectividad de los derechos de los ciudadanos, como pueden ser los principios de buena administración establecidos en la ley, deberes y principios de actuación de los empleados públicos...

Tales conductas impropias lo son por ser contrarias a la norma jurídica y como tal infracción conllevará la oportuna sanción, en su caso, conforme al procedimiento legalmente establecido; y, además, serán conductas contrarias a los valores éticos y de integridad académica. Pero cuando las conductas no se identifican con las obligaciones establecidas en las normas jurídicas, o es posible se desvíen de los principios de actuación de los servidores públicos, nos encontramos en el campo propio de la ética universitaria: así, la falta injustificada a clase, sea del profesor o del alumno, claro que en el primer supuesto se trata del incumplimiento de la obligación de prestar el servicio; la coautoría de un trabajo de investigación, cuando, en realidad, no se ha contribuido a ello; el plagio, contrario a la legalidad y requerido de prueba fehaciente, casos de plagio de textos no publicados; abuso de material de oficina sin justificar la necesidad del mismo; y, especialmente, la eterna crítica de la endogamia universitaria, el nepotismo que, aún en la actualidad continua siendo relevante, si bien, la percepción que desde dentro de la propia Universidad se tiene debe cambiar y a ello contribuye el modelo de gobernanza basado en la ética.

Nos podemos encontrar con muchos comportamientos contrarios a los valores éticos, cuya sutilidad es tal que es poco probable que sean denunciados ante una comisión de ética. O también, siendo denunciados ante esta comisión, esta se limite a dar una respuesta a modo de informe, incluso abriendo un procedimiento contradictorio como si de un procedimiento disciplinario se tratase, promoviendo precisamente aquello que se pretende evitar: un conflicto de convivencia *ex novo*.

Veamos dos posibles ejemplos, si acaso hipotéticos, uno referido al ámbito de la investigación, otro referido al ámbito de la gestión y adopción de decisiones.

El primer supuesto podemos encajarlo en el acceso a un contrato de formación del personal investigador, los conocidos como FPI, que van asociados a un proyecto de investigación de un determinado docente que permitirá a la persona que resulte adjudicataria del contrato (se entiende que de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad), realizar la tesis doctoral en un determinado departamento de la universidad al que quedará adscrita, participar en las tareas docentes de dicho departamento e iniciar una carrera académica. Las normas reguladoras de este proceso son claras y toda persona que reúna los requisitos para optar al contrato podrá presentar su solicitud. Si bien, la práctica nos revela que los investigadores que solicitan un proyecto de investigación con dotación de un contrato de formación de personal investigador, disponen ya de una determinada

ISBN: 978-84-7777-740-3

persona que podrá optar a dicho contrato, con un perfil profesional que se ajusta plenamente a los requisitos del contrato, previa superación de una primera fase objetiva basada en el expediente académico; después será el propio investigador principal del proyecto quien valore la solicitud y haga la correspondiente propuesta de adjudicación del contrato. Ello resulta desde luego muy razonable, pues permite que excelentes investigadores puedan continuar su trabajo en la Universidad. Pero ¿cambiaría algo si la persona que aspira al contrato tiene una relación de parentesco descendiente de primer grado con el investigador principal del proyecto al cuál se va a adscribir? Precisemos, además, que, en este caso, el rendimiento del trabajo desarrollado por el investigador en formación será informado por su progenitor, rindiendo cuentas al Ministerio financiador del proyecto, anualmente hasta la finalización del contrato, y no es aventurado presumir que, rinda más o rinda menos el investigador, el informe será favorable. Por otra parte, debe también advertirse que este será uno de los méritos que se alegarán para una futura contratación en la Universidad pública compitiendo con otros candidatos. Pensemos que el interesado continúa su carrera académica, con la realización de diversas publicaciones en la línea de investigación del investigador principal del proyecto en cuyo seno realizó su tesis doctoral, incluso con publicaciones de dudosa autoría. La conducta puede ser legal o no, en tanto que, podríamos añadir, se queda en entredicho la autoría de algunas publicaciones. Pero, al margen de ello, la cuestión aquí es responder a la pregunta central que nos ocupa: tal forma de proceder ¿vulnera los valores éticos?, ¿podemos decir que hay nepotismo?

En tal caso, una comisión de ética tendría la responsabilidad de informar respecto de una posible denuncia de la conducta, y debe hacerlo con una argumentación basada en la ética universitaria y conforme al Código Ético; pero imaginemos que en el momento en el que accedió al contrato de formación de personal investigador la universidad aún no tuviera aprobado un código ético, ¿el informe de la Comisión sería distinto? No debería ser distinto. He aquí una habitual confusión, cuando este tipo de comisiones tiende a confundir el Código Ético con una norma jurídica, en tanto en cuanto sustentan su informe indicando que el Código no estaba vigente en el momento en el que se realizaron los hechos denunciados, pero que, en otro caso, la conducta en sí misma se puede calificar de nepotismo.

Causaría, cuando menos, perplejidad que los valores éticos solo se tengan en cuenta si existe un código que así lo disponga, en tales situaciones la propia comisión constataría que la norma ética incumplida es una norma ética común y conocida, podría decirse que socialmente vigente, tal es el caso del nepotismo y la endogamia universitaria, apreciable en conductas y acciones que no requieren disponer de código ético alguno.

El segundo supuesto, en el ámbito propio de la gestión y adopción de decisiones, podemos referirlo a la solicitud de un profesor para ser nom-

brado profesor emérito, algo habitual en las universidades. Pensemos que la norma universitaria establece unos requisitos para poder aspirar a ser profesor emérito, a saber: estar en posesión de un número determinado de sexenios de investigación; un acuerdo del consejo de departamento al que pertenece el profesor aprobando su solicitud y un informe de la agencia autonómica de investigación en el que se acredite la calidad de su investigación que le haga merecedor de continuar como emérito en la Universidad. La solicitud debe ser aprobada por el Consejo de Gobierno de la Universidad, pero previamente requiere de un acuerdo no vinculante de la comisión académica, de la que depende llevar al consejo de gobierno los acuerdos relacionados con la docencia. Pensemos que, en el caso concreto, dicha comisión académica adopta un acuerdo desfavorable a la solicitud del profesor, cuya fundamentación se basa en la declaración del delegado de estudiantes de la Facultad a la que el profesor pertenece indicando que no merece ser profesor emérito porque se trata de un profesor homófobo. Aclaremos que nunca antes hubo denuncia alguna con acusación tan grave por parte de ningún miembro de la comunidad universitaria contra este profesor, a través de la cual se hubiera podido arbitrar el oportuno procedimiento contradictorio que pudiera desembocar en una solución justa, bien reconociendo con prueba fehaciente que dicho profesor en el ejercicio de sus funciones académicas ha adoptado conductas discriminatorias por razón de sexo, ideología u orientación sexual, conductas que serían contrarias no solo a los valores éticos, sino a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; o bien, por carecer de sustento la pretensión, llegar a la conclusión contraria, quedando salvaguardada la honorabilidad del profesor. No dándose esta circunstancia, volviendo al supuesto de hecho, se produce el rechazo de la solicitud por el Consejo de Gobierno, además por votación secreta, sin exponer las razones que llevan a denegar una solicitud amparada por la legalidad. Cuando menos se trata de una decisión no solo alejada de la ética universitaria, sino una decisión que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, convirtiéndose además en una decisión arbitraria, pues qué confianza merece un órgano que adopta decisiones sin conocimiento de las normas, sin motivación, basada en comentarios que, sin prejuzgar su veracidad o no, atentan contra la dignidad y el honor del profesor. Una cosa es que por motivos de legalidad no se atienda la solicitud, otra muy distinta que, reuniéndose los requisitos legales para ello, se rechace por motivos éticos, sin que estos queden probados, reprochando la conducta del profesor que llega de este modo al final de su carrera académica.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El modelo de gobernanza de la Educación Superior sustentado en la Ética como eje transversal de la regulación de las universidades, pretende

ISBN: 978-84-7777-740-3

que en el seno de las universidades, sean públicas o privadas, se adopten mecanismos que permitan generar una cultura de la ética e integridad académica entre los miembros de la comunidad universitaria que contribuya no solo a alcanzar la calidad y excelencia de las universidades, sino que responda al compromiso con la sociedad en la prestación del servicio público al que se deben. Las universidades tienen una responsabilidad social y deben generar confianza y esperanza en la sociedad, como fuente de la formación y del conocimiento, refugio y espacio de la libertad y del pensamiento crítico, dentro del respeto y la tolerancia. Si acaso, nos encontramos en tiempos difíciles que hacen que se resienta el necesario pensamiento crítico.

La obligación de disponer de un Código Ético no es suficiente; su seguimiento por una comisión específica de ética plantea relevantes retos a las universidades si de verdad desean promover la ética universitaria entre sus miembros. Retos que comienzan con la propia composición de esta comisión, independiente, especializada, comprometida y activa; con la necesaria transparencia a la que legalmente se deben haciendo públicos y accesibles los resultados de sus informes, generando un catálogo de conductas que se consideran contrarios a los valores éticos y la integridad académica; identificando aquellos comportamientos o prácticas de actuación habituales a lo largo de los años, pero que son contrarias a la ética universitaria. Su labor proactiva es esencial. Algo difícil de alcanzar si no se dispone de los incentivos adecuados.

Las universidades son obedientes y cumplen, cumplen lo que las normas dicen que deben hacer, y con ello alcanzan la calidad y la excelencia y rinden cuentas a la sociedad. Lo hacen, además, al amparo de su autonomía universitaria, como se deriva de la propia LOSU, una autonomía cada vez más limitada, pero podríamos decir que cuenta con el asentimiento e incluso agradecimiento de nuestras universidades. Así asumen también unas responsabilidades en el ámbito general de la ética, que, como es sabido, no son nuevas, pero sí afectan a la propia estructura de las universidades y a la manera de afrontar, en definitiva, la prevención y solución de conflictos que afectan a la convivencia universitaria.

No toda vulneración de un código ético implica un conflicto de convivencia, no toda vulneración de un código ético implica la ilegalidad de la conducta, pero en el caso de que así sea o se presuma la ilegalidad por quien denuncia la conducta poco ética ante el órgano encargado de ello cabría preguntarse si puede una comisión de ética pronunciarse únicamente sobre si la conducta es vulneradora del Código Ético o, además, debe trasladarse al órgano competente para que resuelva sobre si la conducta es o no susceptible de infracción administrativa, en tanto en cuanto es dudosa la legalidad de la conducta. Dicho de otro modo, ¿una Comisión de Ética tiene capacidad para valorar la legalidad de la conducta cuándo se plantea por el denunciante dudas sobre la misma o debe dar traslado de oficio al órgano

competente para ello, sin perjuicio de pronunciarse sobre si la conducta vulnera o no el código ético y en tal caso, realizar el reproche público de dicha conducta?

Nos encontramos ya en el ámbito de la Ética y no del Derecho; nos encontramos con un código ético y no con una norma jurídica y ello implica que la Comisión de Ética no debe informar con argumentaciones jurídicas, sino éticas. Este es uno de los principales problemas cuando en el momento de informar sobre si una determinada conducta es o no reprobable éticamente se confunden los argumentos éticos con los argumentos jurídicos.

En mi opinión, se pone en riesgo el propio modelo de gobernanza basado en la ética, en la medida en que cuando se plantea duda sobre la legalidad de una conducta poco ética, la propia comisión de oficio debe dar traslado al órgano competente. El riesgo está en quedarse exclusivamente en el juicio ético, amparándose en que esa es la función que tiene esta comisión, pero con un informe basado en la presunción de legalidad que la propia comisión realiza, sin dar cuenta al órgano competente para abrir una investigación y despejar la legalidad de la conducta. Por otra parte, en cumplimiento del principio de transparencia y el derecho a la información que institucionalmente se considere relevante, es preciso dar a conocer a toda la comunidad universitaria las conductas que a juicio de esta comisión se consideran contrarias al código ético, una información que sea clara y accesible, si de verdad se pretende generar esa cultura de ética universitaria.

Cuando se descuidan estos dos aspectos se produce en mi opinión cierta incertidumbre e inseguridad que solo el Derecho puede combatir; abonándose el campo para la arbitrariedad de la propia institución.

¿Realmente este modelo de gobernanza es eficiente para alcanzar la calidad y la excelencia a través de la ética universitaria?

V. BIBLIOGRAFÍA

DEL BARCO, J. L., «Ética y Universidad», *Educación y Educadores, Ensayo,* vol. núm. 6, 2003.

DIEGO BAUTISTA, O., «Ética para la Universidad: problemas y retos actuales», *Encuentros Multidisciplinares*, núm. 68, 2021.

EMBID IRUJO, A., «La autonomía universitaria y la autonomía de las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, núm. 146, 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La autonomía universitaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1998.

GARCÍA FIGUEROA, A., *Praxis. Una introducción a la moral, la política y el Derecho,* Ed. Atelier, 2017.

GARCÍA MUÑOZ, J., *Gobernanza, gestión de riesgos y cumplimiento normativo en la Universidad pública,* Ed. Amaranta, 2018.

ISBN: 978-84-7777-740-3

MARTÍNEZ NAVARRO, E., «Ética y derechos en la Universidad del siglo XXI», *Revista Universidad, Ética y Derechos - Rued@,* núm. 1, 2016.

MOSCOSO BERNAL, S. A. *et al.*, *Ética como eje transversal para el éxito de los procesos de aseguramiento de la calidad en las Universidades,* 2023.

PRISCO, J. (trad. de Hinojosa, J. B.), *Filosofía del Derecho fundada en la Ética,* Ed. Imprenta y Librería de Miguel Guijarro, Madrid, 1879.

RIVERO ORTEGA, R., *El futuro de la Universidad,* Ed. Universidad de Salamanca, 2021.

SAUCA, J. M., «En torno a la Universidad española actual. Reflexiones críticas sobre su estructura y funciones», en DÍAZ, E. y LAPORTA, F. (dir.), *Leer a Manuel Atienza,* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023.

SOSA WAGNER, F., *El mito de la autonomía universitaria,* Ed. Civitas, 2005.

SKÚLASON, P., *A Critique of Universities: Reflections on the status and direction of the modern university,* Reykjavík: University of Iceland Press, 2015.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Responsabilidad patrimonial por actos urbanísticos

Joan Manuel Trayter Jiménez

Catedrático Derecho Administrativo
Universitat de Girona

Sumario. I. Introducción y normativa aplicable.—II. Evolución histórica de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico.—III. Reglas generales y principios del Urbanismo con relación al plan.—IV. La alteración anticipada de la ordenación territorial y urbanística.—V. Concepto de patrimonialización. *Ius variandi*.—VI. Vinculaciones singulares de la propiedad.—VII. Denegación de solicitudes de licencia por aprobación de planes posteriores.—VIII. Indemnización por obras públicas.—IX. La doctrina del margen de tolerancia y la desatención normativa flagrante.—X. Otras cuestiones. Reserva del 30% de Vivienda de Protección Oficial en suelo urbano consolidado.—XI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Derecho administrativo, del que forma parte el Derecho urbanístico, dispone de tres pilares fundamentales en sus relaciones con los ciudadanos y su sistema de garantías frente al poder: el sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (principio de legalidad), el control judicial de la actuación administrativa por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y el sistema de responsabilidad de la Administración por daños, que cierra el círculo de la construcción del Estado moderno.

El Estado de Derecho impone que si la Administración, en su actuación (o por la falta de esta cuando está obligada a actuar) causa un daño antijurídico (lesión) que los ciudadanos no tienen el deber de soportar, estos deben ser indemnizados (art. 106.2 CE). La actividad administrativa «lleva consigo una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos» (Exposición de motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954). Se trata, pues, de que la Administración indemnice a los particulares por las decisiones que causan un daño.

En su actuación general, la regulación se encuentra recogida en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), con las especificidades procedimentales establecidas en los artículos 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

ISBN: 978-84-7777-740-3

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

Pero cuando la Administración causa un daño en el ejercicio de sus funciones en el ámbito urbanístico, pese a la regla general de la no indemnización por las consecuencias que se deriven de la ordenación urbanística, existen unos supuestos específicos que comportan la posibilidad de resarcir estos daños. Estos casos se encuentran incluidos en el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante, TRLS 2015). En él, y como evolución de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, la primera que reconoció el instituto de la responsabilidad urbanística, se prevén diversas causas que abren la puerta a la indemnización por las lesiones a los bienes y derechos, entre las que se encuentra la referencia a la responsabilidad general en relación con la ordenación territorial o urbanística.

Así, aunque el punto de partida es que no concurre derecho a indemnización como consecuencia de la actividad urbanística, el artículo 48.a) TRLS 2015 establece que dan derecho a indemnización aquellas lesiones que resulten de «la alteración de las condiciones del ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, una vez transcurridos estos, si la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración»; y también, según el apartado c) del mismo artículo, aquellas que deriven de «la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística».

El resto del artículo prevé la indemnización por las situaciones de fuera de ordenación producidas por la alteración de la ordenación territorial y urbanística; las vinculaciones y limitaciones singulares de las construcciones y edificaciones que excedan de los deberes legalmente establecidos; la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades o la demora en su otorgamiento o su denegación improcedente; o la ocupación temporal que exceda de un determinado período de tiempo.

Además, y dado que la ordenación del territorio y el Urbanismo es competencia autonómica, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, reconoció el derecho a establecer nuevos supuestos indemnizatorios. En virtud de este esquema, las distintas leyes autonómicas de Urbanismo y ordenación del territorio han procedido a reconocer nuevos supuestos indemnizatorios que, en ocasiones, se limitan únicamente a concretar las previsiones de la normativa estatal. Así lo establece en Cataluña, por ejemplo, el artículo 115 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto,

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña (en adelante, TRLUC).

Veamos, pues, cuándo la Administración debe indemnizar a los particulares cuando se produce una alteración anticipada de la ordenación territorial y urbanística (*ius variandi*), el concepto de patrimonialización, las vinculaciones singulares de la propiedad, la denegación de solicitudes de licencia por aprobación de planes posteriores, la indemnización por obras públicas, la teoría de la desatención flagrante de la normativa o la reserva del 30% para vivienda protegida en suelo urbano consolidado.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

A las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (arts. 32 a 37 LRJSP y arts. 91 y 92 LPACAP), que resultan aplicables también al Urbanismo en la medida en que se cause un daño al particular que no tiene el deber jurídico de soportar (por ejemplo, la paralización de unas obras, la revisión judicial de una sanción urbanística), se añaden los supuestos previstos a lo largo de la legislación urbanística. Estos pivotan en torno a la figura del plan, pues la propia legislación se construyó sobre la figura clave del planeamiento.

Es, tomando como fundamento el planeamiento, que la normativa definirá la distribución de espacios horizontales y verticales, regulará las cargas y beneficios, tanto comunes como de los propietarios, y determinará las vías de aprobación y la propia forma de ejecución del plan urbanístico.

Con las últimas reformas legales, el Derecho urbanístico ha ampliado su horizonte, integrando en su ámbito la ordenación del territorio, así como el estatuto jurídico de la propiedad del suelo, que se ve limitado por la legislación urbanística y por los distintos planes. Así, el Urbanismo es en la actualidad una función pública, en la cual la Administración debe conjugar el mejor aprovechamiento para la comunidad con los intereses de los propietarios, teniendo en cuenta al mismo tiempo el respeto por el medio ambiente y la gestión adecuada del territorio.

En consonancia con las leyes previas que atribuían la potestad normativa urbanística a la esfera local, la Ley de 12 de mayo de 1956, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, LS 1956) fue, de hecho, la primera ley de ámbito estatal del suelo y de su ordenación.

Con su aprobación, «el derecho de propiedad adquiere un estatuto jurídico propio, encontrando su límite y configuración en la Ley y en el planeamiento urbanístico». A través de esta Ley, «se proclama la entera res-

ISBN: 978-84-7777-740-3

ponsabilidad de los poderes públicos respecto de la ordenación urbanística de la totalidad del territorio nacional, lo que abarca la planificación y, también, la fijación del régimen jurídico de la propiedad del suelo, la ejecución de las urbanizaciones y el fomento e intervención de las facultades dominicales», en palabras de Fernández Torres (2010).

Los derechos del propietario nacen con el Plan y se modifican a través de la potestad administrativa del *ius variandi*. El Plan, así, se constituye en la norma que otorga derechos, limitaciones o expectativas; aquellos casos en que sea posible una indemnización deberán estar previstos en la legislación vigente.

Y, a estos efectos, la LS 1956 preveía, en su artículo 70, que el propietario tenía derecho a indemnización en el caso de que el nuevo planeamiento disminuyera el coeficiente de aprovechamiento del suelo de su propiedad por debajo de un cierto límite. Esta previsión generó controversia entre la doctrina, ya que la norma establecía que la indemnización tendría lugar a través de la expropiación o la imposición de servidumbre, y no a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando parece evidente que se trataría de un acto lícito que, tal como la propia Ley establece, el propietario no tiene el deber jurídico de soportar.

Finalmente, la LS 1956 contemplaba la posibilidad de indemnizar a los particulares con la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico, en el caso de que hubieran iniciado trámites para edificar en su propiedad bajo las premisas dispuestas en el plan anterior (art. 22). En este supuesto, se preveía la devolución del coste de los proyectos realizados de forma previa a la publicación en el correspondiente *Boletín Oficial* de la provincia de la suspensión del otorgamiento de nuevas licencias mientras se tramitaba la nueva planificación.

Estos postulados se mantuvieron en la reforma de la Ley a través de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, LS 1975), que fue refundida con el texto anterior mediante el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLS 1976).

Junto con las anteriores, se preveían también determinados supuestos de indemnización; concretamente, en el artículo 87 TRLS 1976 se disponía que se incurriría en responsabilidad de la Administración en el caso de modificarse o revisarse la planificación urbanística antes de que transcurriera el plazo previsto de ejecución, y, en todo caso, si la ejecución no se llevaba a cabo «por causas imputables a la Administración». Asimismo, si la ordenación causaba restricciones singulares del aprovechamiento urbanístico que no pudieran ser objeto de distribución equitativa entre los afectados, se generaría igualmente derecho a indemnización.

Con las previsiones incluidas en el citado artículo, se consideran fijados los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho indemnizatorio, a saber:

— Existencia de alteración anticipada de un plan, ya sea por modificación o por revisión. El suelo no urbanizable o rústico quedaba fuera de toda posibilidad de indemnización, al no variar sus derechos urbanísticos con la nueva ordenación.
— La alteración debía tener lugar a través de los planes citados en la Ley: planes parciales, planes especiales o programas de actuación urbanística. Para aquellos supuestos en que el Plan General podía ser ejecutado directamente, la jurisprudencia negó la aplicabilidad de la disposición.
— Era necesario que la ejecución del Plan no se hubiera podido llevar a cabo como consecuencia de la revisión o modificación, tanto si se encontraba aún dentro del plazo de ejecución como si era la propia Administración quien lo impedía.

Finalmente, en el artículo 27.4 TRLS 1976 se seguía manteniendo la indemnización en los casos de licencias suspendidas debido a la elaboración de un nuevo planeamiento, incluyendo los gastos oficiales de los proyectos elaborados y, además, las tasas municipales satisfechas por la solicitud de licencia.

Tras la Ley 8/90, de 25 de julio (en adelante, LRSV), y su sistema gradual de adquisición del derecho de propiedad, su refundición en el Real Decreto Legislativo 1/1991, de 26 de junio (en adelante, TRLS 1992), y su posterior declaración de inconstitucionalidad por razones competenciales llevada a cabo por la STC 61/1997, se resucita la Ley de 1976 y se dictan las distintas leyes urbanísticas autonómicas.

La posterior Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (en adelante, LRVS), arts. 41 a 44, continúa contemplando la posibilidad de indemnización por reducción de aprovechamiento, cuando esta se produzca antes de que transcurran los plazos previstos para su ejecución, o bien si los plazos han transcurrido pero la ejecución no se ha realizado por causas imputables a la Administración.

Por otra parte, sí se ampliaba el supuesto de la indemnización por reducción del aprovechamiento urbanístico como consecuencia de la aprobación de cualquier tipo de plan, eliminando la lista específica que figuraba en el TRLS 1976. Además, se especificaba que, en estos casos, la lesión sufrida por el particular sería la propia reducción del aprovechamiento introducida por el nuevo plan; de este modo, la Ley estatal no entraba en los aspectos de ejecución de la planificación, que eran de competencia autonómica, como ya se ha señalado.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Para aquellos casos en que ya se había obtenido licencia de construcción, el artículo 42 LRSV diferenciaba entre si la edificación ya se había iniciado o no. En función de ello, la licencia podía ser modificada para adaptarse a la nueva planificación o sería declarada extinguida, fijándose en todo caso la indemnización pertinente por la reducción del aprovechamiento resultante.

Por último, los arts. 43 y 44 regulaban, respectivamente, la indemnización por vinculaciones o limitaciones singulares y la indemnización de los gastos producidos por un cambio anticipado del plan o por la expropiación. También se preveía indemnización para aquellas licencias urbanísticas demoradas o denegadas de forma improcedente por la Administración, salvo que existiera dolo, culpa o negligencia atribuible al interesado.

La siguiente modificación se produjo con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (en adelante, LS 2007). Aunque conservaba en buena parte el esqueleto normativo del TRLS 1992, la normativa fue refundida a través del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS 2008).

Con esta regulación, se establece el orden competencial que atribuye a las Comunidades Autónomas el diseño y el desarrollo de la política de ordenación del territorio, del Urbanismo y de la vivienda, al tiempo que el Estado es competente para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo, comprendiendo la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el procedimiento administrativo común. No obstante, y aunque sea de forma indirecta, resulta evidente que la legislación estatal afecta a las leyes urbanísticas autonómicas, ya que, aunque no incluya una regulación concreta de los planes urbanísticos o de la clasificación y categorización del suelo, sí fija unos criterios respecto a la valoración del suelo.

Por otra parte, el TRLS 2008 fue modificado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Las previsiones de estas dos últimas normas, tanto en su terminología como en su contenido, han sido regularizadas, aclaradas y armonizadas a través del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante, TRLS 2015), que ha permitido estructurar y ordenar en una única disposición general los preceptos de distinta naturaleza y alcance que contenían el TRLS de 2008 y la denominada «Ley de las tres erres» de 2013.

En la actualidad y a nivel legal, los supuestos y requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística son los que derivan de la normativa general (art. 106 CE y art. 32 a 37 de la LRJSP) a los que se añade las previsiones y supuestos específicos de la legislación urbanística, esto es el

título VI del TRLS 2015 (artículos 42 a 48), aunque de manera saltuaria también se recoge en diversos supuestos indemnizatorios por todo el texto. Las reglas previstas en esta Ley son las siguientes:

a) El punto de partida es que la ordenación territorial y urbanística no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos establecidos expresamente por las leyes.
b) El artículo 48 regula los supuestos indemnizatorios, que se añaden a los previstos, con carácter general, en la LRJSP. En concreto, el artículo 48 TRLS 2015 dice:

> «Artículo 48. Supuestos indemnizatorios.
>
> Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos:
>
> a) La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.
>
> Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incursa en dicha situación durante su vida útil.
>
> b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa.
>
> c) La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística.
>
> d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.
>
> e) La ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el período de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se le adjudiquen al propietario otros de valor equivalente. El derecho a la indemnización se fijará en los términos establecidos en el artículo 112 de la Ley de Expropiación Forzosa.
>
> Transcurridos cuatro años desde la ocupación sin que se hubiera producido la aprobación definitiva del mencionado instrumento, los interesa-

ISBN: 978-84-7777-740-3

dos podrán efectuar la advertencia a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, quedando facultados para iniciar el mismo, mediante el envío a aquélla de la correspondiente hoja de aprecio, una vez transcurridos seis meses desde dicha advertencia».

c) La clave del sistema, como veremos, es el concepto de patrimonialización. La indemnización al particular se produce cuando la expectativa de derechos que representaba el plan se incorpora al patrimonio del propietario y, posteriormente, su realización queda frustrada por diversas causas, entre las que se encuentra, la modificación anticipada del planeamiento.
d) Otros preceptos perfilan la responsabilidad patrimonial en materia urbanística, a saber:

   — Artículo 11.3 TRLS 2015. La alteración de los criterios y previsiones facilitados en la contestación a una consulta urbanística, dentro del plazo en que esta surta efectos, podrá dar derecho a indemnización por los gastos en que se haya incurrido por la elaboración de proyectos que resulten inútiles, en los términos del régimen general de responsabilidad patrimonial.
   — Artículo 11.5 TRLS 2015. Si la Administración no adopta en el plazo de 6 meses las medidas para el cese de ocupación o utilización tras una comunicación previa o declaración responsable defectuosa, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas (con derecho de repetición sobre el infractor)
   — Artículo 65.2 en relación con el artículo 67.2 TRLS 2015. En expedientes de disciplina urbanística sobre fincas creadas por parcelación, reparcelación, obra nueva o propiedad horizontal: la omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la anotación preventiva dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe.
   — Arts. 38 y 39 TRLS 2015. Aunque estrictamente regulan valoración, son la base para cuantificar las indemnizaciones del art. 48: indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización e indemnización de la iniciativa y promoción de actuaciones.

e) El TC en Sentencia 143/2017 ha declarado que esos supuestos indemnizatorios fijados por el Estado no son *numerus clausus*, juntamente con el art. 32 LRJSP constituyen la legislación básica que deriva del artículo 149.1.18 CE que impide contradecir sus postulados, pero permite a las Comunidades Autónomas ampliar los supuestos indemnizatorios incluidos en la Ley del Suelo. Así, por ejemplo, en Cataluña, el TRLUC recoge diversas previsiones al respecto.

Veamos pues las principales cuestiones polémicas de la responsabilidad patrimonial por actos urbanísticos.

III. REGLAS GENERALES Y PRINCIPIOS DEL URBANISMO CON RELACIÓN AL PLAN

El art. 48 TRLS 2015, en sus apartados a) y c) prevé cuándo se genera responsabilidad de la Administración con relación a los planes.

En realidad, la norma está haciendo referencia a cuatro supuestos diferenciados. Por un lado, como veremos, la alteración anticipada de la planificación territorial o urbanística cuando de ello se derive un perjuicio al propietario. Por otro, la alteración también anticipada del sistema de ejecución o gestión del plan. Además, y en ambos casos, la norma prevé la posibilidad que por retraso indebido imputable a la Administración la ejecución, transcurridos los plazos legalmente, no se haya llevado a cabo. Un último supuesto al que nos referiremos sucintamente hace referencia a la alteración cuando ya se han concedido las licencias urbanísticas.

¿A qué es debida la redacción de este precepto? ¿Cuál es el punto de partida en el que se encuentra el propietario? ¿Cuáles son las reglas del juego que, de ser incumplidas, van a dar lugar a la indemnización?

El punto de partida, previo al análisis concreto del precepto es que nuestro ordenamiento parte de una concepción estatutaria del derecho de propiedad.

El derecho de propiedad se supedita a su función social (art. 33 CE) y su contenido «resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística» (art. 11.1 TRLS 2015). El contenido del derecho de propiedad viene determinado por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística vigente en cada momento y en los instrumentos de planificación que sean de aplicación. Es el plan el que otorga el contenido del derecho de propiedad. El eje central de la ordenación urbanística es el plan. La legislación urbanística se remite al plan para que éste establezca la ordenación del territorio, defina sus usos y, además, concrete el contenido del derecho de propiedad. La legislación urbanística define unos mínimos que debe respetar el plan (así, los estudios urbanísticos o índices numéricos mínimos que debe incorporar el plan respecto a zonas verdes, asentamientos, densidad máxima de viviendas), pero es el plan el que definitivamente determina el estatuto del propietario, es decir, el conjunto de derechos y deberes que derivan de su ordenación.

El propietario de un terreno sin plan, en su estado originario o natural, tiene una propiedad con un aprovechamiento que deriva de sus cualidades

ISBN: 978-84-7777-740-3

materiales (uso agrícola, forestal, etc.). Partiendo de ese contenido material, es el plan el que define los límites, la extensión de dicho derecho. Así lo afirman los artículos 4 TRLS 2015 (los planes determinan «las facultades y deberes del derecho de propiedad conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere el derecho a exigir una indemnización salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes») y 11 TRLS 2015 («el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a diversos destinos»).

Finalmente, el apartado segundo de este artículo 11 acaba señalando que el derecho a edificar no se integra en el derecho de propiedad. Únicamente se adquiere como última fase del proceso urbanizatorio, con el cumplimiento de todos los deberes que la legislación urbanística imponga al propietario (en este mismo sentido, art. 6 TRLUC).

Así, al contenido natural originario del derecho de propiedad, la ordenación urbanística le añade un valor cuando prevé su paso a la situación de suelo urbanizable y en los supuestos en los que está clasificado como urbano.

Por tanto, que el derecho de propiedad o su régimen jurídico es estatutario significa que su contenido viene determinado por las leyes de ordenación territorial urbanística, por las normas y planes que las desarrollan. Consecuencia directa de este carácter estatutario es que el particular perjudicado por la ordenación urbanística o territorial, *a priori* y como regla, no tiene derecho a percibir una indemnización, a menos que de acuerdo con el precepto que estamos estudiando y las reglas generales de la responsabilidad patrimonial, se manifieste expresamente lo contrario.

De ese modo, y para entender cuando puede producirse (o no) responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística por alteración de los planes o de sus reglas de ejecución o gestión, es necesario entender, previamente, la base del sistema urbanístico en nuestro ordenamiento, sistema que se sustenta en las siguientes reglas:

a) Los planes, como norma reglamentaria que son, definen el contenido del derecho de propiedad.
   El plan dibuja y anticipa lo que el cabo del tiempo será la ciudad y el espacio territorial regulado.
b) Los terrenos, en su estado originario, se valoran como rústicos hasta que el plan los clasifica (suelo urbano, urbanizable o no urbanizable, art. 21 TRLS 2015) y los califica (dentro de suelo urbano, residencial, industrial, comercial). Establece así la utilización futura del suelo (art. 20 TRLS 2015).
c) La aprobación de un plan genera un aumento de valor (plusvalía). El propietario está sujeto a la función social del derecho de propiedad y únicamente podrá entender incorporado a su patrimonio el derecho

a edificar cuando haya cumplido con una serie de deberes que vienen recogidos genéricamente en el art. 18 TRLS 2015 y concretados en la legislación autonómica (así, art. 43 LUC).

d) El art. 3.1 TRLS 2015 dispone que: «La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes».
   Si se cumplen los requisitos legales expresamente tipificados y se altera el plan causando un daño al particular, podrá surgir el derecho a indemnización, siendo este una excepción al principio general de no indemnizabilidad por alteración de la urbanización territorial y urbanística.
e) En la ejecución de los planes debe garantizarse el reparto equitativo de beneficios y cargas (art. 7 TRLUC y art. 11 TRLS 2015).
f) Los planes de ordenación, como toda norma reglamentaria, tienen vigencia indefinida. Ahora bien, cuando la ejecución del plan se ha agotado o por circunstancias tasadas debidamente acreditadas, la Administración debe alterarlo, puede hacerlo (es el *ius variandi*), tiene en sus manos la posibilidad de ejercer su potestad innovadora mediante dos técnicas: la revisión del plan y su modificación.

Derivado de lo anterior, es que la Administración puede variar la ordenación urbanística vigente, de acuerdo con las exigencias del interés público. Esta variación, el denominado *ius variandi*, es decir, el derecho de la Administración, como garantía del interés público, de alterar la ordenación urbanística, no genera, *a priori*, lesión indemnizable, al aplicar simples limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad, las reglas del juego, su estatuto.

Ahora bien, la Ley prevé unas excepciones que pueden provocar la indemnización al particular. Estas son:

a) La alteración anticipada de la ordenación territorial o urbanística.
b) Una alteración anticipada, antes de transcurrir los plazos para su total ejecución, del acto o negocio de la adjudicación de la actividad de ejecución urbanística.
   Esa lesión puede ser consecuencia también de la alteración anticipada de las condiciones del ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella.
c) La falta de ejecución de los planes (su realización material) por causas imputables a la Administración.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Veamos pues, estos supuestos, haciendo una sucinta referencia al supuesto último, en que el título habilitante (licencia o comunicación previa) queda frustrado por la alteración del plan.

IV. LA ALTERACIÓN ANTICIPADA DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA

El aumento de valor generado por la ordenación del uso de los terrenos y construcciones por los planes territoriales y urbanísticos provoca un aumento de valor (plusvalía) del que sacan provecho los particulares. Junto a esa premisa, la legislación somete la propiedad al cumplimiento de su función social y, en consecuencia, el propietario solo puede entender incorporado a su patrimonio el derecho a edificar cuando haya cumplido con una serie de deberes recogidos en la Ley de Suelo (art. 18 TRLS 2015).

Con este punto de partida, la Ley, como excepción, contempla que, cumpliendo una serie de requisitos, la alteración anticipada de la ordenación territorial o urbanística puede dar lugar a la puesta en marcha del instituto de la responsabilidad patrimonial y, por tanto, a la indemnización al propietario. Veamos los principales requisitos que deben concurrir para ello y luego veremos el concepto de patrimonialización y cuándo se produce, concepto clave para desencadenar la responsabilidad patrimonial de la administración por modificación anticipada de los planes e instrumentos de gestión.

A) La existencia de una alteración de la ordenación territorial o urbanística

Ante la diversidad de planes territoriales y urbanísticos la Ley ha optado por incluir *cualquier alteración en la ordenación territorial, no solo en la urbanística* o de ordenación de la urbe, como posible generador de una lesión que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. El legislador en este punto es consciente que, cada vez más, existen planes territoriales que aprueban en ocasiones las comunidades autónomas y que, sin llevar cabo una ordenación detallada de la ciudad (planes urbanísticos) si que prevén determinaciones que se imponen a los planes inferiores y que, al tener un elevado grado de detalle, su modificación puede dar al traste con los derechos ya incorporados al patrimonio de los particulares.

Al estructurar el territorio en sus grandes líneas (infraestructuras, distribución de asentamientos, coordinación de las competencias de los distintos niveles de Administración Pública) e imposición, en virtud de los principios de jerarquía y competencia por razón de la materia, al resto de planes, resulta loable su inclusión como causa que puede desencadenar la responsabilidad.

B) La *alteración* (modificación, revisión o incluso derogación) de un plan por otro *ha de ser anticipada,* impidiendo que el derecho ya incorporado en

la esfera jurídica del propietario pueda ser realizado íntegramente, no pueda materializarse, hacerse realidad, debiendo entonces ser indemnizado.

Se trata pues de una alteración hecha en un momento avanzado del proceso urbanístico. Esa circunstancia nos llevará a analizar el momento a partir del cual se genera la lesión indemnizable, que en palabras de la jurisprudencia será a partir del instante que el derecho se ha patrimonializado, se ha incorporado a la esfera privada del propietario. A nuestro juicio, como veremos, esa circunstancia concurre con la aprobación del plan más específico según el tipo de suelo (plan parcial, plan especial), pasando entonces de ser una mera expectativa de derechos a constituir una realidad. Veremos en un apartado los problemas que plantea esta cuestión.

Además, se exige que esta alteración (por los procedimientos de revisión del plan o de modificación) realizada cuando ya se ha patrimonializado el derecho, lo sea alterando los plazos que el propio instrumento de planeamiento prevea para su correcta ejecución. No olvidemos que los planes como normas reglamentarias que son tienen vigencia indefinida y su eficacia, una vez aprobados los instrumentos de gestión correspondientes, debe realizarse muchas veces de acuerdo con el antiguamente denominado plan de etapas.

Así, ¿qué sucede si el plan no establece ningún plazo de ejecución? ¿Cuándo se entiende entonces que ha sido alterado anticipadamente? En un primer momento la jurisprudencia entendió que, si ni la Ley ni el plan establecían plazo alguno, el período para llevar a cabo la ejecución del plan era indeterminado, con lo cual ninguna alteración del plan se producía anticipadamente. Sin embargo, a partir de la STS de 15 de noviembre de 1993 (Ar. 10115; ponente, F. J. Delgado Barrio), es doctrina consolidada que existe un acto implícito. La Sentencia dice:

«(…) [L]a responsabilidad derivada de una modificación anticipada de los planes prevista en el art. 87.2 del Texto Refundido opera no solo en los supuestos en que se hayan previsto expresamente plazos para su ejecución, son también cuando no exista esa previsión: el plan nace para hacerse realidad —si así no fuera no pasaría de ser un dibujo muerto— lo que implica la necesidad de desarrollar una compleja actividad de ejecución que reclama siempre un cierto lapso de tiempo, de suerte que hay que entender que existe un plazo implícito que abarcará el tiempo razonablemente necesario para su ejecución lo que justifica una confianza legítima en que el plan va a mantenerse vigente durante ese tiempo. Solo así puede esperarse que los particulares hagan gastos para su ejecución.

Y si la modificación se produce antes del agotamiento de dicho plazo implícito, podrá entrar en juego la indemnización derivada de una modificación anticipada», que alguna normativa establece en tres años desde la aprobación definitiva del plan derivado o desde que se haya establecido la correspondiente ordenación detallada.

ISBN: 978-84-7777-740-3

C) Que la *alteración anticipada* de la normativa urbanística *provoque una imposibilidad de materializar el derecho patrimonializado*, bien por alterar las condiciones de la urbanización, bien por restringir el aprovechamiento urbanístico, al preverse uno inferior al anterior.

El redactado del art. 48.a) TRLS 2015 no exige que la lesión se produzca con la reducción del aprovechamiento urbanístico como ocurría en el pasado. Simplemente, puede consistir en la alteración de las condiciones del ejercicio de la urbanización o las condiciones de participación de los propietarios en ella.

Por tanto, podrán darse los supuestos indemnizatorios en unos casos y, además, la responsabilidad podrá producirse también con el incremento del aprovechamiento urbanístico reconocido por el nuevo plan, pues es posible que las nuevas reglas (usos, clasificaciones urbanísticas) aunque proporcionen mayores aprovechamientos, dado el grado de desarrollo de la urbanización y el cambio sobrevenido, sean perjudiciales para el propietario.

La cuestión más importante a nuestro juicio es señalar a partir de cuándo se produce la patrimonialización, es decir, los derechos urbanísticos del propietario, el valor urbanístico del terreno pasa de ser una mera expectativa a considerarse incorporado a su patrimonio, y aquí nuestra opción difiere de la recogida en la jurisprudencia mayoritaria, que considera que se patrimonializa el derecho con el cumplimiento de los deberes urbanísticos y la consolidación de un avanzado grado de ejecución. Es a partir de entonces cuando, si se modifica el plan, las reglas del juego, se cumpliría el requisito del daño efectivo y lo que eran meras expectativas se convertirán en daños reales y derechos frustrados.

V. CONCEPTO DE PATRIMONIALIZACIÓN. *IUS VARIANDI*

El sistema de indemnización por daños se produce a partir de la patrimonialización del derecho, es decir, cuando la expectativa de derechos que representaba el plan se incorpora al patrimonio del particular y su realización queda frustrada, produciéndose entonces una lesión que deberá indemnizar la Administración. En este punto, conviene concretar cuándo se produce, según la jurisprudencia mayoritaria, la patrimonialización del derecho y formular algunas reflexiones críticas sobre esta opinión también mayoritaria.

Los requisitos tradicionales han sido:

a) La necesidad de que esté aprobado el plan más específico en función del suelo de que se trate (normalmente, el plan general en terrenos de aplicación directa, el plan parcial o el plan especial).
b) Que el propietario, cumpliendo sus deberes, contribuya a hacer posible el ejercicio de ese derecho. Por tanto, solo se patrimonializaría el

derecho cuando el plan ha llegado a la fase final de realización y entonces se modifica, provocando una lesión que deberá ser indemnizada.

Esta es la doctrina que deriva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987 (Ar. 1987/5255) y que, tras reconocer la regla general de no indemnizabilidad como consecuencia de la ordenación urbanística, puede resumirse del siguiente modo:

«TERCERO:

Sin embargo, y frente a lo expuesto, aparece la regla excepcional del art. 87.2 del Texto Refundido, que prevé la indemnización, en lo que ahora interesa, para los supuestos de modificación o revisión anticipada de los Planes Parciales. Debe destacarse el carácter excepcional de la norma, reiteradamente puesto de relieve por la jurisprudencia —así, sentencias de 14 de junio de 1983, 10 de abril de 1985, etc.—; esta excepcionalidad deriva del ya indicado carácter estatutario del régimen de la propiedad inmobiliaria y resulta explicitada, en su contexto próximo, por la relación existente entre los apartados 1 y 2 del citado art. 87.

CUARTO:

En este contexto, debe perfilarse el supuesto de hecho del precepto, planteando la cuestión de si, para provocar la consecuencia jurídica indemnizatoria prevista, basta, en lo que aquí interesa, una modificación anticipada de los planes que se indican, sin más, o si, por el contrario, es necesaria la concurrencia de algún otro requisito. […] Y, dado que el problema se plantea en materia urbanística, habrá que determinar en qué momento surgen derechos susceptibles de sufrir aquella lesión, concretando si nacen de la mera aprobación del planeamiento o si, por el contrario, es necesario que concurran otros presupuestos.

QUINTO:

[…] No basta, así, con el Plan de detalle para atribuir un derecho derivado del destino urbanístico del suelo previsto en aquel. Este derecho solo se adquiere, solo se patrimonializa cuando el propietario, cumpliendo sus deberes, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio. Es evidente la conexión causal existente entre deberes, de una parte, y aprovechamientos urbanísticos, de otra. Solo el cumplimiento de aquellos confiere derecho a estos. Por ello, solo cuando el plan ha llegado a «la fase final de realización» —sentencias de 29 de septiembre de 1980, 14 de junio de 1983, 10 de abril de 1985— se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y solo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el art. 87.2, cuyo contenido debería fijarse en perfecta congruencia con el contenido de los derechos de los que el propietario ha sido privado».

ISBN: 978-84-7777-740-3

Teniendo en cuenta lo anterior, y de acuerdo con esta jurisprudencia, la mera aprobación del plan urbanístico más específico no es suficiente para originar una lesión indemnizable, sino que es necesario que el plan haya alcanzado su fase final de realización.

A nuestro juicio, esta es una interpretación excesivamente restrictiva, ya que, en realidad, y conforme al sistema urbanístico previsto en la Ley del Suelo desde 1956, con la aprobación más específica del plan en el terreno correspondiente, se incorpora a la esfera jurídica del particular, se patrimonializa el derecho (a urbanizar, a edificar). Su reducción o supresión por un cambio anticipado del estatuto del propietario, en virtud de las normas generales de la responsabilidad patrimonial, causa una lesión que no tiene el deber jurídico de soportar. Otra cuestión es que el quantum indemnizatorio dependerá del grado de realización del planeamiento y de la consolidación de la urbanización, en definitiva, de los gastos, daños y perjuicios causados. Pero esta circunstancia (el grado de desarrollo del plan) afecta al *quantum* indemnizatorio, no al momento en que nace el derecho a la indemnización, que, como decimos, surge con la patrimonialización del derecho en el momento en que se aprueba el plan más específico, hecho que marca el paso de la mera expectativa a la realidad del derecho.

A nuestro entender, la regulación actual obliga a cambiar las reglas restrictivas (jurisprudenciales y doctrinales) mayoritarias y entender que:

a) El plan es el que ordena el territorio, define sus usos y concreta el contenido del derecho de propiedad. Es el plan el que define el estatuto del propietario, es decir, el conjunto de derechos y deberes que derivan de su ordenación. El propietario de un terreno sin plan, en su estado originario, tiene un aprovechamiento que deriva de sus cualidades materiales (uso agrícola, forestal). Partiendo de este contenido material, es el plan el que define los límites y el alcance de este derecho.
b) Es con la aprobación del plan más específico según el tipo de suelo (Plan General, Plan Parcial, Plan Especial) cuando las expectativas de derechos pasan a integrarse en el patrimonio del propietario. La expectativa se convierte en realidad. A partir de ese momento, la modificación o revisión del plan alterando las condiciones urbanísticas podría ser indemnizada, y únicamente el *quantum* dependerá del grado efectivo de realización de la urbanización (cuanto más avanzada sea la realización frustrada, mayor será la indemnización). Esta es la postura del Tribunal Supremo recogida en la Sentencia de 25 de febrero de 1992 (Ar. 1992/2973), que considera que las expectativas de derecho que derivan del plan deben ser indemnizadas en caso de una alteración anticipada del mismo.

Aquí se produce una lesión patrimonial que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. De este modo, resulta claro que un propietario,

confiando en la subsistencia durante cierto tiempo de una determinada ordenación urbanística, haya realizado inversiones y gastos que después resulten lesionados como consecuencia de la alteración del plan o, confiando en la persistencia de un suelo clasificado como urbanizable y previsto de plan parcial, haya adquirido terrenos a precios determinados por esta circunstancia, si posteriormente se devalúan de forma significativa como consecuencia de la modificación del planeamiento, se produce una lesión del patrimonio de su titular que debe ser indemnizada. A nuestro juicio, esta es la postura que debe mantenerse.

VI. VINCULACIONES SINGULARES DE LA PROPIEDAD

Como es sabido, en la ordenación de la ciudad los planes pueden imponer limitaciones y deberes a la propiedad del suelo. La regla general es que estas limitaciones son cargas propias del régimen normal de la propiedad urbanística y, por tanto, no son indemnizables.

En cambio, existe un tipo de carga especial que se denomina vinculación singular y que, según el Tribunal Supremo, es una carga o limitación impuesta por el planeamiento urbanístico que excede del contenido normal de la propiedad, individualiza el sacrificio sobre un propietario concreto y no está justificada por los deberes urbanísticos comunes, deberes que se hacen realidad mediante el mecanismo de la equidistribución de beneficios y cargas, que es la plasmación en el Urbanismo del derecho de igualdad (art. 14 CE). El artículo 48.b TRLS 2015 declara como supuesto indemnizatorio «Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa».

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2008 (Ar. 2008/7248), existe vinculación singular —que da derecho a indemnización— cuando concurren estas circunstancias:

a) Se trata de una carga excesiva respecto al régimen normal de la propiedad, que se concentra en un terreno concreto y específico.
b) Estamos ante un sacrificio individualizado impuesto a un propietario sin que tenga derecho a un reparto equitativo de beneficios y cargas (por ejemplo, un campo de fútbol, una central eléctrica o un equipamiento comunitario al servicio de toda la comunidad).
c) El planeamiento asigna a esa finca concreta el deber de soportar el equipamiento sin compensación. En esta línea, puede suceder que el planeamiento imponga una servidumbre de paso público que inutilice el disfrute privado del terreno.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En estos casos, la Administración deberá indemnizar mediante el mecanismo de la responsabilidad patrimonial. Se trata, como se ha indicado, de supuestos específicos en los que la carga impuesta no forma parte de los deberes ordinarios de la propiedad urbanística: se impone al propietario un sacrificio especial y no generalizado, el propietario queda privado o gravemente afectado en su aprovechamiento urbanístico, no existe un mecanismo de equidistribución que permita repartir las cargas entre el resto de los propietarios y la carga es permanente o estructural. En definitiva, se trata de restricciones urbanísticas extraordinarias que van más allá de los deberes comunes, reduciendo o anulando la edificabilidad.

VII. DENEGACIÓN DE SOLICITUDES DE LICENCIA POR APROBACIÓN DE PLANES POSTERIORES

El artículo 48.c del TRLS 2015 solo contempla que dará derecho a indemnización «[l]a modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística».

Así, la aprobación definitiva de un planeamiento urbanístico conlleva en muchas ocasiones la denegación de licencias de obras que, en el momento de su solicitud, cumplían con el planeamiento urbanístico vigente, lo que propicia reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

El artículo 73 del TRLUC faculta a las administraciones para suspender el otorgamiento de licencias cuando concurran las siguientes situaciones: a) cuando se esté realizando un estudio para la formación o reforma de un instrumento de planeamiento urbanístico; b) cuando se produzca la aprobación inicial de este.

En este sentido se pronuncia la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña en los Dictámenes 351/2019, de 7 de noviembre, y 137/2022, de 21 de abril.

Por un lado, el Dictamen 137/2022, de 21 de abril, analiza la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por Inversiones Doalca Socimi, SA, y Atlante, SL, a raíz de la denegación de una licencia de obras con cambio de uso a hotel en la calle Mallorca 245. Las empresas habían tramitado la licencia en 2015, cuando el proyecto era conforme a la normativa vigente, pero su resolución quedó suspendida por la moratoria municipal de establecimientos turísticos. En 2017, con la aprobación del PEUAT, el Ayuntamiento denegó finalmente la licencia por falta de adecuación del proyecto a la nueva regulación. Las mercantiles reclamaron más de dos millones de euros por los costes del proyecto y los perjuicios derivados. La Comisión Jurídica Asesora confirma la correcta tramitación del expediente y aprecia parcialmente la responsabilidad municipal por los daños efectivamente acre-

ditados. Recomienda, no obstante, delimitar qué gastos son indemnizables y verificar la titularidad del inmueble en el caso de Atlante SL.

Por otro lado, el Dictamen 351/2019 resuelve la reclamación presentada por Arsenal Augusta, SLU, y Arsenal Grupo Deportivo, SL, por los daños derivados de la denegación de una licencia de obras para transformar un edificio de la Via Augusta en un hotel. La licencia se solicitó también en 2015 con informes técnicos favorables, pero la tramitación quedó suspendida por la moratoria de hoteles y posteriormente el PEUAT introdujo nuevas restricciones. En 2017 el Ayuntamiento denegó la licencia y las empresas reclamaron una indemnización por los gastos del proyecto técnico y otros costes asociados. El expediente acredita la legitimidad de las sociedades reclamantes y la correcta tramitación administrativa. Tanto los informes técnicos como jurídicos concluyen que existe responsabilidad patrimonial municipal, si bien limitada a 124.930,01 euros. La Comisión avala esta cuantificación y la propuesta de estimación parcial.

VIII. INDEMNIZACIÓN POR OBRAS PÚBLICAS

La realización de una obra pública debe estar siempre orientada a la satisfacción del interés general y, por tanto, concebida como una actuación destinada al beneficio de la comunidad. No obstante, este principio no impide reconocer que, durante su ejecución, pueden producirse perjuicios que el particular afectado no está jurídicamente obligado a soportar, especialmente cuando la actuación administrativa excede los límites de tolerancia que pueden considerarse razonables o admisibles (obras públicas de duración excesivamente prolongada o actuaciones que no finalizan en el plazo previsto y se prolongan prácticamente *sine die*, etc.).

A continuación, se exponen dos líneas jurisprudenciales que, con matices, difieren en cuanto a la necesidad de indemnizar a los particulares que sufren una obra pública que les provoca un daño o lesión que no tienen el deber jurídico de soportar:

a) Por un lado, encontramos la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2020 que, en la línea establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 relativa al Hotel Miguel Ángel de Madrid, analiza la doctrina general sobre responsabilidad patrimonial en casos de pérdida de accesos a un establecimiento como consecuencia de obras públicas.

Esta línea jurisprudencial parte de la base de que, en el Estado social de Derecho, es legítimo y necesario que la Administración realice obras públicas en beneficio de la colectividad. No obstante, si esta actuación causa un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, deberá ser in-

ISBN: 978-84-7777-740-3

demnizado (por ejemplo, obras que impiden el acceso a negocios abiertos al público, reducción de la clientela durante ese periodo, etc.). El daño o la lesión deberá quedar claramente acreditado, sin que puedan admitirse daños hipotéticos o futuros.

Las sentencias analizadas afirman, además, que la indemnización debe matizarse atendiendo a la concurrencia de tres circunstancias:

— La primera, la duración desmesurada de las obras. Lo que debía durar seis meses terminó prolongándose hasta seis años. La propia Audiencia Nacional califica este exceso temporal de inadmisible y afirma que la parte afectada no tiene el deber de soportar indefinidamente los perjuicios derivados de esta demora injustificada. Unos daños que quizá no serían antijurídicos si las obras hubieran durado el tiempo previsto, sí lo son cuando se prolongan injustificadamente.
— La segunda, la falta de accesos adecuados durante todo ese periodo. La sentencia constata la existencia de irregularidades como resaltos injustificados, falta de mantenimiento, señalización incorrecta, iluminación deficiente y elementos de protección desplazados. Todo ello podría ser tolerable durante seis meses, pero no durante seis años.
— La tercera, la pasividad absoluta de la Administración. A pesar de recibir múltiples comunicaciones de la parte afectada proponiendo soluciones alternativas y advirtiendo de los problemas, la Administración no dio respuesta. Este silencio persistente se considera una actitud inadecuada y desproporcionada.

A partir de estos hechos, la Audiencia Nacional concluye que quedan acreditados tanto el hecho lesivo como la realidad del daño patrimonial sufrido. La sentencia recuerda que, en un Estado de Derecho, la Administración debe responder ante la ciudadanía y que la sociedad actual no acepta pasivamente abusos, disfunciones o silencios de los poderes públicos.

b) Por otro lado, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 que resuelve el recurso presentado por la empresa propietaria del Gallery Hotel de Barcelona contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que solo le había reconocido una indemnización parcial por los perjuicios derivados de las obras de construcción del intercambiador de transportes de la Diagonal. El hotel reclamaba más de 700.000 euros por daño emergente y, sobre todo, por lucro cesante, pero el Tribunal solo le concedió 43.251,34 euros, correspondientes principalmente a la inutilización de su aparcamiento y a los costes asociados.

El Tribunal Supremo confirma íntegramente esta decisión y desestima el recurso. Parte de los hechos probados y constata que, aunque las obras generaron molestias y dificultades, la actividad del hotel no se interrumpió

en ningún momento ni se vio comprometida su viabilidad. La Administración adoptó diversas medidas para minimizar el impacto, como habilitar accesos alternativos, reservar espacios de carga y descarga, colocar señalización específica, reducir horarios de trabajo y atender peticiones puntuales del establecimiento.

El Tribunal entiende que las obras, de gran interés público, comportan inevitablemente molestias y perjuicios que deben ser soportados por los particulares cuando no implican un sacrificio singular. Considera que los daños reclamados, más allá de la inutilización temporal del aparcamiento, forman parte de las cargas sociales que cualquier afectado debe asumir en beneficio de la comunidad, especialmente cuando las obras repercuten positivamente en el futuro del negocio, mejorando su accesibilidad y el entorno urbano.

El Tribunal Supremo rechaza también la comparación con la Sentencia de 23 de marzo de 2009 relativa al Hotel Miguel Ángel de Madrid, donde sí se apreció antijuridicidad del daño debido a la intensidad y duración extraordinaria de las obras. En el caso del Gallery Hotel no hubo obras «a cielo abierto» en la puerta del establecimiento, ni cortes de suministros ni interrupción de la actividad, y los horarios de trabajo estaban limitados.

En conclusión, el Tribunal Supremo confirma que solo son indemnizables los perjuicios derivados de la inutilización del aparcamiento y de los espacios de vado, pero no el resto, porque no superan el umbral de tolerabilidad ni constituyen un sacrificio especial. Por ello, desestima el recurso e impone las costas a la empresa recurrente.

En definitiva, debe indemnizarse siempre que una actuación administrativa legal, adoptada en ejercicio de potestades públicas, cause un daño que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportar. Esta es la frontera entre las cargas propias de la convivencia social y los sacrificios singulares que exigen compensación.

A nuestro juicio, y como conclusión, el Estado social debe realizar actividades como las obras públicas que pueden causar daños o lesiones que el particular no tiene el deber jurídico de soportar y, por tanto, esta actuación, aun siendo conforme al ordenamiento jurídico, debe ser indemnizada en tales casos.

IX. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE TOLERANCIA Y LA DESATENCIÓN NORMATIVA FLAGRANTE

La responsabilidad patrimonial derivada de actos urbanísticos anulados no opera de forma automática por el mero hecho de declararse la ilegalidad del acto administrativo o del instrumento de planeamiento. Así lo ha

ISBN: 978-84-7777-740-3

señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 7 de octubre de 1987:

> «No en todos los supuestos de anulación de un Plan parcial se desencadenará una responsabilidad patrimonial de la Administración, sino solo en aquellos casos en que confiados en la vigencia y legalidad —apariencia provocada por la Administración Pública— se hayan devengado actividades y gastos que devengan inútiles.»

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017 dispone que:

> «Obvio es, por tanto, que no toda anulación del planeamiento conlleva irremisiblemente la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino solo en los supuestos en que las circunstancias concretas del caso hayan creado, antes de su nulidad, un ámbito o una apariencia de legalidad de tal intensidad que haya sido el fundamento de la inversión realizada.»

De este modo, la jurisprudencia viene sosteniendo que la anulación de una licencia, de un instrumento de planeamiento o de cualquier resolución administrativa urbanística no presupone, por sí sola, la existencia de un daño antijurídico indemnizable. Resulta necesario, además, que concurra una lesión efectiva, individualizada y que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar.

Sobre esta base, la doctrina ha construido dos figuras relevantes para delimitar el alcance de la responsabilidad patrimonial urbanística: el margen de tolerancia y la desatención normativa flagrante. Ambas figuras funcionan como criterios de imputación y de antijuridicidad del daño, especialmente en aquellos sectores caracterizados por una elevada complejidad técnica o interpretativa.

La doctrina del margen de tolerancia parte de la premisa de que la Administración urbanística dispone, en determinadas materias, de un espacio razonable de apreciación jurídica y técnica. Al respecto, se entiende que, si la decisión administrativa anulada se adoptó sobre la base de una interpretación defendible de la normativa urbanística, la lesión patrimonial no se considera antijurídica.

Al respecto, «solo serían indemnizables aquellos supuestos de flagrante desatención normativa, esto es, aquellos en que la Administración actúa con un desprecio palmario hacia la ley, revelando una negligencia absoluta y rotunda en la aplicación de las normas» (Martín Valdivia, 2025).

Por tanto, la antijuridicidad del daño no depende exclusivamente de la invalidez del acto administrativo, sino de que la actuación administrativa revele una infracción cualificada del ordenamiento jurídico. Así, cuando la Administración actúa dentro de parámetros interpretativos razonables, aun-

que posteriormente el acto sea anulado, no concurre necesariamente un funcionamiento anormal indemnizable.

Ahora bien, esta interpretación requiere algunos matices. Al respecto, la doctrina señala que existe margen de tolerancia cuando los actos anulados se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, siempre que la decisión administrativa se haya mantenido dentro de márgenes de apreciación «no solo razonados, sino también razonables» (Cobreros Mendazona, 2020). Así lo dispone también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2016:

> «Es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.»

Por tanto, la responsabilidad patrimonial sí tiende a apreciarse cuando concurre una auténtica desatención normativa flagrante, es decir, cuando la Administración prescinde de forma evidente y manifiesta de las determinaciones legales aplicables. En estos casos desaparece el margen de apreciación razonable y la ilegalidad adquiere un carácter grosero o inexcusable. De esta manera, la jurisprudencia ha utilizado esta idea para diferenciar entre simples discrepancias interpretativas y vulneraciones palmarias del ordenamiento jurídico.

En este sentido, «si la Administración Pública debe actuar, siempre, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, resulta obvio que cuando ello no sucede solo cabe apreciar en tal proceder un «funcionamiento anormal» de los servicios públicos» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 512/2019, de 10 de julio).

Desde esta perspectiva, la doctrina del margen de tolerancia se configura como un mecanismo de equilibrio entre el principio de legalidad y la necesidad de reconocer a la Administración ciertos espacios de apreciación técnica en sectores especialmente complejos, como es el urbanístico. Sin embargo, dicho margen desaparece cuando la actuación administrativa evidencia una infracción patente y manifiesta del ordenamiento urbanístico, supuesto en el que la lesión ocasionada deviene antijurídica y, por tanto, susceptible de indemnización.

Al respecto, es necesario señalar que una interpretación excesivamente amplia del margen de tolerancia debilita el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, genera cierta inseguridad jurídica y traslada al administrado las consecuencias derivadas de errores interpretativos o de una incorrecta aplicación de la normativa urbanística. Por este motivo, su aplicación debe realizarse con cautela, ponderando en cada caso la

ISBN: 978-84-7777-740-3

complejidad técnica, la intensidad de la ilegalidad y la confianza legítima generada en el particular.

X. OTRAS CUESTIONES. RESERVA DEL 30% DE VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL EN SUELO URBANO CONSOLIDADO

El derecho a la vivienda, establecido en el artículo 47 de la Constitución y en los artículos 26 y 47 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha sido uno de los derechos olvidados del Estado social y democrático de Derecho. Durante décadas, las administraciones públicas no han invertido en materia de vivienda y, en consecuencia, el parque público de vivienda es escaso, especialmente en contraposición con la demanda por parte de la población, que no deja de aumentar.

Dado que los poderes públicos tienen la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la vivienda, en los últimos años se han ido aprobando diferentes medidas e instrumentos urbanísticos con el objetivo de ampliar el parque público de vivienda y tratar de revertir la crisis habitacional existente.

Entre estas medidas urbanísticas destaca, con especial relevancia, la figura de las reservas de suelo, que ya no solo opera sobre suelo urbano no consolidado o sobre suelo urbanizable, sino que se impone también, como veremos, en el suelo urbano consolidado, donde los propietarios ya han cumplido con las obligaciones urbanísticas establecidas.

En efecto, el derecho urbanístico, tanto en el sistema estatal como en el autonómico, establece una serie de cargas u obligaciones a los propietarios del suelo que, antes de llevar a cabo las actuaciones de urbanización y edificación, deben realizar una serie de cesiones a la Administración y a la colectividad.

Es el caso, por ejemplo, del deber de cesión del 10% del suelo para el aprovechamiento por parte de la colectividad (art. 43 TRLUC) o de los estándares mínimos urbanísticos que constituyen «una técnica de reducción de la discrecionalidad propia de la potestad de planeamiento a través de la fijación de unas reglas de fondo de carácter mínimo o máximo, que actúan como verdaderos límites legales a aquella potestad y, por tanto, de las respectivas competencias asignadas a los distintos órganos» (García de Enterría y Parejo Alfonso, 1979).

Al respecto, la Ley 11/2025, de 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y Urbanismo añade un apartado 2 al artículo 43 del TRLUC y dice lo siguiente:

> «2. Los porcentajes de cesión de suelo correspondientes al aprovechamiento urbanístico establecido por el apartado 1 se reducen a la mitad en

el caso de promotores sociales que lleven a cabo viviendas de protección pública. Esta reducción debe aplicarse con los siguientes requisitos:

a) Que la totalidad del sector o polígono sea de titularidad de uno o varios promotores públicos o privados que tengan la condición de promotores sociales de acuerdo con la legislación sectorial vigente.
b) Que sean sectores de uso residencial dominante.
c) Que más de la mitad del techo edificable esté destinado a vivienda de protección pública.

Esta reducción solo se aplica al aprovechamiento que corresponda a la vivienda de protección pública de alquiler o de cesión de uso con calificación permanente.»

Por tanto, la ley reduce el deber de cesión del 10% al 5% a los promotores sociales que lleven a cabo viviendas de protección pública y que respeten los requisitos establecidos en el art. 43.2 TRLUC.

En relación con las reservas de suelo para la obtención de vivienda pública, las mismas hacen referencia al establecimiento, en los planes urbanísticos, de un porcentaje mínimo de edificabilidad destinado a viviendas sometidas a algún régimen de protección, que implica una limitación de precios, tanto en las rentas de alquiler como en el precio de venta.

Tradicionalmente, estas reservas de suelo se establecían en suelo urbano no consolidado o en suelo urbanizable, es decir, en el suelo destinado al futuro crecimiento de la ciudad, y se utilizaban, efectivamente, para construir viviendas públicas o sociales más asequibles para aquella parte de la población que así lo solicitase.

En la actualidad, teniendo en cuenta el grave problema de acceso a la vivienda existente, los poderes públicos han configurado la posibilidad de establecer reservas de suelo en el suelo urbano consolidado, es decir, en la ciudad ya construida.

Este nuevo tipo de reserva de suelo se introdujo en Cataluña mediante el Decreto-Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, que modificó la legislación en esta materia. A través de este Decreto-Ley se incorporan al TRLUC —es decir, a una norma con rango de ley— las previsiones ya establecidas en la Modificación del Plan General Metropolitano de 2018, que, en el artículo 285 ter de sus normas urbanísticas, prevé la reserva de suelo en suelo urbano consolidado y, en concreto, en aquellas actuaciones edificatorias plurifamiliares de nueva construcción o en aquellas actuaciones edificatorias plurifamiliares sometidas a obras de gran rehabilitación de más de 600 m².

Actualmente, y con las últimas modificaciones introducidas por el Decreto-Ley 2/2025, de 25 de febrero, y la Ley catalana 11/2025, de 29 de diciembre, que adoptan medidas urgentes en materia de vivienda y Ur-

ISBN: 978-84-7777-740-3

banismo, la reserva de suelo se encuentra recogida en los artículos 57.3 y 57.7 del TRLUC, que dispone:

> «3. Los planes de ordenación urbanística municipal y sus modificaciones y revisiones deben reservar, para la construcción de viviendas de protección pública, el suelo suficiente para el cumplimiento de los objetivos definidos en la memoria social que, como mínimo, deberá cumplir los siguientes porcentajes del techo que se califique para uso residencial de nueva implantación, destinados a la venta, al alquiler u otras formas de cesión de uso:
>
> a) El suelo correspondiente al 50% del techo en actuaciones de transformación urbanística del suelo urbanizable.
> b) El suelo correspondiente al 40% del techo en las actuaciones que se realicen en el suelo urbano no consolidado.
>
> A menos que el planeamiento territorial o director urbanístico determinen otra cosa, quedan exentos de esta obligación mínima los planes de ordenación urbanística municipal de los municipios que por su escasa complejidad urbanística solo distinguen entre suelo urbano y suelo no urbanizable.
>
> [...]
>
> 7. La calificación del suelo que establezca el Plan de ordenación urbanística municipal o su planeamiento derivado para localizar las reservas a que se refiere el apartado 6 puede prever la destinación total o parcial de la edificación a viviendas de protección pública. Esta destinación afecta tanto a los edificios plurifamiliares de nueva construcción, aunque conserven algún elemento arquitectónico de una edificación anterior, como a los edificios plurifamiliares existentes en los que se pretendan realizar obras de ampliación, de reforma general o de gran rehabilitación, o de ampliación o incremento del número de viviendas, cuando dichas actuaciones edificatorias tengan por finalidad alojar mayoritariamente a nuevos residentes en las viviendas resultantes no reservadas a la reubicación de realojados o a hacer efectivo el derecho de realojo de anteriores residentes o titulares.
>
> Si la calificación del suelo permite diferentes usos, el planeamiento puede vincular el uso residencial a la condición de que las actuaciones edificatorias mencionadas destinen total o parcialmente la edificabilidad a viviendas de protección pública.
>
> En todos los casos de destinación parcial, si la calificación urbanística no concreta las unidades de vivienda sobre las que recae, el otorgamiento de la licencia de obras queda condicionado a la obtención de la calificación provisional de las viviendas de protección oficial, y la primera ocupación de la edificación queda condicionada a la obtención de la calificación definitiva.

Por tanto, la Ley 11/2025, de 29 de diciembre, ha aumentado los porcentajes de reserva de suelo para la construcción de vivienda pública o social en suelo urbanizable (50%) y los mantiene en el caso del suelo urbano no consolidado y del suelo urbano consolidado (40%), si bien estos porcen-

tajes también se han visto modificados con la aprobación del Plan Territorial Sectorial de la Vivienda.

En cualquier caso, en el suelo urbano consolidado se ha instaurado la reserva de suelo del 30% y, por tanto, los propietarios de este tipo de suelo, además de realizar las cesiones ya previstas en el ordenamiento urbanístico, se han encontrado con una nueva obligación: la de respetar la reserva del 30% del suelo para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección.

Respecto a este establecimiento de las reservas de suelo en suelo urbano consolidado, se han generado dos posturas doctrinales claramente opuestas:

a) Por un lado, hay quienes consideran que esta reserva se ha establecido mediante la técnica de la calificación o el uso del suelo (Ponce Solé, 2018), que, al tratarse de una medida urbanística, es competencia exclusiva de las comunidades autónomas y, por tanto, no afecta al derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución. Esta fue la postura adoptada por el Ayuntamiento de Barcelona durante la tramitación y aprobación de la Modificación del Plan General Metropolitano de 2018 y por la Generalitat de Cataluña con la aprobación del Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre.
   Además, este tipo de reservas han sido validadas por el Tribunal Constitucional que, en su Sentencia núm. 16/2021, de 28 de enero, avala las previsiones de la normativa catalana sobre las reservas establecidas en el suelo urbano consolidado. En este sentido, la concepción de la reserva del 30% de vivienda protegida en suelo urbano consolidado supondría, sin más, un uso distinto al de vivienda, uso que, obviamente, no comportaría derecho a recibir indemnización alguna.
b) Por otro lado, otros entienden que la reserva en suelo urbano consolidado genera una nueva obligación (Aguirre i Font, 2019; Bastús, 2023) que se incorpora de forma global y uniforme al estatuto jurídico de la propiedad de este tipo de suelo y que, por tanto, afecta directamente al contenido esencial del derecho de propiedad establecido en el artículo 33 de la Constitución. En este caso, se considera que con el establecimiento de la reserva del 30% en el suelo urbano consolidado para construir vivienda protegida se está produciendo una incidencia directa en el estatuto de la propiedad, restringiendo las facultades dominicales del propietario, que ya realizó en su momento las cesiones, los deberes de equidistribución de beneficios y cargas y todas aquellas obligaciones necesarias para culminar el proceso urbanizador y edificatorio, y al que ahora se le impone una nueva carga. En consecuencia, esta carga debería comportar la correspondiente indemnización.

ISBN: 978-84-7777-740-3

De acuerdo con lo anterior, la reserva de suelo en suelo urbano consolidado es una medida legal y constitucional. Ahora bien, el Tribunal Constitucional abrió otro debate interesante: la indemnización correspondiente que pueda derivarse del establecimiento de estas reservas. Así lo reconoce la Sentencia núm. 16/2021, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional cuando señala:

> «Ni de las normas dictadas por el Estado para promover la reforma interior de las ciudades frente al modelo tradicional de producción de nueva ciudad (art. 149.1.13 CE), ni del cuadro de derechos y obligaciones de los propietarios de cualquier clase de suelo, incluido el urbanizado sometido a actuaciones de «reforma o renovación de la urbanización» del art. 7.1.a).2 TRLSRU, amparado en el art. 149.1.1 CE, se deriva el derecho de un propietario o empresario a vetar el concreto uso de vivienda protegida habilitado por el legislador catalán; *sin perjuicio, claro está, de la eventual indemnización que pueda proceder como consecuencia de esa imposición, si se cumplen los requisitos legalmente establecidos para ello.*»

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que el hecho de establecer reservas de suelo en suelo urbano consolidado —afectando a edificios plurifamiliares de nueva construcción y a edificios ya existentes y permitiendo la destinación total o parcial de los mismos a la creación de viviendas protegidas— constituye una carga, un deber que se impone al propietario de este tipo de suelo. En consecuencia, se modifica el estatuto jurídico de la propiedad y se crea una nueva carga que debe ser debidamente indemnizada.

En consecuencia, si la Administración impone este tipo de reservas en la ciudad, a la luz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, su establecimiento deja de ser un mecanismo gratuito para la Administración y, por tanto, debe fijarse el correspondiente mecanismo de indemnización para los afectados por las reservas impuestas (objeto de la indemnización, procedimiento, equidistribución de beneficios y cargas, etc.).

Este planteamiento encaja con la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2 de la Constitución, LRJSP, LPACAP y la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto), ya que permite indemnizar a los particulares por aquellos daños que no tienen el deber jurídico de soportar y que, por tanto, son daños antijurídicos (art. 34 LRJSP).

Y es que, en efecto, cuando un propietario ya ha realizado las cesiones, ha cumplido con todos sus deberes urbanísticos y ha llevado a cabo el correspondiente proceso urbanizador y edificatorio, ya ha patrimonializado su derecho. Imponer, con posterioridad, la reserva para destinar el 30% de ese suelo a viviendas protegidas supone una carga que el propietario ya no tiene el deber jurídico de soportar.

En consecuencia, la responsabilidad patrimonial constituiría el mecanismo idóneo para instrumentalizar las indemnizaciones derivadas de la im-

posición de este tipo de reservas de suelo (Trayter Jiménez, 2016), tal y como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, ya que se trata de un daño efectivo (impuesto por una norma con rango legal), evaluable económicamente (la viabilidad económica de los proyectos y la diferencia existente entre el precio de una vivienda libre y el de una vivienda protegida), individualizado (respecto de un determinado edificio plurifamiliar de nueva construcción o ya existente) y que, además, el particular no tiene el deber jurídico de soportar.

XI. BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE I FONT, J. M. (2019). «La reserva d'habitatge de protecció pública en sòl urbà consolidat: el cas de Barcelona». *Revista jurídica de Catalunya,* Vol. 118, núm. 1, pp. 101-122.

BASTÚS RUIZ, B. (2023). *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda*, Editorial Atelier.

COBREROS MENDAZONA, E. (2020). «Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado». *Revista de Administración Pública*, 213, pp. 93-108.

COBREROS MENDAZONA, E. (1998). *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia,* Editorial Civitas.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2010). «El Derecho urbanístico en España». En FERNÁNDEZ TORRES, J. R y VELA COSSÍO, F. (coord.), *Tratado técnico-jurídico de la edificación y el Urbanismo* (pp. 49-80). Tomo IV: Derecho urbanístico y protección del patrimonio, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona.

MARTÍN VALDIVIA, S. A. (2025). «El contexto actual de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística». *Revista Andaluza de Administración Pública,* núm. 120, julio-diciembre, pp. 331-351.

MONTORO CHINER, M. J. (2007). «Valoraciones y supuestos indemnizatorios. Art. 109». En TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña,* pp. 531-575, 2.ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona.

PONCÉ SOLÉ, J. (2018). «Reservas para vivienda protegida en suelo urbano no consolidado. Un nuevo paradigma contra la segregación urbana». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* año n. 52, núm. 326, pp. 19-57.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1992). *El control del planeamiento urbanístico*, Editorial Civitas, Madrid.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (2016). «La responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la ordenación territorial o urbanística». *Revista de Urbanismo y Edificación,* núm. 36, pp. 23-48.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Una aproximación al núcleo iusfundamental del marco constitucional de la Unión Europea: los derechos fundamentales de la Unión Europea y los valores del artículo 2 TUE

Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Catedrático de Derecho Constitucional y de la UE
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0003-3960-4971

Sumario. I. El marco constitucional de la Unión Europea.—II. El núcleo iusfundamental del marco constitucional de la Unión Europea.—III. La sentencia del TJ Comisión c. Hungría, de 21 de abril de 2026: los valores del artículo 2 TUE como parte efectiva del núcleo iusfundamental del Derecho de la Unión.

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Unión es un Derecho con base y consistencia constitucional, siendo la Unión Europea una comunidad de Derecho que cuenta con su propia «carta constitucional». Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal de Justicia, que ya en 1986 calificó a la entonces Comunidad Económica Europea, en su conocida Sentencia Parti écologiste «Les Verts» contra Parlamento Europeo, como una «comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional* fundamental que constituye el Tratado»[1].

Un lustro más tarde, y por si hubiera dudas, el Tribunal insistió en que «el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Acuerdo Internacional, no por ello deja de ser la *carta constitucional* de una Comunidad de Derecho»[2]. Asimismo, recuerda que, conforme a su reiterada jurispruden-

1 C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, apdo. 23.

2 Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre, en relación con el Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo, EU:C:1991:490, apdo. 21; recientemente: STJ Comisión/Polonia, de 18 de diciembre de 2025, C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975, apdo. 164.

ISBN: 978-84-7777-740-3

cia, «los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales[3]». Se trata de un ordenamiento autónomo cuyos rasgos son, en particular, su primacía respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos[4]. Por todo ello los Tratados constitutivos han venido siendo concebidos como la «Constitución» en sentido material de las Comunidades / Unión Europea, y el Tribunal de Justicia como un tribunal al que le compete la garantía jurisdiccional de esa Constitución[5].

Estas fundamentación y caracterización constitucional de la Unión se han visto, además, reforzadas con la reforma operada por el Tratado de Lisboa sobre el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la UE, reforma que ha supuesto la entrada en vigor (2009), con «el mismo valor jurídico» que estos (valor de Tratado), de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE). Como han recordado K. Lenaerts (presidente del Tribunal de Justicia de la UE y catedrático de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Lovaina) y P. van Nuffel (miembro del Servicio Jurídico de la Comisión Europea y profesor, asimismo, de Derecho de la UE en la misma Universidad) en su obra *EU Constitutional Law*, estos son los textos que determinan actualmente las competencias y rigen el funcionamiento de la Unión, y definen los derechos fundamentales tanto de sus ciudadanos como de los demás sujetos de Derecho de la Unión. Son los textos que «funcionan como un *self-referential system* de normas cuya observancia condiciona la legalidad del funcionamiento de la Unión como estructura común de gobierno de los Estados miembros y sus ciudadanos. Por eso se dice que el Derecho de la Unión es *autonomous*, como el *Law of the land* común a los Estados miembros. A fin de mantener su carácter común, esa ley debe interpretarse, aplicarse y hacerse cumplir de manera uniforme. Este es el eje principal de la constitucionalización de la Unión […][6]».

---

3 Dictamen 1/91, cit., apdo. 21. *Vid* también, de forma más reciente, las SSTJUE: RS (Efectos de las sentencias de un tribunal constitucional), de 22 de febrero de 2022, C-430/21, EU:C:2022:99, apartado 47 y jurisprudencia citada; o Comisión/Polonia, de 18 de diciembre de 2025, C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975, apdo. 166.

4 *Cfr.*, por ejemplo: Dictamen 1/17, sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra – CETA, de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341, apartado 109; *Comisión/Polonia*, C-448/23, cit., apdo. 167.

5 Véanse, entre otros: Saiz Arnaiz, A. (1999), «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», *RVAP*, 53; Lenaerts, K., Maselis, I., Gutman, M. (2022, 2.ª ed.), *EU procedural Law*, Oxford European Union Law Library, part. I.

6 Oxford University Press, 2021, *Preface*.

En esta línea, el Tribunal de Justicia ha reconocido e insistido recientemente en que la Unión Europea está dotada de un *marco constitucional propio,* así como de unos principios fundacionales propios[7], una estructura institucional particularmente elaborada[8] y un conjunto completo de normas jurídicas que garantizan su funcionamiento, disfrutando de autonomía respecto del Derecho de los Estados miembros y del Derecho internacional. Un marco en el que el Tribunal incluye «los valores fundacionales enunciados en el artículo 2 TUE, conforme al cual 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", los principios generales del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta y las disposiciones de los Tratados UE y TFUE, que establecen, en particular, las normas de atribución y de reparto de competencias, las normas de funcionamiento de las instituciones de la Unión y del sistema jurisdiccional de esta y las normas fundamentales en ámbitos específicos, estructuradas de modo que contribuyen a la realización del proceso de integración recordado en el artículo 1 TUE, párrafo segundo[9]».

Ese marco constitucional propio y autónomo cuenta también, a su vez, con su sistema jurisdiccional, que incluye su particular engranaje y régimen de justicia constitucional. Como señala el Tribunal en el referido Dictamen 1/17 para asegurar la preservación de las mencionadas características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico así creado, «los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión. Conforme al artículo 19 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación de ese Derecho en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva, teniendo el Tribunal de Justicia la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva de dicho Derecho[10]» (finalidad por la que ese sistema incluye concretamente el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE) y para el control de la validez del Derecho derivado de la UE.

---

7 STJ Comisión/Polonia, C-448/23, cit., apdo. 167; Sentencia Comisión/Hungría, de 21 de abril de 2026, C-769/22, ECLI:EU:C:2026:326, apdo. 520. Con anterioridad: Dictamen 1/17, cit., apdos. 109 y 110; República de Moldavia, 2 de septiembre de 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, apdo. 44.

8 El TJ insistirá en la existencia de una «estructura constitucional de la Unión», que tiene su reflejo en el principio de atribución de competencias consagrado en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2, así como en el marco institucional definido en los artículos 13 a 19 TUE [*Cfr.* Comisión/Consejo, de 22 de noviembre de 2022, C-24/20, ECLI:EU:C:2022:911, apdo. 101, siguiendo el Dictamen 2/13, Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartado 165].

9 Apdos. 109 y 110 del Dictamen 1/17; véase, también, el Dictamen 2/13, cit., apdo. 158. Recientemente: la Sentencia Comisión/Hungría, C-769/22, cit., apdo. 520.

10 Apartado 111 del Dictamen 1/17.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Otro de los elementos que confieren un carácter propio a la Unión Europea, a su Derecho y a su marco constitucional es su marcado carácter *supranacional*, al cual se alude a menudo para distinguirlo de otras organizaciones internacionales y del Derecho internacional general. Este rasgo se refiere al particular entramado de relaciones entre los Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea y los particulares, que presenta una serie de características: (a) instituciones independientes: el Derecho de la Unión tiene instituciones que actúan con independencia de los Estados miembros en cuanto a su composición y forma de funcionamiento; (b) toma de decisiones autónoma: la Unión puede tomar decisiones por mayoría, que resultan vinculantes para todos los Estados miembros; (c) ejecución y control: las instituciones de la Unión implementan esas decisiones o son responsables de supervisar que sean implementadas adecuadamente por los Estados miembros (por regla general, estos son los encargados de aplicar el Derecho de la Unión, salvo que la ejecución se atribuya específicamente a una institución de la Unión; además, el ordenamiento de la Unión dispone de procedimientos propios para determinar las infracciones e imponer las correspondientes sanciones, debiendo destacarse, en este sentido, que la jurisdicción del TJ es obligatoria y sus decisiones son vinculantes en toda la Unión); (d) eficacia directa y primacía: los Tratados fundacionales y las decisiones de la Unión pueden dar lugar a derechos y obligaciones para los particulares que sean directamente exigibles por los tribunales de los Estados miembros, incluso en presencia de disposiciones contradictorias de la legislación nacional (principios de efecto directo y primacía)[11].

II. EL NÚCLEO IUSFUNDAMENTAL DEL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El marco constitucional de la Unión no es homogéneo, sino que integra principios y normas de distinta naturaleza, alcance y función. Se trata de normas y principios que definen, cada uno con su propio grado de intensidad y proyección, los fundamentos axiológicos, estructurales y funcionales del ordenamiento de la Unión.

La reciente Sentencia Comisión/Hungría, de 21 de abril de 2026, reitera la idea de que ese marco constitucional engloba los valores fundacionales enunciados en el artículo 2 TUE —entre los que se encuentra el respeto de los derechos humanos—, los principios generales del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta y las disposiciones de los Tratados UE y FUE[12]. En este sentido, parece claro que, sin bien todo el marco tiene el mismo rango «constitucional» —en cuanto orden fundante e indisponible para el

11 Lenaerts, K. y van Nuffel, P. *EU Constituional Law*, *cit.*, pp. 14 y ss.

12 Sentencia cit., apdo. 520.

Legislador y el resto de los instituciones y poderes de la Unión—[13], cabe distinguir en su seno varias dimensiones, cada una con distinta finalidad. Así, baste señalar ahora que, aunque los distintos componentes de ese marco constitucional se encuentran estrechamente entrelazados, algunos participan más clara y notablemente de una dimensión competencial, estructural y orgánica, mientras que otros se inscriben en una dimensión dogmática, axiológica e iusfundamental.

Hecha la distinción, y aun a riesgo de incurrir en simplismo, cabe aventurar que no todo el contenido de cada una de esas dimensiones participa de la misma «densidad» constitucional, ni reviste la misma intensidad o centralidad en términos constitucionales. Hay elementos en ellas que actúan a modo de estándares o criterios de referencia superior, a la luz de los cuales se interpreta el conjunto del sistema jurídico de la Unión. Esto es, una suerte de «núcleo» —e incluso nucléolo— del marco constitucional. Y si bien la parte competencial, estructural y orgánica contiene, como se ha señalado, elementos que participan de ese carácter de médula o epicentro constitucional, parece claro que, si no en su totalidad, la mayor parte de la dimensión axiológico-iusfundamental participa de ese rasgo nuclear.

Una de las expresiones más elevadas, si no la máxima, de ese núcleo constitucional es la que perfila el Tribunal de Justicia cuando afirma que los valores del artículo 2 del TUE *definen la identidad misma de la Unión como ordenamiento jurídico común*[14]. Se trata, en definitiva, de la «identidad constitucional» de la Unión. Es más, si se recurre al símil de que el núcleo es aquella parte del marco constitucional donde reside su «ADN»[15], los valores del artículo 2 vienen a ser el nucléolo del mismo, esto es, el fondo o estructura interna del núcleo constitucional o, al menos, la parte fundamental del mismo.

Se trata de un fondo que se vincula o conecta con una dimensión subjetiva o personal de los derechos fundamentales, y, a la vez, expresa una dimensión estructural o general del marco constitucional —más acentuada en unos valores que en otros, como sucede, por ejemplo, con el valor Estado

---

13 Hay que recordar que según el art. 1(3) del TUE y el artículo 1.2 del TFUE, estos dos Tratados «tienen el mismo valor jurídico».

14 SSTJUE: Hungría / Parlamento y Consejo, de 16 de febrero de 2022, C-156/21, EU:C:2022:97, apartado 127; de la misma fecha, Polonia / Parlamento y Consejo, C-157/21, EU:C:2022:98, apdo. 145; Valančius, de 29 de julio de 2024, C-119/23, EU:C:2024:653, apdo. 47; Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreikė, de 25 de febrero de 2025, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 48; *Comisión/Polonia*, C-448/23, cit., apdo. 108; Comisión/Hungría, C-769/22, cit., apdo. 499.

15 K. Lenaerts, presidente del Tribunal de Justicia, señalará que los valores del art. 2 TUE: «están integrados en el ADN mismo del proyecto de integración europea», constituyendo «el alma de la UE, que permite a los Estados miembros crecer juntos preservando su identidad nacional» («On Checks and Balances: The Rule of Law within the EU», *Columbia Journal of European Law*, 29, 2023, p. 61).

ISBN: 978-84-7777-740-3

de Derecho, o con el valor democracia[16]—. Por decirlo en clave de derechos fundamentales, los valores del art. 2 TUE no solo participan o se concretan en la dimensión subjetiva o personal de estos derechos, sino que se hacen presentes también, de forma particular, en la dimensión objetiva de los mismos, en su función y proyección sistémica y estructural sobre la organización del poder y del orden constitucional (aunque la dimensión estructural o sistémica de algunos valores sea más extensa, como puede predicarse, por ejemplo, respecto del valor Estado de Derecho).

En cualquier caso, partiendo de esta base, utilizaremos la expresión *núcleo iusfundamental* del marco constitucional de la Unión Europea para referirnos al conjunto de normas y principios relativos a los derechos fundamentales de la UE y a los valores del art. 2 del TUE, en la medida en que estos participan también tanto de la dimensión subjetiva como objetiva de tales derechos.

La concepción de ese núcleo adquiere particular importancia en un contexto marcado por la aparición de conflictos sistémicos entre la Unión y determinados Estados miembros, en los que se cuestionan principios esenciales como, por ejemplo, el Estado de Derecho y la independencia judicial, la dignidad humana o la no discriminación. En tales situaciones, la identificación y delimitación de ese núcleo iusfundamental, común a todos los Estados miembros, permite al Tribunal de Justicia y a los jueces nacionales disponer de un parámetro normativo sólido para reaccionar frente a las actuaciones que lo contradigan y, en particular, ante desviaciones graves y manifiestas en el ejercicio del poder.

Centrando la atención, siquiera brevemente, en el contenido de ese núcleo iusfundamental del marco constitucional de la Unión Europea, cabe señalar que este se articula en torno a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 6 TUE —ya sea como principios generales del Derecho de la Unión y/o como derechos proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— y a los valores del artículo 2 TUE. Ambos constituyen el eje normativo sobre el que se configura la dimensión iusfundamental del ordenamiento de la Unión y, conjuntamente considerados, permiten afirmar la existencia de un eje o centro constitucional reforzado, dotado de una especial o cualificada fuerza normativa referencial.

El artículo 6.1 TUE atribuye a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) el mismo valor jurídico que los Tratados. Este reconocimiento, introducido por el Tratado de Lisboa, supone un auténtico punto de inflexión en la evolución constitucional de la Unión. La Carta pasa así de ser un texto meramente declarativo —si bien operaba también

16 Sobre el contenido estructural del valor democracia, entendiendo que la señalada Sentencia Comisión/Hungría (C-769/22) asume a la UE como una «unión democrática de Estados democráticos», basada en un ordenamiento jurídico común: Hoeksma, J. (2026), «Commission v. Hungary: A Vindication for the European Parliament», *EU Law Live*, 13/05/2026.

como *soft law* del Derecho de la Unión y de los Estados miembros— a integrarse en Derecho primario con plena eficacia jurídica vinculante, y susceptible de tutela jurisdiccional. Como señala el artículo 51 de la propia Carta, una vez entrado en vigor el Tratado de Lisboa en 2009, tanto las instituciones y órganos de la Unión como los Estados miembros están obligados a respetar los derechos y principios recogidos en ella cuando aplican Derecho de la Unión[17]. El Tribunal de Justicia ha construido, a partir de este reconocimiento, una amplia jurisprudencia que ha reforzado notablemente la exigencia de interpretar y aplicar tanto el Derecho nacional como el Derecho derivado de la Unión de conformidad con los derechos fundamentales de la Unión. Esta jurisprudencia se ha configurado en estrecha conexión con el sistema del CEDH y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la luz de lo dispuesto en los artículos 52, apartados 3 y 7, y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales, sin perjuicio del mandato de adhesión de la Unión a dicho sistema previsto en el artículo 6.2 TUE.

Ahora bien, la Carta no rige ni actúa de manera aislada en el ámbito iusfundamental. Su contenido y función se encuentran directa y estrechamente conectados con los valores proclamados en el artículo 2 TUE, cuyo contenido vigente —al igual que la eficacia jurídica de la Carta de DFUE— fue introducido por el Tratado de Lisboa. Este precepto declara que «[l]a 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»[18].

---

17 Conviene recordar, en todo caso, que esta exigencia no parte de cero. Antes de la reforma de Lisboa, la protección de los derechos fundamentales ya se garantizaba en cuanto principios generales del Derecho de la Unión, inspirados en las tradiciones constitucionales comunes y en el CEDH, una vía que sigue abierta conforme a lo dispuesto en el art. 6.3 TUE.

18 Aunque siempre se habla preferencialmente de los valores de la primera frase, la Abogada General T. Cápeta señaló al respecto —en sus conclusiones al asunto Comisión/Hungría de 5 de junio de 2025 (ECLI:EU:C:2025:408)— que los valores de la segunda frase del art. 2 TUE, podrían entenderse como necesarios para la consecución de los valores expresados en la primera. Recordaba al respecto la posición de J. Wouters, quien sostiene que no debe establecerse ninguna distinción entre los valores enumerados en ambas frases («Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?». *European Papers*, 2020, 5, 1, pp. 258 y 259). Véase también: Rossi, Lucia Serena (2025): «"Concretised", "Flanked", or "Standalone"? Some reflections on the application of article 2 TEU», *European Papers – A Journal on Law and Integration,* Vol. 10, 1, pp. 9 y ss. Pues bien, el Tribunal ha marcado esa conexión entre las dos frases del art. 2 TUE en la Sentencia Comisión/Hungría al señalar que las violaciones manifiestas y especialmente graves de uno o de varios de los valores comunes a los Estados miembros (…) «son incompatibles con la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común de una sociedad caracterizada por el pluralismo» (apdo. 556). Sobre la conexión entre los valores de art. 2 TUE y el concepto de «sociedad» al que se refiere el mismo: von Bogdandy, A. (2024), *The Emergence of European Society, through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach,* Oxford University Press, 40; del

ISBN: 978-84-7777-740-3

Parece fuera de toda duda que existe una relación de conexión entre los derechos fundamentales de la UE y los valores proclamados en el artículo 2 TUE. Se trata de una relación de concreción, así como de mutua protección y proyección[19]. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado, en este sentido, que: «el respeto por un Estado miembro de esos valores «constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro[20]».

III. LA SENTENCIA DEL TJ COMISIÓN C. HUNGRÍA, DE 21 DE ABRIL DE 2026: LOS VALORES DEL ARTÍCULO 2 TUE COMO PARTE EFECTIVA DEL NÚCLEO IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La Unión europea se asienta —como establece el art. 2 TUE— sobre la premisa de estos valores compartidos que, como ya se ha adelantado, «definen la identidad misma de la Unión como ordenamiento jurídico común[21]». De todo ello ha deducido el Tribunal que dichos valores presentan un carácter jurídico vinculante, efectivo, frente a la actuación de los Estados miembros y de la propia Unión[22].

---

mismo autor (2026): «On the meaning and promise of European Society», European Law Open (2025), 4, 628-645; von Bogdandy, A y Spieker, L.D. (2026): «The Red Lines of European Society…», *op. cit.*

19 Como se puede ver, por ejemplo, en el reconocimiento de los valores en los tres primeros párrafos del preámbulo de la Carta de DFUE. Como señala el Tribunal de Justicia, «el preámbulo de la Carta recuerda, en particular, que la Unión se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho y reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en dicha Carta. Sus artículos 1, 6, 7, 10, 11, 20, 21 y 23 precisan el alcance de los valores de la dignidad humana, de la libertad, de la igualdad, del respeto de los derechos humanos, de la no discriminación y de la igualdad entre mujeres y hombres, consagrados en el artículo 2 TUE» (Comisión/Hungría, C-769/22, cit., apdo. 526; asimismo, la STJUE de 16 de febrero de 2022, Hungría/Parlamento y Consejo, cit., apdo. 157).

20 Por ejemplo: STJUE Hungría/ Parlamento y Consejo, 2022, apdo. 126.

21 Como ejemplo más reciente: la STJ Comisión/Hungría, C-769/22, cit., apdo. 499. Véase *supra* en este apartado toda la jurisprudencia señalada al respecto. Scholtes, J. (2026): *To Identity and Beyond?: Commission v Hungary and the constitutional identity rationale,* VerfBlog, 2026/5/20.

22 SSTJUE: Hungría / Parlamento y Consejo, cit., apdo. 232; *y* Polonia / Parlamento y Consejo, cit., apdo. 226; Valancius, cit., apdo. 47; KS y otros / Consejo, de 10 de septiembre de 2024, as. ac. C-29/22 P y C-44/22 P, EU:C:2024:725, apdo. 68; Comisión/Polonia (Elegibilidad y condición de miembro de un partido político), de 19 de noviembre de 2024, C-814/21, EU:C:2024:963, apdo. 157; o, como veremos, Comisión/Hungría (Valores de la Unión), C-769/22, *cit.*, apdos. 527 y ss. Cabe recordar, asimismo, la STJ Repubblika, en la que se señala que el respeto por los Estados miembros de estos valores no es solo una condición de adhesión a la Unión, sino también de participación en ella, recordando así la obligación de no rebajar su nivel de protección o principio de «no regresión» [Sentencia de 20 de abril de 2021, C-896/19, EU:C:2021:311, apartado 63; *vid.* también STJ Comisión/Polonia, de 5 de junio de 2023, C-204/21, EU:C:2023:442, apdo. 72; o Comisión/Polonia (C-448/23), *cit.*, apdo. 179; o Comisión/Hungría (Valores de la Unión), C-769/22, *cit.*, apdo. 524].

La cuestión de la naturaleza y la eficacia jurídica de los valores del artículo 2 TUE ha sido objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial. La Sentencia del Pleno Comisión c. Hungría, de 21 de abril de 2026, ha venido a despejar, en buena parte, esas dudas[23]. Esta resolución constituye un hito en la materia, tanto por determinar y justificar con claridad la eficacia jurídica de los valores, como por reconocer, como apuntaremos, la posibilidad de una infracción autónoma de los valores del artículo 2 TUE.

En efecto, el Tribunal de Justicia reafirma la eficacia jurídica del art. 2 TUE, pero en esta ocasión de forma más desarrollada y justificada. Sostendrá que las propias disposiciones de los Tratados que se refieren expresamente a los valores de la Unión corroboran ese carácter jurídicamente vinculante, recordando en este sentido: el artículo 3 TUE, apartados 1 y 5, el artículo 7 TUE, apartados 1 y 2, el artículo 8 TUE, apartado 1, el artículo 13 TUE, apartado 1, el artículo 21 TUE, apartado 2, letra a), el artículo 32 TUE, párrafo primero, y el artículo 42 TUE, apartado 5. Todo ello sin perjuicio de la relevancia que presentan también las referencias contenidas en el Preámbulo del TUE y en su artículo 49[24].

Resulta indudable, sobre esta base, que los valores del art. 2 TUE deben actuar como parámetro vinculante para la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la Unión y de los actos normativos de los Estados miembros. Máxime ahora que esta significada Sentencia —dictada por el Pleno— del Tribunal reconoce, por primera vez, en el marco de un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro, la infracción autónoma de dichos valores[25]—, cuando esta infracción sea «manifiesta y especialmente

---

23 Se trata de una Sentencia (C-769/22) que trae causa de un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión contra Hungría, por una ley húngara (Ley LXXIX de 2021) dirigida a la protección de menores, que endurecía las medidas contra las personas condenadas por pedofilia, pero, al tiempo, introducía modificaciones legislativas que prohíben o restringen el acceso a contenidos —educativos, audiovisuales, publicitarios— cuyo elemento central sea la popularización o la representación de la desviación de la identidad propia del sexo correspondiente al nacimiento, del cambio de sexo o de la homosexualidad. El Tribunal de Justicia, en línea con las vulneraciones del Derecho de la Unión alegadas por la Comisión, 16 Estados miembros y la Abogada General T. Capeta, declarará, dicho ahora en términos generales, que la mencionada legislación húngara infringe el Derecho de la UE en diferentes niveles: el Derecho primario y derivado relativo a los servicios en el mercado interior, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y determinados valores del artículo 2 TUE —al estigmatizar y marginar a las personas LGBTI+— y el Reglamento general de protección de datos (RGPD).

24 Comisión/Hungría (Valores de la Unión*)*, C-769/22, cit., apdos. 534-536.

25 Al respecto, entre otros: von Bogdandy, A y Spieker, L.D. (2026): «The Red Lines of European Society: Article 2 TEU After Commission v Hungary», *VerfBlog*, 2026/4/30; sobre el tema, del citado Spieker, L.D., con antelación (2023): *EU Values Before the Court of Justice: Foundations, Potential, Risks. Oxford University Press*, especialmente, cap. 2; Bonelli, M. (2026), «Solving One Question, Opening Many More: Valeurs de l'Union», *EU Law Live*, 11/05/2026. Dirksen, L. y Seyller, N.T. (2026), Wesensgehalt, Würde, Werte: Der EuGH auf der Suche nach den Maßstäben für das Absolute, *VerfBlog*, 2026/5/11; van den Brink,

ISBN: 978-84-7777-740-3

grave[26]». Cabe afirmar, en este sentido, que existe una relación estructural entre los valores del artículo 2 TUE y el margen de actuación de los Estados miembros en cuanto entes que forman parte de la Unión.

Como recuerda el Tribunal de Justicia, los Estados miembros gozan de cierto margen de apreciación en su actuación en el ámbito cubierto por el Derecho de la Unión a la hora de aplicar los valores del Derecho de la Unión, particularmente en las cuestiones relativas a la «identidad nacional», la cual —del mismo modo que la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados— debe ser protegida por la Unión (art. 4.2 TUE). No obstante, la Sentencia deja claro que ese margen o discrecionalidad estatal encuentra un límite —unas «líneas rojas»— que el Estado miembro no puede transgredir. «El artículo 4 TUE, apartado 2, solo protege una concepción de las identidades nacionales, en el sentido de dicho artículo, que sea conforme con los valores consagrados en el artículo 2 TUE[27]».

Llegados a este punto, cabe afirmar que, desde un punto de vista jurídico, los valores del artículo 2 TUE cumplen varias funciones constitucionales de

---

Martijn (2026): «A Constitutional Court without a Constitutional Compass: Reflections on Commission v Hungary», *VerfBlog*, 2026/4/24; Morijn, J. (2026), «(The Hamburger of) EU Values Protection in Commission v. Hungary: A Riddle, Wrapped in a Mystery, Inside an Enigma», *EU Law Live*, 29/04/2026.

26 Según el Tribunal de Justicia: «solo las violaciones *manifiestas y especialmente graves* de uno o de varios de los valores comunes a los Estados miembros pueden dar lugar a que se declare, en el marco de un recurso por incumplimiento, que un Estado miembro no ha observado obligaciones jurídicamente vinculantes derivadas del artículo 2 TUE, ya que tales violaciones son incompatibles con la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común de una sociedad caracterizada por el pluralismo». (STJ Comisión/Hungría, apdo. 551; *vid.* también el apdo. 556). Sobre este elevado umbral de infracción, por ejemplo: Craig, P. (2026), «Article 2, values and Incremental Legal Reasoning», *EU Law Live*, April 27; Bonelli, M. (2026), «Solving One Question…», cit.

27 Apartado 562 de la Sentencia. La Sentencia señalará, en esta línea, que, dado que la ley húngara en cuestión «viola los valores de respeto de la dignidad humana, de igualdad y de respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, en el sentido de dicho artículo 2, Hungría no puede invocar válidamente su identidad nacional para justificar la adopción de dicha Ley» (apartado 563). Sobre la actuación de estos valores como líneas rojas de la actuación y la identidad nacional, entre otros: Bárd, P. (2026), «The CJEU's Monomyth: Reaching Article 2 TEU, the Union's Crown Jewel», *EU Law Live,* 05/05/2026; von Bogdandy, A. y Spieker, L. D., «The Red Lines of European Society: Article 2 TEU…», cit.; Riedl, B. (2026), «Foundation, Standard, Legitimation: Reflections on Commission v. Hungary», *EU Law Live,* 30/04/2026; asimismo, Martinico, G. (2026), «El artículo 2 TUE y la identidad constitucional supranacional: entre valores y principios», en S. Ripol *et alii, 25 años de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus Valores,* CEPC, de próxima publicación; del mismo autor (2025): «El Derecho constitucional europeo ante el desafío identitario de los populismos», *Revista General de Derecho Europeo,* 65, pp. 7 y ss. Con antelación: Roca Fernández, M. J. (2024), «La identidad constitucional de la Unión Europea en la jurisprudencia del TJUE: pasado, presente y futuro», *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* 41, pp. 27-51; Cruz Mantilla de los Ríos, P. (2022), «Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE», *Revista de Derecho Político,* 114, 2022, pp. 245-275, espec. pp. 269 y ss.

carácter nuclear: rigen como fundamento axiológico referencial del sistema de derechos fundamentales y del conjunto del Derecho de la Unión; operan como criterio para la interpretación de la Carta de DFUE y del resto del ordenamiento de la UE; y funcionan, asimismo, como parámetro de control de la actuación de los Estados miembros (incluso más allá del ámbito cubierto por el Derecho de la Unión[28]) y de las instituciones y órganos de la Unión.

Los DFUE desarrollan también, por su parte, como ya se ha dicho, una relación de concreción y protección sobre esos valores[29]. En este sentido, es posible hablar de una relación de mutua proyección y retroalimentación entre derechos fundamentales y valores del art. 2 TUE[30], configurando conjuntamente, como se ha indicado ya, el núcleo iusfundamental del Derecho de la Unión.

La Sentencia consolida, en suma, la idea de que los valores del artículo 2 TUE forman parte también, junto con los DFUE, del núcleo constitucional jurídicamente vinculante del Derecho de la Unión, en particular de su dimensión iusfundamental. Este reconocimiento tiene profundas implicaciones para la función de los órganos jurisdiccionales nacionales. La obligación

---

28 El Tribunal lo expresa señalando que los valores enunciados en el artículo 2 TUE imponen obligaciones jurídicamente vinculantes de carácter transversal en la Unión» (apdo. 546 de la Sentencia). Obligaciones que no se limitan a los ámbitos cubiertos por esta y/o en los que se aplica Derecho de la Unión, de manera que no habría ámbitos del ordenamiento jurídico estatal excluidos de la aplicación del art. 2 TUE. Al respecto, por ejemplo: von Bogdandy, A. y Spieker, L. D., «The Red Lines of European Society: Article 2 TEU…», cit.

29 Sobre la relación de interconexión entre DFUE y valores del art. 2 TUE, por ej.: Arzoz Santisteban, X. (2025), «Los derechos fundamentales como vía de protección de los valores de la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 82, 119-157; Rossi, Lucia Serena (2025): «"Concretised", "Flanked"…», *op. cit.,* pp. 15 y ss.

30 En el asunto Comisión/Hungría (C-769/22, cit.), se observa que una serie de aspectos de la ley húngara en cuestión, al dirigirse contra los contenidos que representan o popularizan la desviación de la identidad propia del sexo correspondiente al nacimiento, el cambio de sexo o la homosexualidad, constituyen, como señala el Tribunal, un conjunto coordinado de medidas discriminatorias que vulneran, de manera manifiesta y especialmente grave, los derechos de las personas no cisgénero, incluidas las personas trans, o no heterosexuales —dignidad, prohibición de la discriminación por razón de sexo y orientación sexual—, así como los valores de respeto de la dignidad humana, de igualdad y de respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. La protección de unos ante esas medidas discriminatorias redunda recíprocamente en la tutela de los otros.

Señalando otro ejemplo de conexión, entre los muchos que identifica en el Tribunal, hay que recordar que en la Sentencia Real Madrid Club de Fútbol and AE v EE and Société Éditrice du Monde SA, de 4 de octubre de 2024, se recordaba que «el artículo 11 de la Carta [Libertad de expresión y de información] constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y pluralista, que forma parte de los valores en los que se basa, con arreglo al artículo 2 TUE, la Unión (véanse, en ese sentido, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, Tele2 Sverige yWatson y otros, C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970, apartado 93, y de 23 de abril de 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18, EU:C:2020:289, apartado 48)» (C-633/22, EU:C:2024:843, apdos. 49-50). Véanse, también, las previas Commissioner of An Garda Síochána and Others, de 5 de abril de 2022, EU:C:2022:258, apdo.43; o La Quadrature du Net y otros, de 6 de octubre de 2020, as. ac. C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791, apdo. 114.

ISBN: 978-84-7777-740-3

del órgano jurisdiccional nacional —inherente al régimen de los Tratados— de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión se proyecta ahora, con renovada intensidad, sobre la exigencia de una interpretación conforme con los valores del artículo 2 TUE, además de con la Carta de los Derechos Fundamentales.

Desde una perspectiva operativa, esta obligación se articula de manera escalonada y progresiva. En un primer paso, el juez nacional está obligado a realizar una interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión; pero debe también, en segundo lugar, como destaca el Tribunal de Justicia, hacer una exégesis del Derecho derivado de la Unión que resulte compatible con el Derecho originario, incluida la Carta de DFUE y los valores del art. 2 TUE[31]. E incluso, es posible sostener que la propia interpretación del Derecho originario o primario de la Unión debe ser realizada de manera conforme o coherente con su propio «núcleo constitucional». Y ello partiendo de la distinción, dentro de ese Derecho primario, entre una parte que tendría ese carácter nuclear y otra que carecería del mismo. Un carácter nuclear que sí tienen tanto la Carta de DFUE como los valores del art. 2 TUE, en cuanto expresión del núcleo constitucional iusfundamental[32].

Este esquema interpretativo escalonado refuerza la centralidad referencial del núcleo iusfundamental como parámetro hermenéutico supremo en el Derecho de la Unión Europea y en los ordenamientos de los Estados miembros. En un contexto marcado por el auge de prácticas normativas y decisiones jurisdiccionales de carácter iliberal y populista, que erosionan principios y valores fundamentales de la Unión (dignidad, Estado de Derecho y tutela judicial efectiva, separación de poderes, democracia, igualdad,

---

31 Como señala el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia Kinsa cuando, siguiendo una jurisprudencia previa, señala que: «al aplicar las medidas de transposición de una directiva, incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros [1] no solo interpretar su Derecho nacional de conformidad con [la] directiva, [2] sino también procurar no basarse en una interpretación de esta que entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión o con los demás principios generales reconocidos en este ordenamiento jurídico» (C-460/23, de 3 de junio de 2025, ECLI:EU:C:2025:392, apdo. 69; en el mismo sentido las Sentencias: Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, de 26 de junio de 2007, C-305/05, EU:C:2007:383, apartado 28; Léger, C-528/13, de 29 de abril de 2015, EU:C:2015:288, apartado 41; Ligue des Droits Humains, C-817/19, de 21 de junio de 2022, ECLI: UE: C: 2022: 491, apdos. 86-87; o la misma STJ Comisión Hungría (Valores de la Unión), C-769/22, cit., apdos. 129-130). Derechos y principios a los que hay que sumar ahora como parámetro normativo supremo los valores del artículo 2 del TUE.

32 *Cfr*. Sobre el valor interpretativo superior del núcleo constitucional en el que estarían los principios del art. 1 y los valores del art. 2 TUE: Bast, J. y von Bogdandy, A. (2024). «The constitutional core of the Union: on the CJEU's new, principled constitutionalism». *Common Market Law Review*, 61, pp. 1478 y ss. Vitiello, M. (2026), *Understanding the EU Constitutional Core through the Case Law on the Common Foreign and Security Policy,* MCEL Master's Thesis Series No 2026/11, Maastricht Centre for European Law, pp. 10 y ss.

etc.), esta configuración del núcleo iusfundamental del Derecho de la Unión desempeña una función claramente tuitiva y garantista.

La interpretación del Derecho nacional y de la Unión conforme a ese núcleo, asistida en su caso por el mecanismo de la remisión prejudicial, y en diálogo con el sistema del CEDH, constituye un instrumento esencial no solo para preservar la identidad constitucional de la Unión, sino también para garantizar el adecuado cumplimiento de sus objetivos principales. Así, en particular, el establecido en el art. 1.1 del TUE: la creación de «una "unión" [en minúscula] cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible». Y, sobre todo, para la consecución de la gran finalidad de la «Unión Europea» —marcada como el primero de los grandes objetivos que se establecen en el artículo 3 del TUE—: «promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos».

El refugio climático urbano: configuración administrativa y exigibilidad de un estándar de protección frente al calor extremo[1]

Maite Uriarte Ricote

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)

Ningún análisis dogmático merece ese nombre si no integra simultáneamente rigor metodológico y prudencia interpretativa. Las páginas que siguen intentan honrar modestamente esa enseñanza, recibida del profesor Cobreros Mendazona, a quien la autora debe la dirección de su tesis doctoral y, sobre todo, la mentoría continuada en el oficio académico.

Sumario. I. Un riesgo estructural pero todavía con un marco jurídico inacabado.—II. Relectura climática de los derechos como fundamento de los deberes públicos de protección.—III. Una figura en formación con desarrollo normativo todavía fragmentario.—IV. La reconstrucción del refugio climático urbano: de buena práctica a categoría dogmática.—V. Un estándar exigible pero no exento de límites en su control: 1. De la programación a la obligación. 2. ¿Cuándo deja de cumplirse el estándar mínimo? Tipologías de inadecuación material. 3. ¿Estándar jurídico de suficiencia o pauta orientativa? 4. Inactividad, planificación y responsabilidad: tres proyecciones del control jurisdiccional.—VI. Balance y proyecciones.—VII. Bibliografía.

I. UN RIESGO ESTRUCTURAL PERO TODAVÍA CON UN MARCO JURÍDICO INACABADO

Las ciudades europeas han dejado de ser meros escenarios donde el cambio climático se hace visible para convertirse en espacios de imputación de responsabilidades y de articulación de deberes públicos de protección. La persistencia de episodios térmicos extremos —como las olas de calor— configura un escenario en el que el riesgo pierde su carácter contingente para devenir estructural y se proyecta de forma desigual sobre el territorio

[1] Trabajo elaborado en el marco del proyecto «Cambio climático y cambios en el Derecho Público Europeo y Español. Innovación y desafíos en instituciones, sectores e instrumentos clave en la lucha contra el cambio climático (EUCCLIDES)», Ref. PID2024-159662OB-I00, financiado por MICIU/AEI/ 10.13039/501100011033 / FEDER, UE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

urbano, al superponerse a patrones preexistentes —desigualdad social, calidad de la vivienda, acceso a servicios, configuración del espacio urbano—, dando lugar a una geografía diferencial de la exposición y del daño. Asimismo, su carácter previsible, su posibilidad de medición y su localización territorial permiten calificarlo como un riesgo jurídicamente relevante e impiden que pueda abordarse únicamente como una variable físico-ambiental. La combinación de peligrosidad climática, exposición territorial y vulnerabilidad social transforma el calor extremo en un problema de orden jurídico-público, debido a que no solo importa la existencia del riesgo, sino las condiciones en las que se soporta y la capacidad efectiva de los poderes públicos para reducirlo o mitigarlo.

El elemento que determina este tránsito hacia la relevancia jurídica del riesgo es la vulnerabilidad. Lejos de constituir una categoría meramente descriptiva, la vulnerabilidad actúa como un criterio normativo que orienta la intensidad y el contenido de la intervención pública[2]. La mayor exposición de determinados colectivos —personas mayores, población infantil, personas con patologías previas, hogares en situación de pobreza energética o residentes en entornos urbanos degradados (a los que cabría añadir, *ex* art. 9.2 CE, otros perfiles emergentes de vulnerabilidad climática)— no solo describe una realidad social, sino que delimita un ámbito en el que las obligaciones de protección deben intensificarse[3].

La doctrina ha puesto de relieve que la vulnerabilidad se ha incorporado progresivamente al Derecho ambiental y climático como una categoría funcional, dotada de una notable plasticidad, pero también de una clara ope-

---

2 La vulnerabilidad, así entendida, no remite a una condición intrínseca del sujeto, sino a una situación producida por la articulación entre el riesgo climático y las estructuras urbanas, sociales y económicas que distribuyen desigualmente la exposición y la capacidad de respuesta. Esta lectura, próxima a la noción de personas vulnerabilizadas que ha articulado la doctrina [*vid.*, por ejemplo, Butler, J. (2010). *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Paidós, 13 y ss.; Ramiro Avilés, M. A., Churruca Muguruza, C. y Cuenca Gómez, P. (eds.) (2014). *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch], desplaza el eje del análisis desde la presunta debilidad del afectado hacia la responsabilidad pública por las condiciones que generan, mantienen o agravan esa exposición diferencial.

3 La doctrina antidiscriminatoria ha desarrollado, en paralelo a esta evolución, el concepto de interseccionalidad como herramienta dogmática para identificar las situaciones en las que la concurrencia de varios ejes de desigualdad estructural —género, edad, clase, condición de salud, lugar de residencia— produce formas específicas y cualificadas de exposición al daño que la protección unidimensional no consigue captar [*vid.* Arruti Benito, S. (2025). *La transversalidad de género como garantía de tutela judicial efectiva: desafiando el paradigma androcéntrico*, Colex, 134-138, sobre la noción de interseccionalidad; y, ya en clave de discriminación interseccional reconocida normativamente, art. 6.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación]. La proyección de esta lógica al ámbito climático permite enriquecer la categoría de vulnerabilidad como criterio normativo, en la medida en que la concurrencia de varios factores de exposición no opera de modo aditivo sino sinérgico, intensificando los deberes públicos de protección.

ratividad jurídica. No existe, sin embargo, un concepto unívoco y cerrado de vulnerabilidad; se trata de una noción abierta, gradual y polisémica, que permite identificar distintos niveles de exposición, sensibilidad y capacidad de respuesta frente a los riesgos climáticos. Esta indeterminación no debe entenderse como un déficit, sino como una condición de su eficacia normativa, en la medida en que posibilita su adaptación a contextos sectoriales diversos —ecosistemas, territorios, infraestructuras o colectivos sociales— y su integración en técnicas jurídicas heterogéneas. La vulnerabilidad cumple, en consecuencia, una función estructurante, porque identifica los espacios y los grupos en los que la inacción pública resulta más difícilmente compatible con los mandatos de protección derivados del ordenamiento jurídico, y también una función adicional de gran relevancia, porque actúa como criterio de priorización y de intensificación de deberes públicos, cambiando el eje de la intervención desde la mera previsión del riesgo hacia la obligación de respuesta diferenciada.

Este desplazamiento es particularmente visible en el ámbito urbano. En efecto, la ciudad trasciende su condición de mero escenario donde los riesgos climáticos se hacen visibles para erigirse, asimismo, en la matriz espacial y social en la que la vulnerabilidad se concentra y se reparte de forma desigual. La configuración del tejido urbano —densidad, ausencia de vegetación, materiales constructivos, falta de espacios accesibles y climáticamente adecuados— amplifica de forma significativa la exposición al calor extremo o a otros fenómenos climáticos, y añade una dimensión territorial y morfológica que interpela directamente al planeamiento. De este modo deja de ser un dato externo al urbanismo para convertirse en un parámetro interno de ordenación, que condiciona tanto la clasificación y uso del suelo como el diseño de la ciudad existente[4]. Allí donde la vulnerabilidad es mayor, el margen de configuración discrecional del planeamiento se reduce y emerge una exigencia de intervención más intensa, orientada a garantizar condiciones mínimas de seguridad climática.

---

4 Recuérdese sobre este punto, Cerezo Ibarrondo, A. (2023). «El refuerzo de la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística bajo la perspectiva del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (19). Este trabajo muestra que la incorporación del principio de Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado (DUSI) transforma de manera sustantiva la naturaleza y el contenido de los instrumentos de ordenación urbanística, al exigir la integración de nuevas determinaciones, estudios e informes de carácter físico, social, económico y ambiental en su proceso de elaboración y justificación (págs. 202-206). En este contexto, destaca la obligación de incorporar de forma expresa la consideración de los riesgos derivados del cambio climático —incluyendo cartografías específicas y documentación técnica sobre vulnerabilidad y riesgos— como condicionantes de la ordenación del suelo (pág. 205). Asimismo, subraya que estos nuevos contenidos no tienen carácter accesorio, sino que operan como elementos estructurantes que limitan la discrecionalidad del planeamiento, refuerzan su dimensión normativa y permiten su control jurisdiccional, en particular a través de la eventual declaración de nulidad cuando tales exigencias no se cumplen (págs. 208-209).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Si la vulnerabilidad permite identificar situaciones en las que el riesgo climático se traduce en una amenaza directa para la vida, la salud o la integridad de las personas, no puede quedar confinada al plano programático[5], sino que debe operar como fundamento de obligaciones concretas de actuación. La garantía de acceso a espacios que proporcionen protección térmica efectiva durante episodios extremos adquiere una relevancia singular, si se atiende a que la vulnerabilidad, además de justificar la intervención pública, contribuye a determinar el contenido mínimo de los deberes de protección que recaen sobre los poderes públicos. En el contexto urbano esta apreciación conduce a la necesidad de configurar redes de refugios climáticos accesibles, suficientes y territorialmente distribuidos, como parte integrante de los deberes de planificación[6]. Este planteamiento permite transitar, en última instancia, desde la adaptación climática entendida como política pública hacia la progresiva configuración de un estándar jurídico más exigente de protección climática en el entorno urbano[7].

En este escenario la noción de resiliencia se ha convertido en el concepto dominante. Su aportación ha sido significativa en el plano de la gestión porque ha permitido describir la capacidad de los sistemas urbanos para anticipar, absorber y recuperarse de perturbaciones relevantes, facilitando la construcción de estrategias y la difusión de buenas prácticas. Ahora bien, esta misma amplitud conceptual limita su operatividad jurídica, porque la resiliencia no fija umbrales de riesgo tolerable, no delimita con

---

5 Resultan aquí especialmente pertinentes las aportaciones de Alenza García, J. F. (2019). «Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10 (1), págs. 1, 3, 8, 41 y 42; (2022). «Objetivos y principio rectores de la Ley de Cambio Climático y transición energética». En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Marcial Pons, págs. 108, 109 y 110.

6 En este sentido, Sanz Larruga, F. J. (2018). «Cambio climático y zonas costeras: aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las Administraciones Locales». En S. Galera Rodrigo y M. Gómez Zamora (coords.), *Políticas Locales del Clima y Energía: Teoría y Práctica*, INAP, págs. 541-542, 550-558; (2022). «Cambio climático, política agraria, desarrollo rural y política forestal». En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, págs. 544, 557, 562 y 563. Marcial Pons.

7 Aguirre i Font, J. M. (2019). «La resiliencia del territorio al cambio climático: retos y herramientas jurídicas desde el planeamiento urbanístico». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10 (2). El autor destaca que la adaptación al cambio climático plantea un reto estructural para el urbanismo, no limitado a la planificación de nuevos desarrollos, sino especialmente referido a la gestión de los espacios ya transformados y expuestos a riesgos (págs. 3-5). Subraya la necesidad de que el planeamiento identifique los riesgos y limite o incluso elimine usos en zonas vulnerables, lo que puede implicar la prohibición de nuevas construcciones o el traslado y demolición de las existentes (págs. 1-2). Asimismo, pone de relieve los límites de la legislación urbanística vigente, que carece de instrumentos suficientes para intervenir eficazmente en estos espacios y tiende a desplazar los costes hacia la administración o a soluciones excepcionales (págs. 15-16, 41-42). Finalmente, aboga por un cambio de paradigma hacia un urbanismo dinámico y resiliente, basado en estrategias de protección, acomodación y retroceso, y en una redefinición del equilibrio entre interés público y derechos de propiedad (págs. 19-20, 41-43).

precisión las posiciones jurídicas de los sujetos implicados ni permite, por sí sola, formular un juicio normativo sobre la suficiencia de la actuación pública.

La doctrina ha caracterizado la resiliencia como un concepto jurídico que *prima facie* podría considerarse indeterminado e incluso de determinación legal diferida, con apoyo en que su contenido depende en gran parte del estado de la técnica y de la evolución del conocimiento científico, y el ordenamiento jurídico, por su parte, ha ido incorporándola, aunque todavía sin ofrecer un marco normativo plenamente sistematizado. Este déficit dificulta, por ahora, derivar de dicho concepto obligaciones jurídicas precisas, concretar niveles de riesgo admisible o fijar pautas cerradas de actuación para los poderes públicos[8].

Su recepción normativa confirma ese diagnóstico, si observamos, por ejemplo, en el ámbito estatal, que la resiliencia aparece expresamente en el art. 3.k) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, donde se la vincula a la gestión forestal, y en el art. 9.2.d) de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino, que la introduce como límite genérico para los vertidos antropogénicos. En la escala autonómica, la Ley 16/2017 de cambio climático de Cataluña introdujo una formulación particularmente relevante que, de un lado, incorporó el análisis de la resiliencia al cambio climático en la planificación del territorio, las actividades, las infraestructuras y las edificaciones y, de otro, ofreció una primera definición legal expresa, configurándola como capacidad de anticipación, absorción, adaptación y recuperación frente a eventos climáticos adversos.

La evolución normativa autonómica confirma, asimismo, que la asimilación de este concepto no ha seguido una única vía. Junto a su recepción como categoría general del Derecho climático, cabe apreciar también su proyección sectorial en ámbitos particularmente expuestos, como el litoral y, en este sentido, Galicia ofrece un ejemplo relevante. La STC 68/2024, de 23 de abril[9], pone de manifiesto que su Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral, utiliza la resiliencia costera como criterio con incidencia material sobre los usos de dicho espacio. La importancia de esta referencia no radica únicamente en la presencia terminológica del concepto, sino en su conexión con una técnica regulatoria que se concreta en la posibilidad de modular o condicionar determinados usos en función del grado de resiliencia costera del espacio afectado [arts. 1.2f, 48.4), 61.a)]

---

8 Véase, Fortes Martín, A. (2019). «La resiliencia ambiental y el (re)posicionamiento del Derecho ante una nueva era sostenible de obligada adaptación al cambio climático». *Actualidad Jurídica Ambiental* (92), págs. 17 y 19, donde se pone de manifiesto tanto la ausencia de un régimen jurídico plenamente articulado de la resiliencia ambiental como su carácter de concepto jurídico indeterminado, carente de concreción normativa suficiente para derivar directamente obligaciones, umbrales o criterios de actuación administrativa.

9 Recurso de inconstitucionalidad 6521-2023.

ISBN: 978-84-7777-740-3

y en prever la emisión de un informe específico al respecto [arts. 11.3.c), 52, 62]. En este caso la resiliencia no aparece solo como una finalidad programática, sino como un criterio normativo que opera en un sector particularmente expuesto, proyectándose sobre decisiones concretas de ordenación del territorio.

Este avance no permite afirmar, sin embargo, que la resiliencia se haya transformado en un estándar jurídico plenamente cerrado o autosuficiente. Su operatividad es mayor, sin duda, porque se vincula a decisiones concretas de ordenación y uso, pero sigue tratándose de una categoría cuya eficacia depende de su inserción en un marco regulatorio más amplio y de su concreción por la normativa sectorial aplicable. Esta misma lógica se aprecia en la Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático del País Vasco, que integra la resiliencia como eje transversal de la planificación territorial y sectorial y articula instrumentos de evaluación de riesgos, identificación de vulnerabilidades y adaptación. Y aunque el avance es significativo en términos de sistematización y organización, continúa operando predominantemente como mandato de orientación reforzada de la acción pública, sin fijar por sí sola umbrales jurídicos cerrados de riesgo admisible ni criterios plenamente determinados de actuación.

En esa línea, la mencionada STC 68/2024, de 23 de abril —al desestimar por motivos estrictamente competenciales la impugnación estatal del art. 62.5 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral—, ha permitido la subsistencia en el ordenamiento autonómico gallego de una regulación que utiliza el grado de resiliencia costera como criterio para condicionar los usos de este espacio, sin que el Tribunal Constitucional haya entrado, sin embargo, a valorar la sustantividad jurídica del concepto. La sentencia muestra así, más que la operatividad del concepto en sí, la progresiva implantación normativa de la resiliencia en el Derecho autonómico costero como una expresión más de la juridificación sectorial de la adaptación climática.

La STC 142/2024, de 20 de noviembre[10], por su parte, resulta especialmente ilustrativa en este punto. Si bien el fallo avala en términos generales la constitucionalidad de la norma analizada, el voto particular discrepante suscrito por cinco magistrados pone de relieve, con especial claridad, los problemas que plantea la utilización de conceptos excesivamente abiertos en el ámbito ambiental, al advertir —en el marco de un cuestionamiento más amplio del art. 2 de la Ley 19/2022— que la referencia a la restauración de la dinámica natural y a la resiliencia del ecosistema se formula en términos tan amplios, vagos e imprecisos que impiden conocer con la suficiente certeza el contenido de las exigencias normativas y anticipar sus consecuencias jurídicas [voto particular, apartado 4 e)]. Se subraya, por tanto, que

10 Recurso de inconstitucionalidad 8583-2022.

la indeterminación conceptual puede comprometer el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en la medida en que dificulta tanto la previsibilidad de la actuación administrativa como su eventual control jurisdiccional.

Esta tensión entre la apertura semántica del concepto y las exigencias del control jurisdiccional encuentra apoyos colaterales, entre nosotros, en la jurisprudencia más reciente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, siempre con las cautelas que exige extraer conclusiones pretendidamente generales de una línea todavía en formación, ha comenzado a articular un control de razonabilidad de la planificación pública en materia climática [SSTS 1038/2023, de 18 de julio (rec. 265/2020)[11], y 1079/2023, de 24 de julio (rec. 162/2021), ambas sobre la inactividad climática del Gobierno] y ha consolidado la operatividad jurídica del principio de no regresión ambiental como límite del *ius variandi* del planificador [SSTS 381/2023, de 22 de marzo (rec. 1451/2022); 882/2023, de 30 de junio (rec. 7738/2021); y 62/2024, de 17 de enero (rec. 2859/2022)]. Estas líneas jurisprudenciales, aun no referidas específicamente a la resiliencia, contribuyen a perfilar el contexto en el que conceptos abiertos del Derecho climático están adquiriendo progresiva operatividad, y refuerzan la necesidad —que justifica este trabajo— de proceder a su determinación dogmática como estándares jurídicamente exigibles.

En el ámbito europeo la resiliencia climática se articula también mediante un entramado transversal y sectorial que integra la adaptación, la evaluación del riesgo y la protección frente a impactos climáticos en distintos niveles de la acción pública. En un plano horizontal, el Reglamento (UE) 2021/1119[12] configura la adaptación, el refuerzo de la resiliencia y la reducción de la vulnerabilidad como objetivos jurídicos de la acción climática de la Unión, previsión que se completa con el Reglamento (UE) 2018/1999, que articula la planificación, evaluación y seguimiento de los riesgos climáticos[13], y con el Reglamento (UE) 2020/852[14], desarrollado por el Reglamento

---

11 *Vid.*, el comentario de Doreste Hernández, J. y Moreno Cervera-De la Cuesta, M. (2023). Sentencia 1038/2023 de 18 de julio de 2023 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (rec. 162/2021). *Actualidad Jurídica Ambiental* (137), 117-124.

12 Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) no 401/2009 y (UE) 2018/1999, conocido como Ley Europea del Clima.

13 Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) no 663/2009 y (CE) no 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2009/119/CE y (UE) 2015/652 del Consejo, y se deroga el Reglamento (UE) no 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

14 Reglamento (UE) 2020/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Delegado (UE) 2021/2139[15], que traduce la resiliencia en criterios técnicos verificables aplicables a actividades e inversiones, vinculando la adaptación a la reducción efectiva del riesgo y a la evitación de efectos adversos sobre terceros, ecosistemas o territorios.

Este marco general se proyecta, asimismo, sobre una pluralidad de sectores en los que la resiliencia adquiere una dimensión operativa. Así ocurre en la protección de infraestructuras y servicios esenciales, a través de la Directiva (UE) 2022/2557[16] y del Reglamento (UE) 2022/869 sobre infraestructuras energéticas transeuropeas[17]; en el ámbito del transporte, mediante el Reglamento (UE) 1315/2013[18], y en la ordenación física del territorio y la edificación, a través de la Directiva (UE) 2024/1275[19] que incorpora la resiliencia en la renovación urbana y en enfoques de distrito, así como de la Directiva 2014/52/UE[20] y de la Directiva 2007/60/CE[21], que obligan a integrar la vulnerabilidad climática y la evaluación del riesgo en la autorización de proyectos y en la planificación territorial.

Este entramado normativo pone de manifiesto un avance en la juridificación de la resiliencia climática en el Derecho de la Unión. Su incorporación no se produce a través de un estándar único, general y autosuficiente, sino mediante una pluralidad de exigencias de intensidad variable según los sectores, que combinan objetivos jurídicos de adaptación, criterios técnicos verificables y obligaciones específicas de evaluación, prevención, protección y recuperación frente a riesgos climáticos. Las disposiciones examinadas

---

15 Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 de la Comisión, de 4 de junio de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se establecen los criterios técnicos de selección para determinar las condiciones en las que se considera que una actividad económica contribuye de forma sustancial a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo, y para determinar si esa actividad económica no causa un perjuicio significativo a ninguno de los demás objetivos ambientales.

16 Directiva (UE) 2022/2557, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, relativa a la resiliencia de las entidades críticas y por la que se deroga la Directiva 2008/114/CE del Consejo.

17 Reglamento (UE) 2022/869, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se modifican los Reglamentos (CE) no 715/2009, (UE) 2019/942 y (UE) 2019/943 y las Directivas 2009/73/CE y (UE) 2019/944 y se deroga el Reglamento (UE) no 347/2013.

18 Reglamento (UE) no 1315/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte, y por el que se deroga la Decisión no 661/2010/UE.

19 Directiva (UE) 2024/1275, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la eficiencia energética de los edificios.

20 Directiva 2014/52/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

21 Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

muestran, en fin, un uso creciente de la resiliencia, aunque todavía articulada de forma sectorial y no plenamente reconducida a un parámetro común y homogéneo de actuación. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, este déficit de determinación adquiere especial relevancia cuando el riesgo es conocido, recurrente y territorialmente identificable. En tales condiciones, la exigencia jurídica no puede quedar limitada a la promoción de capacidades generales de adaptación, sino que debe traducirse en la definición de obligaciones concretas de protección susceptibles de evaluación y control[22].

Hechas estas consideraciones, es precisamente en este contexto donde adquiere sentido la propuesta de la ciudad climáticamente segura como estándar jurídico-público. Frente a la apertura semántica de la resiliencia, la seguridad climática introduce una lógica de determinación que permite identificar niveles de riesgo no tolerables, concretar deberes de actuación y someter la respuesta pública a criterios de suficiencia verificables. La cuestión deja así de formularse en términos de capacidad adaptativa del sistema urbano para situarse en el plano de la obligación, en relación con las medidas que deben adoptarse cuando el riesgo supera determinados umbrales y con las condiciones en las que su ausencia o insuficiencia puede considerarse contraria a Derecho.

A los efectos del presente trabajo, la ciudad climáticamente segura puede caracterizarse, de forma provisional y funcional, como una categoría de reconstrucción que impone a los poderes públicos la obligación de mantener las condiciones del entorno urbano dentro de niveles de riesgo climático jurídicamente tolerables, definidos a partir de la mejor evidencia científica disponible y de los mandatos de protección derivados del ordenamiento constitucional y legal. Este estándar no presupone la eliminación del riesgo —objetivo materialmente inaccesible—, sino su reducción a umbrales compatibles con el ejercicio efectivo de los derechos a la vida, la integridad física, la salud y una vivienda digna en condiciones de igualdad material. A diferencia de la resiliencia que orienta la capacidad adaptativa del sistema urbano sin fijar por sí sola dichos umbrales, la ciudad climáticamente segura

---

22 Sobre esta dimensión, puede verse con provecho, Cantó López, M. T. (2023), «La incorporación de medidas de adaptación al cambio climático en la ordenación territorial y urbanística: la prioridad de las soluciones basadas en la naturaleza». *Actualidad Jurídica Ambiental* (140), págs. 127, 132, 133, 138 y 139. La autora pone de relieve la configuración de la vulnerabilidad urbana en relación con fenómenos específicos como la isla de calor, la exigencia de integrar los factores climáticos en el planeamiento territorial y urbanístico, incorporación de la vulnerabilidad, el riesgo y los impactos climáticos como contenido propio de los instrumentos de ordenación, mediante técnicas como la cartografía específica, la progresiva introducción de estándares urbanísticos orientados a la adaptación, la consolidación de las soluciones basadas en la naturaleza y la infraestructura verde como técnicas jurídicas de intervención y, finalmente, la relevancia del diseño urbano —en particular, la vegetación y la configuración de los espacios públicos— como mecanismo para reducir la vulnerabilidad y mejorar el confort térmico en el entorno urbano.

ISBN: 978-84-7777-740-3

opera como parámetro de legalidad de la actuación pública, porque permite identificar cuándo la respuesta administrativa resulta jurídicamente insuficiente y habilita su control externo. Su configuración dogmática completa —en particular, la determinación de su naturaleza como principio, derecho o estándar de diligencia institucional, y la articulación de las posiciones jurídicas que genera— requiere un desarrollo que excede los límites del presente trabajo y que se abordará en sede más extensa.

Este desplazamiento desde una lógica de adaptación basada en la resiliencia hacia la configuración de un estándar jurídico de seguridad climática exige, no obstante, una concreción adicional, porque la seguridad climática solo puede adquirir operatividad si se proyecta sobre objetos jurídicos identificables que permitan traducir el estándar en decisiones públicas verificables. La figura del refugio climático urbano permite materializar ese contenido mínimo de protección frente al calor extremo, superando su consideración como buena práctica de gestión para situarse en el terreno de los deberes públicos orientados a garantizar condiciones básicas de seguridad climática en la ciudad, donde el calor extremo ya no puede tratarse como un mero dato climático ni la resiliencia como categoría suficiente de ordenación. Cuando el riesgo es conocido, susceptible de delimitación territorial y desigualmente soportado, opera una suerte de «autoaplicatividad climática» —si se permite la expresión— que reduce el margen del legislador y del planificador para diferir indefinidamente la respuesta operativa. El conocimiento del riesgo, su intensidad y su distribución activan, por sí mismos, deberes públicos cuyo contenido mínimo el ordenamiento no puede aplazar sin entrar en zona de incumplimiento, y la proyección inmediata de este planteamiento conduce a profundizar en la lectura de los derechos fundamentales en clave climática, a cuyo examen procede dedicar el siguiente epígrafe.

II. RELECTURA CLIMÁTICA DE LOS DERECHOS COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES PÚBLICOS DE PROTECCIÓN

La intensificación de los riesgos climáticos en el entorno urbano, tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior, exige replantear la protección jurídica de derechos fundamentales a la luz de las condiciones materiales de la vida en la ciudad. Los episodios de calor extremo, por su previsibilidad, recurrencia y distribución espacial desigual, no pueden tratarse como contingencias aisladas, sino como riesgos estructurales que inciden directamente en la efectividad de los derechos, y la ciudad deja de ser un mero soporte para el ejercicio de derechos y pasa a constituir un determinante de su goce efectivo.

La adaptación climática proyecta obligaciones positivas de protección cuyo fundamento se ancla en el bloque constitucional —derecho a la vida

y a la integridad física (art. 15 CE), tutela de la salud mediante medidas preventivas y prestaciones necesarias (art. 43 CE), derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) y principio de igualdad material (art. 9.2 CE)—, anclaje que, conviene precisar, no se proyecta de modo uniforme sobre todos esos preceptos sino con intensidad variable según su régimen de garantías, y que impide, en cualquier caso, reducir la protección frente al calor extremo a la mera provisión de servicios sanitarios o espacios de emergencia, exigiéndose su proyección sobre las condiciones de habitabilidad del entorno residencial —en conexión directa con el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)—. Este conjunto legitima y exige la adopción de medidas activas y tempestivas frente a riesgos ambientales conocidos y evitables, en atención a que las condiciones térmicas del entorno urbano inciden directamente en la habitabilidad y en la posibilidad real de desarrollar una vida digna en él. En términos de técnica jurídica el análisis se traslada desde la mera reacción *ex post* hacia la prevención estructural del daño.

Este desplazamiento se refuerza en el plano legal y de planificación. La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, integra los determinantes ambientales como elementos estructurales de la salud, lo que permite incorporar el calor extremo urbano —y la disponibilidad de espacios de alivio térmico— al contenido material de la protección sanitaria[23]. En el mismo sentido, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, articula la adaptación como eje de la acción pública y remite al Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030 (PNACC), que identifica los impactos del calor en la salud y promueve medidas urbanas de mitigación y protección. En el ámbito sanitario, el Plan Nacional de Actuaciones Preventivas de los Efectos del Exceso de Temperaturas sobre la Salud consolida un estándar de actuación preventiva que ya presupone la organización de respuestas estructurales frente a episodios de calor[24].

La dimensión europea e internacional converge en la misma dirección. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a través de su interpretación evolutiva[25], ha proyectado obligaciones positivas frente a ries-

---

23 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Su art. 3 define como determinantes de la salud, entre otros, los factores medioambientales, lo que permite encuadrar el calor extremo urbano como objeto de la protección sanitaria pública.

24 Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética; Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030 (PNACC), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de junio de 2021; *Plan Nacional de Actuaciones Preventivas de los Efectos del Exceso de Temperaturas sobre la Salud* (también referido informalmente como «Plan Calor») (Orden PRE/1518/2004, de 28 de mayo, por la que se crea la Comisión Interministerial para la aplicación efectiva del Plan Nacional de Actuaciones Preventivas de los Efectos del Exceso de Temperaturas sobre la Salud).

25 Como es sabido, el TEDH considera el Convenio un «instrumento vivo» que debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales (*living instrument doctrine*), formulación canónica acuñada en la STEDH de 25 de abril de 1978, Tyrer c. Reino Unido, demanda

ISBN: 978-84-7777-740-3

gos ambientales graves en el ámbito del art. 8 (vida privada y familiar) y, en determinados supuestos, del art. 2 (vida). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha consolidado esta línea desde *López Ostra c. España* (1994)[26] y *Fadeyeva c. Rusia* (2005)[27], hasta decisiones más recientes que conectan el cambio climático con la esfera de protección del Convenio, culminando en *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* (Gran Sala, 9 de abril de 2024), donde se afirma la existencia de un derecho a una protección efectiva frente a los efectos adversos graves del cambio climático derivado del art. 8 CEDH.

Esta evolución parece consolidar, siquiera con las cautelas que impone una doctrina jurisprudencial todavía en construcción en materia estrictamente climática, la idea de que los riesgos ambientales previsibles, cuando afectan de manera significativa a la salud y a las condiciones de vida, activan deberes positivos de protección susceptibles de control —deberes cuya operatividad procesal, *iura novit curia* mediante, no requiere que el demandante invoque expresamente el fundamento convencional para que el juez interno lo aplique[28]. La salud se presenta, por tanto, como categoría de conexión entre riesgo climático y obligación jurídica, de modo que la exposición prolongada a temperaturas elevadas, la ausencia de espacios de alivio térmico y la configuración de entornos urbanos que amplifican el calor no son meros problemas ambientales, sino factores con especial incidencia en los colectivos más vulnerables.

Sobre este conjunto constitucional, la vulnerabilidad opera como criterio articulador y de modulación. El principio de igualdad material del art. 9.2 CE proyecta esta categoría sobre la intensidad y el contenido de los debe-

---

n.º 5856/72, § 31, y reiterada de modo constante por el Tribunal en pronunciamientos posteriores. Esta interpretación dinámica ha permitido proyectar el ámbito de protección del Convenio, y en particular del art. 8, sobre situaciones no expresamente previstas en el texto convencional, entre ellas las derivadas de riesgos ambientales graves para la vida privada, familiar y el domicilio, sin necesidad de reconocer un derecho autónomo al medio ambiente.

26 STEDH de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. España*, demanda n.º 16798/90.

27 STEDH de 9 de junio de 2005, *Fadeyeva c. Rusia*, demanda n.º 55723/00.

28 La STEDH (Gran Sala) de 9 de abril de 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*, demanda n.º 53600/20, aptdos. 519 y ss., reconoce un derecho a la protección efectiva frente a los efectos adversos graves del cambio climático derivado del art. 8 CEDH. Véanse los siguientes tres trabajos imprescindibles y complementarios sobre este fallo: Plaza Martín, C. (2024), «De los niños de los Andes a las ancianas de los Alpes: nuevos hitos en la protección del medio ambiente frente al cambio climático a través de los Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho Europeo* (91), 25-66; Salinas Alcega, S. (2024). «Litigación climática en Estrasburgo. Obstáculos y aportes del Derecho a un clima estable desde la perspectiva del esfuerzo de mitigación». *Revista Española de Derecho Europeo* (92), 95-136; Lozano Cutanda, B. (2024), «El Tribunal de Estrasburgo crea un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva frente al cambio climático que abre la vía de recurso ante el Tribunal Constitucional». *Diario La Ley* (10502).

res públicos correlativos, de modo que las obligaciones derivadas del bloque examinado no son uniformes, sino que se intensifican en función de la exposición y de la capacidad de autoprotección del colectivo afectado, exigiendo una respuesta asimétrica que atienda a la concentración territorial y social del riesgo. La consecuencia metodológica es nítida, y se ve reforzada por la jurisprudencia europea más reciente. La protección jurídica no puede agotarse en la enunciación de derechos, sino que requiere la identificación de estándares materiales, diferenciados y distributivamente articulados, que concreten el contenido de dichas obligaciones.

La noción de ciudad climáticamente segura como categoría de reconstrucción no amplía indeterminadamente el catálogo de derechos, sino que traduce sus exigencias en parámetros verificables. La protección de la salud y la consideración de la vulnerabilidad encuentran así una concreción operativa en instrumentos urbanos específicos. Entre ellos, los refugios climáticos se perfilan como una de las concreciones más inmediatas de esas obligaciones positivas en contextos de calor extremo, al proporcionar espacios accesibles de alivio térmico y actuar como infraestructura básica de protección en el entorno urbano. Esta reconstrucción no solo tiene un valor sistemático, sino que introduce un criterio relevante para la evaluación jurídica de la actuación pública, al permitir apreciar cuándo la respuesta frente al riesgo climático resulta insuficiente desde la perspectiva de las obligaciones de protección que derivan del ordenamiento. Los refugios climáticos, se insiste, no son ya, en este horizonte, una opción de gestión municipal disponible, sino la concreción operativa más inmediata de obligaciones positivas constitucionalmente fundadas y materialmente exigibles.

III. UNA FIGURA EN FORMACIÓN CON DESARROLLO NORMATIVO TODAVÍA FRAGMENTARIO

La construcción de los refugios climáticos como contenido mínimo de protección frente al calor extremo exige, con carácter previo, su delimitación como objeto jurídico, operación que no es meramente terminológica, sino que cumple una función estructural al permitir identificar una realidad material susceptible de ser integrada en el ordenamiento jurídico como soporte de obligaciones públicas de protección. En este sentido, los refugios climáticos no pueden entenderse exclusivamente como dispositivos técnicos o como buenas prácticas de gestión urbana, sino como una categoría susceptible de adquirir relevancia normativa en el marco de la adaptación climática.

La noción de refugio climático no es unívoca en el Derecho positivo y en las políticas públicas, donde aparece igualmente vinculada a la adaptación de la biodiversidad y a la gestión ecológica del territorio. Ahora bien, el presente análisis se sitúa en un plano distinto, centrado en la protección de las

ISBN: 978-84-7777-740-3

personas frente a episodios de calor extremo, lo que permite descomponer estos espacios en un conjunto de parámetros con trascendencia normativa —accesibilidad, cobertura territorial, condiciones de funcionamiento e integración en red— y facilitar su progresiva transformación en estándares jurídicos verificables. Con esta finalidad resulta particularmente relevante situar los refugios climáticos en relación con la infraestructura verde urbana. Estos espacios operan como nodos integrados en una red más amplia de espacios —arbolado urbano, parques, corredores verdes, superficies permeables o sistemas de gestión del agua— que contribuyen conjuntamente a la regulación térmica de la ciudad. Esta integración permite superar una concepción fragmentaria del refugio climático y situarlo en un plano estructural, como parte de las condiciones materiales que hacen posible una ciudad habitable en contextos de cambio climático.

La delimitación funcional expuesta ya encuentra apoyo, aunque de forma fragmentaria, en el Derecho positivo. En el ámbito estatal, diversos instrumentos de planificación climática y sanitaria —como el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático o los planes de actuación frente a altas temperaturas— incorporan la noción de espacios de alivio térmico como medida de protección de la salud. En el ámbito autonómico, determinadas legislaciones climáticas han comenzado a introducir referencias a la creación de redes de espacios climáticos en el entorno urbano, mientras que, en el plano local, varios municipios las han desarrollado mediante la reconfiguración funcional de equipamientos y espacios preexistentes, lo que refuerza su encaje en competencias municipales consolidadas en materia de urbanismo, salud pública, servicios sociales o protección civil.

Una aproximación al régimen jurídico de los refugios climáticos presenta, entre nosotros, una característica estructural que se concreta en la ausencia de una regulación unitaria y sistemática de la figura como categoría jurídico-administrativa autónoma. Lejos de presentarse como una figura plenamente definida —con concepto legal, procedimiento propio, régimen de efectos y encaje competencial específico—, los refugios climáticos aparecen en el Derecho positivo de manera fragmentaria, sectorial y funcionalmente dispersa, incrustados en ámbitos materiales diversos sin una articulación común. Esta fragmentación se manifiesta en el ámbito legislativo autonómico, donde pueden identificarse distintos grados de articulación jurídica. En algunos casos el reconocimiento es todavía incipiente y sectorial —como sucede en la Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética de Navarra, que los incorpora como medida referida al ámbito de la gestión de sumideros de carbono (esto es, en una lógica ecosistémica más que urbana)—. Concretamente exige que la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, las entidades locales y sus organismos públicos vinculados desarrollen distintas acciones y, entre ellas, el «establecimiento de refugios climáticos que permitan la adaptación y la migración de la biodiversidad» [art. 73.1.k)]. La integración de la figura del

refugio en las acciones sobre sumideros de carbono, su diseño y ejecución exigen una coordinación previa con el resto de los instrumentos de planificación y gestión climática.

En otros casos se aprecia una aproximación más desarrollada, como ocurre con la Ley 6/2022, de 5 de diciembre, de Cambio Climático y Transición Ecológica de la *Comunitat* Valenciana. En su redacción vigente —tras la modificación operada por la Ley 6/2024, de 5 de diciembre, de simplificación administrativa—, su artículo 76 dispone que la Generalitat impulsará, en colaboración con el resto de las administraciones, una red de espacios de confort climático en emplazamientos y equipamientos tanto públicos como privados, que podrán activarse como lugares de acogida de la ciudadanía durante fenómenos meteorológicos adversos y temperaturas extremas. La modificación terminológica introducida en 2024 responde, según explica expresamente su preámbulo, a la voluntad de sustituir la denominación originaria de *refugios climáticos* por la de *espacios climáticos*, al considerarse aquella inadecuada por su significado ecosistémico más amplio y, asimismo, a la necesidad de armonizar el texto legal con el desarrollo reglamentario que la propia Generalitat estaba preparando[29]. Adviértase, sin embargo, que la dimensión ecosistémica del concepto no es —argumento de discutible acierto, eso sí— un defecto técnico sino, antes bien, una virtud sistemática, precisamente la que permite integrar el refugio en la lógica más amplia de la infraestructura verde, según se sostendrá en el epígrafe siguiente.

Desde la perspectiva jurídico-administrativa, el artículo 76 configura una base legal especialmente significativa, aunque todavía necesitada de desarrollo reglamentario. La ley fija los elementos esenciales del sistema —atribución a la *Generalitat* de la función de impulso, colaboración interadministrativa, incorporación de emplazamientos y equipamientos públicos y privados, vinculación funcional de la red a la acogida de la población durante episodios críticos— y remite al reglamento la ordenación de detalle, en particular la elaboración del catálogo de espacios, la determinación de las características exigibles y las condiciones de apertura y accesibilidad. La previsión legal incorpora, además, una dimensión funcional de notable relevancia, al exigir que los espacios integrados permanezcan abiertos y sean efectivamente accesibles a la ciudadanía durante los episodios de temperaturas extremas o fenómenos meteorológicos adversos, lo que introduce una exigencia de operatividad real que trasciende la mera identificación formal de emplazamientos potenciales.

Un aspecto particularmente relevante del régimen configurado por el artículo 76 es la posibilidad expresa de integrar en la red espacios y equi-

29 La modificación no persigue alterar la finalidad protectora del sistema, sino ajustar su denominación y acompasarla al desarrollo reglamentario anunciado en el preámbulo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

pamientos de titularidad privada, previsión que introduce una dimensión estructural en el modelo al permitir la articulación de una infraestructura climática urbana que trasciende el ámbito estrictamente público. La constatación tiene relevancia inmediata, porque proyecta el modelo valenciano más allá de la lógica demanial clásica y abre el sistema a la incorporación de recursos privados al servicio de una finalidad pública de protección climática, cuya articulación dogmática se desarrollará al examinar el régimen organizativo de la red.

El núcleo real de desarrollo de los refugios climáticos se sitúa, sin duda, en el ámbito local, que es donde la figura adquiere mayor concreción material, aunque sin una sistematización jurídica homogénea dado que su incipiente despliegue se está realizando a partir de equipamientos y espacios preexistentes —bibliotecas, centros cívicos, instalaciones deportivas, parques urbanos— que son funcionalmente recalificados como dispositivos de protección frente al calor extremo, como se ha adelantado. El fundamento para su implantación se apoya en el marco competencial local, en virtud de las previsiones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (arts. 25.2 y 26), y de la legislación autonómica de régimen local —entre otras, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi[30]—, en las que se atribuyen a los municipios competencias en materias directamente vinculadas con esta función, como la protección civil, la salubridad pública, los servicios sociales o la ordenación y gestión del espacio urbano, que permiten integrar estas actuaciones dentro de sus potestades propias de organización y prestación de servicios.

Un análisis de las experiencias municipales y supramunicipales posibilita identificar, asimismo, distintas técnicas de configuración jurídica progresiva de esta figura. A título ilustrativo, sobresalen tres casos que muestran distintas formas de articulación de la figura: desde la planificación urbanística —la ciudad de Zaragoza—, desde la organización de servicios urbanos —el Área Metropolitana de Barcelona— y desde el impulso territorial —el territorio de Gipuzkoa—.

El caso de Zaragoza ofrece un ejemplo significativo de integración progresiva de los refugios climáticos en la planificación urbana mediante una secuencia de instrumentos estratégicos complementarios. Sobre la base

30 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. El marco competencial municipal se articula a través de los arts. 14.2 y 17.1, que conectan las competencias propias con una serie de ámbitos materiales directamente vinculados con la función de protección frente a riesgos climáticos, entre los que destacan la protección civil y las emergencias, la gestión de equipamientos e infraestructuras, el medio ambiente urbano, el urbanismo, la salud pública, los servicios sociales y la gestión de parques y jardines. A su vez, el art. 19.1 precisa que tales competencias implican la titularidad de funciones o potestades municipales sobre dichos ámbitos, mientras que la disposición transitoria primera permite el ejercicio de estas facultades incluso en ausencia de una completa determinación sectorial, lo que refuerza la capacidad de actuación municipal en la articulación de redes locales de protección climática.

previa del Plan Director de Infraestructura Verde, el Plan de Adaptación al Cambio Climático de Zaragoza 2030 (PACCZ 2030)[31] incorpora la dimensión de adaptación al calor extremo y la protección de la salud, articulando la red municipal de refugios climáticos como concreción funcional de la infraestructura verde previa. El interés del modelo, desde una perspectiva jurídico-administrativa, no reside únicamente en su anclaje en la planificación urbana, sino en la introducción de indicadores de cobertura territorial cuantificables —destacadamente, la fijación del porcentaje de población situada a menos de 300 metros a pie de un refugio climático— como criterio de evaluación de la suficiencia de la red, lo que permite desplazar la figura desde el terreno de la mera buena práctica programática hacia un ámbito próximo a la verificabilidad material.

En el ámbito supramunicipal, el caso del Área Metropolitana de Barcelona presenta un grado de formalización jurídica especialmente relevante, articulado a través de un instrumento administrativo específico —el Protocolo General de Adhesión a la *Xarxa Metropolitana de Refugis Climàtics*, aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno de 25 de abril de 2023[32]—, que sobre el marco competencial cooperativo proporcionado por la Ley 31/2010 del Área Metropolitana de Barcelona[33] y la Ley 16/2017 de cambio climático

---

31 El *PACCZ 2030* se inserta en los compromisos asumidos por el Ayuntamiento de Zaragoza en el marco del *Pacto de las Alcaldías para el Clima y la Energía*, una iniciativa de alcance internacional que agrupa a entidades locales comprometidas de forma voluntaria con la consecución de los objetivos climáticos y energéticos de la Unión Europea, en particular mediante la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, la mejora de la eficiencia energética y el refuerzo de la capacidad de adaptación al cambio climático a escala local. Su funcionamiento se articula a través de compromisos asumidos por los municipios adheridos, que se concretan en la elaboración, ejecución y seguimiento de planes de acción en materia de energía y clima. El PACCZ 2030 no se agota en una declaración estratégica, sino que prevé expresamente su desarrollo a través de dos programas de trabajo, correspondientes a los periodos 2023-2026 y 2027-2030, destinados a concretar, planificar y coordinar las acciones propuestas, con financiación procedente principalmente de fondos propios del Ayuntamiento, fondos nacionales y fondos europeos.

32 En particular apartados 2, 5.1, 5.2 y 7, así como el bloque de condiciones mínimas de los refugios climáticos (pág. 5), donde se regulan el procedimiento de adhesión mediante declaración responsable, la incorporación de espacios mediante decreto, la actualización del catálogo y los estándares de funcionamiento de los refugios interiores y exteriores.

33 La Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona, en su artículo 14.E atribuye, a este ente competencias en materia de medio ambiente, incluyendo la formulación de planes metropolitanos de protección ambiental, salud y lucha contra el cambio climático, así como la colaboración con los municipios en la programación de políticas de ordenación ambiental. A su vez, el artículo 13.2 le habilita para prestar servicios y promover actividades destinadas a satisfacer las necesidades de los municipios que la integran, mientras que el artículo 13.5 prevé expresamente la posibilidad de articular dicha actuación mediante convenios, delegaciones y otros instrumentos de cooperación. Todo ello, en coherencia con la propia naturaleza del ente como estructura supramunicipal orientada a la planificación y prestación conjunta de políticas públicas en un espacio funcionalmente integrado (art. 1.2), configura un marco institucional idóneo para la coordinación de actuaciones de adaptación climática a escala metropolitana.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de Cataluña[34] formaliza la red como agrupación voluntaria de entes locales, sin personalidad jurídica propia. El rasgo definitorio del modelo, desde una perspectiva jurídico-administrativa, reside en la articulación procedimentalizada de la red —adhesión voluntaria mediante solicitud y declaración responsable, seguida de resolución administrativa formal del órgano competente— y en la fijación de estándares mínimos de funcionamiento diferenciados entre refugios interiores y exteriores (señalización, accesibilidad, seguridad, zonas de descanso, provisión de agua y apertura durante los episodios de temperaturas extremas), que dotan a la red de un grado de determinación material superior al de los modelos basados exclusivamente en planificación estratégica.

En una escala territorial superior, el caso del Territorio Histórico de Gipuzkoa permite identificar un modelo de inserción de los refugios climáticos en la planificación estratégica supramunicipal. El marco se sitúa en la Estrategia de Cambio Climático Klima 2050[35] y, en su desarrollo operativo, en el Programa de Trabajo 2025-2030 para la adaptación del territorio de Gipuzkoa al cambio climático, que incorpora la creación y consolidación de refugios climáticos como herramienta de protección expresamente vinculada a la infraestructura verde y a las soluciones basadas en la naturaleza. La singularidad del modelo, desde una perspectiva jurídico-administrativa, reside en su configuración como instrumento de gobernanza multinivel, en el que la Diputación Foral asume un papel de impulso, coordinación y apoyo a las entidades locales —identificación de necesidades, definición de criterios comunes y provisión de instrumentos de financiación y conocimiento técnico—, articulando un modelo descentralizado en el que la acción foral actúa como catalizador de la acción municipal y demuestra la potencia estructurante de un nivel territorial intermedio en la articulación de redes de refugios climáticos.

Hechas estas precisiones, el análisis de las experiencias examinadas permite identificar tres formas diferenciadas de articulación jurídica de los refugios climáticos en el ámbito urbano y territorial. En Zaragoza, la figura

---

34 La Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático de Cataluña, incorpora de forma expresa la adaptación al cambio climático y la reducción de la vulnerabilidad como finalidades jurídicas de la acción pública [art. 2.2 b) y c)], y establece su integración obligatoria en la planificación y programación sectoriales. En particular, el artículo 10.3 impone a los departamentos de la Generalitat el deber de incorporar en su actuación los objetivos de reducción de la vulnerabilidad, mientras que el artículo 11 exige que los instrumentos de planificación incluyan la evaluación de impactos climáticos y la adopción de medidas de adaptación. A ello se añade el carácter transversal de esta obligación, reforzado por el artículo 13.1, que ordena integrar dichas medidas en la planificación, ejecución y control de las políticas sectoriales, así como su proyección específica en ámbitos como la salud, donde se prevé la adopción de medidas de protección frente a fenómenos como las olas de calor (art. 23).

35 *Estrategia de Cambio Climático 2050 del País Vasco-KLIMA 2050*. Aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco de junio de 2015.

se integra en la planificación urbanística y ambiental mediante instrumentos estratégicos y, de manera especialmente significativa, a través de indicadores de cobertura territorial que permiten evaluar su alcance efectivo. En el Área Metropolitana de Barcelona, en cambio, se observa una mayor formalización administrativa, al articularse la red mediante un instrumento específico de adhesión, con procedimientos de incorporación, estándares mínimos de funcionamiento y un sistema de gobernanza definido. Por su parte, el caso del Territorio Histórico de Gipuzkoa responde a una lógica de planificación estratégica y despliegue territorial, en la que la figura se inserta en políticas de adaptación más amplias vinculadas a la infraestructura verde y a la resiliencia del territorio. No constituyen modelos cerrados, sino expresiones de un proceso en curso de incorporación progresiva al ordenamiento a través de técnicas diversas, y ponen de relieve que la figura ha superado el plano meramente programático, aunque todavía no se ha consolidado de forma general como una categoría jurídica autónoma dotada de un contenido plenamente determinado y de estándares homogéneos de actuación[36].

IV. LA RECONSTRUCCIÓN DEL REFUGIO CLIMÁTICO URBANO: DE BUENA PRÁCTICA A CATEGORÍA DOGMÁTICA

El recorrido del epígrafe anterior ha mostrado que la figura del refugio climático urbano ha alcanzado, entre nosotros, un grado de implantación material apreciable —especialmente en la escala local y supramunicipal— pero un grado de sistematización jurídica notablemente menor. Sobre esta asimetría se asienta la operación que aquí se propone, a saber, una reconstrucción dogmática del refugio climático urbano como categoría jurídico-administrativa autónoma, articulada en torno a sus elementos constitutivos, su anclaje constitucional, su régimen organizativo y la determinación de las posiciones jurídicas que genera.

---

36 La proliferación de redes de refugios climáticos no se limita a los casos analizados, sino que comienza a extenderse de forma progresiva a otros municipios españoles, en los que se ensayan distintas fórmulas de implantación en el marco de sus políticas de adaptación al cambio climático. Así, ciudades como Málaga, con una red amplia que integra equipamientos públicos y espacios verdes con capacidad de regulación térmica, o Logroño, que ha desarrollado una cartografía urbana de refugios accesible a la ciudadanía, muestran una tendencia hacia la consolidación de estos dispositivos como elementos de protección climática. En el caso de Donostia-San Sebastián, la red combina refugios interiores y exteriores en el marco de su estrategia de resiliencia urbana, mientras que otras ciudades como Pamplona, Murcia, Vitoria-Gasteiz, Bilbao, Valencia, Alicante, Tarragona, Lleida o Girona han comenzado igualmente a incorporar estos espacios en sus instrumentos de planificación o gestión. A ello se añaden iniciativas en municipios no capitales, como Torrejón de Ardoz, Sagunto, Hernani o Gernika, que evidencian una extensión capilar del modelo. Estas experiencias ponen de manifiesto la existencia de un proceso de implantación incipiente pero creciente, caracterizado por su heterogeneidad técnica y su todavía limitada sistematización jurídica, lo que refuerza la necesidad de su ordenación como categoría jurídico-administrativa.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Bajo la premisa de que la noción de ciudad climáticamente segura exige un paso adicional respecto de los enfoques tradicionales de adaptación, los refugios climáticos urbanos se perfilan como una de las manifestaciones más claras de ese estándar mínimo, al permitir una protección inmediata y territorialmente localizada de la población más vulnerable. La delimitación de ese núcleo mínimo exige identificar los elementos estructurales que hacen posible una protección efectiva, entre los que la accesibilidad espacial ocupa una posición central, al requerir la existencia de espacios de alivio térmico a una distancia razonable de la población, especialmente en entornos urbanos densos y con elevada exposición. A ello se añade la necesidad de una distribución suficientemente amplia que garantice su disponibilidad con independencia de la capacidad individual de desplazamiento. Resultan igualmente determinantes las condiciones de funcionamiento, que no se agotan en la reducción de la temperatura, sino que comprenden la provisión de sombra, agua, espacios de descanso y horarios de apertura adaptados a los episodios de calor. Estos elementos dejan de ser referencias técnicas para adquirir relevancia como parámetros integrables en las obligaciones públicas de protección.

Esta construcción se aproxima a la lógica del contenido esencial de los derechos, aunque —conviene precisarlo de inmediato, antes de cualquier deslizamiento dogmático— con un ajuste técnico imprescindible. La garantía del art. 53.1 CE opera estrictamente sobre los derechos de la Sección Primera del Capítulo II y no resulta, por ello, directamente aplicable a los principios rectores del Capítulo III —derecho a la salud (art. 43 CE), al medio ambiente (art. 45 CE) o a la vivienda digna (art. 47 CE)—, que constituyen, sin embargo, el anclaje constitucional principal de la protección climática urbana.

No se ignora —ha de adelantarse— que un sector relevante de la doctrina se ha mostrado reticente a trasladar la lógica del contenido esencial al ámbito de los principios rectores, sobre la base de la diferencia técnica de régimen que el art. 53 CE establece. Esta objeción es seria y merece respuesta cuidadosa. Esta diferencia de régimen no impide trasladar la lógica estructural del contenido esencial por dos vías convergentes. La primera opera a través del art. 15 CE. Cuando el calor extremo alcanza umbrales que comprometen directamente la vida y la integridad física de colectivos vulnerables, el riesgo entra en el ámbito de un derecho de la Sección Primera dotado de contenido esencial en sentido técnico. La doctrina del Tribunal Constitucional —desde la temprana STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 4)— ha establecido que los derechos fundamentales no se agotan en su dimensión defensiva o de abstención frente al Estado, alumbrando una segunda dimensión que comporta deberes positivos de protección a cargo de los poderes públicos. Esta doctrina, proyectada de forma específica sobre el art. 15 CE, ha sido posteriormente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación de los arts. 2 y 8 CEDH —cuya doctrina, *ex*

art. 10.2 CE, vincula la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española—, hasta articular una línea jurisprudencial consolidada en materia de obligaciones positivas frente a riesgos graves y previsibles, que adquiere especial intensidad cuando los afectados carecen de capacidad real de autoprotección. Esta línea arranca de la STEDH (Sección 1.ª) de 20 de marzo de 2008, *Budayeva y otros c. Rusia*[37], donde el Tribunal afirmó que la obligación positiva derivada del art. 2 CEDH se proyecta sobre peligros naturales inminentes y claramente identificables, y que el Estado incurre en responsabilidad cuando, pese a disponer de información técnica suficiente sobre la recurrencia del riesgo, omite implementar políticas adecuadas de planificación territorial y de respuesta de emergencia. Esta doctrina culmina, por el momento, en la mencionada STEDH (Gran Sala) de 9 de abril de 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*, que la proyecta expresamente sobre el cambio climático y reconoce, sobre la base del art. 8 CEDH, un derecho a una protección efectiva por parte de las autoridades estatales frente a los efectos adversos graves del cambio climático sobre la vida, la salud, el bienestar y la calidad de vida, articulado asimismo sobre un criterio cualificado de vulnerabilidad por edad y exposición a olas de calor. La inexistencia o insuficiencia de redes de refugios climáticos en zonas de alta exposición térmica y elevada vulnerabilidad social puede comprometer ese umbral, conectando así la protección climática urbana con el contenido esencial de un derecho fundamental de primer orden.

La segunda vía opera a través de los propios principios rectores del Capítulo III, cuyo valor normativo el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente como mandatos vinculantes para los poderes públicos, aunque no generen por sí mismos derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales [SSTC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6, y 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11]. La doctrina constitucional ha precisado, en este sentido, que los arts. 39 a 52 CE no son normas sin contenido, sino disposiciones que obligan a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (STC 19/1982, FJ 6). Puede hablarse, por tanto, de un núcleo de contenido mínimo indisponible de dichos principios, cuyo desconocimiento por inacción sistemática resulta constitucionalmente inadmisible. El principio de igualdad material del art. 9.2 CE refuerza esta conclusión al imponer la remoción de los obstáculos que generan desigualdad real, intensificando el deber de respuesta allí donde la desigualdad estructural hace que la exposición al riesgo climático sea mayor y la capacidad individual de afrontarlo sea menor.

En el ámbito urbano, esta lógica adquiere particular intensidad y se concreta en dos planos correlativos. En el plano urbanístico-prestacional, la planificación queda vinculada al mantenimiento de los estándares previamente

37 Demandas acumuladas núms. 15339/02 y otras, aptdos. 137-138 y 156-160.

ISBN: 978-84-7777-740-3

definidos[38], lo que exige diagnósticos territoriales que identifiquen las áreas de mayor exposición e implantación transversal de las redes en las políticas urbanas, de vivienda, de salud pública y de protección civil, así como criterios verificables —accesibilidad, cobertura, capacidad, condiciones de funcionamiento— sin los cuales la adaptación no abandona su carácter meramente orientador. Asimismo en el plano distributivo, la lógica impone priorizar las redes en los entornos con mayor concentración de vulnerabilidad, dado que la igualdad formal resulta insuficiente si no se acompaña de una asignación diferenciada de recursos; los refugios climáticos operan, en consecuencia, como instrumentos de corrección de desigualdades ambientales y de garantía de condiciones mínimas de habitabilidad urbana, en una lectura evolutiva de la función social de la propiedad coherente con la consolidación del estándar.

La experiencia comparada muestra que este proceso de concreción normativa ya ha comenzado a materializarse mediante la introducción de estándares cuantificados, deberes operativos e indicadores de seguimiento. Un ejemplo significativo lo constituye la legislación del *Land* de Berlín en materia de adaptación climática, que introduce objetivos legales, prioridades territoriales y sistemas de evaluación. Su interés no radica en ofrecer una construcción dogmática acabada, sino en mostrar que la adaptación puede positivarse mediante instrumentos jurídicos capaces de operar con parámetros verificables, aun cuando su sistematización como contenido mínimo exigible permanezca todavía en elaboración[39]. Los refugios climáticos aban-

---

38 *Vid.*, entre otros, Aragão, A. (2012). « Le fondement européen de la prohibition de régression : le niveau élevé de protection de l'environnement ». En M. Prieur y G. Sozzo (dirs.), *La non-régression en droit de l'environnement* (347 y ss.). Bruylant. En esta misma obra colectiva puede consultarse Hachez, I., « Le principe de non-régression en droit de l'environnement : une irréversibilité relative ? » (501 y ss.). En el ámbito español, el principio de no regresión ambiental ha sido progresivamente configurado en la doctrina y la jurisprudencia como un límite a la reducción del nivel de protección alcanzado, operando como una auténtica cláusula de progreso del Derecho ambiental. Se destaca su naturaleza de principio general del Derecho, orientado a impedir decisiones legislativas, reglamentarias o administrativas que disminuyan el nivel de protección existente [Doreste Hernández, J. (2020). «La paulatina consolidación del principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia española». *Actualidad Jurídica Ambiental*, vol. 2 (102), 553-563]. En el ámbito urbanístico, su proyección se ha concretado como límite al *ius variandi* del planificador, especialmente en relación con la reclasificación de suelos protegidos o zonas verdes, cuya alteración exige una justificación reforzada [Bartolomé Navarro, J. L. (2018), «El principio de no regresión en el planeamiento urbanístico». *Ciudad y formas urbanas. Perspectivas transversales* (5), 55-59].

39 Véase la *Gesetz für ein Klimaanpassungsgesetz Berlin und zur Änderung weiterer Vorschriften*, de 7 de noviembre de 2025, publicada en *Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin*, n.º 33, de 20 de noviembre de 2025, págs. 542 y ss., especialmente aptdos. 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 19 del *Berliner Klimaanpassungsgesetz* (KAnGBln), donde se positivizan objetivos de adaptación climática territorializada, umbrales cuantificados de arbolado y acceso a espacios de enfriamiento, criterios de prioridad social y mecanismos de seguimiento y corrección del cumplimiento. Puede verse, asimismo, la exposición de motivos en *Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 19/2573,* que presenta la norma como un instrumento de planificación y programación pública de la adaptación climática.

donan de este modo su condición de buena práctica para convertirse en un elemento estructural del contenido mínimo del derecho a una ciudad climáticamente segura, en cuyo umbral las condiciones térmicas del entorno urbano dejan de ser compatibles con unas condiciones materiales de vida adecuadas[40].

Sobre la base del análisis precedente, este trabajo propone una primera reconstrucción del refugio climático urbano como categoría jurídico-administrativa autónoma, articulada en torno a una doble dimensión —funcional y estructural— que permite identificar tanto sus elementos esenciales como su encaje en el sistema de deberes públicos de protección climática. En su dimensión funcional, el refugio climático urbano puede definirse como aquel espacio o equipamiento, público o de acceso público, que reúne condiciones materiales adecuadas para proporcionar alivio térmico efectivo durante episodios de calor extremo, especialmente a la población vulnerabilizada por la articulación urbana del riesgo. Esta dimensión funcional permite identificar los elementos esenciales que integran el concepto: la finalidad de protección frente al calor extremo, la accesibilidad espacial y de uso, la adecuación material del espacio a su función protectora, y su inserción operativa en el tejido urbano. No se trata, por tanto, de cualquier espacio verde o edificio público, sino de aquellos que, por sus características y por su afectación funcional, pueden cumplir de manera efectiva una función de protección climática[41].

En su dimensión estructural —que constituye la verdadera operación dogmática que aquí se propone—, el refugio climático urbano no opera como elemento aislado, sino como nodo funcional integrado en una red urbana de protección climática que se inserta, a su vez, en la lógica más amplia de la infraestructura verde como categoría jurídico-administrativa. Esta

---

40 La caracterización constitucional del umbral aquí mencionado podría articularse, en una elaboración dogmática más extensa, en torno a la noción de dignidad climática, como proyección específica del valor superior de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) sobre las condiciones materiales del entorno urbano frente al riesgo climático. Esta proyección encuentra apoyo conceptual en la conexión entre dignidad humana, condiciones ambientales adecuadas y bienestar de las generaciones presentes y futuras —presente ya en el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y reforzada por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, singularmente la STEDH (Gran Sala) de 9 de abril de 2024, *KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza*, que reconoce el derecho de toda persona a una protección efectiva frente a los efectos adversos graves del cambio climático sobre su vida, salud, bienestar y calidad de vida—, y constituye una línea de investigación que excede el alcance del presente trabajo y se reserva para tratamiento monográfico posterior.

41 Esta primera aproximación a la noción de refugio climático urbano responde a una reconstrucción elaborada a partir de instrumentos de planificación climática y sanitaria —en particular, el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030 y los planes de actuación frente a episodios de altas temperaturas—, así como de la práctica administrativa desarrollada en distintas ciudades españolas, que han configurado redes de espacios de alivio térmico accesibles a la población.

ISBN: 978-84-7777-740-3

caracterización no es meramente descriptiva; implica reconocer que el refugio climático urbano participa de las notas definitorias de la infraestructura verde —carácter sistémico, articulación en red, prestación de servicios ecosistémicos y vinculación funcional con la planificación territorial y urbanística—, lo que permite trasladarle los principios y las técnicas jurídicas que ordenan esta categoría. Su fundamento competencial encuentra anclaje suficiente, en el ámbito local, en las competencias municipales del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, particularmente en sus letras a) (urbanismo), b) (medio ambiente urbano), j) (protección de la salubridad pública) y k) (servicios sociales), proyectadas sobre la función de protección climática del entorno urbano. La consecuencia jurídica de esta caracterización es relevante. El refugio climático urbano deja de operar como mera buena práctica de gestión municipal para integrarse, como clave de bóveda del régimen de protección climática urbana, en el sistema de deberes públicos, en términos que permiten su evaluación según parámetros de cobertura territorial, accesibilidad real, funcionalidad efectiva y articulación en red.

De la caracterización dogmática propuesta se deriva un régimen organizativo de la red que, entre nosotros, el ordenamiento jurídico no ha sistematizado todavía con carácter general, pero que admite reconstrucción a partir de los modelos examinados en el epígrafe precedente. La red de refugios climáticos no surge espontáneamente del concurso de espacios urbanos disponibles, sino que requiere un acto jurídico de creación que la dote de unidad funcional, identifique los espacios integrantes, fije los estándares mínimos de funcionamiento y articule los mecanismos de incorporación, mantenimiento y, en su caso, exclusión. Este acto jurídico de creación, que en los modelos analizados ha adoptado distintas formas —protocolo administrativo (Área Metropolitana de Barcelona), instrumento de planificación estratégica (Gipuzkoa) o concreción operativa de planes climáticos previos (Zaragoza)—, constituye el presupuesto institucional sin el cual los espacios individualmente considerados no operan como infraestructura urbana de protección. La red, en este sentido, es más que la suma de sus elementos, es la categoría jurídica que les atribuye su función estructurante.

La incorporación de espacios concretos a la red exige, asimismo, un procedimiento administrativo que permita atribuir efectos jurídicos a la integración. El modelo metropolitano barcelonés —adhesión voluntaria del titular del espacio mediante solicitud y declaración responsable, seguida de resolución administrativa formal del órgano competente— ofrece una articulación procedimental coherente que cumple las funciones esenciales de identificación, formalización y publicidad. La consecuencia jurídica de la integración es la afectación funcional del espacio a la finalidad pública de protección climática, lo que comporta para el titular el deber de mantener las condiciones materiales que justificaron la integración y de garantizar la apertura efectiva durante los episodios de calor extremo. El catálogo de la red

opera como instrumento de identificación oficial, dotado de eficacia frente a terceros, y cumple asimismo una función de publicidad activa que permite a la ciudadanía conocer la localización y condiciones de uso de los espacios integrantes. Esta articulación genera, en términos jurídicos, una posición reforzada de los colectivos especialmente expuestos al calor extremo —cualificada por la concurrencia de tres factores: la afectación de bienes jurídicos de primer orden (vida, salud, integridad), la previsibilidad y recurrencia del riesgo y la identificabilidad territorial de la población afectada—, que se traduce en un interés legítimo a la existencia, mantenimiento y operatividad diligente de una red de cobertura suficiente, sin que ello suponga la configuración de un derecho subjetivo pleno a la prestación individualizada del servicio.

Un aspecto destacable del régimen propuesto —ya apuntado en la legislación autonómica más avanzada (señaladamente, la valenciana)— es la admisión de espacios y equipamientos de titularidad privada como elementos integrantes de la red. La construcción dogmática del refugio climático urbano que aquí se propone permite resolver la articulación jurídica de esta integración sin necesidad de forzar las categorías administrativistas tradicionales. La integración de un espacio privado en la red no implica su demanialización ni la transferencia de su titularidad, sino una afectación funcional limitada de carácter sectorial por la que el titular conserva incólume la propiedad y el régimen jurídico del bien, pero asume voluntariamente, mediante el acto de adhesión, el deber de mantener las condiciones materiales que justificaron la integración y de garantizar la apertura efectiva durante los episodios de calor extremo. Esta articulación encuentra su título jurídico natural en figuras consolidadas del Derecho administrativo —convenios de colaboración, conciertos administrativos o fórmulas singulares de gestión cooperativa— cuya elección concreta dependerá del régimen organizativo de cada red y de la naturaleza del titular privado. La consecuencia institucional es relevante porque permite que la red de refugios climáticos no se construya exclusivamente sobre bienes públicos, sino sobre una arquitectura cooperativa que admite la incorporación de recursos privados al servicio de una finalidad pública de protección climática, ampliando significativamente la capacidad operativa del sistema sin comprometer la coherencia dogmática del modelo.

La reconstrucción dogmática del refugio climático urbano plantea, finalmente, una cuestión competencial que no puede eludirse, aunque su tratamiento exhaustivo exceda los límites del presente trabajo. Si los refugios climáticos urbanos se conciben como nodos integrados en la infraestructura verde —en los términos que aquí se han propuesto—, su articulación competencial sigue la lógica propia de esta categoría jurídico-administrativa, en la que el papel principal corresponde al ámbito autonómico. La legislación básica estatal sobre patrimonio natural y biodiversidad (Ley 42/2007, en la redacción dada por la Ley 33/2015) establece el marco general y obliga

ISBN: 978-84-7777-740-3

a las comunidades autónomas a aprobar sus respectivas estrategias de infraestructura verde, dentro de las cuales pueden insertarse las redes de refugios climáticos como manifestación operativa específica. Sobre esa base, corresponde a las comunidades autónomas, en virtud de sus competencias propias en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y, en su caso, planificación climática sectorial, el desarrollo del régimen jurídico aplicable a las redes de refugios climáticos, así como la articulación de los criterios de coherencia territorial y de los estándares mínimos de funcionamiento. La aplicación operativa, finalmente, corresponde al ámbito local mediante el planeamiento urbanístico y la organización de los servicios municipales, con base en las competencias del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local. La heterogeneidad territorial que muestra la práctica reciente expresa, así, el legítimo ejercicio de las competencias propias de cada nivel territorial, pero también la necesidad —cuando el bien jurídico afectado es la vida, la salud o la integridad de las personas— de que las comunidades autónomas avancen en la sistematización de sus respectivos marcos, sin perjuicio de los títulos competenciales estatales incidentes en materia sanitaria (art. 149.1.16 CE) o de protección frente a riesgos. La consolidación del refugio climático urbano como categoría jurídico-administrativa autónoma exige, en este sentido, un desarrollo autonómico más sistemático que ofrezca las garantías mínimas comunes que requiere el contenido constitucional de los derechos en juego[42].

La caracterización aquí propuesta dota al refugio climático urbano de los rasgos esenciales de una categoría jurídico-administrativa autónoma. Se trata de un concepto identificable en su doble dimensión funcional y estructural, fundamento competencial localizado, régimen organizativo articulable, procedimiento de incorporación, posiciones jurídicas reconocibles y arquitectura cooperativa abierta a la participación de espacios privados. La consecuencia inmediata de esta reconstrucción es operativa y se concreta en la determinación de un estándar de suficiencia jurídicamente verificable, que permite valorar cuándo la respuesta pública resulta inexistente, insuficiente o manifiestamente inadecuada para garantizar las condiciones mínimas de protección frente al calor extremo. Conviene, llegados a este punto, formular una salvedad. La reconstrucción del refugio climático urbano como categoría jurídico-administrativa autónoma que aquí se propone descansa sobre un estado de la cuestión todavía en formación, tanto en su recepción normativa como en su consolidación jurisprudencial; la operación dogmática debe leerse, por consiguiente, como un primer ensayo de sistematización ofrecido al debate, susceptible de ser revisado y depurado a la luz de los

42 Uriarte Ricote, M. (2024). «Estudio comparado de dos modelos de conectividad ecológica en el espacio urbano: la ciudad de Madrid y el Bilbao metropolitano». En M. Uriarte Ricote, B. Lozano Cutanda e I. Sanz Rubiales (coords.), *Conectividad ecológica y Derecho* (467-502). Tirant lo Blanch.

desarrollos —legislativos y judiciales— que el próximo decenio depare. Es precisamente sobre ese estándar sobre el que han de articularse, en lo que sigue, las cuestiones relativas a su exigibilidad y al control jurisdiccional de su cumplimiento.

V. UN ESTÁNDAR EXIGIBLE PERO NO EXENTO DE LÍMITES EN SU CONTROL

La reconstrucción dogmática propuesta solo adquiere plena relevancia jurídica si puede traducirse en términos de exigibilidad y control. La cuestión, llegados a este punto, no consiste ya en precisar la función material de los refugios climáticos, sino en determinar en qué condiciones el estándar de suficiencia identificado en el epígrafe precedente genera obligaciones jurídicas para los poderes públicos, cuándo su ausencia o insuficiencia puede reputarse contraria a Derecho, a través de qué cauces puede articularse su control y cuáles son, al mismo tiempo, los límites inherentes a ese control en un ámbito marcado por componentes técnicos, decisiones distributivas y márgenes de apreciación administrativa. Desde esta premisa, el análisis se ordena en torno a cuatro cuestiones, a saber, el tránsito desde la programación a la obligación, la determinación del incumplimiento, los parámetros de control y las vías jurisdiccionales disponibles, con los límites de escrutinio que les son propios.

1. De la programación a la obligación

No toda previsión normativa relativa a la adaptación climática genera, por sí sola, una obligación jurídica directamente exigible. Una parte relevante de las disposiciones en esta materia se mueve todavía en el terreno de la orientación estratégica, la planificación programática o la fijación de objetivos de política pública, cuya función principal consiste en dirigir la acción administrativa, ordenar prioridades y establecer horizontes de actuación. Ahora bien, el hecho de que una norma se inserte en un contexto de programación no impide, por sí mismo, que pueda desplegar efectos jurídicos relevantes cuando su contenido alcance un grado suficiente de determinación. El punto de inflexión se produce allí donde la adaptación deja de expresarse en términos puramente finalistas o exhortativos y comienza a traducirse en parámetros materiales susceptibles de verificación. Cuando el ordenamiento identifica un riesgo conocido, delimita ámbitos de especial vulnerabilidad, fija objetivos concretos de protección y prevé medidas reconocibles para hacerles frente, el discurso programático empieza a transformarse en una estructura de deberes.

Este tránsito puede interpretarse en términos de una progresiva configuración de un estándar de diligencia en la actuación pública frente a ries-

ISBN: 978-84-7777-740-3

gos climáticos previsibles, que exige a los poderes públicos no solo identificar dichos riesgos, sino integrarlos de forma efectiva en la planificación y desplegar medidas razonables para su mitigación. Aunque no existe todavía una formulación unificada bajo esa denominación, la combinación de la legislación climática —en particular la Ley 7/2021, de 20 de mayo— y su incipiente proyección jurisprudencial permite afirmar la consolidación de un deber funcional equivalente, de carácter preventivo y prospectivo. Este deber se traduce, en términos mínimos, en la exigencia de identificar riesgos relevantes, valorar su impacto, incorporar medidas de adaptación proporcionadas y motivar adecuadamente su tratamiento en los instrumentos de decisión pública. Su desarrollo se aprecia con especial claridad en el ámbito de la planificación territorial y urbanística, donde la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo —sin proyectarse todavía expresamente sobre la categoría de resiliencia climática— ha comenzado a articular un control de razonabilidad de la planificación pública en materia climática y a consolidar el principio de no regresión ambiental como límite del *ius variandi* del planificador. La omisión de la variable climática deja así de operar como un mero criterio de buena administración para integrarse, progresivamente, en el parámetro de legalidad de la actuación pública, si bien su formulación dogmática plena —en términos de estándares verificables y posiciones jurídicas exigibles— constituye uno de los retos que este trabajo aborda[43].

El mismo proceso de juridificación puede apreciarse, con las debidas cautelas, en el ámbito europeo. No puede afirmarse la existencia de una

43 En este sentido, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, impone la institucionalización del conocimiento del riesgo climático mediante la elaboración periódica de informes sobre impactos, vulnerabilidad y resiliencia (art. 18), lo que convierte la identificación del riesgo en una carga institucional positiva. Este marco se ve reforzado por la legislación autonómica, que de forma convergente exige integrar la variable climática en la planificación pública (entre otras, Ley 6/2022 de Canarias; Ley 6/2022 de la *Comunitat* Valenciana; Ley 10/2019 de Illes Balears; Ley 1/2024 del País Vasco; Ley Foral 4/2022 de Navarra). Sobre esta base normativa, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha comenzado a articular elementos de un control de razonabilidad de la planificación pública en materia climática [SSTS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) 1038/2023, de 18 de julio (rec. 265/2020), y 1079/2023, de 24 de julio (rec. 162/2021), ambas dictadas en el marco del denominado «Juicio por el Clima»], y, de forma especialmente consolidada, ha proyectado el principio de no regresión ambiental como límite del i*us variandi* del planificador en supuestos de modificación del planeamiento que reducen el nivel de protección ambiental previo [SSTS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) 381/2023, de 22 de marzo (rec. 1451/2022); 882/2023, de 30 de junio (rec. 7738/2021); y 62/2024, de 17 de enero (rec. 2859/2022)]. Aunque ninguna de estas resoluciones se refiere expresamente a la resiliencia climática como categoría autónoma, la conjunción del corpus normativo expuesto y de esta línea jurisprudencial permite sostener la emergencia incipiente de un estándar de diligencia climática orientado a la prevención y particularmente operativo en el ámbito urbanístico, cuya formulación dogmática completa —en términos de criterios verificables y posiciones jurídicas exigibles— constituye precisamente uno de los desafíos que el presente trabajo aborda.

regla jurisprudencial cerrada y uniforme en materia de diligencia climática; ahora bien, sí emerge con claridad un estándar funcional de actuación pública frente a riesgos climáticos previsibles, construido sobre deberes de identificación de vulnerabilidades, planificación, actualización y vigilancia. Este estándar se manifiesta con especial nitidez en instrumentos de control institucional y en la evolución de los derechos humanos, más que en una línea jurisprudencial plenamente sistematizada. En particular, se insiste en la necesidad de que los Estados identifiquen y evalúen los riesgos climáticos, adopten estrategias y planes de adaptación, los actualicen periódicamente e integren medidas de mitigación y adaptación en las decisiones públicas relevantes. A ello se añade una dimensión reforzada cuando están en juego colectivos especialmente vulnerables, en cuyo caso la suficiencia de la actuación estatal se proyecta directamente sobre las obligaciones positivas de protección derivadas del sistema de derechos fundamentales.

Estas fuentes permiten sostener que, en el espacio europeo, la actuación pública frente al cambio climático está siendo progresivamente evaluada conforme a un *estándar de diligencia* que, aun careciendo de una formulación unitaria y cerrada, presenta ya los rasgos característicos de una obligación de medios reforzada, que se concretan en anticipar, planificar, integrar, actualizar y supervisar la respuesta frente a riesgos previsibles. La dificultad reside en delimitar con precisión su fuente y su grado de consolidación, lo que aconseja formular la conclusión en términos prudentes, a saber, más que una regla única, se observa un haz de obligaciones convergentes que, leídas conjuntamente, apuntan hacia la progresiva construcción de una diligencia climática exigible a los poderes públicos[44].

Cabe concluir, pues, que el discurso programático en materia de adaptación climática urbana se transforma en estructura de deberes allí donde concurre conocimiento del riesgo, vulnerabilidad concentrada y disponibilidad de medidas razonables. La inactividad, en estas condiciones, deja de ser libre configuración para deparar incumplimiento.

---

44 Sobre esta cuestión, *vid. European Court of Auditors, Special Report 15/2024: Adaptation to climate change in the EU* que identifica como exigencias para los Estados miembros la evaluación de vulnerabilidades climáticas, la adopción y actualización periódica de estrategias y planes nacionales de adaptación y la integración de medidas de mitigación y adaptación en proyectos de inversión pública (págs. 11, 12, 14, 21, 22, 23, 28, 29 y 30). Véase, asimismo, el análisis doctrinal de Plaza Martín, C. [(2024). «De los niños de los Andes a las ancianas de los Alpes: nuevos hitos en la protección del medio ambiente frente al cambio climático a través de los Derechos Humanos», *ob. cit.*, págs. 38, 39, 43, 44, 45, 54 y 55] donde se subraya la progresiva utilización del lenguaje de la diligencia debida para valorar la suficiencia de la actuación estatal frente a riesgos ambientales previsibles, en particular cuando afectan a colectivos vulnerables.

ISBN: 978-84-7777-740-3

2. ¿Cuándo deja de cumplirse el estándar mínimo? Tipologías de inadecuación material

Desde una perspectiva jurídico-administrativa, la insuficiencia de la red de refugios climáticos puede objetivarse a través de tipologías de inadecuación material que permiten reconducir el juicio de incumplimiento a cuatro parámetros verificables relativos a la cobertura territorial, la accesibilidad real, la funcionalidad y la información y activación.

La primera dimensión del juicio de inadecuación se refiere a la propia configuración territorial de la red, allí donde la distribución de los espacios deja sin cobertura efectiva ámbitos urbanos caracterizados por elevada exposición térmica y notable concentración de población vulnerable; en tales casos, la persistencia de vacíos territoriales compromete directamente la función protectora pública. A ello se suma la accesibilidad real —pues la existencia formal de espacios de alivio térmico carece de eficacia si su localización o las condiciones de movilidad de la población afectada impiden su utilización efectiva—, así como el funcionamiento material de los propios refugios, susceptible de comprometerse por horarios inadecuados, ausencia de recursos básicos (sombra, agua, espacios de descanso) o falta de adaptación a las condiciones específicas de los episodios extremos. Sobre estas tres dimensiones se proyecta una cuarta, transversal. La operatividad del sistema depende, finalmente, también de la existencia de mecanismos adecuados de información y activación. La falta de sistemas accesibles que permitan a la ciudadanía conocer la localización y condiciones de uso de los refugios, o la inexistencia de protocolos efectivos para su puesta en funcionamiento en situaciones de riesgo, limita de manera decisiva su capacidad de respuesta.

La concurrencia de una o varias de estas deficiencias justificaría un juicio de insuficiencia que trasciende la mera valoración de oportunidad de la política pública. En particular, cuando se combinan un riesgo térmico elevado, una vulnerabilidad social significativa y la disponibilidad de medidas razonables de protección, la falta de una red adecuada de refugios climáticos puede interpretarse como una respuesta administrativa que no alcanza el umbral mínimo exigible. Por lo tanto, se insiste, la insuficiencia de la red puede objetivarse en cuatro tipologías —cobertura territorial, accesibilidad real, funcionalidad y información-activación— cuya concurrencia, sola o combinada, opera como criterio material de incumplimiento. Identificadas las tipologías de inadecuación material, procede ahora examinar conforme a qué parámetros puede juzgarse jurídicamente esa inadecuación —cuestión a la que se dedica el subapartado siguiente—.

3. ¿Estándar jurídico de suficiencia o pauta orientativa?

Este control no puede descansar en categorías puramente formales, sino que ha de construirse a partir de criterios materiales que permitan valorar si la red existente cumple efectivamente la función de protección que le es propia en el contexto del riesgo térmico urbano. En este sentido, los refugios climáticos deben ser considerados, como se ha dicho, no como intervenciones aisladas o coyunturales, sino como una infraestructura urbana de protección climática, integrada en la lógica más amplia de la infraestructura verde y de los sistemas urbanos de regulación térmica. Esta consideración desplaza su tratamiento desde el ámbito de la política sectorial hacia el terreno de los estándares estructurales de habitabilidad urbana, en los que su relevancia jurídica no deriva únicamente de su existencia, sino de su capacidad para cumplir una función determinada en condiciones de normalidad y, de manera especialmente significativa, en situaciones de estrés climático. De esta caracterización derivan dos exigencias correlativas para el juicio de suficiencia.

La primera concierne a la integración de la red en la planificación urbana y en las políticas públicas sectoriales. La suficiencia de la respuesta administrativa no puede evaluarse aisladamente respecto de cada intervención, sino en función de su inserción en un marco coherente que articule urbanismo, salud pública, servicios sociales y protección civil, pues la fragmentación de la actuación administrativa, en este ámbito, no es neutra, sino que incide directamente en la capacidad de respuesta frente al riesgo climático. La segunda exigencia introduce una dimensión sistémica del control, en cuya virtud la evaluación jurídica no se limita a la existencia de puntos concretos de alivio térmico, sino que se proyecta sobre la capacidad del sistema urbano en su conjunto —y, destacadamente, sobre su articulación con la infraestructura verde— para reducir la exposición al calor extremo. La suficiencia de la red se mide, en consecuencia, no solo por la presencia de elementos individuales, sino por su articulación funcional en un entramado que permita garantizar condiciones mínimas de habitabilidad térmica.

Estos parámetros permiten configurar un modelo de control que, sin desconocer la complejidad técnica y organizativa de la adaptación climática, introduce criterios jurídicos verificables para evaluar la actuación de los poderes públicos. El paso decisivo consiste en desplazar el análisis desde la mera existencia de políticas hacia su efectividad material, configurando así los refugios climáticos como referencias normativas a partir de las cuales puede apreciarse la adecuación de la respuesta administrativa frente al calor extremo.

ISBN: 978-84-7777-740-3

4. Inactividad, planificación y responsabilidad: tres proyecciones del control jurisdiccional

La construcción de los refugios climáticos como estándar de suficiencia exige examinar los cauces procesales a través de los cuales su exigibilidad puede hacerse efectiva, así como las condiciones y la intensidad con que el control jurisdiccional puede proyectarse sobre la actuación de los poderes públicos.

Una primera dimensión se sitúa en el control de la inactividad administrativa. Cuando el ordenamiento reconoce la existencia de riesgos climáticos previsibles, identifica ámbitos territoriales especialmente expuestos y dispone de medidas razonables para su mitigación, la ausencia de actuación deja de ser una opción neutra. En estos supuestos, la inexistencia de una red mínima de refugios climáticos en zonas de elevada carga térmica y vulnerabilidad puede adquirir relevancia jurídica como omisión de una respuesta exigible. El control no implica sustituir a la Administración en la definición concreta de las medidas, pero sí verificar si ha desplegado una actuación mínimamente adecuada al riesgo identificado. En el plano procesal, la impugnación de la inactividad administrativa encuentra su cauce natural, tradicionalmente, en el artículo 29 LJCA, cuya funcionalidad pivota sobre la exigibilidad jurisdiccional de prestaciones debidas cuando estas presentan un grado suficiente de determinación normativa. La proyección de este mecanismo sobre las redes de refugios climáticos y su efectividad dependerá, en último término, del nivel de concreción con el que el ordenamiento haya positivizado las obligaciones públicas de protección frente al calor extremo.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha precisado, en una lectura un tanto restrictiva del precepto, que el art. 29.1 LJCA no permite encauzar el incumplimiento de obligaciones legales genéricas o de habilitaciones legales no traducidas en prestaciones determinadas (STS núm. 945/2024, de 29 de mayo, rec. 4555/2021; en sentido convergente, STS de 16 de diciembre de 2024, rec. 7770/2022). Para el Tribunal Supremo, esta exigencia se apoya, no sin razón, en el riesgo de convertir el cauce procesal en una vía residual de control de cualquier omisión legislativa. Adviértase, sin embargo, que la doctrina constitucional reclama una interpretación del precepto que no haga inviable el ejercicio de la acción (STC 228/2006, de 27 de julio). Esta tensión sitúa el desafío técnico en la suficiente normativización de las redes de refugios climáticos —en términos de cobertura territorial, condiciones de funcionamiento e integración en red— como condición de su exigibilidad por la vía del art. 29.1 LJCA, y refuerza la necesidad de su reconstrucción como estándar jurídico determinado, en los términos propuestos en este trabajo[45].

[45] En este sentido, resulta especialmente significativo que la doctrina haya incluido expresamente, entre los ejemplos de prestación material exigible por la vía del art. 29.1 LJCA, la

A la vista de todo lo anterior, el control puede proyectarse igualmente sobre el contenido de los instrumentos de planificación y programación. Las decisiones relativas a la implantación de redes de refugios climáticos suelen articularse a través de planes, estrategias o programas de adaptación que, aun estando dotados de un margen relevante de discrecionalidad técnica y política, no quedan sustraídos al escrutinio jurisdiccional. El control se configura en este caso como un juicio de razonabilidad y suficiencia, concediendo a la Administración un margen de configuración, pero examinando si las medidas previstas guardan una relación coherente con los riesgos detectados, si priorizan adecuadamente los espacios y colectivos más vulnerables y si resultan idóneas para alcanzar los objetivos de protección reconocidos por el ordenamiento.

Una tercera proyección, en último término, se sitúa en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Cuando el calor extremo genera daños ciertos y evaluables —especialmente en términos de salud (mortalidad excesiva, morbilidad cardiovascular y respiratoria, descompensación de patologías crónicas)—, la ausencia o insuficiencia de medidas de protección puede, en determinados supuestos, dar lugar a la exigencia de responsabilidad, siempre que concurran los elementos clásicos del instituto, esto es, la previsibilidad del daño, su evitabilidad mediante medidas razonables y la existencia de una relación de causalidad jurídicamente relevante. La definición de parámetros objetivos de suficiencia en materia de refugios climáticos adquiere en este contexto una función relevante como criterio de valoración de la actuación administrativa, debido a que la ausencia de una red mínimamente adecuada en entornos de riesgo conocido y elevada vulnerabilidad social puede aproximarse al supuesto de funcionamiento anormal del servicio. La construcción dogmática completa de esta proyección —que requiere un tratamiento específico de cuestiones complejas como el estándar de funcionamiento anormal en supuestos de inactividad prestacional o el régimen de la causalidad en daños de origen climático— excede el alcance del presente trabajo y queda apuntada como línea de continuación[46].

---

obligación administrativa de «facilitar un espacio para realizar determinadas actividades a las que se tiene derecho reconocido». Así, Menéndez Rexach, Á. (2001). «El control judicial de la inactividad de la Administración». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (5), 176. Esta caracterización ofrece un anclaje doctrinal directamente trasladable a la figura del refugio climático urbano como espacio público de protección frente al calor extremo. Su exigibilidad por la vía del art. 29.1 LJCA queda condicionada, no obstante, a que el título jurídico delimite la prestación «con precisión suficiente para que sea exigible sin necesidad de otro acto, ni siquiera de ejecución» (*ibid.*, 176).

46 Sobre el estándar de funcionamiento anormal del servicio en supuestos de inactividad administrativa, con relevancia para la construcción de la responsabilidad por omisión frente a riesgos conocidos, resulta de especial interés la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en la STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 31 de octubre de 2006 (rec. 3952/2002) y en la STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 26 de abril de 2007 (rec. 2102/2003),

ISBN: 978-84-7777-740-3

El margen de apreciación administrativa constituye, precisamente, el principal límite del control jurisdiccional en este ámbito. La determinación concreta del número, localización o características de los refugios climáticos, así como su integración en el conjunto de políticas urbanas, corresponde primariamente a la Administración. El control judicial no puede convertirse en un mecanismo de sustitución de decisiones técnicas o de planificación. Ahora bien, este margen no opera como un espacio inmune a toda evaluación jurídica. Se reduce de manera significativa cuando concurren un riesgo elevado y científicamente acreditado, la afectación de colectivos especialmente vulnerables y la disponibilidad de medidas razonables cuya omisión o insuficiencia compromete la protección de la población.

Este planteamiento conduce a que el control jurisdiccional de las redes de refugios climáticos se configure como un control de suficiencia. Su función no consiste en determinar cuál es la mejor política posible, sino en excluir aquellas respuestas que resulten manifiestamente inadecuadas para garantizar un nivel mínimo de protección frente al calor extremo. En esa lectura los refugios climáticos dejan de ser una cuestión puramente técnica o de gestión para convertirse en un punto de referencia a partir del cual puede evaluarse jurídicamente la actuación de los poderes públicos en materia de adaptación urbana al cambio climático. Quede dicho, no obstante, que esta operatividad jurídica de los refugios climáticos como parámetro de control encuentra su confirmación última no en la dogmática sino en la práctica jurisdiccional. La línea que aquí se sostiene se ofrece, en consecuencia, como propuesta a contrastar con los pronunciamientos que, en su caso, de-

---

que consolidan la imputación por incumplimiento omisivo puro del deber de impedir hechos lesivos ajenos a la actuación administrativa, así como, en el ámbito del riesgo natural previsible, en la STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 11 de octubre de 2010, dictada en el caso del camping «Las Nieves» de Biescas. En la doctrina, Gómez Puente, M. (2011). *La inactividad de la Administración*, 4.ª Aranzadi; González-Varas Ibáñez, S. (2022). *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, Aranzadi; Doménech Pascual, G. y Medina Alcoz, L. (2025). «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en Darnaculleta Gardella, M. y Velasco Caballero, F. *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 809-840; Prieto Álvarez, T. y García-Moreno Rodríguez, F. (dirs.), Míguez Macho, L. y Aroso de Almeida, M. (coords.) (2023). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: Presente y retos. XV Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Iustel, 365 págs.; y, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea —cuestión que adquiere especial relevancia en el marco del Reglamento (UE) 2021/1119—, *vid.*, Cobreros Mendazona, E. (2022). «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia», *Revista de Administración Pública* (219) 2022, 21-58. En cuanto al problema de la causalidad en daños climáticos y su tratamiento jurídico, puede verse, para una primera aproximación, Burger, M., Wentz, J. y Horton, R. (2020). «The Law and Science of Climate Change Attribution». *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 45 (1) 57-240, especialmente 60-64 (planteamiento del problema causal) y 229-237 (causalidad fáctica y jurídica en daños climáticos). La especificidad de estos problemas en el contexto de la adaptación climática urbana justifica su tratamiento autónomo en un trabajo posterior.

paren los tribunales del orden contencioso-administrativo en los próximos años.

Hechas estas consideraciones sobre cada una de las tres vías de control, conviene recapitular un rasgo común a todas ellas. Ninguna configura un control de oportunidad ni de sustitución, sino un control de suficiencia que opera, eso sí, con intensidad variable según la determinación normativa de la prestación, la previsibilidad del daño y la concentración de la vulnerabilidad.

VI. BALANCE Y PROYECCIONES

El análisis desarrollado pone de relieve una transformación relevante en la respuesta del Derecho público frente a los riesgos climáticos urbanos. La adaptación al calor extremo ha dejado de situarse exclusivamente en el plano programático para avanzar hacia una progresiva determinación jurídica, en la que comienzan a perfilarse umbrales, deberes operativos y criterios de control de la actuación administrativa.

La aportación principal de estas páginas consiste, como hemos visto, en la reconstrucción de los refugios climáticos como contenido mínimo de protección frente al calor extremo —no como figura aislada, sino como proyección concreta de un estándar jurídico más amplio, el de la ciudad climáticamente segura—, que permite integrar en un mismo marco la identificación del riesgo, la definición de las condiciones materiales de protección y la exigibilidad de la respuesta pública. La consecuencia inmediata es el desplazamiento desde una lógica de planificación abierta hacia una lógica de suficiencia jurídicamente evaluable. Cuando el riesgo es conocido, territorialmente identificable y desigualmente soportado, y existen medidas razonables para mitigarlo, la respuesta administrativa deja de pertenecer al ámbito de la oportunidad para entrar, destacadamente, en el terreno de las obligaciones jurídicas de protección. Los refugios climáticos operan, en este horizonte, como punto de referencia privilegiado para evaluar la adecuación de la actuación pública. Su función no es definir una única solución administrativa, sino delimitar el umbral a partir del cual la respuesta pública puede calificarse como suficiente o insuficiente. La adaptación climática sigue siendo un ámbito de decisión pública —conviene insistir en ello—, pero ya no puede desarrollarse al margen de parámetros jurídicos que permitan valorar su adecuación frente a riesgos previsibles. Se configura así un estándar de protección urbana que, aunque en formación, presenta ya los rasgos de un elemento estructural del Derecho administrativo contemporáneo.

La reconstrucción dogmática propuesta no se agota en su valor sistemático, sino que proyecta consecuencias prácticas susceptibles de orientar la acción del legislador y, en su momento, de los tribunales. Conviene

ISBN: 978-84-7777-740-3

cerrar estas páginas apuntando, siquiera brevemente, algunas de esas proyecciones —sin pretensión de exhaustividad y conscientes de que cada una de ellas merecería un tratamiento monográfico autónomo—. La primera de ellas concierne a la sistematización autonómica del régimen de los refugios climáticos urbanos. El análisis desarrollado en el epígrafe III ha mostrado que la juridificación de la figura avanza por vías heterogéneas y con grados de determinación variables, lo que sitúa la garantía del estándar mínimo en una posición de fragilidad estructural. La consolidación de un régimen jurídico unitario aconsejaría, en consecuencia, una intervención del legislador autonómico —en ejercicio de sus competencias propias en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y planificación climática sectorial— orientada a fijar los elementos esenciales del sistema: definición legal de la figura, criterios mínimos de cobertura territorial y de accesibilidad, condiciones de funcionamiento durante los episodios de calor extremo, procedimiento de adhesión y mecanismos de actualización y exclusión del catálogo. La articulación cooperativa con el ámbito local —y, en su caso, la incorporación de espacios de titularidad privada mediante las técnicas de afectación funcional examinadas— debería igualmente quedar normativamente perfilada. Solo en estos términos puede articularse un marco que ofrezca las garantías mínimas comunes que el contenido constitucional de los derechos en juego requiere.

La segunda proyección se refiere a la incorporación de indicadores verificables de cobertura en los instrumentos de planificación climática. El Derecho comparado —destacadamente, el modelo del *Land* de Berlín en la mencionada *Klimaanpassungsgesetz*— muestra que la adaptación puede positivizarse mediante umbrales cuantificados (porcentaje de población situada a menos de una distancia determinada de un refugio climático, número mínimo de horas de apertura efectiva durante los episodios de temperaturas extremas, criterios de prioridad social en la implantación de la red) que permiten desplazar la evaluación de la suficiencia desde el terreno de la apreciación discrecional al de la verificación material. Su incorporación al Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático y a los planes autonómicos y locales correspondientes —no, conviene precisar, como objetivos meramente exhortativos, sino como parámetros vinculantes— constituiría un avance decisivo en la determinación del estándar y, correlativamente, en la posibilidad de su control.

La tercera proyección, de carácter procesal, atañe a la operatividad del art. 29.1 LJCA como cauce de control de la inactividad administrativa en este ámbito. La doctrina más reciente del Tribunal Supremo —que ha precisado que el precepto no permite encauzar el incumplimiento de obligaciones legales genéricas o de habilitaciones legales no traducidas en prestaciones determinadas— exige, ciertamente, un grado suficiente de normativización de la prestación reclamada. Adviértase, sin embargo, que ese grado puede alcanzarse precisamente mediante las dos primeras pro-

puestas aquí formuladas, esto es, mediante la sistematización autonómica del régimen de los refugios climáticos y la incorporación de indicadores verificables en los planes de adaptación. Allí donde concurren un riesgo cualificado, una población identificable, una obligación jurídica determinada y una prestación material reconocible, los obstáculos opuestos por aquella doctrina se ven considerablemente atenuados, abriendo así una vía interpretativa razonable para encauzar las situaciones de inactividad omisiva más graves —aquellas en las que la ausencia o manifiesta insuficiencia de redes de refugios climáticos en zonas de alta exposición y elevada vulnerabilidad social compromete bienes jurídicos de primer orden— sin forzar las categorías procesales tradicionales.

Estas propuestas no agotan, evidentemente, el catálogo de proyecciones posibles —quedan abiertas, entre otras, las relativas a la articulación competencial de la figura, su régimen organizativo en la cooperación supramunicipal, o la construcción dogmática de la responsabilidad patrimonial por daños derivados de la inactividad climática urbana—, pero indican el sentido en que, según hemos venido sosteniendo, el desarrollo del estándar puede ganar mayor solidez. La adaptación climática urbana se sitúa, en fin, en un momento en el que la combinación de presión fáctica del riesgo, evolución doctrinal, recepción normativa progresiva y maduración jurisprudencial permite vislumbrar la consolidación de una nueva categoría estructural del Derecho administrativo. El refugio climático urbano, en este horizonte, se erige como una de las primeras categorías mediante las cuales esa transformación adquiere operatividad en el plano jurídico-administrativo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE I FONT, J. M. (2019). «La resiliencia del territorio al cambio climático: retos y herramientas jurídicas desde el planeamiento urbanístico». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10 (2), 1-43.

ALENZA GARCÍA, J. F. (2019). «Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10 (1), 1-46.

ALENZA GARCÍA J. F. (2022). «Objetivos y principios rectores de la Ley de Cambio Climático y transición energética». En J. F. ALENZA GARCÍA, y L. MELLADO RUIZ (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética* (págs. 75-111). Marcial Pons.

ARAGÃO, A. (2012). « Le fondement européen de la prohibition de régression : le niveau élevé de protection de l'environnement ». En M. PRIEUR y G. SOZZO (dirs.), *La non-régression en droit de l'environnement* (págs. 347 y ss.). Bruylant.

ARRUTI BENITO, S. (2025). *La transversalidad de género como garantía de tutela judicial efectiva: desafiando el paradigma androcéntrico*. Colex.

BARTOLOMÉ NAVARRO, J. L. (2018). «El principio de no regresión en el planeamiento urbanístico». *Ciudad y formas urbanas. Perspectivas transversales*. (5), 55-59.

ISBN: 978-84-7777-740-3

BURGER, M., WENTZ, J. y HORTON, R. (2020). «The Law and Science of Climate Change Attribution». *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 45 (1), 57-240.

BUTLER, J. (2010). *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Paidós.

CANTÓ LÓPEZ, M. T. (2023). «La incorporación de medidas de adaptación al cambio climático en la ordenación territorial y urbanística: la prioridad de las soluciones basadas en la naturaleza». *Actualidad Jurídica Ambiental* (140), 127-157.

CEREZO IBARRONDO, A. (2023). «El refuerzo de la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de ordenación urbanística bajo la perspectiva del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (19), 197-213.

COBREROS MENDAZONA, E. (2022). «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia». *Revista de Administración Pública* (219), 21-58.

DOMÉNECH PASCUAL, G. y MEDINA ALCOZ, L. (2025). «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas». En M. DARNACULLETA GARDELLA y F. VELASCO CABALLERO (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo* (págs. 809-840). Marcial Pons.

DORESTE HERNÁNDEZ, J. (2020). «La paulatina consolidación del principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia española». *Actualidad Jurídica Ambiental*, vol.2 (102), 553-563.

DORESTE HERNÁNDEZ, J. y MORENO CERVERA-DE LA CUESTA, M. (2023). «Sentencia 1038/2023 de 18 de julio de 2023 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (rec. 162/2021)». *Actualidad Jurídica Ambiental* (137), 117-124.

FORTES MARTÍN, A. (2019). «La resiliencia ambiental y el (re)posicionamiento del Derecho ante una nueva era sostenible de obligada adaptación al cambio climático». *Actualidad Jurídica Ambiental* (92), 1-30.

GÓMEZ PUENTE, M. (2011). *La inactividad de la Administración* (4.ª ed.). Aranzadi.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2022). *Responsabilidad patrimonial de la Administración*. Aranzadi.

HACHEZ, I. (2012). « Le principe de non-régression en droit de l'environnement: une irréversibilité relative ? ». En M. PRIEUR y G. SOZZO (dirs.), *La non-régression en droit de l'environnement* (págs. 501 y ss.). Bruylant.

LOZANO CUTANDA, B. (2024), «El Tribunal de Estrasburgo crea un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva frente al cambio climático que abre la vía de recurso ante el Tribunal Constitucional». *Diario La Ley* (10502).

MENÉNDEZ REXACH, Á. (2001). «El control judicial de la inactividad de la Administración». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (5), 161-188.

PLAZA MARTÍN, C. (2024). «De los niños de los Andes a las ancianas de los Alpes: nuevos hitos en la protección del medio ambiente frente al cambio climático a través de los Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho Europeo* (91), 25-66.

PRIETO ÁLVAREZ, T. y GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. (dirs.), MÍGUEZ MACHO, L. y AROSO DE ALMEIDA, M. (coords.) (2023). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: Presente y retos. XV Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo*. Iustel.

RAMIRO AVILÉS, M. A., CHURRUCA MUGURUZA, C. y CUENCA GÓMEZ, P. (eds.) (2014). *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch.

SALINAS ALCEGA, S. (2024). «Litigación climática en Estrasburgo. Obstáculos y aportes del Derecho a un clima estable desde la perspectiva del esfuerzo de mitigación». *Revista Española de Derecho Europeo* (92), 95-136.

SANZ LARRUGA, F. J. (2018). «Cambio climático y zonas costeras: aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las Administraciones Locales». En S. GALERA RODRIGO y M. GÓMEZ ZAMORA (coords.), *Políticas locales del Clima y Energía: teoría y práctica* (págs. 539-572). INAP.

SANZ LARRUGA, F. J. (2022). «Cambio climático, política agraria, desarrollo rural y política forestal». En J. F. ALENZA GARCÍA y L. MELLADO RUIZ (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética* (págs. 543-574). Marcial Pons.

URIARTE RICOTE, M. (2024). «Estudio comparado de dos modelos de conectividad ecológica en el espacio urbano: la ciudad de Madrid y el Bilbao metropolitano». En M. URIARTE RICOTE, B. LOZANO CUTANDA e I. SANZ RUBIALES (coords.), *Conectividad ecológica y Derecho* (págs. 467-502). Tirant Lo Blanch.

ISBN: 978-84-7777-740-3

La rentabilidad razonable como estándar de confianza legítima del inversor en los sectores regulados: a propósito del sector eléctrico[1]

Marcos Vaquer Caballería

Universidad Carlos III de Madrid
ORCID: 0000-0002-3502-6708

Sumario. I. Introducción: un campo de tensión entre los derechos e intereses legítimos y el interés general. La necesidad de encontrar puntos de equilibrio que ofrezcan cierta seguridad jurídica.—II. Algunas manifestaciones ilustrativas: 1. El «beneficio razonable» en la compensación por obligaciones de servicio público. 2. Las minoraciones de la retribución de la producción eléctrica para evitar «ganancias inmerecidas» o «excesos de retribución». 3. La «rentabilidad adecuada» en la retribución de las redes de transporte y distribución de electricidad. 4. La «rentabilidad razonable» en la retribución de la producción de electricidad a partir de fuentes renovables.—III. Conclusión: la inferencia de la rentabilidad razonable como criterio general y el problema de su cuantificación.—IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: UN CAMPO DE TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS Y EL INTERÉS GENERAL. LA NECESIDAD DE ENCONTRAR PUNTOS DE EQUILIBRIO QUE OFREZCAN CIERTA SEGURIDAD JURÍDICA

En los sectores regulados o —en la terminología del art. 106.2 TFUE— los servicios de interés económico general, la liberalización ha introducido la libre iniciativa empresarial en competencia, pero sin demérito de su carácter esencial para la cohesión social y territorial, a la vez que sistémico o estratégico para la estructura económica de los países. Esto hace que la libertad

[1] Agradezco a Rafael Caballero, Antonio Fortes, Mikel Tapia y Pedro del Olmo sus observaciones al borrador de este trabajo, que culmina una trilogía dedicada a la idea de la rentabilidad, como contenido de los derechos constitucionales de propiedad privada y de libertad de empresa o como expectativa legítima de los inversores, iniciada en el artículo «La vivienda como función social y la rentabilidad como contenido esencial de la propiedad» (2025) y continuada en «El panorama jurídico de la compensación por obligaciones de servicio público a las empresas prestadoras de servicios de interés económico general» (2026).

ISBN: 978-84-7777-740-3

de empresa opere en estos sectores en un contexto de fuertes poderes públicos regulatorios, que toman la forma de potestades administrativas reglamentarias, planificadoras, de fomento, de supervisión y sancionadoras.

Los inversores en estos sectores deben saber que están sujetos a tales potestades y, en consecuencia, sometidos a un cierto «riesgo regulatorio[2]», ya que la seguridad jurídica no permite consagrar un pretendido derecho a la «congelación o petrificación» del ordenamiento jurídico[3], máxime en sectores (como la energía, los transportes o las telecomunicaciones) en los que la regulación, para ser eficientemente eficaz, debe adaptarse a la constante innovación, tanto tecnológica como económica, que los caracteriza. «Es lógico que, ante cambios significativos y justificados del panorama económico, técnico, etc. del sector de que se trate con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los muy distintos parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, o del cálculo de la tarifa regulada en su caso, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la "seguridad jurídica[4]"».

Pero del otro lado, los poderes públicos en general y el regulador sectorial en particular deben saber, a su vez, que ejercen sus potestades sobre empresas que gozan de un derecho constitucional de libertad (art. 38 CE) y de la expectativa legítima de que los cambios regulatorios se sucederán en el tiempo de forma no solo racional y proporcionada sino también atemperada, de forma tal que les permita adaptarse a ellos por imperativo del principio constitucional de confianza legítima, corolario del de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que protegen «la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles[5]».

Se impone, pues, hallar criterios jurídicos para fijar puntos de equilibrio en esta ponderación entre intereses particulares e interés general. Criterios que, en la medida en que puedan afirmarse de forma general y prospectiva, aportarán seguridad jurídica y contribuirán a rebajar la litigiosidad. En este trabajo se ensaya una teoría sobre el criterio de la rentabilidad razonable de los inversores, que ya ha tenido múltiples aplicaciones en el sector eléctrico. A partir del estudio de algunas de estas aplicaciones (en el que redu-

---

2 El concepto fue acuñado para el sector eléctrico en las seminales SSTS 4941/2001, de 11 de junio de 2001, y de 25 de octubre de 2006, rec. 12/2005, y ha sido repetido desde entonces hasta la saciedad en la doctrina del Tribunal Supremo.

3 Por todas, SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13, 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 3, y 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 7 a).

4 STS 4262/2025, de 25 de septiembre, FJ 6 3.

5 STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11; de nuevo en SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6, y 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 9, entre otras. La doctrina jurisprudencial sobre estos principios es recogida más ampliamente, con cita de múltiples precedentes, en la sentencia mencionada en la nota anterior.

ciremos su alta complejidad económica y jurídica a lo imprescindible para el concreto objeto del estudio) se ensayará una inferencia final extrapolable a otros sectores regulados.

II. ALGUNAS MANIFESTACIONES ILUSTRATIVAS

1. El «beneficio razonable» en la compensación por obligaciones de servicio público

Una de las consecuencias de la misión de interés general que cumplen las empresas prestadoras de servicios en los sectores regulados es el apoderamiento a los poderes públicos para imponerles obligaciones de servicio público, en general, y en particular la cobertura de un servicio universal[6], lo que implica que incurrirán en costes insuficientemente retribuidos por el mercado y que, en consecuencia, les tendrán que ser compensados[7]. Pero dicha compensación, a su vez, no deberá ser una ayuda de Estado contraria al Derecho de la competencia en el mercado interior.

En su seminal Sentencia de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, Altmark, el Tribunal de Justicia sentó la doctrina según la cual las compensaciones no son calificables como ayudas de Estado —pues no toda financiación constituye una ayuda, sino solo aquella que proporciona una ganancia o ventaja— siempre que en ellas concurran cumulativamente estas cuatro condiciones:

1.ª La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas.
2. ª Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente.
3. ª La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

---

6 El legislador ha establecido estas obligaciones o apoderado al gobierno a hacerlo, por ejemplo, en los artículos 20 y 85 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, 59 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, 21 de la Ley 43/2020, de 30 de diciembre, del Mercado Postal, 37 y 43 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones y 43 a 47 de la Ley 9/2025, de 3 de diciembre, de Movilidad Sostenible.

7 Sobre la pertinencia e incluso necesidad de estas compensaciones, puede verse Vaquer Caballería, M. (2026).

ISBN: 978-84-7777-740-3

4.ª Si la empresa no ha sido seleccionada mediante procedimiento que garantice costes mínimos, la compensación debe calcularse para una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada.

A los efectos de este trabajo, interesa la tercera condición y, más en concreto, la inclusión en la compensación de un «beneficio razonable», concepto sobre el que la Sentencia no introdujo mayor precisión.

Sin embargo, este mismo criterio ha sido posteriormente adoptado por la Comisión Europea en su Decisión de 20 de diciembre de 2011, sobre las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público a empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general que están exentas de la obligación de notificación previa. Se trata ahora de compensaciones que sí constituyen ayudas de Estado por no reunir las cuatro condiciones antedichas pero que, pese a ello, están exentas del deber de notificación previa a la Comisión previsto en el artículo 108.3 del Tratado por considerar que tienen cobertura en su art. 106.2.

La premisa general de que parte la Decisión, expresada en su considerando 9, es que «siempre y cuando se cumpla una serie de condiciones, las compensaciones de limitada cuantía atribuidas a empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general no afectan sustancialmente al desarrollo de los intercambios y de la competencia en forma tal que sea contraria al interés de la Unión». Entre tales condiciones se encuentra, claro está, que el importe de la compensación no supere lo necesario para cubrir el coste neto derivado del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, incluido un beneficio razonable (art. 5.1). Lo novedoso de la Decisión respecto de la Sentencia[8], en lo que aquí interesa, radica en que se adentra en precisar qué deba entenderse por coste neto y por beneficio razonable.

A efectos de la Decisión, «se entenderá por "beneficio razonable" el coeficiente de rendimiento del capital que requeriría una empresa media que estuviera considerando si prestar el servicio de interés económico general a lo largo de toda la duración del acto de atribución, teniendo en cuenta el nivel de riesgo. El "coeficiente de rendimiento del capital" se define como la tasa interna de rentabilidad que la empresa logra sobre su capital invertido mientras dura el período de atribución. El nivel de riesgo depende del sector en cuestión, del tipo de servicio y de las características de la compensación» (art. 5.5)[9].

---

8 También respecto de la Decisión precedente de 2005. Para su comparación, puede verse Sauter, W. (2012).

9 Análogamente, el Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, de exención por categorías asume en su art. 53.7 el beneficio razonable como compatible con el mercado interior en las ayudas de funcionamiento a la cultura y la conservación del patri-

En suma, la Comisión acoge como criterio de beneficio razonable la TIR requerida por una empresa media para prestar el servicio. La TIR es la tasa interna de retorno o de rentabilidad del capital invertido en un proyecto y es una variable comúnmente utilizada por las empresas para la toma de decisiones estratégicas, como grandes inversiones, ya que suelen tomar en consideración la TIR esperada para compararla con su coste de capital o WACC (*weighted average cost of capital*). La mayoría de las empresas parte de su coste de capital como tasa de descuento de referencia para las nuevas inversiones (Brealey, R. A., Myers, S. C., Allen, F. y Edmans, A., 2023, 248 ss.), de modo que el WACC funciona como un umbral mínimo de rentabilidad y, dependiendo del riesgo de estas, requieren una TIR con un diferencial respecto del WACC para emprender la inversión.

A partir de este criterio general, la Decisión introduce un matiz, un límite y una excepción que conviene al menos dejar aquí reseñados. El matiz es que los Estados miembros pueden introducir en su retribución incentivos a la calidad del servicio y a la eficiencia productiva de la empresa (art. 5.6). El límite, que el coeficiente de rendimiento del capital (*return on capital*, ROC) no supere el tipo *swap* pertinente más 100 puntos básicos (art. 5.7). Y la excepción, que cuando no sea apropiado el coeficiente de rendimiento de capital «en razón de circunstancias específicas», podrá sustituirse por otros indicadores «como la rentabilidad media de los fondos propios, la rentabilidad de los fondos invertidos, la rentabilidad sobre activos o el rendimiento por ventas» (ratios financieras más conocidas por su denominación en inglés: respectivamente, *average return on equity* —ROE—, *return on capital employed* —ROCE—, *return on assets* —ROA— o *return on sales* —ROS—). En todo caso, «el Estado miembro deberá poder facilitar a la Comisión, previa solicitud, prueba de que el beneficio no excede de lo que requeriría una empresa media que estuviera considerando si prestar el servicio, por ejemplo, facilitando referencias a los rendimientos logrados en contratos de tipo similar adjudicados en condiciones abiertas a la competencia» (art. 5.8).

2. Las minoraciones de la retribución de la producción eléctrica para evitar «ganancias inmerecidas» o «excesos de retribución»

Cuando se instauró el mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero mediante la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre de 2003, se establecieron periodos transitorios durante los cuales los Estados miembros asignarían gratuitamente gran parte de los derechos de

monio que deja exentas de la obligación de notificación. A tales efectos, su art. 2.142 define el beneficio razonable «con respecto al beneficio típico para el sector en cuestión» y considera «razonable una tasa de rendimiento del capital que no supere el tipo *swap* pertinente más una prima de 100 puntos básicos».

ISBN: 978-84-7777-740-3

emisión (art. 10). Y cuando dicho mecanismo fue modificado por la Directiva 2009/29/CE, de 23 de abril de 2009, su considerando 15 justificó que debía funcionar «con el mayor grado posible de eficiencia económica», por lo que la subasta debía ser el principio básico para la asignación porque, además de otras virtudes, tenía la de «acabar con las ganancias inmerecidas».

Mientras tanto, el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/2006, de 24 de febrero, minoró la remuneración de las unidades de producción afectadas por la asignación gratuita de derechos de emisión en el importe equivalente al valor de tales derechos, por entender que los productores los habían internalizado como costes en la formación de los precios del mercado mayorista de electricidad, que es un mercado marginalista en el que el precio de la última unidad aceptada es el que percibe toda la energía casada, con el consecuente efecto inflacionario en un momento en el que había, además, un fuerte déficit de tarifa[10].

Varias empresas productoras de electricidad impugnaron esta minoración en el orden contencioso-administrativo, por entender que neutralizaba la gratuidad de los derechos de emisión dispuesta por la Directiva, por lo que se elevó una cuestión prejudicial que fue resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 17 de octubre de 2013, asunto C-566/11, Iberdrola y otros. En su fallo, el Tribunal de Justicia declaró a la minoración cuestionada compatible con la Directiva europea. El Alto Tribunal europeo razonó que, si bien la inclusión por las empresas del valor de los derechos de emisión como un coste de producción más en el precio ofertado en el mercado mayorista de electricidad, pese a que se les habían concedido gratuitamente, era «ciertamente pertinente desde un punto de vista económico», por el coste de oportunidad que suponía renunciar a vender dichos derechos en el mercado, «la combinación de esta práctica con el sistema de formación de precios en el mercado de la producción de energía eléctrica en España da lugar a que los productores de energía eléctrica obtengan ganancias inmerecidas» (párrafo 34).

Esta noción de las «ganancias inmerecidas» se erige en el *leit motiv* de la sentencia que, de un lado, afirma que «la normativa controvertida en los litigios principales no pretende imponer, *a posteriori*, una carga por la asignación de los derechos de emisión, sino paliar los efectos de las ganancias inmerecidas a que da lugar la asignación gratuita de derechos de emisión en el mercado eléctrico español» (párrafo 38) y, de otro lado, que «el mecanismo de asignación gratuita de derechos de emisión establecido por la Directiva 2003/87 no requiere que los productores de energía eléctrica puedan repercutir el valor de tales derechos en el precio de la electricidad y obtener así ganancias inmerecidas» (párrafo 41).

10 Sobre el histórico déficit de tarifa, hoy en vías de solución, Lavilla Rubira, J. J. (2009).

La noción de «ganancias inmerecidas» parece tributaria del viejo principio general del enriquecimiento sin causa o injusto que hemos heredado del Derecho romano y que ya enunció Pomponio cuando afirmó que es de Derecho natural que nadie se enriquezca en detrimento de otro (Lazo, P., 2025). Aunque dicho principio ha encontrado su mayor desarrollo en el Derecho privado, también ha sido aplicado modernamente, por ejemplo, a los contratos del sector público (para obligar a la Administración a pagar prestaciones recibidas en virtud de un contrato anulado) o a la devolución de pagos indebidos a la hacienda pública[11] y no veo inconveniente para su aplicación a una regulación retributiva de una actividad empresarial cuyo coste sufragan los consumidores.

La misma lógica inspiró, quince años después, el Título III del Real Decreto-Ley 17/2021, de 14 de septiembre, por el que se atajaron los conocidos como «beneficios caídos del cielo» (*windfall profits*) percibidos por los productores de electricidad mediante tecnologías que no consumían gas cuando el precio de este recurso se disparó como consecuencia de la guerra en Ucrania, produciendo un alza insostenible en los precios del mercado marginalista eléctrico. La medida adoptada consistió entonces en minorar temporalmente «la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica de las instalaciones de producción de tecnologías no emisoras de gases de efecto invernadero, en una cuantía proporcional al mayor ingreso obtenido por estas instalaciones como consecuencia de la incorporación a los precios de la electricidad en el mercado mayorista del valor del precio del gas natural por parte de las tecnologías emisoras marginales» (art. 4)[12].

Y ello, en expresión del preámbulo de la disposición, porque «es imprescindible incorporar instrumentos regulatorios que, ante las excepcionales circunstancias de los mercados de materias primas, limiten de manera temporal el exceso de retribución obtenido por dichas instalaciones en detrimento de todos los consumidores». Pero ¿«exceso de retribución» respecto de qué? Parece presumirse la existencia de una retribución razonable, que sería la obtenida por los productores en el mercado marginalista en circunstancias ordinarias. Según este planteamiento, ese sería el rango de retribución que los empresarios podían esperar cuando hicieron su inversión, por lo que el exceso respecto de la misma podría todo lo más conformar una mera expectativa, pero no una expectativa legítima cuya defraudación pudiera quebrar su confianza legítima ni, en consecuencia, ser indemnizable en caso de frustrarse por un cambio regulatorio como el introducido temporalmente por el Decreto-Ley 17/2021.

---

11 Por todos, del Olmo García, P y Basozábal Arrúe, X. (dirs.) (2017).

12 Sobre el alza de los precios de la electricidad provocada por la de los del gas —entre otros factores— en el mercado mayorista de electricidad, acentuada por su carácter marginalista (modelo *pay-as-clear*) y la medida arbitrada para capturar los *windfall profits*, puede verse Fernández-Espinar Muñoz, C. (2023).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Más explícito al respecto es el Reglamento (UE) 2022/1854 del Consejo, de 6 de octubre de 2022, relativo a una intervención de emergencia para hacer frente a los elevados precios de la energía. Ante las «distorsiones significativas» que podían provocar en el mercado interior estos «topes no coordinados de los ingresos» de los productores inframarginales, un año después, este Reglamento europeo adoptó el «compromiso de establecer un tope conjunto a escala de la Unión», en los términos de su considerando 11, que apela asimismo a la «solidaridad entre los Estados miembros mediante un tope de los ingresos de mercado a Escala de la Unión» que les permitirá ayudar a los hogares y las pymes gravemente afectados por la fuerte subida de los precios de la energía, así como mediante una «contribución solidaria» para mitigar el impacto de la subida de precios en los presupuestos públicos y de las empresas y los consumidores finales, a tenor del considerando 13. Pero lo que aquí más interesa es la motivación introducida en el considerando 14: «la contribución solidaria es un medio adecuado para hacer frente a *beneficios excedentarios* en caso de circunstancias imprevistas. Tales beneficios no se corresponden con ningún *beneficio ordinario* que las empresas o establecimientos permanentes de la Unión que operan en los sectores del petróleo crudo, el gas natural, el carbón y la refinería *obtendrían o habrían esperado obtener en circunstancias normales*, si no se hubieran producido los *acontecimientos imprevisibles* en los mercados de la energía[13]» (el destacado en cursivas es mío).

Las referencias a las expectativas de las empresas en circunstancias normales a y la imprevisibilidad de los acontecimientos son una clara alusión a los límites de la confianza legítima, que también es un principio del Derecho unitario europeo[14], y que, según este razonamiento, no alcanzaría a los «beneficios excedentarios» respecto del «beneficio ordinario». Y es que dicho principio solo protege «a quien una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas» que sean defraudadas mediante medidas imprevisibles; pero si falta alguno de ambos elementos, es decir, si

---

13 Los artículos 2.18 y 15 del Reglamento definen los beneficios excedentarios como «beneficios imponibles, según se establece con arreglo a la normativa nacional en materia fiscal en el ejercicio fiscal 2022 y/o en el ejercicio fiscal 2023 y para toda la duración de estos, devengados por actividades realizadas a nivel de empresas y establecimientos permanentes de la Unión que operan en los sectores del petróleo crudo, el gas natural, el carbón y la refinería que estén por encima de un incremento del 20% respecto a la media de los beneficios imponibles de los cuatro ejercicios fiscales iniciados el 1 de enero de 2018 o a partir de esa fecha».

14 Según tiene declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica son parte del ordenamiento jurídico comunitario y deben ser respetados por los Estados miembros en el ejercicio de los poderes que les confieren las Directivas comunitarias» (Sentencias de 3 de diciembre de 1998, Belgocodex, C-381/97, de 8 de junio de 2000, Schloßtraße, C-396/98, o de 8 de junio de 2000, Breitsohl, C-400/98).

«un operador económico prudente y diligente pudiera prever la adopción de una medida que afectara a sus intereses» o las expectativas en que se basa no han sido creadas por la actuación de la autoridad pública, ya no puede invocarlo, pues «los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que pueda ser modificada en el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales[15]».

3. La «rentabilidad adecuada» en la retribución de las redes de transporte y distribución de electricidad

Las de transporte y distribución son actividades reguladas del sector eléctrico. La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico manda que su retribución sea «adecuada a la de una actividad de bajo riesgo» (art. 14.3) y dispone que sus parámetros de retribución «se fijarán teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades por periodos regulatorios (…)» (art. 14.4).

Es decir, que la retribución de estas actividades debe procurar, por un lado, el mínimo coste (art. 1.1) porque constituye un coste más de un sistema sujeto al principio de sostenibilidad económica y financiera (art. 13) pero, por otro, debe otorgar una retribución adecuada a una actividad que, aunque regulada (art. 8.2) y de bajo riesgo, es empresarial (art. 12.1).

La metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica establecida durante el periodo 2020-2025 en la Circular 5/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y modificada para el periodo 2026-2031 por la Circular 7/2025, de 16 de diciembre, está basada en la separación entre la retribución por inversión en las instalaciones de transporte (que es la suma de la retribución por amortización de la inversión y una retribución financiera) y por su operación y mantenimiento, a las que se añade un incentivo a la extensión de la vida útil de las instalaciones que ya hayan superado su vida útil regulatoria y otro de calidad (al grado de disponibilidad de las instalaciones y a la reducción del tiempo medio de interrupción) y una retribución de la obra en curso de instalaciones singulares. Todo ello con un desfase temporal de dos años (la retribución del año *n* se refiere a las instalaciones en servicio en el año *n* – 2). En todo caso, la Circular no explicita los criterios utilizados para medir qué deba ser una «rentabilidad adecuada», expresión

[15] Sentencias de 10 de septiembre de 2009, *Plantanol*, C-201/08, apartado 53, y de 10 de diciembre de 2015, *SIA-Veloserviss*, C-427/14, apartado 39.

ISBN: 978-84-7777-740-3

que ni siquiera utiliza, sino que los internaliza en el modelo retributivo descrito[16].

Y como lo mismo ocurre con la Circular 6/2019, de 5 de diciembre, para la retribución de la actividad de distribución en dicho periodo y con la 8/2025, de 22 de diciembre, para el periodo subsiguiente, ambas de mayor complejidad todavía, no entraremos aquí en su exposición, que poca luz aportaría a los efectos de este trabajo.

4. La «rentabilidad razonable» en la retribución de la producción de electricidad a partir de fuentes renovables

Para fomentar el despliegue de las energías renovables, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico las dotó de un «régimen especial de producción eléctrica» (art. 27) que incluía la percepción de una prima para cuya determinación «se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales» (art. 30.4 en su redacción original, que fue modificada varias veces durante su vigencia).

El llamado a determinar estos incentivos era el gobierno, quien lo hizo con sucesivos Reales Decretos: 2818/1998, de 23 de diciembre; 436/2004, de 12 de marzo; 2351/2004, de 23 de diciembre; 661/2007, de 25 de mayo; 1578/2008, de 26 de septiembre, etc. El problema surgió a partir de la crisis económica de 2008, cuando la senda de despliegue de renovables ya superaba las previsiones del gobierno y las exigencias de la UE mientras los costes crecientes de los incentivos agravaban el alza insostenible del déficit de tarifa. El gobierno acometió varios recortes de los mismos a partir de 2009[17]

---

16 El preámbulo de la Circular 7/2025 afirma apodícticamente que la 5/2019 «ha funcionado adecuadamente durante el periodo regulatorio 2020-2025, permitiendo que las empresas que realizan la actividad de transporte hayan realizado las inversiones necesarias, así como la operación y mantenimiento de las redes, obteniendo una rentabilidad razonable en el desarrollo de su actividad».

17 El cambio regulatorio fue tomando cuerpo mediante la adopción de medidas urgentes en los Reales Decretos-Leyes 6/2009, de 30 de abril, 6/2010, de 9 de abril, 14/2010, de 23 de diciembre, 1/2012, de 27 de enero, 13/2012, de 30 de marzo, 20/2012, de 13 de julio, 2/2013, de 1 de febrero, y 9/2013, de 12 de julio. El preámbulo de este último explicaba el problema al que se proponían hacer frente en estos términos: «Entre los años 2004 y 2012 los ingresos del sistema eléctrico por peajes de los consumidores se han incrementado en un 122 por ciento, mientras que el aumento de los costes regulados del sistema en dicho periodo ha sido de un 197 por ciento. De entre las partidas de costes que han contribuido en mayor medida a dicho incremento destacan las primas del régimen especial y las anualidades de déficits acumulados, partidas que se han multiplicado por seis y por nueve respectivamente en dicho periodo».

hasta el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio[18], que dio paso a la nueva Ley 24/2013, en la que aquel «régimen especial» fue sustituido por un «régimen retributivo específico» cuyos parámetros, asimismo, deben tener en cuenta su «rentabilidad adecuada» (art. 14.3, ya citado en el apartado anterior). Este nuevo régimen ha sido desarrollado por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, cuyo preámbulo califica a la «rentabilidad razonable» como un principio. Su artículo 19 fija el valor sobre el que girará por referencia al rendimiento de las obligaciones del Estado a diez años en el mercado secundario y su disposición adicional segunda lo adapta a las instalaciones preexistentes[19].

La retroactividad de los recortes suscitó una amplia litigiosidad, que fue dirimida por el Tribunal Supremo la ejercida por los inversores españoles en más de un centenar de casos y por cortes arbitrales la ejercida por inversores extranjeros al amparo de lo previsto en el Tratado sobre la Carta de la Energía en varias decenas de casos más. Y la suerte que corrieron tales acciones fue muy diversa: mientras el Tribunal Supremo desestimó prácticamente todas las que conoció, las cortes arbitrales han alternado laudos estimatorios, parcialmente estimatorios y desestimatorios de las pretensiones ejercidas[20, 21].

---

18 El Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, dio nueva redacción al artículo 30.4 de la Ley de 1997, antes citado, sustituyendo la antigua prima por «una retribución especifica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo». Dicha retribución debía considerar los ingresos estándar por venta de energía en el mercado, los costes estándar de explotación y el valor estándar de la inversión inicial, «para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada». Y, además, dicho régimen retributivo estaba topado, pues por regla general «no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de las tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable».

19 Este régimen legal rige hoy, además, en el marco sobrevenido de la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, cuyo artículo 6 habilita a los Estados miembros a «ajustar» el nivel de apoyo a las energías renovables de acuerdo con criterios objetivos, siempre que tales criterios estén establecidos en el diseño original del sistema de apoyo, pero no que el nivel y las condiciones del apoyo «se revisen de tal forma que tengan un efecto negativo en los derechos conferidos en este contexto, ni se perjudique la viabilidad económica de los proyectos que ya se benefician de apoyo», donde la «viabilidad económica de los proyectos» parece aludir, una vez más, a una retribución suficiente para sufragar costes y obtener un beneficio razonable.

20 Al respecto pueden verse los trabajos reunidos en Castro-Gil Amigo, J. (coord.) (2015-2016); o Bacigalupo Saggese, M. (2020).

21 El Real Decreto-Ley 17/2019, de 22 de noviembre, introdujo una nueva disposición final tercera *bis* en la Ley del Sector Eléctrico para incentivar que los titulares de las instalaciones desistieran del procedimiento arbitral o judicial en curso o renunciaran a la indemnización o compensación concedida, congelando el valor de la rentabilidad razonable fijado para el primer periodo regulatorio (7,398%) durante otros dos (2020-2025 y 2026-2031), sin aplicar la revisión a la baja que rige para las restantes (7,09%).

ISBN: 978-84-7777-740-3

En lo que aquí interesa, el Tribunal Supremo descartó que los recortes de los incentivos violaran la confianza legítima de los inversores[22], entre otras razones, porque «la única confianza que la empresa titular de la instalación podía legítimamente tener es la que la Ley del Sector Eléctrico le proporcionaba, esto es, la de obtener unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales o, en otros términos, una retribución razonable para sus inversiones[23]». «Por tanto, el perjuicio que pudiera haberse irrogado a los titulares de las instalaciones solo podría calificarse de antijurídico y, como tal, indemnizable, si esa modificación hubiera comportado que las instalaciones no fueran ya razonablemente rentables, algo muy distinto del mantenimiento de la rentabilidad que disfrutaban con la tarifa regulada[24]».

En los arbitrajes internacionales, como ya se ha anticipado, la doctrina vertida sobre esta cuestión está siendo mucho más tornadiza, lo que tampoco es de extrañar si tenemos presente que los tribunales se conforman *ad hoc* para cada caso con expertos de muy distintas culturas jurídicas y deciden en única instancia[25].

Primero, dos laudos de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) desestimaron las pretensiones de los demandantes en los casos Isolux y Charanne. En el primero de ellos (SCC V2013/153) ya se afirmó rotundamente que «la única expectativa legítima de la demandante era la de una rentabilidad razonable de su inversión» (párrafo 787). Pero después, varios laudos —sobre todo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial— acogieron la pretensión según la cual los cambios regulatorios de que hablamos violaron el derecho de los inversores a «condiciones estables» que incluyan «un trato justo y equitativo» del art. 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Ener-

---

22 Las primeras, con algunos votos particulares, fueron las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1259, 1265, 1266, 1271, 1272 y 1274/2016, todas de 1 de junio, las número 1334, 1335 y 1336/2016, las tres de 7 de junio, 1374 y 1375/2016, ambas de 10 de junio, 1419 y 1420/2016, de 15 de junio, 1508/2016, de 22 de junio, y 1518 y 1523/2016, ambas de 24 de junio. Les siguieron otras muchas, hasta las más recientes SSTS número 264 y 816/2019, de 28 de febrero y 13 de junio respectivamente, que no sólo desestimaron la pretensión ejercida, sino que además ya lo hicieron por unanimidad.

23 Cito por dos Sentencias de 9 de diciembre de 2009 (rec. 149/2007 y 152/2007), pero esta doctrina ya fue anticipada por la citada STS de 25 de octubre de 2006 y reiterada después en muchas de las referidas en la nota anterior.

24 STS 264/2019, de 28 de febrero, cit., FJ 2.

25 Además, los casos presentan circunstancias diferenciales, como el momento de la inversión o la tecnología de la instalación (fotovoltaica, eólica, termosolar…), ya que sus regímenes jurídicos no eran idénticos, o si el inversor era de otro Estado miembro de la UE o no, por la diferente incidencia que puede tener el Derecho de la Unión conforme a la doctrina de las Sentencias TJUE de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, y 2 de septiembre de 2021, Komstroy, C-741/19. En este trabajo no entraremos en estas particularidades. Un análisis exhaustivo de los casos y sus diferentes resoluciones, en Balcerzak, F. (2023).

gía (TCE), porque se había creado en ellos la expectativa legítima del mantenimiento de los incentivos vigentes en el momento de su inversión o, al menos, de que sus características esenciales no cambiarían radicalmente: por todos, pueden verse los laudos Novenergía, de 15 de febrero de 2018 (SCC 2015/063), Masdar, de 16 de marzo de 2018 (CIADI ARB/14/1), y Greentech, de 14 de noviembre de 2018 (SCC V2015/150), la decisión Cube, de 19 de febrero de 2019 (CIADI ARB/15/20) o los laudos 9REN, de 31 de mayo de 2019 (CIADI ARB/15/15), SolEs, de 31 de julio de 2019 (CIADI ARB/15/38), InfraRed, de 2 de agosto de 2019 (CIADI ARB/14/12), OperaFund, de 6 de septiembre de 2019 (CIADI ARB/15/36) y Watkins, de 21 de enero de 2020 (CIADI ARB/15/44).

En la Decisión Cube, sin embargo, el voto particular discrepante del eminente iuspublicista prof. Christian Tomuschat recuperó la tesis de que los inversores no tienen un derecho adquirido a la continuidad del sistema administrativo que les proporciona una ventaja, porque la garantía que se les había otorgado era una «garantía de valor económico» y, por tanto, «solo si se pudiera demostrar que la transformación del sistema llegó a cuestionar la garantía de una rentabilidad razonable, los demandantes tendrían derecho a una indemnización conforme a las normas generales de la responsabilidad» (párrafo 25). La rentabilidad razonable también ha sido acogida por el CIADI como medida de las expectativas legítimas de los inversores, por ejemplo, en los laudos Stadtwerke München (CIADI ARB/15/1) y BayWa (CIADI ARB/15/16), ambos de 2 de diciembre de 2019, y en las decisiones RREEF de 30 de noviembre de 2018 (CIADI ARB/13/30), RWE de 30 de diciembre de 2019 (CIADI ARB/14/34), Hydro de 9 de marzo de 2020 (CIADI ARB/15/42), Cavalum de 31 de agosto de 2020 (CIADI/15/34) y Sevilla Beeher de 11 de febrero de 2022 (CIADI/16/27). Asimismo, en el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje de los Inversores PV de 28 de febrero de 2020 (CPA 2012-14), según el cual «los inversores podían legítimamente esperar recibir un retorno razonable sobre sus inversiones», porque «la rentabilidad razonable (…) era el *leit motiv* del marco regulatorio, la característica esencial subyacente de todos los instrumentos que fueron promulgados a través de los años. El requisito de rentabilidad razonable restringía el poder del Estado de enmendar el marco y por lo tanto garantizaba un nivel de estabilidad en las condiciones bajo las que operaban los inversores» (párrafo 616). En conclusión, «el principio de retribución razonable sirve de límite para los cambios de normativa que cumplen con el TCE» (párrafo 638).

Cuestión distinta es que la rentabilidad garantizada por el nuevo régimen retributivo no siempre alcanzara un nivel razonable a juicio del tribunal arbitral y, en consecuencia, se estimara parcialmente la pretensión de la demandante.

En el último caso citado (CPA 2012-14), el Tribunal comparó el retorno razonable durante la vida útil de las instalaciones bajo la LSE 1997 y el

ISBN: 978-84-7777-740-3

retorno que los demandantes obtendrían bajo las medidas en disputa durante el mismo periodo (párrafos 666 y 667), para lo que estimó el retorno razonable bajo la LSE 1997 en una tasa del 7% después de impuestos (párrafo 709) y para el retorno con las medidas utilizó una TIR de tenencia (a lo largo de toda la vida útil de la planta: 714) y tomó como referencia los costes de una «planta marginal» o estándar (748). Fruto de estas y otras determinaciones sobre el *quantum*, acabó concluyendo que la TIR de 10 de las demandantes se encontraba, con las medidas, por debajo del 7%, por lo que tenían derecho a compensación, mientras que las otras 9 demandantes no lo tenían (847).

Algo similar ocurrió en la también citada Decisión RREEF. Como se ha adelantado, este es otro de los fallos en los que «el Tribunal concluye que la única expectativa legítima de los demandantes era obtener una rentabilidad razonable por su inversión» (párrafo 386). En consecuencia, «solo pueden obtener una indemnización en la medida en que dicha disminución [la de ganancias provocada por el nuevo régimen] se encuentre por debajo del umbral de un retorno razonable» (párrafo 523).

Para calcular el retorno percibido bajo el nuevo régimen, el Tribunal del caso RREEF tomó como referencia la TIR de proyecto (párrafo 545) durante la vida útil de la inversión, es decir, de la planta (548). Para los activos eólicos, estimó que este retorno ronda el 13% y que es razonable (569). Pero no para para los termosolares, pues las partes convinieron en que su rentabilidad estaba ligeramente por encima del 5,5% mientras que el Tribunal calculó el umbral de retorno razonable en el 6,86%. Para ello, partió de que un retorno razonable debe ser siempre superior al coste del dinero en el mercado de capitales (574) y que «la diferencia entre el coste del dinero y el retorno razonable debe evaluarse de acuerdo con el riesgo para el inversor. Cuanto mayor sea el riesgo, mayor deberá ser el retorno para ser considerado razonable» (581). A partir de estas premisas, considerando una tasa libre de riesgo del 4,398% y una prima de riesgo de mercado del 5,5%, una beta del 0,455%, un coeficiente deuda/capital de 60/40 y un coste de la deuda del 3,43%, obtuvo un WACC del 5,86% (586). Y a este coste del capital le añadió un diferencial del 1% como «prima para inducir una inversión adicional» mantenida por el regulador español (588) para concluir en el mencionado 6,86% como umbral de rentabilidad razonable.

Obviamente, lo que aquí interesa no son tanto las magnitudes concretas del caso como la metodología de cálculo de la rentabilidad razonable empleada, que presenta cierta analogía con la utilizada por la Comisión Europea en su Decisión estudiada en la letra a), por cuanto estima la rentabilidad razonable de una inversión añadiendo una prima al coste del capital de una empresa media del sector o ámbito de actividad de que se trate.

III. CONCLUSIÓN: LA INFERENCIA DE LA RENTABILIDAD RAZONABLE COMO CRITERIO GENERAL Y EL PROBLEMA DE SU CUANTIFICACIÓN

Como hemos comprobado, tanto el legislador como los tribunales han acudido reiteradamente a la noción de la rentabilidad razonable para determinar ciertas prestaciones económicas de diferente naturaleza (remuneratoria o incentivadora de actividades voluntarias, compensatoria de obligaciones) pero que tienen dos rasgos comunes: que retribuyen actividades empresariales, aunque de interés general, y que su fijación no ocurre espontáneamente en el libre mercado, sino que viene determinada de forma objetiva y general por el legislador o el regulador. Aunque usen expresiones levemente diferentes —«beneficio razonable», «rentabilidad adecuada», «rentabilidad razonable», «beneficio ordinario» o sus opuestos «ganancias inmerecidas», «excesos de retribución» y «beneficios excedentarios»— parece evidente que la idea es siempre la misma: la existencia de un estándar de lucro que la empresa puede esperar lícitamente obtener.

Podría pensarse que esta es una singularidad del sector eléctrico y que viene motivada porque en él no solo se repercute a los consumidores el precio de la producción (que, en el mercado mayorista, se determina de forma marginalista, por lo que la retribución de la última unidad aceptada se traslada automáticamente a toda la energía casada, con un efecto inflacionario masivo), sino también los peajes por el transporte y la distribución y otros costes regulados como las ayudas a las renovables. Ciertamente que esta peculiaridad del mercado eléctrico lo hace especialmente sensible a la adecuación o razonabilidad de la retribución de estas actividades, por el impacto que tiene sobre el bienestar de los consumidores y sobre la competitividad de la economía, en la que la energía es un factor productivo muy relevante.

Sin embargo, la obtención de una rentabilidad o un beneficio «razonable» también es utilizada en otros sectores regulados, como criterio para determinar retribuciones o compensaciones que no vengan dadas por el libre mercado, sino por la regulación. Por ejemplo, en el sector gasista el legislador invoca el «principio de rentabilidad razonable y sostenible» como orientador del esquema retributivo del almacenamiento subterráneo[26]. En los servicios de navegación aérea, el artículo 15.3.c del Reglamento (CE) 550/2004, de 10 de marzo, establece como principio para la tarificación proporcionar una rentabilidad económica (más claramente, en la versión inglesa, *a reasonable return on assets*). Hoy dicho precepto ha sido refundido en el artículo 29.3 del Reglamento (UE) 2024/2803, de 23 de octubre

26 Preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de 2004, relativo a la realización del Cielo Único Europeo, que prevé que los costes en que se basarán las tasas «podrán incluir un rendimiento razonable de los activos». En el sector de las telecomunicaciones, el art. 18.1 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones habilita a la CNMC a imponer a los operadores declarados con peso significativo en el mercado, entre otras obligaciones, un control de precios con objeto de garantizar la formación de precios competitivos y evitar precios excesivos y márgenes no competitivos en detrimento de los usuarios finales, pero sin inhibir la inversión, por lo que debe permitir «una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido, habida cuenta de todos los riesgos específicos de un nuevo proyecto de inversión concreto».

En fin, la rentabilidad razonable no solo se extiende por varios sectores, sino que tiene alcance general. Como hemos visto, la han empleado el Tribunal de Justicia en su seminal Sentencia Altmark y la Comisión en la Decisión de 2011 para dirimir la conformidad de las compensaciones por obligaciones de servicio público con el Derecho europeo de la competencia, cualquiera que sea el sector de referencia. También el regulador español tiene declarado que «la CNMC aplica una metodología basada en el coste medio ponderado del capital para determinar el beneficio razonable o la tasa de retribución en los distintos sectores que regula y supervisa[27]».

Y es que, cuando una actividad empresarial es retribuida en el libre mercado, la insuficiencia de su retribución es un riesgo empresarial más. Tan característico de la actividad empresarial es el ánimo de lucro como el riesgo de no obtenerlo. Pero cuando la remuneración del empresario se determina imperativa y unilateralmente por el legislador o por el regulador con una norma o mediante un acto administrativo, su suficiencia, adecuación o razonabilidad pueden ser debidas. En efecto:

1.º El contenido esencial de la libertad de empresa lo demanda si dicha actividad viene impuesta imperativamente: por ejemplo, una obligación de servicio público o un servicio universal adjudicado unilateralmente por ministerio de la ley o mediante acto administrativo, o la ejecución de la planificación del transporte eléctrico, que es vinculante.

   La libertad de empresa, como la propiedad, puede ser delimitada por el legislador en atención a su función social (porque la empresa, que es actividad productiva de bienes y servicios, también es propiedad de los medios de producción y de los productos y

[27] Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la cual se acuerda notificar a la Comisión Europea el proyecto de medida relativo a la determinación de la tasa anual de coste de capital a aplicar en la contabilidad de costes del ejercicio 2025 de Telefónica, de 15 de septiembre de 2025 (WACC/DTSA/003/25).

porque está subordinada a las exigencias de la economía general y del interés general, como toda la riqueza: arts. 38 y 128.1 CE), pero también tiene un contenido esencial indisponible para el legislador[28]. Y ese contenido esencial incluye la posibilidad de obtener un beneficio o rentabilidad de la explotación de sus bienes y recursos[29]. El legislador, en suma, puede delimitar estos derechos por su función social pero no privarlos de utilidad económica para su titular[30].

2.º El principio de confianza legítima exige respetar un estándar mínimo de rentabilidad, incluso cuando la actividad de que se trate haya sido emprendida voluntariamente, en las modificaciones que se hagan de la retribución una vez realizada la inversión. Este es el supuesto de los recortes de los incentivos que hemos visto más atrás. Ahora bien, por encima de dicho estándar mínimo, puede prevalecer el *ius variandi* del poder público al servicio de la misión de interés general que cumplen estas actividades, como hemos visto que ocurrió con las minoraciones sobrevenidas de las retribuciones «excesivas» o «caídas del cielo».

---

28 Esta relación entre libertad de empresa y derecho de propiedad ya fue tempranamente advertida por la STC 37/1987, de 26 de marzo, cuando afirmó que «las limitaciones a la actividad empresarial agrícola son, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, indisociables de las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica, determinadas por la función social de esta última» y que «desde el punto de vista de lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir. (…) En resumen, la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa.» (FJ 5). Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha insistido en esta relación en las SSTC 89/1994, de 17 de marzo, FJ 6, 61/1997, de 20 de marzo, FJ 14.c, 164/2001, de 11 de julio, FJ 9, y 141/2014, de 11 de septiembre, FFJJ 6 y 8.

29 Como dejó sentado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia Hutten-Czapska c. Polonia, de 16 de junio de 2006 (§ 239), los intereses de los propietarios incluyen «la posibilidad de obtener un beneficio de sus bienes». El Tribunal Constitucional también ha apuntado a la rentabilidad como contenido esencial, aunque sea de forma un tanto general y axiomática. Primero, cuando sostuvo que la restricción de las facultades del empresario/propietario de los fundos rústicos no infringe el contenido esencial de su derecho «siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria» (STC 37/1987, cit., FJ 2). Y después, cuando afirmó que «la utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución» (STC 89/1994, cit., FJ 5).

30 Según José María Martínez Val (1985, 3191), «es obvio que una legislación que condujera a una total desaparición del beneficio en general, o del beneficio de los empresarios, (…) iría contra un factor esencial de la fundación y vida de las empresas y por tanto violaría una condición imprescindible, *sine qua non*, de su libertad».

ISBN: 978-84-7777-740-3

De un lado, el estándar de retribución razonable sirve para descartar que la regulación disponga retribuciones insuficientes, que puedan distorsionar la competencia cuando son diferenciales o, en cualquier caso, inhibir la inversión y la innovación en perjuicio de la calidad de los servicios. Pero de otro lado, puede asimismo aplicarse para impedir la provisión de retribuciones excesivas, ya sea nuevamente para evitar distorsionar la competencia en el mercado de que se trate, si las perciben solo algunos de sus operadores, ya para preservar el principio general que prohíbe el enriquecimiento sin causa o injusto en perjuicio de la hacienda pública o de los consumidores. Y es que, si esos excedentes no eran previsibles al tiempo de hacerse la inversión ni los poderes públicos han infundido la expectativa de su mantenimiento, no podrá invocarse la confianza legítima frente al *ius variandi*.

Se trata, en suma, de conciliar los intereses generales de la competencia, la eficiencia de los mercados y la protección de los consumidores con el principio de seguridad jurídica y los derechos de los inversores. En su Comunicación de 2019 sobre la metodología armonizada de cálculo del WACC de la infraestructura heredada en el sector de las comunicaciones electrónicas (2019/C 375/01), la Comisión Europea se inspira en cuatro «principios reguladores» que bien podrían proponerse como generales: (i) «*coherencia* en la metodología empleada», (ii) «un *entorno regulador previsible* que limite las variaciones no previstas del enfoque regulador y del valor de los parámetros con el paso del tiempo», (iii) «promoción de una inversión y una innovación *eficientes*», teniendo en cuenta el riesgo asumido por los inversores, y (iv) «*transparencia* del método empleado para determinar la tasa de rentabilidad razonable para sus inversiones, evitando una complejidad innecesaria» (las cursivas en el original).

Esto supuesto, emerge el problema de la indeterminación del concepto de «rentabilidad razonable». ¿Cómo se mide y se cuantifica? Las soluciones adoptadas en los casos aquí estudiados varían.

La aproximación del legislador —por referencia a la rentabilidad de la deuda pública (la obligación del Estado a diez años como activo de referencia de la tasa libre de riesgo)— puede ser muy problemática y ha sido rechazada en algunas ocasiones —como hemos visto—, pues evidentemente la rentabilidad legítimamente esperable por inversiones con tan diferente riesgo es, asimismo, muy diversa y cambiante. Así que, o bien se incrementa con una prima de riesgo adecuada para cada tipo de actividad, momento y lugar, o bien se utiliza otra medida más certera, como es la del rendimiento del capital invertido de una empresa media bien gestionada del mismo sector o ámbito de actividad. Esta es la solución adoptada, como sabemos, en la Decisión de la Comisión Europea de 2003 por lo que, además de su pertinencia técnica, cuenta ya con el aval de la

UE[31]. Y acabamos de constatar que también la CNMC utiliza con carácter general metodologías retributivas basadas en el WACC. Ahora bien, aunque esta parezca ser la metodología preferible y más generalizada[32], no siempre es la única admisible ni tampoco es uniforme su aplicación en los distintos sectores y contextos. El legislador puede otorgar cierto margen de apreciación al regulador para exceptuar, limitar o modular su aplicación en distintos casos. Siempre, claro está, que esté justificado y que la rentabilidad resultante siga siendo «razonable».

IV. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2020). «Cambios normativos y litigiosidad en el ámbito de la regulación española de las energías renovables: estado de la situación». En M. DARNACULLETA, J. ESTEVE y M. IBLER (coords.), *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*. Marcial Pons.

BALCERZAK, Filip (2023). *Renewable Energy Arbitration - Quo vadis? Implications of the Spanish Saga for International Investment Law*. Brill Nijhoff.

BREALEY, Richard A., MYERS, Stewart C., ALLEN, Franklin y EDMANS, Alex (2023). *Principles of corporate finance*, 14.ª ed. Nueva York, McGraw Hill.

CASTRO-GIL AMIGO, Juan (coord.) (2015-2016). *Riesgo regulatorio en las energías renovables*. 2 vols. Anpier-Aranzadi.

FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ, Carlos (2023). «La regulación del precio de la electricidad y la intervención pública ante los desequilibrios del mercado». *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 34.

LAVILLA RUBIRA, Juan José (2009). «El déficit tarifario en el sector eléctrico». En S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO y M. BACIGALUPO (dirs.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Iustel.

LAZO, Patricio (2025). «Enriquecimiento sin causa y Derecho romano. O por qué un jurista moderno podría no encontrar lo que busca». *Revista de Derecho Romano «Pervivencia»*, 13, mayo.

MARTÍNEZ VAL, José María (1985). «El contenido esencial de la libertad de empresa». *Revista General de Derecho*, 493-94, octubre-noviembre.

MORENO-TORRES GÁLVEZ, Antonio (2021). «Aplicación regulatoria del WACC». *Boletín Económico del ICE*, 3137.

OLMO GARCÍA, Pedro del y BASOZÁBAL ARRÚE, Xabier (dirs.) (2017). *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*. Aranzadi.

SAUTER, Wolf (2012). «The Commission's new SGEI package: the rules for state aid and the compensation of services of general interest». *TILEC Discussion Paper*, 23 de abril de 2012.

31 Y no solo a los efectos limitados del problema de que allí se trataba, como acredita la también citada Comunicación de la Comisión Europea sobre el cálculo del WACC de la infraestructura heredada en el sector de las comunicaciones electrónicas.

32 Sobre las metodologías de cálculo regulatorio de la rentabilidad razonable a partir del WACC, puede verse Moreno-Torres Gálvez, A. (2021).

ISBN: 978-84-7777-740-3

VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2025). «La vivienda como función social y la rentabilidad como contenido esencial de la propiedad». *Teoría y Realidad Constitucional*, 55.

— (2026). «El panorama jurídico de la compensación por obligaciones de servicio público a las empresas prestadoras de servicios de interés económico general». *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2/2026.

El arbitraje de consumo como vía más favorable al consumidor, también para los supuestos de reclamaciones de consumo internacional

Juan Manuel Velázquez Gardeta

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0000-0002-9823-5937

Resumen. Las reclamaciones de consumo internacionales pueden encontrar su cauce en dos herramientas procesales principalmente: el arbitraje de consumo y el Reglamento 861/2007, de Proceso Europeo de Escasa Cuantía (PEEC). Ambos caminos plantean al consumidor diferentes dificultades que hacen que haya que replantearse ofrecer un mecanismo de reclamación que sirva para todos los supuestos sin excepción (ese no es el caso del arbitraje que depende del convenio arbitral siempre voluntario) y sea fácil, cómodo, comprensible y rápido (ahí es donde el PEEC muestra sus desventajas).

El arbitraje de consumo se encuentra en un momento en el que se reivindica su carácter jurisdiccional y —con más polémica— el deseo de *lege ferenda* de que sea obligatorio. Las relaciones con la jurisdicción se cruzan en el terreno del eventual recuso de anulación y algunas cuestiones como la diferencia entre arbitraje de equidad y derecho o la motivación no resultan del todo pacíficas vista la jurisprudencia de nuestro TC. Por su parte, el PEEC, vista su presencia en nuestra jurisprudencia y en la del TJUE no ha terminado de despegar como una norma útil para lo que fue diseñada. La desaparición de la plataforma de resolución de litigios de consumo en línea en virtud de lo dispuesto en el Reglamento 2024/3228 y la modificación de la Directiva 2013/11 por la Directiva 2025/2647 parece animar a las reclamaciones arbitrales de cara al futuro, aunque solo sea tácitamente ya que en esta última no se menciona una sola vez como mecanismo de resolución de controversias.

Palabras clave. Protección del consumidor. Arbitraje de consumo. Recurso de anulación. Motivación. Proceso europeo de Escasa Cuantía.

Abstract. International consumer claims can be addressed through two main procedural tools: consumer arbitration and Regulation 861/2007 on European Small Claims Procedure (ESCP).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Both paths present consumers with different difficulties, requiring a rethink of how to offer a claims mechanism that is suitable for all cases without exception (this is not the case with arbitration, which depends on the arbitration agreement, which is always voluntary) and that is easy, convenient, understandable, and fast (this is where the ESCP reveals its disadvantages).

Consumer arbitration is currently experiencing a period in which its jurisdictional nature is being asserted, and —more controversially— there is a desire for it to be mandatory, de *lege ferenda*. Its relationship with the courts intersects in the area of potential annulment proceedings, and some issues, such as the difference between arbitration based on equity and arbitration based on law, or the requirement of reasoned decisions, are not entirely settled, given the jurisprudence of our Constitutional Court. For its part, the ESCP, given its presence in our case law and that of the CJEU, has not yet taken off as a useful regulation for its intended purpose. The disappearance of the online consumer dispute resolution platform under Regulation 2024/3228 and the amendment of Directive 2013/11 by Directive 2025/2647 seem to encourage arbitration claims in the future, albeit only implicitly, since the latter does not mention it even once as a dispute resolution mechanism.

Keywords. Consumer protection. Consumer arbitration. Action for annulment. Reasoning. European Small Claims Procedure.

Sumario. Agradecimiento.—I. Introducción.—II. La funcionalidad del arbitraje de consumo en el ordenamiento jurídico español y su virtualidad como herramienta en defensa del consumidor: 1. ¿Tiene cabida el arbitraje de consumo obligatorio para cualquier conflicto en nuestro orden constitucional? 2. Las limitaciones al convenio arbitral como cláusula de adhesión en los contratos de consumo internacionales.—III. Algunas cuestiones polémicas que pueden restar eficacia al arbitraje de consumo: 1. Arbitraje en Derecho y arbitraje en equidad**.** 2. El recurso de anulación.—IV. ¿Es el PEEC una alternativa real para el consumidor frente al arbitraje?—V. Conclusiones: la consolidación del arbitraje como una herramienta fiable y útil tanto para reclamaciones internas como internacionales.—VI. Bibliografía.

AGRADECIMIENTO

Quisiera, antes de comenzar a desarrollar el tema seleccionado, mostrar mi gratitud a los organizadores de esta publicación por haber contado conmigo en este libro homenaje a mi amigo el profesor Edorta Cobreros Mendazona.

Aunque le conocía de antes, la primera vez que trabajamos juntos fue en el año 1993 cuando nuestro común amigo el profesor Ezquiaga nos propuso formar parte de su equipo decanal. Fueron años bonitos, aunque llenos de vicisitudes personales y otras que afectaban al conjunto de la sociedad vasca ensombrecida por la cruel violencia de ETA. Edorta fue un ejemplo para mí de firme compromiso antiviolencia, pero desde la discreción y siempre desde la ausencia de imposición o sectarismo. Eran tiempos de testimonio silencioso con la pancarta de Gesto por la Paz todos los lunes al mediodía y a la tarde durante los largos secuestros de Julio Iglesias Zamora, José María Aldaya y José Antonio Ortega Lara. A veces con la incomprensión más o menos manifiesta de algunos y la presencia ominosa de los que nos dejaban ver claramente que les teníamos enfrente. También fueron años de asesinatos, como el de Francisco Tomás y Valiente, Gregorio Ordóñez y Fernando Múgica por citar algunos que, por cercanía profesional o local, nos sobrecogieron más si cabe.

Muchas veces no me apetecía estar detrás de la pancarta, pero «si Edorta va, yo también» me decía.

Fuimos consolidando la amistad con los años y descubrimos muchas afinidades personales, porque en lo jurídico no creo que yo le pueda aportar mucho como es evidente.

Y así ha pasado el tiempo y el disfrute con su charla y compañía se ha hecho imprescindible. Su humor, su inteligencia, su discreción hacen de él todo lo que se puede esperar de un amigo y de un referente aunque sé que por su innata modestia quizás estas líneas le resulten algo incómo-

ISBN: 978-84-7777-740-3

das porque como dice él: «hay que tener cuidado con lo que queda escrito porque es para siempre». Mejor así, a mí no me quedaba otra que la sinceridad.

Gracias Edorta.

I. INTRODUCCIÓN

Valgan estas líneas como reflexión sobre la herramienta procesal que —en mi opinión— mejor puede ayudar a los consumidores a hacer efectivas sus reclamaciones también en las relaciones de consumo internacionales. Al menos desde un análisis teórico que evalúe brevemente sus posibilidades.

Partimos de unas características de las relaciones contractuales de consumo pacíficamente asumidas como son la existencia de una parte más débil (también) desde un enfoque procesal y una perversión del concepto de autonomía de la voluntad contractual en perjuicio del consumidor (Batiffol, 1956, 332).

Un repaso a cualquier web de empresas de venta de bienes y/o servicios sirve como muestra de la afirmación anterior (Spotify, Términos y condiciones de uso, 2025).

De poco sirve que la normativa actual en materia de reclamaciones de consumidores derivadas de contratos de consumo internacionales, especialmente en los casos de compras por internet, establezcan la posibilidad para el consumidor de demandar siempre ante los tribunales de su estado; es el caso de los criterios de competencia judicial internacional establecidos en de los arts. 17-19 del Reglamento (UE) 1215/2012. Las empresas suministradoras de bienes y servicios siguen ignorando esta norma (algo equívoca en el caso de Amazon, apartado 13 de las Condiciones de Uso y Venta, 2025 y más evidente en el de Spotify citado) en muchas ocasiones.

Una vez aceptada esta afirmación como punto de partida y teniendo en cuenta que, al margen de la competencia judicial internacional, es necesario establecer procedimientos ágiles, sencillos y baratos para las reclamaciones interpuestas por consumidores, cabría dirimir si es mejor entablar un procedimiento jurisdiccional o decantarse por el arbitraje.

Eso nos llevará también a concretar si el arbitraje de consumo puede ser considerado jurisdiccional y si tiene alguna relevancia en los supuestos internacionales.

La principal norma que fue concebida para las reclamaciones jurisdiccionales de consumo, especialmente para los consumidores, fue el Reglamento 861/2007 (PEEC), pero como veremos ha tenido escasa virtualidad

práctica no estando ceñido en su objetivo la protección de los consumidores exclusivamente. Sin embargo, el sistema de arbitraje de consumo español sí es un mecanismo diseñado en exclusiva para reclamaciones de consumo incluyendo las reclamaciones derivadas de contratos de consumo de carácter internacional aunque con limitaciones evidentes como la necesidad del convenio arbitral.

No obstante, el arbitraje se encuentra en un estado de actual cuestionamiento de sus límites o, mejor dicho, de la eventual ampliación de los límites para los que fue concebido y eso le puede convertir en una herramienta aún más útil en el logro del objetivo de una mayor protección del consumidor. Me refiero a su pretendido carácter jurisdiccional y a su reivindicado carácter obligatorio, en definitiva, a las relaciones entre jurisdicción y arbitraje (Tomillo, 2026b, 48).

II. LA FUNCIONALIDAD DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SU VIRTUALIDAD COMO HERRAMIENTA EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El arbitraje de consumo se sustenta en el convenio arbitral y por tanto deja mucho margen a las empresas para someterse a él. A partir de ahí surge el debate ya en los últimos años de considerar la posibilidad de que el arbitraje de consumo sea obligatorio, al menos para determinados litigios.

En este sentido, cabría pasar brevemente revista a los argumentos más utilizados a favor y en contra de esta postura, partiendo de la idea que desde una interpretación sistemática estricta del ordenamiento español y de su jurisprudencia el arbitraje de consumo no es obligatorio ni tiene viso de llegar a serlo a corto plazo.

1. ¿Tiene cabida el arbitraje de consumo obligatorio para cualquier conflicto en nuestro orden constitucional?

Esta pregunta fue propuesta en una mesa redonda que tuvo lugar recientemente en el ámbito de las IV Jornadas Internacionales de Arbitraje de Consumo, *Por una tutela de los derechos realmente efectiva* (Agència Catalana del Consum. Generalitat de Catalunya, 2025). Lo que demuestra la plena actualidad de la cuestión.

De acuerdo al ordenamiento jurídico español vigente yo diría que no es posible considerar el establecimiento de un arbitraje de consumo obligatorio, es decir, sin necesidad de que exista un convenio aceptado por la empresa suministradora de bienes y servicios. Ni siquiera para los servicios de interés general.

ISBN: 978-84-7777-740-3

A partir de ahí podríamos plantear la posibilidad de hacer una interpretación extensiva o finalista de las normas vigentes para considerar esa posibilidad.

El art. 24 CE menciona expresamente a los jueces y tribunales como garantes de la tutela judicial efectiva y el art. 117.3 CE es claro en ese sentido, además. Distinto es el caso, por ejemplo, de la Constitución Portuguesa que considera verdaderos tribunales a los tribunales arbitrales (art. 209.2)[1]. En este sentido, poco se puede inferir del tenor de las normas de la Constitución.

Es cierto, por otra parte, que la EM de motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (EM I, línea 4), parece abrir la puerta a otra posibilidad (*Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas*), pero sin llegar a concretarse en la posibilidad de que otros agentes ejerzan esa función constitucionalmente atribuida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, el TC ha declarado la inconstitucionalidad del arbitraje de consumo en la conocida Sentencia 174/1995 y en una interpretación *a sensu contrario* ha permitido la presunción de arbitraje en la STC 352/2006. La primera de ellas, se dicta en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el texto original del art. 38.2.I de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que establecía el sometimiento obligatorio a arbitraje de cualquier controversia no superior a 500.000 pesetas que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expresado en contrario. En su FJ 3 el TC considera inconstitucional como era previsible el precepto ya que «quebranta (…) la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella».

Pero el Tribunal agranda el valor del arbitraje previamente en ese mismo FJ:

> En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)».

En la segunda de las decisiones, y tras modificarse el polémico precepto requiriendo la voluntad de ambas partes para dirimir la controver-

[1] *Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.*

sia por medio de arbitraje, el TC no aprecia vulneración de los arts. 24.1 y 117.3 CE.

Un resquicio por donde puede colarse una cierta obligatoriedad del arbitraje de consumo parece que se atisba en los votos particulares emitidos en la STC 1/2018.

En este sentido, y partiendo de la consideración del consumidor, como parte más débil de la relación, estaría justificado limitar el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva de las empresas en el mandato del art. 51 CE y en la protección de los consumidores como parte débil del contrato que se encuentra en situación de inferioridad (Marcos, 2024, 142). Es decir, siempre que el consumidor lo manifieste la empresa debería acudir a arbitraje en lugar de jurisdicción ordinaria sin la posibilidad además de revisión jurisdiccional posterior del laudo. Así se salvaría el derecho a la tutela judicial efectiva al menos del consumidor pero limitándolo en el caso de las empresas. No obstante, ese conflicto entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la protección de los consumidores no es evidente que deba resolverse a favor del segundo, al menos en el ámbito del contrato de seguro de donde deriva el asunto controvertido (Schumann, 2018,17-18).

Además, este escenario nos situaría a expensas de la interpretación que el TJUE pudiera hacer vía cuestión prejudicial que no tardaría en llegar visto el tenor del art. 1 *in fine* de la directiva 2013/11: «La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial» o el propio cdo. 45 de su EM.

Por tanto, no es fácil siquiera establecer la necesidad de *lege ferenda* de un arbitraje de consumo obligatorio, descartando en todo caso la posibilidad de acuerdo al actual ordenamiento jurídico vigente.

2. Las limitaciones al convenio arbitral como cláusula de adhesión en los contratos de consumo internacionales

Una vez que se ha dejado claro que el arbitraje debe cimentarse en un ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, procede ahora atenerse al carácter de cláusula tipo de adhesión a arbitraje que ha aparecido con frecuencia en los contratos de consumo tanto internacionales como nacionales.

Esto nos sirve para demostrar la actitud de algunas empresas suministradoras de bienes y servicios y también el papel de los tribunales nacionales a la hora de corregir esas cláusulas de adhesión.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En primer lugar, destaca la jurisprudencia del TJUE derivada del asunto Mostaza Claro (Sentencia TJUE, Sala Primera, de 26 de octubre de 2006). En este caso, la consumidora celebró con la empresa de telefonía móvil un contrato de abono a una línea de teléfono. En dicho contrato se contenía una cláusula compromisoria que sometía cualquier diferencia al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). Dado que la consumidora no respetó el plazo mínimo de abono, la empresa Móvil inició un procedimiento arbitral ante AEADE. La consumidora presentó en esa instancia alegaciones en cuanto al fondo, pero no impugnó el procedimiento arbitral ni invocó la nulidad del convenio arbitral. Posteriormente, como quiera que el arbitraje se resolvió de manera desfavorable para ella, la consumidora recurrió el laudo arbitral ante el órgano jurisdiccional competente aduciendo que el carácter abusivo de la cláusula compromisoria implicaba la nulidad del convenio arbitral. La Audiencia Provincial de Madrid no tiene dudas del carácter abusivo de la cláusula y de la, consiguiente, nulidad del convenio arbitral. No obstante, como la cuestión no fue alegada por la interesada en el procedimiento arbitral, la Audiencia plantea al TJUE si, en aplicación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, cabe que el tribunal aprecie la nulidad del convenio arbitral por considerar que contiene una cláusula abusiva y anule, en consecuencia, el laudo, incluso cuando la pretensión no fue planteada por la consumidora en el procedimiento arbitral. Resultan interesantes para nuestro análisis de la excepción de orden público del foro, las consideraciones del TJUE en contestación a la cuestión prejudicial. En primer lugar, y aunque revista un menor interés para nuestra argumentación, el TJUE establece que la protección de la Directiva se extiende a los supuestos en que el consumidor —que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva— no invoque el carácter abusivo de una cláusula, bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de hacerlo.

En segundo lugar, establece un criterio en orden a la aplicación de la excepción de orden público frente a una norma extranjera. La cláusula compromisoria puede ser válida según el Derecho alemán —anterior a la Directiva— pero no lo será de acuerdo al Derecho comunitario, de aplicación en todos los Estados miembros, y por tanto habrá que declararla nula.

En tercer lugar, parece que se produce una cierta confusión en la argumentación del tribunal al diferenciar orden público y normas imperativas. Por un lado, considera al art. 6 de la Directiva 93/13 una disposición imperativa, y por otro, basa la anulación en la inobservancia de las normas comunitarias —la propia Directiva— de orden público. Confusión derivada, como apuntábamos más arriba, en la dificultad de deslindar ambas figuras cuando, para un supuesto concreto, conducen a un mismo resultado.

Por último, el TJUE justifica, en base a la protección que la Directiva sobre cláusulas abusivas otorga a los consumidores, que el juez nacional deba

apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar de oficio el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (Penadés, 2018, 3-5).

Posteriormente, en el asunto Asturcom (Sentencia TJUE, Sala Primera, de 6 de octubre de 2009) el Tribunal avanza en la dirección pro consumidor e interpreta la directiva 93/13 en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si este es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula.

No todo son decisiones en este sentido en el ámbito del derecho comparado. En una dirección contraria nos encontramos la sentencia dictada en el asunto Dell por la Cour Suprême de Canadá (Dell Computer Corp. c. Union des Consommateurs de 13 de julio de 2007).

En este caso, en la sentencia se mantiene, que no es suficiente la circunstancia de que la cláusula de arbitraje se encuentre en un contrato de adhesión, para demostrar que el consumidor no debía estar obligado por ella. Incluso cuando los consumidores demandantes tenían sede en Quebec, lugar donde la empresa demandada/apelante tenía una delegación y el Derecho sustantivo aplicable era el de ese territorio (por no añadir que los pedidos se hicieron desde el domicilio de los consumidores) y la sede del árbitro (NAF), designado por Dell, era Minneapolis (EE. UU.), a donde se tendrían que desplazar los consumidores/demandantes y someterse a las normas de funcionamiento de dicho órgano arbitral. Por no olvidar el detalle de que la sede central de la empresa demandada y la del árbitro coinciden (Velázquez, 2009, 193).

En esta misma línea —y sin ánimo de exhaustividad— de hacer respetar una cláusula de adhesión a arbitraje destaca la sentencia del mismo tribunal en Seidel c. TELUS (Seidel c. TELUS Communications Inc., de 18 de marzo de 2011).

III. ALGUNAS CUESTIONES POLÉMICAS QUE PUEDEN RESTAR EFICACIA AL ARBITRAJE DE CONSUMO

Nos corresponde ahora tras tratar el tema de la eventual obligatoriedad del arbitraje de consumo y el juego de la autonomía de la voluntad en rela-

ISBN: 978-84-7777-740-3

ción con la sumisión a arbitraje para determinar la virtualidad de esta herramienta dados sus condicionantes y limitaciones.

Para ello pasaremos revista a algunos temas polémicos que constituyen la naturaleza del arbitraje.

1. Arbitraje en Derecho y arbitraje en equidad

El arbitraje permite esta doble posibilidad que queda a la voluntad de las partes (art. 24.2 del RSAC). La cuestión siguiente es hasta qué punto en el caso del arbitraje de equidad deben tener presencia en la motivación las normas jurídicas.

Si tomamos como referencia el Reglamento 593/2008, su art. 6 establece para los casos de contratos de consumo que la elección de la ley aplicable no podrá acarrear para el consumidor la pérdida de protección que le dispensen determinadas normas imperativas nacionales.

Por su parte, los arts. 11.1 a), b) y c) de la Directiva 2013/11 referido expresamente a los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un litigio mediante la imposición de una solución al consumidor establece una medida similar. En este sentido, tanto en los casos en que exista o no conflicto de leyes a solución impuesta no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor y el comerciante tengan su residencia habitual.

Dicho precepto, tras la transposición de la citada Directiva, encuentra reflejo en el art. 16.1 de la Ley 7/2017.

Dicho esto y dejando claro que el arbitraje de equidad no puede excluir la aplicación de determinadas normas quedaría por determinar el nivel de motivación que deben tener los laudos dictados en equidad.

Por esa razón, se parte de la necesidad de que los árbitros tengan un conocimiento del Derecho en los arbitrajes en derecho desde luego, pero tampoco parece exagerado solicitar también ese conocimiento suficiente del Derecho (Colmenero, 2024, 12).

La reducción de las diferencias entre ambos tipos de arbitraje viene dado en alguna medida por la necesidad de motivación en los dos casos (art. 37.4 LA y art. 44 RSAC).

La jurisprudencia del TC ha sido variable en cuanto a la motivación en el arbitraje con las consecuencias que de ello se derivan para la consideración de la propia naturaleza del arbitraje. Así, la STC (Sala Primera) 17/2021 establece (FJ 2 VIII) que:

> «…respecto a la motivación de los laudos ha de aclararse que tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y ello, en materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios. En tal sentido, conviene señalar que «la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas.» (STC 164/2002, de 17 septiembre)

Prosigue el TC en el siguiente párrafo del mismo FJ parece asimilar las resoluciones judiciales y los laudos aunque parece diferenciarlos finalmente tomando como referencia el deber de motivación ineludible en el primer caso, pero no es tajante en el segundo:

> Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control. Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador.

Esta circunstancia de asimilar y diferenciar ambas decisiones choca con una arraigada corriente doctrinal que defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje de consumo (Tomillo, 2026 b, 24).

ISBN: 978-84-7777-740-3

Finalmente, la misma sentencia —FJ 3 V— establece una jurisprudencia sobre los arbitrajes de equidad muy discutida donde se desprovee al arbitraje de equidad de la necesidad de una motivación jurídica, lo que tiene indudables consecuencias de cara al eventual recurso de anulación teniendo en cuenta además el efecto cosa juzgada de los laudos.

Así, el TC parece descargar a los árbitros de la necesidad de motivar de acuerdo a normas jurídicas los arbitrajes de equidad:

> [C]uando las partes se someten a un arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen «su saber y entender» con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve *ex aequo* et bono debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del Derecho material. El canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes.

Queda poco claro cual es el tenor de la obligación de motivar en los arbitrajes de equidad; y aún siendo cierto que en la práctica hay una diferencia cuantitativa entre unos y otros a favor de los de equidad[2], nada exime para que los arbitrajes de equidad sean motivados en Derecho.

Donde si hay una cierta repercusión es en el recurso de anulación como trataremos en el apartado siguiente.

2. El recurso de anulación

La acción de anulación del laudo puede ser interpuesta por motivos tasados tal y como se establece en los arts. 40 y 41 LA. Se trata de un mecanismo de control judicial previsto para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas. No permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni es una segunda instancia y

[2] De acuerdo a la Memoria 2025 de Kontsumobide (Kontsumoko Euskal Institutoa / Instituto Vasco de Consumo), de los 564 laudos dictados en 2025, 395 se resolvieron en equidad —árbitros expertos en el sector que resuelven según su leal saber y entender— y 169 en Derecho —árbitros con titulación jurídica superior que aplican el ordenamiento vigente—. Por su parte, en la memoria de la Junta Arbitral Provincial de Consumo 2023 de Sevilla la desproporción es aún mayor: 100 arbitrajes en equidad y 6 en Derecho.

solo puede basarse en las causas tasadas en la ley, tal y como se encarga de recordar la citada STC 17/2021.

Entre estas causas conviene destacar por su carácter algo carente de concreción la contrariedad con el orden público.

En este sentido, la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020 nos define lo que es orden público a los efectos de plantear una acción de anulación del laudo y previene contra la tentación de que con esta causa se desvirtúe la institución del arbitraje, con infracción de la autonomía de la voluntad de las partes y su renuncia a la tutela judicial (González, 2020, 353).

El TC, en su FJ 4 XI, define orden público:

> Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio, y 54/1989, de 23 de febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente.

Y a continuación, FJ 4, XII, previene contra el riesgo de que bajo la excusa del orden público, el tribunal entre al fondo del asunto:

> Precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje y mostrar lo que es una mera discrepancia con el ejercicio del derecho de desistimiento de las partes.

Habrá que determinar en concreto qué es el orden público y también el orden público internacional en un asunto de consumo a los efectos de recurrir un laudo. Parece, sin duda, una cuestión más fácilmente detectable en temas de derecho de familia o similares. Deberemos circunscribirnos al respeto al principio de la tutela judicial efectiva y de los derechos de defensa del demandado. Podría servirnos como referencia la doctrina del TJUE al aplicar la excepción de orden público como freno al reconocimiento y ejecución de sentencia extranjeras (art. 45.1 Reglamento 1215/2012). En la interpretación del TJUE de este artículo 45.1, fundamentalmente de sus apartados a)

ISBN: 978-84-7777-740-3

y b), encontramos algunas pistas aplicables al caso del arbitraje. Si partimos de las garantías de derechos de defensa, nos encontramos con que una de las cuestiones en las que se han justificado las acciones de anulación es la ausencia de motivación o la motivación insuficiente del laudo. También es fundamental si consideramos la idea de un concepto unitario de orden público en el ámbito de la Unión Europea (González González, 2000, 616-617).

Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid 30/2023, de 9 de julio, tras citar a las SSTC 17/2021 y 46/2020, resuelve la acción de anulación estimándola parcialmente por una motivación deficiente del árbitro que solo tiene en cuenta la reclamación interpuesta por el consumidor en materia de electricidad, pero ignora la que se refiere al consumo de gas.

> No obstante, tal y como señaló el demandante en su escrito inicial de nulidad y en la solicitud de aclaración planteada ante el órgano arbitral de consumo, respecto del retraso en la prestación del suministro de gas y molestias derivadas no se hizo pronunciamiento alguno en el Laudo definitivo por lo que, tan flagrante omisión supone arbitrariedad equivalente a falta de decisión, de valoración de la prueba practicada al efecto y, en definitiva, contrariedad con el orden público procesal en materia probatoria y ha de tener su repercusión mediante una estimación parcial de la demanda decretando la nulidad del Laudo dictado para que se pronuncies obre este extremo omitido en él.

Es un ejemplo de anulación basada en motivos de orden público por una motivación insuficiente: en un caso de reclamación doble, solo responde a una de ellas.

Por su parte, la STSJ 6/2025 de Aragón de 14 de mayo resuelve un caso —devolución a origen de una carta certificada con destino a China— donde se mezclan las diferencias entre arbitraje en equidad y en Derecho y la actuación un tanto arbitraria del árbitro al confundir ambas. Se trata de una reclamación de un consumidor por un servicio prestado por Correos que debe resolverse en Derecho de acuerdo al Convenio arbitral. Llama la atención que el árbitro que tras considerar responsabilidad del reclamante la devolución en base a argumentos jurídicos decide en equidad dictar un laudo estimatorio que es recurrido por el Abogado del Estado en representación de Correos.

> Como hemos dicho anteriormente, a diferencia del arbitraje de equidad, en el arbitraje de Derecho los árbitros deberán fundamentar su decisión en las normas del ordenamiento jurídico vigente. Pues bien, en el presente caso la Junta Arbitral que dictó el laudo razona la improcedencia de indemnización alguna con arreglo a Derecho, no obstante, lo cual reconoce a la demandada una indemnización por un supuesto incumplimiento contractual que no justifica en la conculcación de norma alguna.

Por su parte, en relación al TC, además de las citadas Sentencias 46/2020 y 17/2021, cabe detenerse en la Sentencia 65/2021 de 15 de

marzo que recoge los planteamientos de las dos anteriores a la hora de definir el orden público y advierte sobre el riesgo de convertir la noción de orden público en una excusa para que el Tribunal vuelva a analizar los cuestiones sobre las que ya ha decidido el árbitro (Tomillo Urbina, J. 2026a, 109).

Así el TC, en FJ 3 V:

> (…) [E]xcepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior. Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes.

Una vez pasado revista a lo que es el arbitraje de consumo hoy en día en España tanto para asuntos internos como internacionales, quedaría por analizar la otra herramienta normativa diseñada a estos fines como es el Proceso Europeo de Escasa cuantía.

IV. ¿ES EL PEEC UNA ALTERNATIVA REAL PARA EL CONSUMIDOR FRENTE AL ARBITRAJE?

El Reglamento 861/2007 creado para facilitar las reclamaciones transfronterizas de una cuantía no superior a 5.000 € (inicialmente eran 2.000 €) con el objetivo de acceso a la justicia en base a los principios de simplicidad, rapidez y proporcionalidad tal y como se establece en su EM (7). Para ello se puso a disposición de los consumidores europeos (pero no exclusivamente de ellos) un procedimiento escrito —puede ser oral a petición del órgano jurisdiccional— sin necesidad de recurrir a abogado ni a procurador. No se ocupa de cuestiones de competencia judicial internacional que vendrán determinadas por el Reglamento 1215/2012.

Esta herramienta nacida con buenas intenciones ha tenido poca repercusión en la práctica a tenor de las sentencias dictadas al menos en el ámbito de la jurisdicción española (Sigüenza, 2021, 552) y del TJUE. En este último caso apenas existen dos pronunciamientos derivados de las correspondientes cuestiones prejudiciales y ningún de ellas es sobre un tema de consumo[3].

[3] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 22 de noviembre de 2018. ZSE Energia AS contra RG. Asunto C-627/17 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2019, Rebecka Johnsson contra Société du Journal L'Est Républicain. Asunto C-554/17.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Las razones para este relativo poco éxito pueden ser variadas: que el proceso no es en realidad tan poco costoso y rápido como pretende; desconocimiento de los eventuales usuarios del PEEC; ciertas indefiniciones sobre, por ejemplo, el concepto de asunto transfronterizo o la ausencia de iniciar el gestionar el procedimiento por vía digital (Antón, 2023, 87). Podríamos decir que es un recurso procesal impulsado por buenas intenciones pero que no ha tenido reflejo en la práctica.

La Directiva 2025/2467 que reforma la Directiva 2013/11 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (plazo de transposición 20 de septiembre de 2028) consagra un sistema que favorece y promociona el arbitraje entre otros medios de resolución alternativa de litigios, incluyendo además las reclamaciones contra empresas ubicadas en terceros Estados. En este caso, además hay que tener en cuenta la gratuidad del procedimiento ante las Juntas Arbitrales de Consumo de España, también en las reclamaciones frente a suministradores de bienes y servicios domiciliados en terceros Estados (de la Rosa, 2025).

Esta norma amplía los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa a los que resulta de aplicación. Por una parte, ya no resulta solo de aplicación a los litigios nacionales y a los intracomunitarios (denominados «transfronterizos») sino también a los litigios con un comerciante de un tercer país (De Miguel, 2026).

Además, esta norma deja abierto un resquicio a la eventual implantación de mecanismos de resolución alternativos de carácter obligatorio por parte de los Estados Miembros. Así, se desprende dicha idea de la EM de la norma, en sus cdos. 5[4], 6[5], y, muy especialmente, 24[6].

---

4 Cuando un consumidor y un comerciante celebran un contrato, el primero debe poder solicitar una solución jurídica con arreglo a la Directiva 2013/11/UE, por prácticas que le hayan perjudicado tanto antes como después de la celebración del contrato.

5 Al establecer y aplicar medidas que promuevan la participación de comerciantes y consumidores en los procedimientos de resolución alternativa, los Estados miembros deben prestar especial atención a determinados sectores empresariales en los que el índice de participación en tales procedimientos por parte de los comerciantes es bajo, y a aquellas prácticas de esos sectores respecto de las cuales se hayan presentado reclamaciones de los consumidores de forma reiterada, según demuestren los datos disponibles y las estadísticas de reclamaciones. En particular, este es el caso de los sectores del transporte y el turismo, especialmente en el ámbito de los derechos de los pasajeros aéreos. Como alternativa a las medidas que promuevan en esos sectores la participación de los comerciantes en los procedimientos de resolución alternativa, los Estados miembros deben poder establecer la obligatoriedad de la participación para los comerciantes de dichos sectores en procedimientos de resolución alternativa.

6 De conformidad con la Directiva 2013/11/UE, los Estados miembros pueden aprobar legislación nacional para hacer que la participación de los comerciantes en la resolución alternativa de litigios sea obligatoria en los sectores que consideren adecuados, además de la legislación sectorial específica de la Unión que establece la participación obligatoria de los comerciantes en la resolución alternativa de litigios. Esta circunstancia queda patente en la regulación de la oferta de adhesión en el R 713/2024 y se sustenta de nuevo en la ausencia de obligatoriedad del arbitraje.

De entrada, este sistema de resolución de controversias que incluye al arbitraje parce más cercano al consumidor, más económico que el PEEC.

No obstante, y entrando al detalle, si tomamos como referencia la implementación del sistema arbitral de consumo en España, cabe decir que el éxito de este marco europeo de resolución alternativa de litigios dependerá en gran medida por lo que al arbitraje de consumo se refiere de la manera en la que los estados seduzcan —por no utilizar la palabra obligar que resulta problemática— a las empresas a participar. La formación de los árbitros y de todas las personas involucradas es crucial para que el sistema funcione y se resuelvan cuestiones de todo tipo de nivel económico. No hay que olvidar que el arbitraje de consumo en España es fundamentalmente de carácter público pero con árbitros no profesionales o no dedicados a esa actividad con dedicación exclusiva.

V. CONCLUSIONES: LA CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE COMO UNA HERRAMIENTA FIABLE Y ÚTIL TANTO PARA RECLAMACIONES INTERNAS COMO INTERNACIONALES

1. El núcleo donde se sustenta el debate sobre estos mecanismos procesales para canalizar las reclamaciones de los consumidores a los vendedores de bienes y servicios sean presenciales o por internet es la asumida debilidad de una las partes de la relación contractual y sus consecuencias patentes como las cláusulas de adhesión. La UE en este convencimiento, ha diseñado un sistema de protección del consumidor donde el mecanismo de reclamación sigue siendo el elemento más controvertido.

2. Una de las razones es la ausencia de obligatoriedad del arbitraje de consumo que con la fuerza de cosa juzgada del laudo podría convertirse en la más eficaz herramienta de reclamación. Es cierto que nuestro sistema constitucional no permite esta posibilidad a pesar de las interpretaciones de todo tipo. No obstante, la reciente Directiva 2025/2467 deja abierta esta posibilidad y habrá que estar atentos al 2028 cuando expira el plazo de transposición nacional.

3. Otras cuestiones que pueden desequilibrar el balance comparativo entre el PEEC y el arbitraje son cuestiones como la dependencia jurisdiccional de este último que queda patente en el mecanismo del recurso de anulación o la distinción —favorecedora de los intereses de la empresa— entre arbitraje en derecho y en equidad.

4. En cuanto a la comparación con el RPEEC, a pesar de lo dicho sobre el arbitraje, considero que, en términos de eficacia, el arbitraje asiste mejor en sus reclamaciones al consumidor también en reclamaciones internacionales con independencia de la ubicación de la empresa reclamada. Prueba de ello es el escaso recurso al PEEC en las reclamaciones por vía judicial de los consumidores.

ISBN: 978-84-7777-740-3

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

AGÈNCIA CATALANA DEL CONSUM. GENERALITAT DE CATALUNYA (2025). IV Jornadas Internacionales de Arbitraje de Consumo. *Por una tutela de los derechos realmente efectiva*.

ANTÓN JUÁREZ, I. (2023). «El proceso europeo de escasa cuantía. Luces y sombras de un proceso clave para la reclamación transfronteriza de pequeñas deudas en la Unión Europea». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1), 63-87.

BATIFFOL, H. (1956). *Aspects philosophiques du droit international privé.*

COLMENERO GUERRA, J. A. (2024). «Reflexiones sobre el nuevo Reglamento que regula el sistema arbitral de consumo (RD 713/2024, de 23 de julio)». *LA LEY mediación y arbitraje*, 20, 1-37.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (2020). «Límites del control jurisdiccional de los laudos arbitrales y tutela judidicial efectiva: la anulación del laudo no es una segunda instancia (a propósito de las SSTC 17 y 65/2021)». *Foro, Nueva época*, 23 (2), 353.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R. (2000). «Límites a la construcción de un "orden público" en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4 (8), 616-617.

MARCOS FRANCISCO, D. (2024). «Sistema Arbitral de Consumo: algunas propuestas "inteligentes" de *lege ferenda*». *InDret*, 142.

DE MIGUEL ASENSIO, P. (2026). *El arbitraje en los contratos internacionales de consumo tras la Directiva (UE) 2025/2647*.

PENADÉS FONS, M. (2019). «La relación entre el Derecho de la Unión y los Convenios Internacionales: el caso de la Convención de Nueva York de 1958». En CORNAGO, N., CASTRO, J. L. D., & MOURE, L., *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía,* XXVII Jornadas AEPDIRI.

DE LA ROSA, F. E. (2025). «Principales innovaciones de la reforma de la Directiva de resolución alternativa de litigios de consumo». *La Ley. Mediación y arbitraje*, 24, 10.

SCHUMANN BARRAGÁN, G. (2018). «Comentario a la STC 1/2018 de 11 de enero (Pleno), sobre la inconstitucionalidad del art. 73.e) de la Ley del Contrato de Seguro». *Foro*, *Nueva Época*, 21(1), 17-18.

SIGÜENZA LÓPEZ, J. (2021). «Un buen instrumento para la tutela del crédito que suscita no pocos problemas prácticos: el proceso europeo de escasa cuantía». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 550-574.

TOMILLO URBINA, J. (2026a). *La refundación del sistema arbitral de consumo.* Colex.

TOMILLO URBINA, J. (2026b). «La jurisdicción arbitral de consumo». *LA LEY mercantil*, 134.

VELÁZQUEZ GARDETA, J. M. (2009). *La protección al consumidor* online *en el Derecho internacional Privado interamericano*. CEDEP.

2. Jurisprudencia

2.1. Tribunal de Justicia de la UE

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1.ª, de 26 de octubre de 2006, as. C-168/05, en el procedimiento E. Mostaza c. Centro Móvil Milenium SL.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 1.ª, de 6 de octubre de 2009, as. C-40/08, en el procedimiento Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira.

2.2. Tribunal Constitucional

Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (*BOE* núm. 310, de 28 de diciembre de 1995).
Sentencia 352/2006, de 14 de diciembre (*BOE* núm. 14, de 16 de enero de 2007).
Sentencia 46/2020, de 15 de junio (*BOE* núm. 196, de 18 de julio de 2020).
Sentencia 65/2021, de 15 de marzo (*BOE* núm. 97, de 23 de abril de 2021).
Sentencia 146/2024, de 2 de diciembre (*BOE* núm. 5, de 6 de enero de 2025).

2.3. Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 30/2023, de 12 de septiembre. ECLI:ES:TSJM:2023:9890.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 6/2025, de 14 de mayo. ECLI:ES:TSJAR:2025:802.

2.4. Derecho comparado

Sentencia de la Cour Suprême de Canadá en el asunto *Dell Computer Corp. c. Union des Consommateurs,* de 13 de julio de 2007. 20007 CSC 34.
Sentencia de Cour Suprême de Canadá en el asunto *Seidel c. TELUS Communications Inc.,* 20011 SCC 15.

3. Normativa

3.1. Unión Europea

Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO* L 177, de 4 de julio de 2008; correc. de errores, *DO* L 309, de 24 de noviembre de 2009.
Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO* L 351, de 20 de diciembre de 2012; modificado por Reglamento 542/2014, *DO* L 163, de 29 de mayo de 2014.
Reglamento (CE) 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, *DO* L 199, de 31 de julio de 2007; correc. errores *DO* L 141, de 5 de junio de 2015.
Directiva 2013/11, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, *DO* L 165, de 18 de junio de 2013.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Directiva (UE) 2025/2647, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2025, por la que se modifica la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, así como las Directivas (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 y (UE) 2020/1828 tras la supresión de la plataforma europea de resolución de litigios en línea. *DO* L, de 30 de diciembre de 2025.

3.2. España

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *BOE* núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.
Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo, *BOE* núm. 178, de 24 de julio de 2024.

4. Otros documentos

Amazon (última actualización, 28/11/2025).
Diputación de Sevilla. *Estadísticas del servicio Arbitral de consumo (2023).*
Kontsumobide. Kontsumoko Euskal Institutua / Instituto Vasco de Consumo. *Memoria (2025).*
Spotify (última actualización, 25/08/2025).

La exclusión de evaluación ambiental de las obras ya ejecutadas: una medida desproporcionada

Francisco José Villar Rojas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

Sumario. I. La exclusión de evaluación ambiental de los proyectos ya ejecutados.—II. Lo que se excluye: la evaluación de impacto ambiental.—III. Las consecuencias de la omisión de la evaluación de ambiental en la LEA: 1. Consecuencias en la LEA. 2. Silencio negativo. 3. Carencia de validez. 4. Vicio no subsanable. 5. No evaluación posterior.—IV. La razón y el alcance de la exclusión según la doctrina del TJUE: 1. Criterios. 2. Sanción y regularización. 3. Límites de la regularización *a posteriori*.—V. El régimen jurídico de los proyectos excluidos: 1. Presupuesto: falta de previsión en la Directiva. 2. Lo que resulta de la LEA. 3. Lo que resulta de la doctrina del TJUE: viabilidad de la evaluación *a posteriori*.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

I. LA EXCLUSIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LOS PROYECTOS YA EJECUTADOS

Uno de los retos —quizás mejor una constante— del Derecho público de nuestro tiempo es, ante los cambios y las novedades legislativas, la obligación de volver sobre conceptos, categorías e instituciones conocidas para encajar esas innovaciones y, en muchos casos, para darles el sentido jurídico pertinente, con rigor y con prudencia, más allá de lo que pudiera resultar de la literalidad de las normas y de la voluntad de sus redactores[1]. Este es el caso de la exclusión de evaluación ambiental de proyectos ejecutados total o parcialmente habiendo omitido esa valoración pese a ser obligatoria. Desde su reforma por la Ley 9/2018, de 5 de diciembre, la Ley 21/2013,

[1] Rigor y prudencia son algunas de las muchas virtudes académicas del Profesor Edorta Cobreros. A ellas se suma su bonhomía y saber estar en todas las situaciones. Es un honor poder contribuir a este merecido homenaje.

ISBN: 978-84-7777-740-3

de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (desde aquí LEA), incorpora la siguiente previsión[2]:

> «No se realizará la evaluación de impacto ambiental regulada en el título II de los proyectos incluidos en el artículo 7 de esta ley que se encuentren parcial o totalmente ejecutados sin haberse sometido previamente al procedimiento de evaluación de impacto ambiental.» (art. 9.1, tercer párrafo)[3]

De este modo, los proyectos de obras total o parcialmente ejecutados sin haberse sometido, en su momento, a evaluación ambiental teniendo obligación de hacerlo, no serán objeto de evaluación con posterioridad. Se trata, debe destacarse ya, de una medida que no tiene correspondencia en la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que aquella Ley traspone.

Los supuestos de aplicación se pueden reconducir a tres clases:

a) La evaluación de un proyecto ya ejecutado con ocasión de su legalización, regularización o normalización, incoado de oficio —de ordinario, como consecuencia de un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística— o bien a instancia de parte, que siempre puede instarlo.
b) La evaluación de un proyecto ya ejecutado con ocasión de la declaración de invalidez del título habilitante de la obra, tanto en vía administrativa como en vía judicial.
c) La evaluación de un proyecto de obras que tenga por objeto terminar, modificar, ampliar o reformar otro anterior ya materializado[4] sin haber sido evaluado.

---

2 Sobre esta reforma legal, los comentarios de García Ureta, Agustín (2019): «Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental», *Actualidad Jurídica Ambiental* (87), 46 pp.; Lozano Cutanda, Blanca y Serrano Lozano, Rubén (2019): «Legislación básica de medio ambiente: la modificación de la ley de evaluación ambiental y la supresión del impuesto al sol», *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de Políticas Ambientales*, pp. 207-234.

3 Este párrafo aparece en esos términos ya en el proyecto de ley sin que la exposición de motivos contenga explicación alguna sobre el mismo (*cfr. BOCG* —Congreso—, serie A, núm. 18-1, de 23/03/2018). Fue objeto de una enmienda (identificada como núm. 8) que fue rechazada (*BOCG* —Congreso—, serie A, núm. 18-2, de 27/09/2018).

4 Como ejemplo de este supuesto cabe mencionar la solicitud de evaluación ambiental simplificada del proyecto «Segundas modificaciones del proyecto de instalación fotovoltaica Lorca Solar», en la provincia de Murcia. En un primer pronunciamiento, el órgano ambiental resolvió «que no es posible determinar la necesidad o no de sometimiento a evaluación de impacto ambiental ordinaria del proyecto … al tratarse de un proyecto parcialmente ejecutado y no disponer de elementos de juicio suficientes sobre la situación actual del entorno ni de los posibles efectos adversos sobre el medio ambiente de la parte del proyecto pendiente de ejecutar» (Resolución de 27 de mayo de 2025, de la Dirección General de Ca-

La condición común de la exclusión es que, en el momento de su aprobación y/o ejecución, la legislación ambiental impusiera su sujeción a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental. La ampliación progresiva, en normas sucesivas, de los proyectos sujetos a esa evaluación, complica cualquier análisis porque es preciso tener en cuenta si la disposición vigente en aquel momento lo exigía, no en el que se valora la aplicación o no de la exclusión[5].

De esa complejidad dan cuenta, a título de ejemplo, los proyectos calificados como «instalaciones hoteleras en suelo no urbanizable» (Anexo I, Grupo 9.10, y Anexo II, Grupo 9.I, LEA), primero identificados como «alojamientos turísticos habilitados para el público cuya capacidad mínima sea de 30 plazas» (Anexo IV, 8. p, LEA texto original), luego, a partir de 2018, «alojamientos turísticos habilitados para el público» cualquiera que sea el número de plazas (Anexo VI, Parte B, ñ, LEA)[6]. La diferencia resulta determinante en el caso de un proyecto de reforma sustancial de una instalación hotelera de menos de 30 plazas que sea anterior a la reforma legal.

En cualquiera de los supuestos, el precepto suscita interrogantes sobre cuál sea su alcance; en qué situación jurídica se encuentran los proyectos ejecutados; qué consecuencias comporta la no evaluación; en caso de un nuevo proyecto que englobe el anterior, si el órgano sustantivo puede otorgar la licencia o debe denegarla; y la viabilidad, o no, de llevar a cabo una regularización para ajustar lo ejecutado a la ordenación. El asunto resulta sin duda más complejo cuando los proyectos ejecutados sin haber sido evaluados, sin embargo, obtuvieron el permiso de obras (licencia urbanística), conforme al que se materializaron, habiendo adquirido firmeza, además de

---

lidad y Evaluación Ambiental, *BOE* núm. 123, de 3 de junio de 2025). A la vista de esa resolución, el promotor formuló nueva solicitud de evaluación ambiental, en relación con la cual, tras reiterar la exclusión de las actuaciones ya ejecutadas y los impactos en los que se hubiera incurrido durante su ejecución, con respecto de la parte del proyecto sin ejecutar el órgano ambiental resolvió que no era necesario el sometimiento a evaluación ambiental ordinaria, sin prever efectos adversos significativos sobre el medio ambiente (Resolución de 28 de octubre de 2025, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, *BOE* núm. 273, de 13 de noviembre de 2025).

5 La eficacia prospectiva de las sucesivas normas sobre evaluación ambiental y de modificación de las mismas impone la realización de un análisis cuidadoso de la disposición vigente en el momento de aprobación o, en su caso, de ejecución de cada proyecto, puesto que lo que hoy es exigible puede que no lo fuera en aquel momento, debiendo aplicarse las normas y los principios propios del derecho transitorio. Sobre esto, Villar Rojas, Francisco José (2023), *El derecho transitorio (ultraactividad, retroactividad y normas transitorias en las leyes administrativas)* (173 pp.). Iustel.

6 En el RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, como en el RD Legislativo 1/2008, de 11 de enero, Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos —que derogó el anterior—, se hablaba de «complejos hoteleros fuera de áreas urbanas y construcciones asociadas», sin número de plazas alojativas, pero que, por su terminología, llevaba a excluir los establecimientos alojativos turísticos extrahoteleros.

ISBN: 978-84-7777-740-3

contar con la presunción de validez inherente a todo acto administrativo (art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, LPAC).

De una primera lectura cabe entender que el mandato es claro. Responde a la naturaleza preventiva del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: si la obra ya está ejecutada, en todo o en parte, poco sentido tiene evaluar cuáles puedan ser sus potenciales impactos en el medio ambiente porque ya los habrá producido. Ahora bien, de ser esa la interpretación, la exclusión debería haberse extendido a cualquier proyecto, total o parcialmente ejecutado, con independencia de si debía, o no, haberse sometido a esa evaluación. Sin embargo, del precepto cabe deducir que, cuando se trata de proyectos ejecutados que en ese momento no estaban sujetos a evaluación de impacto ambiental, entonces los proyectos de reforma o de actuación sobre los mismos, sí que pueden ser sometidos a evaluación *a posteriori* aun cuando, en origen, no fueron evaluados bien por falta de previsión legal, bien por su dimensión y/o localización. El resultado es, cuando menos, paradójico. El precepto prohíbe evaluar aquello que, vía proyectos de reforma, es posible reconsiderar, incluso corregir, esto es los efectos ambientales que pudieran haberse producido; en cambio, sí que parece viable hacerlo respecto de obras ejecutadas a las que tal evaluación no les era exigible. Cierto que también cabe entender que, en este segundo supuesto, lo único evaluable es lo nuevo, aunque, de ser así, también debería serlo en el caso de los proyectos ejecutados sin previa evaluación, lo que llevaría a excluir lo ejecutado y materializado cualquiera que sea su origen —siempre y cuando no sea ya susceptible de revisión o revocación—.

Por otra parte, con ocasión de la misma reforma de 2018, el legislador añadió una nueva disposición adicional decimosexta para regular los supuestos en que deba efectuarse una evaluación ambiental sobre posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de un proyecto total o parcialmente ejecutado por ordenarlo así una sentencia firme. Este precepto regula los principios rectores de esta evaluación *ex post* («sustituyendo cuando proceda el de acción preventiva y cautelar por el de compensación y reversión de impacto causados»), determina el contenido específico del documento ambiental y la forma de llevar a cabo el análisis técnico del expediente en cuanto referido a proyectos ya ejecutados , y establece la posibilidad de adoptar medias ambientales que puedan corregir, compensar o revertir los impactos ya producidos (apartados 2 a 4 de la DA 16 LEA)[7]. A los limitados

[7] De su detalle y complejidad da cuenta su tenor literal: «Disposición adicional decimosexta. Evaluaciones en ejecución de sentencia firme.

1. Cuando, como consecuencia de sentencia firme, deba efectuarse la evaluación de los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de un proyecto parcial o totalmente realizado, dicha evaluación se llevará a cabo a través de los procedimientos previstos en el título II, con las especificidades previstas en esta disposición.

efectos de este trabajo, si algo debe destacarse de esta disposición es que evidencia que la evaluación de impacto ambiental *ex post* es técnica y legalmente viable y, debe añadirse, con fuerza para regularizar la actuación mediante las medidas compensatorias, correctoras y sustitutorias que se establezcan. Condicionar este mecanismo a la ejecución de una sentencia firme, no puede ocultar la viabilidad técnica de esta forma de evaluación.

Pues bien, igual que cuando se planteó la situación jurídica en que quedaban las construcciones erigidas sin título habilitante pero contra las que no cabía ya el ejercicio de las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística (situación asimilada al fuera de ordenación urbanístico[8]), la seguridad jurídica impone aclarar el alcance y los efectos de esa exclusión,

2. La evaluación se fundamentará en los principios mencionados en el artículo 2, sustituyendo cuando proceda, el de acción preventiva y cautelar por el de compensación y reversión de impactos causados, y se efectuará mediante los análisis prospectivos o retrospectivos que procedan, teniendo en cuenta la realidad física existente.
3. El documento ambiental y el estudio de impacto ambiental tendrán el contenido establecido en la ley, y adicionalmente deberán: a) Diferenciar, en la descripción general del proyecto, la parte del mismo ya realizada y la no realizada. Además, en el análisis de las diversas alternativas se examinará, en todo caso, la reposición a su estado originario de la situación alterada. b) Diferenciar, en la caracterización y valoración de los efectos del proyecto sobre los factores que integran el medio ambiente, los correspondientes a la parte realizada, mediante un análisis retrospectivo, y los de la parte aún no realizada, mediante un análisis prospectivo equivalente al de una evaluación de impacto ambiental. c) Incluir medidas de protección del medio ambiente, que permitan corregir, compensar o revertir impactos causados por los elementos del proyecto ya realizados, incluida la eliminación de elementos del proyecto causantes de impactos severos y críticos; y prevenir, corregir y compensar los impactos previstos para los elementos del proyecto aún no realizados. d) Diferenciar, en el programa de vigilancia ambiental, las medidas correspondientes a los elementos del proyecto realizados de los no realizados.
4. El análisis técnico del expediente se efectuará teniendo en cuenta lo siguiente: a) Respecto de la parte no realizada del proyecto se efectuará una evaluación prospectiva de acuerdo con los principios de la evaluación de impacto ambiental, para prevenir, mitigar o compensar los impactos adversos significativos previstos. b) Respecto de la parte ya realizada del proyecto, se valorará especialmente la idoneidad de las medidas previstas para: 1.º Compensar los impactos significativos que han sido causados hasta el momento sobre los elementos del medio ambiente que han recibido dichos impactos. 2.º Corregir a futuro cuando ello sea posible, y compensar cuando lo anterior resulte imposible o, cuando aun siendo posible, se prevea un impacto residual, los impactos significativos causados por elementos ya ejecutados del proyecto que no resulten críticos. 3.º Sustituir los elementos del proyecto que causan impactos severos o críticos por nuevos elementos alternativos que no los causen, determinando en estos casos la reposición a su estado originario de la situación alterada.
5. La declaración de impacto o el informe de impacto ambiental incluirán los contenidos previstos en la ley, y concluirán diferenciando los impactos asociados a la parte del proyecto realizada y no realizada. En su caso, definirá las medidas correctoras, compensatorias o de reversión de los impactos asociados a la parte del proyecto realizada, junto con su correspondiente programa de vigilancia ambiental».

8 Sobre la situación de fuera de ordenación urbanística sigue siendo referencia la regulación del artículo 60 del Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por RD 1346/1976, de 9 de abril).

ISBN: 978-84-7777-740-3

incluyendo la determinación de sus límites. La proximidad de los proyectos excluidos a aquella situación urbanística, cuando menos en una primera lectura, lleva a plantear la cuestión de si su estatus se corresponde con un «fuera de ordenación por causa ambiental»[9].

II. LO QUE SE EXCLUYE: LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Como es conocido, la Ley de Evaluación Ambiental impone la evaluación de impacto ambiental en los proyectos y supuestos que menciona el artículo 7, los relacionados en su anexo I que serán objeto de evaluación de impacto ambiental ordinaria, y los incluidos en el anexo II que serán objeto de evaluación de impacto ambiental simplificada; en uno y otro caso, también cualquier modificación cuando por si sola alcance los umbrales del anexo I o cualquier otra que pueda tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente[10].

Esa evaluación debe producirse antes de que se ejecute o materialice el proyecto de obras. La Ley es clara:

> «Artículo 9. Obligaciones generales.
>
> 1. (…) los proyectos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, deberán someterse a una evaluación ambiental antes de su autorización, o bien, si procede, en el caso de proyectos, antes de la presentación de una decla-

---

9 La explicación de la «asimilación» al régimen de fuera de ordenación en el caso de las construcciones «prescritas» la sintetiza la STS. 3.ª, 61/2024, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2024:170), en los siguientes términos: «En relación con estos supuestos, nuestra doctrina interpretativa en ocasiones ha equiparado (STS de 5 diciembre de 1987) y en otras ha asimilado (STS de 15 de febrero de 1999, recurso de casación 371/1993) la situación jurídica en la que quedan dichas edificaciones a la calificación de fuera de ordenación cuando, por el transcurso del plazo previsto en la normativa, no puedan ejercerse sobre ellas las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística conculcada». En cuanto a las obras permitidas en esta situación: «Únicamente resultará posible la realización de las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble, así como de aquellas obras imprescindibles para garantizar la seguridad de los usuarios del inmueble…» (FD 3.A).

10 La evaluación de impacto ambiental ha sido objeto de excelentes estudios, incluidas las exposiciones en los manuales de derecho ambiental, a los que es obligado remitirse. Entre ellos cabe mencionar los trabajos de: Razquin Lizárraga, José Antonio (2000). *La evaluación de impacto ambiental* (351 pp). Aranzadi Editorial; Quintana López, Tomás (dir.) (2002). *Comentario a la legislación de evaluación ambiental* (489 pp). Civitas; Quintana López, Tomás (dir.) y Casares Marcos, Ana Belén (coord.) (2014), *Evaluación de impacto ambiental y Evaluación estratégica* (468 pp). Tirant lo Blanch; García Ureta, Agustín (2014), «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental», *Revista de Administración Pública* (194), pp. 317-371; Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel (dir.) (2014). *Régimen jurídico de la evaluación ambiental* (498 pp). Thomson-Reuters-Aranzadi; y Sainz Rubiales, Íñigo (2021). *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos* (298 pp). Tirant lo Blanch.

> ración responsable o de una comunicación previa a las que se refiere el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.»

En cuanto a su objeto, la evaluación ambiental consiste en: «(…) el análisis de los efectos significativos que tienen o pueden tener los (…) proyectos, antes de su adopción, aprobación o autorización sobre el medio ambiente…» (art. 5.1.a en relación con arts. 40 y 47 LEA). Por tanto, se trata de un estudio a realizar antes de la aprobación/autorización del proyecto, esto es, con anterioridad a su ejecución; por tanto, un análisis prospectivo de los eventuales efectos que pudiera tener en el medio ambiente.

A su vez, la condición de análisis previo de los posibles impactos ambientales del proyecto determina que el mismo tenga «carácter instrumental respecto del procedimiento administrativo de autorización o aprobación» (art. 5.1.a, segundo párrafo, LEA) o, como se dice en la exposición de motivos de la Ley, «la evaluación ambiental (es) un procedimiento instrumental respecto del procedimiento sustantivo», en el que se inserta. Esta condición instrumental del procedimiento ambiental determina que la declaración/informe del órgano ambiental no sea susceptible de recurso autónomo, en tanto que acto de trámite, salvo cuando su contenido sea equivalente a la denegación de la autorización.

El carácter instrumental del procedimiento de evaluación es compatible con que los documentos ambientales tengan carácter de informes preceptivos y determinantes: «La declaración de impacto ambiental tendrá la naturaleza de informe preceptivo y determinante (…)» (art. 41.2 LEA). Sobre el significado de esas condiciones, la exposición de motivos de la LEA explica lo siguiente: «El carácter determinante de los pronunciamientos ambientales se manifiesta en una doble vertiente, formal y material. Desde el punto de vista formal o procedimental, el carácter determinante de los pronunciamientos ambientales implica que no es posible continuar con la tramitación del procedimiento sustantivo en tanto éste no se evacue. Desde el punto de vista material, esto es, en cuanto a la vinculación de su contenido para el órgano que resuelve, el carácter determinante de un informe supone, conforme a la reciente jurisprudencia, que el informe resulta necesario para que el órgano competente para resolver pueda formarse criterio sobre las cuestiones a las que el propio informe se refiere». En todo caso, es determinante, no vinculante.

En cuanto a su razón de ser, el objetivo de la evaluación de impacto ambiental es establecer, cuando sea procedente, «medidas que permitan prevenir, corregir y en su caso, compensar los efectos adversos significativos sobre el medio ambiente», incluso, si fuera posible «contrarrestar esos efectos adversos», que pueda causar el proyecto evaluado (art. 41.2.d y art. 48.2.b LEA).

A tenor de lo apuntado, la evaluación debe ser realizada antes de que se ejecute el proyecto, su objeto es el análisis de los impactos que pueda

ISBN: 978-84-7777-740-3

tener sobre el medio ambiente y la determinación de las medidas preventivas, correctoras y/o compensatorias que sean pertinentes, y, una vez realizada, el pronunciamiento tiene naturaleza determinante, esto es, resulta necesario y debe ser considerado por el órgano competente para aprobar/autorizar la obra de modo que pueda formarse un criterio sobre las cuestiones ambientales evaluadas. La exclusión de los proyectos total o parcialmente ejecutados lo es de este procedimiento de evaluación y sobre todo de su función preventiva porque, debe entenderse, de darse esos efectos, los mismos ya se habrán manifestado y producido. Ahora bien, que ese análisis de impactos no pueda realizarse con posterioridad para tratar de corregir, reducir, compensar o contrarrestar los que se hayan producido es algo distinto, tal y como pone de manifiesto el régimen establecido para la ejecución de sentencias antes mencionado (DA 16 LEA transcrita más atrás).

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL SEGÚN LA LEA

1. Consecuencias en la LEA

Cuando se omite la evaluación de impacto y, por tanto, su carácter de informe previo, preceptivo y determinante de la decisión sobre autorizar o no el proyecto de obras, la LEA establece tres efectos jurídicos fundamentales:

a) El sentido no favorable en caso de que no sea emitido en plazo.
b) La invalidez del acto de aprobación o autorización del proyecto, sin que, de acuerdo con la jurisprudencia, sea admisible su subsanación.
c) El rechazo a la evaluación posterior de los proyectos ya ejecutados, total o parcialmente, incluidos los casos en que la misma se enmarca en un proyecto diferente.

Nada prevé sobre estas cuestiones la Directiva 2011/92/UE que se limita a exigir que las decisiones que se adopten sean susceptibles de recurso y, en todo caso, de control judicial, dejando a los Estados miembros el diseño de esos mecanismos de control, incluyendo la fase en que puedan ejercerse (art. 11).

2. Silencio negativo

En cuanto a la ausencia de pronunciamiento ambiental se establece que: «la falta de emisión … en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable» (art. 10 LEA). Se trata de una regla que enerva cualquier posible inter-

pretación que viniera a sostener el sentido favorable, esto es, la presunción de que el proyecto carece de efectos significativos sobre el medio ambiente. No se dice que el sentido sea negativo, es decir, que se debe presumir que tales efectos sí que se producen, pero, en la práctica administrativa, esta es la consecuencia, puesto que —en teoría— el órgano sustantivo podría continuar la tramitación pero con un alcance limitado ante la imposibilidad de poder tener en cuenta los impactos ambientales a los efectos de tomar la decisión sobre la autorización del proyecto.

La proyección del régimen del silencio administrativo sobre la emisión de informes, tanto más en los determinantes, por mucho que se vaya expandiendo, debe seguir siendo objeto de crítica en tanto, si el órgano que debe emitir un parecer no lo hace, poco sentido tiene legitimar que pueda demorar o, incluso, obstaculizar, la resolución del procedimiento en que se inserta[11]. La falta de emisión del informe en plazo no puede suponer la imposibilidad de que el órgano sustantivo continúe y concluya el procedimiento, puesto que, si se entendiera de este modo, la competencia del órgano ambiental se convertiría en una autorización encubierta, dando lugar a una competencia compartida que carece de cobertura en la norma. La aplicación del silencio administrativo a la emisión de informes no puede desconocer que esta figura, antes que cualquier otra cosa, es una garantía frente a la inactividad de la Administración, una sanción a su pasividad, no un privilegio en el que puede ampararse el órgano administrativo incumplidor, en este caso el órgano ambiental. Dicho esto, la LEA dice lo que dice. Si, cuando transcurre el plazo de emisión, el pronunciamiento ambiental no puede entenderse favorable, con mayor razón habrá de entenderse negativo por inexistente cuando sencillamente no llega siquiera a solicitarse. Eso es lo que, de ordinario, habrá acaecido en los proyectos ejecutados sin haber sido objeto de evaluación de impacto ambiental estando sujetos a la misma.

3. Carencia de validez

En cuanto a los actos que aprueben o autoricen proyectos que, debiendo ser sometidos a evaluación, no lo hubieran sido, la Ley establece lo siguiente:

> «Carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los (…) proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental…» (art. 9.1, segundo párrafo, LEA)

11 Sobre esta regulación, crítico, Míguez Macho, Luis (2021): *La modernización del procedimiento administrativo* (103 pp). Thomson-Reuters-Aranzadi; en particular, pp. 61-65.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Queda claro que el legislador pretende asegurar la evaluación de impacto ambiental sancionando con la invalidez, esto es, la disconformidad con el ordenamiento jurídico, los actos que pretendan legitimar esos proyectos con omisión del pronunciamiento ambiental. Ahora bien, ¿qué alcance tiene esta declaración? ¿qué grado comporta esa invalidez: nulidad de pleno derecho, anulabilidad? Y, cualquiera que sea la respuesta, ¿cuáles son los efectos de esa carencia de validez?

Sobre la entidad o grado de esa invalidez, el Tribunal Constitucional se pronunció con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears, precisando lo siguiente:

> «Este precepto es formalmente básico, conforme a la disposición final octava de la Ley 21/2013, y también lo es desde la perspectiva material, en la medida en que impone una consecuencia, la falta de validez, que se vincula directamente a la omisión de la preceptiva evaluación ambiental. Habida cuenta de las finalidades que cumple dicha evaluación, esta norma tiene un neto contenido de protección medioambiental. Puede considerarse como una de aquellas que tienden directamente a dotar de efectividad a la evaluación ambiental, asegurando la finalidad y eficacia de este instrumento, y estableciendo en todo el territorio un nivel elevado de protección del medio ambiente, mediante la estricta opción de la exigencia del íntegro cumplimiento de las previsiones de la norma estatal en esta materia. *Se manifiesta así el carácter esencial de este trámite con respecto a la decisión final, en cuanto que su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que los aspectos medioambientales sean tomados en consideración en la decisión final acerca del plan, programa o proyecto de que se trate.* Es, en suma, el modo diseñado por el legislador básico para garantizar la eficaz integración de los aspectos ambientales en la toma de decisión, y la eficacia de la evaluación ambiental, buscando un mínimo de coherencia y de cohesión en la aplicación de este instrumento en todo el territorio y, por ende, en la protección del medio ambiente.» (STC 109/2017, FJ 5)

De este modo, la evaluación de impacto ambiental es un trámite esencial que determina la invalidez de la decisión final que se adopte. El Tribunal no califica expresamente el grado de invalidez, si bien, la consideración como «trámite esencial» apunta hacia los supuestos de nulidad de pleno derecho, aunque no se llega a formular esta calificación (art. 47.1.e LPAC)[12].

---

12 La omisión de impacto ambiental, dada su naturaleza de informe, es equiparable con la omisión del trámite de información pública, cuando es preceptivo, como en el otorgamiento de autorizaciones de actividades clasificadas. Conocer el parecer de la ciudadanía solo tiene sentido antes de que se tome la decisión, no después. Por este motivo, cuando se omite, la consecuencia es la nulidad del acto administrativo y la retroacción de actuaciones a ese momento. La diferencia es que si la obra ya se ha ejecutado la evaluación de sus «eventuales» efectos sobre el medio ambiente pierde sentido, cierto que esto puede ocurrir igualmente con la información pública si lo autorizado ya se ha puesto en marcha ante la reclamación de daños y perjuicios por la persona interesada.

Con base en esa doctrina, el Tribunal Supremo sí que habla de vicio de nulidad de nulidad de pleno derecho por la esencial transcendencia y sustantividad de ese trámite ambiental[13]. Se entiende por ello la reacción de algunos legisladores autonómicos. En este sentido, el artículo 63 de la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi, dispone lo siguiente:

> «1. *Serán nulos de pleno derecho los actos de adopción, aprobación, autorización,* declaración responsable o comunicación previa de los planes, programas y *proyectos,* y sus modificaciones y revisiones, cuando, estando sometidos dichos planes, programas o proyectos a evaluación ambiental, dichos actos se hayan emitido *sin haberse culminado el procedimiento de evaluación ambiental que les sea de aplicación,* sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, procedan.»

Cuestión distinta es si esta calificación de la invalidez corresponde al legislador básico y, por tanto, excede de la competencia del legislador autonómico. Pero la apreciación por los tribunales de la especial gravedad de su omisión queda de manifiesto. Se separa, con ello, de la regla general de la anulabilidad aplicable en los casos de omisión de informes y autorizaciones previas (art. 52.4 LPAC)[14].

4. Vicio no subsanable

En cuanto a la posibilidad de subsanación o regularización del trámite omitido, en la misma sentencia citada, el Tribunal Constitucional se pronunció a la vista del artículo 33.1.a) de la Ley de evaluación ambiental de las Illes Balears de 2016, que disponía lo siguiente:

> Artículo 33. El restablecimiento del orden jurídico perturbado, la reposición de la realidad física alterada y la indemnización por daños y perjuicios.
>
> 1. *El orden jurídico perturbado por un proyecto, un plan o un programa sometido a evaluación ambiental que no haya llevado a cabo la tramitación* ambiental preceptiva o contravenga sus condiciones, *se restablecerá mediante:*
>
> a) *La aprobación,* la autorización o la licencia del proyecto, el plan o el programa correspondiente *con la tramitación previa de la evaluación ambiental,* si se solicita y es compatible con la ordenación vigente.

---

13 Así, con cita de otras anteriores, STS 3.ª, de 1 de diciembre de 2016, F.J. 17.º (ECLI:ES:TS:2016:5321). Comentada por Reina Muñoz, Fernando (2018). «La exclusión de la evaluación de impacto ambiental (EIA) de proyectos en la Ley 21/2013 a través de la jurisprudencia». *Actualidad Jurídica Ambiental* (79), pp. 24.

14 En su momento, algunas sentencias argumentaron que la infracción de la evaluación ambiental constituía un vicio de anulabilidad. Dio cuenta de ello: González-Varas Ibáñez, Santiago (2002). «El estudio de impacto ambiental», en Quintana López, Tomás (dir.), *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, ob. cit. pp. 255-294, en particular, pp. 279-282.

ISBN: 978-84-7777-740-3

b) La declaración de nulidad de los acuerdos tomados o la reposición de la realidad física alterada al estado originario, si no se da el supuesto del apartado a) anterior.

El Tribunal Constitucional enjuicia este precepto a la luz del artículo 9.1, segundo párrafo, de la LEA, declarando lo siguiente:

> (…) el artículo 33 ha optado por dos soluciones alternativas conforme a lo dispuesto en las dos letras de su apartado 1. Así, *la letra a) permite subsanar la falta de evaluación medioambiental o la contravención de sus condiciones mediante la repetición del procedimiento; posibilidad esta que no se contempla en la legislación básica* y que no supone, antes al contrario, una protección medioambiental adicional. La solución cuestionada de la Ley balear rebaja el umbral de protección de la norma estatal, al permitir la subsanación en un caso en el que *la norma estatal determina la falta de validez por razones vinculadas a la finalidad tuitiva de protección del medio ambiente que persigue la Ley 21/2013.* Finalidad tuitiva *que se manifiesta en la necesidad de que la Administración vuelva a conocer en su integridad el* plan, programa o *proyecto y realice una nueva evaluación completa de las eventuales consecuencias medioambientales.* (FJ 5)[15]

En su virtud, no basta la subsanación para regularizar, sino que es precisa «una nueva evaluación completa» de los efectos del proyecto sobre el medio ambiente, lo cual, cabe añadir, implica la viabilidad de una evaluación *a posteriori* de lo ya ejecutado siempre que sea completa y sin condicionantes. Con todo, el criterio constitucional no zanjó el debate, tal y como evidencian conflictos posteriores.

Es el caso del recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado en relación, entre otros, el artículo 35 del Decreto-Legislativo 1/2020, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental de las Illes Balears, que concluyó mediante Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación, en el que se dice lo siguiente:

> «En cuanto al artículo 35, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears asume el compromiso de promover la correspondiente iniciativa legislativa para suprimir dicho precepto, *sin perjuicio de que el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico evalúe, al tiempo, la problemática derivada de la aplicación práctica del último párrafo del artículo 9.1 de la Ley 21/2013*, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental y, en su caso,

[15] La STC 109/2017 declaró inconstitucional la letra a) del apartado 1, del artículo 33 de la Ley de las Illes Balears, precepto que, por Ley 9/2018, de 31 de julio, pasó a tener la siguiente redacción: «El órgano sustantivo adoptará las medidas apropiadas para restablecer el orden jurídico perturbado por un proyecto, un plan o un programa sometido a evaluación ambiental que no haya llevado a cabo la tramitación ambiental preceptiva o contravenga sus condiciones» (art. 33).

> su posible modificación…» (letra d, apartado I, del Acuerdo de la Comisión publicado en *BOE* núm. 150, de 24 de junio de 2021)[16]

De igual problemática da cuenta también el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado en relación, entre otros, con el artículo 63.2 de la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi, que terminó mediante Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación, en el que se dice lo siguiente:

> «2.º En cuanto al artículo 63.2[17] ambas partes consideran que el citado precepto se interpretará y aplicará en los términos de la STC 109/2017, en el sentido de que la evaluación a la que se refiere el mismo no supone en ningún caso una excepción a la regla general de lo dispuesto en el apartado primero del citado artículo de conformidad con el artículo 9 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. *En consecuencia, en ningún caso se puede subsanar el vicio de nulidad de la obra total o parcialmente ejecutada sin estudio ambiental previo*. En este sentido, el precepto remite exclusivamente a un proceso de identificación del alcance del impacto ocasionado por la obra ilegal, distinto del procedimiento de evaluación de impacto ambiental contemplado en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, con el fin de llevar a cabo las medidas correctivas que procedan, en su caso. En consecuencia, el gobierno del País Vasco asume el compromiso de incluir en una norma, al menos con rango reglamentario, una disposición que deje claro que, en ningún caso, podrá continuarse o iniciar la explotación del proyecto construido sin haberse sometido al previo procedimiento de evaluación de impacto ambiental de conformidad con los requisitos establecidos al efecto por la legislación básica en la materia.» (Acuerdo de la Comisión publicado en *BOE* núm. 257, de 26 de octubre de 2022)

---

16 El artículo 35 del Texto Refundido, procedente del artículo 33 de la Ley de Evaluación Ambiental de 2016, dedicado al restablecimiento del orden jurídico perturbado, la reposición de la realidad física alterada y la indemnización por daños y perjuicios, incorporaba un segundo apartado con el siguiente texto: «2. Cuando las actuaciones se hayan ejecutado al amparo de un título administrativo y de acuerdo con las condiciones establecidas, el órgano sustantivo concederá un plazo de dos meses para iniciar la tramitación ambiental para su regularización. Transcurrido el plazo sin haberse solicitado dicha regularización, o después de adoptarse acuerdo desfavorable o de ordenarse el archivo del expediente, se procederá al restablecimiento del orden jurídico perturbado con la anulación de los títulos que amparen las actuaciones y, en su caso, se ordenará la reposición de la realidad física alterada a su estado originario, sin perjuicio de que se adopten las medidas provisionales del artículo anterior». Este apartado fue derogado mediante Ley 9/2022 en cumplimiento del acuerdo mencionado.

17 Artículo 63. Nulidad de planes, programas y proyectos no evaluados: «2. En el caso de aquellos proyectos que se encuentren parcial o totalmente ejecutados sin haberse sometido al preceptivo procedimiento de evaluación de impacto ambiental, el órgano sustantivo someterá dichos proyectos al procedimiento de evaluación pertinente en el momento en el que se ponga de manifiesto tal carencia, aplicándose las especificaciones técnicas propias de una evaluación *a posteriori* cuando sea necesario, sin perjuicio de las posibles sanciones en las que, en su caso, se pudiera incurrir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.2.b y 106.3.c de esta ley».

ISBN: 978-84-7777-740-3

De estos conflictos resulta que la obra ejecutada, total o parcialmente, sin haber sido objeto de evaluación, incurre en vicio de nulidad y que el mismo no es subsanable sin haberse sometido a los requisitos del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. No obstante, incluso admitiendo que la invalidez sea en grado de nulidad de pleno derecho, estas afirmaciones deben ser puestas en relación con los límites formales (vías de impugnación y legitimación) y materiales a que esa clase de vicios está sometida (*cfr.* art. 110 de la LPAC).

Es cierto que si por su propia naturaleza y función, la evaluación debe ser anterior a la ejecución del proyecto de obras, una vez ejecutada o materializada la obra, poco sentido tiene retrotraer las actuaciones para «subsanar» el trámite omitido. Ahora bien, aceptada esta limitación, es obligado tener en cuenta los principios y las reglas que establecen límites a la posibilidad de hacer desaparecer las consecuencias de la nulidad, admitiendo, normalmente transcurrido un cierto tiempo, la subsistencia de la realidad alterada (arts. 106 a 110 LPAC). En este sentido, la declaración de invalidez formulada por la LEA resulta incompleta como acreditan los conflictos y las controversias apuntadas.

5. No evaluación posterior

La otra consecuencia que alcanza a los proyectos ejecutados sin previa evaluación ambiental, siendo legalmente obligatoria, es la que centra este análisis: la imposibilidad de evaluación *a posteriori*. Como se destacó más atrás, en estos casos: «no se realizará la evaluación de impacto ambiental» (art. 9.1, tercer párrafo, LEA). El órgano ambiental informará que, encontrándose la obra ya ejecutada, no procede una evaluación que tiene naturaleza preventiva. El mandato es diáfano.

Sin embargo, pese a su tenor literal, esa previsión legal suscita el debate de si, acreditado su presupuesto, debe entenderse que el proyecto queda exento de evaluación ambiental —en tanto que ya materializado—, pudiendo el órgano sustantivo continuar con el procedimiento de autorización de que se trate —en particular cuando esa obra se inserte en otro proyecto posterior que será la situación más frecuente—; o si, por el contrario, de ese precepto resulta la imposibilidad de la aprobación del proyecto porque resulta un sinsentido realizar una evaluación ambiental de lo ya transformado y de sus efectos, lo que explicaría las iniciativas legislativas autonómicas dirigidas a viabilizar la regularización de esos proyectos, tanto los declarados nulos, como aquellos que se inserten en otros proyectos posteriores. Como queda apuntado, en muchos casos, estas iniciativas vienen siendo rechazadas por la Administración General del Estado, dando lugar a una situación de bloqueo o de paralización. Bien es cierto que, cuando se trata proyectos de competencia estatal, el órgano ambiental sí admite

con normalidad que pueda evaluarse la parte nueva del correspondiente proyecto.

En la hipótesis de considerar que esta prohibición de evaluación ambiental *a posteriori* determinara una suerte de «congelación» de la obra, impidiendo cualquier actuación ulterior sobre la misma, incluida su regularización, como se apuntó más atrás, la situación jurídica se aproximaría a las construcciones y edificaciones que, levantadas sin título habilitante pero en las que haya transcurrido el plazo para el restablecimiento de la legalidad, son asimiladas al régimen de fuera de ordenación urbanística, con limitación de usos y admisión únicamente de obras de conservación, pero en todo caso, reconocimiento de su existencia. La diferencia de la prohibición de evaluar con este régimen jurídico urbanístico es que este descansa en algunas reglas que permiten conocer y concretar esa situación jurídica, incluyendo, en determinadas condiciones, que lo que está fuera de ordenación pueda ser legalizado o normalizado, mientras que el precepto que se analiza nada dice, más aún, se plantea una suerte de imprescriptibilidad. La situación resulta más compleja en todos aquellos supuestos en los que la omisión de evaluación de impacto se refiere a obras que sí obtuvieron el permiso o licencia preceptivos, habiendo adquirido estos actos firmeza y, por tanto, que fueron ejecutadas con el título administrativo habilitante pertinente.

En fin, identificadas las consecuencias que se conectan con los proyectos ejecutados y no evaluados pese a que debieron serlo, en tanto el origen del precepto se sitúa en el Derecho de la Unión Europea, resulta obligado acudir a ese ordenamiento para la adecuada interpretación de la LEA, más allá de la voluntad del legislador estatal.

IV. LA RAZÓN Y EL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN SEGÚN LA DOCTRINA DEL TJUE

1. Criterios

Sobre los proyectos ejecutados, en todo o en parte, sin haber sido objeto de evaluación de impacto ambiental, siendo este trámite obligatorio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con sentencias dictadas en recursos de incumplimiento de las directivas sobre evaluación de impacto ambiental por los Estados miembros, ha ido conformando una doctrina[18], que se sintetiza en la STJUE de 28 de febrero de 2018, C-117/17, Comune di Castelbellino, que establece lo siguiente:

[18] De la que han dado cuenta, entre otros, Díaz González, Gustavo (2017): «Firmeza no significa validez. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (sala primera) de 17 de noviembre de 2016, Asunto C-348/15, Stadt Wiener Neustadt V. Niederösterrieichische Landesregierung», *Revista Española de Derecho Europeo* (62), pp. 163-176; Reina Muñoz,

ISBN: 978-84-7777-740-3

— La evaluación ambiental de proyectos es obligatoria en los casos predeterminados por la Directiva:

> «24. Es preciso recordar que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2011/92 impone que los proyectos que pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, a efectos del artículo 4 de la misma, en relación con sus anexos I o II, deben someterse a esta evaluación antes de que se otorgue la autorización.» (Véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, apartado 42, y de 26 de julio de 2017, Comune di Corridonia y otros, C-196/16 y C-197/16, EU:C:2017:589, apartado 32)

— La evaluación debe realizarse antes de la ejecución de las obras para evitar causar daños en lugar de combatir sus consecuencias:

> «25. Como el Tribunal de Justicia ha declarado, el carácter previo de tal evaluación se justifica por la necesidad de que, en el proceso de decisión, la autoridad competente tenga en cuenta lo antes posible las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos técnicos de planificación y de decisión, con el objetivo de evitar, desde el principio, causar contaminación o daños, más que de combatir posteriormente sus efectos.» (Véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de julio de 2008, Comisión/Irlanda, C-215/06, EU:C:2008:380, apartado 58, y de 26 de julio de 2017, Comune di Corridonia y otros, C-196/16 y C-197/16, EU:C:2017:589, apartado 33)

— La Directiva no establece los efectos jurídicos que acarrea la infracción de sus mandatos:

> «29. Sin embargo, la Directiva 2011/92 no precisa las consecuencias jurídicas que debe acarrear una infracción de estas disposiciones.» (También en sentencia de 26 de julio de 2017, Comune di Corridonia y otros, C-196/16 y C-197/16, EU:C:2017:589, apartado 34)

De este modo, el TJUE reafirma el carácter preventivo de la evaluación de impacto ambiental, explica las ventajas de que se produzca sobre los proyectos en lugar de sobre lo ya ejecutado, pero igualmente advierte que la normativa europea carece de un régimen sancionador en caso de infracción.

Fernando (2018): «La exclusión de la evaluación de impacto ambiental (EIA) de proyectos en la Ley 21/2013 a través de la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Ambiental* (79), pp. 19 a 24; Lozano Cutanda, Blanca y Serrano Lozano, Rubén (2019): «Legislación básica de medio ambiente: la modificación de la ley de evaluación ambiental y la supresión del impuesto al sol», *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de Políticas Ambientales*, pp. 207-234; Sanz Rubiales, Iñigo (2021): *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos*, Tirant lo Blanch, pp. 264-275.

2. Sanción y regularización

A falta de previsión en la Directiva, la misma doctrina establece dos criterios que deben guiar la acción de los Estados en la aplicación de sus mandatos:

— Los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de la infracción del Derecho de la Unión:

> «30. (…) el Tribunal de Justicia ya resolvió, en el apartado 43 de la sentencia de 26 de julio de 2017, Comune di Corridonia y otros (C-196/16 y C-197/16, EU:C:2017:589), que, en caso de omisión de una EIA exigida por el Derecho de la Unión, los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de esta omisión (adoptando las medidas necesarias para poner remedio a la omisión de una evaluación de impacto ambiental) (…).»

— El Derecho de la Unión Europeo no se opone a que los Estados miembros establezcan una «evaluación *a posteriori*» para regularizar los proyectos ejecutados contraviniendo la normativa:

> «30. (…) el Derecho de la Unión no se opone a que se efectúe tal evaluación para regularizar la instalación de que se trate, con posterioridad a su construcción y entrada en servicio, siempre que se cumpla el doble requisito de que, por una parte, las normas nacionales que permiten esa regularización no ofrezcan a los interesados la oportunidad de eludir las normas del Derecho de la Unión, o de verse dispensados de su aplicación, y, por otra parte, la evaluación efectuada para regularizar la instalación no se refiera únicamente a su impacto ambiental futuro, sino que tenga en cuenta también el impacto ambiental ocasionado desde su realización.»

En consecuencia, los Estados miembros deben eliminar los efectos derivados de la vulneración de la normativa sobre evaluación ambiental, lo que incluye la aprobación de normas que permitan la regularización de los actos u operaciones que son irregulares, siempre que el cauce que se establezca cumpla con las exigencias de la Directiva y no se limite a la mera dispensación de la misma, y, en particular, la evaluación que se lleve a cabo tenga en cuenta tanto el impacto futuro como el que ya hubiera ocasionado (con más detalle, STJUE de 26 de julio de 2017, Comune di Corridonia y otros, C-196/16 y C-197/16, EU:C:2017:589, apartados 37 a 41).

En este punto es preciso señalar que, en los supuestos de «regularización» objeto de los pronunciamientos mencionados, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la misma se limita a dar por buena la autorización otorgada sin ponderar los impactos ambientales producidos o que pudieran producirse en el futuro; por eso rechaza las medidas adoptadas por los Estados miembros. Pero lo que debe destacarse es que la posibi-

ISBN: 978-84-7777-740-3

lidad de regularizar lo ejecutado es válida de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, siempre y cuando se cumplan los condicionantes destacados[19].

3. Límites de la regularización *a posteriori*

El problema con que tropieza la doctrina expuesta es cómo hacerla efectiva cuando la autorización del proyecto haya devenido firme o, cuando menos, la situación se haya consolidado por el transcurso del tiempo, pudiendo su revocación o anulación ser contraria a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

En concreto, sobre este asunto, el TJUE ha reconocido que es admisible la revocación del acto ilícito —lo ha dicho, claro, en orden a la ejecución de sus sentencias—, pero que los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima imponen que:

> «*la revocación de un acto ilícito debe producirse en un plazo razonable* y debe tener en cuenta hasta qué punto el interesado ha podido eventualmente confiar en la legalidad del acto.» (STJUE de 4 de mayo de 2006, C-508/03, «Comisión / Reino Unido», apdo. 68, más reciente, STJUE de 12 de noviembre de 2019, C-261/18, «Comisión/Irlanda (parque eólico de Derrybrien)»

Por tanto, *la revocación —revisión o anulación— de la autorización irregular por omisión de evaluación de impacto ambiental es admisible si la misma se produce en un plazo razonable, en otro caso, la actuación deviene firme e inatacable*, sin perjuicio de una eventual depuración de la situación mediante la adquisición de los derechos que existan, en su caso vía expropiación, en orden a su desmantelamiento. Pero, como regla general, más allá de un plazo razonable, la revocación deviene inaplicable y, con ello, a falta de previsión en el Derecho de la Unión Europea, la situación jurídica del proyecto, total o parcialmente ejecutado sin previa evaluación, queda a re-

---

19 En relación con la DA 16 de la LEA, trasunto de esta jurisprudencia, se ha planteado que esta regularización constituye una aplicación flexible del principio de conservación de actos, pero que la autorización seguirá siendo nula, sin pueda entenderse como «normalización» o «legalización» (Sanz Rubiales: *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos*, ob. cit. pp. 271-273). La evitación de dispensas y la prudencia explican este entendimiento. Sin embargo, de los pronunciamientos del TJUE es posible concluir que, en función de las medidas que sean adoptadas —que pueden ser no solo correctoras, sino también de reversión de la situación generada— sí que cabe una «legalización» plena de aquello que fue ejecutado sin previa evaluación. Las características de cada supuesto determinarán hasta dónde pueda llegarse con la evaluación *a posteriori*, sin que pueda desconocerse que, en ocasiones, la reversión o la restauración puede ser más gravosa que el mantenimiento de la situación. En cualquier caso, la necesidad de reglas sobre estos efectos resulta patente.

sultas de lo que establezca la legislación interna. Como tantas veces en el ámbito del ordenamiento europeo, se impone el principio de proporcionalidad y su componente, implícito, de prudencia.

En suma, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacan el carácter preventivo de la evaluación de impacto ambiental, que pierde sentido si se realiza *a posteriori*, aunque, en aras de la efectividad del Derecho Europeo, admite que los Estados miembros puedan llevar a cabo una regularización. Esta es posible siempre que sea conforme con los valores de la directiva y que se proyecte también sobre los efectos ya producidos, siendo su límite que los actos y proyectos hayan adquirido firmeza por transcurso de un plazo más allá de lo razonable (aunque siempre será viable la expropiación en orden a la desaparición de la obra en cuestión).

V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROYECTOS EXCLUIDOS

1. Presupuesto: falta de previsión en la Directiva

A tenor del Derecho europeo que queda apuntado, el condicionante de partida de la concreción del régimen jurídico aplicable a los proyectos ejecutados sin haber sido evaluados es que la norma reguladora, la Directiva 2011/92/UE carece de previsión alguna sobre esta situación y sobre la sanción que debe ser aplicada en el caso de que se apruebe o autorice un proyecto son previa evaluación de sus impactos ambientales, con ejecución de sus determinaciones. En estos supuestos, cuando el legislador europeo no se ha pronunciado, la competencia regulatoria corresponde a los Estados miembros, cada uno de ellos conforme a su tradición jurídica, con sujeción a los principios generales que sustentan el Derecho de la Unión Europea, pero, sin duda con un margen amplio de actuación, teniendo en cuenta que la jurisprudencia comunitaria admite la regularización *a posteriori* siempre que se respeten los condicionantes señalados (evitar una mera dispensa y evaluar tanto los impactos ambientales futuros como los ya producidos).

Como es sabido, el medio ambiente es una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros (art. 4.2.e Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) respecto del cual «la Unión y los Estados podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes», de igual modo que «los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida que la Unión no haya ejercido la suya» (art. 2.2 TFUE). En su ejercicio es preciso tener en cuenta la protección del medio ambiente en tanto que principio general a considerar en las decisiones que se tomen (art. 11 TFUE), del mismo modo que las medidas que adopten los Estados deben ser conformes y estar guiadas, en su caso, por el principio del «efecto útil» que se

ISBN: 978-84-7777-740-3

predica de las normas europeas (art. 4.3 TUE, arts. 197.1 y 291 TFUE)[20]. Con todo, cuando no existe norma expresa, la competencia corresponde a los Estados miembros, tal y como acaece en el supuesto que se viene analizando.

2. Lo que resulta de la LEA

En tanto nada dice la Directiva sobre el régimen aplicable en caso de omisión de la evaluación de impacto ambiental, las medidas que puedan tomarse serán las que establezca el Estado miembro. Como quedó expuesto, en el caso de España, esa regularización se ha configurado de forma restrictiva. Únicamente se admite para los casos de ejecución de sentencias condenatorias por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (lo que regula la DA 16 de la LEA); en los demás supuestos de infracción, lo que la Ley establece es la prohibición de evaluación (el párrafo tercero del artículo 9.1 de la LEA que centra este análisis).

De este modo, siendo competente el legislador nacional, dada la aparente claridad de ese precepto, se impone su interpretación literal: los proyectos ejecutados sin haber sido objeto de evaluación siendo esta obligatoria no pueden ser evaluados con posterioridad, con el añadido de la invalidez del acto que los hubiera aprobado o autorizado. Cualquier pretensión de evaluar tal proyecto *a posteriori* —claro está, siempre que debiera haberlo sido en el momento de su aprobación o ejecución—, en su caso, tanto lo ya construido como lo nuevo que quiera llevarse a cabo, debe ser rechazada por el órgano ambiental por imponerlo el carácter previo y preventivo de esta técnica jurídica.

Ahora bien, el precepto nada se dice sobre lo que debe o puede hacer el órgano sustantivo ante esta declaración, tampoco sobre la duración de esa invalidez, que se proyecta sobre el título habilitante original —de ordinario ya firme—, ni menos aun sobre el supuesto de integración de esa obra inválida en un nuevo proyecto que por sí mismo debiera ser evaluado. Siguiendo el criterio explicado, a falta de norma expresa, la resolución de estas cuestiones corresponde al Derecho interno del Estado miembro.

Pues bien, atendiendo a la naturaleza de informe, que no resolución, de la evaluación de impacto ambiental y a su condición preventiva, el reparto de funciones entre el órgano ambiental y el órgano sustantivo determina que sea éste el que, una vez conocido el parecer del primero, resuelva so-

[20] Dentro de una amplísima bibliografía, sobre los principios básicos del Derecho de la Unión Europea, Martínez López-Muñiz, José Luis (2024): «Derecho Comunitario Básico de la Unión Europea», *Boletín Oficial del Estado,* pp. 677-692.

bre la nueva autorización, otorgándola o no en función del resto de parámetros que deber cumplidos[21]. El proyecto no puede ser evaluado por ya ejecutado, total o parcialmente. Los impactos en el medio ambiente —si los hubo— ya se materializaron. La transformación física se ha producido ya, con lo que la valoración de los eventuales impactos deja de tener sentido, debiendo el órgano sustantivo actuar como si se tratara de una obra que, bien por su antigüedad, bien por su dimensión o bien por su naturaleza, no fue objeto de evaluación ambiental por ser esta inexigible. La decisión corresponde al órgano sustantivo de acuerdo con lo que establece la legislación de evaluación ambiental.

En efecto, la evaluación ambiental es un procedimiento instrumental que se inserta en el procedimiento principal, que es el autorizatorio, siendo su función aportar al órgano sustantivo —el llamado a resolver— el parecer del órgano ambiental sobre los impactos que el proyecto pudiera tener sobre el medio ambiente. Se trata de un pronunciamiento que tiene la condición de informe preceptivo y determinante, que debe ser recabado por el órgano sustantivo y que debe ser emitido, puesto que la no emisión lleva a una suerte de silencio negativo. De este modo, en el expediente correspondiente debe obrar la petición dirigida al órgano ambiental, de igual modo que debe incorporarse su respuesta, que debe ser tenida en cuenta por el órgano sustantivo en el momento de resolver, siendo coherente con su contenido.

Ciertamente, como se viene analizando, el pronunciamiento del órgano ambiental puede consistir no en un pronunciamiento ambiental, sino en la declaración de que el proyecto en cuestión se encuentra excluido de evaluación de impacto ambiental, ya sea porque no encaja en ninguno de los supuestos recogidos en los anexos de la Ley, ya sea por aplicación del artículo 9.1, tercer párrafo, de la LEA, en los términos analizados. En cualquier caso, y esta es la clave, la competencia para resolver no cambia.

La función del órgano ambiental consiste en «evalua[r] la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina[r] las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de

---

21 Como más atrás se destacó, el informe del órgano ambiental es preceptivo y determinante, no vinculante, sin que quepa equiparar lo determinante con lo vinculante. El órgano sustantivo debe tener en cuenta las consideraciones ambientales, ahora bien, no solo puede continuar el procedimiento si no se emite en plazo, sino que tiene la facultad de cuestionarlas e, incluso, de separarse de las mismas, obviamente con la debida motivación. El procedimiento de resolución de discrepancias lo confirma (art. 11 LEA). Si el informe ambiental fuera vinculante para el órgano sustantivo, entonces, la autorización del proyecto sería una competencia compartida y no lo es; y, además, supondría una alteración del sistema democrático, en tanto la decisión del órgano sustantivo sería reemplazada por el parecer del órgano técnico [esta valoración crítica, Hernández González, Francisco Lorenzo (2024): *La evaluación ambiental estratégica del planeamiento territorial y urbanístico* (306 pp). Iustel, en particular, pp. 292-295].

ISBN: 978-84-7777-740-3

los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el desmantelamiento o demolición del proyecto» (arts. 5.1.a y 3.d LEA). Por su parte, el órgano sustantivo ostenta la competencia para autorizar el proyecto o, en su caso, para controlar la actividad de los proyectos sujetos a declaración responsable y, por tanto, es quien tiene la facultad para verificar la legalidad de la petición, la adecuación al procedimiento legalmente establecido y para resolver sobre la conformidad del proyecto con el marco normativo aplicable a la actuación (arts. 5.1.d, 39.1 y 42 LEA).

Siendo ese el reparto de funciones entre el órgano sustantivo y el ambiental, el órgano llamado a resolver —el que lo sea para otorgar o denegar el permiso correspondiente— mantiene la facultad para decidir sobre la solicitud de licencia planteada (art. 88 LPAC y art. 339.1 LPAC). En este aspecto, la obligación legal de resolver (art. 21 LPAC), la irrenunciabilidad de la competencia y la obligación de ejercerla por el órgano que la tiene atribuida se imponen (art. 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas).

En suma, atendiendo a la literalidad del párrafo tercero del artículo 9.1 de la LEA, ya sea en un supuesto de legalización del proyecto ejecutado, ya lo sea en el que derive de la declaración de nulidad del acto de aprobación o autorización, o ya lo sea cuando se tramite un nuevo proyecto de obra que englobe o integre el que no fue ejecutado, el rechazo del órgano ambiental a evaluar el proyecto, por tanto, la declaración de que la evaluación es innecesaria puesto que es inviable cumplir con su condición preventiva, permite al órgano sustantivo continuar adelante con el procedimiento sustantivo, siendo esta situación equivalente a aquella en la que la obra hubiera sido ejecutada sin que fuera exigible su evaluación ambiental —el mejor ejemplo, las ejecutadas antes de que esta normativa fuera diseñada—.

Entender que el párrafo que se viene analizando comporta la imposibilidad de llevar a cabo la tramitación del procedimiento de autorización, en su caso la invalidez de lo que se apruebe, y además con eficacia indefinida, exigiría una regulación expresa, por su carácter restrictivo y desproporcionado, que no existe. Tan es así que este vacío explica la aplicación analógica por la Administración de las previsiones establecidas en caso de ejecución de una sentencia firme[22]. Lo que confirma la falta de regulación de sus efectos y su necesidad.

---

22 Ejemplifica este supuesto la declaración de impacto ambiental *ex post* de la Urbanización SAU-12 Casas de Majanicho, en el término municipal de La Oliva, en Fuerteventura, impulsada por el Gobierno de Canarias, con el fin de dar cumplimiento a lo acordado por las autoridades españolas y la Comisión Europea en la fase pre-contenciosa del procedimiento de infracción n.º 2017/2113, instruido por no haber sido sometido a evaluación ambiental el proyecto de urbanización mencionado, sin que haya recaído sentencia firme (*BOC* núm. 43, de 2 de marzo de 2023).

La consecuencia de cuanto queda expuesto para la obra ejecutada sin evaluación, siendo este trámite obligatorio, es que —como se adelantó— la misma se encuentra en una posición jurídica parecida a la situación de fuera de ordenación urbanística, sin posibilidad de regularización, salvo que se entienda por tal el reconocimiento de su existencia. A esto lleva el tenor literal de la ley estatal. Con todo, cuando se trata de un proyecto nuevo que engloba lo ya ejecutado, lo razonable es hacer una interpretación estricta del precepto, circunscribiendo lo que dice, el rechazo a la evaluación de impacto ambiental *a posteriori*, a la parte efectivamente construida y no a la que sea nueva. Este es el criterio seguido por algunos órganos ambientales, entre ellos los de la Administración General del Estado.

En todo caso, aun siendo conforme con la literalidad del artículo 9.1, tercer párrafo, de la LEA y con lo que ordena, la doctrina del TJUE que quedó expuesta más atrás, en tanto se separa de ese entendimiento, obliga a estudiar si cabe un criterio de interpretación de esa exclusión distinto y, sobre todo, que supere el callejón sin salida a que lleva esa interpretación. Y es que la solución legal es maximalista y dogmática al establecer la sanción o consecuencia legal, la prohibición de evaluar, sin afrontar los efectos concretos que esa declaración produce, algo muy parecido a lo que sucede con la nulidad del planeamiento, sin perjuicio de que el supuesto que se viene analizando no es una disposición administrativa general[23].

3. Lo que resulta de la doctrina del TJUE: viabilidad de la evaluación *a posteriori*

La determinación del alcance de la exclusión de evaluación de las obras ejecutadas, total o parcialmente, sin haber sido evaluadas en su momento, debe partir de la respuesta a una cuestión: si someter esas obras a una evaluación *a posteriori* tiene sentido, si es técnicamente viable, y, por tanto, si puede aportar algo a la protección ambiental, o si, por el contrario, esta medida resulta inútil dado que no cumpliría su función preventiva.

La doctrina del TJUE pone de manifiesto que sí es posible llevar a cabo esa evaluación y, sobre todo, que la misma puede contribuir a la tutela del medio ambiente, aunque sea en menor medida que si se hubiera hecho en su momento. De este entendimiento participa la DA 16.ª de la LEA. Y es que el efecto preventivo, siendo de indudable trascendencia por lo que puede evitar, tal y como destacó el TJUE, sin embargo, no agota todas las posibilidades ni los mecanismos de tutela ambiental.

---

23 Sobre los efectos de la nulidad de los planes, dentro de una amplia y valiosísima bibliografía, González Sanfiel, Andrés (2017): «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», en López Ramón, F. y Villar Rojas, F. (coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017). INAP, pp. 411-462.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Por excepcional que sea, la evaluación de impacto ambiental *a posteriori*, con las limitaciones que quedan apuntadas, es una vía que forma parte del vigente Derecho de evaluación ambiental, tanto europeo como nacional. No otra cosa supone la siguiente previsión de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental (transposición de la Directiva 2004/35/CE)[24]:

> Artículo 23. Actuación directa de la Administración.
>
> 1. *Por requerirlo la más eficaz protección de los recursos naturales*, y de los servicios que éstos prestan, *la autoridad competente podrá acordar y ejecutar por sí misma las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley* (…).

La adopción de cualquiera de esas medidas pasa por llevar a cabo una evaluación ambiental del proyecto y de lo ejecutado[25]. La misma posibilidad de evaluación *a posteriori* resulta de la previsión de la Ley de Evaluación Ambiental cuando regula la modificación de la declaración de impacto ambiental en los siguientes supuestos:

> Artículo 44. Modificación de las condiciones de la declaración de impacto ambiental.
>
> 1. *Las condiciones de la declaración de impacto ambiental podrán modificarse cuando* concurra alguna de las siguientes circunstancias:
> (…)
> c) Cuando durante el seguimiento del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental *se detecte que las medidas preventivas, correctoras o compensatorias son insuficientes, innecesarias o ineficaces.*

El supuesto de modificación destacado conecta directamente con los proyectos ejecutados sin previa evaluación: no existe diferencia material entre el establecimiento de medidas de prevención o correctoras que resultan ser insuficientes, innecesarias o ineficaces y la no adopción de ninguna de ellas por omisión del procedimiento. Como resulta del precepto, en estos casos es técnica y jurídicamente viable reconsiderar el impacto y adoptar medidas acordes con la situación existente de obra parcial o totalmente ejecutada.

En consecuencia, la evaluación ambiental *a posteriori*, aunque deba ser evitada y no sea lo ideal, es una fórmula prevista en la legislación ambiental en términos que pugnan con la exclusión de plano que se viene analizando.

---

24 Sobre esta disposición, Lozano Cutanda, Blanca (coord.) (2008): *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (554 pp). Thomson-Civitas.

25 Analizado por Martín Fernández, Jacobo: «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales», en Lozano Cutanda, Blanca (coord.) (2008), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, ob. cit. pp. 293-314.

Sentado lo anterior, siendo viable evaluar lo ya ejecutado, el paso siguiente es la determinación de los requisitos y las condiciones en que esa evaluación *a posteriori* puede y debe llevarse a cabo. En este sentido, en defecto de previsiones expresas en la Directiva, esos criterios son los que, en razón del principio útil de esa norma, ha ido formulando el TJUE. En concreto, la evaluación *a posteriori* es posible siempre que se cumpla un doble requisito (STJUE 28 de febrero de 2018, apartado 30):

— que las normas nacionales que permitan una regularización no ofrezcan a los interesados la oportunidad de eludir el derecho ambiental de la Unión y,
— que la evaluación para regularizar no se limite al impacto ambiental futuro sino que tenga en cuenta el impacto ambiental ya ocasionado desde la ejecución de la obra.

La referencia expresa a «las normas nacionales» apunta a la necesidad de una norma con el rango adecuado que regule este proceso de regularización sin que baste con apelar a la doctrina judicial; en España, la competencia corresponde al legislador estatal dado que esta cuestión se considera básica —por más que sea una calificación harto discutible—. De este modo, la evaluación *a posteriori* no solo es viable técnicamente, sino que también es conforme con el ordenamiento europeo y los bienes jurídicos que ampara.

Como igualmente quedó destacado, la posibilidad de que los Estados establezcan un régimen de regularización conforme a los parámetros fijados por el TJUE queda sujeto a un límite temporal. En tanto, de ordinario, la evaluación *a posteriori* puede suponer la revocación de la autorización administrativa otorgada a la obra, la misma solo puede llevarse a cabo durante un «plazo razonable», en otro caso aquel título devendrá firme e inatacable, sin perjuicio de la facultad de la Administración competente de expropiar para reparar la situación los derechos que pudieran existir. Sin duda, esta idea de «plazo razonable» entronca con el límite legal de la potestad de revisión de los actos administrativos firmes previsto en la legislación de procedimiento administrativo común. En otras palabras, transcurrido un tiempo prudencial, la realidad —la obra ejecutada sin evaluación— se consolida sin que su habilitación sea ya revisable. Y ello porque constatada la situación de imposibilidad de evaluación, la Administración tendría que recurrir a la revisión de oficio de actos nulos para destruir el título jurídico que ampara la obra y, dentro de ese procedimiento, valorar si concurren los límites que impiden llevar a cabo (art. 110 LPAC[26]).

26 El análisis de los límites de la revisión de actos nulos en: Villar Rojas, Francisco José (2021): «La prohibición de ejercicio de la potestad de revisión de actos administrativos nulos», *Revista Española de la Función Consultiva* (36), pp. 69-89, y en la bibliografía que se cita.

ISBN: 978-84-7777-740-3

En particular, respecto a ese plazo, debe recordarse que, tradicionalmente, la revisión de los actos administrativos está sujeta a límites distintos de los que permiten a la Administración llevar a cabo el restablecimiento de la legalidad urbanística, esto es, en términos gráficos, llevar a cabo la demolición de lo construido contra la ordenación, sin título por supuesto pero también con título previa su revocación o anulación (de ordinario, un plazo de 4 años desde la completa terminación de las obras)[27].

Si la posibilidad de revocar la licencia o la autorización y, en su caso, imponer una evaluación ambiental de los efectos producidos y futuros, con adopción de medidas correctoras o reparadoras, está sujeta a un límite temporal, pero es jurídicamente posible llevarla a cabo; con mayor razón habrá de permitirse cuando la iniciativa es del titular de la obra, de ordinario con ocasión de la realización de una reforma o de un ampliación de lo ya ejecutado. Se trata de lo que, en el ámbito urbanístico, se conoce como legalización, esto es, la adecuación *a posteriori* a la normativa y el planeamiento[28]. Y es que siempre será mejor la adaptación o la corrección ambiental de lo ejecutado, vía regularización o legalización, que su mera consolidación.

Para completar el régimen aplicable a estos proyectos, es preciso abordar cuál sea la situación jurídica en que se encuentran esas obras ejecutadas sin evaluación ambiental una vez que haya transcurrido el plazo que permitiría la revocación del título habilitante y consiguiente regularización obligatoria. Nuevamente, a falta de previsión expresa en el Derecho de la Unión Europea, resulta de aplicación el Derecho interno según el cual, en el caso de las ejecutadas sin título habilitante, transcurrido el plazo para restablecer la legalidad urbanística, tales obras quedan en situación asimilada a fuera de ordenación. Por su parte, las que hubieran sido ejecutadas con título administrativo, aun cuando sin haber sido evaluadas, su situación será de legalidad, con base en la presunción que se reconoce a todo acto administrativo. Lo relevante es que, estén o no en fuera de ordenación, con carácter general, se permiten obras de conservación, sin que se pueda cuestionar la existencia misma del inmueble.

---

27 Es el caso, a título de ejemplo, de lo que dispone la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias: «La revisión de licencias y demás actos administrativos habilitantes que sean contrarios a derecho se regirá por lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común» (art. 369.1). Y, en cuanto a sus efectos: «1. La resolución que ponga fin al procedimiento de revisión determinará, en su caso, el restablecimiento de la legalidad urbanística alterada por las actuaciones ejecutadas al amparo de actos revisados, siempre que el procedimiento de revisión de oficio se hubiera iniciado dentro de los límites temporales regulados en el artículo 361 de la presente ley, quedando en otro caso en situación de fuera de ordenación» (art. 370.1).

28 Sobre la legalización urbanística, por todos, Castillo Blanco, Federico (2006): *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico autorizante* (481 pp). Thomson-Aranzadi, en particular pp. 243-305.

VI. CONCLUSIONES

La evaluación de impacto ambiental de los proyectos de obras —en los casos en que sea obligado por la legislación— debe ser realizada antes de que se lleve a cabo su ejecución o materialización. Es en ese momento cuando la función preventiva de este mecanismo se cumple en plenitud. Este es el mandato general.

Ahora bien, el Derecho también debe afrontar y resolver las patologías, en este caso, la existencia de obras que debían haber sido evaluadas sin serlo, una realidad que impone la búsqueda de equilibrio entre todos los intereses en juego, que permitan encontrar una respuesta prudente y proporcional. Nada dice la Directiva 2011/92/UE, que lo deja a la legislación de los Estados miembros. Sí lo hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante conflictos concretos ofreciendo un planteamiento razonable. Nada que ver con lo previsto como regla general por la Ley de Evaluación Ambiental (art. 9.1, tercer párrafo, LEA).

La obligación de interpretar las normas en el marco del ordenamiento jurídico en su conjunto pone de manifiesto que la respuesta de la legislación básica de evaluación ambiental, lleva a un callejón sin salida dado que se trata de una regulación incompleta. Frente a esto, el régimen aplicable a los proyectos de obras ejecutados sin previa evaluación de impacto ambiental, siendo esta obligatoria cuando fueron autorizados y/o ejecutados, precisa una respuesta basada en los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, coherente con la jurisprudencia europea. El contenido sustantivo de la DA 16 de la LEA puede ser una referencia para esta necesaria regulación, siempre que el plazo transcurrido desde la ejecución no sea excesivo convirtiendo la revisión en irrazonable.

En última instancia, tal y como ha expuesto, en estos supuestos no solo se puede llevar a cabo la evaluación ambiental, tanto la parte nueva como la parte ya ejecutada, porque es técnica y jurídicamente viable, sino que, previo establecimiento de las reglas precisas, esa valoración de impactos, también de los ya producidos, resulta obligada en tanto contribuirá mejor a la tutela ambiental que la petrificación de lo ya construido[29].

VII. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO BLANCO, Federico (2006). *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico autorizante* (481 pp). Thomson-Aranzadi.

[29] En fase de revisión de pruebas se tiene conocimiento del trabajo realizado por Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel (2026), «La evaluación ambiental de proyectos total o parcialmente ejecutados: problemas y propuestas», *Actualidad Jurídica Ambiental* (166), que no se ha podido tener en cuenta, pero al que es obligado remitir igualmente al lector.

ISBN: 978-84-7777-740-3

DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo (2017). «Firmeza no significa validez. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de noviembre de 2016, Asunto C-348/15, Stadt Wiener Neustadt V. Niederösterrieichische Landesregierung», *Revista Española de Derecho Europeo* (62), pp. 163-176.

GARCÍA URETA, Agustín (2014). «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental», *Revista de Administración Pública* (194), pp. 317-371.

GARCÍA URETA, Agustín (2019). «Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental», *Actualidad Jurídica Ambiental* (87), pp. 46 pp.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2002). «El estudio de impacto ambiental», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.), *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Cívitas, pp. 255-294.

GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés (2017). «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017). INAP. pp. 411-462.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo (2024). *La evaluación ambiental estratégica del planeamiento territorial y urbanístico* (306 pp). Iustel.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2024). *Derecho Comunitario Básico de la Unión Europea* (954 pp). Boletín Oficial del Estado.

LOZANO CUTANDA, Blanca (coord.) (2008). *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (554 pp). Thomson-Civitas.

LOZANO CUTANDA, Blanca y SERRANO LOZANO, Rubén (2019). «Legislación básica de medio ambiente: la modificación de la ley de evaluación ambiental y la supresión del impuesto al sol», *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de Políticas Ambientales*, pp. 207-234.

MARTÍN FERNÁNDEZ, Jacobo. «Prevención, evitación y reparación de daños ambientales», en LOZANO CUTANDA, Blanca (coord.) (2008), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. Thomson-Civitas. pp. 293-314.

MÍGUEZ MACHO, Luis (2021). *La modernización del procedimiento administrativo* (103 pp). Thomson-Reuters-Aranzadi.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) (2002). *Comentario a la legislación de evaluación ambiental* (489 pp). Cívitas.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) y CASARES MARCOS, Ana Belén (coord.) (2014). *Evaluación de impacto ambiental y Evaluación estratégica* (468 pp). Tirant lo Blanch.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio (2000). *La evaluación de impacto ambiental* (351 pp). Aranzadi Editorial.

REINA MUÑOZ, Fernando (2018). «La exclusión de la evaluación de impacto ambiental (EIA) de proyectos en la Ley 21/2013 a través de la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Ambiental* (79), 29 pp.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2014). *Régimen jurídico de la evaluación ambiental* (498 pp). Thomson-Reuters-Aranzadi.

SAINZ RUBIALES, Íñigo (2021). *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos* (298 pp). Tirant lo Blanch.

VILLAR ROJAS, Francisco José (2021). «La prohibición de ejercicio de la potestad de revisión de actos administrativos nulos», *Revista Española de la Función Consultiva* (36), pp. 69-89.

VILLAR ROJAS, Francisco José (2023). *El derecho transitorio (ultraactividad, retroactividad y normas transitorias en las leyes administrativas)* (173 pp.). Iustel.

A vueltas con la naturaleza jurídica del aviso complementario a propósito de las notificaciones electrónicas: ¿La ausencia del envío del aviso invalida o no la notificación practicada?

Pablo Zaldibia Luengo

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
ORCID: 0009-0004-0632-3924

Sumario. I. Planteamiento del problema: la categoría del aviso de notificación como problema jurídico-constitucional.—II. La naturaleza jurídica del aviso de notificación en la jurisprudencia: 1. La STC 6/2019. 2. La STS 610/2022.3. La STC 84/2022. 4. La STS 1973/2024. 5. La jurisprudencia más reciente de los Tribunales Superiores de Justicia avala la nueva línea doctrinal.—III. A modo de conclusión.—IV. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA CATEGORÍA DEL AVISO DE NOTIFICACIÓN COMO PROBLEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Habrá que comenzar señalando que la categoría jurídica de la notificación entendida como «la comunicación formal del acto administrativo de que se trate[1]», constituye «uno de los aspectos centrales del Derecho administrativo» (Andrés Pérez, M. R., 2006, p. 7). Ello se debe principalmente a dos razones. De un lado, porque aquella constituye un requisito *sine qua non* para que el acto administrativo sea eficaz; esto es, para que produzca consecuencias jurídicas creando nuevos derechos y obligaciones para el administrado (Blanquer Criado, D. V., 2023, p. 492)[2]; y, de otro lado, porque la notificación posibilita a la persona interesada a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizada en la Constitución Española

[1] Por todas, STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 12 de diciembre de 1997, recurso 2493/1992, FJ 5. En el ámbito académico, por todos, dando una idéntica definición (García Ureta, A., 2023, p. 155).

[2] El art. 40.1 LPACAP establece que: «El órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos.»

ISBN: 978-84-7777-740-3

(CE)[3]; que, una vez conocido el contenido del acto, el individuo pueda defender sus derechos e intereses[4].

Esto se evidencia, de forma notable, en el derecho de la persona a reaccionar e impugnar la decisión de la Administración a través de los recursos legalmente previstos. De ahí que la doctrina científica haya señalado que la persona interesada goza de lo que se ha dado en llamar «derecho a la tutela administrativa efectiva sin indefensión, lo cual requiere que no se menoscabe por la Administración ningún elemento instrumental de defensa» (De Diego Díez, L. A., 2011, p. 16). En definitiva, la notificación es un instrumental capital del derecho de defensa de la persona interesada[5].

La práctica de las notificaciones puede realizarse de dos formas distintas: en papel o por medios electrónicos. Estas difieren de aquellas por el medio o cauce a través del cual se envían, se reciben y se accede a ellas (Cubero Marcos, J. I., 2019, pp. 43-44). Mientras que, en términos generales, las de papel se realizan en el domicilio de la persona interesada[6], las electrónicas se ponen a disposición de esta en la sede electrónica de la administración competente o en la dirección electrónica habilitada única[7].

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ha consagrado y regulado como «novedad muy positiva» el aviso complementario en el art. 41.6, que venía cursándose para las notificaciones electrónicas, pero sin un respaldo legal explícito (Míguez Macho, L., 2021, p. 430).

De conformidad con dicha disposición legal:

> «Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las administraciones públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que este haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la administración u organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única».

---

3 De conformidad con el art. 24.1 CE: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

4 Por todas, STC 216/2002, FJ 2.

5 Por todas, STC 55/2003, FJ 2. A tenor del art. 24.2 CE: «Asimismo, todos tienen derecho (…) a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Es doctrina inveterada del intérprete supremo del texto constitucional de que estas garantías son trasladables, con algunas peculiaridades, a los procedimientos sancionadores. Por todas, SSTC 18/1981, FJ 2, y 181/1990, FJ 6.

6 Art. 42.2 LPACAP.

7 Art. 43.2 LPACAP.

La positivización expresa del aviso se fundamenta en garantizar una mayor seguridad jurídica de la puesta a disposición de las notificaciones electrónicas (Borrachina, Andrés, A. M., 2021, p. 2)[8]. Dicho de otro modo, que, a través de este, la persona interesada conozca previamente y no de forma sorpresiva o subrepticia que la administración ha puesta a su disposición una notificación electrónica.

El legislador ha introducido en el último inciso del art. 41.6 LPACAP una «distorsionadora»[9] cláusula que dice lo siguiente: «La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida». Si el envío del aviso se configura como un deber jurídico para la Administración (y, correlativamente, como un derecho en manos de la persona interesada) según se acaba de indicar, ahora esta disposición neutraliza por completo dicho mandato al despachar de forma apodíctica que la ausencia de este no afecta, en modo alguno, a la validez de las notificaciones practicadas.

Después de una década de la entrada en vigor de la LPACAP, se observa que la desafortunada redacción de este precepto ha generado dos problemas jurídicos:

Por una parte, en los foros académicos la mayoría de los autores han sostenido que aquella disposición es incompatible con algunos valores y principios que conforman el ordenamiento jurídico-administrativo como el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, la confianza legítima (Álvarez Barbeito, P., 2022, p. 37); la prohibición de discriminación —ya que en las notificaciones postales se deja aviso en papel en el buzón de correos para retirar la notificación— (Pleite de Guadamillas, F., 2023, p. 3); el derecho de defensa (Sánchez Morón, M., 2025, p. 557); o, en fin, el principio de proporcionalidad[10]. Por ello, no puede extrañar que se haya defendido que

---

8 En la exposición de motivos de la LPACAP se dice que el aviso se realizará «siempre que esto sea posible».

9 Se toma la expresión del voto particular del magistrado Juan Antonio Xios Ríos a la STC 6/2019, de 17 de enero, sobre el art. 152.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya redacción es idéntica a la del art. 41.6 *in fine* para el supuesto de las notificaciones procesales.

10 ¿Cómo y cuándo puede una persona, sin un aviso previo, cerciorarse de que se ha puesto a su disposición una notificación electrónica? Asumiendo la carga de estar periódicamente consultando los buzones de sedes electrónicas o direcciones habilitadas de las administraciones (Cotino Hueso, L., 2021, p. 12). Esta carga de estar pendientemente hiperconectados a los portales digitales sería, en efecto, desproporcionada, porque se sacrifica por completo el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y el derecho de defensa (art. 24.2 CE) de la persona interesada a costa del principio de eficacia administrativa (art. 103 CE) sin que medie un razonable equilibrio entre los intereses contrapuestos, ni se admitan excepciones (*v. gr.* para los procedimientos en los que se imponga un acto de gravamen o los iniciados de oficio). Ello resulta contrario a los principios de concordancia práctica; de proporcionalidad y el de la interdicción de la arbitrariedad de la administración *ex* art. 9.3 CE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

aquella norma debe ser objeto de una necesaria y urgente reforma (Gallardo Castillo, M. J., 2024, pp. 30-33.) o que "tendría que ir a parar inexcusablemente a su «cárcel de papel"» (Fernández Rodríguez, T. R., 2015, p. 367).

Por otra parte, la interpretación y aplicación de la norma ha generado cierto aumento de litigiosidad en los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) cuya respuesta paradójicamente no ha sido uniforme[11]. La mayoría de los supuestos se refieren a demandas interpuestas por entidades mercantiles ante la Administración, debido a que esta no había remitido el aviso previo de las notificaciones electrónicas practicadas.

En suma, la cuestión que se plantea en relación con el aviso es el de determinar su categoría legal. La naturaleza jurídica de las instituciones es, ante todo, una actividad interpretativa dirigida a «calificar jurídicamente un hecho que tiene, o espera a tener presencia en el ordenamiento» (De la Hera, A., 1989, p. 142).

En relación con este extremo han sido dos las categorías legales exploradas en la doctrina:

Por una parte, aquella que sostiene que el aviso es un acto de carácter meramente informativo y autónomo de la notificación incapaz de incidir en la eficacia o validez de esta. Esta sería la forma en la que habría categorizado el legislador al aviso en el art. 41.6 *in fine* LPACAP (Navarro Egea, 2020, p. 47). Esta exégesis restrictiva se basaría en una lectura literal o gramatical del citado precepto.

---

11 Valga como botón de muestra dos resoluciones dictadas el mismo año y mes. La Sentencia 201/2018 del TSJ del País Vasco, mediante una interpretación literal del art. 41.6 *in fine* LPACAP, rechaza que la ausencia del aviso complementario pueda conllevar la nulidad de las notificaciones practicadas. En el caso de autos, la Administración no había avisado previamente al recurrente sobre la necesidad de realizar (tras la entrada en vigor de una norma foral) de forma electrónica y no en papel las reclamaciones económicas respecto al valor catastral de una serie de vehículos. Como no conocía las notificaciones que se le practicaron, se le pasó el plazo para realizar dicho trámite, ya que el art. 43.2 LPACAP señala que pasados diez días desde que la notificación es puesta a disposición del administrado sin que acceda a su contenido, se entiende que ha sido rechazada. En consecuencia, aquellas fueron archivadas. Para el Tribunal, el aviso es meramente facultativo y no preceptivo y tiene un valor meramente informativo.

Por el contrario, el TSJ de Cataluña en la Sentencia 579/2018 asume un prisma jurídico bien diferente para resolver esta problemática. En el marco de un procedimiento de liquidación del impuesto de sociedades, todas las actuaciones fueron practicadas mediante un aviso previo con la excepción referida a la notificación de la liquidación provisional, la más trascendente. Para el órgano citado, ello implica la vulneración del principio de confianza legítima y de buena fe, ya que el obligado tenía la legítima creencia de que cada nueva actuación tributaria iba a ser objeto de un nuevo aviso para, a partir de ese momento, acceder a la dirección electrónica habilitada y recepcionar así las notificaciones electrónicas. De ahí que la resolución anule la decisión de la Administración y retrotraiga las actuaciones con el objeto de que el actor pueda interponer el recurso de reposición que se estima en plazo.

Por otra parte, aquella que estima que el aviso constituye una garantía o derecho procedimental de la persona interesada reconocido en el art. 24 CE cuya ausencia de envío podría incidir en la validez o eficacia de las notificaciones electrónicas practicadas. Bajo este prisma, naturalmente, notificación y aviso se hallan enlazados, ya que un defecto en la práctica de este último impide que el interesado pueda acceder al contenido de las notificaciones. Esta es la tesis adoptada por la mayoría de la doctrina científica (Martín Delgado, I., 2017, pp. 2082-2083; López Donaire, B., 2021, p. 354; García de Enterría E., y Ramón Fernández, T., 2022, pp. 634-635) la cual se considera correcta.

Este escrito tiene como finalidad examinar cuál es la posición que ha adoptado la jurisprudencia de las más altas instancias jurisdiccionales respecto a la categorización legal del aviso complementario. Se trata de un asunto que tiene una indudable enjundia, ya que dependiendo de cuál sea la naturaleza legal que se asigne al aviso, distintas serán también las consecuencias jurídicas que se ocasionen en el binomio persona interesada/administración para el ámbito de las notificaciones.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL AVISO DE NOTIFICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Las sentencias objeto de estudio que abordan directamente esta problemática serán analizadas atendiendo a un criterio cronológico, dado que de esta manera se observa y se comprende mejor la evolución y modificación que ha tenido esta temática en la más reciente línea jurisprudencial.

1. La STC 6/2019

El proceso de categorización legal del aviso comienza con la STC 6/2019[12], si bien referida a las comunicaciones procesales que se practican en el sistema LexNET para los profesionales de la administración de justicia. Esta resolución legal resuelve la cuestión de inconstitucionalidad[13]en relación con el último inciso[14] del art. 152.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)[15] cuya redacción es idéntica a la prevista en el art. 41.6 *in fine* LPACAP:

> El destinatario deberá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para

12 STC 6/2019, de 17 de enero de 2019.

13 Cuestión de inconstitucionalidad 3323-2017 planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

14 Redacción dada por el artículo único, apartado diecisiete, de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

15 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

ISBN: 978-84-7777-740-3

> informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación correctamente efectuada sea considerada plenamente válida.

El Alto Tribunal considera que el aviso es «un acto procesal de carácter accesorio, que ayuda o facilita el conocimiento del hecho de haberse practicado un acto de comunicación». Pero no constituye una comunicación, debido a que el aviso carece de las garantías de autenticidad que se predican para aquellas[16]. Resaltada esta dicotomía entre aviso y comunicación, el TC señala que a la omisión del aviso no se le puede trasladar la doctrina constitucional sobre el derecho a no padecer indefensión del art. 24.1 CE; el derecho a la tutela judicial efectiva, al ser un derecho de configuración legal, solo puede aplicarse a las comunicaciones que haya regulado el legislador en la LEC[17], entre las que no se encuentra el aviso[18].

Esta exégesis es sumamente restrictiva y formalista, porque descarta, de forma absoluta, que en la práctica puedan existir situaciones de indefensión para el interesado. Dicho de otro modo, esta premisa no admite ninguna excepción o modulación de las consecuencias que pueda tener la ausencia de la emisión del aviso para el interesado, lo cual puede considerarse grave desde la perspectiva del derecho de defensa *ex* art. 24.2 CE.

Por esa razón, se considera más acertada la tesis que asume el voto particular del magistrado Xiol Ríos[19] para quien el aviso ha sido configurado normativamente por el legislador como una «facultad» o una «potestad» de la parte procesal que tiene su correlativa obligación del órgano judicial de enviar imperativamente aquel cuando se haya puesto a su disposición una comunicación procesal. A juicio del magistrado, la regulación del art. 152.2 LEC es contraria al texto constitucional, puesto que afecta al haz de garantías procedimentales y a la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE. Según sus acertadas palabras, «si hay un principio general de razonabilidad en

---

16 STC 6/2019, de 17 de enero de 2019, FFJJ 5. y 6.

17 El art. 149 LEC enumera cuáles son los actos procesales de comunicación: 1. Notificaciones, cuando tengan por objeto dar noticia de una resolución o actuación. 2. Emplazamientos, para personarse y para actuar dentro de un plazo. 3. Citaciones, cuando determinen lugar, fecha y hora para comparecer y actuar. 4. Requerimientos para ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad. 5. Mandamientos, para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, notarios, o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. 6. Oficios, para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en el número anterior.

18 STC 6/2019, de 17 de enero de 2019, FJ 6.

19 Voto particular del magistrado José Antonio Xiol Ríos a la STC 6/2019.

el derecho —o, por más decir, de justicia en el sentido en que el art. 1.1 CE lo reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico—, ese es el que no puede pretenderse que el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación recaiga sobre la parte no incumplidora». Y añade: «ese irrazonable desplazamiento del perjuicio del incumplimiento por parte del Estado al ciudadano usuario del sistema de la administración de justicia, solo puede calificarse como una arbitrariedad cuya interdicción para los poderes públicos queda establecida en el art. 9.3 CE».

2. La STS 610/2022

Adentrándonos en el ámbito de las notificaciones electrónicas que se practican en el procedimiento administrativo, la siguiente resolución que se pronuncia sobre esta cuestión es la STS 610/2022[20], que resuelve el recurso de casación interpuesto frente a varios preceptos del 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).

En lo que aquí importa, los recurrentes impugnan, por vulneración del derecho de defensa, el segundo párrafo del art. 43 RAFME, que en sintonía con lo preceptuado en el art. 41.6 *in fine* LPACAP establece lo siguiente: «La falta de práctica de este aviso, de carácter meramente informativo, no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida».

El Alto Tribunal sobre la base de la doctrina fijada por la STC 6/2019 y mediante una lectura gramatical del párrafo segundo del art. 43 RAFME señala que la dicción «[l]a falta de práctica del aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida» no vulnera el derecho de defensa ni pone en riesgo las garantías procedimentales, ya que aquel solo tiene un carácter meramente informativo. Añade al respecto que, el aviso «constituye un mero recordatorio remitido a la sede electrónica del interesado pendiente de la notificación de un acto administrativo, que, en ningún caso exime a la Administración pública de notificar dicho acto en legal forma, de modo que quede constancia en las actuaciones de la remisión y la recepción íntegra de la resolución administrativa, así como del momento en que se hicieron[21]».

Esta interpretación que realiza la Sala es criticable:

De un lado, porque no justifica jurídicamente por qué la ausencia de la emisión del aviso, a pesar de tener un carácter informativo, no pone en

20 STS, Sala tercera de lo Contencioso-administrativo, 610/2022, de 25 de mayo de 2022, recurso de casación 163/2021.

21 *Ibidem*, FJ 3.

ISBN: 978-84-7777-740-3

riesgo las garantías procedimentales o el derecho de defensa. Como se verá en las siguientes resoluciones no es cierto este aserto del tribunal. Puede, en efecto, ocurrir que la ausencia de remisión del aviso coloque a la persona interesada en situaciones reales de indefensión. Precisamente, la consagración normativa del deber de enviar el aviso se fundamenta en evitar que la persona interesada padezca indefensión y no al revés.

De otro lado, porque el TS salva la constitucionalidad del mentado inciso desligando el aviso de la notificación, la cual, si se lleva a cabo conforme a las solemnidades previstas legalmente, la persona interesada no padecería de indefensión. La paradoja es que la Administración puede practicar una notificación electrónica respetando los requisitos legales de la LPACAP y el RAFME pero omitir el aviso. Desde la perspectiva del derecho a la defensa *ex* art. 24.2 CE, ello coloca a la persona en una clara situación de indefensión, ya que el individuo no será conocedor de la existencia o pendencia de una notificación electrónica. Además, dado el fugaz plazo que establece la LPACAP para considerarse por realizada la notificación[22], esta surtirá efectos jurídicos en dicho momento lo que se traduce en que comenzarán a correr los plazos para la interposición de los recursos con el riesgo de que este se convierta eventualmente en extemporáneo. Se insiste todo ello sin conocimiento alguno por parte del administrado, salvo que se entienda que existe un inconstitucional deber o carga de consultar periódicamente el buzón de la sede electrónica (Sobre el carácter y naturaleza del aviso, 2022, p. 4). Ello requeriría que aquel estuviera constantemente conectado hasta que la Administración decidiera, cuando estimase oportuno, poner a disposición de la persona interesada la notificación electrónica. Esta tesis es inadmisible, ya que supone privilegiar o beneficiar a la parte incumplidora de la relación jurídico-administrativa y a la vez perjudicar a la parte cumplidora, lo cual constituye una ruptura del precario equilibrio que ya existía entre potestades administrativas y garantías ciudadanas (Gómez Fernández, D., 2022).

3. La STC 84/2022

Por fortuna, con la STC 84/2022[23] se produce un punto de inflexión importante respecto a la categorización legal del aviso de notificación.

El intérprete supremo del texto constitucional enjuicia el caso de un empresario dedicado al transporte de mercancías a quien la Administración le requirió que aportara los discos-diagramas de los tacógrafos instalados en

22 Art. 43.2 LPACAP, párrafo segundo: «Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido».

23 STC 84/2022, de 27 de junio de 2022.

sus vehículos. Sin embargo, para relacionarse electrónicamente con la Administración y recibir el aviso de notificación, el recurrente facilitó de forma caligráficamente errónea su correo electrónico (<jaun1999@hotmail.com> en vez del correcto <javn@hotmail.com>).

Naturalmente, ello originó que todos los avisos de notificación que se le mandaron no pudieran ser recibidos y, en consecuencia, tampoco pudiera acceder al contenido de las notificaciones puestas a su disposición en la dirección electrónica habilitada asignada (la de creación de esta; el citado requerimiento; la incoación del expediente sancionador; la resolución sancionadora; y la providencia de apremio). Como quiera que el demandante no consiguió acceder al requerimiento, fue sancionado con una multa de dieciséis mil euros. El recurrente acudió en amparo al TC alegando que la Administración había vulnerado su derecho de defensa previsto en el art. 24.2 CE.

El TC resolverá el supuesto bajo una doble premisa:

De un lado, anuda el defecto de la práctica del aviso directamente con la falta de acceso a las distintas notificaciones practicadas por la administración (Martín Delgado, I., 2022, p. 3). De ello se colige sin dificultad alguna que el aviso tiene según el TC «una particular relevancia[24]» para que el interesado acceda al contenido de las notificaciones y ejercer, de esta forma, el derecho de defensa (González de Zárate Lorente, R., 2024, p. 295)[25]. Esta tesis tiene una indudable enjundia, puesto que a diferencia de lo que aconteció en la STC 6/2019, esta vez, el TC se aleja de la dicción literal del art. 41.6 *in fine* LPACAP y realiza «una suerte de modificación legislativa o interpretación de la normativa existente al texto constitucional» (Cubero Marcos, J. I., 2025, p. 127).

De otro lado, erige al principio de buena fe como parámetro normativo a la hora de dilucidar quién de las partes (persona interesada y Administra-

---

24 *Ibidem*, FJ 4.: «(…) afirmamos que la falta de recepción de los avisos de notificación adquieren particular relevancia (…) porque esa circunstancia impidió al recurrente tener conocimiento de la asignación de oficio de una dirección electrónica habilitada; de que, a través de ese medio fue requerido para que aportara la información reflejada en los antecedentes de esta resolución; y finalmente, de que, ante la falta de respuesta por su parte, le fue incoado un procedimiento sancionador, respecto de cuya tramitación y resolución final fue desconocedor hasta la apertura de la vía de apremio». Y más adelante añade: «(…) consideramos que la actividad desplegada por la administración no ha sido respetuosa con el derecho de defensa y el derecho a ser informado de la acusación que se reconocen en el art. 24.2 CE».

25 En el mismo sentido, se pronuncia la STS 1973/2024, FJ 5, cuando analiza la citada resolución judicial del intérprete supremo del texto constitucional: En efecto, en la Sentencia 84/2022, de 27 de junio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las consecuencias de la falta de aviso de puesta a disposición de las notificaciones electrónicas, poniendo de relieve su directa relación con los derechos fundamentales a la defensa y a ser informado de la acusación, garantizados por el artículo 24.2 de la CE.

ISBN: 978-84-7777-740-3

ción) ha quebrado el deber de diligencia exigible en la relación jurídico-administrativa del deber de enviar/recibir el aviso complementario (García-Valdecasas Dorrego, M. J., 2022, p. 4).

El TC terminará balanceando a favor del demandante en amparo, porque la conducta de este no es equiparable a su «impericia, indiligencia o descuido». Es, en efecto, la Administración quien «debería haber desplegado una conducta tendente a lograr que las mismas (las notificaciones) llegaran al efectivo conocimiento del interesado». Y añade: «No consta que aquella (la Administración) realizara ninguna labor de verificación, a fin de asegurarse de que esa dirección correspondía realmente al demandante y, en consecuencia, en ella iba a poder recibir los avisos que ulteriormente le fueran remitidos[26]».

Por ello, el Alto Tribunal concluye que se ha vulnerado el derecho fundamental a la defensa y a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE), declara nulas todas las decisiones adoptadas en instancia y retrotrae las actuaciones al momento anterior del requerimiento acordado por la Administración, a fin de que este se haga de forma respetuosa con el derecho fundamental a la defensa[27]; es decir, que se practique una nueva notificación del requerimiento mediando el correspondiente aviso previo al correo electrónico correcto del actor.

En suma, la mayor enseñanza que cabe extraer de esta resolución judicial es sumamente fecunda y garantista para los derechos del interesado en el procedimiento administrativo: que la ausencia de emisión del aviso complementario tiene trascendencia jurídica a diferencia de lo que indica el art. 41.6 LPACAP; o, en otras palabras, que aquel no es un adorno jurídico carente de consecuencias legales. Constituye una garantía que hace efectivo el derecho de defensa previsto en el art. 24.2 CE, dado que, si no se manda el aviso, la persona interesada no puede tener conocimiento de las notificaciones practicadas. Ello acarrea naturalmente la invalidez e ineficacia de estas para que se vuelvan a efectuar de forma correcta, esto es, mediando el correspondiente aviso previo.

Esta renovadora doctrina constitucional debería aplicarse, como poco, a los procedimientos iniciados de oficio por la Administración, así como a aquellos actos administrativos de gravamen o desfavorables para el administrado. Ello constituye, desde luego, una exigencia jurídica mediante una exégesis analógica del caso estudiado.

Con todo, a pesar de que esta jurisprudencia es positiva, es poco ambiciosa y guarda cautela. El error que se le puede reprochar es que debió

26 STC 84/2022, de 27 de junio de 2022, FJ 4.

27 *Ibidem*, FJ 5.

de haber planteado la autocuestión de inconstitucionalidad[28] para que el pleno declarase inconstitucional el último inciso del art. 41.6 LPACAP por vulneración de la proscripción de la indefensión (art. 24.1 CE) así como el derecho de defensa (art. 24.2 CE).

4. La STS 1973/2024

La STS 1973/2024[29] alude al caso de una entidad mercantil que presentó en formato papel ante la administración tributaria una autoliquidación por la compra de quince plazas de aparcamientos sujetas a varios impuestos. La Administración comunicó a la empresa mediante correo certificado el inicio del procedimiento de comprobación de valor.

No obstante, semanas después, la Administración cambió de forma sobrevenida el sistema de notificación (de papel a electrónico) sin enviar el aviso previo respecto al cambio de proceder. En vista de ello, la Administración puso a disposición de la entidad mercantil una dirección electrónica habilitada en la que practicó las notificaciones de liquidación y la de providencia de apremio, pero estas se consideraron automáticamente rechazadas dado el fugaz plazo que establece la LPACAP al respecto (diez días)[30]. Asimismo, dado que no conoció el cambio del sistema de las notificaciones, naturalmente, no pudo recurrir en plazo los citados actos administrativos.

La cuestión de interés casacional que plantea el recurso se contrae a determinar «si un cambio en el sistema de notificaciones realizado por la Administración pública en relación con un interesado y en un mismo procedimiento sin aviso previo sobre el cambio de proceder, que suponía dejar de practicar las notificaciones por correo certificado es jurídicamente admisible y respetuoso con los principios de confianza legítima y vinculación de la Administración con sus actos propios o, por el contrario, comporta una indefensión para el administrado, en la medida en que este no conoció la causa y la variación del sistema de notificación y no pudo ac-

---

28 Art. 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: «En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes».

29 STS 1973/2024, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 17 de diciembre de 2024, recurso de casación 3605/2023.

30 El art. 43.2 párrafo segundo establece que «[c]uando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido».

ISBN: 978-84-7777-740-3

ceder al contenido de lo notificado y recurrir los actos que constituían su objeto»[31].

El TS, tras el dictamen de la STC 84/2022 se ve obligado a completar su jurisprudencia relativa a las notificaciones electrónicas, ya que aquella resolución introduce «nuevas consideraciones sobre el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, previsto en el artículo 24.1 CE en relación con las notificaciones electrónicas[32]». Por ello en los foros académicos se ha dicho con acierto que este fallo «se incardina dentro de un nuevo corpus doctrinal» (Pérez Pombo, E., 2025, p. 268) si se compara con su precedente, la STS 610/2022.

Así las cosas, la nueva doctrina constitucional servirá como normativa aplicable para resolver el caso objeto de enjuiciamiento. Para el Tribunal, esta línea hermenéutica, la cual considera «renovadora», «exige ponderar los niveles de diligencia de la administración tributaria y del obligado» en orden a analizar si se ha conculcado o no el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)[33].

Aplicando la doctrina constitucional al caso, en relación con el administrado, descarta que este haya tenido una actitud poco diligente. Para ello diferencia la circunstancia que se da en la resolución judicial con otros casos enjuiciados en los cuales el interesado conocía y sabía de forma indubitada acerca de la existencia de una dirección electrónica habilitada[34].

Será la administración demandada a quien el tribunal de casación imputará la vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, puesto que la ausencia del aviso del cambio del sistema de notificaciones: a) hacía necesario que la Administración realizase alguna verificación a fin de cerciorarse de que el obligado tributario había recibido las notificaciones; b) generó una expectativa razonable para el interesado de que las subsiguientes notificaciones lo serían por la misma vía, esto es, por correo certificado; y c) impidió al recurrente conocer la asignación de una dirección electrónica habilitada, lo cual imposibilitó que tuviera conocimiento de las notificaciones practicadas. Por ello, la sala concluye que la Administración ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizada en el art. 24.1 CE[35].

---

31 STS 1973/2024, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 17 de diciembre de 2024, FJ 4.

32 *Ibidem.*

33 *Ibidem*, FJ 5.

34 SSTS 1927/2017, de 11 de diciembre de 2017, recurso de casación 2436/2016; 1830/2017, de 28 de noviembre de 2017, recurso de casación 3738/2015.

35 STS 1973/2024, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 17 de diciembre de 2024, FJ 6.

Como cabe observar, fácilmente puede colegirse que el defecto de la práctica del aviso conlleva no solo la imposibilidad de que la persona interesada pueda tener acceso al contenido de las notificaciones practicadas, sino que también implica infligir el principio de confianza legítima. Todo ello acarrea que el administrado se vea privado de ejercer su derecho de defensa y, por ende, se le coloque en una grave situación de indefensión. De ahí que la ausencia de la emisión del aviso complementario sí tenga consecuencias a diferencia de lo que sostiene la distorsionadora cláusula final del art. 41.6 LPACAP; al confirmar el TS la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía y anular las demás decisiones de instancia, se invalidan lógicamente todas las notificaciones que la administración puso a disposición del recurrente en una fantasmal dirección electrónica habilitada que en ningún momento conoció.

5. La jurisprudencia más reciente de los Tribunales Superiores de Justicia avala la nueva línea doctrinal

En las decisiones de las Salas de lo Contencioso-administrativo de algunos TSJ se ha abrazado la fecunda y renovadora línea jurisprudencial confeccionada por el TC y el TS.

Dos son, en efecto, los dictámenes que se han pronunciado respecto a esta cuestión y que tienen singular interés.

a) La STSJ de Islas Baleares 70/2023[36]

La resolución judicial se refiere a una entidad mercantil que realizó una solicitud de subvención y facilitó a la Administración un correo electrónico para que esta le enviase los avisos previos de las notificaciones electrónicas que se pondrían a su disposición a lo largo del procedimiento. La Administración le requirió para que subsanara unas deficiencias que contenía la solicitud, pero no le mandó el correspondiente aviso complementario al correo electrónico. La empresa, al no tener constancia de la notificación practicada, no efectuó dicho trámite en el plazo que prevé la LPACAP, por lo que se le tuvo por desistida[37]. La entidad alegó ante el tribunal que había sufrido inde-

36 STSJ de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, 70/2023, de 31 de enero de 2023, recurso de casación 103/2020.

37 El art. 68.1 LPACAP establece que «Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66, y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21».

ISBN: 978-84-7777-740-3

fensión, porque no se le dio la oportunidad de subsanar la solicitud. Por su parte, la Administración se apoyó en la perversa cláusula del art. 41.6 *in fine* LPACAP según la cual no se deriva consecuencia jurídica alguna por la ausencia de la emisión del aviso previo.

El órgano citado, comienza categorizando al aviso como «una más de las condiciones generales» para la práctica de las notificaciones; es decir, para asegurar que la persona interesada tenga la posibilidad real de acceder y conocer la notificación, se ha previsto en el art. 41.6 LPACAP precisamente el envío del aviso[38].

A continuación, el TSJ emplea un doble razonamiento jurídico para acoger la pretensión de la actora:

De un lado, realiza una interpretación sistemática del art. 41.6 *in fine* LPACAP de acuerdo con los principios y derechos consagrados en el texto constitucional para determinar cuándo queda demorada la eficacia de la notificación electrónica por la ausencia del aviso. Para el tribunal, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho fundamental a la no indefensión (art. 24.1 CE) exigen que la previsión de que «la falta de aviso no impide que la notificación sea considerada plenamente válida» ha de entenderse que comprende «todos los casos en los que la administración actuante pueda justificar que la falta de aviso no ha ocasionado una experiencia de indefensión del interesado[39]». Esta tesis resulta capital; se impone a la Administración la carga de probar que la ausencia del aviso no ha ocasionado indefensión al interesado. Si no lo hace, la notificación electrónica no tiene eficacia, y, por ende, el plazo de diez días de subsanación no comienza a correr hasta que la Administración no envíe el correspondiente aviso.

De otro lado, la Sala de lo Contencioso estima que la práctica del aviso se ha configurado legalmente como un deber jurídico que se incluye en el principio de buena administración como una garantía procedimental en materia de notificaciones[40].

El TSJ concluye afirmando que «faltando acceso a la notificación, eludido el envío del aviso y faltando justificación de que se tuvo verdaderamente conocimiento de la notificación[41]», la entidad afectada ha sufrido una experiencia real de indefensión *ex* art. 24.1 CE. Por consiguiente, el tribunal ordena a la administración a que proceda a efectuar de nuevo el requerimiento de subsanación (lo que incluiría lógicamente el aviso) y continúe el trámite del procedimiento conforme a Derecho.

---

38 STSJ de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, 70/2023, de 31 de enero de 2023, recurso de casación 103/2020, FJ 2.

39 *Ibidem*, FJ 2.

40 *Ibidem*, FJ 3.

41 *Ibidem.*

Aunque la sala no lo diga expresamente, la notificación no solo ha de considerarse ineficaz, sino también nula por vulneración del derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva sin indefensión y los principios de seguridad jurídica y de buena administración (art. 47.1.a) LPACAP), no en vano, el nuevo requerimiento debe efectuarse conforme a derecho.

b) La STSJ de la Región de Murcia 396/2025[42]

Esta sentencia versa sobre un procedimiento de comprobación de un tipo de gravamen a una empresa en el que la Administración no efectuó ningún aviso previo respecto a las notificaciones electrónicas practicadas (la del requerimiento por el que se iniciaba el procedimiento; la de la liquidación y la de la providencia de apremio).

Como el trámite del proceso se hallaba en fase de apremio, el tribunal debía dilucidar si la ausencia de aviso previo respecto a la notificación de la providencia de apremio por la que se embargaron unas cuentas bancarias de dicha entidad mercantil vulneraba o no el derecho de la empresa a la tutela administrativa efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

La sala estimó el recurso de la demandante apoyándose en la jurisprudencia constitucional examinada en este escrito[43] así como en la interpretación realizada por algunas sentencias de la Audiencia Nacional (AN)[44] del art. 41.6 *in fine* LPACAP. En síntesis, los argumentos jurídicos reflejados en la parte dispositiva del fallo son los siguientes[45]. Primero, una interpretación lógica y sistemática de dicha disposición que evite el absurdo jurídico lleva a entender que la indefensión que pueda padecer la persona interesada se halla condicionada a que esta acceda al contenido de la notificación electrónica a pesar de la omisión del aviso. En caso afirmativo, la notificación sería considerada plenamente válida. De lo contrario, la omisión del aviso podría generar indefensión en el administrado, porque la Administración habría prescindido de «un elemento de capital importancia» para que la notificación llegue a buen fin; es decir, habría omitido «una actuación prevista imperativamente en la ley que garantiza el acceso al conocimiento de la resolución». Segundo, el efecto que prevé el precepto objeto de estudio solo puede predicarse respecto a las notificaciones que hayan sido debidamente recibidas por la persona interesada. Tercero, la previsión legal citada no impide que las circunstancias o elementos que

---

42 STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, núm. 396/2025, de 2 de octubre de 2025, recurso de casación núm. 422/2023.

43 Véase *supra* el epígrafe II.3 de este estudio.

44 SSAN de 7 de abril de 2022, recurso 190/2021; y de 19 de abril de 2023, recurso 97/2019.

45 STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, 396/2025, de 2 de octubre de 2025, FJ 3.

ISBN: 978-84-7777-740-3

concurran en el caso de que se trate puedan incidir en la invalidez de las notificaciones electrónicas.

Tras lo indicado, el órgano, con gran acierto, concluye afirmando que la falta de aviso coloca a la recurrente en una situación de indefensión *ex* art. 24.1 CE y, en consecuencia, anula la diligencia de embargo.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de una década de la entrada en vigor de la LPACAP, la regulación referida a los efectos que la ausencia del envío del aviso puede ocasionar en las notificaciones electrónicas constituye, sin duda, uno de los aspectos más controvertidos y polémicos de dicha ley. La razón principal se fundamenta en que el legislador no resolvió de forma satisfactoria esta cuestión.

Inicialmente la jurisprudencia se inclinó por realizar una lectura literal del art. 41.6 *in fine* LPACAP inaceptable desde la perspectiva del respeto a los derechos y principios constitucionales que conforman el ordenamiento jurídico administrativo (no indefensión; derecho a la defensa; seguridad jurídica; interdicción de la arbitrariedad o confianza legítima, entre otros). Si a la persona interesada no se le remitía el aviso previo, ello no incidía, en modo alguno, en la eficacia y validez de la notificación electrónica practicada. Ello significaba naturalmente el establecimiento implícito de una inconstitucional carga para el administrado de consultar diariamente la sede electrónica para saber si se había puesto a su disposición la correspondiente notificación so pena, en caso contrario, de verse privado de interponer los recursos legalmente previstos por el rechazo automático del plazo de caducidad de diez días previsto en la LPACAP.

Con el dictamen de la STC 84/2022 cambia esta inquietante situación y se da paso a un escenario más esperanzador para los derechos de la persona interesada en el procedimiento administrativo. Se trataba ciertamente de una resolución necesaria; mantener la antigua exégesis era insostenible para la garantía de los derechos fundamentales de no indefensión y de defensa. Esta fecunda línea doctrinal, acogida también por el TS y los TSJ, se aparta de la literalidad de aquel precepto y estima que la ausencia del aviso complementario puede en ocasiones afectar a dichos derechos de tal forma que el defecto del aviso sí puede incidir en la eficacia y validez de la notificación electrónica. De esta manera, el aviso es categorizado como una garantía que asiste al administrado en la práctica de las notificaciones. Esta tesis supone un avance para los derechos de la persona interesada en el procedimiento administrativo. Es el camino que ha de seguirse y consolidarse. Ahora bien, falta por realizar un último paso: que el TC declare que el art. 41.6 *in fine* LPACAP es contrario al texto constitucional y que el legisla-

dor corrija y, por consiguiente, realice una nueva redacción de esta norma en coherencia con la renovadora jurisprudencia: que la validez de las notificaciones electrónicas practicadas en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada se condiciona al preceptivo envío del aviso previo a la persona interesada.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2022). «Notificaciones tributarias electrónicas: principales controversias derivadas de su práctica». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 467, pp. 5-50.

ANDRÉS PÉREZ, M. R. (2006). *La notificación y publicación de los actos administrativos*. Bosch.

BLANQUER CRIADO, D. V. (2023). *Introducción al derecho administrativo: teoría y 150 casos prácticos resueltos*. Tirant lo Blanch.

BORRACHINA ANDRÉS, A. M. (2021). «Régimen de comunicaciones y notificaciones: algunas soluciones a viejos problemas». *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, pp. 1-12.

COTINO HUESO, L. (2021). «La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas en las notificaciones electrónicas». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 57, pp. 1-47.

CUBERO MARCOS, J. I. (2019). «Notificaciones electrónicas practicadas por correo electrónico, buena fe y la efectiva aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas». *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 32, pp. 43-67.

CUBERO MARCOS, J. I. (2025). «Las notificaciones y las comunicaciones electrónicas». En J. I. CUBERO MARCOS (dir.), *Administración electrónica y derechos de las personas. Cuestiones controvertidas* (pp. 125-169). Atelier.

DE DIEGO DÍEZ, L. A. (2011). *Notificaciones administrativas por edictos. Patologías y deficiencias*. Tirant lo Blanch.

DE LA HERA PÉREZ-CUESTA, A. (1989). «Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia». En I. C. IBÁN (coord.), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa* (pp. 141-164). Edersa.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015). «Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas». *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 361-367.

GALLARDO CASTILLO, M. J. (2024). «Diez años desde la aprobación de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común: motivos para su reforma». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 237, pp. 1-56.

GARCÍA URETA, A. (2023). *Temas de Derecho administrativo*. Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo (I)*. Aranzadi.

GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M. J. (2022). «El TC declara que un trozo impreciso al escribir la dirección de correo electrónico, para comunicarse con la administración, no puede equipararse a la impericia o descuido del afectado». *Actualidad Administrativa*, núm. 10, pp. 1-4.

ISBN: 978-84-7777-740-3

GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. (3 de agosto de 2022). *La falta de envío del aviso electrónico y el procedimiento sancionador (STC 84/2022)* [blog]. Blog de Derecho Administrativo y Urbanismo.

GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, R. (2024). «Administración electrónica: balance y perspectivas». *Revista de Administración Pública*, núm. 224, pp. 271-306.

LÓPEZ DONAIRE, B. (2021). «Arts. 41-45». En C. CAMPOS ACUÑA (dir.), *Comentarios al Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos* (pp. 353-358). Wolters Kluwer.

MARTÍN DELGADO, I. (2017). «Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas». En E. GAMERO GARCÍA (dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico básico del sector público* (pp. 2123-2206). Tirant lo Blanch.

MARTÍN DELGADO, I. (7 de octubre de 2022). *La falta de práctica del aviso complementario no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida… o sí* [blog]. Blog de actualidad jurídica local.

MÍGUEZ MACHO, L. (2021). «Arts. 37-46». En C. CAMPOS ACUÑA (dir.), *Comentarios a la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (pp. 409-452). Wolters Kluwer.

NAVARRO EJEA, M. (2020). «Las notificaciones electrónicas obligatorias de los actos tributarios». *Revista Técnica Tributaria*, núm. 130, pp. 17-64.

PÉREZ POMBO, E. V. (2025). «El principio de confianza legítima y el derecho a la tutela judicial efectiva como límites a las notificaciones electrónicas. STS de 17 de diciembre de 2024, rec. núm. 3605/2023». *Revista Técnica Tributaria*, núm. 148, pp. 261-270.

PLEITE DE GUADAMILLAS, F. (2023). «Consecuencias de la ausencia de aviso en las notificaciones electrónicas». *Actualidad Administrativa*, núm. 1, pp. 1-4.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2025). *Derecho administrativo. Parte General*. Tecnos.

SOBRE EL CARÁCTER Y NATURALEZA DEL AVISO EN LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS (2022). *Actualidad Administrativa*, núm. 10, pp. 1-4.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Genero-indarkeriaren aurkako nazioarteko lankidetza-eredua: marko konbentzionalaren eta Europar Batasunaren araubidearen arteko artikulazioa

Maite Zelaia Garagarza

Konstituzio Zuzenbidea eta Europar Batasuneko Zuzenbideko irakasle agregatua
Euskal Herriko Unibertsitatea (EHU)
orcid.org/0000-0002-3747-9452

Aurkibidea. I. Planteamendua.—II. Emakumeen aurkako indarkeria eta etxeko indarkeria prebenitzeko eta borrokatzeko Europako arau-esparrua: esku hartzeko eremuaren mugapena eta sistema juridiko aplikagarrien artikulazioa.—III. Genero-indarkeriaren aurkako babesaren dimentsio transnazionala: nazioarteko lankidetza Istanbulgo hitzarmenean eta Europar Batasuneko Zuzenbidean: 1. Nazioarteko lankidetza bi klabetan. 2. Judizioz kanpoko lankidetza, erakundezko kapilaritatea ardatz hartuta. 3. Lankidetza judiziala, tutela indartua xede: a) Lankidetza judizialaren eredua. b) Ereduaren aplikazioa: Istanbulgo Hitzarmena, 2011/99/EB eta 2012/29/EB Zuzentarauak, eta 606/2013/EB Erregelamendua. 4. 2024/1385/EB Zuzentaraua, Europako lankidetza-sistemaren osagarri substantibo gisa.—IV. Ondorioak.—V. Bibliografia.

I. PLANTEAMENDUA

Emakumeen aurkako indarkeriaren eta etxeko indarkeriaren aurkako prebentzioari eta borrokari buruzko Europako Kontseiluaren Hitzarmena (aurrerantzean, Istanbulgo Hitzarmena edo Hitzarmena)[1] nazioarteko tresna juridiko lotesle garrantzitsuena da emakumeen aurkako indarkeriaren aurkako arauen artean. Bere garrantziaren muina da indarkeria hori giza eskubideen urraketa gisa ulertzen duela, generoan oinarritutako diskriminazio-modalitate gisa, eta emakumeen eta gizonen arteko botere-harreman historikoki desorekatuen adierazpen gisa, horrela ulermen erabat pribatua edo etxeko eremura mugatutakoa gaindituz. Ildo horretan, Istanbulgo Hitzarmena Zuzenbide antisubordiskriminatzailearen esparru gisa uler daiteke; izan ere, emakumeen aurkako indarkeria ez du gertakari isolatu edo indibidual gisa

[1] *Council of Europe Treaty Series,* 210 zkia.

ISBN: 978-84-7777-740-3

tratatzen, baizik eta emakumeen mendekotasun eta diskriminazio egituraz-koaren adierazpen gisa. Horrek esan nahi du Hitzarmenaren xedea ez dela soilik indarkeria-ekintza zehatzak prebenitzea eta zigortzea, baizik eta indarkeria hori ahalbidetzen eta erreproduzitzen duten genero-estereotipoak, botere-harremanak eta erantzun instituzionalen gabeziak eraldatzea ere[2].

Ikuspegi horretatik, Hitzarmenak Estatu partaideak behartzen ditu erantzun integral bat eraikitzera, funtsezko lau zutaberen inguruan egituratua: indarkeriaren prebentzioa, biktimen babesa eta laguntza, erantzuleen jazarpen penala eta politika publiko koordinatuak. Horrela, Istanbulgo Hitzarmenak gutxieneko arau-estandarrak ezartzen ditu, eta, aldi berean, maila anitzeko esku-hartze publikoaren eredu bat diseinatzen du, genero-indarkeriaren aurrean babes eraginkorra, homogeneoa eta kooperatiboa ziurtatzeko.

Hortaz, Istanbulgo Hitzarmena biktimak babesteko banakako tresna edo itun penal bat baino zerbait gehiago dela uler daiteke. Asmo handiagokoa da, genero-indarkeriari aurre egiteko nazioarteko gobernantza-eredu kooperatiboa eratzen baitu. Gobernantza kooperatiboaren ideia horrek esan nahi du hitzarmenak erantzukizun partekatuen sare bat artikulatzen duela Estatuen, agintari judizialen, polizia-kidegoen, gizarte-zerbitzuen, gizarte zibileko erakundeen, nazioarteko erakundeen, Estatuetako erakundeen eta jarraipen-mekanismo adituen artean[3].

Laburbilduz, esan daiteke Istanbulgo Hitzarmena nazioarteko gobernantza kooperatiboaren eredu aurreratua dela, genero-indarkeriaren aurkako borroka Estatuen, erakunde publikoen, gizarte zibilaren eta nazioarteko ikuskapen-mekanismoen arteko betebehar partekatu bihurtzen duelako, prebentzioa, babesa, jazarpen penala, lankidetza judiziala, datu-ekoizpena eta kanpo-kontrola uztartuz.

Lan honetan, Istanbulgo Hitzarmenak nazioarteko lankidetzan nola eragiten duen aztertuko dugu. Hain zuzen ere, Hitzarmenaren VIII. kapituluan txertatzen da nazioarteko lankidetza, dimentsio bikoitza hartzen duen tresna gisa: dimentsio zabala, judizioz kanpokoa, eta beste dimentsio espezifikoago bat, izaera judizialekoa. Hala, ikuspegi zibil eta penaletik indarkeria mota guztiak, biktimen babesa eta laguntza, Hitzarmenean ezarritako delituen ikerketa eta alderdien jurisdikzio-organoek emandako epai zibil eta penalen aplikazioa, babes-aginduak barne, prebenitu, borrokatu eta jazartzen saiatu behar duten neurriak jasotzen dira (62.1 artikulua). Horrez gain, Estatuek neurri egokiak hartu beharko dituzte bizilekua duten Estatua ez den beste Estatu baten lurraldean egindako delitu baten biktimek (Hitzarmena-

---

2 Gil Ruiz, Juana (2018). *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson.

3 De Vido, Sara; Frulli, Micaela (ed.) (2023). *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence: A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham UK & Northampton, Edward Elgar.

ren arabera ezarritakoa) salaketa aurkeztu ahal izan dezaten bizi diren Estatuko agintari eskudunen aurrean (62.2 artikulua). Kapitulu honetan bereziki garrantzitsua da Hitzarmena bera oinarri juridikoa izatea arlo judizialeko lankidetza gauzatzeko Estatuen artean sinatutako Trataturik ez dagoen kasuetan (62.3). Arauzko aginte-taula ixteko, Europar Batasuneko (aurrerantzean, EB) 2011/99/EB[4], 2012/29/EB[5] eta 2024/1385/EB[6] Zuzentarauak, eta 606/2013/EB Erregelamendua[7] genituzke. Guzti horiek izango ditugu hizpide datozen lerroetan.

II. EMAKUMEEN AURKAKO INDARKERIA ETA ETXEKO INDARKERIA PREBENITZEKO ETA BORROKATZEKO EUROPAKO ARAU-ESPARRUA: ESKU HARTZEKO EREMUAREN MUGAPENA ETA SISTEMA JURIDIKO APLIKAGARRIEN ARTIKULAZIOA

Ikuspegi material batetik, Hitzarmenaren VIII. kapitulua bat dator, argi eta garbi, EBren Askatasun, Segurtasun eta Justizia Esparrua (aurrerantzean, ASJE) osatzen duten eskumen eta politikekin. Esparru hori EBren Funtzionamenduari buruzko Tratatuaren (aurrerantzean, EBFT) V. tituluan dago araututa, eta EBren Tratatuaren (aurrerantzean, EBT) 3.2 artikuluak Batasunaren helburu bihurtu du[8]. Europako Kontseiluaren arau-esparrura jotzeak, aztergai dugun Hitzarmenaz gain, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenari (aurrerantzean, GEEH) eta Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren (aurrerantzean, GEEA) jurisprudentziari erreparatzea eskatzen du, bai GEEHren beraren interpretazioari dagokionez, bai Istanbulgo Hitzarmenari buruzko proiekzioari dagokionez[9]. Konplexutasun handiena, ordea, EBren eremuan suertatzen da. Izan ere, nazioarteko lankidetza da ASJEn garatutako politiken ardatzetako bat. Ondorioz, Hitzarmenak arlo horretan egiten

---

4 Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2011/99/EB Zuzentaraua, 2011ko abenduaren 13koa, Europako babes-aginduari buruzkoa.

5 Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2012/29/EB Zuzentaraua, 2012ko urriaren 25ekoa, delituen biktimen eskubideei, laguntzari eta babesari buruzko gutxieneko arauak ezartzen dituena.

6 Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2024/1385/EB Zuzentaraua, 2024ko maiatzaren 14koa, emakumeen aurkako indarkeriaren eta etxeko indarkeriaren aurka borrokatzeari buruzkoa.

7 Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 606/2013/EB Erregelamendua, 2013ko ekainaren 12koa, arlo zibileko babes-neurrien elkarrekiko aitortzari buruzkoa.

8 Ikus guztiegatik: Holzhaker, Ronald; Luif, Paul (2014). *Freedom, Security and Justice in the European Union. Internal and external dimensions of increased cooperation after the Lisbon Treaty*, Springer, Viena.

9 Bereziki interesgarriak ondorengo GEEAren epaiak, Opuz *vs.* Turquia, 33401/02 zkia, 2009-6-9; MMR *vs.* Holanda, 64047/10 zkia, 2016-5-24; RD *vs.* Francia, 34648/14 zkia, 2016-6-16; AA eta beste *vs.* Suecia, 14499/09 zkia, 2012-6-28; eta Sow *vs.* Belgica, 27081/13 zkia, 2016-1-19.

ISBN: 978-84-7777-740-3

dituen aurreikuspenak ez dira modu isolatuan txertatzen Estatu kideetan, Espainia kasu; aitzitik, EBk eremu horretan bertan emandako araudiak baldintzatzen, osatzen edo modulatzen du Hitzarmenaren edukia.

Iturrien aniztasun horren oinarria gaiaren erroan dagoen eskumen-banaketa da, eta hori zehaztea komeni da. Biktima babesteko sistemaren eraginkortasuna, neurri handi batean, nazioarteko, Europako, Estatuko eta, hala dagokionean, autonomia-erkidegoko planoak koherentziaz artikulatzeko gaitasunaren araberakoa izango da. Beraz, nazioarteko lankidetza ahuldu dezaketen disfuntzioak edo arau-hutsuneak saihestea izango da helburua. Agertoki horri elementu erabakigarri bat gehitu behar zaio: 2023ko urriaz geroztik, EB Istanbulgo Hitzarmenari atxiki izanak ahalbidetu du ordura arte Batasunak berak tresna konbentzional horrekin zuzeneko lotura juridikorik ez izateak zekarren zailtasuna gainditzea[10].

Atxikipen horrek sistema juridikoaren funtsezko aldaketa dakar. Hitzarmenak EB behartutako subjektu bihurtzen du bere eskumenen eremuan, eta horrek Batasuneko Zuzenbidea behar bezala interpretatzeko eskakizuna indartu eta bi sistemen arteko koherentzia finkatzen du. Gainera, atxikimenduak beste dimentsio bat eransten dio erakunde-erantzukizunari, inplikatzen baitu Europako erakundeek bermatu behar dutela beren arau-egintzek eta beren politikek Hitzarmenetik eratorritako betebeharrak errespetatzen dituztela.

Aldi berean, EBko Zuzenbidearen azken bilakaerak biktimen babesaren ikuspegi integralagoa sendotzeko joera islatzen du. Ildo horretan, jada aipaturiko 2024/1385/EB Zuzentaraua onartu izana mugarri garrantzitsua da, Europa mailan fenomeno horri aurre egiteko berariazko arau substantibo eta prozesalen multzo bat sartu baitu lehen aldiz[11]. Ondorioz, lankidetza judiziala bada oraindik ere mugaz gaindiko babesa artikulatzeko tresna nagusia, judizioz kanpoko lankidetzak berebiziko indarra hartu du. Gaur egun, judiziozko lankidetza ezin da lehentasunezko estrategia bakartzat hartu, baizik eta nazioarteko, Europako eta Estatuetako arauek, politika publikoekin eta oinarrizko eskubideak bermatzeko mekanismoekin batera, elkar eragiten duten maila anitzeko sistema baten elementutzat.

---

10 Prozesu konplexu baten ondoren, Kontseiluak 2023ko ekainaren 1ean onartu zuen atxikitzea, EBk 2023ko ekainaren 28an jarri zuen onartzeko tresna, eta Hitzarmena 2023ko urriaren 1ean sartu zen indarrean EBerako. Atxikimendu prozesuaren azterketa kritikoa egiteko, ikus daitezke: Kubacka, Karolina Kaja (2022). «The EU Accession to the Istanbul Convention: The Argument From the 'common accord' Practice». *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics,* 12, 2, eta De Silva, Monika; Tepliakova, Mariia (2024). «Populist Challenge? Negotiating the EU's Accession to the Istanbul Convention in the Council», *Politics and Governance*, 12, article 8110.

11 De Vido, Sara (2023), «EU accession to the Istanbul Convention: New legal paths for the protection of women from violence in Europe», *External Relations & Trade y Human Rights-EU Law Live*.

III. GENERO-INDARKERIAREN AURKAKO BABESAREN DIMENTSIO TRANSNAZIONALA: NAZIOARTEKO LANKIDETZA ISTANBULGO HITZARMENEAN ETA EUROPAR BATASUNEKO ZUZENBIDEAN

1. Nazioarteko lankidetza bi klabetan

Istanbulgo Hitzarmenaren VIII. kapituluan, nazioarteko lankidetza, Estatu partaideek arlo zibilean eta penalean lankidetza-mekanismoak ezartzeko duten konpromisotik abiatuta artikulatzen da, arau komun, uniforme edo elkarrekikoetan oinarrituta. Lankidetza horren barruan sartzen dira, beste Estatu sinatzaile batzuek emandako epai zibilak eta penalak, eta babes-aginduak aitortzea eta betearaztea. Hala ere, esparru judizialetik harago doa, Hitzarmenak beste lankidetza-modu batzuk ere jasotzen baititu, besteak beste, «Hitzarmen honen aplikazio-eremuak estaltzen dituen indarkeria-mota guztiak prebenitzera, borrokatzera eta jazartzera eta biktimen babesa bermatzera bideratutakoak»[12].

Hitzarmenaren 62. artikulua, nazioarteko lankidetzaren printzipio orokorrei buruzkoa, Estatuaren betebeharrei eta behar den arduraz jokatzeko betebeharrari lotetsita dago[13]. Izan ere, bai indarkeria instituzionalaren prebentzioak edo birbiktimizazioak, bai behar adinako arretarekin jarduteko eskakizunak formulazio espezifikoa dute esparru horretan, alderdiei lankidetza eskaintzeko betebeharra ezartzen baitzaie, arlo zibileko eta penaleko akordioen bidez, legeria uniforme edo elkarrekikoetan eta barne-Zuzenbidean oinarrituta. Lankidetza hori, bereziki, Hitzarmenean jasotako indarkeria-mota guztiak prebenitzera eta borrokatzera bideratzen da[14].

Istanbulgo Hitzarmenean aurreikusitako nazioarteko lankidetza-ereduak bi ardatz ditu (bata, irismen irekikoa; bestea, berariaz judiziala), eta eskumen-oinarri bikoitza du Espainiako ordenamenduan. Alde batetik, Estatuak nazioarteko harremanen arloan duen eskumenarekin bat egiten du; eskumen hori Espainiako Konstituzioaren (aurrerantzean, EK) 149.1.3 artikuluan aitortzen

---

12 Lankidetzaren giltzarria judiziala bada ere, Hitzarmenaren 62. artikuluak bere hedadura zabaltzen du.

13 Aipatu behar da, EBko estatu kideen artean, Hitzarmenak jasotzen duen lankidetza-betebeharra EBko Erregelamenduaren aplikazioarekin bermatzen dela. Baina hirugarren estatuekiko harremanetan, beharrezkoa da EBk arautzeko duen eskumena aztertzea. Zentzu honetan, EBk, EBFTren VI. tituluaren arabera, «lankidetzarako modu egoki guztiak» ezar ditzake Europako Kontseiluarekin (art. 220), baina lankidetza hori EBko Goi-Ordezkariak gauzatuko duela ezarriz. Nousiainen, Kevät; Chinkin, Christine (2016). *Legal implications of EU accession to the Istanbul Convention*, Publications Office of the European Union, 82. or.

14 Aviles Palacios, Lucia (2021). «La ratificación por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y violencia doméstica. Entre el *desideratum* y la realidad», Otazua Zabala, Goizeder; Gutierrez-Solana Journoud, Ander (zuz.). *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbo, 91. or eta ond.

ISBN: 978-84-7777-740-3

da. Bestetik, EKren 149.1.6 artikuluak Estatuari bakarrik esleitzen dion prozesu-legeriarekin lotzen da. Estatuaren bi eskumen-titulu horiek batera eta esku berean izateak, titularitatearen inguruko zalantza ixten lagundu du[15].

2. Judizioz kanpoko lankidetza, erakundezko kapilaritatea ardatz hartuta

Judizioz kanpoko lankidetzaren arloan, oso garrantzitsua da alderdiek hirugarren Estatuen alde sustatutako garapenerako laguntza-estrategietan emakumearen aurkako indarkeriaren eta etxeko indarkeriaren prebentzioa eta horien aurkako borrokari buruzko aurreikuspena sartzea. Aurreikuspen hori, zehazki, Europako Kontseiluko kide ez diren Estatuei zuzendutako laguntza-programei dagokie, indarkeria-mota horien presentzia egiaztatuta dutenei, hain zuzen ere. Esparru horretan, egokia da ekintza-programek berariaz eta behar bezala jasotzea nagusiki delitu-adierazpen horien prebentzioarekin zerikusia duten gaiak, bai eta biktimen babesa erraztera bideratuta daudenak ere, betiere 18.5 artikuluan ezarritako baldintzen arabera[16].

Hitzarmenean jasotako delituetako batzuek nazioz gaindiko proiekzioa izan dezakete, eta horrek, nahitaez, Estatuen arteko informazio-truke arina eskatzen du. Konbentzio-testuaren 63. eta 64. artikuluek gai horri heltzen diote. Estatu batek badaki edo baditu arrazoi sendoak pentsatzeko pertsona bat beste Estatu baten lurraldean indarkeria-ekintza baten biktima izan daitekeela, informazio hori beste Estatu horri jakinarazi behar dio. Jakinarazpen horren helburua da arriskuan dagoen pertsona babesteko behar diren neurriak hartu ahal izatea, 63. artikuluaren arabera[17]. Nolanahi ere, arrazoi horiek oinarridunak izan behar dute, nahiz eta Hitzarmenak ez duen zehazten arrazoizkotasun horren eduki zehatza. Ondorioz, alderdi bakoitzari dagokio baloratzea eskura duen informazioaren komunikazioak benetan lagun dezakeen kasuan kasuko indarkeria-egintzak gauzatzea prebenitzen[18].

Ikuspegi horretatik, Hitzarmenak nazioarteko lankidetzaren egiturazko printzipio bat barne hartzen du: informazioaren printzipioa. Estatuen arteko

---

15 Espainiar sisteman Hitzarmenak izaniko eraginari buruz: Gallego Sanchez, Gemma (2015). «El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2 (EDC 2015/195775).

16 Manu hori «kontsulatuaren babesak edo beste batek, eta bere nazionalei eta Nazioarteko Zuzenbidetik eratorritako betebeharren arabera babeserako eskubidea duten gainerako biktimei» eskainitako bermeari buruzkoa da. *Vid.* Explanatory Report to the Council of Europe Convenion on preventing and combating violence against women and domestic violence. *Council of Europe Treaty Series,* 210 zkia, 332 or.

17 Hitzarmenaren 36. artikulutik 39ra arteko ekintzak izango lirateke: indarkeria sexuala, ezkontza behartuak, emakumeen mutilazio genitalak, eta derrigorrezko abortu eta esterilizazioa, hurrenez hurren.

18 Hitzarmenak zehazten du arrisku-egoeran dagoen pertsonaren alde emandako babes-aginduak beste aldeari jakinarazi behar zaizkiola. Ikus: «Explanatory Report…», *cit.*, 333 or.

truke-dinamika batean oinarritzen da, delituen prebentzioa, ikerketa eta epaitzea errazteko. Ildo horretan, 64.1 artikuluak ezartzen du «alderdi errekerituak berehala jakinarazi beharko diola alderdi errekeritzaileari egindako egintzaren azken emaitza». Hala ere, Hitzarmenak ez du indar berdinarekin ezartzen norberaren ikerketei buruzko informazioa transmititzeko betebeharra, zeren eta, kasu horretan, alderdi bakoitzak baitu komunikazio hori egin behar den ala ez erabakitzeko ahalmena, 64.2 artikuluaren arabera[19]. Azkenik, alderdi batek informazioa jasotzen duenean mekanismo honen bidez, agintari eskudunei bidali beharko die[20], agintari horiek beharrezko prozedurak susta ditzaten edo dagoeneko abian dauden prozedura zibil edo penaletan kontuan har dezaten, 64.3 artikuluan aurreikusitakoarekin bat etorriz.

Estatuko agintarien artean informazioa zirkulatzeak, berez, berekin dakar tartean diren pertsonek datu pertsonalak babesteko duten eskubideari eragiteko arriskua. Hori dela eta, 65. artikuluak xedatzen du datu horiek babestu egin behar direla, Datu pertsonalen tratamendu automatizatuari dagokionez pertsonak babesteko Hitzarmenean ezarritakoaren arabera[21]. Konbentziozko-estaldura horrek, GEEHren 8. artikuluan oinarri duenak[22], informazioa transmititzeko prozedura baten barruan, datuak behar besteko bermerik eta kontrol-mekanismo egokirik gabe zirkulatuz gero, eragindako pertsonentzat (bereziki, biktimentzat) sor litekeen arriskuari erantzuten dio[23]. Alde horretatik, tratamenduaren zilegitasunak eskatzen du tratamendua proportzionala izatea lortu nahi den helburuarekiko[24], eta datuak gorde daitezela titularrak identifikatzeko moduan, soilik haien tratamendua justifikatu zuten helburuak lortzeko beharrezkoa den denboran[25].

Hala ere, 65. artikuluan aipatutako Hitzarmenak ez du agortzen eremu horretan datuak babesteko aplikatu beharreko arau-esparrua. EBeko Estatuen betebeharrei dagokienez, abiapuntua EBFTko 16.1 artikuluan dago, zeinak pertsona orori aitortzen baitio berari dagozkion datu pertsonalak babes-

---

19 *Ibidem*, 334 or.

20 Agintari eskudunak agintari polizial, fiskal edo judizialekin identifikatzen dira. *Ibidem*, 335 or.

21 Datu pertsonalen tratamendu automatikoari dagokionez pertsonak babesteko 108+ Hitzarmena, 2018an onartua, aurreko Hitzarmenaren ordezkoa da, Zuzenketa Protokolo bidez gauzaturikoa. Ikus: «Convention 108+. Convention for the protection of individual with regard to the processing of personal data» (2018), *Council of Europe Treaty Series*, 223 zkia.

22 Bizitza pribatua eta familiarra errespetatzeko eskubideari buruzkoa.

23 108+ Hitzarmena berariaz aipatzetik ondorioztatzen da sor litekeen egoera, baldin eta aurrez 108+ Hitzarmena sinatu ez duen estatu batek Istanbulgo Hitzarmena sinatuko balu. Gai horri buruz eta EBko sistema informatiko handiei eta informazioaren elkarreragingarritasunari buruz, *Vid*. European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe and European Court of Human Rights (2020), *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Publications Office of the European Union, 53-83 or.

24 5.1 eta 5.4.c) artikuluen arabera.

25 5.4.e) artikuluaren arabera. Explanatory Report…, *cit*., 336 or.

ISBN: 978-84-7777-740-3

teko eskubidea. Aitorpen horrek formulazio garatuagoa eta espezifikoagoa du Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutunaren (aurrerantzean, EBOEG) 8. artikuluan[26]. Hori oinarri hartuta, EBtik eratorritako Zuzenbideak datuak babesteko eskubidearen edukia garatzen du, 2016ko Datuak babesteko erregelamendu orokorraren[27] eta Zigor-arloan datu pertsonalak tratatzeari buruzko Zuzentarauaren bidez[28].

Espainiako ordenamenduan, KEren 18.4 artikuluak legegilearen esku uzten du informatikaren erabilera mugatzea, pertsonen ohorea, norberaren eta familiaren intimitatea eta haien eskubideen erabateko egikaritza bermatzeko xedez.[29] Konstituzio-agindu hori, gaur egun, 3/2018 Lege Organikoan[30] garatzen da, eta, bereziki hemen interesatzen zaigun eremurako, 7/2021 Lege Organikoan[31], zeinaren bidez transposizioz jasotzen baita Zigor-arloko datuak babesteari buruzko 2016/680 zuzentarau hori. Bereziki garrantzitsua da azken arau horrek genero-indarkeriaren biktimei ematen dien babesa informazioa transmititzeko prozesuetan, 9.c) artikuluan aurreikusitako kategorian sartzen baitira, «zigor-arloko arau-hauste baten biktimei edo biktima izan daitezkeenei» buruzkoan.

Ondorioz, Istanbulgo Hitzarmenaren 63. eta 64. artikuluetan aurreikusitako informazio-transferentziak ezin dira ulertu datuen zirkulazio huts gisa; aitzitik, bereziki sentikorrak diren testuinguruetan gauzatzen direnez, arau-esparru honek ezartzen dituen berme materialak, mugak eta kontrol-mekanismoak zorrotz bete beharko dituzte. Horrek ezinbesteko egiten du trans-

---

26 Xehean, *EBOEGren 8. artikuluak* diona zera da: 1. Pertsona orok du berari dagozkion datu pertsonalak babestuta izateko eskubidea. 2. Datu horiek leialtasunez tratatuko dira, helburu zehatzetarako eta eragindako pertsonaren adostasunean oinarrituta edo legeak aurreikusitako beste legezko oinarri baten arabera. Pertsona orok du berari dagozkion eta jasotako datuetan sartzeko eta horiek zuzentzeko eskubidea. Arau horiekiko errespetua agintaritza independente baten kontrolpean egongo da.

27 *Europako Parlamentuarena eta Kontseiluaren 2016/679 (EB) Erregelamendua,* 2016ko apirilaren 27koa, datu pertsonalen tratamenduari dagokionez pertsona fisikoak babesteari eta datu horien zirkulazio askeari buruzkoa eta 95/46/EE Zuzentaraua indargabetzen duena.

28 *2016/680 (EB) Zuzentaraua, Europako Parlamentuarena eta Kontseiluarena,* 2016ko apirilaren 27koa, agintaritza eskudunek arau-hauste penalak prebenitzeko, ikertzeko, detektatzeko edo epaitzeko edo zehapen penalak betearazteko datu pertsonalak tratatzeari dagokionez pertsona fisikoak babesteari buruzkoa, eta datu horien zirkulazio askeari buruzkoa eta Kontseiluaren 2008/977/JBG Esparru Erabakia indargabetzen duena.

29 Espainiako legegileak urriaren 29ko 5/1992 Lege Organikoaren bidez ekin zion lege-garapenari. Lege organiko horrek datu pertsonalen tratamendu automatizatua arautzen zuen eta Datu Pertsonalak Babesteko Lege Organikoak indargabetuko du, abenduaren 13ko 15/1999 Lege Organikoak, alegia. Hau ere indargabetua 3/2018 Lege Organikoaren bidez.

30 *3/2018 Lege Organikoa, abenduaren 5ekoa, Datu pertsonalak babesteari eta eskubide digitalak bermatzeari buruzkoa,* 15/1999 Lege Organikoa indargabetzen duena, hamalaugarren xedapen gehigarrian eta laugarren xedapen iragankorrean xedatutakoari kalterik egin gabe.

31 *7/2021 Lege Organikoa, maiatzaren 26koa, Arau-hauste penalak prebenitzeko, detektatzeko, ikertzeko eta epaitzeko eta zehapen penalak betearazteko tratatzen diren datu pertsonalak babestekoa.*

ferentzia horiek proportzionaltasunaren, beharrezkotasunaren eta datuen babes eraginkorraren ikuspegitik etengabe ebaluatzea.

3. Lankidetza judiziala, tutela indartua xede

a) Lankidetza judizialaren eredua

Lankidetza judiziala funtsezkoa da biktimak babesteko Europako arkitekturan, batez ere, egoera mugaz gaindikoa denean. Hala ere, egungo analisiak lankidetza horren ikuspegi mugatua baztertzea eskatzen du, agintari eskudunen arteko laguntzarako mekanismo gehiagoren existentzia baliatuz. Beste erara esanda, tutela-eredu integral baten zati gisa ulertu behar da. Hala, eredu integral horrek honako hauek artikulatuko lituzke: ebazpen judizialak elkarri aitortzea, Estatu kideen arteko gutxieneko arau-hurbilketa, oinarrizko eskubideak babestea, eta biktimei laguntza eta babesa ematera bideratutako politika publikoak eratzea[32].

Lisboako Tratatua indarrean sartu zenetik, EBko Zuzenbideak bilakaera erabakigarria izan du Askatasun, Segurtasun eta Justizia Espazioaren eraketan. Zehazki, zigor-arloko eta arlo zibileko lankidetza judiziala EBeko sistema juridikoan erabat sartu da[33]. Aldaketa horri esker, arau-koherentzia intentsifikatu da, EBren jarduera-marjina zabalduz, eta lankidetza judizialaren europar ereduaren egiturazko elementu gisa elkarri aitortzeko printzipioa finkatu da. Hala eta guztiz ere, elkarri aitortzeko printzipioak ezin ditu bere ondorioak modu automatikoan zabaldu, ezta mugarik gabe ere. Hura aplikatu ahal izateko, ezinbestekoa da oinarrizko eskubideak betetzea, batez ere EBOEGean aitorturikoak, EBJAren jurisprudentziak etengabe azpimarratu izan duenez[34]. Horregatik, egungo lankidetza judiziala Estatuen arteko harremanetan nagusi izan behar duen elkarrekiko konfiantzaren eta eskubideen gutxieneko eta utziezinezko babes-maila gordetzeko eskakizunaren arteko orekan (edo nahi bada, tentsioan) eraikitzen da.

Esparru horretan, biktimak babesteko Europako araudia bi plano osagarriren gainean eraiki da: penala eta zibila. Bikoiztasun hori, batetik, Estatu kideen antolamendu juridikoen heterogeneotasunari zor zaio, eta, bestetik, biktimek aurki ditzaketen kalteberatasun- eta arrisku-testuinguruen aniztasunari[35]. Zigor-

---

32 Europako Batzordea (2020). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025),* COM(2020) 258 final.

33 EBFTren 67 eta 82 artikuluak oinarri izanik.

34 EBJAren (Sala Handia) 2016ko apirilaren 5eko epaia, C-404/15 eta C-659/15 PPU (Auzi metatuak), Pál Aranyosi eta Robert Căldăraru (ECLI:EU:C:2016:198); eta EBJAren (Sala Handia) 2018ko uztailaren 25eko epaia, C-216/18 PPU, LM (ECLI:EU:C:2018:586).

35 Jarraian ikusiko dugu EBk babes zibila deitzen duena, Espainiaren kasuan, babes penalaren alderdiekin identifikatzen dela.

ISBN: 978-84-7777-740-3

arloan, aurretiaz aipatu diren tresna nagusi hauek nabarmentzen dira: 2011/99/EB Zuzentaraua[36], Babesteko Europako aginduari buruzkoa, eta 2012/29/EB Zuzentaraua, Delituen biktimen eskubideei, laguntzari eta babesari buruzko gutxieneko arauak ezartzen dituena. Dimentsio zibilean, gai zibiletan elkarri babes-neurriak aitortzeari buruzko 606/2013/EB Erregelamenduak osatzen du erreferentziazko araua.

Arau-tresna horien aldeko aukera ez da juridikoki neutroa. Zuzentarauek, gutxieneko harmonizazio-egintzak diren aldetik, gaikuntza ematen diete Estatu kideei beren barne-ordenamenduak babes-helburu erkide batzuetara egokitzeko, beren tradizio juridikoak eta eredu prozesalak guztiz baztertu gabe. Aitzitik, erregelamendura jotzeak, zuzeneko aplikagarritasuna eta irismen orokorra baliatuz, EBko Zuzenbidea uniformeki, berehala eta homogeneoki aplikatzen dela bermatzeko borondateari erantzuten dio; batez ere segurtasun juridikoa, erakundeen erantzunen aurreikusgarritasuna eta biktimaren tutelaren bizkortasuna funtsezkoak diren sektoreetan. Hala, zuzentarauen eta erregelamenduen arteko baterako existentziak teknika arauemaile berezitua erakusten du; horren bidez, EBak Estatu kideen sistema juridikoen aniztasuna errespetatzea eta, aldi berean, Europako esparruan biktimen babeserako gutxieneko estandar komun eta eraginkorra bermatzeko eskakizuna uztartu nahi ditu[37].

Eskenatoki honetan, Istanbulgo Hitzarmena bere lekua betetzera dator. Hala, Hitzarmenaren aplikazio-eremua esparru materialean jasotako indarkeria-mota guztien aurrean emakumeak modu integralean babestea da, eta esparru horren barruan lankidetza judiziala, hala zibila nola penala, bermearen tresna funtzionaletako bat da. Alderantzizko ikuspegitik, aipatutako europar zuzentarau eta erregelamenduek, nahiz eta izaera juridiko desberdina eta arau-intentsitate desberdina izan, Estatu kideen barruan babes-esparru komun bat eratzen laguntzen dute, alde batera utzita zein den babesaren beharrizana zehazten duen biktimizazioaren jatorri zehatza. Bi arau-planoen arteko harremana, beraz, konbergentzia materialaren eremu batean gertatzen da: EBk diseinatutako lankidetza judizialerako mekanismoak aplikagarriak dira, haien aurrebaldintzak gertatzen diren neurrian, Istanbulgo Hitzarmenean jasotako indarkeria-egoeretan. Horrela, Hitzarmenak emakumeen aurkako indarkeriatik babesteko esparru substantiboa eskaintzen du, eta EBko Zuzenbideak, berriz, babes-neurriak onartzeko, koordinatzeko eta mugaz haratago eraginkorrak diren tresna espezifikoak[38].

---

36 Hitzarmena 2011ko maiatzaren 11n ireki zen sinatzeko, eta ondoren, 2014ko abuztuaren 1ean, indarrean sartu zen; Zuzentaraua, berriz, 2012ko urtarrilaren 10ean sartu zen indarrean.

37 De Vido, Sara eta Votinius, Jenny Julen. (2025). *EU law in light of the Istanbul Convention, Legal implications after accession*. Publications Office of the European Union.

38 De Hoyos Sancho, Montserrat (2015). «El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea. La Directiva 2011/99, el Reglamento UE 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán», *Revista de derecho y proceso penal*, 38, 63-105 or.

Jarraian egingo den azterketak gai horiek aztertuko ditu, eta arreta berezia jarriko du esparru penalean eta, bereziki, Babesteko Europako aginduari buruzko 2011/99/EB Zuzentarauak onartutako araugintza-teknikan. Izan ere, Istanbulgo Hitzarmenaren 62.1.d) artikuluak Babes Aginduei lankidetza-tresna gisa egiten dien erreferentzia espresuak baliabide hau erdigunean jartzen baitu. Zigor-arloko lankidetzaren esparruan, aurreko zuzentarauari 2012/29/EB Zuzentaraua erantsiko zaio; alderdi zibilean, berriz, 606/2013/EB Erregelamendua hartuko da kontuan.

Ohartarazi behar da, hala ere, Erregelamenduaren izenak berak, bai eta haren artikuluetan erabilitako zenbait terminok ere, nolabaiteko nahasmena sor dezaketela Espainiako ordenamendu juridikoaren ikuspegitik. Izan ere, Erregelamenduak arlo zibileko babes-neurriak elkarri aitortzeari buruz hitz egiten duen arren, ez ditu nahitaez aipatzen Zuzenbide pribatuaren esparruko neurriak. Delitu bat egitetik eratorritako egoerei lotutako babes-neurriak dira, Estatu kide jakin batzuetan jurisdikzio zibilaren bidez bideratzen direnak. Aldiz, Espainiako sisteman, neurri horiek eremu penalean sartzen dira, bai materialki, bai funtzionalki[39]. Horregatik, Espainiako ikuspegitik, Erregelamendua, aipatutako zuzentarauak bezala, biktimaren babes penalari lotuta dagoela ulertu behar da funtsean[40].

b) Ereduaren aplikazioa: Istanbulgo Hitzarmena, 2011/99/EB eta 2012/29/EB Zuzentarauak, eta 606/2013/EB Erregelamendua

Adierazitakotik ondorioztatu daitekeenez, Europako esparruko lankidetza judizial penala bi arau-esparru bereiziren arteko harremanetik ulertu behar da: Europako Kontseiluaren inguruko arau-esparrua eta Europar Batasunaren beraren esparrua. Lehenengoak Estatuarteko lankidetzaren eta hitzarmenezko logika du oinarri; bigarrenak, berriz, nazioz gaindiko egitura du, Batasuneko ordenamendu juridikoan txertatua dagoena. Izaera desberdina izan arren, bi sistemek helburu komun batean bat egiten dute: mugaz gaindiko kriminalitateari aurre egiteko mekanismo eraginkorrak bermatzea eta biktimen babesa indartzea, egoera bereziki ahulean dauden pertsonen kasuan, emakumeen aurkako indarkeria kasuetan gertatzen den bezala.

---

39 Zuzentarauen transposizioari dagokionean, Espainiako ordenamendu juridikoan, 2011/99/EB Zuzentaraua EBean zigor-arloko ebazpenak elkarri aitortzeari buruzko azaroaren 20ko 23/2014 Legearen bidez txertatu zen, eta 2012/29/EB Zuzentaraua, berriz, Delituaren Biktimaren Estatutuaren 4/2015 Legearen bidez garatu zen. Bi arau horiek eragin nabarmena izan dute biktimaren konfigurazio juridikoan; izan ere, haren eskubideen edukia zabaldu egin da, bai maila prozesalean, bai prozesutik kanpo, eta babesgabetasun-egoerak edo bigarren biktimizazio-fenomenoak saihesteko bermeak indartu egin dira.

40 Ruiz Sutil, Carmen (2018). «Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento de Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 10 bol, 2 zkia, 615-641 or.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Europako Kontseiluaren sistemaren barruan, lankidetza judizial penala oso ondo finkatutako sare konbentzional batean oinarritzen da. Haren oinarri nagusia, orain arte hizpide izan dugun Istanbulgo Hitzarmenaz gain, beste hainbat tresnatan dago, hala nola Estradizio Hitzarmen Europarrean[41], Zigor Arloko Laguntza Judizialeko Europako Hitzarmenean[42], eta haren protokolo gehigarrietan[43], Zigor Epaien Nazioarteko Baliozkotasunari buruzko Europako Hitzarmenean[44], delituaren produktuak zuritzeari, jarraitzeari, enbargatzeari eta konfiskatzeari buruzko Hitzarmenean[45], eta Europako Kontseiluaren Hitzarmenean, delituaren produktuak zuritzeari, jarraitzeari, enbargatzeari eta konfiskatzeari eta terrorismoa finantzatzeari buruzkoan[46].

Istanbulgo Hitzarmenak ez ditu aipatutako zigor-arloko lankidetzarako tresna orokorretan jasotako xedapenen baliokideak erreproduzitzen; lehendik zegoen hitzarmen-esparruarekiko eduki espezifikoa edo osagarria duten aurreikuspenak bakarrik jasotzen ditu. Hala, zeharkako izaerakoak izanik, tresna konbentzional horiek ez-zilegitasun penal askori aplika dakizkieke, eta Istanbulgo Hitzarmenean jasotako delituei buruzko prozeduretako lankidetza judiziala antolatzeko oinarri izan daitezke. Azken hau, beraz, ez da zigor-arloko lankidetzaren arloan lehendik zegoen hitzarmen-esparrua lekualdatzeko edo ordezkatzeko tresna; aitzitik, artikulazio-teknika osagarria erabiltzen du. Azalpen-txostenarekin bat etorriz, Hitzarmenak ez ditu errepikatu estradizioari eta elkarrekiko laguntza judizialari buruzko tratatu orokorretan jasotako aurreikuspenak, emakumeen aurkako indarkeriari dagokionez berariazko balioa eransten duten xedapenak bakarrik sartu baitira[47]. Araugintzarako aukera hori, batetik, koherentziagatik eta legegintza-ekonomiagatik egin da, eta, bestetik, biktimen tutela dagoeneko finkatuta dauden lankidetza-mekanismoetan txertatzeko, bikoiztasunak, alferrikako gainjartzeak edo aplikatu beharreko sistemaren zatikatzea saihestuz.

Aurrekoa alde batera utzi gabe, Istanbulgo Hitzarmenak lankidetza judizialaren esparruan garrantzi handiko aurreikuspenak jasotzen ditu. Zehazki, 62. artikuluak alderdiei ezartzen die lankidetza eraginkorra eman behar dutela hitzarmenean jasotako delituak ikertzen, bai eta biktimen alde hartutako babes-neurriak gauzatzen ere. Arau horren funtsa da, lankidetza ez dela soilik zigor-arloko errepresioaren zerbitzura dagoen tresna bat, baizik eta biktimen babes eta zaintza eraginkorraren berme funtzional bat ere badela. Preseski, arauketa horren barnean, 62.2 artikuluak garrantzi berezia hartzen du,

---

41 *Council of Europe Treaty Series*, 24. zkia.

42 *Council of Europe Treaty Series*, 30. zkia.

43 *Council of Europe Treaty Series*, 86, 98, 99 eta 182 zkiak.

44 *Council of Europe Treaty Series*, 70. zkia.

45 *Council of Europe Treaty Series*, 141. zkia.

46 *Council of Europe Treaty Series*, 198. zkia.

47 Explanatory Report, cit., 324-325 or.

aurreikusten baita biktimak salaketa aurkeztu ahal izango duela bizi den Estatuko agintari eskudunen aurrean, egitateak beste Estatu bateko lurraldean egin arren. Aurreikuspen horrek justiziarako sarbidea indartzen du mugaz gaindiko egoeretan, non zenbait faktorek (hala nola distantzia geografikoak, hizkuntza-zailtasunek), atzerriko ordenamendua ez ezagutzeak edo biktimaren zaurgarritasun-egoerak berak, oztopatu egin baitezakete bere eskubideak benetan egikaritzea. Mekanismo hori bat dator, argi eta garbi, EBko Zuzenbidean, 2001/220/JBG Esparru Erabakitik[48] (gerora 2012/29/EB Zuzentarauak ordeztu zuen arte) izandako bilakaerarekin. Ezin ukatu bi arau-esparruen arteko hurbiltasunak orientazio konbergentea erakusten duela.

EBeko Zuzenbidearen esparruan, zigor-arloko lankidetza judiziala ebazpen judizialak elkarri aitortzearen inguruan egituratzen da, EBFTren 82. artikuluan aurreikusita dagoen moduan. Printzipio horren arabera, Estatu kide bateko agintari judizialek emandako erabakiek ondorioak izango dituzte gainerako Estatu kideetan, onartu eta betearaziko baitituzte, eskakizun formalak nabarmen murriztuta. Eraginkorra izateko, ordenamenduen eta agintari judizial estatalen arteko konfiantza behar da, hori baita Askatasun, Segurtasun eta Justizia Esparrua eraikitzeko funtsezko oinarria[49].

Printzipio horren proiekzioak bide eman du biktimen tutelara bideratutako tresna espezifikoak eratzeko; horien artean, 2011/99/EB Zuzentarauak leku nabarmena du. Arau horrek agerian uzten du elkarrekiko aintzatespena ez dela agortzen ikerketa edo jazarpen penalera bideratutako lankidetzan; izan ere, biktima baten alde adostutako babes-neurrien mugaz haraindiko jarraipena ziurtatzeko mekanismo gisa ere jardun dezake. Hala ere, eremu horretan elkarri aitortzeko moduak baditu bere berezitasunak. Lankidetza penaleko beste tresna klasiko batzuetan ez bezala, Babesteko Europako aginduak (aurrerantzean, BEA) eskatzen du Estatu betearazleak funtzionalki egokitu behar duela Estatu emailean hartutako neurria bere ordenamenduan bertan aurreikusitako kategorietara eta mekanismoetara. Egokitze-ariketa horrek nolabaiteko iritzi-marjina ematen die agintari estatalei, eta horrek sistemaren homogeneotasunari eta aurreikusgarritasunari eragiteko arriskua dakar[50]. Gainera, tresna horien benetako eraginkortasuna ez dago soilik haien arau-diseinuaren menpe, faktore eragileen menpe ere badago: agintari eskudunen arteko koordinazioa, eragile juridikoen prestakuntza egokia eta Europako esparruan eskuragarri dauden babes-mekanismoen ezagutza

---

48 *EBko Kontseiluaren 2001/220/JAI Esparru Erabakia, 2001eko martxoaren 15ekoa, Zigor-arloko prozesuetako biktimen estatutuari buruzkoa* (Derogatua).

49 Montiel Roig, Gonzalo (2016). «La Orden Europea de Protección: indicadores sociales, violencia de género y cambio social», Martínez García, Elena (zuz.). *La Orden Europea de Protección. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20. or.

50 Amato, Rossana (2024). «Do you practice what (E)U preach? The EU system of cross-border protection for victims of recurrent crimes», *Oñati Socio-Legal Series*, 14(3), 786-816 or.

ISBN: 978-84-7777-740-3

praktikoaren maila. Finean, Estatu betearazleak egokitze-marjina du, bere ordenamenduaren arabera babesaren jarraitutasuna bermatzeko egokiak diren neurriak hartu behar dituen neurrian. Garrantzitsuena ez da hasierako neurriaren eta betearazitako neurriaren arteko identitate formala, baizik eta biktimarentzat materialki baliokidea den tutoretza-mailaren bermea[51].

Hain zuzen ere, puntu horretan ageri da sistemaren ezaugarri bereizgarrienetako bat, arazo gehien sortarazten dituen ertzetako bat ere. Babesneurria Estatu betearazleko ordenamendura egokitu beharrak zehazten du biktimari benetan emandako babes-maila desberdina izan daitekeela neurri hori betearazteko eskumena duen Estatu kidearen arabera. Horrek zailtasunak sortzen ditu sistemaren uniformetasunaren, erantzun juridikoen aurreikusgarritasunaren[52] eta, azken finean, segurtasun juridikoaren ikuspegitik[53].

Ereduaren malgutasuna, neurri batean, funtzionala da ordenamendu estatalen aniztasuna errespetatzeari dagokionez. Hala ere, malgutasun horrek berak asimetria garrantzitsuak sor ditzake eskainitako babesaren intentsitatean eta biktimak helmuga-Estatuan neurriak benetan izango duen irismena aurreikusteko duen gaitasunean. Hori dela eta, doktrinak agerian jarri ditu arau-diseinu horren mugak, eta Europako zigor-Zuzenbide propio baten bitartez harmonizazio handiagoko formuletarantz aurrera egiteko egokitasuna ere planteatu izan da[54].

Puntu honetan, Espainian europar araudiak izan duen inplementazioa baliatuko dugu ibilbide prozesala nola gorpuzten den aztertzeko. Beraz, espainiar ordenamenduari so eginez gero, Zuzentarauaren transposizioa 23/2014 Legearen bidez egin dela jabetzen gara, zeinak BEAk ematea eta betearaztea arautzen baitu. Alde batetik, honela definitzen du BEA: «Estatu bateko agintaritza judizial edo baliokide batek emandako zigor-arloko ebazpen bat, beste Estatu kide bateko agintaritza eskudunari ahalmena ematen diona bere lurraldean daudenean bere bizitza, osotasun fisiko edo psikologikoa, duintasuna, askatasun indibiduala edo osotasun sexuala arriskuan jar dezaketen delituen biktimen edo biktima izan daitezkeenen aldeko neurri egokiak hartzeko[55]».

---

51 Freixes, Teresa; Román, Laura (zuz.) (2015). L*a Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid.

52 Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes (2019). «La Orden europea de Protección aplicada a las víctimas de violencia de género», Monge Fernández, Antonia; Parrilla Vergara, Javier (zuz.). *Mujer y Derecho Penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género*?, Bosch, Barcelona.

53 Niemi, Johanna (2023). «Article 53: Restraining or protection orders», De Vido, Frulli (ed.), *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence: A Commentary on the Istambul Convention*. Cheltenham UK & Northampton, Edward Edgar, 600-609 or.

54 Borges Blázquez, Raquel (2020). «European Judicial Cooperation and Protection of Gender-Based Violence Victims, Fact or Fiction?». *Journal of Penal Law and Criminology*, 8(1), 95-115 or.

55 23/2014 Legea, *cit*., 130.1 art.

Bestetik, Espainian BEA bat emateko eta jasotzeko eskumena duten agintariak aipatzen ditu, eta honako hauekin identifikatzen ditu: «babes-neurria hartzeko ebazpena eman den zigor-arloko prozeduraz arduratzen diren epaile edo auzitegiekin[56]», «biktima bizi den edo horretarako asmoa duen tokiko Instrukzioko epaileekin edo Emakumeen aurkako Indarkeriaren arloko epaileekin[57]», edo aurrez zaintzapeko askatasunaren edo behin-behineko espetxeratzearen ordezko beste neurri batzuen ebazpenak onartu eta betearazi dituzten epaile edo auzitegiekin.

Babesaren alderdi materialei erreparatuz, BEA bat biktima lekualdatu den Estatu kide batean eskatu ahal izateko, Zuzentarauak betekizun bat jasotzen du, *conditio sine qua non* gisa jarduten duena, eta hura gabe ez litzateke prozedura abiarazterik egongo. Betekizun hori, hain zuzen ere, Estatuko araudiaren babesean aldez aurretik babes-neurri bat egotea da. Are gehiago, Zuzentarauak berak aipatzen du (eta, ondoren, transposiziorako Espainiako arauak berriro jasotzen du) Estatuko babes-neurriak, gutxienez, honako betebehar edo murrizketa hauetako bat ezarri beharko liokeela pertsona erasotzaileari: a) pertsona babestua bizi den edo bisitatzen dituen udalerri, espazio edo eremu jakin batzuetan sartzeko debekua; b) pertsona babestuarekin edozein komunikazio-bideren bidez harremanetan jartzeko debekua (edo aurretiaz araututako kontaktua), hala nola telefonoz, posta arruntez edo elektronikoz, faxez eta abar; eta/edo c) pertsona babestuarengana distantzia jakin batetik hurbiltzeko debekua (edo aurretiaz araututako hurbilketa)[58].

Izaera orokorreko beharrezko gogoetak egin ondoren, bai Zuzentarauak bai 23/2014 Legeak BEA baten aplikazioan sor daitezkeen bi egoerak identifikatzen dituzte, Zuzentarauak ezarritako ildoa jarraituz: batetik, Espainiako agintariek kanporantz gauzatzen duten jarduna, hau da, BEA bat beste Estatu kide batera igortzea eta transmititzea[59]; eta, bestetik, Espainiako agintariek BEA bat betearazteko eskaera jasotzea[60].

Betekizun horietakoren bat edo batzuk betez gero, pertsona babestuak BEA eskatu ahal izango luke beste Estatu kide batean bizitzea (edo egonaldi bat egitea) erabakitzen duenean, edota jadanik beste Estatu kide batean bizi

---

56 *Ibidem*, 131.1 art.

57 *Ibidem*, 131.2 art. Epaitegi hauen jardueraren inguruan, ikus: Etxeberria Bereziartua, Eneko (2023). «Diagnostico procesal y desafios urgentes de los juzgados de violencia sobre la mujer», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2, 125-164 or.

58 2011/99/UE Zuzentaraua, *cit.*, 5. art. eta 23/2014 Legea, *cit*, 130.2 art.

59 23/2014 Legea, *cit.*, 133-137 art. eta 2011/99/EB Zuzentaraua, *cit*. 6-8 art.

60 23/2014 Legea, *cit.*, 138-142 art. eta 2011/99/UE Zuzentaraua, *cit*. 9-12 art. Prozeduraren eta Espainiako Estatuaren jarduteko moduaren azterketa sakona, bi ikuspegietatik (igorpen-estatu gisa eta harrera-estatu gisa), honako lan honetan aurki daiteke: Borges Blázquez, Raquel (2020). «La Orden de Protección Europea y su aplicación en España», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 41, 93-127 or.

ISBN: 978-84-7777-740-3

denean (edo egonaldia egiten ari denean)[61]. Estatu kide hartzaileak, BEA ematea edo ez ematea erabakitzerakoan, pertsona babestuaren egonaldiaren iraupena eta egoeraren irismena edo larritasuna hartu beharko ditu oinarri. Zehazki, Zuzentarauak BEA ukatzeko zenbait arrazoi jasotzen ditu, honako hauetara bil daitezkeenak[62]: a) eskatutako babes-neurria Estatu kide hartzailean delitutzat hartzen ez den jarduketa bati buruzkoa denean; b) jatorrizko Estatuan babes-neurria eragin duen egintza edo jokabidea preskribatuta dagoenean BEA onartzeko eskatu zaion Estatu kidean; c) BEA emateak *ne bis in idem* printzipioa urratzea ekar dezakeenean; d) BEA eskatu zaion Estatu kideko araudiaren arabera, babes-neurria eskatu zaion pertsona erasotzaileak, bere adinagatik, arrisku kriminalik sortzen ez duenean; edo e) babes-neurria, BEA eskatu zaion Estatu kidearen arabera, neurriaren aitorpena egin zuen Estatuaren lurraldean osorik edo neurri handi batean egindako delitu bati lotuta dagoenean.

Estatu kide hartzaileak eskaera ukatzen badu, Zuzentarauak adierazten du hark betebehar batzuk izango dituela[63]: a) berehala informatu beharko ditu bai pertsona babestua bai babes-neurria aitortu zuen Estatu kidea; b) hala badagokio, pertsona babestuari jakinarazi beharko dio bere jatorrizko Estatuko araudiaren arabera babes-neurri bat hartzea eskatzeko aukera duela; eta c) hala badagokio, pertsona babestuari informazioa eman beharko dio BEA aitortzeari uko egitearen aurka Estatu-mailan erabilgarri dauden errekurtsoei buruz.

Oro har, esan genezake, genero-indarkeriaren biktimen babesa transnazionalizatzeko estrategia modu positiboan baino ezin dela baloratu. Horrenbestez, BEAk aurrerapauso nabarmena dakar Istanbulgo Hitzarmenean jasotako delitu-motei dagokienez babes integral baterantz doan bidean. Estatu kideek erakutsitako borondateari esker gainditu ahal izan dira hasierako errezeloak, historikoki eztabaidaezina izan den zigor-arloko subiranotasunaren zati bati uko egiteari zegozkionak, emakumeen babesaren arloan Europako harmonizazioa lortzeko helburuz. Harmonizazio hori, neurri handi batean, zigor-prozesuaren eskutik iristen da[64]. Azken batean, Europako Kontseiluak, Istanbulgo Hitzarmenaren bidez, eta EBak, 2011/99/EB Zuzentarauaren bidez, neurri batean beren jarrerak lerrokatu dituzte; hala, bakoitzak bere jarduketa-eremuan, biktimen babesa arautu du. Gainera, Zuzentaraua-

---

61 Borges Blázquez, Raquel (2021) «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 43,192 or.

62 2011/99/UE Zuzentaraua, *cit*, 10. 1 art.

63 *Ibidem*, 10.2 art.

64 Borges Blázquez, Raquel (2018). «El reconocimiento mutuo de las medidas de protección de víctimas en la Unión Europea: la transposición de la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de protección al ordenamiento jurídico español», *Revista de Estudios Europeos*, 71, 84 or.

ren 19.2 artikuluak gai berari buruz Estatu kideek sina ditzaketen tratatu eta hitzarmenetara egiten du igorpena. Egia da EBak, Zuzentarauaren bidez, harmonizazio-asmoa erakusten duela, Estatuetako legeriek helburu komun batzuk betetzeko bidean elkarrekin bat egin dezaten.

Orain arteko ibilbide prozesalean giltzarri izan den 2011/99/EB Zuzentarauari zigor-arloko lankidetza judizialaren barnean lehentasunezko lekua aitortuta ere, biktimen babesa (Istanbulgo Hitzarmenaren VIII. kapituluak adierazitako ildoan, bereziki 62.1 eta 62.2 artikuluetan) ez da osatuta gelditzen 2012/29/EB Zuzentaraua jokora ekarri gabe[65]. Izan ere, adierazi behar da biktimaren ikuspegitik behar bezain bermatzaileak ziren Estatu-araudirik ezak[66] eta 2001/220/JBG Esparru Erabakiaren[67] eraginkortasun mugatuak bultzatu zutela Europako Batzordeak biktimaren Estatutu juridikoari atxiki beharreko oinarrizko eskubideen multzo bat onartzeko planteamendua egitea. Eskubide horiek, gainera, zentzu handiagoa hartzen zuten genero-indarkeriaren biktimen kasuan, haien muturreko zaurgarritasuna kontuan hartuta. Tresnasorta hori honako ardatz hauetan bil daiteke[68]: a) aitortza eta tratamendu profesional errespetuzkoa; b) ikerketa- eta prozedura judizialetan behar besteko bermerik gabe parte hartzearen ondorioz bigarren mailako biktimizazioa jasateko arriskuaren aurkako babesa; c) laguntza, delitu-egintzaren biktima izan ondoren, larrialdiko laguntza psikologikoaren bidez; d) justiziarako sarbidea, agintari judizialek biktimaren eskura ordezkaritza egokia jartzeko betebeharrarekin, eta biktimari dagozkion eskubideak, jasotzen duen informazioa

---

65 2001/220/JBG Esparru Erabakia ordezkatu zuena. Scherrer, Amandine (2017). *The Victims'Rights Directive 2012/29/EU. European Implementation Assessment*. European Parliament (EPRS_STU(2017)611022_EN).

66 Istanbulgo Hitzarmena onartu aurretik, Espainian, Genero Indarkeriaren aurka Babes Integralerako Neurriei buruzko 1/2004 Lege Organikoak, abenduaren 28koak, Hitzarmenaren eskakizunekin identifika zitezkeen zenbait alderdi jasotzen zituen; hala ere, agerikoa zen neurri horiek ez zirela nahikoak. Merino-Sancho, Víctor (2019). «La (a)simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul», *Anuario de Filosofía de Derecho-AFD*, 35, 93-126 or.

67 Esparru Erabakia erreformatzeko beharra hasieratik bertatik antzeman zen. Funtsean, haren eraginkortasun eza xedapen askoren edukia anbiguoa izatearekin lotzen zen, bai eta hura betetzen ez zuten estatu kideen aurka ez-betetze prozedurak aktibatzeko tresnarik ez egotearekin ere. Horregatik, Europako erakundeek ez zuten zalantzan jartzen esparru juridiko berri baten beharra. Erreformarako ekimena lan-ildo argi batera bideratu zen: biktimen egoera indartzera, justiziarako sarbideari, eskubideei eta oinarrizko laguntza-zerbitzuei dagokienez, estatu kide guztietan, estatuko araudien arteko hutsunerik edo desberdintasun juridikorik gabe. Honen harira: Villegas Delgado, César (2010). «La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa», Armenta Deu, Teresa; Oromí Vall-Llovera, Susana (koord.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid.

68 García Rodríguez, Manuel José (2016). «El nuevo Estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-24.

ISBN: 978-84-7777-740-3

nahiz prozesu penalean eragin diezaioketen jarduketak ulertzea erraztuz; eta e) konpentsazioa eta erreparazioa, delituaren ondorioz jasandako kalte-galerengatik kalte-ordain egokia eskuratu ahal izatea bermatuta.

2012/29/UE Zuzentarauak Europako Batzordearen estrategia bere egin zuen, eta aginte-koadro bat ezarri zuen, honako eskubide hauen oinarri juridikoak finkatuz: a) informaziorako eskubidea; b) prozesu penalean parte hartzeko eskubidea; c) erreparaziorako eta kalte-ordainerako eskubidea; eta d) segurtasunaren eta intimitatearen babeserako eskubidea[69]. Hain zuzen ere, Espainiako transposizio-arauak, 4/2015 Legeak[70], berrikuntza esanguratsuak txertatzen ditu Estatuko ordenamendu juridikoan genero-indarkeriaren biktimen inguruan. Elementu horiek, besteak beste, honako hauei buruzkoak dira: biktimaren laguntza eta babesa zabaltzea, eskubide prozesal eta prozesuz kanpokoetan oinarrituta; zeharkako biktimaren figura sartzea (ezkontidea, seme-alabak, gurasoak eta biktimaren tutoretzapean dauden pertsonak identifikatuz); ebazpenak ofizioz jakinaraztea, erasotzailearen espetxe-egoerari edo kautela-neurriei buruzko informazioa izan dezan (salbu eta informaziorik ez jasotzea eskatzen bada); adingabeak biktimatzat hartzea genero-indarkeriako espazio batean daudenean; errekurtsoa jartzeko legitimazioa aitortzea (kausan parte izan gabe ere) honako kasu hauetan: a) kondenatua hirugarren graduan sailkatzean; b) espetxe-onuren kasuan; c) baldintzapeko askatasuna ematean; d) biktimaren babes-beharrak kontuan hartzea bigarren mailako biktimizazioa saihesteko, arreta berezia jarriz genero-indarkeriako egintzak errepikatzeko arriskuan; eta e) genero-indarkeriaren biktimen seme-alaben babesa indartzea, babes-aginduaren testuinguruan. Azken batean, 4/2015 Legeak mekanismo-multzo bat jasotzen du, Hitzarmenaren bermeak Espainiako ordenamendu juridikora egokitzeko xedez.

«Gai zibileko lankidetza judizial» gisa identifikatutako esparrura igaroz, EBren eremuan, EBFTren 81. artikuluak haren nahitaezkotasuna ezartzen du. Horri gehitu behar zaio Estatu kide batean gai zibilean emandako babes-neurriak aitortzeko mekanismoa, 606/2013/EB Erregelamenduaren bidez ezarrita dagoena (gai zibileko babes-neurrien elkarrekiko aitorpenari buruzkoa). Tresna normatibo horrek, aipatutako bi zuzentarauekin gertatzen ez zen bezala, zuzeneko eragina du eta, horrenbestez, ez du Estatuko arau-

---

69 Zuzentarauaren analisi sakon baterako, ikus: Blázquez Peinado, María Dolores (2013). «La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46, 897-934 or.; Chocrón Giráldez, Ana María (2013). «La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 12, 37-58 or.; Pereira Puigvert, Silvia (2013). «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo*, 30, 1-21 or.

70 Apirilaren 27ko 4/2015 Legea (Delituaren Biktimaren Estatutuari buruzkoa) eta abenduaren 11ko 1110/2015 Errege Dekretua.

rik behar Estatuko ordenamendu juridikoan txertatzeko. Horrela, bermatuta gelditzen da babes-neurri judizialen flujoa EBean[71]. Hala ere, haren edukiak zehaztasun-falta jakin bat erakusten du, gaur egun arte inexistentea den Espainiako araudiak konpon lezakeena[72].

2011/99/EB Zuzentarauak ezarritako ildoaz bestelako batean (non BEAk norabide bikoitza duen: Espainiak beste Estatu kide bati egindako eskaera gisa eta, aldi berean, Espainiak eskaera jasotzen duen Estatu gisa), 606/2013/EB Erregelamenduak bigarren egoera baino ez du aurreikusten. Ondorioz, egoera ez dator bat aurreko zuzentarauekin gertatzen denarekin. Hortaz, ez du arazorik sortzen Estatuko agintari judizialen jardunak, haien eskaerak BEAri lotuko baitzaizkio, izaera penaleko neurriak direlako. Aldiz, beste Estatu kide batzuetatik datozen izaera zibileko babes-neurriak aitortu eta betearazteko moduak ez du zehaztapen juridikorik Espainiako ordenamendu juridikoan. Beraz, 606/2013/EB Erregelamenduaren edukia zuzenean aplikatzea dagokio, bertan ezarritako baldintzetan.

Eduki horrek izaera substantiboko alderdi kontzeptual eta prozeduralak jasotzen ditu, hala nola zer hartu behar den babes-neurritzat, zein diren hura aplikatzeko organo judizial eskudunak eta zer jarduketa-marjina duten. Ondorio horietarako, babes-neurria edozein motatako erabaki gisa identifikatzen da, haren izendapena edozein dela ere, baldin eta agintari judizial batek edo beste agintari eskudun batek eman badu, inpartzialtasuna bermatuta eta haren ebazpenak agintari judizial baten aurrean errekurritzeko modukoak badira[73]. Aipatutako neurria egokia izango da arriskua eragin duen pertsonari betebehar jakin batzuk ezartzeko, beste pertsona baten osotasun fisikoa edo psikikoa babesteko helburuz. Neurri horiek honako hauek izan daitezke: a) pertsona babestua bizi den, lan egiten duen, maiz joaten den edo ohikotasunez egoten den lekuan sartzeko debekua edo sarrera horren arauketa; b) pertsona babestuarekin edozein motatako harremana izateko debekua edo harreman horren arauketa, telefono bidezko, posta elektronikozko edo arruntezko, fax bidezko edo beste edozein bitartekoren bidezko kontaktuak barne; c) pertsona babestuarengana agindutako distantzia baino gutxiagora hurbiltzeko debekua edo hurbilketa horren arauketa[74].

Estatu kideen (eta, ondorioz, Estatuko agintari judizialen) arteko elkarrekiko konfiantzaren printzipioak berekin dakar Estatu kide batean onartutako babes-neurriak gainerako Estatu kideek zuzenean aitortzea, inolako prozedurarik garatu beharrik gabe. Aitorpen zuzen horretatik sortzen da eskaria egin

---

71 606/2013/EB Erregelamendua, *cit.*, 5. Kontuan hartuzkoa.

72 Uztailaren 30eko 29/2015 Legeak, arlo zibileko nazioarteko lankidetza juridikoari buruzkoak, ez du aipatzen 606/2013/EB Erregelamendua, ezta beste estatu kide batzuetatik datozen izaera zibileko babes-neurrien eskaerak jasotzeko eta betearazteko modua ere.

73 606/2013/EB Erregelamendua, *cit.*, 3.1 eta 4 art.

74 *Ibidem*, 3.1.a), b) eta c) art.

ISBN: 978-84-7777-740-3

zaion Estatuak babes-neurria funtsean berrikusteko duen debekua eta, hortaz, haren aplikazio zuzena[75]. Hala ere, Erregelamenduak aurreikusten ditu eskaria egin zaion Estatuak babes-neurri baten betearazpena ukatu ahal izateko zenbait egoera, baldin eta hala eskatzen badu genero-indarkeriaren biktimarentzat arriskua eragin duen pertsonak eta honako kasuetakoren bat aitortzen bada: a) babes-neurriaren aitorpena eskaria egin zaion Estatu kideko ordena publikoaren aurkakoa dela agerikoa izatea, edo b) eskaria egin zaion Estatu kidean emandako edo aitortutako epai batekin bateraezina izatea[76]. Aldiz, ez da ukatzeko arrazoitzat hartuko eskatutako Estatu kideko Zuzenbideak ez ahalbidetzea egitatezko egoera berberean oinarritutako babes-neurri bat[77]. Ukapen hori baztertzeak, nolabait, Estatu kideen arteko elkarrekiko konfiantzaren printzipioa sendotzen du[78].

2011/99/EB eta 2012/29/EB Zuzentarauen eta 606/2013/EB Erregelamenduaren interpretazio bateratuak erakusten du EB, Istanbulgo Hitzarmenaren sinatzaile gisa, hitzarmen horren inguruan artikulatutako egitura instituzional eta normatiboen esparruan kokatzen dela, bai *de facto* bai *de iure*. Horrenbestez, lerrokatze instituzional eta normatiboaren existentzia ukaezina da. Ildo horretan, 2024/1385/EB Zuzentarauaren onarpenak ikuspegi hori indartzen du, prebentzio-neurriak, neurri zigortzaileak eta biktimentzako laguntza-neurriak uztartzen dituen ikuspegi integralagoa txertatzen baitu.

Azken batean, BEAk aurrerapen esanguratsua dakar biktimen babeserako Europako sistema eraikitzeko bidean, zirkulazio askeko ingurune batean babes-neurrien jarraitutasuna ahalbidetzen baitu. Hala ere, haren eraginkortasun praktikoa bere konfigurazio normatiboa gainditzen duten faktore estrukturalen mende dago; horrek ikuspegi integral bat eskatzen du, tresna juridikoen hobekuntza eta lankidetza instituzionalaren nahiz operadore juridikoen prestakuntzaren sendotzea uztartuko dituena.

4. 2024/1385/EB Zuzentaraua, Europako lankidetza-sistemaren osagarri substantibo gisa

Europako esparruan biktimen eskubideen konfigurazioak bilakaera progresiboa izan du: hasieran biktimak prozesu penalaren barruan zuen posizioan zentratutako eredutik ikuspegi zabalago eta integralago batera igaro da, prozesuz kanpoko dimentsioak, asistentzialak eta prebentiboak barne hartuz. Trantsizio horrek eraldaketa sakona islatzen du biktimak zigor-justizia-

75 *Ibidem*, 4. art.

76 *Ibidem*, 13.1 art.

77 *Ibidem*, 13.2 art.

78 Wróbel, Aleksander (2023). «Recognition of Protective Measures in Civil Matters in the European Union», *Forum Prawnicze*, 6(80), 68-80 or.

ren sisteman duen eginkizunaren ulermenean; izan ere, biktima, posizio periferiko batetik eskubide autonomoen subjektu gisa juridikoki aitortutako posizio batera igaro da[79].

Aldi berean, eta aurreratu den bezala, biktimen babeserako Europako sistemaren bilakaeran eragin nabarmena izan du Istanbulgo Hitzarmenaren estandarrak EBeko Zuzenbidean pixkanaka txertatzeak. EB Istanbulgo Hitzarmenari formalki atxikitzeak konbergentzia normatibo hori indartzen du, eta haren estandarrak EBko Zuzenbidean integratzea sendotzen du. Une horretatik aurrera, emakumeen aurkako indarkeriaren biktimen babesa Hitzarmenetik eratorritako betebeharren argitan interpretatu behar da, eta horrek koherentzia handiagoa eskatzen du arau-maila desberdinen artean.

Testuinguru horretan, Emakumeen aurkako indarkeriaren eta etxeko indarkeriaren aurkako borrokari buruzko 2024/1385/EB Zuzentaraua onartzeak beste urrats bat dakar Europako sistema integral baten sendotze-bidean. Tresna horrek, lehen aldiz, tipifikazio penalaren arloko arau substantibo komunak ezartzen ditu, baita biktimen babeserako eta laguntzarako neurri indartuak ere, eskubide prozesaletan soilik oinarritutako ikuspegi tradizionala gainditzuz[80].

Baiezta daiteke, Zuzentarauak jauzi kualitatiboa dakarrela emakumeen aurkako indarkeriaren eta etxeko indarkeriaren tratamendu juridikoan EBeko Zuzenbidean; hala ere, aurrerapen hori ez da modu homogeneoan proiektatzen esku-hartze maila guztietan[81]. Haren ekarpen nagusia ez datza mugaz gaindiko lankidetza judizialerako mekanismo autonomo berri bat sortzean, baizik eta esparru material komun bat (penala, biktimologikoa, prebentiboa eta asistentziala) txertatzean, lehendik dauden elkarrekiko aitorpeneko tresnak osatu eta trinkotzen dituena. Ildo horretan, Zuzentaraua artikulazio sistemikoko arau gisa irakurri behar da: babesaren eta laguntzaren gutxieneko estandarrak goratzen ditu, orain arte behar bezala harmonizatu gabe zeuden delitu-kategoriak sartzen ditu, eta babes-Estatutu berri

---

79 Arangüena Fanego, María del Coral (2025) «Últimos pasos en la Unión Europea para la protección de los derechos de las víctimas. la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica». *Revista de Estudios Europeos*, 85, 1-44 or.

80 Borges Blázquez, Raquel (2024), «La aprobación de la Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y su incidencia en el reconocimiento mutuo de medidas de protección. ¿qué fue primero, el huevo o la gallina?», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 1-12 or. zenbaki berdinean, ikus baita ere: Ruiz López, Cristina (2024). «Una Directiva tardía y necesaria: la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica». *La Ley Unión Europea*, 126 zkia.

81 Gainera, ikusteko dago Estatu bakoitzean emango den inplementazio maila. Magro Servet, Vicente (2024), «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *Diario La Ley*, 10518.

ISBN: 978-84-7777-740-3

hori BEAren eta babes-neurri zibilen aitorpenaren aurreko arkitekturarekin lotzen du[82].

Ondorio hori argi ikus daiteke 2024/1385/EB Zuzentarauaren eginkizuna 2011/99/EB Zuzentarauaren eta 606/2013/EB Erregelamenduaren eginkizunarekin alderatzen bada. 2011/99/EB Zuzentarauak logika nagusiki instrumental bati erantzuten dio: ahalbidetzen du igorpen-Estatuko agintari judizial batek edo baliokide batek BEA ematea, beste Estatu kide bateko agintari eskudunak bere lurraldean mehatxupean dagoen pertsonaren babesa jarrai dezan, betiere jatorrizko Estatuan aldez aurretik hartutako izaera penaleko babes-neurri batean oinarrituta. 606/2013/EB Erregelamenduak eginkizun paraleloa betetzen du eremu zibilean, gai zibilean emandako babes-neurriak aitortzeko mekanismo sinple eta azkarra ezarriz, elkarrekiko konfiantzan oinarritua eta biktimaren zirkulazio askearen egikaritzak haren babesaren galera ekar ez dezan bideratua.

Neurrien zirkulazioaren logika horren aurrean, 2024/1385/EB Zuzentarauak beste plano batean jarduten du. Haren ekarpen nagusia honako hauetan gutxieneko arauak ezartzean datza: delitu jakin batzuen definizioan, justiziarako sarbidean, biktimen babesean, laguntza-zerbitzu espezializatuetan, prebentzioan eta koordinazio instituzionalean. Horregatik, esan daiteke Zuzentarauak ez dituela 2011ko eta 2013ko tresnak ordezten; aitzitik, testuinguru normatibo sendoagoa eskaintzen die[83]. Tresna haiek babes-neurri jakin batzuen mugaz gaindiko jarraitutasuna bermatzen zuten tokian, 2024ko Zuzentarauak genero-indarkeriaren eta etxeko indarkeriaren biktimaren Europako Estatutuaren eduki materiala zabaltzen du.

Istanbulgo Hitzarmenarekiko lotura erabakigarria da puntu honetan. Izan ere, EBk Hitzarmenari atxikimendua erakutsi dion unean, Zuzentaraua estandar konbentzionalaren barne-inplementaziorako pieza gisa uler daiteke, betiere Batasunaren eskumen-mugen barruan. Zuzentarauak ez du Hitzarmena osorik erreproduzitzen, eta ez ditu haren eskakizun guztiak agortzen; hala ere, haren logikaren zati bat —prebentzioa, babesa, jazarpen penala eta politika integratuak— EBeko Zuzenbidearen arauzko betebehar bihurtzen du. Gainera, elementu gehigarri lez, Istanbulgo Hitzarmenak zehaztasun berarekin garatu ez zuen dimentsio bereziki garrantzitsu bat txertatzen du: teknologia digitalen bidez gorpuzturiko indarkeria[84].

---

82 Judiziozko esparruan berebiziko garrantzia izango du GEEAk eta EBJAk, bakoitzak bere arauzko parametroen arabera, nola erantzuten dieten planteiatzen zaizkien auziei. Lirola Delgado, Isabel (2026). «Activismo judicial del TEDH y el TJUE frente a la violencia contra las mujeres en Europa». *Revista CIDOB d'Afers Internacionals,* 142, 157-176 or.

83 Ruiz López, Cristina (2024). «Una Directiva tardía y necesaria: la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica». *La Ley Unión Europea*, 126 zkia.

84 Zabaltze hori bereziki agertzen da honako jokabide hauen gutxieneko kriminalizazioan: emakumeen genitalen mutilazioa, behartutako ezkontza eta ziberindarkeriaren zenbait adieraz-

Hala ere, nazioarteko lankidetza judizialaren eremu zorrotzean, 2024/1385/EB Zuzentarauak ez du «Europako agindu» berri bat sortzen, ezta emakumeen aurkako indarkeriaren edo etxeko indarkeriaren biktimentzat elkarrekiko aitorpenerako prozedura espezifiko bat ere. Datu normatiboa adierazgarria da: 19.4 artikuluak agintari eskudunei ezartzen die biktimak informatzeko betebeharra, haien segurtasunerako egokia denean, babesaginduen mugaz gaindiko aitorpena eskatzeko aukerari buruz, 2011/99/EB Zuzentarauaren edo 606/2013/EB Erregelamenduaren arabera. Legegintza-teknika, beraz, igorpenarena eta indartzearena da, ez ordezkapenarena. 2024ko Zuzentarauak aurreko arkitekturaren indarraldia aurresuposatzen du, eta berak definitzen duen testuinguru material berrian berraktibatzen du.

Horrek ez du esan nahi Zuzentarauak mugaz gaindiko lankidetzarako garrantzirik ez duenik. Haren ekarpena zeharkakoagoa da, baina juridikoki esanguratsua. Lehenik eta behin, jurisdikzio-eskumenari buruzko arauak ezartzen ditu 3. artikulutik 9. artikulura bitartean definitutako delituetarako, eta berariazko aurreikuspen bat jasotzen du informazioaren eta komunikazioaren teknologien bidez egindako delituetarako, teknologia horiek Estatu kidearen lurraldetik eskuragarri direnean, bitarteko zerbitzuaren emailea non ezarrita dagoen kontuan hartu gabe. Bigarrenik, egitate horiek ikertu eta jazartzeaz arduratzen diren agintariei eskatzen die froga elektronikoa biltzeko, aztertzeko eta ziurtatzeko tresna eraginkorrak izatea, funtsezko alderdia baita dimentsio transnazionala duten ziberindarkeriako kasuetan. Hirugarrenik, lineako eduki jakin batzuk kentzeko edo blokeatzeko neurriak aurreikusten ditu, Zerbitzu Digitalen Erregelamenduari kalterik egin gabe; horrek biktimaren babesa hurbiltzeko debeku fisikoaren logika klasikotik harago proiektatzen du.

Judizioz kanpoko lankidetzaren ikuspegitik, berritasuna are agerikoagoa da. Zuzentarauak koordinazio multiagentzialaren logika ezartzen du, polizia- eta justizia-agintarien, laguntza-zerbitzu espezializatuen, gizarte-, osasun- eta hezkuntza-zerbitzuen, berdintasun-erakundeen, gobernuz kanpoko erakundeen eta gainerako eragile esanguratsuen artean. Lankidetza hori ez da elementu osagarri gisa ulertzen, baizik eta babesaren eraginkortasunerako egiturazko baldintza gisa, bereziki arriskuaren ebaluazio indibidualizatuan, babes-neurrien adopzioan, laguntza-zerbitzuetara bideratzean eta bigarren mailako biktimizazioa saihestean.

Ondoriozta daiteke, beraz, 2024/1385/EB Zuzentarauak ez duela lankidetza judizialerako arkitektura tekniko berri bat inauguratzen, 2011/99/EB Zu-

pen, hala nola material intimo edo manipulatuaren baimenik gabeko zabalkundea, ziberjazarpen jarraitua, ziberjazarpena, ciberflashing delakoa eta indarkeriara edo gorrotora bide digitalen bidez bultzatzea. Braschi, Sofia (2025). «The new EU Directive on combating violence against women and domestic violence». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 137, 2, 425-442 or.

ISBN: 978-84-7777-740-3

zentarauarekin edo 606/2013/EB Erregelamenduarekin pareka daitekeenik. Haren balio erantsia beste plano batean kokatzen da: babeserako Europako esparruaren eduki substantiboa indartzen du, gutxieneko estandar penal eta asistentzialak harmonizatzen ditu, indarkeria digitala Europako erantzunaren erdigunean txertatzen du, eta Estatu kideak behartzen ditu biktimen babesa genero-ikuspegia duten zirkuitu koordinatu, espezializatu eta sentikorretan integratzera. Alta, hiru tresna horien arteko harremana ez da gainditze-terminoetan formulatu behar, baizik eta osagarritasun funtzionalaren ikuspegitik.

IV. ONDORIOAK

Biktimen babesaren arloko lankidetza judizialerako Europako sistemaren azterketak agerian uzten du arau-arkitektura konplexua dagoela: batetik, nazioarteko, Europako eta Estatuko tresnen gainjartzea eta, bestetik, bai izaera penaleko bai zibileko mekanismoen elkarbizitza. Konplexutasun horri positiboki begiratuta, bilakaera-prozesu baten isla dela esango genuke, non tresna berriak pixkanaka txertatzen joan diren premia espezifikoei erantzuteko, bereziki mugaz gaindiko testuinguruetan.

Garapen horrek sistema bat eragin du, eta sistema hori, arau-dentsitate handikoa izan arren, oraindik gabezia esanguratsuak ditu koherentziari, eraginkortasunari eta aplikagarritasun praktikoari dagokienez. Bereziki, 2011/99/UE Zuzentarauaren eta 606/2013 (EB) Erregelamenduaren arteko elkarbizitzak zatiketa funtzional bat erakusten du eta horrek zaildu egin dezake kasu bakoitzean tresna egokia identifikatzea, eta ziurgabetasuna sor dezake operadore juridikoen artean.

Egiturazko ikuspegi batetik, elkarrekiko aitorpenaren printzipioak EBko lankidetza judizialaren ardatz egituratzaile izaten jarraitzen du. Hala ere, biktimen babesaren eremuan haren aplikazioak agerian uzten ditu bere mugak. Europako zigor-Zuzenbidearen beste sektore batzuetan ez bezala (non elkarrekiko aitorpena nahiko homogeneoak diren erabakien gainean aplikatzen den), babes-neurrien esparruan printzipio horrek konfigurazio juridiko estatalen aniztasun nabarmenari egin behar dio aurre. Heterogeneotasun horrek egokitzapen-mekanismoak txertatzera behartzen du; mekanismo horiek beharrezkoak badira ere, sistemaren uniformetasuna ahultzen dute eta biktimari eskaintzen zaion babesaren aurreikusgarritasunean eragina izan dezakete.

Testuinguru horretan, 2011/99/UE Zuzentarauak aurrerapen esanguratsua dakar Europako espazioan babesaren jarraitutasuna bermatzeko. Hala ere, haren eragin praktikoa mugatua izan da. Horrek agerian uzten du lankidetza judizialeko tresnen eraginkortasuna ez dagoela soilik haien diseinu normatiboaren mende, baizik eta beste faktore batzuen mende ere badagoela, hala nola operadore juridikoek duten ezagutza-mailaren, prozeduraren

sinpletasunaren eta koordinazio instituzionalerako bide eraginkorren existentziaren mende, alegia.

Bere aldetik, 606/2013/EB Erregelamenduak aitorpen automatikoko eredu bat ezartzen du, eta, ikuspegi teknikotik, eraginkortasun-potentzial handia du. Hala ere, haren aplikazioa, Estatuetako sistema juridikoen aniztasunak eta izaera penaleko babes-neurriekiko haren eremu materiala mugatzeko zailtasunak baldintzatzen dute.

Biktimen eskubideen Europako sistemaren bilakaerak, 2012/29/EB Zuzentarauaren inguruan egituratuak, ikuspegi zabalago baten sendotze-prozesua islatzen du, eremu hertsiki prozesala gainditzen duena. Babes-beharren ebaluazio indibidualizatua edo laguntza-zerbitzuen indartzea bezalako mekanismoak txertatzeak agerian uzten du biktimaren ikuspegian oinarritutako eredu bateranzko orientazio progresiboa. Hala ere, Zuzentarau horren berrikuspen-prozesuak erakusten du oraindik gabezia garrantzitsuak daudela haren aplikazio praktikoan.

Testuinguru horretan, EB Istanbulgo Hitzarmenari atxikitzea inflexiopuntu bat da. Batasunak tresna horrekiko duen lotura juridiko zuzenak sistemaren koherentzia indartzen du eta nazioarteko estandarrak EBko Zuzenbidean integratzea sendotzen du. Aldi berean, eraginkortasun-eskakizun gehigarri bat ezartzen du, lankidetza judizialeko mekanismoak biktimen babeserako ikuspegi integralarekin lerrokatuta egotea bermatzera behartzen duen neurrian. Bide horretatik, 2024/1385/EB Zuzentarauaren onarpenak joera hori berresten du, Europako esparru anbiziotsuago baten eraikiz. Esparru horretan, emakumeen aurkako indarkeriaren biktimen babesa ez da jada gai prozesal hutsa, baizik eta Batasunaren jardunaren helburu substantibo bat.

Aurrekoa kontuan hartuta, esan daiteke biktimen babesaren arloko lankidetza judizialerako Europako sistema trantsizio-fase batean dagoela. Tresna normatiboak sortzera bideratutako lehen etapa gainditu du, eta orain fase berri batera doa; bertan, lehentasuna, tresna horien eraginkortasun praktikoa eta koherentzia sistematikoa bermatzea izan beharko litzateke. Ildo horretan, erronka nagusia ez dago hainbeste tresna berriak onartzean, baizik eta indarrean daudenak arrazionalizatzean. Horrek eskatzen du, alde batetik, babeserako mekanismo penal eta zibilen arteko artikulazioa argitzea, eta, bestetik, eragile juridikoen prestakuntza eta Estatuetako agintarien arteko koordinazioa indartzea. Era berean, beharrezkoa da babes-estandarren homogeneizazio handiago baterantz aurrera egitea, Estatuetako sistema juridikoen aniztasunarekiko errespetuari kalterik egin gabe.

Azken batean, lankidetza judizialak funtsezko eginkizuna betetzen jarraituko du biktimen mugaz gaindiko babesean; hala ere, haren eraginkortasuna eredu zabalago, koherenteago eta emaitzetara bideratuago batean integratzeko duen gaitasunaren araberakoa izango da. Eredu hori sendotzea izango

ISBN: 978-84-7777-740-3

da datozen urteetan biktimen babesaren arloan EBk (eta Europak, orokorrean) izango duen erronka nagusietako bat.

Azken buruan, biktimen babeserako Europako sistemak egiturazko paradoxa bati egin behar dio aurre: arau-sofistikazio maila nabarmena lortu duen arren, haren eraginkortasun praktikoak Zuzenbidea bera gainditzen duten faktoreen mende jarraitzen du. Arauzko tresnen metaketak ahalbidetu du teknikoki aurreratua den egitura juridiko bat eraikitzea, baina ez derrigorrez testuinguru guztietan operatiboa dena. Egoera horretan, benetako erronka ez da katalogo normatiboa zabaltzen jarraitzea, baizik eta haren funtzionaltasuna, ulergarritasuna eta aplikazio eraginkorra bermatzea.

V. BIBLIOGRAFIA

[Baliabide elektroniko guztien azken kontsulta: 2026/5/1.]

AMATO, Rossana (2024). «Do you practice what (E)U preach? The EU system of cross-border protection for victims of recurrent crimes», *Oñati Socio-Legal Series*, 14(3). https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1984

ARANGÜENA FANEGO, María del Coral (2025). «Últimos pasos en la Unión Europea para la protección de los derechos de las víctimas. la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica». *Revista de Estudios Europe*os, 85. https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.1-44

AVILES PALACIOS, Lucia (2021). «La ratificación por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y violencia doméstica. Entre el *desideratum* y la realidad». OTAZUA ZABALA, Goizeder; GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander (zuz.), *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbo.

BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores (2013). «La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?». *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 46.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel (2018). «El reconocimiento mutuo de las medidas de protección de víctimas en la Unión Europea: La transposición de la Directiva 2011/99/UE, sobre la Orden Europea de protección al ordenamiento jurídico español», *Revista de Estudios Europeos*, 71.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel (2020). «European Judicial Cooperation and Protection of Gender-Based Violence Victims, Fact or Fiction?». *Journal of Penal Law and Criminology*, 8(1). https://doi.org/10.26650/JPLC2020-0007

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel (2020). «La Orden de Protección Europea y su aplicación en España». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 41. https://doi.org/10.15366/rjuam2020.41.004

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel (2021). «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* 43. https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.008

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel (2024). «La aprobación de la Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y su incidencia en

el reconocimiento mutuo de medidas de protección. ¿qué fue primero, el huevo o la gallina?», *La Ley Unión Europea,* n.º 126, 1-12 or.; zenbaki berdinean, ikus baita ere.

BRASCHI, Sofia (2025). «The new EU Directive on combating violence against women and domestic violence». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 137, 2. https://doi.org/10.1515/zstw-2025-0010

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María (2013). «La Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 12.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat (2015). «El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea. La Directiva 2011/99, el Reglamento UE 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán», *Revista de derecho y proceso penal*, 38.

DE SILVA, Monika; TEPLIAKOVA, Mariia (2024). «Populist Challenge? Negotiating the EU's Accession to the Istanbul Convention in the Council». *Politics and Governance*, 12, article 8110. https://doi.org/10.17645/pag.8110

DE VIDO, Sara (2023). «EU accession to the Istanbul Convention: New legal paths for the protection of women from violence in Europe», *External Relations & Trade y Human Rights-EU Law Live*.

DE VIDO, Sara; FRULLI, Micaela (ed.) (2023). *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence: A Commentary on the Istanbul Convention*. Cheltenham UK & Northampton, Edward Elgar.

DE VIDO, Sara; VOTINIUS, Jenny Julen (2025). *EU law in light of the Istanbul Convention, Legal implications after accession*. Publications Office of the European Union. https://doi.org/10.2838/1820287

ETXEBERRIA BEREZIARTUA, Eneko (2023). «Diagnostico procesal y desafios urgentes de los juzgados de violencia sobre la mujer», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, COUNCIL OF EUROPE AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2020), *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*. Publications Office of the European Union ().

FREIXES, Teresa; ROMÁN, Laura (zuz.) (2015). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid.

GALLEGO SANCHEZ, Gemma (2015). «El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2 (EDC 2015/195775).

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José (2016). «El nuevo Estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.*

GIL RUIZ, Juana (2018). *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson, Madril.

HOLZHAKER, Ronald; LUIF, Paul (2014). *Freedom, Security and Justice in the European Union. Internal and external dimensions of increased cooperation after the Lisbon Treaty*, Springer, Viena.

KUBACKA, Karolina Kaja (2022). «The EU Accession to the Istanbul Convention: The Argument From the 'common accord' Practice». *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 12, 2. https://doi.org/10.2478/wrlae-2022-0007

ISBN: 978-84-7777-740-3

LIROLA DELGADO, Isabel (2026). «Activismo judicial del TEDH y el TJUE frente a la violencia contra las mujeres en Europa». *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 142. https://doi.org/10.24241/rcai.2026.142.1.157

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes (2019). «La Orden europea de Protección aplicada a las víctimas de violencia de género». MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; PARRILLA VERGARA, Javier (zuz.), *Mujer y Derecho Penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Bartzelona.

MAGRO SERVET, Vicente (2024). «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *Diario La Ley*, 10518.

MERINO-SANCHO, Víctor (2019). «La (a)simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul», *Anuario de Filosofía de Derecho-AFD*, 35.

MONTIEL ROIG, Gonzalo (2016). «La Orden Europea de Protección: indicadores sociales, violencia de género y cambio social», MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (zuz.), *La Orden Europea de Protección. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant lo Blanch, Valentzia.

NIEMI, Johanna (2023). «Article 53: Restraining or protection orders». *Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence: A Commentary on the Istanbul Convention*. Cheltenham UK & Northampton, Edward Elgar. https://doi.org/10.4337/9781839107757.ch59

NOUSIAINEN, Kevät; CHINKIN, Christine (2016). *Legal implications of EU accession to the Istanbul Convention*. Publications Office of the European Union. https://doi.org/10.2838/15851

PEREIRA PUIGVERT, Silvia (2013). «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo». *Revista General de Derecho Europeo*, 30.

RUIZ LÓPEZ, Cristina (2024). «Una Directiva tardía y necesaria: la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica». *La Ley Unión Europea*, 126.

RUIZ SUTIL, Carmen (2018). «Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento de Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, 2. https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4392

SCHERRER, Amandine (2017). *The Victims'Rights Directive 2012/29/EU*. European Implementation Assessment. European Parliament (EPRS_STU(2017)611022_EN).

VILLEGAS DELGADO, César (2010). «La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa», ARMENTA DEU, Teresa; OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana (koord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América,* Colex, Madril.

WRÓBEL, Aleksander (2023). «Recognition of Protective Measures in Civil Matters in the European Union», *Forum Prawnicze*, 6(80).

Recensiones | Iruzkinak

La repercusión de la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida

Roberto O. Bustillo Bolado (dir.);
M. Antonia Arias Martínez y Paula Gamallo Carballude (coords.)
Editorial Aranzadi, 2025, 550 págs., ISBN: 978-84-1162-522-3

Esta obra colectiva es el resultado del proyecto de investigación «Nuevos enfoques de la prevención y protección de la salud desde la ordenación del territorio y el Derecho urbanístico: La incidencia del paisaje sobre la salud mental, y el doble efecto de las instalaciones de energías renovables sobre la calidad de vida de los seres humanos» (INPO23-01), prologada por Luis Martin Retortillo, catedrático de Derecho Administrativo y profesor emérito de la Universidad de Cantabria, y cuyo equipo investigador ha sido integrado por Rafael Andrés Velázquez, M.ª Antonia Arias y Paula Gamallo.

En la obra participan juristas de distintas universidades. Está dirigida por Roberto O. Bustillo Bolardo, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Vigo, y coordinada por M.ª Antonia Arias y Paula Gamallo.

Tras la introducción, el libro se estructura en tres bloques en los que se van analizando sucesivamente la repercusión de la actividad pública urbanística ambiental sobre la salud y la calidad de vida de las personas que viven en ecosistemas rurales y sobre la vida de las personas y otros seres vivos en espacios predominantemente no antrópicos.

Primera parte. Introducción

Capítulo 1. Desarrollo sostenible, mantenimiento sostenible y sostenibilidad: sobre los conceptos jurídicos, las limitaciones, la utilidad, la utopía y el caminar.

El autor, Roberto O. Bustillo Bolardo, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Vigo (Campus de Ourense), aborda la problemática enunciada, a partir del entendimiento de la sostenibilidad como concepto, como deseo y como realidad jurídica, y su repercusión en la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida de las personas y de los demás seres vivos.

Destaca el autor que la obra pretende aportar elementos de reflexión útiles tanto para los actores sociales, jurídicos y económicos en el ámbito medioambiental, como para los responsables del diseño y aplicación de las políticas públicas en un contexto de sostenibilidad.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Segunda parte. Repercusión de la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida en espacios urbanos

Capítulo 2. Los desafíos urbanísticos y ambientales en relación con la salud y la calidad de vida de las personas que viven en entornos urbanos.

En el primer apartado de la segunda parte del libro (capítulo 2), la autora, María Rosario Alonso Ibáñez, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo, profundiza en las nuevas herramientas al servicio de los desafíos urbanísticos y ambientales actuales y analiza una nueva metodología de la gestión urbana, así como los Planes de Movilidad Urbana Sostenible (PMUS) y la incorporación de objetivos de sostenibilidad climática por el planeamiento urbano.

También aborda la insuficiencia de reglas jurídicas frente a los desafíos urbanísticos y ambientales en relación con la salud y la calidad de vida de las personas que viven en entornos urbanos. A su juicio parece evidente que los viejos modelos para la planificación del territorio deben dar paso a nuevas y más potentes regulaciones jurídicas de metodologías de planificación estratégica como herramientas de gobernanza. Ello debe hacerse en respuesta a la urgencia de contar con instrumentos capaces de afrontar los desafíos urbanísticos y ambientales con la salud y la calidad de vida de las personas que viven en entornos urbanos desde nuevos enfoques.

Capítulo 3. Ordenación estratégica del territorio y la calidad de vida.

En este capítulo, la autora, M.ª Fuensanta Gómez Manresa, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia, defiende la planificación estratégica como presupuesto de la calidad de vida y la ordenación territorial estratégica versus urbanismo diseminado y regresión en la protección del entorno natural y cultural.

También considera que la planificación estratégica y prospectiva debe contribuir al logro de ciudades más amables y resilientes, así como coadyuvar a la prevención y mitigación de los impactos del cambio climático, a la revitalización del medio edificado, la supresión de barreras arquitectónicas y a la consecución de la eficiencia energética.

Finaliza la autora con una reflexión final, poniendo de manifiesto que la planificación estratégica y prospectiva es un elemento clave para la consecución de un medio sostenible y resiliente, así como para la calidad de vida de la ciudadanía y la justicia intergeneracional, en la medida que las decisiones concernientes a la ordenación territorial y urbanística pueden tener efectos perdurables o, incluso, irreversibles.

Capítulo 4. La regulación urbanística, ambiental y de medidas de prevención, protección y defensa frente a los incendios en las ciudades y su proyección sobre la salud y la calidad de vida urbana.

En este capítulo de la obra, las autoras Margarita Parajó Calvo, doctora en Derecho incorporada a la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Vigo, y María Belén González Ramírez, arquitecta en la Xerencia Municipal de Urbanismo de Vigo, afirman que la gestión de incendios en entornos urbanos es un tema crucial que impacta directamente en la salud pública, la calidad de vida y la sostenibilidad ambiental.

Las autoras identifican las claves presentes: los incendios en las ciudades y su impacto en la salud y la calidad de vida; las insuficiencias en el marco normativo de los servicios de prevención y extinción de incendios; la coordinación en protección civil, la interrelación entre protección civil y urbanismo.

Abogan por la prevención y gestión de riesgos asociados a incendios en el urbanismo, por la regulación de la interfaz urbano-forestal así como por la protección del casco histórico y las áreas urbanas degradadas y subrayan la necesidad de dotarse de una normativa eficaz de edificación y seguridad contra incendios.

Capítulo 5. La influencia de la planificación del uso del suelo y la evaluación ambiental establecidas en la normativa gallega sobre la salud de las personas: regulación y sostenibilidad del entorno.

Su autora, Paula Gamallo Carballude, contratada predoctoral de la Xunta de Galicia en la Universidad de Vigo, analiza los usos del suelo en la Comunidad Autónoma de Galicia según la Ley 2/2016, de 10 de febrero, de Suelo de Galicia, y afirma que es evidente la repercusión de la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida en espacios urbanos.

En este sentido, considera que debería establecerse la necesidad de someter los instrumentos de ordenación territorial a una evaluación ambiental estratégica para garantizar que las decisiones urbanísticas tengan en cuenta, no solo la sostenibilidad ambiental, sino también el bienestar y la salud de la población.

Capítulo 6. Las ciudades cuidadoras: ¿pueden las *smart cities* contribuir a la mejora de la salud y la calidad de vida de los ciudadanos?

La autora, Noelia Betetos Agrelo, contratada postdoctoral FPU en la Universidad de Santiago de Compostela, analiza la crisis de los cuidados en el entorno urbano y la progresiva incorporación de los cuidados a las funciones de la ciudad.

También examina los cuidados como objeto de la actuación de las ciudades inteligentes así como el papel de estas ciudades en la prestación y optimización de los servicios de cuidados y la tutela de la vulnerabilidad habitacional.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Capítulo 7. Urbanismo, Habitacao e Direito à Cidade: uma análise à luz da Ordem Jurídica Portuguesa.

Su autora es María do Rosário Anjos, profesora asociada de la Universidad Lusófona. En este capítulo, la autora efectúa unas consideraciones finales manifestando que el gran desafío del futuro será hacer que las ciudades sean más habitables y saludables. Asimismo, hace referencia a la necesidad de regresar al concepto de «ciudad jardín» de Howard y a las nuevas formas de explorar las posibilidades del derecho de la propiedad que puedan dar una oportunidad para mejorar la calidad de vida de las nuevas generaciones y de las familias.

También considera la autora que el recurso a soluciones de *co-living* o *co-housing* constituye un ejemplo de colaboración intergeneracional y de racionalidad de recursos que puede potenciar una mayor calidad de vida, así como preservar la naturaleza y el medio ambiente para hacer ciudades más resilientes y preparadas para situaciones futuras inesperadas.

Tercera parte. Repercusión de la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida en espacios rurales

Capítulo 8. El medio ambiente y la calidad de vida en entornos rurales: mejora de redes de saneamiento y depuración y otras acciones en el marco del desarrollo rural.

Su autora es María del Carmen Rodríguez Martin-Retortillo, profesora ayudante Doctora de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Tras analizar la Carta Europea del Agua, el programa de desarrollo sostenible, la hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos de 2011, el dictamen del Comité Europeo y el plan de economía circular de 2020, la autora formula unas interesantes conclusiones, entre ellas la necesidad de que las instituciones adopten una concepción integral del ciclo del agua que abarque tanto las fases de abastecimiento como de saneamiento, con una adecuada planificación y renovación de sus redes, teniendo en cuenta la dispersión de la población, el incremento de la inversión, la realización de un seguimiento y control permanente.

También apunta a una mayor especialización del personal de mantenimiento y el fomento de la reutilización del agua y subraya la necesidad de destinar más recursos económicos y medios para potenciar la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías a fin de mejorar la calidad del abastecimiento y saneamiento.

Capítulo 9. La clasificación y la calificación urbanística y la calidad de vida en el medio rural: especial referencia al uso residencial.

Su autor es Manuel Antonio Crespo Pérez, técnico superior de la administración de la Seguridad Social, profesor y doctor de Derecho Admi-

nistrativo en la Universidad de Vigo. Inicia su reflexión con el estudio del suelo rural desde la perspectiva del derecho urbanístico, el *ius aedificandi* en el medio rural, el régimen jurídico estatal del suelo en el medio rural y los asentamientos rurales de población, y concluye afirmando que el medio rural ha sido una asignatura pendiente del legislador urbanístico estatal y que uno de los ejes sobre los que debe pivotar la regulación autonómica sobre esta materia pasa por aquilatar el concepto de malla urbana para poder delimitar el suelo de los pequeños municipios.

Capítulo 10. Planificación Urbanística y acceso digital a los servicios públicos en el medio rural: especial referencia a los servicios sociales.

Su autor es Francisco Puerta Seguido, profesor titular de Derecho Administrativo (acreditado como catedrático) de la Universidad de Castilla-La Mancha. El autor, tras analizar de forma exhaustiva el tema, concluye que el camino hacia la plena digitalización del medio rural es complejo y requiere un compromiso a largo plazo, inversiones sostenidas y una adaptación continua a las tecnologías emergentes y a las cambiantes necesidades sociales.

Además, el jurista señala que si se realizaran tales actuaciones se reducirían las desigualdades territoriales y se contribuiría a un desarrollo más equilibrado y cohesionado del territorio. El autor determina que, si se abordan dichas medidas de manera integral y participativa, tendrían el potencial de revitalizar las comunidades rurales, reducir las desigualdades territoriales y contribuir a un desarrollo más equilibrado y cohesionado del territorio.

Capítulo 11. Principio de igualdad y acceso a la asistencia sanitaria en el medio rural despoblado

Su autora es Josefa Cantero Martínez, catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha. Analiza la problemática desde distintos puntos de vista, entre otros, el abordaje de la igualdad desde la normativa sobre despoblación y el estudio de medidas que sigan garantizando la funcionalidad del servicio público sanitario en el entorno rural.

Propone establecer un plan de incentivos económicos y no económicos para atraer y retener al personal en el medio rural, así como la instauración de programas de fidelización o de retención del talento que garantice los diversos ámbitos de la realidad rural.

Concluye afirmando que en las comunidades autónomas que más intensamente están sufriendo el problema de la despoblación se están adoptando medidas muy heterogéneas con la intención de garantizar la funcionalidad del servicio público sanitario en condiciones de equidad en las zonas despobladas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Capítulo 12. La compra publica verde: un instrumento para mejorar la calidad de vida de la ciudadanía por la reducción de impactos ambientales, especial referencia a su repercusión en entornos rurales.

Su autora es Alba Lorenzo García, investigadora predoctoral en la Universidad de Santiago de Compostela. Analiza la problemática desde diferentes puntos de vista y concluye que la compra pública verde tiene el potencial de transformar positivamente los entornos rurales, no solo al reducir los impactos ambientales, sino también al apoyar la economía local, promover practicas sostenibles y aumentar la conciencia ambiental. Esto contribuye, en última instancia, a la preservación de los ecosistemas rurales y a la mejora de la calidad de vida de sus habitantes, garantizando su sostenibilidad a largo plazo.

Capítulo 13. Ordenación urbanística e impulso de bienestar en el medio rural de Galicia.

Su autor es Luis Miguel Macho, catedrático de Derecho Administrativo en el Instituto de Estudos e Desenvolvemento de Galicia (IDEGA) y la Universidad de Santiago de Compostela. Tras un exhaustivo análisis, el autor concluye que el impulso del bienestar en el medio rural, que está unido de manera inescindible a la corrección de los factores que provocan la despoblación y el abandono de aquél, tiene una de sus claves en la adecuada regulación de los usos del suelo.

En este sentido, afirma que el régimen de usos del suelo en el medio rural que establece la vigente Ley Urbanística Gallega, así como las previsiones sobre las denominadas «edificaciones tradicionales», en particular sobre los usos y obras admisibles en ellas, deben valorarse desde una perspectiva de flexibilización de los usos y obras en las construcciones legalmente asentadas en el suelo rústico. Se trata, concluye, de una medida que puede contribuir a promover el asentamiento de población en el medio rural, sin incrementar el problema que supone el urbanismo disperso.

Cuarta parte. Repercusión de la actividad pública urbanística ambiental sobre la salud y la calidad de vida en espacios no necesariamente antrópicos

Capítulo 14. La regulación y gestión urbanística y ambiental de los montes y su proyección sobre la salud y la calidad de vida.

Su autora es Eva M.ª Menéndez Sebastián, catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo. Tras un clarificador análisis, afirma que la regulación y gestión urbanística y ambiental de los montes conlleva una importante repercusión sobre la salud y la calidad de vida.

En definitiva, la repercusión o proyección que tiene la gestión urbanística y ambiental de los montes en la salud y la calidad de vida de las personas es incontestable, siendo necesario para la urgente protección de los montes hacer uso de todos los instrumentos que están a disposición de los poderes públicos a fin de lograr el mayor acierto en las decisiones públicas, entre ellos, la innovación en la gestión pública, utilizando evidencias científicas para diseñar políticas más efectivas.

Capítulo 15. La regulación y gestión urbanística y ambiental del litoral y su proyección sobre la salud y la calidad de vida.

Su autor es Francisco Javier Sanz Larruga, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de A Coruña. En primer lugar, analiza desde el punto de vista jurídico el principio del desarrollo territorial y urbano sostenible. Y afirma que la ordenación territorial y urbanística que se proyecta sobre las zonas costeras tiene muy presente la perspectiva de la calidad de vida y la salud, si bien desde una perspectiva más amplia que la humana.

El nuevo enfoque de «una sola salud» promovido por Naciones Unidas nos ofrece una visión más omnicomprensiva de la salud que no se reduce a los seres humanos, sino que se extiende a los demás seres vivos y a los ecosistemas que habitan.

Afirma que una buena manera de integrar los aspectos ambientales y sanitarios en las zonas costeras es a través de la llamada «gestión integral del litoral», tal y como intenta aplicar la reciente Ley del Parlamento de Galicia 4/2023, de Ordenación y Gestión Integradas del Litoral.

Capítulo 16. La regulación y gestión urbanística y ambiental de los espacios del dominio público hidráulico y su proyección sobre la salud y la calidad de vida.

Su autor es Víctor Escartín Escudé, letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y profesor titular del Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza. El jurista analiza la variable ambiental en la regulación del dominio público hidráulico y su incidencia en la mejora de la calidad de vida y protección de la salud, el control de la contaminación y la calidad del agua.

Hace hincapié en la protección de las aguas frente a la contaminación difusa. También hace referencia el autor a la adecuada ordenación urbanística del dominio público hidráulico como un instrumento para la preservación de sus valores ambientales y protección de la salud.

Asimismo, pone de manifiesto que el urbanismo incide en la protección frente a los riesgos de inundación, a la vez que establece la delimitación de zonas inundables como medio de preservación de la calidad de vida y protección de las personas.

ISBN: 978-84-7777-740-3

Finalmente, el jurista analiza la suficiencia y disponibilidad de los recursos hídricos y su incidencia en la ordenación urbanística y en la protección frente a los riesgos e inundación, abogando porque la aprobación de los nuevos desarrollos urbanísticos cuente con el informe de suficiencia y disponibilidad para evitar que exista un desajuste con los recursos hídricos.

Llegado el momento de concluir esta recensión, ya excesivamente extensa, por tratarse de una obra colectiva, centraremos la atención en destacar que, como afirma en su poético prólogo el catedrático Luis Martín-Retortillo, se trata de una obra interesante y original a la par que sugestiva por los temas que aborda y por su sistemática. Sin duda, la actividad pública urbanística y ambiental incide y repercute en la salud y, en general, en la calidad de vida de los ciudadanos.

Asimismo, la obra introduce los retos y desafíos que se plantean en el medio urbano y en el medio rural. A mi juicio es urgente la protección de los montes para garantizar nuestra calidad de vida, así como del litoral y de las zonas rurales no habitadas; en estas últimas puede existir una agricultura y una ganadería sostenibles para que no acaben siendo zonas de segunda residencia.

Como decía García de Enterría, los mejores conservadores de algunos espacios protegidos han sido la mayoría de los propios habitantes del entorno rural y sus actividades compatibles. En definitiva, la sostenibilidad es una realidad que sirve en Europa y en el estado español para orientar políticas públicas y para resolver conflictos jurídicos.

Cabe concluir con la cita del director de la obra colectiva que se recensiona, cuando recoge la afirmación de Stammler sobre «la idea de lo justo»: entiende que, al igual que la estrella polar, la sostenibilidad es inalcanzable, pero marca dónde está el norte.

Begoña Crespo Hidalgo

Licenciada en Derecho

ivap
Gizartegintzan bidelagun

EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

GOBERNANTZA,
ADMINISTRAZIO DIGITAL ETA
AUTOGOBERNU SAILA

DEPARTAMENTO DE GOBERNANZA,
ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y
AUTOGOBIERNO