

Artículos

- Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora
Liability for damages caused in the execution of contracts and administrative concessions. Current situation and proposals for improvement
HUERGO LORA, ALEJANDRO 6-30
- Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato?
Services to person: «concierto social» or public contract?
LAZO VITORIA, XIMENA 31-46
- La manifiesta incompetencia del Estado para ejercer la tutela financiera sobre los entes locales
The evident incompetence of central government to exert powers of financial control on local government
MEDINA ALCOZ, LUIS 47-66
- El compromiso autonómico en el diseño jurídico del juego responsable
The regional commitment in the legal design of responsible gaming
RIVAS CASTILLO, MARÍA ISABEL 67-88
- La legitimación de los partidos políticos en la sentencia del Tribunal Supremo 1294/2021, de 2 de noviembre de 2021
The legitimacy of political parties in Supreme Court Judgment 1294/2021, of november 2, 2021
GÓMEZ DÍAZ, ANA BELÉN 89-106

Estudios breves

- Las cicatrices de la vivienda turística: reducción del mercado residencial inmobiliario y encarecimiento de precios
Lingering wounds of home-sharing: impact on the housing market and soaring prices
DE LA ENCARNACIÓN, ANA MARÍA 107-123

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- Estudio comparado del denominado «Mecanismo rural de garantía». Una propuesta para Castilla y León
Comparative survey of the so-called «Rural proofing». A proposal for Castilla y León
PICÓN ARRANZ, ALBERTO 124-145
- ¿Cómo mejorar la calidad de la democracia local? Analizando el funcionamiento de las juntas municipales en Murcia
How to improve the quality of local democracy? Analyzing the functioning of the municipal boards in Murcia
PÉREZ LÓPEZ, REBECA / GONZÁLEZ SALCEDO, ANTONIA 146-164
- El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas ad futurum para un uso responsable
The use of systems based on artificial intelligence by public administrations: current situation and some ad futurum proposals for responsible use
BERNING PRIETO, ANTONIO DAVID 165-185



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **20**
Nueva época
Octubre, **2023**



FECYT/394/2023
Fecha de acreditación: 11 de julio de 2019 (9ª convocatoria)
Válida hasta 28 de julio de 2024



ISSN: 1989-8975
DOI: <https://doi.org/10.24965/10.24965/reala.20.2023>
<https://inap.es>
<https://reala.inap.es>

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Director de la Revista: José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 13 20
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 100-22-013-X
Depósito legal: M-1.582-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<https://publicacionesoficiales.boe.es/>

COMITÉ EDITORIAL

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo, Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (INAP) (España)

CONSEJO DE REDACCIÓN

José María Baño León (Director), Universidad Complutense de Madrid (España).
Lucía Alarcón Sotomayor (Secretaria), Universidad de Córdoba (España).
Carmen Martín Fernández (Secretaria-Gestora editorial), Universidad de Córdoba (España).

Vocales

Concepción Barrero Rodríguez, Universidad de Sevilla (España). Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España). Gianluca Gardini, Universidad de Ferrara (Italia). Rosa Fernanda Gómez González, Universidad de los Andes (CHILE). Alejandro Huergo Lora, Universidad de Oviedo (España). Belén Noguera de la Muela, Universidad de Barcelona (España). Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coímbra (Portugal). Diego Zegarra Valdívia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú).

Editor técnico: Roberto Tomé Pérez, INAP (España)

CONSEJO CIENTÍFICO CONSULTIVO

Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia). Fabio Medina Osorio, Universidad Rio Grande del Sur | IIEDE (Instituto Internacional de Estudios de Direito do Estado) | Fiscal General (Brasil). Giuseppe Piperata, Universidad Iuav de Venecia (Italia). Juan Díez Sánchez, Universidad de Alicante (España). Raúl Letelier Wartenberg, Universidad de Chile (Chile). Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia (España). Gabriel Domenech Pascual, Universidad de Valencia (España). José Luis Blasco Díaz, Universidad Jaume I de Castellón (España). Eva Desdentado Daroca, Universidad de Alcalá (España). Mercedes Fuertes López, Universidad de León (España). José María Rodríguez de Santiago, Universidad Autónoma de Madrid (España). Hans Christian Röhl, Universidad de Konstanz (Alemania). Eduardo Cordero Quinzacara, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Silvia del Saz Cordero, UNED (España). Martín Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemania). Marco Dugato, Universidad de Bolonia (Italia). Eloy García López, Universidad Complutense de Madrid (España). Germán Fernández Farreres, Universidad Complutense de Madrid (España). Francisco López Menudo, Universidad de Sevilla (España). Eloisa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Marcos Vaquer Cabañer, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Edorta Cobreros Mendazona, Universidad del País Vasco (España). Francisco José Villar Rojas, Universidad de La Laguna (España). Joan Manuel Trayter Jiménez, Universidad de Girona (España). José María Gimeno Feliu, Universidad de Zaragoza (España). Luis Miguez Macho, Universidad de Santiago de Compostela, (España).

La **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**, publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía. **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica** es una publicación de periodicidad semestral (abril-octubre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.



La **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica** se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario / Table of contents

Artículos

Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora <i>Liability for damages caused in the execution of contracts and administrative concessions. Current situation and proposals for improvement</i>	
HUERGO LORA, ALEJANDRO	6
Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato? <i>Services to person: «concierto social» or public contract?</i>	
LAZO VITORIA, XIMENA	31
La manifiesta incompetencia del Estado para ejercer la tutela financiera sobre los entes locales <i>The evident incompetence of central government to exert powers of financial control on local government</i>	
MEDINA ALCOZ, LUIS	47
El compromiso autonómico en el diseño jurídico del juego responsable <i>The regional commitment in the legal design of responsible gaming</i>	
RIVAS CASTILLO, MARÍA ISABEL	67
La legitimación de los partidos políticos en la sentencia del Tribunal Supremo 1294/2021, de 2 de noviembre de 2021 <i>The legitimacy of political parties in Supreme Court Judgment 1294/2021, of november 2, 2021</i>	
GÓMEZ DÍAZ, ANA BELÉN	89

Estudios breves

Las cicatrices de la vivienda turística: reducción del mercado residencial inmobiliario y encarecimiento de precios <i>Lingering wounds of home-sharing: impact on the housing market and soaring prices</i>	
DE LA ENCARNACIÓN, ANA MARÍA	107

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

Estudio comparado del denominado «Mecanismo rural de garantía». Una propuesta para Castilla y León <i>Comparative survey of the so-called «Rural proofing». A proposal for Castilla y León</i>	
PICÓN ARRANZ, ALBERTO	124

¿Cómo mejorar la calidad de la democracia local? Analizando el funcionamiento de las juntas municipales en Murcia <i>How to improve the quality of local democracy? Analyzing the functioning of the municipal boards in Murcia</i>	
PÉREZ LÓPEZ, REBECA / GONZÁLEZ SALCEDO, ANTONIA	146
El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas ad futurum para un uso responsable <i>The use of systems based on artificial intelligence by public administrations: current situation and some ad futurum proposals for responsible use</i>	
BERNING PRIETO, ANTONIO DAVID	165

Recensiones

Lucía Alarcón Sotomayor: Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración <i>Lucía Alarcón Sotomayor: The fundamental rights of private legal entities against the Administration</i>	
REBOLLO PUIG, MANUEL	186
Diego José Vera Jurado y Manuel Moreno Linde: Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público <i>Diego José Vera Jurado & Manuel Moreno Linde: City and Territory in the 21st Century: Reflections from Public Law</i>	
LÓPEZ FARGA, LIDIA / OLMO PÉREZ, MARTÍN	190



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023

Sección: ARTÍCULOS

Recibido: 11-09-2023

Modificado: 28-09-2023

Aceptado: 28-09-2023

Publicado: 16-10-2023

ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11257>

Páginas: 6-30

Referencia: Huergo Lora, A. (2023). Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 6-30. <https://doi.org/10.24965/reala.11257>

Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora

Liability for damages caused in the execution of contracts and administrative concessions. Current situation and proposals for improvement

Huergo Lora, Alejandro

Universidad de Oviedo. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3159-7981>

ahuergo@uniovi.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo. Sus numerosas publicaciones abarcan múltiples campos como la contratación pública, el contencioso-administrativo, las sanciones administrativas y, en los últimos años, la inteligencia artificial y su régimen jurídico.

RESUMEN

La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos públicos (incluidas las concesiones administrativas), normalmente producidos por los contratistas o concesionarios, presenta dificultades para los perjudicados, puesto que no están claros el procedimiento y la jurisdicción. Se han producido múltiples cambios normativos y debates doctrinales que dan lugar a una incertidumbre detectable en las sentencias. El trabajo intenta depurar la situación, aportar algunas explicaciones y formular propuestas para aclarar estas dudas.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad patrimonial; contratos públicos; concesiones administrativas; responsabilidad del contratista; responsabilidad del concesionario; acción de regreso.

ABSTRACT

Liability for damages caused in the execution of public contracts (including administrative concessions), normally produced by contractors or concessionaires, presents difficulties for injured parties, since the procedure and jurisdiction are not clear. There have been multiple regulatory changes and doctrinal debates that give rise to a detectable uncertainty in the sentences. The work tries to refine the situation, provide some explanations and formulate proposals to clarify these doubts.

KEYWORDS

Torts liability; public contracts; administrative concessions; contractor's liability; concessionaire's liability; action of reimbursement.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS DISTINTOS PLANTEAMIENTOS QUE PUEDEN GUIAR LA REGULACIÓN. 2.1. EL ACENTO EN LA EXTERNALIZACIÓN Y EN EL CONTRATISTA. 2.2. EL ACENTO EN LA TITULARIDAD ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO. 3. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL. 3.1. PLANTEAMIENTO. 3.2. LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DE 1954. 3.3. REGLAMENTO DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA (DECRETO DE 26 DE ABRIL DE 1957). 3.4. LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (1957). 3.5. REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN (1975). 3.6. LA JURISPRUDENCIA CREA LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LA MALA APLICACIÓN DEL SISTEMA POR PARTE DE ÉSTA. 4. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR EN LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE CONTRATOS PÚBLICOS. 4.1. LA LEY 30/1992 Y DISPOSICIONES DE DESARROLLO. 4.2. LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS Y SUS CAMBIOS. 4.3. LA NUEVA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO DE 2015. 5. LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL SISTEMA EN LA ACTUALIDAD. 5.1. RECLAMACIONES DIRECTAS AL CONTRATISTA O CONCESIONARIO ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL. 5.2. EL REQUERIMIENTO A LA ADMINISTRACIÓN REGULADO EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS. 5.3. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EN LA PRÁCTICA. a) Supuestos en los que se rechaza la responsabilidad de la Administración por daños causados en ejecución de contratos. b) Sentencias que declaran responsable a la Administración por no haber respondido al perjudicado o haberse limitado a excluir su propia responsabilidad. 5.4. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN JUSTIFICADA EN EVITAR EL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL. FACILITACIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Si la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas está plagada de incertidumbres y es objeto de abundantes discusiones, las dudas son aún mayores en el sector concreto de los daños causados en la ejecución de contratos públicos, incluidas las concesiones de obras y servicios. Se hace referencia en este trabajo, en efecto, a concesiones de obras y de servicios (que son contratos públicos) y no a concesiones demaniales, aunque buena parte de las ideas podrían servir también para ese caso¹.

A pesar de la publicación de numerosos estudios doctrinales en etapas diversas, continúa habiendo abundantes dudas sobre los presupuestos básicos de la reclamación². Ello se debe, entre otras cosas, a las reiteradas intervenciones del legislador, ayunas de cualquier explicación y que han contribuido a enturbiar la cuestión. El propósito de este trabajo es exponer esta situación y tratar de ayudar a poner de manifiesto la necesidad de una intervención legislativa y, en otro plano, a que los reclamantes puedan centrar su atención en lo verdaderamente problemático (la prueba del daño y de sus causas), sin verse expuestos a un riesgo jurídico artificial añadido, derivado de la falta de claridad del marco normativo. Todo ello sin pretender terciar en la polémica general sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y su carácter objetivo, polémica general que influyó, tal vez demasiado, en algunos planteamientos sobre el tema concreto objeto de este trabajo.

Aunque se habla de daños producidos en la ejecución de contratos y concesiones en general, en la práctica la mayor parte de los problemas se plantean en algunos supuestos muy concretos, el primero de los cuales es la ejecución de obras, en las que no es infrecuente que se causen daños, sobre todo materiales (por ejemplo, a edificios colindantes). Las obras pueden producirse –es lo normal– en ejecución de contratos de obra o también de concesiones de obra o de servicios. Otro supuesto típico de producción de daños es la prestación de actividades calificadas como servicios públicos, sobre todo en casos como el abastecimiento de agua o el saneamiento, puesto que los accidentes relativos a tuberías y canalizaciones se encuentran en el origen de muchos de los supuestos que llegan a los tribunales. Hay que recordar que algunas de las actividades que inicialmente eran servicios públicos (en el sector de la energía, por ejemplo) hoy han pasado a ser actividades reguladas, por lo que los daños producidos en su desarrollo ya no se someten a las reglas estudiadas en este trabajo.

¹ El presente artículo se enmarca dentro de las actividades del Grupo de Investigación “Derecho Administrativo”, reconocido por la Universidad de Oviedo (GR16-0006).

² Cabe destacar, cronológicamente, los trabajos de Bocanegra Sierra, Rebollo Puig, Beladiez Rojo, Casares Marcos, y recientemente las monografías de Alonso Mas y Narbón Láinez y Yáñez Díaz y el estudio de Gamero Casado. Dentro de los manuales, una detenida exposición en Fernández Farreres (2022, pp. 334-335).

También a modo de advertencia inicial hay que recordar que los pliegos suelen adelantarse a la producción de daños y obligar al contratista (incluido el concesionario) a suscribir seguros de responsabilidad civil que cubren los daños causados a terceros³. Se genera así una red de protección que puede tener gran relevancia práctica e incluso quitar importancia al debate sobre la responsabilidad del contratista o de la Administración contratante.

Conviene recordar, por último, que nos encontramos ante un elemento del régimen jurídico de los contratos públicos que no está determinado por el Derecho de la UE, puesto que no tiene ninguna relación (ni directa ni indirecta) con la selección de contratistas, que es el objetivo que persigue la regulación europea de los contratos públicos. La extensión de esta última a cuestiones aparentemente ajenas a la selección de contratistas, como la modificación de los contratos o incluso su extinción, obedece a la relación indirecta que estos problemas tienen con dicha selección (en la medida en que, por ejemplo, la modificación del contrato puede llevar a la adjudicación directa al contratista, sin licitación, de un «nuevo contrato» consistente en las obras o servicios que se añaden al contrato original). El único aspecto en el que la regulación de la responsabilidad por daños causados a terceros podría tener relevancia europea sería el del riesgo operacional, en la medida en que, en ciertas condiciones, la asunción integral de esta responsabilidad por la Administración concedente (sin acción de regreso contra el concesionario) podría suponer, en unión de otros datos que apunten en la misma dirección, que el contrato no pueda ser considerado de naturaleza concesional y tuviera que asumir otra calificación. Se trata, en todo caso, de una hipótesis de laboratorio y muy poco probable.

Finalmente, me voy a centrar en la responsabilidad por daños causados a terceros en la ejecución de contratos (incluidas las concesiones), dejando de lado otros supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la contratación. Uno de ellos, y no menor, es el de la responsabilidad frente a licitadores por los daños derivados de conductas que infringen las normas sobre preparación y licitación del contrato, tanto en aquellos casos en que a través de los recursos se pueden corregir esas infracciones y adjudicar el contrato a quien acredita mejor derecho, como –especialmente– en aquellos otros en los que no es posible. También hay que mencionar los supuestos de responsabilidad por daños causados por la Administración al contratista, en caso de que tales daños no sean reclamables por la vía de la responsabilidad contractual. Queda fuera, igualmente, el campo concreto de la responsabilidad sanitaria, en el que la responsabilidad patrimonial por daños producidos en la asistencia prestada por particulares tiene perfiles propios⁴.

2. LOS DISTINTOS PLANTEAMIENTOS QUE PUEDEN GUIAR LA REGULACIÓN

Dos son las perspectivas o los puntos de vista que pueden prevalecer a la hora de responder a la pregunta de quién y cómo ha de responder de los daños que se producen a terceros en la ejecución de contratos públicos, incluidas las concesiones de obras y servicios.

2.1. El acento en la externalización y en el contratista

Si partimos de la base de que la contratación supone siempre una externalización, es decir, una opción de la Administración en favor de que determinada obra o servicio se ejecute o se preste por terceros (con su propia estructura empresarial y poder de organización, aunque se usen, en algunos casos, medios de la Administración) y no por ella misma, parece evidente que los daños que el contratista (incluido el concesionario) cause a terceros deben ser indemnizados por él. La externalización supone la transmisión al contratista de determinados riesgos (en todo caso, el riesgo de que el cumplimiento del contrato resulte más o menos oneroso de lo previsto) entre los que en principio debe encontrarse el riesgo de indemnizar los daños que puedan producirse durante la ejecución. El contratista ejecuta el contrato con su propia empresa, que él mismo dirige, por lo que debe ser él quien indemnice a los terceros eventualmente perjudicados. Además, la atribución de responsabilidad al contratista supone un fuerte incentivo para que emplee los medios más adecuados para la prevención de daños⁵. La atribución de la responsabilidad a la Administración hace que

³ Como recuerda la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (2008, p. 47). En este sentido, Ruiz Ojeda (2002, p. 178).

⁴ Estudiados, entre otros, por Cantero Martínez (2009), Cuñat Edo (2012), Cueto Pérez (2016), Carrillo Donaire (2020), Jiménez López (2022) y Sánchez Valle (2022).

⁵ A la importancia de los incentivos que derivan de las instituciones, en este caso aplicado a la responsabilidad patrimonial, se refiere Ruiz Ojeda (2002, p. 155).

el contratista se despreocupe (puede asumir más riesgos si no paga los daños producidos) y disminuye el sentido y la utilidad de la externalización. Incluso si esa atribución de responsabilidad a la Administración se compensa con el reconocimiento a ésta de una acción de regreso frente al contratista, la Administración se vería cargada con los riesgos –nada desdeñables– de la insolvencia del contratista y de seguir el complejo y lento proceso de la acción de regreso⁶. (Esto último con independencia de si la producción de daños a terceros supone un incumplimiento del contrato y, por lo tanto, tiene relevancia jurídica dentro del mismo y no sólo desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, una cuestión en la que, como veremos, la vigente LCSP de 2017 se pronuncia por la respuesta afirmativa).

Además de la razón evidente de que es lo más favorable al interés de la Administración y a la lógica de la externalización inherente al contrato, este punto de vista también viene avalado por otra consideración desde el punto de vista del perjudicado (que debería ser, lógicamente, el centro de este debate): ¿por qué el hecho de que el contratista que ha causado un daño a un tercero tenga como cliente a una Administración (y no a una empresa o a un particular) debe provocar alguna diferencia a ese tercero que ha sufrido el daño? ¿Por qué debería tener una protección distinta el propietario cuya vivienda sufre grietas por una obra vecina, en función de que la obra sea para un edificio de oficinas de la Administración (obra pública, contrato de obra) o para un edificio de oficinas privadas? Especialmente en el contrato de obra hay supuestos (como el anterior) en los que la situación del perjudicado es totalmente idéntica a la que se produciría en caso de que la obra fuera privada (por ejemplo, de construcción de viviendas). No existe diferencia formal ni material, porque muchas obras pueden ser ejecutadas indistintamente para Administraciones Públicas y para particulares (incluso obras de urbanización, cuyos comitentes son, con frecuencia, juntas de compensación o agentes urbanizadores o figuras análogas).

La normativa histórica de contratos va en esta dirección, aunque inicialmente fuera una previsión incluida en los pliegos y no en normas con rango de ley. Así, el Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de las Obras Públicas, aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903, en su artículo 19 («Indemnizaciones de daños y perjuicios que son de cuenta del contratista»), dice que «[s]erá de cuenta del contratista indemnizar a los propietarios de todos los daños que se causen con la explotación de canteras, con la extracción de tierras para la ejecución de los terraplenes; con la ocupación de terrenos para formar caballeros y para colocar talleres y materiales; con la habilitación de caminos para el transporte de éstos, y con las demás operaciones que requiera la ejecución de las obras». Además, para la devolución de la fianza será necesario comprobar, entre otras cosas, «que no existe reclamación alguna contra él por los daños y perjuicios que son de su cuenta» (artículo 65). Nada indica que de esos daños responda directamente la Administración y tenga que ejercer después una acción de regreso contra el contratista, sino más bien lo contrario. En la regulación de la concesión de servicios, la obligación del concesionario de indemnizar los daños producidos ha continuado hasta hoy mismo⁷.

Lógicamente, la responsabilidad del contratista tiene sentido cuando el daño haya surgido en su propia actuación. Cuando hayan sido actuaciones de la Administración las que hayan ocasionado (incluso indirectamente) el daño, la responsabilidad de aquélla será inevitable. De ahí la excepción, que recogen las distintas normas que han regulado la cuestión (por ejemplo, el artículo 128.1.3.^a RSCL, que se acaba de mencionar), de los daños debidos al cumplimiento de órdenes de la Administración o a vicios del proyecto.

2.2. El acento en la titularidad administrativa del servicio

La visión alternativa parte de la perspectiva del ciudadano, desde la que podemos pensar que el hecho de que la Administración externalice una tarea que podría realizar ella misma (o bien, en el caso de los servicios públicos, opte por la gestión indirecta y no por la directa) no debería privar al ciudadano de ninguna garantía, al tratarse de una decisión interna de la Administración, legítima desde luego, pero que no debe

⁶ Responsabilidad subsidiaria de la Administración en caso de insolvencia del concesionario responsable que se reconoce en Derecho francés, como dice Muñoz Machado (1998, p. 135).

⁷ El artículo 128.1.3.^a del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (1955) menciona entre las obligaciones generales del concesionario la de «[i]ndemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible». En el mismo sentido, la Ley de Contratos del Estado de 1967, no con carácter general pero sí al regular el contrato de gestión de servicios públicos, dice que una de las obligaciones del empresario es, casi en los mismos términos que el RSCL, «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio. Exceptuase el caso de que tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración».

afectar a aquél. Esto se sostiene para atribuir la responsabilidad a la Administración (con los mismos criterios que se aplican a la responsabilidad patrimonial de la Administración en cuanto a los requisitos de la responsabilidad), sin perjuicio de su acción de regreso contra el contratista.

Como en el apartado anterior, podemos condensar este razonamiento en una pregunta: ¿por qué la persona cuya vivienda es inundada por una fuga de agua producida en una tubería municipal debe tener una protección distinta en función de que la Administración gestione el servicio de abastecimiento de forma directa o indirecta?

Queda claro que, aunque, como veremos, la legislación (de contratos) regula esta cuestión en general, haciendo referencia todos los contratos públicos (concesiones incluidas), la situación no es la misma en todos los casos. En el caso de las concesiones sobre actividades calificadas como servicios públicos, se trata de actividades que la Administración se ha reservado y que puede decirse que, debido a esa reserva, tienen una especificidad objetiva frente a otras que no están reservadas a la Administración. Esa especificidad puede justificar más fácilmente que la responsabilidad por daños causados a terceros tenga el mismo régimen tanto en caso de gestión directa como indirecta. Eso justifica que se apliquen en todo caso las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración (no de la responsabilidad del 1902 CC) e incluso a que se establezca la responsabilidad de la propia Administración concedente (sin perjuicio de la acción de regreso de ésta frente al concesionario⁸).

En otros contratos públicos (y, en particular, en el contrato de obra, que es el supuesto por excelencia de producción de daños), la fuerza de este argumento es sin duda inferior. Las obras que contrata la Administración no son esencialmente diferentes de las que contratan los particulares, como vimos hace un momento.

3. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Planteamiento

Tras exponer brevemente las dos visiones que pueden guiar la respuesta jurídica a este problema, vamos a recordar cómo se ha regulado en la legislación española, que en este punto no puede calificarse de silenciosa. Al contrario, son abundantes las intervenciones del legislador, no pocas de ellas inexplicables e inexplicadas.

En síntesis, el legislador se ha inclinado en repetidas ocasiones por la primera opción (que la responsabilidad la asuma el contratista y no la Administración) con algunos matices procesales (dirigidos a que el nivel de garantías del ciudadano sea, efectivamente, el mismo que en caso de actuación directa de la Administración), mientras que la jurisprudencia ha impuesto la segunda⁹.

Junto al problema de identificar al sujeto que responde del daño frente al tercero perjudicado (Administración –con posible acción de regreso– o contratista) se encuentran otros dos: el de las reglas aplicables a la responsabilidad (las de la responsabilidad patrimonial de la Administración o las de Derecho civil) y el problema procesal (jurisdicción civil o contencioso-administrativa, en este caso previo agotamiento de una vía administrativa ante el sujeto contratante o concedente). El primero de ellos (régimen administrativo o privado de la responsabilidad) pareció muy importante poco después de la aprobación de la LEF pero, a mi entender, con el tiempo se ha relevado menos relevante y lo cierto es que apenas vemos en la jurisprudencia discusiones o muestras de que la solución al caso dependa de la aplicación de unas u otras reglas.

En cambio, el problema procesal resulta especialmente complejo no sólo porque es imprescindible acertar con la jurisdicción adecuada para evitar la inadmisión de la demanda, sino también porque en muchos casos el supuesto no es «químicamente puro» y es difícil saber si el daño se ha producido por la actuación del contratista o de la Administración (al haber también intervenciones administrativas que pueden haber generado responsabilidad). Aunque el legislador intentó solucionar el problema por la vía de una intervención

⁸ Volveremos más adelante sobre esta cuestión de la diferencia entre distintas situaciones contractuales. En la doctrina, este argumento es desarrollado sobre todo por Gamero Casado (2018, pp. 2174, 2197 y 2204-2205), que propone un régimen diferenciado para distintos tipos contractuales.

⁹ Como dice Ruiz Ojeda (2002, p. 161), «el régimen de la responsabilidad de la Administración, basado en un criterio de imputación de tan fácil aplicación, terminó por fagocitar la responsabilidad del gestor-contratista, de forma tal que las reclamaciones se dirigen casi siempre contra la Administración para que sea ésta la que abone la indemnización correspondiente, a salvo siempre del ejercicio de una vía de regreso contra el contratista para, en su caso, recuperar la cantidad pagada».

«arbitral» o triangular de la Administración, después parece haberse impuesto la tesis de la responsabilidad directa de ésta, que también resuelve indirectamente el problema procesal.

3.2. Ley de Expropiación Forzosa de 1954

La Ley, al regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, contiene una regla especial para los «servicios públicos concedidos». El artículo 121, cuyo apartado primero contiene la cláusula de responsabilidad que, con algunas variaciones, pasará al artículo 106.1 CE y al artículo 32.1 de la LRJSP, dispone en su apartado 2 lo siguiente:

«En los servicios públicos concedidos **correrá la indemnización a cargo del concesionario**, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste».

El artículo 123 vuelve sobre la cuestión para regular el procedimiento:

«Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo segundo del artículo ciento veintidós, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo ciento veintiuno. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso.»

Si hacemos el esfuerzo de interpretar este artículo a partir de su texto, olvidando las polémicas que han venido con posterioridad, creo que claramente hace referencia a la concesión de servicios públicos, no a los contratos públicos en general. Se habla de «servicios públicos concedidos», «concesionario» y «Administración que otorgó la concesión». Esto es coherente con el hecho de que varias normas anteriores, relativas en todo caso a concesiones de obras o a concesiones demaniales que incluían la ejecución de obras, establecían que el concesionario debía asumir las indemnizaciones por daños causados a terceros¹⁰. Esto no predetermina la solución a la responsabilidad por daños producidos por otros contratistas, pero en todo caso no parece que el artículo 121.2 estuviera pensado para ellos. Por otro lado, la novedad de la norma de 1954 no se encontraba en atribuir la responsabilidad al concesionario (y no la Administración), cosa que ya venían haciendo normas sectoriales, sino en que esa responsabilidad quedase sometida a las mismas reglas que la responsabilidad patrimonial de la Administración¹¹.

¹⁰ Bocanegra Sierra (1978, p. 397) y Gamero Casado (2018, p. 2156).

¹¹ Como subrayó, con la brillantez y contundencia habitual, García de Enterría (1956, pp. 201-203). «La aplicación del régimen legal de la responsabilidad de la Administración a los concesionarios de ésta es una extraordinaria novedad de la Ley». Hasta entonces, en España como en Francia, «los daños ocasionados por los concesionarios son resarcibles según los principios del Derecho civil, y no es competente, por lo mismo, respecto de este resarcimiento la jurisdicción administrativa». Algo que se justifica en que «se trata de relaciones patrimoniales entre particulares, dado el inequívoco carácter privado del concesionario y de su empresa. En el orden práctico juega también claramente la intención de descargar a la Administración de un volumen de asuntos considerables, ya que la competencia de la jurisdicción contenciosa exigiría necesariamente un pronunciamiento administrativo previo, que se convertiría en el objeto directo de la impugnación (como en nuestra Ley, artículo 123), y habida cuenta de que justamente la dejación de la explotación del servicio es la razón determinante de la adopción del régimen de concesión mismo». Por ello, defendía la aplicación del régimen privado a la responsabilidad del concesionario: «De la misma manera que los actos del concesionario no son actos administrativos, o sus contratos contratos administrativos, o sus agentes agentes administrativos, o sus fondos, en fin, fondos públicos, así su eventual responsabilidad no hay razón para que sea una responsabilidad administrativa. Aceptar lo contrario implicaría automáticamente trastocar las bases de nuestro régimen administrativo». La única excepción la veía en «la hipótesis de que el concesionario ejercite verdaderos poderes públicos en nombre de la Administración concedente». Y no se trataba de una propuesta *de lege ferenda*, sino que sostenía que así debían interpretarse los artículos 121.2 y 123 LEF (pese a que no distinguen una y otra faceta de la actuación de los concesionarios), y concluía: «Declararlo así, despejando el grave equívoco que en otro caso puede resultar, parece una de las tareas más importantes del Reglamento ejecutivo de la Ley».

Como veremos en el epígrafe siguiente, el Reglamento no acogió esa sugerencia. En el Curso de Derecho Administrativo, con T.-R. Fernández, vol. II, se dará una visión menos crítica: «En lo que a los concesionarios se refiere, hay que observar que, aunque la responsabilidad se califique en estos casos de administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas aplicables a ésta» (artículos 123 LEF y 137 REF [...]), los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos, «salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste» (artículo 121-2 LEF y, en términos semejantes, artículo 72-3 LCE). El artículo 134 RCE dispone otro tanto en relación a los contratistas de obras públicas (vid. el dictamen del Consejo de Estado de 18 de junio de 1970 (1.ª ed., 1977, reimpresión de 1978, p. 332). La 16.ª ed. (2020) mantiene esta misma redacción, actualizando las referencias normativas y jurisprudenciales (p. 419).

En otro orden de cosas, parece bastante claro que la norma establece una responsabilidad directa del concesionario frente al perjudicado, no una responsabilidad directa de la Administración con acción de regreso frente al concesionario. Como siempre que alguna norma atribuye la responsabilidad al concesionario, se hace la salvedad de esos supuestos en que el daño lo causa él, pero su origen no está en la empresa del concesionario o en las decisiones tomadas por él, sino en alguna indicación o parámetro impuestos por la Administración, y, así, se dice que ésta responde cuando el daño «tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste» (inciso que sufrirá pequeñas modificaciones en normas posteriores).

La igualdad en la protección del particular (es decir, que no afecte a su protección el hecho de que el servicio esté concedido o sea objeto de gestión directa) se consigue al establecer que sea la Administración la que decida en todo caso sobre la indemnización, concentrándose todas las posibles pretensiones en un único proceso contencioso-administrativo, en el que se discutirá (y resolverá por el tribunal contencioso-administrativo) la procedencia de la indemnización, su importe y el responsable de su pago. Se establece, por tanto, un procedimiento triangular (a veces denominado, algo impropriadamente, arbitral) de la Administración. De esta forma se evita también el peregrinaje jurisdiccional y el riesgo de sentencias contradictorias en los casos en que sea dudoso si el daño lo ha causado el concesionario o la Administración, pues se evita dividir la contienda de la causa (en un único proceso se puede discutir la responsabilidad de esos dos sujetos). El único fleco por el que puede resultar perjudicado el particular cuando el daño lo causa el concesionario es la posible menor solvencia del concesionario¹².

3.3. Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (Decreto de 26 de abril de 1957)

Mediante Decreto de 26 de abril de 1957 se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (REF), que, en sus artículos 133-138, regula el procedimiento aplicable a los procedimientos dirigidos a atender las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. El artículo 137 se refiere a la responsabilidad patrimonial en caso de servicios concedidos y confirma la interpretación más llana de los artículos 121.2 y 123 LEF. Concretamente, dispone:

«En el caso de servicios públicos concedidos se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 134, con las especialidades siguientes:

- a) El lesionado deberá presentar una copia simple de su reclamación y de cuantos documentos acompañe.
- b) Presentado su escrito dará traslado de la copia al concesionario para que en el plazo de quince días exponga lo que a su derecho convenga y aporte cuantos medios de prueba estime necesarios.»

Este artículo se entiende perfectamente si se parte de que, en los servicios públicos concedidos, el concesionario responde directamente frente al perjudicado y la Administración tramita el procedimiento y resuelve sobre la reclamación. Por eso el artículo 137 REF prevé que se presente una copia de la reclamación para el concesionario y que se le conceda audiencia en el procedimiento.

Este artículo del REF es relevante porque en los casi tres años que transcurrieron desde la aprobación de la LEF hubo tiempo a que aparecieran los primeros análisis doctrinales sobre la Ley, incluido el más relevante de todos, en el que se valoraba críticamente la novedad que suponía la regulación legal de la responsabilidad del concesionario (por someterla al mismo régimen que la de la Administración) y se confiaba en la posibilidad de una rectificación reglamentaria (para reducir esa equiparación normativa a los supuestos de actuación del concesionario debida a órdenes o cláusulas impuestas por la Administración) que, como estamos viendo, nunca llegó.

Por otro lado, hay que destacar que, así como los artículos 121-123 de la LEF no han sido expresamente derogados (a pesar de la aprobación de Leyes posteriores que contienen una regulación completa de la responsabilidad patrimonial), los artículos 133-138 del REF sí fueron derogados expresamente por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

¹² Que puede evitarse con la atribución en estos casos de la responsabilidad subsidiaria a la Administración, como explicó Muñoz Machado (1998, p. 135). Un completo repaso de las tesis de la responsabilidad subsidiaria de la Administración en caso de insolvencia del contratista, en Alonso Mas y Narbón Láinez (2013, pp. 192-194).

3.4. Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1957)

Pocos meses después de la aprobación del REF se aprueba la LRJAE (Decreto de 26 de julio de 1957 por el que se aprueba el texto refundido de esta Ley, que había sido aprobada el 20 de julio, es decir, 6 días antes). Esta norma regula la responsabilidad patrimonial del Estado con carácter general, solapándose en cierto modo con la LEF. La Exposición de Motivos se refiere a la relación con la LEF de forma expresa: «En el último título de la presente Ley se regula con carácter general la responsabilidad del Estado y de sus Autoridades y funcionarios. Respecto a la del primero, no obstante el gran avance que supone la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, parece oportuno consignarla en términos más generales, a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares puede entrañar la actividad del Estado, salvo cuando exista justa causa que obligue a soportar el daño sin indemnización, como ocurre en los casos de denegación legítima de licencias y autorizaciones previas que condicionan la actividad de los administrados». Frente a la LEF, que teóricamente regula la responsabilidad por daños sufridos en derechos a que se refiere esa Ley (es decir, derechos «expropiables»), la LRJAE se refiere a la responsabilidad patrimonial por daños a cualesquiera derechos¹³. Su artículo 40.1, bien conocido, lo deja claro:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.».

La LRJAE no dice nada sobre la responsabilidad en el caso de servicios concedidos, por lo que todo indica que continúan vigentes los preceptos de la LEF y el REF. Muchos de esos servicios concedidos no dependían de la Administración del Estado.

La LRJAE se refiere a la responsabilidad de la Administración del Estado por daños causados directamente por otros sujetos en su artículo 41: «Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus Autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios». Este artículo mezcla indebidamente dos cuestiones: la responsabilidad de la Administración cuando actúa sometida al Derecho privado, y la imputación a la Administración, a efectos de responsabilidad, de la actuación de «autoridades, funcionarios o agentes». Esta última cuestión podría darse también, al menos en teoría, en actuaciones regidas por el Derecho administrativo, pero el artículo 41 sólo la regula en actuaciones de Derecho privado (que, por otro lado, también pueden ser llevadas a cabo directamente por la Administración y no necesariamente a través de autoridades, funcionarios o agentes). El artículo 41 podría haber servido como base para argumentar la responsabilidad directa de la Administración (con acción de regreso) en los daños causados por concesionarios y contratistas, pero, al referirse exclusivamente a actuaciones de Derecho privado, queda muy mermado en su ámbito de aplicación y como base para esa posible argumentación.

3.5. Reglamento General de Contratación (1975)

Mediante Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, que en realidad es una adaptación del anterior Reglamento (de 1967) a las modificaciones que en 1973 se habían introducido en la Ley de Contratos del Estado. El artículo 134 (incluido en la regulación del contrato de obras) dispone:

«Artículo 134. Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras.

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios de proyecto.

¹³ De todas formas, por vía interpretativa quedó claro que la LEF no introducía ninguna limitación relevante en cuanto a los derechos cuya lesión era indemnizable por la vía del artículo 121.

Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, **ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.**»¹⁴.

Vemos cómo la norma sigue el mismo criterio de la LEF, aunque lo extiende desde los servicios concedidos al contrato de obras (no al conjunto de los contratos públicos, como harán Leyes posteriores). Se resuelve el problema procesal en el mismo sentido que hacen la LEF y el REF, es decir, mediante una administrativización de la reclamación del perjudicado contra el contratista.

3.6. La jurisprudencia crea la responsabilidad directa de la Administración ante la mala aplicación del sistema por parte de ésta

A pesar de este criterio legislativo claro, la jurisprudencia (con el aval de la doctrina del Consejo de Estado) pronto lo abandonará en favor de la responsabilidad directa de la Administración, acompañada del reconocimiento de la acción de regreso frente al contratista (y también, paralelamente, de la aceptación por los tribunales civiles de su competencia para declarar la responsabilidad del contratista en aquellos casos en que el perjudicado interponía directamente una demanda civil contra éste¹⁵). En muchos de los casos que serán resueltos por sentencias que declaran la responsabilidad de la Administración, se da la circunstancia de que, habiéndose dirigido inicialmente el perjudicado a la Administración (como prevén tanto la LEF como el Reglamento de Contratación), ésta se limita a desestimar la reclamación aludiendo a la existencia de un contratista o concesionario, pero sin tramitar un procedimiento con participación de éste ni pronunciarse en concreto sobre la existencia de responsabilidad y sobre su atribución a uno u otro sujeto, en lo que supone un claro incumplimiento de sus obligaciones procedimentales¹⁶.

Así, ya en una sentencia de 28 de mayo de 1980 (ECLI:ES:TS:1980:1688), relativa a la reclamación por los daños producidos en la ejecución de unas obras de urbanización del Ayuntamiento de Gijón, el TS declara la responsabilidad del Ayuntamiento aduciendo que, ante la reclamación del perjudicado, aquél se había limitado a rechazar su propia responsabilidad apuntando al contratista, pero sin tramitar el procedimiento triangular previsto en la LEF (para servicios concedidos) o en el Reglamento General de Contratación (para los contratos de obra):

«Que, en el caso, la Corporación demandada, lejos de proceder de ese modo, se limitó a rechazar la reclamación con base en la existencia de un contratista pero sin pronunciarse concretamente como los preceptos citados exigen con lo cual lo que hizo fue eludir su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa procedente, y a ella debe por tanto serle impuesta, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, de modo idéntico al contemplado por el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; puesto que, amén de lo dicho, los preceptos antes citados han pretendido sin duda en estos casos permitir al particular citado una paridad de trato en relación con otros, casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio a quien realmente corresponde porque es quien tiene obligación de soportarla».

Vemos cómo el Ayuntamiento, al no hacer lo que la Ley le pide (que es abrir un procedimiento triangular en el que puede declarar responsable al contratista), acaba viéndose en una situación peor, obligado a asumir una responsabilidad que no es suya, si bien se le ofrece una acción de regreso que no se aventura libre de obstáculos y que puede terminar en muchos casos como la casi inédita acción de regreso contra el funcionario o autoridad causantes del daño.

¹⁴ Salvo el último (y muy relevante) párrafo, la norma ya estaba en el Reglamento de 1967.

¹⁵ Para Martín Rebollo (2021, p. 895), «[e]n la práctica, sin embargo, en contra de las previsiones citadas, se instaló, como digo, un criterio de libre opción que hizo que el sistema "arbitral" diseñado por el legislador de la LEF no se aplicara a pesar de que se trataba de un sistema muy lógico porque conjugaba las dos alternativas posibles: que la responsabilidad fuera, por excepción, de la Administración o, como se deducía de la regla general, del concesionario o contratista. El sistema permitía, además, que la respuesta de la Administración a la petición inicial fuera recurrida y que el juez contencioso decidiera en vía de recurso».

¹⁶ Gamero Casado (2018, p. 2189) se refiere a cómo la omisión por la Administración del deber de resolver el procedimiento se convierte en un título que la convierte en responsable.

Así llegamos a la célebre sentencia de 9 de mayo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:2879), minuciosamente analizada por Rebollo Puig (1990) y criticada también, entre otros, por Bocanegra Sierra (1994) y Muñoz Machado (1998, pp. 129-135). Una sentencia cuyo ponente fue el magistrado (y también Catedrático de Derecho Administrativo) Francisco González Navarro, que en esa sentencia plasmó la tesis que previamente había defendido doctrinalmente (González Navarro, 1976), que es la tesis de la responsabilidad directa de la Administración frente al perjudicado por daños producidos en ejecución de un contrato o concesión, sin perjuicio de la acción de regreso frente al contratista o concesionario¹⁷. El caso concreto se refiere a los daños producidos en una vivienda de Palencia por una fuga en las tuberías del servicio de agua de esa ciudad, gestionado por un concesionario. Me interesa destacar que en esta sentencia también se da la circunstancia de que la Administración no aplicó los artículos 121 y 123 LEF, sino que, ante la reclamación del particular, respondió que no podía entrar al fondo del asunto (es decir, declarar, en su caso, la responsabilidad del concesionario) porque el servicio estaba concedido y la responsabilidad sería del concesionario, actuación que acaba siendo un paso lógico en el camino que conduce a la declaración de su responsabilidad: «tanto desde un punto de vista teórico como desde el punto de vista del Derecho positivo, la Administración no puede de ninguna manera desentenderse de los daños que cause la actuación del concesionario, daños de los que, en principio responde directamente».

Como es, a estas alturas, sobradamente conocido, esta sentencia reinterpreta la LEF en el sentido de que ésta sólo regula la responsabilidad *de la Administración*, por lo que, cuando establece que la indemnización corre a cargo del concesionario, se refiere a una simple acción de regreso, no a que sea el concesionario quien deba ser declarado responsable frente a la demanda del perjudicado.

Pero esta sentencia (y otras en la misma dirección) no recoge la posición unánime de la sentencia. Así, hay que mencionar la sentencia de 25 de enero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:16546 y ECLI:ES:TS:1992:436), sólo tres años posterior, en la que, ante los daños producidos por una explosión de gas en un restaurante (asunto «El Bodegón»), se condenó a la empresa prestadora del servicio (Butano) y no a la Administración. En el procedimiento, la Administración manifestó que no se trataba de un servicio público concedido. Seguramente no fue indiferente para el resultado de este caso el hecho de que Butano era en esos momentos una empresa pública estatal, por lo que la indemnización salía, en todo caso, del sector público, y los perjudicados no asumían ningún riesgo de insolvencia.

4. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR EN LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE CONTRATOS PÚBLICOS

4.1. La Ley 30/1992 y disposiciones de desarrollo

La Ley 30/1992 (LRJPAC) reguló la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas, derogando expresamente los artículos 40 y 41 de la LRJAE, aunque no los artículos 121 y 123 de la LEF. La nueva regulación contenida en la Ley 30/1992 apenas introduce cambios, aunque sí unifica el régimen de la responsabilidad patrimonial, puesto que la responsabilidad por daños producidos en actuaciones jurídico-privadas pasa a estar sometida a la misma regulación sustantiva y procedimental que se aplica a los daños derivados de actuaciones sometidas al Derecho administrativo.

No hace la Ley 30/1992 (como tampoco lo hacía la LRJAE de 1957) ninguna mención a los daños producidos por sujetos privados en ejecución de contratos o concesiones. Ello puede interpretarse en el sentido de que, al no ser daños producidos por Administraciones Públicas, quedan al margen de dicha Ley (es decir, siguen a cargo de concesionarios y contratistas), o bien en el sentido de que ésta regula la responsabilidad por daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos, con independencia de que se gestionen directa o indirectamente, de donde se derivaría (siguiendo la tesis de González Navarro) la responsabilidad directa de la Administración en todo caso, sin perjuicio de su acción de regreso contra el concesionario en el supuesto de los servicios concedidos. Como dice Rebollo Puig, la interpretación de la expresión «servicios públicos» es fundamental, y entiendo –creo que también de acuerdo con este autor– que las distintas cláusulas reguladoras de la responsabilidad patrimonial (incluida la del artículo 139.1 de la Ley 30/1992) utilizan esta expresión para hacer referencia al conjunto de la actividad de las Administraciones Públicas y no para referirse únicamente a unas concretas actividades formalmente calificadas como servicios públicos (Rebollo Puig, 1990, p. 28).

¹⁷ Sobre la relevancia de esta doctrina, González Pérez (2016, p. 244).

En todo caso, el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se colocó claramente al lado de la primera de esas interpretaciones. Esta norma, que es la única que ha procurado depurar el panorama normativo al derogar expresamente los artículos 133-138 del REF, dispone, en su artículo 1.3, lo siguiente:

«Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

A mi juicio, la interpretación de la norma es clara. El Reglamento está diciendo que la responsabilidad regulada en la Ley (y cuyo procedimiento se desarrolla en el propio Reglamento) es exclusivamente la responsabilidad *de las Administraciones Públicas*, que, en el caso concreto de la actividad contractual, sólo surge cuando el daño sea «consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma». En ese caso, el procedimiento para que se resuelva la reclamación de responsabilidad será el previsto en el Real Decreto 429/1993. Cuando el daño producido en ejecución de un contrato no sea debido a ninguna de esas dos circunstancias, la responsabilidad será del contratista y, por tanto, no se aplicará el procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Se está regulando la responsabilidad *de la Administración*, no la responsabilidad *por daños producidos en la gestión de servicios públicos*.

El Real Decreto 429/1993 no derogó (por supuesto) el artículo 123 LEF y tampoco derogó expresamente el artículo 134 del Reglamento General de Contratación, que regulan el procedimiento triangular para la declaración de la responsabilidad de la Administración o del contratista/concesionario por daños producidos en ejecución de contratos o concesiones. Pero las sucesivas reformas de la legislación de contratos, que veremos a continuación, van en la línea de reforzar el criterio seguido por el legislador desde 1954 (es decir, que de los daños responde el concesionario o contratista, salvo que los haya provocado indirectamente la Administración), y a la vez salir al paso de la jurisprudencia de signo contrario (que declaraba la responsabilidad de la Administración). Para ello se prescinde del procedimiento triangular, reenviando a los perjudicados a reclamaciones directas contra el contratista que provocan dificultades prácticas. Otra cosa será que esta nueva regulación haya tenido, o no, más éxito que la anterior.

4.2. La legislación de contratos y sus cambios

Tras examinar la evolución de la normativa de contratos y concesiones y también los pliegos generales, conjunto en el que, si se hace alguna mención al problema, es para atribuir al contratista o concesionario la responsabilidad por los daños causados a terceros, vamos a ver cómo evoluciona el tratamiento de esta cuestión en la legislación de contratos a partir de los años noventa, cuando las nuevas Leyes, aprobadas para transponer Directivas europeas, incrementan considerablemente su contenido y pretensiones sistemáticas, pasando a regular muchas cuestiones que hasta ese momento estaban en los pliegos o en la regulación de tipos contractuales concretos.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 dispone, en su artículo 98, lo siguiente:

«Artículo 98. Indemnización de daños y perjuicios.

1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.
2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.».

Por primera vez se regula esta cuestión con carácter general para todos los contratos *administrativos* (no sólo para el contrato de obra o las concesiones de servicios públicos¹⁸). Es inequívoca la atribución de responsabilidad al contratista, con las excepciones ya conocidas (orden directa de la Administración o vicios del proyecto). Se apunta claramente a que el perjudicado demande directamente al contratista en vía civil (lo dice expresamente el apartado 3), aunque, de forma aparentemente ociosa, se dice que la reclamación se ajustará al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto¹⁹. En lugar del antiguo procedimiento triangular obligatorio, se prevé la mera posibilidad de requerir al órgano de contratación para que se pronuncie «sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños»²⁰. No está claro si esto permite residenciar en este procedimiento (y en el posible proceso contencioso-administrativo posterior) todas las pretensiones, es decir, si ese pronunciamiento puede establecer la obligación del contratista de indemnizar e incluso fijar el importe de la indemnización, o si, ante una eventual respuesta

¹⁸ La norma se encuentra en el capítulo dedicado a la ejecución de los contratos administrativos. La ejecución de los contratos de Derecho privado se rige por éste. Creo que, sin embargo, la regla que sobre atribución de la responsabilidad por daños establece el artículo 98 se aplicará también a los daños que se produzcan en los contratos privados, porque representa una regla de imputación de la responsabilidad que se deduciría también del Derecho privado. Sobre la distribución de responsabilidad entre comitente y contratista en Derecho privado, Yáñez Díaz (2018, pp. 204-212). Su tesis es que en Derecho privado se tiende a atribuir la responsabilidad al comitente (sobre la base de distintos criterios, incluido el de la culpa in vigilando), por lo que no está demasiado justificado que la Administración tienda, en sentido contrario, a desviar la responsabilidad a contratistas y concesionarios.

¹⁹ Se habla de acción frente al contratista y de que el requerimiento voluntario a la Administración interrumpe el plazo de prescripción de esa acción frente al contratista, lo que parece dar a entender que, después del requerimiento, será necesario (si la Administración no se considera responsable) iniciar otro procedimiento frente al contratista, lo que sería innecesario si el requerimiento fuera ese procedimiento triangular que prevén el artículo 123 LEF y el 134 del RGCE (en este sentido Gamero Casado, 2018, p. 2194). No parece que tenga sentido presentar el requerimiento a la Administración y después otra reclamación, también ante ella, para que declare la responsabilidad del contratista. Sin embargo, se han hecho interpretaciones (con buenos argumentos, y desde luego con la buena intención de evitar que el perjudicado tenga que demandar por separado a la Administración y al contratista, con el riesgo de sentencias contradictorias) que sostienen que nada ha cambiado en el procedimiento para la exigencia de responsabilidad al contratista, que sería el procedimiento triangular (Rebollo Puig, 2013, pp. 113-115).

²⁰ Pérez Moreno (1999, p. 405) concluye, con razón, que el precepto «[o]lvida así la unidad jurisdiccional establecida por la Ley 30/1992». Sobre los antecedentes, Suay (2004).

De todas formas, Rebollo Puig (2013, pp. 115-116) ofrece una interpretación del requerimiento previo y del entero precepto que convierte el requerimiento en inútil y el cambio normativo en inexistente. Y ello porque la vía para exigir la responsabilidad del contratista sería el viejo procedimiento triangular, de modo que ningún sentido tendría el requerimiento. «No es útil el requerimiento del apartado 3 porque el perjudicado tiene un medio mucho más sencillo y directo de resolver sus dudas sobre la parte contratante responsable, que es simplemente realizar su reclamación ante la Administración para que ésta, tras seguir el procedimiento del RPR con mínimas especialidades (competencia del órgano de contratación e intervención del contratista como interesado), declare su propia responsabilidad o la del contratista». «En cualquier caso, la solución realmente vigente en la actualidad puede sintetizarse así: a) En todo caso y con carácter potestativo, el perjudicado puede previamente usar la vía de consulta del artículo 214.3 TRCSP, aunque tiene escasa utilidad; b) Tras esa consulta o, mejor, directamente, el perjudicado dirigirá su reclamación al órgano de contratación, tanto si considera responsable a la Administración como si considera que lo es el contratista o que lo son ambos o incluso si entiende que es alguno de los dos sin saber exactamente cuál de ellos; c) La Administración deberá tramitar el procedimiento según lo previsto en el RPR dando participación al contratista como interesado; d) La resolución del procedimiento podrá declarar la responsabilidad de la Administración o de su contratista o la de ambos o la de ninguno; e) Dicha resolución será impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa tanto por el contratista como por el perjudicado, jurisdicción que, por tanto, es competente no solo para declarar la responsabilidad de la Administración contratante sino también la de sus contratistas». La tesis es de una enorme claridad, aunque me parece que no es eso lo que el legislador quería decir, puesto que en ese caso no habría establecido el requerimiento previo voluntario. Como dice el autor (Rebollo Puig, 2013, p. 114), «subyace una gran confusión del propio legislador sobre el régimen vigente. En concreto, parece partir de la errónea idea de que si es responsable único el contratista, el perjudicado habrá de pedirle la indemnización ante la jurisdicción civil⁴⁷ y sólo si lo es la Administración habrá que hacerlo primero en vía administrativa y después en la contencioso-administrativa». Eso es, en efecto, lo que parece, y el legislador es quien podía decidir que esa fuera la solución vigente, no estando vinculado por el artículo 123 LEF.

En la misma obra, Casares Marcos (2013, pp. 1535-1538) considera que sí se introduce un cambio y que no está nada claro que la Administración pueda, como venía haciendo (o al menos así lo preveía el artículo 123 LEF) declarar la responsabilidad del contratista en un procedimiento triangular. Por ello, concluye, «cabe esperar impugnaciones varias al pronunciamiento de la Administración que podrían culminar, incluso, en pronunciamientos judiciales diversos, procedentes de diferentes órdenes jurisdiccionales y contradictorios entre sí acerca de la forma concreta en que debe delimitarse, en particular, la responsabilidad de cada uno de los sujetos implicados en el supuesto de hecho correspondiente».

de la Administración que apunte al contratista, el perjudicado debía iniciar un segundo procedimiento, esta vez ante la jurisdicción civil (esto es lo que parece indicar el hecho de que la reclamación «interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil»²¹). Se trata, por tanto, de un cambio relevante frente al precedente constituido por el artículo 134 del Reglamento²². Claramente se pretendía evitar la responsabilidad directa de la Administración por esos daños²³. Por otro lado, el artículo 162.c) sigue incluyendo entre las obligaciones generales del concesionario la de indemnizar los daños que se causen a terceros, en los mismos términos que en regulaciones anteriores de las concesiones.

En el Texto Refundido de la LCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el artículo 98 se convierte en el 97 y desaparece el adjetivo «civil» al final del tercer párrafo. La reclamación a la Administración contratante interrumpe el plazo de prescripción de la «acción», no de la «acción civil». Curiosamente, ese cambio no fue introducido por ninguna de las Leyes o normas con rango de Ley que modificaron la Ley 13/1995 (enumeradas en el preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2000), sino que se supone que lo introdujo el Gobierno al amparo de la facultad de «regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que se refunden»²⁴. En el dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto del Real Decreto Legislativo no se hace referencia a la cuestión. Parece claro que, si ese es el origen de la modificación (es

²¹ Martín Rebollo (2021, p. 896), que es de los pocos autores que se pronuncia sobre la cuestión, da a entender que este requerimiento a la Administración funciona también como una reclamación de responsabilidad frente a ella, de modo que, en caso de respuesta negativa de la Administración, se abre una doble vía: recurso contencioso-administrativo para exigir la responsabilidad de la Administración o acción civil contra el contratista (que también puede formularse directamente, sin requerimiento). «si lo que pretende [el perjudicado] es dirigirse contra la Administración no hay interrupción alguna porque el plazo para el recurso contencioso-administrativo comenzará, justamente, a partir de la negativa de la Administración a indemnizar.». De todas formas, añade que la vía contencioso-administrativa es admisible frente a la Administración y también contra el contratista porque lo imponen (desde 2003) los artículos 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA.

²² En su día, Beladéz Rojo (1997, pp. 237-238) entendió que, aunque la interpretación literal de la Ley conducía a atribuir a la jurisdicción civil la competencia para conocer de la acción de responsabilidad contra el contratista, era preferible una interpretación que evitase el riesgo de producción de sentencias contradictorias y que no coloque sobre los hombros del perjudicado la obligación (y el riesgo) de identificar al responsable: «considero necesario alejarse de la interpretación literal del artículo 98.3 y 4 de la Ley y buscar otra que no presente tantos inconvenientes. (...) son competentes tanto la jurisdicción contencioso-administrativa como la jurisdicción civil. Ahora bien, esta dualidad de jurisdicciones no tiene necesariamente que conllevar la atribución a cada una de ellas de la competencia para enjuiciar únicamente a un determinado sujeto: la contenciosa, a la Administración; y la civil, al contratista. (...) el perjudicado puede optar entre la jurisdicción administrativa o la jurisdicción civil, teniendo ambas competencias para pronunciarse cualquiera que sea el sujeto a quien le sea imputable el daño –Administración o contratista–, sobre su responsabilidad». Como dice Mas Casanovas (2004, p. 163), se ha efectuado una interpretación que se aparta de la literalidad de la norma.

²³ No falta, sin embargo, quien interpreta esta norma como una confirmación de la responsabilidad directa de la Administración en todo caso por los daños producidos en ejecución de contratos, sin perjuicio de la acción de regreso (Menéndez de Lurca Pardo, 2002, p. 239): en ningún caso cabe «entender que el invocado artículo 97.3 tiene virtualidad de privar a los particulares de una garantía constitucional (artículo 106.2 de la Constitución), cual es la de exigir directamente a la Administración titular de la obra o del servicio causante del daño la indemnización correspondiente, aunque haya un contratista interpuesto».

²⁴ Así se entiende en una de las pocas explicaciones doctrinales de este cambio normativo, la de López Menudo et al. (2005, p. 248): «al emplear el adjetivo “civil” y ser la reclamación aparentemente potestativa (“podrán”), el particular parecía contar con dos opciones: o bien plantear la reclamación y, en el caso de que la Administración estimara que el daño era imputable al contratista, dirigirse contra éste por la vía civil; o bien renunciar a la reclamación previa y dirigirse directamente contra el contratista por esta vía. Esta solución, que parecía derivarse del tenor literal del precepto, no dejaba de plantear una problemática nada desdeñable (desconocimiento por el perjudicado de la causa del daño, y, por ello, de la vía pertinente; supuestos de concurrencia de causas; posibilidad de dar origen a sentencias contradictorias, etcétera).

Ante las dudas planteadas, y en un entendimiento amplio de las facultades de “aclarar y armonizar”, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, suprimió la calificación de «civil» de la acción (aunque la forma verbal “podrán”), lo que, de alguna manera, parece pudiera interpretarse como una voluntad de reconducir la interpretación del precepto al sentido originario del RGCE ya derogado. No obstante, es de esperar que la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos aclaren estas cuestiones.

En todo caso, hay que destacar una marcada línea “garantista” en la jurisprudencia, que tiende a ampliar, contra la literalidad de la norma, el campo de imputación de la responsabilidad a la Administración (bien en exclusiva, bien solidaria o subsidiariamente), incluso en casos en que, conforme a aquélla, la responsabilidad debiera atribuirse en exclusiva al contratista o concesionario. Para ello acude a diversos razonamientos, en los que subyace, en todo caso, que al ser la Administración la titular de la actividad, debe responder de los daños causados, máxime cuando no se ha demandado (o codemandado) al particular. No obstante, la jurisprudencia parece registrar una tendencia –no sin excepciones– a la aplicación cabal del reparto de responsabilidades establecido por la Ley».

Rebollo Puig (2013, p. 113) también explica las razones posibles de este cambio: «La redacción originaria podía hacer pensar que lo que el perjudicado podía ejercer contra el contratista era una acción civil ante la jurisdicción civil. En el Texto Refundido desaparecía ese equívoco. Pero como el Texto Refundido no podía cambiar la regulación, sino sólo aclararla y armonizarla, hay que entender que consideró que aquella calificación como “civil” no era sustancial y que realmente, con su supresión, sólo estaba disipando un posible error de interpretación. Pero es como mínimo dudoso; más probable me parece que realmente el legislador de 1995 creyera –aunque erróneamente– que la responsabilidad del contratista había que pedirla ante la jurisdicción civil».

También da cuenta del cambio, aunque sin explicación, Martín Rebollo (2021, p. 896).

decir, si procede del Gobierno como refundidor), su fuerza como argumento en defensa de alguna interpretación es menor que si dicho cambio obedeciera a una decisión expresa del legislador.

La Ley de Contratos del Sector Público de 2007 reproduce este mismo precepto (que en esa Ley es el artículo 198), sin variación alguna²⁵. En el artículo 229.e) también se repite que una de las obligaciones generales del concesionario es indemnizar los daños que se ocasionen a terceros «por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 198», de modo que, por primera vez y como es lógico, se conectan las dos normas de la Ley que hacen referencia a esta materia. En el Texto Refundido de la LCSP de 2011 tampoco se introduce ninguna variación. El artículo 198 de la Ley se convierte en el 214 del TRLCSP.

La vigente LCSP de 2017 tampoco introduce ningún cambio en el artículo que regula la responsabilidad del contratista, que ahora es el 196 pero sin ningún cambio relevante. La indemnización sigue siendo una obligación del concesionario [artículo 258, letra e)].

Sí es necesario destacar que, entre las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos, la vigente LCSP de 2017 introduce expresamente la de «declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato» (artículo 190), que no figuraba en textos anteriores (por ejemplo, artículo 210 TRLCSP de 2011)²⁶. Esa mención puede interpretarse, en mi opinión, en el sentido de que no hace referencia sólo a la responsabilidad del contratista frente a la Administración contratante (en caso de incumplimiento del contrato), sino también a la responsabilidad por daños causados a terceros. Y probablemente supone un cambio técnico con el que se recoge lo que ya dispone el artículo 196 (es decir, la facultad de «pronunciarse» a instancia del perjudicado). En todo caso, parece claro que esa «declaración», si es una prerrogativa de la Administración, es algo más que un simple «pronunciamiento», lo que puede interpretarse en el sentido de que esa declaración puede obligar al contratista a indemnizar, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir en vía administrativa.

Un tema pendiente es el de la relación entre la legislación de contratos y la de expropiación forzosa, que tienen un contenido diferente, puesto que la primera menciona la reclamación directa del perjudicado al contratista (admitiendo sólo la posibilidad de un requerimiento a la Administración), mientras que la segunda opta por el procedimiento triangular con carácter obligatorio. Los «servicios concedidos» a que se refiere el artículo 123 LEF son servicios gestionados a través de concesiones de servicios sometidas a la LCSP. En aplicación de la regla *lex posterior*, lo más razonable sería sostener la aplicación preferente de la LCSP, salvo que se interprete ésta en el sentido de que no introduce, en realidad, ningún cambio en la forma de exigir la responsabilidad del contratista (Rebollo Puig, 2013, p. 114²⁷).

Alguna legislación autonómica (Galicia) ha regulado la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica del modo más favorable al procedimiento administrativo triangular, reconduciendo al mismo la posible reclamación directa del perjudicado frente al prestador del servicio. La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, en primer lugar, permite a los perjudicados dirigir la reclamación directamente a la Administración autonómica. No es una obligación, puesto que se introduce «sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración» (artículo 40.1, párrafo 1.º). Sin embargo, esa reclamación se reconduce a la Administración, estando obligado el prestador del servicio, como obligación no sólo legal sino también contractual, a remitirla a la Administración autonómica (artículo 40.1, párrafo 2.º). Tanto si la reclamación se dirige a la Administración como si le llega a ésta a través del concesionario, se iniciará el procedimiento de responsabilidad patrimonial (en el segundo caso, de oficio). Se establece expresamente (artículo 41) que ese procedimiento será triangular, es decir, que en el mismo participará el prestador del servicio y no servirá sólo para determinar a quién corresponde la responsabilidad, o para ventilar la responsabilidad de la Administración, sino también para dictar, en su caso, una resolución que declare la responsabilidad del prestador, susceptible de ejecución forzosa contra él. Deja la puerta abierta a que «el régimen jurídico del servicio» (entendiendo que puede ser un reglamento) establezca para servicios concretos el régimen de responsabilidad directa de la Administración y acción de

²⁵ Gallego Córcoles (2007a, pp. 51-58; 2007b, pp. 41-49; 2007c, pp. 49-56).

²⁶ Ya unos años antes, Alonso Mas y Narbón Láinez (2013, pp. 301 y ss.) se basaban en la potestad administrativa de interpretación del contrato para sostener que la responsabilidad del contratista debía ser declarada en vía administrativa por la Administración contratante (procedimiento triangular).

²⁷ Gamero Casado (2018, p. 2157) sostiene directamente la derogación de los preceptos correspondientes de la LEF.

regreso frente al prestador del servicio. Es elogiable que la legislación autonómica se ocupe de una cuestión tan mal regulada por el Estado, aunque me parece sorprendente que el régimen de responsabilidad dependa de la normativa reglamentaria de cada servicio²⁸.

4.3. La nueva legislación de régimen jurídico y procedimiento de 2015

La única alusión que a esta cuestión se recoge en las Leyes 39 y 40/2015 (LPAC y LRJSP), que derogaron a la LRJPAC, se encuentra en el artículo 32.9 LRJSP, que dice que «[s]e seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

El origen directo de la norma es el ya mencionado artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993. El legislador de 2015 deroga el reglamento y recoge en la Ley los preceptos del mismo que quiere rescatar. Nada nuevo, por lo tanto. Es paradójico y cuestionable que, siendo una cuestión procedimental, se recoja en la Ley 40/2015 y no en la LPAC.

El legislador regula, desde el punto de vista material y procedimental, la responsabilidad *de la Administración*, que en el caso de los contratos surgirá en esos dos supuestos (orden directa y vicios del proyecto). Se da a entender que en los demás casos responderá el contratista y se renuncia a imponer que esa responsabilidad se tramite por la misma vía que la responsabilidad administrativa. El artículo 32.9 es compatible con un sistema en el que la responsabilidad del contratista sea exigida directamente por el perjudicado sin intervención de la Administración. Sin embargo, esa posibilidad (a la que apunta, con dudas, la legislación de contratos desde 1995) tiene muchos problemas prácticos, lo que ha dado lugar (lo hemos visto) a intentos doctrinales de reinterpretación (Rebollo Puig, 2013; Beladiez Rojo, 1997) y a que la jurisprudencia no la siga.

5. LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL SISTEMA EN LA ACTUALIDAD

5.1. Reclamaciones directas al contratista o concesionario ante la jurisdicción civil

En un intento de conocer el funcionamiento real del sistema, vamos a examinar en la jurisprudencia la aplicación de las diferentes vías.

No faltan supuestos en los que el perjudicado demanda al contratista ante los tribunales civiles, tal como la legislación de contratos (que no la de expropiación forzosa) le empuja a hacer.

En la jurisprudencia encontramos bastantes testimonios en los que queda constancia de esas demandas, que son admisibles mientras sólo se demande al contratista (incluidos los concesionarios), pero no a la Administración, puesto que en ese caso sería necesario acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa (una vez abandonada la doctrina de la vis atractiva de la jurisdicción civil, que se extendía también a litigios de responsabilidad frente a la Administración). Pueden citarse en tal sentido autos como los de 30 de diciembre de 2009 de la AP de Zaragoza (auto 659/2009), 26 de noviembre de 2009 de la AP de Barcelona (recurso de apelación 568/2009) o la sentencia de 10 de octubre de 2018 de la AP de Oviedo (recurso de apelación 414/2018).

Demandar única y exclusivamente al contratista ante la jurisdicción civil tiene para el perjudicado el inconveniente de que es necesario dejar fuera de la reclamación a la Administración, que puede ser responsable si el daño se debe a orden de ella o a un vicio del proyecto. Esto supone el riesgo de que, si el contratista es absuelto porque la sentencia aprecia posible responsabilidad de la Administración, el perjudicado se ve obligado a iniciar un nuevo procedimiento administrativo (y, en su caso, contencioso-administrativo) con el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias (es decir, que la Administración atribuya la responsa-

²⁸ La Ley gallega sigue la propuesta lanzada por la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (2008, pp. 43-55). Incluso puede decirse que va más allá, reconduciendo también a la vía administrativa la posible reclamación civil directa del perjudicado frente al contratista (a través de la obligación impuesta a éste de remitir dicha reclamación a la Administración).

bilidad al contratista, ya absuelto por una sentencia civil). Todo ello al margen de la posible prescripción de la acción frente a la Administración, que no quedaría interrumpida por una demanda civil no dirigida contra ella.

Precisamente para evitar ese peligro, alguna sentencia civil, dando la vuelta a postulados de buena parte de la jurisprudencia contencioso-administrativa, viene a sostener que el contratista demandado es responsable en todo caso, pudiendo repetir contra la Administración contratante en caso de que considere que ésta es responsable (sentencia de la AP de Cádiz de 7 de junio de 2022, recurso de apelación 244/2022). Ésta habría sido otra solución del problema, sin necesidad de declarar a la Administración responsable directa del daño.

De hecho, se encuentra también algún ejemplo de esa acción de regreso del contratista frente al contratante, siempre en vía civil (sentencia de la AP de Asturias de 10 de noviembre de 2006, recurso de apelación 367/2006, con la peculiaridad de que en ese caso la demandada que había adjudicado el contrato no era una Administración territorial, sino RENFE).

5.2. El requerimiento a la Administración regulado en la legislación de contratos

Frente a la claridad del «procedimiento triangular» regulado en el artículo 123 LEF (no derogado expresamente) y en preceptos del REF y del Reglamento General de Contratación de 1975 que sí han sido expresamente derogados, la legislación de contratos prevé, desde la LCAP de 1995, la responsabilidad directa del contratista frente al perjudicado y la «facultad» de éste de requerir a la Administración contratante para que ésta se pronuncie sobre quién es el responsable. Este requerimiento interrumpe el plazo de prescripción de la acción (se entiende, la acción contra el contratista, hasta 2000 calificada expresamente como «civil»).

No está nada claro el funcionamiento de ese sistema. Cabe la posibilidad, casi ideal, de que la Administración admita su propia responsabilidad y fije la indemnización. Podrá interponer el perjudicado un recurso contencioso-administrativo si no está de acuerdo con la indemnización, pero ya habrá quedado reconocida la responsabilidad de la Administración (no del contratista). Si la Administración, en cambio, se pronuncia en el sentido de atribuir la responsabilidad al contratista, el perjudicado puede dirigirse a la vía civil frente al contratista (recogiendo el guante lanzado por la Administración), pero también puede interponer recurso contencioso-administrativo contra este acto para que los tribunales declaren la responsabilidad de la Administración. Incluso se podría plantear si ese requerimiento no equivale a una reclamación de responsabilidad a la Administración o si se pueden formular en una misma instancia, de forma acumulada, la reclamación de responsabilidad y el requerimiento²⁹.

Además, en ese caso de que la Administración excluya su propia responsabilidad y se la atribuya al contratista (que tendrá que ser llamado al procedimiento, aunque no siempre se hace), ¿qué actitud debe adoptar éste? ¿Debe considerar que dicho pronunciamiento administrativo no le perjudica y esperar la demanda del perjudicado, o más bien debe recurrirlo por entender que supone un pronunciamiento sobre su responsabilidad?

Por otro lado, también hay que recordar que, desde 2003, el perjudicado puede (y debe) formular en vía contencioso-administrativa (y no en ninguna otra) las pretensiones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, *también cuando a la producción del daño haya concurrido sujetos privados o la demanda se dirige además contra personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables del daño* (artículo 9 LOPJ). Parece claro que, cuando el perjudicado considere dudoso quién es responsable, si el contratista o la Administración, puede y debe actuar por esta vía. Se le está permitiendo acumular en la jurisdicción contencioso-administrativa las acciones contra ambos, aunque no está clara la forma de hacerlo, porque el proceso contencioso-administrativo está pensando en la impugnación de actos (en este caso, la resolución expresa o la desestimación presunta recaídas en el procedimiento de responsabilidad patrimonial), no en demandas directas contra varios sujetos (la Administración y el contratista). En algún caso se ha admitido que, impugnado por el perjudicado en vía contencioso-administrativa el acto por el que la Administración deniega su responsabilidad y apunta al perjudicado, y personado éste como codemandado, *el demandante, en el acto de la vista del procedimiento abreviado, amplíe la demanda contra el contratista, que resulta ser así el único condenado en la sentencia*³⁰. Sin embargo, como veremos a continuación, estas dudas son más teóricas que reales, porque no suelen darse en la práctica.

²⁹ Expone todas estas dudas Ruiz Ojeda (2002, pp. 179-180).

³⁰ Así en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Oviedo de 16 de septiembre de 2021 (PA 1239/2020), comentada por Pecharromán Sánchez (2021). Pone de relieve las dificultades de este planteamiento en el contencioso-administrativo, al no poder plantearse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, Rivera Frade (2019, p. 402).

5.3. La exigencia de responsabilidad en la práctica

Ante el incumplimiento por el legislador de sus obligaciones más básicas (puesto que las normas examinadas forman un puzzle que plantea múltiples dudas), hay que decir que el sistema ha quedado prácticamente inédito. Son escasos los supuestos en que el perjudicado se dirige contra el contratista (aunque se han puesto en este artículo varios ejemplos, encontrados en las bases de datos o conocidos de primera mano). Encontramos, en cambio, múltiples sentencias en las que se reconoce que el perjudicado puede exigir la responsabilidad a la Administración contratante en vía administrativa (aunque el daño lo haya causado un contratista) e interponer, en su caso, recurso contencioso-administrativo contra la resolución expresa o presunta de su reclamación.

Como veremos, esa conclusión, que no se compadece con la que a primera vista resulta la interpretación más llana de las normas, se justifica o bien a partir de los argumentos de González Navarro (doctrinales y de la sentencia de 9 de mayo de 1989), es decir, que el hecho de que la Administración actúe a través de contratistas o concesionarios no puede perjudicar al ciudadano que sufre un daño, o con el argumento de que, si la Administración no responde a la reclamación del perjudicado, iniciando un procedimiento en el que se identifique al responsable (Administración o contratista) y se declare (sin más dilaciones) su responsabilidad, ella misma debe asumir esa responsabilidad, sin perjuicio de una posible acción de regreso.

a) *Supuestos en los que se rechaza la responsabilidad de la Administración por daños causados en ejecución de contratos*

Tiene especial valor la sentencia de 30 de abril de 2001 (recurso de casación 9396/1996), puesto que su ponente también fue el profesor González Navarro. Se trata de un asunto en el que se produjeron (antes de que el Real Decreto 429/1993 derogase los preceptos del REF) daños en la ejecución de un contrato de obra estatal. El perjudicado presentó reclamación ante el Ministerio, que, tras oír al contratista, declaró la responsabilidad de éste y fijó la indemnización a favor del perjudicado reclamante (aplicación correcta, por tanto, del procedimiento triangular). El contratista impugnó la resolución y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso en el sentido de anular el desplazamiento de la responsabilidad desde la Administración al contratista. La Administración interpuso recurso de casación, que fue estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. La sentencia aplica el artículo 134 del Reglamento General de Contratación (que ya conocemos) y tiene un pronunciamiento general que puede sorprender:

«Recuerda luego el Abogado del Estado que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la sentencia de 6 de octubre de 1994: “Una tesis que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el artículo 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970. La segunda tesis es la que interpreta el artículo 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista”.

Esta segunda línea jurisprudencial es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala no sólo porque el texto del artículo 137 citado es clarísimo, en su misma redacción literal, pues carece de sentido –pues atenta el principio de economía procesal– que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo.».

Por tanto, la sentencia rechaza la tesis de la responsabilidad directa de la Administración (con posible acción de regreso) y dice que la Administración declarará la responsabilidad del contratista salvo que los daños no sean debidos a su actuación. La sentencia constata que la Administración ante la que se presentó la reclamación aplicó correctamente el artículo 134 (entonces vigente), es decir, dio audiencia al contratista, y dictó una resolución que declara la responsabilidad de éste, resolución que confirma al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra ella.

También es ilustrativa la sentencia de 24 de abril de 2003 (recurso de casación 10935/1998), que confirma la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el propietario de un edificio por los daños sufridos en la ejecución subsidiaria de una orden de demolición, ejecución a cargo de un contratista. La sentencia aplica estrictamente la legislación de contratos entonces vigente y declara que «el sujeto responsable del pago de la indemnización reclamada es, en cumplimiento de los preceptos que invoca la sentencia recurrida del entonces aplicable Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967, el contratista, a quien le incumbe indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de la obra, salvo cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración; supuesto que, en atención a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, no concurre en el caso que enjuiciamos; por lo que procede rechazar estos dos motivos de casación».

En este mismo sentido (y con cita expresa de esta sentencia) se pronuncia la sentencia de 20 de junio de 2006 (recurso de casación 1344/2002), que desestima la pretensión de responsabilidad patrimonial formulada por una junta de compensación contra la Administración General del Estado por daños producidos en la ejecución de un contrato de obras. Se presentó reclamación de responsabilidad patrimonial sólo contra la Administración. La Administración se limita a rechazar su responsabilidad, remitiendo al perjudicado a que reclame contra el contratista, pero éste vuelve a reclamar a la Administración. El Tribunal desestima el recurso. Sin embargo, en otros casos muy similares hemos visto que la respuesta fue declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sin perjuicio de la posible acción de regreso contra el contratista.

b) Sentencias que declaran responsable a la Administración por no haber respondido al perjudicado o haberse limitado a excluir su propia responsabilidad

En el apartado anterior hemos visto cómo hay ocasiones en que, bien tras la tramitación correcta del procedimiento triangular por la Administración, bien tras una simple denegación de su propia responsabilidad por parte de ésta (sin tramitar tampoco un procedimiento triangular o declarar responsable al contratista), el TS no declara responsable a la Administración, sino que desestima el recurso contencioso-administrativo, lo que significa que el perjudicado deberá buscar el resarcimiento por otra vía.

Sin embargo, en numerosos casos la falta de respuesta de la Administración, o el hecho de que se limite a negar su responsabilidad y a apuntar al contratista, pero sin tramitar un procedimiento triangular en el que se pueda declarar la responsabilidad de éste, lleva a los tribunales a declarar la responsabilidad de la Administración, remitiéndola a una eventual acción de regreso contra el contratista. El principio, expresado por algunas sentencias, es que el perjudicado tiene derecho a que su resarcimiento (o la discusión sobre si tiene derecho a él) se ventile en un único proceso, de modo que, si la Administración desaprovecha la ocasión y remite al perjudicado a otro proceso contra el contratista, se encontrará con que los tribunales contencioso-administrativos la declaran responsable y la remiten a ella (no al perjudicado) a otro proceso contra el contratista, en este caso en forma de acción de regreso. Veamos los testimonios en la jurisprudencia.

La sentencia de 7 de abril de 2001 (recurso de casación 3509/1992) se refiere a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la LCAP de 1995. El razonamiento es muy claro: la responsabilidad es del contratista, pero se condena a la Administración, no porque ésta sea responsable en todo caso de los daños producidos en la ejecución de servicios públicos con independencia de que actúe directamente o a través de un contratista, sino por no haber tramitado el procedimiento triangular y haber condenado al perjudicado a un segundo proceso contra el contratista.

«CUARTO.- No cabe duda que, al no tratarse de daños causados por cláusulas del contrato impuestas por la Administración al concesionario ni de una orden directa de ésta, debe responder de aquéllos el propio contratista, como se deduce de lo establecido concordadamente por los artículos 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y 134 del Reglamento General de Contra-

tación, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, precepto este recogido después en el artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, la reclamación del perjudicado ha de dirigirse, según lo dispuesto por estos dos últimos preceptos y por el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, a la Administración contratante, que debe resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre su cuantía y quién deba pagarla, modo de proceder que no observó la Administración del Estado demandada al limitarse a informar a la entidad reclamante que los vertidos los había efectuado la empresa contratista y que la obligación del dueño era cerrar la finca o colocar vigilancia permanente para evitar tales vertidos.

Deducido recurso de alzada ante la Dirección General de Carreteras, reproduciendo íntegramente lo alegado y pedido en los precedentes escritos dirigidos a la Demarcación de Carreteras del Estado, la Administración guardó silencio.

QUINTO.- La Sala de instancia sostiene que la responsabilidad de la Administración no deriva de la anulación de los actos impugnados sino, en su caso, del vertido de escombros, considerando inadmisibles las acciones de resarcimiento al no haberse deducido en la vía previa.

Tal decisión infringe los aludidos preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, ya que la Administración del Estado, en lugar de desestimar la pretensión indemnizatoria por el vertido de escombros informando a la entidad propietaria del terreno que procedían de una excavación realizada por la empresa contratista, debió proceder en la forma establecida por los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, 137 de su Reglamento y 134 del mencionado Reglamento de Contratación, de modo que los actos administrativos impugnados no son ajustados a Derecho y, por consiguiente, debieron ser anulados por la Sala de instancia.

Aunque la responsable de los vertidos de escombros fuese, según lo dicho, la empresa contratista, lo cierto es que, al no haberlo así declarado la Administración del Estado contratante y no haber sido emplazada en la primera instancia aquella empresa, la responsabilidad por los perjuicios causados con los vertidos debe asumirla la Administración del Estado demandada, quien no actuó en la forma ordenada tanto por la Ley de Expropiación Forzosa como por el referido Reglamento General de Contratación, y así lo declaró ya la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de mayo de 1980 (RJ 1980/2844), que, al no proceder del modo indicado en los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 134 del Reglamento General de Contratación la Administración, considera que eludió su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa precedente, y a ella debe por tanto serle imputada dicha responsabilidad, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, puesto que los preceptos citados han pretendido, sin duda, en estos casos permitir al particular una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio de quien realmente corresponde porque es quien tiene obligación de soportarla, doctrina jurisprudencial que late también en las Sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 1989 (R. J. 1989/4487), 9 de mayo de 1995 (recurso contencioso-administrativo n.º 527/93), 12 de febrero de 2000 (recurso de apelación 3342/92) y 8 de julio de 2000 (recurso de casación 2731/96).

SEXTO.- Dirimida la cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración».

En la misma línea se encuentra la sentencia de 30 de marzo de 2009 (recurso de casación 10680/2004), que se pronuncia sobre un caso que ya es posterior a la entrada en vigor de la LCAP de 1995, que, como hemos visto, ya no habla del procedimiento triangular en el que la Administración puede declarar responsable al contratista (artículo 134 del Reglamento General de Contratación), sino que, con menos claridad, habla de un posible requerimiento del perjudicado para que «se pronuncie» sobre quién es responsable, y parece que, en caso de que el pronunciamiento sea en favor de la responsabilidad del contratista, remite al perjudicado a un proceso contra él (que hasta el 2000 se calificaba expresamente como «civil»). Esta sentencia tiene tres pronunciamientos:

- La responsabilidad por los daños es del contratista salvo en caso de orden de la Administración o vicios del proyecto. Esto lo han dicho las normas siempre, pero la sentencia no lo «reinterpreta» diciendo que se trate de una norma meramente interna de reparto de la indemnización o que la Administración responde en los mismos términos cuando actúa de forma directa e indirecta.

- Se recuerdan las vías procesales que prevén la LEF, el Reglamento General de Contratación y la LCAP de 1995. También se recuerda que el perjudicado puede, bajo la vigencia de esta última, formular el requerimiento o presentar reclamación de responsabilidad contra la Administración. La sentencia pasa de puntillas sobre si, aplicando la LCAP, la Administración también puede declarar la responsabilidad del contratista (evitando así un proceso civil del perjudicado contra éste³¹).
- Cuando la Administración se limita a rechazar su propia responsabilidad (y, sobre todo, cuando ni siquiera responde a la reclamación del perjudicado), será declarada responsable del daño a pesar de que éste sea responsabilidad del contratista, y podrá dirigirse contra él, en su caso, en ejercicio de una acción de regreso³².

También puede citarse la sentencia de 14 de octubre de 2013 (recurso de casación 704/2011). En este caso, el perjudicado (RENFE), afectado por una avería producida durante la ejecución de obras (por un contratista) en una carretera autonómica, presentó reclamación ante la comunidad autónoma. Ésta no respondió y, sólo tras la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación y de la formalización de la demanda, dictó resolución expresa para rechazar su responsabilidad y apuntar al contratista. La tesis de la sentencia (que desestima el recurso de casación) es que: a) cuando el perjudicado presenta requerimiento o reclamación ante la Administración, y ésta entiende, motivadamente, que la responsabilidad es del contratista, el perjudicado debe iniciar un nuevo procedimiento contra éste (por lo tanto, no se acoge la tesis de la responsabilidad directa de la Administración en todo caso, ni del procedimiento triangular), pero b) en caso de silencio de la Administración, que deja desprotegido al particular, aquélla es responsable (sin perjuicio, por supuesto, de una posible acción de regreso).

La sentencia de 25 de octubre de 2016 (recurso de casación 2537/2015) continúa en esta dirección. En primer lugar –y se trata de un pronunciamiento muy relevante–, viene a reconocer que, tras la entrada en vigor de la LCAP de 1995, ha desaparecido el procedimiento triangular: si la Administración se pronuncia, a petición del perjudicado, en el sentido de que la responsabilidad corresponde al contratista, el perjudicado debe iniciar un nuevo proceso contra él en la vía civil³³. Reconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia, la

³¹ «Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 (y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (BOE de 4 de mayo), porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 [véase la sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3.º].»

³² «Desde luego, está fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley).

Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada.

Así lo hemos estimado en otras ocasiones para casos semejantes. En la sentencia de 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 4.º) esta Sala ha sostenido que, haciéndose referencia por los reclamantes a las compañías constructoras, a las que la Administración no dio traslado de la reclamación, debe juzgarse que, si no lo hizo, fue porque asumía la total responsabilidad de lo decidido. Ya con anterioridad, el Tribunal Supremo se había expresado con parecidos términos en la sentencia de 9 de mayo de dicho año (recurso contencioso-administrativo 527/93, FJ 5.º). La sentencia de 7 de abril de 2001 (apelación 3509/92, FJ 5.º) dijo que, en tales situaciones, la Administración debe responder, sin perjuicio de repetir posteriormente sobre el responsable. A esta misma línea pertenecen las sentencias de 12 de febrero de 2000 (apelación 3342/92, FJ 1.º) y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96, FJ 3.º).

³³ «Así pues, cuando el daño se impute a un concesionario –o contratista–, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para el primer caso y la vía administrativa para la segunda».

falta de pronunciamiento de la Administración lleva a la declaración de la responsabilidad de ésta (sin perjuicio de la posible acción de regreso³⁴). Sin embargo, en el caso contrato enjuiciado, la Sala decide no declarar responsable a la Administración, por falta de prueba del daño y porque en la reclamación no se había pedido que se determinara el sujeto responsable, por lo que se acuerda la retroacción de actuaciones para que «se proceda a la incoación del correspondiente procedimiento y, seguidos los trámites correspondientes, se declare si la responsabilidad, conforme a los preceptos ya mencionados, corresponde al mencionado Organismo o a la concesionaria».

A mi modo de ver, esta doctrina tiene sentido si se parte de que, como era claro hasta la vigencia de la LCAP de 1995, la reclamación debe formularse ante la Administración y ésta tiene que decir, en vía administrativa, sobre la responsabilidad de ella misma o del contratista y sobre la cuantía de la indemnización, concentrándose en un único proceso contencioso-administrativo las eventuales impugnaciones del perjudicado o el contratista sobre todas esas cuestiones. Sin embargo, si se entiende (como hace esta última sentencia) que dicho proceso triangular ha desaparecido y que un eventual pronunciamiento de la Administración atribuyendo responsabilidad al contratista no impide al perjudicado (sino todo lo contrario) tener que recorrer un proceso civil contra el contratista, parece algo desproporcionado que la falta de respuesta dé lugar a la responsabilidad de la Administración (es decir, que la falta de respuesta de la Administración coloque al perjudicado en una posición mejor que la que tenía al inicio).

En esta misma línea encontramos también sentencias de otros tribunales y juzgados de lo contencioso-administrativo³⁵. Es cierto que con frecuencia se declara responsable a la Administración, pero también se observan supuestos en los que, si el contratista está presente en el proceso, como codemandado, se puede discutir en él su propia responsabilidad.

5.4. La responsabilidad directa de la Administración justificada en evitar el peregrinaje jurisdiccional. Facilitación de la acción de regreso

Numerosos dictámenes reconocen que, cuando la Administración declara, en un procedimiento triangular, la responsabilidad del contratista, habiendo oído a dicho contratista en el expediente, esa declaración de responsabilidad, una vez firme, puede ser ejecutada contra el contratista, sin que sea necesario iniciar un nuevo expediente contra él: dictamen 89/2008, de 6 de marzo de 2008 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (JUR 2015/254230), párrafos 47-49³⁶, dictamen 155/2021, de 5 de mayo, del Consejo

³⁴ «no han faltado pronunciamientos de esta Sala en los que, ante la falta de declaración de la forma expuesta por la Administración, se declara la responsabilidad de la Administración concedente por el mero hecho de no responder a esa alternativa que, en todo caso, podrá repetirse contra el concesionario si el daño surge como consecuencia de un mandato ineludible que le impuso aquella, debiendo citarse en este sentido la sentencia de 7 de abril de 2001, dictada en el recurso de apelación 3509/1992, con abundante cita de otras; en las que se funda esa imputación directa a la Administración del daño precisamente en la desatención de la petición del lesionado conforme a lo que le impone a los poderes públicos los mencionados preceptos vigentes al momento de los hechos enjuiciados, de contenido similar a los actuales».

³⁵ La sentencia de 14 de noviembre de 2018 del JCA número 2 de Oviedo (recurso 133/2018) interpreta la LCAP como si nada hubiera cambiado respecto al procedimiento estrictamente triangular del Reglamento General de Contratación: «De lo dicho hasta el momento resulta claro que la recurrente actuó correctamente al presentar su reclamación ante la Administración titular y si ésta estimaba que otra empresa era responsable hubiera debido tramitar la reclamación, no solamente con traslado a la misma, sino declarando expresamente su responsabilidad para que pudiera impugnarse la declaración tanto por la interesada como, lo que es más importante, por el contratista. No habiéndolo hecho así, es decir, no habiéndose dictado resolución sobre la procedencia de la reclamación, cuantía y responsable, ninguna posibilidad de exención frente al responsable cabe conceder al titular de la obra, sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista».

La sentencia de 22 de diciembre de 2022 del JCA de Albacete número 1 (recurso 125/2022) tiene la particularidad de que el demandante formuló demanda no sólo contra el Ayuntamiento (impugnando el acto administrativo expreso por el que se desestimó su reclamación de responsabilidad y se apuntaba a la responsabilidad de la contratista), sino también contra la aseguradora del Ayuntamiento y contra la contratista. Probablemente se trata de un abogado acostumbrado a la jurisdicción civil. Eso lleva a la sentencia a condenar, solidariamente, al Ayuntamiento (por haberse limitado a rechazar su responsabilidad) y al contratista (por estar presente en el proceso).

³⁶ «Ahora bien, en orden al principio de indemnidad, siempre que el procedimiento haya sido instruido correctamente, el derecho del particular lesionado no debe padecer por el hecho de que finalmente la responsabilidad se impute a un patrimonio distinto. Para ello, la Administración debe, en su resolución, además de declarar la responsabilidad del contratista y fijar la cuantía, establecer un plazo cierto para efectuar el pago, que no podrá ser inferior al fijado en periodo voluntario por el artículo 44 del Decreto 212/1998, de 31 de agosto (LPV 1998, 450), por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de la Hacienda General del País Vasco, ni superior al plazo general de tres meses que la propia Administración dispone para hacer frente a sus obligaciones, antes de que la deuda comience a devengar intereses.

Estima asimismo la Comisión que, en tanto la resolución que pone fin al procedimiento es un acto administrativo, tiene la fuerza de obligar propia de dichos actos, es inmediatamente ejecutiva y, por tanto, si una vez transcurrido el periodo voluntario, el contratista

Consultivo de Castilla-La Mancha³⁷ (y, en el mismo sentido, el de 58/2021, de 18 de febrero). En el mismo sentido se pronuncia el Consejo Consultivo de Asturias (Ramón García, 2016), partidario de que en ningún caso el perjudicado deba asumir un segundo procedimiento contra el contratista y de que la Administración ejerza la acción de regreso contra éste (o bien dicte una resolución en la que declare la responsabilidad del contratista, directamente ejecutable contra él³⁸). No faltan, nuevamente ejemplos en sentido contrario, en los que se considera bastante que la Administración desestime su responsabilidad y remita al perjudicado a una acción contra el contratista³⁹. En todo caso, el TS ha admitido, al menos en un caso de responsabilidad sanitaria, que la resolución que declara la responsabilidad del contratista es susceptible de ejecución forzosa frente a éste⁴⁰. El Consejo de Estado, por su parte, sigue defendiendo la acción de regreso frente al contratista⁴¹.

no hiciera frente al pago de la indemnización acordada por la Administración, podrá el interesado instar a ésta su ejecución forzosa mediante la vía de apremio sobre el patrimonio prevista en el artículo 97 de la LRJPAC, debiendo seguirse para ello el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva.

En definitiva, este planteamiento, además de resultar respetuoso con la dicción literal del artículo 97 de la LCAP (RCL 2000, 1380, 2126), resulta también más respetuoso con la economía procesal, pues atenta contra ese principio el hecho de que, "teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo" (SSTS de 30 de abril de 2001 y de 24 de mayo de 2007).

³⁷ «puede concluirse que se aprecia relación de causalidad entre el daño sufrido por la reclamante y el funcionamiento del servicio público de señalización y conservación de vías públicas que corresponde al Ayuntamiento de Sonseca; omisión que resulta imputable a la empresa contratista ejecutora de las obras de repavimentación de la vía, en los términos de concurrencia causal mencionados previamente y con el alcance económico que se analiza en la siguiente consideración. A todo ello ha de añadirse que procede que la Administración municipal declare la existencia de responsabilidad y la obligación de la empresa de indemnizar a la reclamante, debiendo velar aquélla por el cumplimiento y pronto pago por parte de la citada empresa.»

³⁸ Informe 185/2002: «Sobre dicha cuestión, este Consejo viene defendiendo desde el inicio de su función consultiva (entre otros, dictámenes núm. 210/2016, 287/2019 y 300/2019) que el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, permanece inalterable con independencia de si el servicio público es gestionado o prestado por la Administración de forma directa o indirecta, por lo que, si se acreditan el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y los demás requisitos legalmente exigidos, previa audiencia del contratista, debe ser la Administración titular del servicio quien indemnice, sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de regreso frente al contratista implicado en la causación del daño por el que se reclama. Con relación a esta acción de repetición, el artículo 196 de la LCSP –tal como se recogía ya en la normativa anterior– establece que la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución del contrato atañe, por regla general, al contratista, quien ha de afrontarla en definitiva de no mediar título de imputación al servicio público. La nueva previsión contenida en el artículo 190 de la LCSP apunta en esta dirección cuando, entre las prerrogativas de la Administración pública, menciona expresamente la de "declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato". Por ello, instada la vía de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración, como sucede en este caso, esta debe no solo dar audiencia al contratista, sino también declarar su eventual responsabilidad y acudir a la acción de regreso cuando la indemnización se abone por la Administración, pues de lo contrario se cargaría sobre el todo social un montante indemnizatorio que atañe al haber de la empresa e implica la concreción de un riesgo que la ley residencia, con carácter general, en el contratista, no en la Administración contratante.»

En el mismo sentido, informes 288/2022 y 15/2023, entre otros.

³⁹ Así, por ejemplo, resolución 343/2020, de 19 de febrero de 2020, del Tribunal Administrativo de Navarra. Tras concluir que la responsabilidad era del contratista y no de la Administración, afirma: «y por lo que al expediente de responsabilidad patrimonial respecta, estima este Tribunal que la decisión municipal por la que la entidad local no se considera responsable de los daños acaecidos es ajustada a Derecho (decisión adoptada por entender que los daños son responsabilidad de la empresa contratista encargada del servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones de alumbrado público). Lo cierto es que la resolución impugnada si bien desestima la solicitud de responsabilidad del Ayuntamiento, informa al particular sobre la entidad contra la que, en todo caso, debe promover el ejercicio de acciones, identificándola, todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos, de forma que el Ayuntamiento ha cumplido lo establecido en el precepto».

⁴⁰ Sentencia núm. 1645/2018 de 20 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4019): «cuando ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria formulada por un perjudicado a la Administración, habiéndose prestado la asistencia por una entidad privada en régimen de concierto con la Administración; si la propia Administración tramita el procedimiento y en el seno del mismo se da plena intervención a la entidad concertada, se declara en la resolución que pone fin al mismo que procede la responsabilidad y se fija las indemnizaciones procedentes, pero imputando dicha responsabilidad al centro privado concertado, imponiendo la obligación de que proceda al pago de las indemnizaciones con derecho de reintegro del centro concertado, esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines».

⁴¹ Dictamen de 21 de diciembre de 1989 (expediente 54196): «en aplicación del artículo 134 del Reglamento General de Contratación, y toda vez que el daño se produjo a consecuencia de actuaciones en ejecución de una obra pública, procede ejercitar contra el contratista la correspondiente acción de regreso». Dictamen de 11 de octubre de 2016 (expediente 1588/2006): «tal declaración [de responsabilidad de la Administración] no es óbice para que la Administración repita contra..., quien, a pesar de la extinción de su título concesional, explotaba en la fecha del siniestro las instalaciones de la playa de Sopelana». Dictamen de 31 de octubre de 2012 (expediente 679/2012): «los reclamantes se dirigen correctamente ante la Administración para reparar el daño que les ocasiona la actuación de la concesionaria, y ello sin perjuicio (pues es cuestión ajena a los reclamantes) de la situación de la concesionaria en relación con la empresa constructora que utilizó. En todo caso, cuanto se abone por la Administración deberá repetirse frente a la concesionaria, que es la obligada a resarcir el daño que ha causado».

No siempre esa declaración tiene las mismas consecuencias prácticas. En unos casos es el reconocimiento de que la Administración puede tramitar un procedimiento triangular con presencia del perjudicado y del contratista en el que no sólo se pronuncie (con carácter casi informativo) sobre a quién corresponde la responsabilidad, sino que puede declarar la responsabilidad del contratista y determinar su cuantía de forma vinculante para éste (cuando dicha declaración queda firme, lo que supone la necesidad de impugnarla en vía contencioso-administrativa y discutir en esa vía la cuestión de la responsabilidad) y en otros casos simplemente sirve como justificación de la responsabilidad directa de la Administración.

Admitir que la Administración pueda declarar, en un procedimiento triangular, la responsabilidad del contratista, reconduciendo la defensa de éste a la vía contencioso-administrativa, supone solucionar el problema, evitando que el perjudicado deba iniciar un segundo proceso civil contra el contratista. De este modo se evita también el rodeo que supone declarar responsable a la Administración y reconducirla a la acción de regreso frente al contratista.

6. CONCLUSIONES

La LCAP de 1995, en su intento de rectificar a la jurisprudencia que venía declarando a la Administración responsable de los daños causados por contratistas y concesionarios (obligándola a ejercer una acción de regreso contra ellos), ha venido a producir el efecto contrario, puesto que ha dado nueva fuerza a esa jurisprudencia, al ser aparentemente la única forma de evitar que el perjudicado se vea sometido a sentencias contradictorias y obligado a reclamar directamente contra el contratista.

El «sistema» alumbrado por el legislador de 1995 (acción contra el contratista, previo requerimiento voluntario a la Administración), rectificado solapadamente por el Gobierno en 2000, deja numerosos cabos sueltos cuya aclaración ya no tiene demasiado sentido en este momento, a la vista de su patente abandono por la jurisprudencia (secundado, además, por los órganos consultivos). La situación real es de incertidumbre, con sentencias para todos los gustos: acción directa contra el contratista, responsabilidad de la Administración (con acción de regreso), procedimientos triangulares en los que se declara la responsabilidad del contratista en vía administrativa e incluso procesos contencioso-administrativos en los que se declara por primera vez responsable al contratista sin que el procedimiento administrativo se haya dirigido contra él.

Inicialmente (es decir, tras la aprobación de la LEF en 1954), no se discutía la responsabilidad (directa) del concesionario frente al perjudicado, y preocupaba sólo la aplicación a esa responsabilidad del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración en lugar del Derecho civil de daños. Sin embargo, esa extensión llevó en realidad a declarar la responsabilidad de la Administración (y no del contratista) frente al perjudicado, remitiendo a aquélla a una hipotética acción de regreso. Actualmente el mayor temor es la complejidad que para el perjudicado supone asumir dos reclamaciones paralelas con posible producción de sentencias contradictorias.

Es urgente que se depure el marco normativo, eliminando la discordancia entre la LEF (cuyos preceptos no han sido expresamente derogados) y la LCSP y estableciendo un régimen adecuado para esta cuestión, puesto que la jurisprudencia creativa no debe ser la forma de solución de los problemas. Además, se producen sentencias y resoluciones contradictorias.

Por lo que respecta a la atribución material de la responsabilidad, teóricamente puede ser conveniente distinguir entre las concesiones de obras y servicios y los demás contratos⁴². En el primer caso, nos encontramos ante una «actividad administrativa» (gestionada indirectamente), por lo que parece claro que el perjudicado no debe verse afectado en su protección frente al daño por una decisión organizativa de la Administración como es la alternativa entre gestión directa e indirecta. No puede decirse lo mismo en los demás contratos, que son actividades empresariales del contratista que normalmente en nada se distinguen exteriormente por el hecho de que su cliente sea la Administración o un sujeto privado. También cabría añadir otros matices, pues no es lo mismo que el contrato se ejecute en un local del contratista (por ejemplo, un contrato de fabricación) o en edificios o terrenos públicos (por ejemplo, un contrato de limpieza de locales municipales en cuya ejecución se causa daños a un ciudadano que acude al Ayuntamiento a realizar una gestión), siendo más evidente la posible responsabilidad de la Administración en el segundo caso que en el primero. Sin embargo, esta cuestión está muy relacionada con la procesal, puesto que, si existe unidad

⁴² De forma similar, aunque no coincidente en las conclusiones, Gamero Casado (2018, pp. 2174 y 2204-2205).

procedimental (y, además, la Administración cubre la posible insolvencia del contratista responsable, en la línea defendida por Muñoz Machado, 1998, pp. 134-135), no se produce ninguna merma o diferencia en la protección del perjudicado, por lo que no es necesario atribuir la responsabilidad a la Administración en casos en que el origen del daño (no hablemos de culpa, sino de imputación de un resultado dañoso) no ha estado en la organización municipal sino en la empresarial.

Parece claro que las dos únicas soluciones practicables son el procedimiento triangular (en el que la reclamación del perjudicado se dirige a la Administración, ésta llama al concesionario o contratista y la posible responsabilidad de la primera o el segundo se ventila en un único procedimiento administrativo y, en su caso, en un único proceso contencioso-administrativo) o la responsabilidad única de la Administración con acción de regreso frente al contratista o concesionario. Remitir al perjudicado a dos procesos paralelos, uno frente a la Administración y otro frente al concesionario/contratista, no es viable (el perjudicado asume una carga procesal excesiva, además del riesgo de sentencias contradictorias). La primera posibilidad (procedimiento triangular) resulta claramente superior, y ya se considera aplicable actualmente, al menos por una parte de la jurisprudencia.

Debe establecerse el régimen procesal adecuado para que, en cualquier supuesto de posible concurrencia en la producción del daño de la Administración y de otro sujeto (no sólo en los supuestos de concesionarios/contratistas), el perjudicado pueda «demandar» a ambos en vía contencioso-administrativa [como exige el artículo 9.4 LOPJ y también, implícitamente, el artículo 2.e) LJCA], con independencia de cómo se haya planteado la vía administrativa previa o regulándola adecuadamente a este efecto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Mas, M. J. y Narbón Láinez, E. J. (2013). *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*. Civitas y Thomson Reuters.
- Beladiez Rojo, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Tecnos.
- Bocanegra Sierra, R. (1978). Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros. *REDA: Revista Española de Derecho Administrativo*, (18), 397-406.
- Bocanegra Sierra, R. (1994). La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros. *Documentación Administrativa*, (237-238), 205-238. <https://doi.org/10.24965/da.v0i237-238.5353>
- Bocanegra Sierra, R. (1996). Concesionarios y contratistas [Ejemplar dedicado a responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas]. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (14), 113-122.
- Cantero Martínez, J. (2009). La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la Administración en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, (47), 199-245.
- Carrillo Donaire, J. A. (2020). El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria. *Revista Española de la Función Consultiva*, (34), 81-97. <https://www.cjccv.es/pdfs/pub/refc-n34.pdf#page=81>
- Casares Marcos, A. B. (2013). Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos. En T. Quintana López (dir.) y A. B. Casares Marcos (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (vol. 2, 2.ª ed., pp. 1486-1548). Tirant lo Blanch.
- Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña (2008). La responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por los contratistas públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Española de la Función Consultiva*, (10), 43-55.
- Cueto Pérez, M. (2016). Incidencia de las Leyes 39 y 40/2015 en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en supuestos de gestión privada. *Revista de Administración Pública*, (201), 303-333. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.201.13>
- Cuñat Edo, V. (2012). El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Revista Española de la Función Consultiva*, (18), 117-129.
- Fernández Farreres, G. (2022). *Sistema de Derecho Administrativo (vol. II)*. Civitas y Thomson Reuters.
- Gallego Córcoles, I. (2007a). La responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, (66), 51-58.
- Gallego Córcoles, I. (2007b). La responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas (y II). *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, (67), 41-49.
- Gallego Córcoles, I. (2007c). La responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas (y III). *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, (68), 49-56.

- Gamero Casado, E. (2018). Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros en la ejecución del contrato. En E. Gamero Casado y I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado sobre contratos del sector público (vol. III)*, (pp. 2151-2208). Tirant lo Blanch.
- García de Enterría, E. (1956). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa* (2.ª reimp., Civitas, 1989). Instituto de Estudios Políticos.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo* (2 vols., varias ediciones). Civitas.
- González Navarro, F. (1976). Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público. *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, (44-45), 215-250.
- González Pérez, J. (2016). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (8.ª ed.). Civitas.
- Jiménez López, M. N. (2022). Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regreso en caso de seguro de cobertura de responsabilidad de la Administración Pública. *Revista General de Derecho Procesal*, (57). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424948
- López Menudo, F., Guichot Reina, E. y Carrillo Donaire, J. A. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Lex Nova.
- Martín Rebollo, L. (2021). *Manual de Derecho Administrativo y Guía para el estudio de las Leyes Administrativas* (5.ª ed.). Aranzadi.
- Mas Casanovas, F. (2004). La responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene la figura del contratista o el concesionario de un servicio público (Análisis de la reciente jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio). *Revista Española de la Función Consultiva*, (2), 138-164.
- Menéndez de Luarda Pardo, C. (2002). Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, (23), 225-247.
- Muñoz Machado, S. (1998). *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)* (2.ª ed.). Civitas.
- Pecharromás Sánchez, R. M. (2021). ¿Se puede condenar exclusivamente a un concesionario en un litigio de responsabilidad patrimonial? ¿Incluso cuando no ha sido inicialmente demandado por el particular? *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, (11).
- Pérez Moreno, A. (1999). La responsabilidad por daños de concesionarios y contratistas en el núcleo de la cuestión jurisdiccional sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En J. L. Martínez López-Muñiz y A. Calonge Velázquez (coords.), *Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos: III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo* (pp. 401-418). Marcial Pons.
- Ramón García, E. (2016). Responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración (Consejo Consultivo del Principado de Asturias). *Revista Española de la Función Consultiva*, (26), 183-187.
- Rebollo Puig, M. (1990). Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989). *Revista del Poder Judicial*, (20), 23-54.
- Rebollo Puig, M. (2013). La reclamación de la indemnización. En T. Quintana López (dir.) y A. B. Casares Marcos (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales* (2.ª ed.), (pp. 91-182). Tirant lo Blanch.
- Rivera Frade, M. D. (2019). Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios. *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, 1(58), 75-122. <https://doi.org/10.36402/regap.v1i58.55>
- Ruiz Ojeda, A. (2002). La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios. (Inercias y atolladeros del Instituto Resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa). *Cuadernos de Derecho Judicial*, (2), 151-180.
- Sánchez Valle, M. R. (2022). *Responsabilidad por los daños derivados de la asistencia sanitaria pública: órdenes jurisdiccionales competentes y sus conflictos. Posibilidades de transacción y la mediación para la resolución de estos conflictos* [tesis doctoral]. Depósito de Investigación Universidad de Sevilla. <https://hdl.handle.net/11441/131485>
- Suay Rincón, J. (2004). La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (2.ª ed.), (pp. 471-524). Civitas.
- Yáñez Díaz, C. (2018). *Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*. Aranzadi.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
 Sección: ARTÍCULOS
 Recibido: 28-03-2023
 Modificado: 11-07-2023
 Aceptado: 11-07-2023
 Prepublicado: 07-08-2023
 Publicado: 16-10-2023
 ISSN: 1989-8975 – <https://doi.org/10.24965/reala.11211>
 Páginas: 31-46

Referencia: Lazo Vitoria, X. (2023). Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato?. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 31-46. <https://doi.org/10.24965/reala.11211>

Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato?¹

Services to person: «concierto social» or public contract?

Lazo Vitoria, Ximena

Universidad de Alcalá. Departamento de Ciencias Jurídicas (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2661-0627>

ximena.lazo@uah.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá, Departamento de Ciencias Jurídicas, Coordinadora del Grupo de Investigación Compra Pública Verde UAH, Miembro del Pleno de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE), Ministerio de Hacienda. Líneas de investigación: fórmulas de prestación de servicios, contratos públicos, medio ambiente.

RESUMEN

El Derecho de la Unión Europea otorga un tratamiento especial a los servicios que se prestan a las personas. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido oportunidad de abordar en varios pronunciamientos los aspectos nucleares de este tratamiento: por un lado, el de las fórmulas de gestión (indirectas) contractuales y no contractuales y sus requisitos de procedencia. Y, por otro, el de las reglas particulares aplicables a la participación de las entidades sin ánimo de lucro en su prestación. Este trabajo revisa la citada doctrina jurisprudencial, prestando especial atención al reciente pronunciamiento del TJUE de 14 de julio 2022 asunto C-436/20 caso ASADE, cuya importancia radica en consolidar algunas líneas interpretativas previas del TJUE y avanzar en la clarificación del tratamiento a estos servicios.

PALABRAS CLAVE

Concierto social; contratos públicos; entidad sin ánimo de lucro; Estado social; principio de concurrencia; operador económico.

ABSTRACT

European Union law gives special treatment to services provided to persons. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has had the opportunity to address the core aspects of this treatment in several rulings: on the one hand, that of contractual and non-contractual (indirect) management formulas and the conditions for their applicability. And, on the other hand, the particular rules applicable to the participation of non-profit entities in their provision. This paper reviews the aforementioned doctrine, paying special attention to the recent ruling of the CJEU of 14 July 2022 C-436/20 ASADE case, the importance of which lies in consolidating some previous interpretative lines of the CJEU and making progress in clarifying the treatment of these services.

KEYWORDS

Social partnership; public contracts; non-profit organisation; social state; principle of competition; economic operator.

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2021-122131OB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación y cofinanciado por la Unión Europea. El texto recoge una versión revisada de la ponencia incluida en la mesa "Novedades desde el Derecho Europeo" y que fue presentada en el XII Congreso Internacional sobre Contratación Pública (Cuenca) el 31 de enero de 2023 y da continuidad a una línea de investigación iniciada en 2016 en la que se insertan trabajos anteriores que se relacionan en la bibliografía.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. CRITERIOS ESTRUCTURALES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA. II.1. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DE LOS CONCEPTOS EUROPEOS. II.2. EL CONCEPTO DE CONTRATO PÚBLICO Y EL ELEMENTO DE LA ONEROSIDAD. II.3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LAS PERSONAS Y SU GESTIÓN POR ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO. II.4. EL CONCEPTO DE CONTRATO PÚBLICO Y LA NECESARIA EXISTENCIA DE SELECCIÓN PREVIA. III. CONTEXTUALIZACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL COMO FÓRMULA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LAS PERSONAS. IV. ANÁLISIS DE LA STJUE DE 14 DE JULIO DE 2022, CASO ASADE, ASUNTO C-436/20. IV.1. ANTECEDENTES. IV.2. ¿ES APLICABLE LA DIRECTIVA 2014/24 AL CASO ASADE? IV.3. ¿SE Oponen LOS ARTÍCULOS 74 A 77 DIRECTIVA 2014/24 A LA REGULACIÓN VALENCIANA DEL CONCIERTO SOCIAL? V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. ADENDA. VII. NORMATIVA E INFORMES CITADOS. VII.1. EUROPEA. VII.2. NACIONAL. VII.3. AUTÓNOMICA. VIII. JURISPRUDENCIA EUROPEA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

«En Europa los servicios a la persona en los ámbitos sanitario, social y educativo constituyen un importante núcleo duro del modelo social europeo. Tales servicios, que son independientes y se refuerzan recíprocamente en su eficacia, forman un “triángulo de oro” esencial para el buen funcionamiento y la calidad de la sociedad.».

Comité Económico y Social Europeo (2012)

I. INTRODUCCIÓN

El sector de los servicios es el más importante para la Unión Europea tanto en términos económicos como de empleo. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) garantiza la libre prestación de los servicios ex artículos 26 y 56 a 62. Además, como es sabido, se ha aprobado una regulación específica –Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios)— con la finalidad hacer efectiva dicha libertad, eliminando las barreras y obstáculos que restringen de forma injustificada el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios en el ámbito de la Unión Europea. La contratación pública como herramienta de mercado a través de la cual se invierten fondos públicos y se implementan políticas públicas debe respetar estrictamente las disposiciones de derecho primario (v. gr. libertad de establecimiento) así como los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y favorecer la libre competencia. No obstante, hay servicios que quedan fuera de estas reglas del juego (servicios no económicos de interés general²) y hay otros (muchos de los servicios englobados en la categoría «servicios a las personas»³) a los que estas reglas se aplican con una notable flexibilidad⁴.

De la mano de la jurisprudencia del TJUE, este trabajo aborda precisamente la cuestión de los límites del mercado y de sus modulaciones cuando se trata de la provisión de determinados servicios. Pero esta mirada (desde las formas, herramientas o medios) no debe hacernos perder de vista el ámbito material en el que nos encontramos y su finalidad. Esto es proveer servicios de calidad de carácter social, sanitario o

² Dice el considerando sexto de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE que «conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva».

³ Vid. Comunicaciones de la Comisión Europea “Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general de la Unión Europea” COM (2006) 177 final, de 24 de abril de 2006 y “Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo” COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007. De acuerdo con la primera Comunicación p. 5, los citados servicios presentan una serie de rasgos comunes: a) funcionamiento en base del principio de solidaridad; b) carácter polivalente y personalizado del servicio para proteger a las personas más vulnerables; c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las cuestiones más difíciles; d) participación de voluntarios; e) integración marcada en una tradición cultural (local); y, f) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se pueden asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requieren la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

También se alude con la expresión de «servicios a las personas» a un conjunto de servicios sociales, sanitarios y educativos. En este sentido véase, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, 13 diciembre de 2012, “Tendencias y repercusiones del futuro desarrollo del sector de los servicios a la persona en los ámbitos social, sanitario y educativo en la Unión Europea”.

⁴ Buena prueba de ello es que las Directivas de contratación establecen un régimen específico simplificado aplicable a servicios a las personas, esto es, determinados servicios sociales, sanitarios y educativos reflejo del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, véase Considerando 114 Directiva 2014/24.

educativos a personas que se encuentran muchas veces en situaciones de vulnerabilidad cuando no de franco desamparo. Es la vertiente social de nuestro Estado de Derecho que implica una responsabilidad pública en asegurar condiciones de vida dignas para todas las personas⁵. En esta tarea, las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) vienen desempeñando tradicionalmente un rol muy destacado, cooperando con el Estado en la prestación de estos servicios de solidaridad y en la implementación de políticas socioeconómicas en la UE⁶.

El Derecho debe proporcionar respuestas adecuadas y claras para favorecer la satisfacción de estos objetivos sociales. Unas reglas muy necesarias especialmente en contextos de inseguridad: crisis económica, severas restricciones presupuestarias, pandemia COVID-19 y, en fin, también por la propia redefinición del Estado en su rol de prestador a garante de servicios públicos⁷. En este sentido, hay que recordar que las vías de gestión son instrumentales al fin y que es posible que no haya una solución única aplicable de forma uniforme a todos los supuestos. Ello es así principalmente porque el objeto que aquí nos ocupa, es decir, los denominados «servicios a la persona» responde, a su vez, a realidades culturales, necesidades y situaciones muy distintas entre sí⁸ y será preciso buscar en cada caso la fórmula idónea para la adecuada provisión de los servicios de solidaridad⁹.

En este contexto, este trabajo ofrece en primer lugar, una explicación sistematizada de los criterios que ha venido definiendo el TJUE en el ámbito del mercado interior de la contratación pública y que tienen relevancia para determinar sus límites y posibles excepciones (reglas del juego). En segundo lugar, se da cuenta sucinta, a modo de panorama general, del movimiento legislativo autonómico que a partir de 2016 se ha ocupado de regular la acción concertada como una herramienta de gestión no contractual, haciendo además una breve referencia a la regulación que ofrece la LCSP en esta materia. En tercer lugar, se analiza en profundidad la STJUE del caso ASADE de 2022 y, finalmente, se añaden unas consideraciones finales.

II. CRITERIOS ESTRUCTURALES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Derecho Europeo ha irrumpido con inusitada fuerza en la configuración de la contratación pública. Hasta la fecha y en el ejercicio de su competencia relativa a mercado interior y de competencia, la Unión Europea ha aprobado de forma sucesiva cuatro paquetes de Directivas de contratación las cuales, como es sabido, han ido ampliando de forma progresiva la intensidad y extensión de la regulación. Este Derecho ha sido calificado con acierto como un «derecho pretoriano»¹⁰ (queriendo expresar con ello el proceso de asunción de las soluciones y criterios del TJUE y su codificación posterior en las Directivas europeas de

⁵ Y es que, como ha señalado certeramente Muñoz Machado (2014, p. 90) «la eliminación o reducción de las políticas sociales puede afectar directamente a la dignidad humana, que es un valor situado en el artículo 10.1, a la igualdad y a la consecución de una convivencia más justa y solidaria».

⁶ En efecto, como ha puesto de manifiesto recientemente el Parlamento Europeo (2022) las ESAL «son fundamentales para que los intereses de los ciudadanos y de la sociedad civil estén representados, también mediante la prestación de servicios en ámbitos del sector social que a menudo no son rentables, el fomento de la participación en la vida social y la defensa de los derechos de las minorías; que, además, desempeñan un papel clave a la hora de anticipar y abordar los retos socioeconómicos, así como de colmar las lagunas en materia de servicios y actividades económicas, junto con los gobiernos nacionales, regionales y locales». *Vid.* Estatuto para las asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro transfronterizas europeas Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de febrero de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un estatuto para las asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro transfronterizas europeas (2020/2026 INL).

⁷ *Vid.* Esteve Pardo (2015).

⁸ Como señala la Comunicación de 2007 citada en nota a pie de página número 4, no puede darse una respuesta (general) a priori, sino que se requiere de un análisis particular. Ello es así porque los modos de prestación de los servicios evolucionan constantemente en respuesta a los cambios económicos, sociales e institucionales, como las transformaciones en la demanda de los consumidores, el cambio tecnológico, la modernización de las administraciones públicas y la descentralización de competencias a nivel local.

⁹ Por poner solo dos ejemplos de lo que aquí se quiere subrayar puede traerse a colación la figura de la denominada *co-progettazione* incluida por el legislador italiano en el Código del Tercer Sector aprobado mediante Decreto legislativo 117/2017 y que, en un primer momento, fue considerado contrario a las normas de contratación por el Consejo de estado del citado país y respecto del cual aún existen dudas acerca de su naturaleza jurídica. *Vid.* Berrettini (2022, pp. 1-47). También véase el trabajo de Skag (2022, pp. 301-318). La autora comenta una decisión judicial que declaró que las normas de contratación pública no eran aplicables a los contratos de servicios educativos en el sentido de que no se referían a servicios económicos. Y estudia la posible extensión de esta jurisprudencia a otros servicios similares «si se tienen en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal de la AELC, un gran número de servicios sociales que las autoridades públicas noruegas han considerado hasta ahora cubiertos por las normas de contratación seguirán quedando fuera de ellas por no ser económicos. El ejemplo más llamativo son los servicios sanitarios y sociales».

¹⁰ Gimeno Feliú (2015b, pp. 81-122).

contratación¹¹). Se comprende, por tanto, el rol central que tiene el TJUE en la interpretación, pero también en la «construcción» del Derecho de los contratos públicos.

La delimitación del ámbito de aplicación de las normas de contratación ha sido, sin duda, uno de los temas estrella de la jurisprudencia europea en esta materia. En efecto, el TJUE ha ido fijando los contornos del concepto de «contrato público», así como de los sujetos que quedan sometidos en su actividad contractual a las normas armonizadas europeas. De forma muy sintética vamos a traer a colación aquí algunos de los criterios generales enunciados por el TJUE en esta materia, por su acusada incidencia en el tema que este trabajo aborda. Posteriormente recordaremos tres pronunciamientos del citado Tribunal con especial referencia al caso SODEMARE ya que la STJUE de 14 de julio 2022 asunto C-436/20 viene a confirmar el citado pronunciamiento en sus líneas principales¹².

II.1. Interpretación autónoma de los conceptos europeos

Hay que recordar que el TJUE tiene establecido que la interpretación de las normas europeas de contratación debe realizarse a la luz del Derecho europeo y no desde la óptica del Derecho nacional. De este modo, el concepto de «contrato público» es un concepto *autónomo del Derecho europeo* y, por lo mismo, debe interpretarse de forma uniforme en todo el territorio de la Unión. Ello quiere decir que la calificación que el Derecho de un Estado miembro otorgue a un determinado contrato o figura jurídica no es pertinente para determinar si ese negocio jurídico es o no un «contrato público» y tampoco, por ende, para determinar su sometimiento o no a las Directivas de contratación de 2014.

Esta consideración tiene relevancia porque en España la legislación autonómica (caso de la Comunidad Valenciana que da origen a la cuestión prejudicial que se comenta más adelante) ha calificado directamente a la acción concertada precisamente como un instrumento de naturaleza «no contractual»¹³. Pues bien, a la luz del criterio que acabamos de mencionar la calificación otorgada por el Derecho interno (*nomen iuris*) no impide al Tribunal indagar y apreciar la verdadera naturaleza de esta figura, de acuerdo con el Derecho europeo. Además, no debe olvidarse que el TJUE ha venido realizando una interpretación restrictiva de los conceptos (como podría ser el caso del «concierto social») que implican (de acuerdo con el Derecho interno) una exclusión de las normas europeas de contratación.

II.2. El concepto de contrato público y el elemento de la onerosidad

En segundo lugar, por lo que se refiere a la definición de contrato público («un contrato oneroso celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios» artículo 2.1.5 Directiva 2014/24) vamos a detenernos en la interpretación que ha venido realizando el TJUE del elemento «oneroso» incluido en la definición anterior¹⁴. Una aclaración pertinente puesto que el legislador autonómico ha asumido con frecuencia un modelo de concierto social que no incluye beneficio industrial en el pago (cuando el prestador es una entidad sin ánimo de lucro). Dicho, en otros términos, cabría preguntarse si la ausencia de beneficio industrial elimina el requisito de la onerosidad y, por lo tanto, una configuración de ese tipo nos situaría extramuros de la regulación contractual.

En líneas generales, cabe indicar que el TJUE ha establecido que la expresión «contrato oneroso» designa un contrato en virtud del cual cada una de las partes se compromete a realizar una prestación en contrapartida de otra¹⁵. Por tanto, la existencia de una relación sinalagmática¹⁶ es un elemento determinante

¹¹ Sobre la influencia de la jurisprudencia TJUE en el Derecho de la contratación pública véanse, entre otros, los trabajos de Baño León (2000, pp. 11-37); Chinchilla Marín (2011, pp. 33-79); Sánchez Morón (2011, pp. 81-101) y Cozzio (2013, pp. 89-116).

¹² *Vid.* Caranta (2022, pp. 160-161).

¹³ Véase apartado III de este trabajo donde se proporcionan algunos otros ejemplos.

¹⁴ Por su parte, hay que recordar que el legislador español regula con detalle este elemento. En su artículo 2.1 LCSP/2017 señala que son contratos públicos los contratos onerosos, entendiéndose por tales aquellos «en que el contratista obtenga *algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta*».

¹⁵ En relación con la interpretación del contrato público véase el apartado 45 de la STJUE de 18 de enero de 2007 (ECLI:EU:C:2007:31), C-220/05, caso Auroux y otros y el apartado 43 de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:985), C-51/15, caso Remondis.

¹⁶ Así, el TJUE ha declarado que no queda incluido en el concepto de «contrato público», en el sentido del artículo 2 apartado 1, punto 5 de la Directiva 2014/24, un contrato en virtud del cual un poder adjudicador no está obligado jurídicamente a realizar ninguna

para apreciar la existencia de un contrato oneroso, en el marco de la Directiva 2014/24¹⁷. Aclarado el extremo anterior, hay que determinar ahora qué se entiende por «contraprestación» o qué incluye la «contrapartida» a los efectos de esta definición. Puede afirmarse que el TJUE ha optado por una interpretación amplia de tales términos al considerar que el aludido carácter oneroso no implica necesariamente el pago de una cantidad de dinero por parte del poder adjudicador, pudiendo consistir, por ejemplo, en la mera exoneración de las cargas¹⁸ y también en el simple reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado. Esta última aclaración tiene una especial importancia porque se ha pronunciado en un supuesto similar (véase apartado III) al que ahora nos ocupa y significa en buenas cuentas que la no inclusión del beneficio (ya que únicamente se cubren costes) en la contraprestación que efectúa la Administración no elimina el carácter «oneroso» del negocio jurídico. Dicho de otro modo, a pesar de que no se ha incluido el citado beneficio, el negocio puede seguir siendo considerado un contrato público.

II.3. La prestación de servicios a las personas y su gestión por entidades sin ánimo de lucro

No cabe duda de que la prestación de los servicios a las personas (sociales, sanitarios y educativos) es un ámbito en el que los principios del mercado se flexibilizan, admiten generosas modulaciones y se definen nuevas coordenadas para la colaboración con las entidades sin ánimo de lucro. El TJUE en sucesivos pronunciamientos (destacadamente los casos Sodemare, Spezzino y Casta¹⁹) ha ido estableciendo importantes criterios interpretativos los cuales, posteriormente, han sido «codificados» mediante su inclusión en las Directivas de contratación de 2014²⁰. En todos estos casos, nos encontramos con una norma interna (nacional o regional) que establece una preferencia (en términos incluso de exclusividad) en favor de entidades sin ánimo de lucro para la atención de una residencia de ancianos, el transporte de pacientes o la prestación de servicios sociales.

En el primero de los casos antes citados, la sociedad luxemburguesa SODEMARE, S. A. impugnó una Ley regional de la Lombardía (Italia) que reservaba la prestación de servicios sociosanitarios (cuidados a

prestación como contrapartida de la prestación que la otra parte se haya obligado a realizar. Vid. Sentencia de 10 de septiembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:685), C-367/19, caso Tax-Fin-Lex d.o.o.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha subrayado este carácter al indicar que «los contratos administrativos son, por definición, contratos onerosos, y, por lo tanto, *siempre deben tener un precio o contraprestación a favor del contratista, identificable como cualquier tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida* por la realización de una determinada prestación...» (destacado nuestro). Vid. Informe 0068/2021, de 17 de diciembre de 2021.

¹⁷ Y de ahí que este elemento sea objeto de atención al analizar variados supuestos para fijar el ámbito objetivo de estas normas, es decir, al momento de determinar si distintos negocios jurídicos pueden o no considerarse «contratos públicos» a luz de las normas europeas de contratación. En un trabajo anterior me referí al caso de los Programas para el desarrollo de actuaciones integradas (contraprestación con origen en un tercero distinto del poder adjudicador) Vid. Lazo Vitoria (2012, pp. 472-478). Es el caso también de los encargos a medios propios y, en general, de las relaciones de cooperación vertical estudiadas por Vilalta Reixach (2018, pp. 285-289). En fin, Valcárcel Fernández (2022, pp. 91-134) ha estudiado recientemente el carácter oneroso como elemento de los contratos públicos en relación con la factibilidad de las ofertas a precio cero.

¹⁸ Así, en la STJUE de 12 de julio de 2001 (ECLI:EU:C:2001:401), C399/98, *Ordine degli Architetti*-, como es sabido, admitió el carácter oneroso del contrato y la calificación de «contrato público de obras» en una situación en la que el operador económico, titular de la licencia urbanística, realizaba la obra a cambio de la exoneración del pago de la contribución a las cargas de urbanización que le imponía la legislación nacional.

Téngase en cuenta que esta interpretación amplia también se ha asumido por la Comisión Europea específicamente en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril 2004. Ahí se indica que «el carácter oneroso del contrato en cuestión no implica necesariamente el pago directo de un precio por parte del socio público, sino que puede tratarse de *cualquier otra forma de contraprestación económica* que reciba el socio privado» (punto 10, destacado nuestro).

De forma más reciente, puede citarse la STJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, caso Sharengo. El origen de este caso es una concesión de servicios licitada por el Ayuntamiento de Liubliana (Eslovenia) en 2020. El objeto contractual es la creación y gestión de un servicio de alquiler y uso compartido de vehículos eléctricos, en el término municipal del citado de Ayuntamiento, debiendo el adjudicatario garantizar y gestionar la flota de vehículos eléctricos (mantenimiento preventivo y correctivo; renovación flota) así como la red de emplazamientos para acceder a los vehículos eléctricos y las respectivas instalaciones de recarga. El interés de este caso para este trabajo radica en que el Ayuntamiento de Liubliana no había contabilizado (como contraprestación) su renuncia a percibir los derechos derivados de las plazas de estacionamiento que se destinan a la concesión (vehículos eléctricos compartidos) y tampoco el coste, asumido por el ente local, relativo al mantenimiento periódico de las plazas de estacionamiento puestas a disposición del operador económico.

¹⁹ Véase SSTJUE de 17 de junio de 1997 (ECLI:EU:C:1997:301), C-70/95, caso SODEMARE; 28 de enero de 2016 (ECLI:EU:C:2016:56), C-50/14, caso CASTA. Sobre esta jurisprudencia véanse los trabajos de Gimeno Feliú (2015a; 2016).

²⁰ Cfr. con lo dispuesto en las Directivas europeas de contratación, en particular, con los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24; artículos 91 a 94 de la Directiva 2014/25 y artículo 19 de la Directiva 2014/23. En el epígrafe siguiente se añade un breve comentario sobre el sentido de estas disposiciones europeas y el modo en el que se procedió a su transposición al Derecho interno español.

ancianos impedidos que no pueden ser atendidos en domicilio) a entidades sin ánimo de lucro²¹. El órgano jurisdiccional remitente pidió que se dilucidara si el Tratado se opone a que un Estado miembro permita únicamente a operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.

El Tribunal razonó indicando que el sistema italiano de seguridad social se basa en el principio de solidaridad lo que significa que está destinado prioritariamente a la asistencia de quienes se encuentran en un estado de necesidad, debido a la insuficiencia de ingresos familiares, a la falta total o parcial de autonomía. Y seguidamente señaló que en el marco del Derecho europeo un Estado miembro puede regular su sistema de Seguridad Social de modo que para alcanzar sus objetivos «la admisión en dicho sistema de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo». Y de ahí que la respuesta del TJUE fue que los artículos 52 y 58 del Tratado CE:

«no se oponen a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario».

En el caso *Spezzino*, una normativa regional italiana (Ley de Liguria sobre reorganización de servicios de salud) estableció una preferencia en favor de organizaciones de voluntariado en la prestación indirecta de servicios de transporte sanitario y una compensación que no exceda los costes soportados. En este caso, el Tribunal junto con reiterar la libertad de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad social, señala que el legislador italiano ha organizado la prestación del citado servicio inspirándose en los principios de «universalidad, solidaridad y eficiencia económica». Y ello tiene especial significación porque «el recurso prioritario a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio persigue especialmente garantizar que ese servicio se preste en condiciones de equilibrio económico en el plano presupuestario» (Considerando 53).

En fin, en la Sentencia del caso CASTA, el TJUE vuelve a pronunciarse sobre un supuesto similar, es decir, sobre la preferencia en favor de asociaciones de voluntariado en la prestación de servicios de transporte sanitario. Y lo hace en la misma línea del caso *Spezzino* antes indicado, es decir, validando la citada preferencia a condición de que «el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de estos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria» (Considerando 67).

II.4. El concepto de contrato público y la necesaria existencia de selección previa

Otro de los criterios que emplea el TJUE para identificar un contrato público a los efectos de las Directivas europeas es la necesaria existencia de una selección previa (elección de la mejor oferta, procedimientos y criterios de adjudicación). Este requisito aparece enunciado de forma «negativa» en el Considerando 114 de la Directiva 2014/24 cuando afirma que los Estados miembros y los poderes adjudicadores:

«siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios [servicios a las personas] u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencia o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.»²².

²¹ La sociedad SODEMARE había constituido varias sociedades con ánimo de lucro para explotar residencias de ancianos en Italia.

²² El citado considerando ha sido recogido en la LCSP al declarar excluida de su ámbito de aplicación precisamente la «prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice *sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas*, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación» artículo 11.6 (destacado nuestro).

El criterio que luce en el supra citado Considerando de la Directiva 2014/24 ha sido aplicado por el TJUE en sus sentencias de 2 de julio de 2016, C-410/14, asunto Falk Pharma y de 1 de marzo de 2018 ECLI:EU:C:2018:142, C-9/17, asunto Tirkonnen²³. En este último pronunciamiento se lee lo siguiente:

«El Tribunal ya ha hecho hincapié en que la elección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario– es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos que se establece mediante la referida Directiva y, por consiguiente, al concepto de “contrato público” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de ésta. a, C410/14, EU:C:2016:399, apartado 38).

De ello resulta que la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad de delimitar mediante las normas precisas de la Directiva 2004/18 la acción de dicho poder adjudicador impidiéndole adjudicar un contrato de modo que favorezca a los operadores nacionales (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2016, Falk Pharma, C410/14, EU:C:2016:399, apartado 37).

Por tanto, en el caso de autos, es preciso determinar si la Agencia eligió una oferta de entre todas las que cumplían los requisitos que había establecido en la convocatoria de licitación» (Considerandos 30, 31 y 32).

En resumen, no hay contrato si el poder adjudicador no pretende elegir uno entre varios (que es lo característico de los procedimientos concursionales, para cuya operatividad se establecen los criterios de adjudicación²⁴) y tampoco imponer cuotas. Cuando ello tiene lugar, es decir, cuando se permite la participación de todos los prestadores de servicios (siempre que cumplan los requisitos preestablecidos para cada caso) no es exigible el cumplimiento de la normativa contractual simplemente porque, como se ha dicho, no hay contrato.

III. CONTEXTUALIZACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL COMO FÓRMULA INDIRECTA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LAS PERSONAS

A partir de 2016 asistimos a un renacimiento de la figura del concierto como una alternativa a las fórmulas de gestión contractual de la LCSP²⁵. En efecto, los «conciertos sociales» también denominados «acuerdos de acción concertada» aparecen definidos en la legislación autonómica como instrumentos no contractuales para la prestación de servicios sociales, sanitarios y, en algunos casos, también educativos. Dicha calificación, así como las reglas que conforman el régimen jurídico de esta figura se recogen en las normas autonómicas de servicios sociales, aunque también encontramos algunas referencias en la legislación estatal y autonómica relativa al tercer sector²⁶. Aragón ha sido una de las primeras Comunidades Autónomas en aprobar una normativa específica: la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de la Comunidad Autónoma de Aragón. El citado texto legal define para su propio ámbito territorial los acuerdos de acción concertada como:

²³ Sobre la doctrina de estas sentencias en relación con la acción concertada véase por todos, el trabajo de Domínguez Martín y Chinchilla Peinado (2019, p. 188). La alternativa no contractual que aquí se comenta se ha reconocido en la sentencia Falk Pharma específicamente para la adquisición de medicamentos Véase García Álvarez (2022, pp. 14-16). La revisión de la experiencia alemana en la adquisición de productos farmacéuticos bajo esta fórmula en el completo trabajo de Díez Sastre (2021, pp. 5-23).

²⁴ La idea de la exclusividad (elegir uno entre varios) aparece con fuerza en la Sentencia Falk Pharma, donde el TJUE subraya que no existe un contrato público porque no se produce una decisión de selección de un operador frente a otro.

²⁵ Para una primera revisión de las fórmulas de colaboración público privadas tras la aprobación de las Directivas europeas de contratación de cuarta generación véanse los trabajos de Gimeno Feliú (2015a) y de Lazo Vitoria (2016). Ambos trabajos se encuentran disponibles en la sección opiniones del Observatorio de Contratación Pública www.obcp.es

En la legislación contractual precedente el «concierto» estaba incluido como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos el cual, como es sabido, fue suprimido por la LCSP. Y, por su parte, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 lo incluye entre las fórmulas indirectas de gestión de servicios de competencia de las Corporaciones Locales.

²⁶ Así, por ejemplo, la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, establece que el Gobierno aprobará un programa de impulso de las entidades del Tercer Sector de Acción Social incluyendo entre otras medidas «la potenciación de los mecanismos de colaboración entre la Administración General del Estado y las entidades del Tercer Sector de Acción Social, para el desarrollo de programas de inclusión social de personas o grupos vulnerables en riesgo de exclusión social y de atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia, con especial atención al uso de los conciertos y convenios» (artículo 7. f). Para el ámbito autonómico, véase la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector de Castilla-La Mancha.

«...instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, con las garantías de no discriminación, transparencia y eficiencia en la utilización de fondos públicos, que atienden a la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental, a través de los cuales las Administraciones competentes podrán organizar la prestación a las personas de servicios de carácter social o sanitario cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, al producirse una mejor prestación conforme a los datos objetivos, ajustándose al procedimiento y requisitos previstos en esta Ley y en la normativa sectorial que resulte de aplicación...» (artículo 3, destacado nuestro).

La última manifestación de este interesante movimiento legislativo autonómico es la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios sociales de la Comunidad de Madrid que incluye por primera vez una regulación legal de los conciertos sociales también como un instrumento no contractual de servicios sociales y, al parecer reservado a entidades sin ánimo de lucro²⁷.

La separación más o menos nítida entre fórmulas contractuales y no contractuales se dibuja con claridad en la legislación española posterior a las Directivas de contratación de 2014, es decir, en la LCSP de 2017 y especialmente en la legislación autonómica *supra* referida, que comienza a aprobarse a partir de 2016²⁸. Por entonces, el legislador europeo había previsto un enfoque mucho más flexible para la contratación de servicios a las personas que el aplicable al resto de servicios, junto con la previsión expresa de la vía no contractual (Considerando 114 Directiva 24/2014). Dicho nuevo enfoque es bien visible en el reenvío directo a la regulación nacional que luce en el artículo 76 de la Directiva 2014/24 para la definición de los aspectos procedimentales y de los criterios de adjudicación idóneos para la prestación de servicios sociales, sanitarios y educativos²⁹.

En mi parecer, el impulso de la legislación autonómica (basada en el título competencial de servicios sociales) se debe a un cúmulo de circunstancias entre las que se encuentra la tardanza del legislador nacional en trasponer las Directivas de contratación. Con posterioridad, también se explica por el uso tan «tímido» que la LCSP realiza de la enorme habilitación que ofrece el artículo 76 Directiva 2014/24. Estoy convencida de que una regulación contractual más amplia y adecuada para la prestación de estos servicios (incluido el reconocimiento del rol tan importante de las entidades sin ánimo de lucro) hubiese permitido un ajuste mejor con las fórmulas concertadas desarrolladas por las Comunidades Autónomas³⁰. Más allá de estos aspectos de orden coyuntural, lo cierto es que la legislación autonómica de servicios sociales (de segunda generación) representa, con algunas reservas, una vuelta a un modelo anterior. Es decir, una fórmula de colaboración más o menos *estable* de la Administración Pública con entidades privadas con clara preferencia de las entidades sin ánimo de lucro para la prestación de servicios sociales y sanitarios principalmente³¹. Y es que otras alternativas de financiación (caso de la subvención, utilizada ampliamente en el iterin en la mayor parte de CC.AA) no termina de calzar bien en este ámbito (periodicidad normalmente anual, incerteza, cobertura de costes parciales, inestabilidad de personal a cargo de la prestación de servicios a las personas). El concierto, en cambio, permite alcanzar de mejor forma los objetivos que se persiguen estableciendo, como señala el legislador Navarro, «un modelo de relación más estable y garantista» que el proporcionado por la subvención u otras vías de financiación³².

²⁷ Un primer comentario a esta regulación en Lazo Vitoria (2022). Decimos, al parecer, porque la citada Ley apenas proporciona algunas pinceladas del régimen jurídico del concierto social pero al referirse a su financiación establece explícitamente el beneficio industrial en su artículo 76.3 a cuyo tenor «los módulos económicos retribuirán como máximo, los costes fijos y variables de las prestaciones, así como los costes indirectos en que se pueda incurrir garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial».

²⁸ Esta fecha no es baladí porque se corresponde con la de la finalización del plazo de transposición de las Directivas europeas de contratación, cuyo texto proporciona un marco amplio para la prestación contractual y no contractual de este tipo de servicios.

²⁹ Para el análisis de este nuevo esquema *vid.* Gimeno Feliú (2018, pp. 12-65); Garrido Juncal (2017, pp. 84-100); Serrano Chamizo (2017); Manent Alonso y Tenhaeff Lackschewitz (2018, pp. 185-222); Bernal Blay (2018, pp. 2841-2874); Gimeno Feliú (2019); Domínguez Martín (2019); Lazo Vitoria (2019); Darnacullela i Gardella (2021).

³⁰ Y digo esto porque estas fórmulas de colaboración público privado pueden compartir perfectamente objeto y umbral económico. Por no mencionar el hecho de que previsiblemente serán «adjudicadas» por un sujeto perteneciente al sector público que tendrá normalmente el carácter de poder adjudicador (dada la naturaleza de los servicios que aquí nos ocupa).

³¹ Esta preferencia por las entidades sin ánimo de lucro se plasma en la legislación sectorial desde antiguo. Véase, por ejemplo, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que indica que «a los efectos de establecimientos de conciertos, las Administraciones Públicas *darán prioridad*, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo».

³² *Vid.* Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales en cuyo Preámbulo se afirma que «Más allá de una fórmula de gestión alternativa, lo que esta ley foral establece es una forma de relación entre las Administraciones Públicas y las entidades de iniciativa social que no es estrictamente nueva porque se había regulado ya en

IV. ANÁLISIS DE LA STJUE DE 14 DE JULIO DE 2022, CASO ASADE, ASUNTO C-436/20

El asunto C-436/20 nos proporciona una excelente oportunidad para estudiar los parámetros utilizados por el TJUE en la determinación de las vías de gestión indirecta de los servicios a la persona y su conformidad con el Derecho Europeo³³. Veamos en primer lugar, los antecedentes generales del caso y los términos de la cuestión prejudicial planteada en 2020 por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

IV.1. Antecedentes

Hay que recordar que la Comunidad Valenciana en línea con lo acaecido en otras Comunidades Autónomas modificó su legislación de servicios sociales en 2016 mediante la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, con la finalidad de delimitar el régimen jurídico de la acción concertada³⁴. Además, y de forma prácticamente inmediata aprobó el desarrollo reglamentario de este nuevo marco normativo a través del Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana por entidades de iniciativa social (en adelante, Decreto 181/2017). Con posterioridad, se aprueba una nueva legislación en esta materia, la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana, que recoge sistematizadamente los cambios anteriores y mantiene las reglas aprobadas en 2016 para la acción concertada.

La Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) impugnó la regulación valenciana por considerarla contraria al Derecho de la Unión Europea³⁵. ASADE estima que ello tiene lugar porque se excluyen a las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de prestar determinados servicios sociales de asistencia a las personas en el marco de la acción concertada, en circunstancias que se permite concertar a cualquier entidad sin ánimo de lucro y no solo a las organizaciones de voluntariado³⁶. En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE las tres cuestiones prejudiciales que dan origen a la sentencia que se comenta en este apartado. Mediante las dos primeras (en las que centraremos nuestra atención) se pregunta al Tribunal si el Derecho Europeo se opone a una regulación como la valenciana, mientras que la tercera pone sobre la mesa la validez de los requisitos de arraigo territorial que suelen incluirse en la prestación de estos servicios. Para una mejor comprensión, reproducimos seguidamente el texto de las dos primeras:

«1. El artículo 49 TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo 14) de la Directiva 2014/24 ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro –no solo asociaciones de voluntariado– para la prestación de toda suerte de servicios sociales a las personas a cambio del reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en dicha Directiva y sea cual fuere el valor estimado; ello así simplemente ¿mediante la previa calificación de dichas figuras como no contractuales?»

la Ley Foral 20/1985, de 25 de octubre, de conciertos en materia de servicios sociales, pero que se había perdido en un proceso de mercantilización de la gestión indirecta de los servicios públicos en este ámbito. En este sentido, los conciertos sociales pretenden ser también una alternativa a las subvenciones u otras formas de financiación, ofreciendo a las entidades sociales un modelo de relación más estable y más garantista en torno a servicios y programas que ahora vienen desarrollando por esta vía o a través de otras fórmulas de financiación».

³³ Véase un resumen y una primera valoración de esta Sentencia en las aportaciones de Hernández González (2022) relativa a la legalidad del decreto de la Comunitat Valenciana N.º 181/2017, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en: Observatorio de Contratación Pública www.obcp.es 19 de julio de 2022; y de Domínguez Martín (2022). Para seguir el caso ASADE es muy útil esta última publicación porque incluye enlaces a otros dos trabajos anteriores en los cuales la autora comenta: a) la situación de la acción concertada en Valencia y b) las Conclusiones de la Abogada General del TJUE de 3 de febrero de 2022. Más recientemente, véase también el trabajo de Leñero (2022, pp. 185-189).

³⁴ La citada Ley 13/2016 modificó la entonces vigente Ley 5/1997, de 25 de julio, por la que se regula el sistema de servicios sociales introduciendo un nuevo artículo 44 bis, modificando otros dos preceptos (artículos 53 y 56.2) así como el Título VI de la Ley 5/1997.

³⁵ Téngase en cuenta que está pendiente de resolución ante el TJUE una segunda cuestión prejudicial también instada por ASADE en términos prácticamente idénticos a la que aquí se comenta y referida, en este caso, a la legislación aragonesa de acción concertada, véase asunto C- 676/20.

³⁶ En concreto, ASADE impugnó ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana el Decreto 181/2017 que desarrolla varios preceptos de la Ley 5/1997 (tras la reforma de 2016) por ser contrario al Derecho de la Unión Europea.

2. Para el caso de que la respuesta fuera negativa y, por consiguiente, sí fuera posible: ¿deben interpretarse el artículo 49 del TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo 14) de la Directiva 2014/24 en el sentido de que permiten a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro (no solo organizaciones de voluntariado) para la prestación de toda suerte de servicios sociales a las personas a cambio del reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva y sea cual fuera el valor estimado, simplemente previa calificación de dichas figuras como no contractuales, cuando además dicha normativa nacional no recoge explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Directiva, sino que remite a un ulterior desarrollo reglamentario sin incluir expresamente entre las pautas que deberá seguir ese desarrollo reglamentario que el mismo recoja explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la repetida Directiva?».

Como puede apreciarse estas dos primeras cuestiones plantean prácticamente los mismos interrogantes y de ahí que el TJUE las resuelva de forma conjunta³⁷. Sin embargo, hay que advertir previamente que el análisis se circunscribe exclusivamente a los artículos *supra* citados de la Directiva 2014/24 y no se extiende, en cambio, a los artículos 49 y 56 TFUE y 15.2 Directiva 2006/123 (cuya interpretación también se solicitaba) al declararse inadmisibles para esas normas las cuestiones planteadas. Y ya podemos adelantar que la respuesta a la que llega el Tribunal es que los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24 no se oponen a una normativa nacional como la impugnada. En su parte resolutive, la sentencia del STJUE declara que:

«Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en el artículo 75 de la mencionada Directiva».

Para llegar a la resolución *supra* transcrita el Tribunal analiza sucesivamente los elementos que deben concurrir para afirmar la naturaleza contractual o no de los acuerdos de acción concertada regulados por la legislación valenciana. Una vez despejado dicho interrogante, el TJUE aborda seguidamente la posible infracción a la igualdad de trato derivada de la concertación únicamente con entidades sin fines de lucro.

IV.2. ¿Es aplicable la Directiva 2014/24 al caso ASADE?

El TJUE se pregunta si es aplicable la Directiva 2014/24 al caso ASADE o, lo que es igual, si los acuerdos de acción concertada pueden considerarse contratos públicos en el sentido de la citada Directiva. Y la respuesta que proporciona el Tribunal es que «al parecer» sí lo estarían «al menos parcialmente» (Considerando 71). Revisemos el razonamiento que conduce a esta conclusión.

En primer término, como viene siendo habitual, se descarta cualquier influencia del *nomen iuris* otorgado por la legislación nacional para calificar un negocio como contrato o, en su caso para descartar dicha calificación. Dice la sentencia que «la calificación que el Derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia» y que, por tanto, «la precisión que figura en el artículo 62, apartado 1, de la Ley 5/1997, según la cual tales acuerdos constituyen “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual”, no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24». (Apartados 55 in fine y 56). Siendo ello así, debe determinarse seguidamente si los acuerdos de acción concertada (a pesar de lo que dice la legislación nacional) estarían o no sometidos a la Directiva 2014/24 (contratos públicos de servicios ex artículo 2.1.9).

³⁷ La segunda es una reiteración con el añadido de la alegación consistente en que la regulación valenciana «no recoge explícitamente» los requisitos del artículo 77 Directiva 2014/24, remitiéndose a un posterior desarrollo reglamentario.

En segundo término, la determinación de la aplicación de la Directiva 2014/24 descansa en varios elementos siendo el de la naturaleza de los servicios la primera en ser valorada en la sentencia. Dice a este respecto el TJUE que el concepto de «servicios» a los que se refiere el artículo 2.1.9 Directiva 2014/24 «debe interpretarse a luz de la libertad de prestación de servicios establecida en el artículo 56 TFUE, cuyo ámbito de aplicación se limita a las *actividades económicas*» (Fundamento 59, destacado nuestro). Ello significa, aclara seguidamente, que los servicios se prestan a cambio de una retribución y que la «característica esencial» de la retribución es ser la «contrapartida económica» del servicio (Fundamentos 59 y 60). Refuerza esta conclusión, afirma el TJUE, que el considerando sexto de la Directiva 2014/24 declare que «solo las actividades económicas... pueden, por tanto, ser objeto de un contrato público de servicios». Ahora bien, hay que recordar esa «contrapartida económica» puede incluso consistir únicamente en un reembolso de los costes que ha soportado la entidad que presta el servicio. Dice a ese respecto el Tribunal que «un contrato no puede quedar excluido del concepto de ‘contrato público de servicios’ por el solo hecho de que, como parece ocurrir en el caso de autos, la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del del servicio».

Siendo ello así, en tercer lugar, procede determinar si los servicios objeto de una acción concertada tienen o no carácter económico, esto es, si pueden considerarse actividades económicas. Para ello, el TJUE deduce que al menos algunos de los servicios incluidos en la legislación valenciana están comprendidos en el anexo XIV de la Directiva 2014/24³⁸. Decimos «deduce» porque en la cuestión prejudicial no se adjuntó un listado de los servicios en liza, ausencia que, en opinión del Tribunal, «por lamentable que sea» no le impide avanzar en la interpretación de la Directiva 2014/24³⁹. Otra razón que también se tiene en cuenta es que, en opinión del TJUE y en aplicación de su propia doctrina⁴⁰, la presencia de una entidad sin ánimo de lucro «no excluye que dicha entidad pueda ejercer una actividad económica, en el sentido de la Directiva 2014/24, de modo que tal circunstancia carece de pertinencia a efectos de la aplicación de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos...» (Apartado 62). Dicho de otro modo, porque no otra cosa se deduce de lo que afirma el TJUE: una entidad sin ánimo de lucro puede realizar actividades económicas en el sentido de la Directiva de contratación. Por lo tanto, habría que concluir que el hecho de que la legislación valenciana establezca que únicamente puede concertarse con entidades sin ánimo de lucro no excluye *per se* la aplicación de la legislación de contratos.

El último elemento que analiza el TJUE es el de la existencia de una selección entre las entidades que hayan manifestado participar en la respectiva convocatoria del concierto social. Afirma el Tribunal que de las respuestas de ASADE, del Gobierno español y de la demandada en el litigio principal a las preguntas que les ha planteado «se desprende que la atribución de un acuerdo de acción concertada viene precedida, en la práctica, por una selección entre las entidades privadas sin ánimo de lucro que hayan manifestado su interés en prestar los servicios sociales...» añadiendo seguidamente que «extremos que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente» (Apartado 69 in fine). Este aspecto es importante porque a la luz de la doctrina del TJUE (véase apartado II epígrafe 4 de este trabajo) y de los indicado en los Considerandos 4 y 114 de la Directiva 2014/24, cuando el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y a designar a un adjudicatario (exclusividad), dichos negocios no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación.

³⁸ Es útil recordar que esta nueva ordenación de los servicios es una de las novedades introducidas por las Directivas de contratación de cuarta generación. En efecto, en la legislación precedente (me refiero a la derogada Directiva 2004/18) el contrato de servicios incluía una referencia explícita al entonces Anexo II de la citada Directiva de 2004: «son contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los *servicios a los que se refiere el Anexo II*». Este Anexo II contenía 27 categorías de servicios que se reunían, a su vez, en dos grupos A y B, cuya importancia radicaba en el distinto grado de sometimiento a la normativa europea. Los del grupo A (también conocidos como «servicios prioritarios») se sometían plenamente a la Directiva europea, en cambio los del grupo B («servicios no prioritarios») sólo les resultaban de aplicación las normas armonizadas relativas a las especificaciones técnicas y de publicidad (envío de anuncio con resultados del procedimiento de adjudicación). En la actualidad, el contrato de servicios ya no se define por referencia a ningún anexo y la incorporación del anexo XIV en la Directiva 2014/24 tiene por finalidad singularizar algunos servicios que el legislador denomina «servicios sociales y otros servicios específicos» que incluyen un régimen de licitación bastante más simplificado que el aplicable al resto de servicios.

³⁹ Ello es así porque, según se afirma «de los autos de que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que una parte al menos de los servicios sociales de asistencia a las personas que pueden ser objeto de un acuerdo de acción concertada están comprendidos en el ámbito de los servicios enumerados en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24» (A. 73).

⁴⁰ Vid. SSTJUE de 19 de junio de 2014, ECLI:EU:C:2014:2004, Centro Hospital de Setúbal y SUCH, C-574/12 (apartado 33); y de 28 de enero de 2016, CASTA y otros, C-50/14 (apartado 52).

IV.3. ¿Se oponen los artículos 74 a 77 Directiva 2014/24 a la regulación valenciana del concierto social?

En resumen, en base a los elementos anteriores (actividad económica, concepto de retribución, participación de entidades sin fines de lucro y selección de participantes) el TJUE entiende que hay base suficiente para valorar si los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24 se oponen o no al diseño valenciano del concierto social. Y aquí, como se ha señalado más arriba, la respuesta del Tribunal es que no habría tal oposición, en los términos indicados en el fallo de esta sentencia. Hay que detenerse siquiera un momento en subrayar la peculiar interpretación que a este respecto realiza el TJUE del citado artículo 77 y la curiosa forma en que evita una eventual contradicción con la legislación regional. Ello es así porque a pesar de constatar que las entidades sin ánimo de lucro incluidas en la regulación valenciana no cumplen las condiciones de la citada norma estima, sin embargo, que no hay infracción al Derecho Europeo. Dice el Tribunal que.

«la luz de las particularidades del régimen jurídico que se establece en los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24, no puede considerarse que el artículo 77 de esta cubra de manera exhaustiva, los supuestos en los que los contratos públicos que tengan por objeto la prestación de un servicio contemplado en el anexo XIV de dicha Directiva puedan reservarse a determinadas categorías de operadores económicos».

Lo que es tanto como decir que los requisitos enunciados en el tantas veces citado artículo 77 no son obligatorios porque, como ha sucedido en este caso, permiten albergar supuestos más allá de su delimitación subjetiva⁴¹.

En este contexto El TJUE considera que la reserva exclusivamente en favor de entidades sin ánimo de lucro «constituye una diferencia de trato entre los operadores económicos contraria al principio de igualdad, salvo que tal diferencia esté justificada por razones objetivas». Y aquí, el TJUE cita expresamente la doctrina de los muy conocidos casos *Sodemare*, *Spezzino* y *Casta*, afirmando que.

«el recurso a las entidades privadas puede estar motivado tanto por los principios de universalidad y de solidaridad, propios de un sistema asistencia social, como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que esos servicios de interés general sean prestados en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario, por entidades constituidas esencialmente para servir al interés general y cuyas decisiones, no se guían, como señala el Gobierno español, por consideraciones puramente comerciales».

Es ahí, por tanto, donde el TJUE encuentra las razones objetivas que le permiten justificar el diseño realizado por el legislador valenciano en favor de las entidades sin ánimo de lucro.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El Derecho de la Unión Europea admite un cierto grado de flexibilidad (por ejemplo, derogaciones justificadas al principio de igualdad de trato, fijación de límites a la libre competencia) siempre que ello se estime necesario para satisfacer objetivos de interés general. En particular, se ha observado que las reglas de mercado se modulan en ámbitos vinculados al principio de solidaridad como es el caso de la prestación de los denominados servicios a las personas.

El TJUE ha venido declarando válido el recurso a las entidades sin ánimo de lucro basado en aspectos competenciales o la enunciación de razones objetivas (v. gr. eficiencia presupuestaria). Es así como los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como la libre competencia ceden en supuestos relacionados con residencias de ancianos, transporte sanitario y, en general, en la prestación de servicios sociales y sanitarios.

⁴¹ En contraste, la Abogada General L. Medina había sostenido una interpretación distinta (más estricta y literal) en sus Conclusiones Generales en relación con el artículo 77 de la Directiva 2014/24 (Apartado 108) al indicar que «si bien parece posible que algunos de los servicios mencionados en el anexo del Decreto 181/2017 estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 77, en mi parecer es palmario que *ni las entidades ni los acuerdos de acción concertada cumplen con las condiciones del artículo 77, apartados 2 y 3, de la Directiva 2014/24*» (destacado nuestro).

Las Directivas de contratación recogen algunas «derogaciones» o regímenes especiales⁴² pero parecen dibujar un ámbito más restrictivo que la jurisprudencia del TJUE que los inspira. No obstante, se ha advertido que en la STJUE C-436/20, caso ASADE el Tribunal ha realizado una interpretación muy generosa del artículo 77 Directiva 2014/24, permitiendo albergar derogaciones más profundas de lo que se deduce de su tenor literal. El TJUE corrige el trazo y difumina los requisitos exigidos por el legislador.

La aplicación del test de verificación de la existencia de un contrato (más allá del nomen iuris que no vincula en absoluto al TJUE en su interpretación del Derecho europeo) comprende los siguientes aspectos: a) el carácter oneroso del negocio, b) el tipo de servicios en liza; y, c) la existencia o no de selección por parte de la Administración Pública.

Por lo que se refiere al tipo de servicios, el Tribunal se ha mostrado poco clarificador en el caso ASADE. Probablemente para «evitar cerrar las puertas a futuras interpretaciones» en un ámbito caracterizado por tantas singularidades nacionales como el de los servicios a las personas⁴³. La verificación del último requisito (existencia de procesos de selección) se «difiere» por el TJUE a la comprobación del juez nacional. Sin duda, este es un aspecto clave para la configuración de la legislación autonómica. Ello es así porque si hay selección («adjudicación») de un operador económico (exclusividad), no es exigible el cumplimiento de las normas de contratación, por no existir contrato⁴⁴. Señalado este aspecto por el TJUE en los casos supra referidos (véase apartado 1.4) habría que ver las posibilidades reales (articulación práctica) de poner en marcha este tipo de sistemas, en el marco autonómico de prestación de estos servicios.

Cualquiera que sea el rumbo posterior de esta cuestión, interesa destacar que el debate acerca los medios no debe hacer perder el norte de este tema. Esto es, elegir en cada caso el camino idóneo para satisfacer con calidad y dignidad las necesidades de las personas.

VI. ADENDA

Estando el presente trabajo en vías de publicación se ha hecho público el Auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (conocido como ASADE II) mediante el cual se resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Damos cuenta brevemente de este Auto cuyo contenido es en buena parte coincidente con la STJUE de 14 de julio de 2022 (ASADE I), antes analizada⁴⁵. En el Auto de 2023 se impugna por la misma asociación (ASADE) una regulación autonómica (Aragón) relativa a fórmulas no contractuales de prestación de servicios sanitarios y sociales y reservada a entidades sin ánimo de lucro (acuerdos de acción concertada). Aquí reitera el TJUE que la exclusión de las entidades con ánimo de lucro no es contraria al principio de igualdad «siempre y cuando dicha exclusión contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema» (Apartado 51⁴⁶). Y, por tanto, resuelve señalando que los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24 no se oponen a la legislación en liza siempre y cuando, claro está se cumpla la finalidad social y los objetivos antes indicados.

⁴² Caso de los artículos 20, 74 a 77 Directiva 2014/24.

⁴³ Expresión que tomo prestada de la intervención del profesor Juan Francisco Mestre Delgado en la segunda sesión del Seminario «Concertando: Fórmulas de gestión de servicios a las personas» sobre el análisis y las repercusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022. Caso C-436/20, Asunto ASADE. Este seminario tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, el 23 de febrero de 2023.

⁴⁴ Y es que como ha señalado con contundencia García Álvarez (2022, p. 11): «las Comunidades Autónomas pueden organizar sus servicios al margen de la LCSP, acudiendo a mecanismos como la subvención o el concierto, siempre que en este último caso no tenga carácter selectivo o limitativo, sino que esté abierto a todos los prestadores que cumplan requisitos objetivos, transparentes y no discriminatorios».

⁴⁵ De hecho, tras la sentencia ASADE I, el TJUE preguntó al Tribunal de Aragón (órgano jurisdiccional remitente) si deseaba mantener o no la cuestión planteada, habida cuenta de la estrecha relación entre ambas cuestiones. Finalmente, se decidió mantener solo dos de las cinco cuestiones prejudiciales planteadas.

⁴⁶ Nótese el enfoque global que asume el TJUE relativo a la eficiencia presupuestaria como justificación del modelo del concierto social. A este respecto aclara que dicha exclusión (la de las entidades sin ánimo de lucro) no contraviene el Derecho de la Unión «solo porque un procedimiento de adjudicación en el que hubieran podido participar habría podido eventualmente permitir la prestación del mismo servicio de ayuda a las personas con un menor coste para el poder adjudicador». Por el contrario, el TJUE afirma que la eficiencia presupuestaria «debe valorarse a la luz de las particularidades inherentes a esa prestación, relativas a la necesidad de garantizar que la exclusión de las entidades con ánimo de lucro contribuya efectivamente a la finalidad social y a los objetivos de solidaridad perseguidos por ese poder adjudicador» (Apartado 52).

VII. NORMATIVA E INFORMES CITADOS

VII.1. Europea

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 94, de 28 de marzo de 2014, pp. 65-242. <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno” – Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo {COM (2007) 724 final} {SEC (2007) 1514} {SEC (2007) 1515} {SEC (2007) 1516} COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52007DC0725>

Comunicación de la Comisión – Aplicación del programa comunitario de Lisboa – Servicios sociales de interés general en la Unión Europea {SEC (2006) 516} COM/2006/0177 final, de 24 de abril de 2006. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52006DC0177>

Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327 final, de 30 de abril 2004. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>

VII.2. Nacional

Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social. Boletín Oficial del Estado núm. 243, de 10 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/09/43/con>

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado núm. 102, de 29 de abril de 1986. <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado núm. 0068/2021, de 17 de diciembre de 2021. Expediente 68/21. Acumulación de clasificaciones. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/dgpatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2021/2021-068sumacat1obras.pdf>

VII.3. Autonómica

Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios sociales de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 304, de 22 de diciembre de 2022, pp. 145-195. http://www.madrid.org/wleg_pub/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=13044

Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector de Castilla-La Mancha. Boletín Oficial del Estado núm. 106, de 16 de abril de 2020, pp. 29027-29036. <https://www.boe.es/eli/es-cm/l/2020/02/03/1>

Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales. Boletín Oficial de Navarra núm. 231, de 30 de noviembre de 2017, Boletín Oficial del Estado núm. 310, de 22 de diciembre de 2017. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-15290-consolidado.pdf>

Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de la Comunidad Autónoma de Aragón. Boletín Oficial de Aragón núm. 243, de 20 de diciembre de 2016, Boletín Oficial del Estado núm. 14, de 17 de enero de 2017. <https://www.boe.es/eli/es-ar/l/2016/12/15/11/con>

Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana, que recoge sistematizadamente los cambios anteriores y mantiene las reglas aprobadas en 2016 para la acción concertada. Diari Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 8491, de 21 de febrero de 2019, Boletín Oficial del Estado núm. 61, de 12 de marzo de 2019, pp. 23249-23349. <https://www.boe.es/eli/es-vc/l/2019/02/18/3>

Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat. Diari Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 7948, de 31 de diciembre de 2016, Boletín Oficial del Estado núm. 34, de 09 de febrero de 2017, pp. 8694-8813. <https://www.boe.es/eli/es-vc/l/2016/12/29/13>

Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social. Diari Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 8197, de 23 de diciembre de 2017, pp. 48245-48266. https://dogv.gva.es/datos/2017/12/23/pdf/2017_11941.pdf

VIII. JURISPRUDENCIA EUROPEA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, Asunto C-436/20, Caso ASADE. ECLI:EU:C:2022:559.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2020, Asunto C-367/19, Caso Tax-Fin-Lex d.o.o. ECLI:EU:C:2020:685.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2018, Asunto C-9/17, Caso Tirkkonen. ECLI:EU:C:2018:142.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016, Asunto C-50/14, Caso Casta. ECLI:EU:C:2016:56.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de julio de 2016, Asunto C-410/14, Caso Falk Pharma. ECLI:EU:C:2016:399.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, Asunto C-51/15, Caso Remondis. ECLI:EU:C:2016:985.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2014, Asunto C-574/12, Caso Centro Hospital de Setúbal y SUCH. ECLI:EU:C:2014:2004.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05, Caso Auroux y otros. ECLI:EU:C:2007:31.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98, Caso Ordine degli Architetti. ECLI:EU:C:2001:401.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1997, Asunto C-70/95, Caso So-demare SA. ECLI:EU:C:1997:301.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baño León, J. M. (2000). La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. *Revista de Administración Pública*, (151), 11-38. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-151-eneroabril-2000/la-influencia-del-derecho-comunitario-en-la-interpretacion-de-la-ley-de-contratos-de-las-2>
- Bernal Blay, M. A. (2018). La contratación de los servicios a las personas. En I. Gallego Córcoles y E. Gamero Casado (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público* (vol. 3, pp. 2841-2874). Tirant lo Blanch.
- Berrettini, A. (2022). La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici. *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo – federalismi.it*, (27), 1-47. <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47906>
- Caranta, R. (2022). Towards socially responsible public procurement. *ERA Forum*, (23), 149-164. <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00718-5>
- Chinchilla Marín, M. C. (2011). La Jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas. En M. Sánchez Morón (dir.) y J. del Olmo Alonso (coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros* (pp. 33-79). Lex Nova y Universidad de Alcalá.
- Cozzio, M. (2013). La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública. En J. M. Gimeno Feliú (dir.) y M. A. Bernal Blay (coord.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012* (pp. 89-111). Thomson Reuters Aranzadi y Universidad de Zaragoza.
- Darnaculleta i Gardella, M. M. (2021). Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de serveis socials: especial referència a l'acció concertada. *Revista Catalana de dret públic*, (62), 37-52. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i62.2021.3594>
- Díez Sastre, S. (2021). Contratos «open-house»: comprar sin licitar. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (15), 5-23. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10911>
- Domínguez Martín, M. y Chinchilla Peinado, J. A. (2019). La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de contratos del sector público. *DS: Derecho y Salud*, 29(Extra 1) [Ejemplar dedicado a: Extraordinario XXVIII Congreso 2019: Ética, innovación y transparencia en salud], 186-193. <http://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-29-extraordinario-2019/la-accion-concertada-la-gestion>
- Domínguez Martín, M. (2019). Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421183
- Domínguez Martín, M. (2022). *El TJUE respalda la normativa valenciana sobre acción social que excluye a las entidades con ánimo de lucro (STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-436/20)* [entrada de blog]. Universidad

- Autónoma de Madrid e Instituto de Derecho Local. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/el-tjue-respalda-la-normativa-valenciana-sobre-accion-social-que-excluye-a-las-entidades-con-animo-de-lucro-stjue-de-14-de-julio-de-2022-asunto-c-436-20/>
- Esteve Pardo, J. (2015). *Estado garante. Idea y realidad*. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- García Álvarez, G. (2022). Compra pública de medicamentos: regulación, realidad y alternativas. *Diario La Ley*, (10172).
- Garrido Juncal, A. (2017). Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic*, (55), 84-100. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007>
- Gimeno Feliú, J. M. (2015a, 11 de mayo). La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en <https://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-publica-en-los-contratos-sanitarios-y-sociales>
- Gimeno Feliú, J. M. (2015b). La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (172), 81-122.
- Gimeno Feliú, J. M. (2016, 9 de febrero). Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/un-paso-firme-en-la-construccion-de-una-contratacion-publica-socialmente-responsable>
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (52), 12-65.
- Gimeno Feliú, J. M. (2019). VI.2. Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales. En J. M. Martínez Fernández (coord.), *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL*. Wolters Kluwer.
- Hernández González, F. L. (2022, 19 de julio). Resumen de la Sentencia de 14 de julio de 2022 ASADE. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: <https://www.obcp.es/noticias/resumen-de-la-sentencia-de-14-de-julio-de-2022-asade>
- Lazo Vitoria, X. (2012). Las obras de urbanización y la legislación de contratos públicos: a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 26 de mayo de 2001 sobre la legislación urbanística valenciana. En J. M. Gimeno Feliú (dir.) y M. A. Bernal Blay (coord.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011* (pp. 463-480). Thomson Reuters-Civitas y Universidad de Zaragoza.
- Lazo Vitoria, X. (2016, 7 de noviembre). La figura del «concierto social» tras las Directivas europeas de contratación pública. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-concierto-social-tras-las-directivas-europeas-de-contratacion-publica>
- Lazo Vitoria, X. (2019). VI.3. Contratos de servicios de régimen común y los que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Su virtualidad para la prestación de servicios públicos. En J. M. Martínez Fernández (coord.), *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL*. Wolters Kluwer.
- Lazo Vitoria, X. (2022). Fórmulas de gestión indirectas (contractuales y no contractuales) en la nueva Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid: Primera regulación del «concierto social» en Madrid. Administración y Ciudadanía. *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, 17(2), 145-151. <https://doi.org/10.36402/ac.v17i2.5067>
- Leñero Bohórquez, M. R. (2022). La naturaleza de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas. En M. M. Darnaculleta i Gardella, J. García-Andrade Gómez, M. R. Leñero Bohórquez y M. A. Salvador Armendáriz (auts.), *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales* (pp. 135-195). Marcial Pons.
- Manent Alonso, L. y Tenhaeff Lackschewitz, S. (2018). Tipologías de contratos (III): Los contratos para la gestión de los servicios públicos. En J. F. Mestre Delgado, y L. Manent Alonso (dirs.) y S. Tenhaeff Lackschewitz (coord.), *La Ley de contratos del sector público: La Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos* (pp. 185-222). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (2014). *Sobre la pobreza y el Derecho*. Iustel.
- Sánchez Morón, M. (2011). La Jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública. En M. Sánchez Morón (dir.) y J. del Olmo Alonso (coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros* (pp. 81-101). Lex Nova y Universidad de Alcalá.
- Serrano Chamizo, J. (2017). La contratación de servicios sociales en las directivas de contratación pública y su transposición en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Unión Europea Aranzadi*, (10), 129-143.
- Skag, M. (2022). I hvilken utstrekning kan velferdstjenester unntas fra anskaffelsesregelverket? –Kritiske merknader til EFTA-domstolens tilnærming i sak E-13/19 (Hraðbraut). *Lov og Rett*, 61(5), 301-318. <https://doi.org/10.18261/lor.61.5.4>
- Valcárcel Fernández, P. (2022). Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles? *Revista de Administración Pública*, (217), 91-134. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.217.03>
- Vilalta Reixach, M. (2018). De nuevo sobre los negocios excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas. *Revista Galega de Administración Pública*, 1(56), 37-70. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/1237>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
 Sección: ARTÍCULOS
 Recibido: 03-07-2023
 Modificado: 24-07-2023
 Aceptado: 24-07-2023
 Prepublicado: 27-07-2023
 Publicado: 16-10-2023
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11242>
 Páginas: 47-66

Referencia: Medina Alcoz, L. (2023). La manifiesta incompetencia del Estado para ejercer la tutela financiera sobre los entes locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 47-66. <https://doi.org/10.24965/reala.11242>

La manifiesta incompetencia del Estado para ejercer la tutela financiera sobre los entes locales

The evident incompetence of central government to exert powers of financial control on local government

Medina Alcoz, Luis

Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Administrativo (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7135-8323>

lmedinaa@ucm.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Derecho administrativo, exletrado del Tribunal Constitucional, codirector del Grupo complutense de investigación sobre autonomía local y primer premio de estudios sobre Administración local del INAP (2009).

RESUMEN

La Administración General del Estado se considera responsable de la tutela financiera de los entes locales integrados en determinadas comunidades autónomas, las que, careciendo del régimen especial vinculado a la foralidad, cuentan con Estatutos que no mencionan específicamente la tarea. De modo que, cuando el legislador encomienda un acto de fiscalización al nivel de gobierno que tenga atribuida la tutela financiera, el Ministerio de Hacienda se da por aludido. Ello le lleva a asumir respecto de los entes locales de aquellas comunidades una función ejecutiva tan importante para la configuración del poder local como es el informe preceptivo y vinculante de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 7.4 de la Ley de bases del régimen local. Esta situación de hecho choca abiertamente con el sistema de distribución competencial, tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional respecto de la tutela financiera, en general, y del indicado informe de sostenibilidad, en particular. Contrariamente a lo que ocurre en la práctica, resulta inconcuso que el Estado no tiene atribuida la tutela financiera de ente local alguno y, correlativamente, que la tienen todas las comunidades autónomas, en cuanto titulares de las competencias de ejecución en materia de régimen local.

PALABRAS CLAVE

Distribución de competencias; descentralización asimétrica; ejecución del régimen local; tutela financiera de los entes locales; Ministerio de Hacienda; planes económico-financieros; informe de sostenibilidad financiera; competencias locales.

ABSTRACT

Central Government is in fact exercising the power of «financial protection» of local governments belonging to selfgoverning regions (comunidades autónomas) whose founding Statutes do not specifically mention such a task. Therefore, when national legislator generally entrusts an inspection act to the level of government that has been assigned financial protection of local councils, the Ministry of Finance assumes that it has been alluded to. This leads him to assume an execution competence which is crucial for the delimitation of local competences such as the mandatory and binding financial sustainability report provided for in article

7.4 of the Act regulating the bases of the local government. This situation in fact contrasts openly with the constitutional system of distribution of powers, as it has been interpreted by the Constitutional Court with respect to financial protection, in general, and the aforementioned mandatory and binding sustainability report, in particular. Contrary to what happens in practice, it is undisputed within that jurisprudence that Central Government has not been attributed financial protection to any local entity and, correlatively, that all the selfgoverning regions have it, as holders of the powers of execution in matters of local government.

KEYWORDS

Distribution of powers; asymmetric decentralization; execution of statutes on local government; financial protection of local government; Ministry of Finance; economic-financial plans; financial sustainability report; powers of local government.

SUMARIO

1. LA TUTELA FINANCIERA EN LA PRÁCTICA. 1.1. CENTRALIZACIÓN DE HECHO DE LA TUTELA FINANCIERA DE ALGUNOS ENTES LOCALES. 1.2. DOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS. 1.2.1. Informe de seguimiento de planes económico-financieros de los entes locales. 1.2.2. Informe de sostenibilidad financiera para el ejercicio de competencias propias generales de los entes locales. 1.3. PROBLEMAS DE LA LÓGICA COMPETENCIAL QUE APLICA EL MINISTERIO DE HACIENDA. 1.4. NECESIDAD DE CONTRASTAR LA PRÁCTICA MINISTERIAL CON LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. 2. LO QUE HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA TUTELA FINANCIERA, EN GENERAL. 2.1. APROXIMACIÓN. 2.2. LA TUTELA FINANCIERA DE LOS ENTES LOCALES COMO COMPETENCIA DE EJECUCIÓN DEL RÉGIMEN LOCAL. 2.3. LA DISTRIBUCIÓN ASIMÉTRICA INICIAL. 2.4. LA DISTRIBUCIÓN SIMÉTRICA ACTUAL. 2.5. EL ESTADO PUEDE ATRIBUIRSE ALGÚN CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO, PERO NO COMO TITULAR DE LA TUTELA FINANCIERA DE LOS ENTES LOCALES, QUE ES SIEMPRE AUTONÓMICA. 3. LO QUE HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INFORME VINCULANTE DE SOSTENIBILIDAD DEL ARTÍCULO 7.4 LBRL, EN PARTICULAR. 3.1. LA STC 101/2017, DE 20 DE JULIO. 3.2. LA STC 107/2017, DE 20 DE JULIO. 4. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. LA TUTELA FINANCIERA EN LA PRÁCTICA¹

1.1. Centralización de hecho de la tutela financiera de algunos entes locales

La llamada «tutela financiera» o «tutela financiera de los entes locales» es la facultad ejecutiva de intervención o control sobre la actividad económica o financiera de las corporaciones locales ejercida por un nivel superior de gobierno. Se trata de una competencia de gestión o administración, esto es, una atribución que no se refiere a la regulación de la actividad económico-financiera de los entes locales, sino a su aplicación mediante, por ejemplo, autorizaciones, inspecciones, informes, recepción de datos e informaciones de envío obligado y otros actos de fiscalización².

La tutela financiera es una competencia repartida de hecho de modo *asimétrico*. Y ello porque la Administración General del Estado todavía hoy se considera responsable de llevarla a efecto respecto de algunos entes locales: los integrados en las comunidades autónomas de Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Región de Murcia³. No he logrado hallar un documento oficial que

¹ Trabajo elaborado en ejecución de los objetivos del Grupo complutense de investigación que dirijo junto con el profesor Tomás Cano Campos sobre "Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa" (ref. 931089). Los profesores José María Baño León, Eloísa Carbonell Porras, Marcos Almeida Cerredá y Tomás de la Quadra Salcedo Janini, así como el letrado del Tribunal Constitucional Pedro Ibáñez Buil han leído una versión anterior. Agradezco públicamente sus valiosas observaciones.

² En este sentido, SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1, 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5, y 111/2016, de 9 de junio, FJ 5 b).

³ Así lo expresa un informe de la Abogacía del Estado (<http://femp.femp.es/files/3580-994-fichero/Informe%20Abogac%C3%ADa%20del%20Estado.pdf>) y un documento de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) sobre las competencias de las diputaciones tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL):

<http://femp.femp.es/files/3580-829-fichero/LAS%20COMPETENCIAS%20Y%20FUNCIONES%20DE%20COORDINACION%20DE%20LAS%20DIPUTACIONES%20PROVINCIALES%20%202.pdf>. El dato puede confirmarse a partir de los ofrecidos en el portal

explique detenidamente por qué el Estado se atribuye la tutela financiera en unos casos y no en otros. No obstante, el Ministerio de Hacienda da a entender que es competente porque las comunidades citadas: (i) no se benefician de la protección constitucional de la foralidad (disposición adicional 1.ª CE) ni de regímenes especiales vinculados a ella⁴; y (ii) sus Estatutos no hacen referencia expresa a la «tutela financiera» como atribución autonómica⁵.

De modo que, cuando, como es cada vez más frecuente desde la crisis financiera de 2007-2008, el legislador encomienda un acto de fiscalización al nivel de gobierno «que tenga atribuida [o “ejercza”] la tutela financiera»⁶, el Ministerio de Hacienda se da por aludido. Lo mismo cuando la ley emplea fórmulas análogas, asignando el control al Estado con la salvedad siguiente: «o, en su caso, a la Comunidad Autónoma que ejerza la tutela financiera»⁷; o «salvo en el supuesto de que la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre la Corporación Local tenga atribuida en su Estatuto de Autonomía la competencia de tutela financiera sobre las entidades locales»⁸.

Web de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, creada por Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, por ejemplo: <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/WEB/EJECUCION-PRESUPUESTARIA/Informe-complementario-evaluacion-individual-CCLL-Cierre-2022.pdf>. También lo confirman los informes publicados por el propio Ministerio de Hacienda y Función Pública, a los que haré referencia en breve.

⁴ La LRSAL establece específicamente que estos controles económico-financieros corresponden a la Comunidad foral (Disposición adicional 2.ª.3) y a las «Instituciones competentes» [disposición adicional 2.ª.5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), en la redacción dada por el artículo 1.34 LRSAL] o «Diputaciones forales» del País Vasco [disposición adicional 8.ª del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLHL), aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en la redacción dada por el artículo 2.4 LRSAL]. Por lo demás, las Leyes 12/1981, de 13 de mayo (sobre el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco) y 28/1990, de 26 de diciembre (sobre el convenio económico con la Comunidad foral) especificaron que «las facultades de tutela financiera» respecto de la actividad local «que, en cada momento, desempeñe el Estado» «corresponderán» a «las diputaciones forales vascas» o «a la Comunidad foral, sin que ello pueda significar, en modo alguno, un nivel de autonomía de las entidades locales» «inferior al que tengan las de régimen común» (refiriéndose a determinados sectores, respectivamente, artículos 45.2 y disposición adicional 7.ª, en la redacción dada por la Ley 25/2003, de 15 de julio; respecto de la «materia de Entidades locales» en su conjunto, el actualmente en vigor artículo 48.5 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco).

⁵ Manifiesta a las claras este criterio de reparto, por ejemplo, el Acuerdo de 27 de julio de 2022 de la Comisión bilateral de cooperación Canarias-Estado en relación con el ejercicio por parte de esta Comunidad Autónoma de las competencias previstas en el artículo 105.3 de su Estatuto de Autonomía (BOC núm. 105, de 1 de junio de 2023). Véanse también los convenios de colaboración para el intercambio recíproco de información sobre riesgos asumidos por las entidades locales celebrados en 2007 y 2008 entre el Ministerio de Hacienda y varias comunidades autónomas reputadas competentes para ejercer la tutela financiera (Andalucía, Asturias, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja), accesibles en el BOE.

⁶ El legislador utiliza esta fórmula para señalar la Administración responsable de las tareas siguientes: medidas cuantificadas de gestión de cobros y pagos, de reducción de gastos o de incremento de ingresos, cuando el periodo medio de pago de la corporación supere en más de treinta días el plazo máximo de pago de la normativa de morosidad [artículo 18.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LOEPSF), en la redacción dada por el artículo 1.5 de la Ley orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público]; informe favorable de sostenibilidad financiera como condición de ejercicio de competencias locales [artículo 7.4 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.3 LRSAL]; informe preceptivo para la creación y supresión de municipios o la alteración de sus lindes (artículo 13.1 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.5 LRSAL); colaboración con las diputaciones en la elaboración y seguimiento de los planes económico-financieros de las corporaciones locales [artículo 116 bis.3 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.30 de la LRSAL]; autorización de la decisión municipal favorable a emplear patrimonio público del suelo para reducir deuda comercial y financiera [artículo 52.5 e) del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana (aprobado por Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre), que trae causa del artículo 39.5 e) del texto refundido de la Ley de suelo (aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio), en la redacción dada por la disposición final 4.ª LRSAL]; resolución de las discrepancias entre el órgano interventor y el pleno de la corporación en relación con los reparos efectuados por el primero (artículo 218.2 TRLHL, en la reacción dada por el artículo 2.3 LRSAL; disposición adicional 16.ª TRLHL, introducida por Real Decreto-ley 2/2014, de 21 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y la costa cantábrica); autorización de operaciones tales como la concesión de avales, reavales y otras garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario (artículo 48 bis.5 TRLHL, introducido por la disposición final 1.1 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico).

⁷ Artículos 20.2, 24.4 y 26.2 LOEPSF, refiriéndose, respectivamente, a la autorización de todas las operaciones endeudamiento de la corporación local que haya incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria o deuda pública; el informe de seguimiento de los planes económico-financieros y de los planes de reequilibrio; y las facultades de cumplimiento forzoso en el caso de que la corporación local no haya presentado o aprobado (o haya incumplido) el plan de económico-financiero o de reequilibrio y no haya adoptado una serie de medidas.

⁸ Artículo 23.4 LOEPSF, refiriéndose a la aprobación definitiva y seguimiento de los planes económico-financieros elaborados por los entes locales. Cabe citar también las obligaciones de envío de información a la Central de Información de Riesgos de las Entidades Locales (CIR Local, dependiente del Ministerio de Hacienda), que unas veces se imponen a las entidades locales (bajo la consideración de que respecto de ellos el Estado ejerce la tutela financiera); y otras a las comunidades autónomas (por ser ellas, según se entiende, las titulares de aquella competencia): Real Decreto 1438/2001, de 21 de diciembre, por el que se regula la Central de

La práctica del Ministerio de Hacienda puede ilustrarse a través de dos actos de fiscalización muy significativos, que el legislador ha atribuido mediante esta genérica fórmula y, por tanto, sin especificar si corresponden al nivel central o al autonómico. Los abordo a continuación.

1.2. Dos ejemplos significativos

1.2.1. Informe de seguimiento de planes económico-financieros de los entes locales

El primer ejemplo es el informe de seguimiento de los planes económico-financieros que han de elaborar las corporaciones locales en caso de incumplimiento de la regla de gasto o de los objetivos de estabilidad presupuestaria o deuda pública, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LOEPSF).

A partir de la información disponible en el portal Web del Ministerio de Hacienda, puede comprobarse que, en efecto, este Departamento está vigilando los planes económico-financieros de entes locales pertenecientes a comunidades autónomas no forales cuyos Estatutos vigentes no incluyen una referencia expresa a la «tutela financiera»⁹. Correlativamente, no está aprobando tales informes respecto de entes locales navarros y vascos o pertenecientes a cualquiera de las comunidades cuyos Estatutos sí aluden expresamente a aquella tarea (Andalucía¹⁰, Aragón¹¹, Asturias¹², Canarias¹³, Castilla y León¹⁴, Cataluña¹⁵, Galicia¹⁶, La Rioja¹⁷). Es sintomático que el portal del Ministerio incluya un apartado denominado «Informes de seguimiento de EE.LL de CC.AA con tutela financiera», que se remite a las Webs de la Diputación foral de Vizcaya y a los de Asturias, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Galicia y La Rioja.

Para el Ministerio de Hacienda lo decisivo es que el Estatuto omita la expresión «tutela financiera». Por eso se entiende competente para aprobar informes de seguimiento del plan económico-financiero del Ayuntamiento de Santander¹⁸, pese a que el Estatuto cántabro atribuye a la Comunidad la tarea de «velar por los intereses financieros de los entes locales» (artículo 52.1). Por lo mismo, informa los planes del Ayuntamiento de Palma¹⁹ y del Consejo insular de Mallorca²⁰ porque, aunque hasta 2007 el Estatuto balear incluía aquella expresión, ha desaparecido en la nueva redacción. El caso canario es particularmente revelador. Durante el primer semestre de 2018, antes, por tanto, de la entrada en vigor del nuevo Estatuto (que hará referencia expresa por vez primera en esta comunidad a la tutela financiera), el Ministerio de Hacienda aprobó los informes de seguimiento de los planes económico-financieros del Ayuntamiento de Arona (Santa Cruz de

Información de Riesgos de las Entidades Locales (CIR Local); en la actualidad, Título V del Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de estabilidad presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.

⁹ Véase: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/EstabilidadPresupuestaria/InformacionCCLLs/InformeSeguimiento-PEF.aspx>

¹⁰ Artículo 60.3 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Ya en el Estatuto de 1981 (artículo 62.1).

¹¹ Artículo 114.1 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. El Estatuto de 1982 se refería solo a la tarea autonómica de «velar por los intereses financieros de los Entes locales» (artículo 53). Tras su reforma de 1996 (Ley Orgánica 5/1996), incluyó ya la mención a la tutela financiera (artículo 53.1).

¹² Artículo 51 bis de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, añadido por el artículo único.46 de la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero.

¹³ Artículo 105.3 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. Ausente en el Estatuto de 1982.

¹⁴ Artículo 54 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Ausente en el Estatuto de 1983, que, no obstante, sí preveía que «[c]orresponde a la Comunidad velar por los intereses financieros de los entes locales de su territorio, respetando la autonomía que a los mismos reconocen los artículos 140 a 142 de la Constitución» (artículo 41.1, que pasó a ser el 52.1 tras la reforma de la Ley Orgánica 4/1999, 8 enero).

¹⁵ Artículo 218.5 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ya en el Estatuto de 1979 (artículo 48.1).

¹⁶ Artículo 49.1 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia.

¹⁷ Artículo 53.1 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/1999, de 7 enero.

¹⁸ https://www.hacienda.gob.es/CDI/Estabilidad%20Presupuestaria/InformacionCCLLs/20200526_Informe%20Seguimiento%20PEF_Santander_2%20SEM%202019%20MINHAC.pdf

¹⁹ https://www.hacienda.gob.es/CDI/estabilidad%20presupuestaria/informacioncclls/20171025_informe%20seguimiento%20pef_palma_1%20sem%202017%20minhafp.pdf

²⁰ https://www.hacienda.gob.es/CDI/Estabilidad%20Presupuestaria/InformacionCCLLs/20200527_Informe%20Seguimiento%20PEF_Consejo%20Insular%20de%20Mallorca_2%20SEM%202019%20MINHAC.pdf

Tenerife²¹) y de los Cabildos de Gran Canaria²² y Lanzarote²³. Tras la entrada en vigor del nuevo Estatuto, producida el mismo día de su publicación en el BOE el 6 de noviembre de 2018, el ministerio dejó de aprobar informes de seguimiento respecto de los municipios y cabildos insulares. De hecho, el propio Ministerio, en respuesta a una recomendación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (sobre la necesidad de vigilar la presentación y remisión para su aprobación del plan económico-financiero del Cabildo de Tenerife), afirmó que ya «no es el órgano de tutela porque tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de diciembre, de reforma del Estatuto de Canarias, la comunidad asume esta función»²⁴. Por entonces el Gobierno de Canarias inició negociaciones con el de España para el traspaso de medios materiales y personales que permita el ejercicio de las facultades de tutela financiera²⁵; negociaciones que culminaron en el Acuerdo de 27 de julio de 2022 de la Comisión bilateral de cooperación Canarias-Estado en relación con «el ejercicio por parte de la Comunidad Autónoma de Canarias de las competencias previstas en el artículo 105.3 del Estatuto de Autonomía de Canarias»²⁶.

No obstante, esta pauta no se aplica en todos los casos. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana no emplea la expresión «tutela financiera» y, sin embargo, el Ministerio de Hacienda no se entiende competente para llevarla a efecto ni, por tanto, para aprobar el indicado informe de seguimiento. Una posible explicación puede ser que, tras su última reforma (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), el Estatuto sí atribuye específicamente «la autorización de endeudamiento a los entes locales de la Comunitat Valenciana de acuerdo con lo que determine la legislación del Estado» (51.1.7.ª). La doctrina viene interpretando por ello que el conjunto de la tutela financiera ha sido asumido por la *Generalitat*, máxime en el contexto de una reforma que ha incluido la llamada «cláusula Camps», que pretende dotar a esta comunidad del mismo nivel de autogobierno que la más autónoma de las comunidades autónomas (disposición adicional 2.ª)²⁷. Pero es posible que el Ministerio de Hacienda se haya retirado por la sencilla razón de que en este caso la *Generalitat* ha afirmado su competencia y está ejerciéndola efectivamente a través de un «Servicio de tutela financiera de entidades locales», responsable, entre otras tareas, de la «tramitación y seguimiento de los expedientes administrativos que se deriven del ejercicio de las funciones que la normativa de carácter básico en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera atribuye a las administraciones autonómicas»²⁸. Volveré sobre ello.

1.2.2. Informe de sostenibilidad financiera para el ejercicio de competencias propias generales de los entes locales

El segundo ejemplo útil para ilustrar la práctica ministerial en punto a la tutela financiera de los entes locales es un control, configurado como central dentro del sistema de competencias locales establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), tras su reforma por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL).

²¹ https://www.hacienda.gob.es/CDI/estabilidad%20presupuestaria/informacioncclls/20181031_informe_seguimiento_pef_arona_1_sem_2018_minhac.pdf

²² https://www.hacienda.gob.es/CDI/estabilidad%20presupuestaria/informacioncclls/20181031_informe_seguimiento_pef_ci_gran_canaria_1_sem_2018_minhac.pdf

²³ https://www.hacienda.gob.es/CDI/estabilidad%20presupuestaria/informacioncclls/20181031_informe_seguimiento_pef_ci_lanzarote_1_sem_2018_minhac.pdf

²⁴ Así lo explica este organismo en el documento «Recomendaciones nuevas 1T 2019»: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/01/recomendaciones2019/Recomendaciones-nuevas-2019_1Q.-xlsx-1.pdf

²⁵ Los diarios locales dieron cuenta de ello: https://www.eldiario.es/canariasahora/lapalmaaahora/politica/canarias-asumira-financiera-entidades-locales_1_1168938.html. Según información de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Informe complementario de evaluación individual sobre la ejecución presupuestaria y regla de gasto de 2022 de las corporaciones locales, p. 10: <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/WEB/EJECUCION-PRESUPUESTARIA/Informe-complementario-evaluacion-individual-CCLL-Cierre-2022.pdf>), tras la aprobación del nuevo Estatuto, el Gobierno canario se resistió a ejercer la tutela financiera de los municipios y cabildos insulares mientras no existieran los acuerdos correspondientes en el seno de la Comisión de transferencias Estado-Comunidad. Frente a ello, el Ministerio de Hacienda respondió que «el ejercicio efectivo de la competencia debe ser efectivo para la Comunidad desde la reforma del Estado autonómico, sin que sea preciso un acuerdo sobre transferencia de los medios necesarios a tal fin, según doctrina constitucional y criterio seguido para el resto de CCAA que han asumido esta competencia».

²⁶ BOC núm. 105, de 1 de junio de 2023, y BOE núm. 131, de 2 de junio de 2023.

²⁷ Véase: Vela Bargues et al. (2009, pp. 13-43).

²⁸ Véanse los Decretos del *Consell* 105/2019, de 5 de julio, de estructura orgánica básica de la Presidencia y de las *consellerias* de la *Generalitat*, y 169/2020, de 30 de octubre, de Reglamento orgánico y funcional de la Presidencia de la *Generalitat*, además del Portal Web de la *Generalitat*: https://www.gva.es/es/inicio/atencion_ciudadano/buscadores/departamentos/detalle_departamentos?id_dept=23872

Me refiero al informe preceptivo y vinculante sobre sostenibilidad financiera del que depende que los entes locales puedan ejercer competencias distintas de las delegadas o atribuidas mediante regulación legal específica (artículo 7.4 LBRL, en la redacción dada por el artículo 1.3 LRSAL), esto es, las que el Ministerio de Hacienda sigue denominando impropiedades «competencias impropias»²⁹ y que el Tribunal Constitucional, alineado con la doctrina académica³⁰, denominada con propiedad «competencias propias generales»³¹. Se trata de un mecanismo de control o tutela, pese a que el alto Tribunal haya preferido presentarlo eufemísticamente como «técnica para la delimitación de las competencias locales» [STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 11 b)]³².

El Ministerio de Hacienda no ha publicado los informes vinculantes de sostenibilidad efectivamente emitidos. No obstante, aquellos de los que he tenido noticia se refieren siempre a entes locales de comunidades autónomas cuyos Estatutos carecen de aquella mención expresa a la «tutela financiera»: uno trata de la creación de un museo por parte de un ente local castellanomanchego; otros de la prestación del servicio de conservatorio de música por parte de ayuntamientos de la Región de Murcia³³; otro de una aportación económica anual a un centro asociado a la UNED por parte del Consejo Insular de Mallorca³⁴.

Hay otros datos reveladores de que el Estado está arrogándose la competencia para emitir informes de sostenibilidad respecto de entes locales de algunas comunidades autónomas. Me refiero al hecho de que el Ministerio de Hacienda ha puesto a disposición de los entes locales: (i) un documento de “Requisitos para la emisión del informe de sostenibilidad financiera del artículo 7.4 de la Ley de bases del régimen local (LRBRL)” (enero de 2016)³⁵, que indica los elementos que el ente local debe aportar al Ministerio de Hacienda; (ii) una actualización del documento anterior (29 de enero de 2021), que hace constar que hay «comunidades autónomas en las que la tutela financiera es ejercida por este Ministerio de Hacienda» y que «ante la situación generada por la pandemia de la COVID-19, se han incrementado la petición de solicitudes vinculadas a gastos relacionados con los efectos derivados de la referida pandemia»³⁶; (iii) una “Guía para la emisión del informe de sostenibilidad financiera del artículo 7.4 de la Ley reguladora de las bases del régimen local” (19 de enero de 2023)³⁷; (iv) un documento de “Preguntas frecuentes sobre la emisión del informe de sostenibilidad del artículo 7.4 de la LBRL” (enero de 2023)³⁸; y (v) una aplicación para la presentación de solicitudes para la emisión del señalado informe, que incluye un tutorial de ayuda³⁹.

Las propias comunidades autónomas afectadas se presentan a veces como incompetentes, no sé si por convencimiento, resignación o simple comodidad. Lo hacen a las claras la Ley murciana 6/2014, de 13 de octubre (exposición de motivos⁴⁰) y el Decreto extremeño 15/2021, de 24 de marzo, relativos a las com-

²⁹ Por ejemplo, en el documento de enero de 2023 que después cito, de “Preguntas frecuentes sobre la emisión del informe de sostenibilidad del artículo 7.4 de la LBRL”.

³⁰ Velasco Caballero (2013, pp. 40-42).

³¹ Por todas, la STC 107/2017, de 21 de septiembre, FJ 3: «Se trata de las competencias que el artículo 7.4 LBRL califica como “distintas de las propias y de las atribuidas por delegación” y que este Tribunal ha adjetivado más precisamente como “propias generales” (SSTC 41/2016, FJ 10, y 54/2017, FJ 3. Se distinguen de las competencias “propias” del artículo 25 LBRL o “propias específicas” [SSTC 54/2017, FJ 3 d), 93/2017, FJ 4, y 101/2017, FJ 4 b)], no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas; si las reguladas en el artículo 25 LBRL son competencias determinadas por la ley sectorial, las previstas en el artículo 7.4 LBRL están directamente habilitadas mediante una cláusula general básica, quedando su ejercicio sujeto a la indicada serie de condiciones (STC 41/2016, FJ 10)».

³² Rebollo Puig (2019, p. 68): «El papel lo resiste todo, incluso esta afirmación. Pero lo que con toda evidencia hay en el precepto es la necesidad de que una Administración superior exprese previamente que se dan las condiciones exigidas por la ley para que un ente local pueda ejercer determinadas competencias y eso, aunque se quiera camuflar de no sé qué cosa, es un control previo de legalidad que funciona en esencia como una clásica autorización de tutela».

³³ Véase: https://transparencia.carm.es/wres/transparencia/doc/Consejo_Gobierno/2021-07-01/punto_08_conservatorios.pdf

³⁴ Este último puede consultarse en: https://uned-illesbalears.net/wp-content/uploads/2018/05/07002-DD_Consejo-Insular-de-Mallorca_20170512_20171128_Art-7-4_FAVORABLE....pdf

³⁵ https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/RequisitosCompetenciasImpropiasArticulo_7-4_WEB_20160120.pdf

³⁶ https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/000_Requisitos%20Competencias%20articulo%207-4%20LBRL_WEB_20210107_v03.pdf

³⁷ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/InstruccionesAplicaciones/GUIA-requisitos-competencias-art-7-4-LBRL.pdf>

³⁸ <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/InstruccionesAplicaciones/PREGUNTAS-FRECUENTES-SO-BRE-LA-EMISION-DEL-INFORME-DE-SOSTENIBILIDAD-FINANCIERA-DEL-ARTICULO-7-DEF.pdf>

³⁹ Se trata de la aplicación Athenea, disponible en AUTORIZA:

<https://serviciostelematicosext.hacienda.gob.es/sgcief/Autoriza.aspx/LoginAuto.aspx?a=140>

⁴⁰ «[E] informe sobre el riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal no es emitido por esta Comunidad Autónoma por carecer de competencia sobre la tutela financiera de las entidades locales de la Región de Murcia».

potencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación (exposición de motivos⁴¹ y disposición adicional primera⁴²). Las Leyes madrileña 1/2014, de 25 de julio, y castellanomanchega 8/2015, de 2 de diciembre, no son tan explícitas, pero es significativo que regulen el informe de inexistencia duplicidades del artículo 7.4 LBRL, pero no el de sostenibilidad. Lo mismo ocurre en el Decreto-ley de Baleares 2/2014, de 21 de noviembre, si bien su Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local sigue proclamando que «[c]orresponde a la comunidad autónoma el ejercicio de la tutela financiera sobre las entidades locales» (artículo 203.1).

Muy distinta ha sido la actitud de Canarias y la Comunidad Valenciana. Sus Estatutos tampoco aludían a la tutela financiera, pero una y otra han venido mostrando un interés en ejercerla plenamente congruente con su vocación autonomista histórica⁴³. La primera denunció ante el Tribunal Constitucional la invasión de su competencia de ejecución del régimen local por la atribución del informe del artículo 7.4 LBRL a la Administración que tenga atribuida la tutela financiera de los entes locales, si se interpreta que tal es la General del Estado⁴⁴. Después promovió y consiguió la reforma de su Estatuto para, entre otras cosas, atribuir expresamente a la Comunidad la tutela financiera de los municipios y cabildos insulares. Al poco, celebró un Acuerdo con la Administración General del Estado para facilitar su ejercicio. Y hace unos meses reguló las condiciones de otorgamiento del señalado informe⁴⁵. En cuanto a la Comunidad Valenciana, el Estatuto de 2007 sigue sin aludir a la «tutela financiera», pero la *Generalitat* se entiende competente para ejercerla, también a los efectos del informe de sostenibilidad financiera del artículo 7.4 LBRL. En 2014, una circular precisó el órgano autonómico competente para emitir este informe⁴⁶ y al año siguiente una orden reguló el procedimiento para su obtención, al parecer sin oposición del poder central; lo da entender la exposición de motivos⁴⁷. En 2018, tras varios años de experiencia, se aprobó una nueva regulación destinada a «delimitar y acotar determinados aspectos de los correspondientes informes, así como modificar y perfeccionar algún aspecto del procedimiento a fin de dotarlo de mayor celeridad»⁴⁸.

1.3. Problemas de la lógica competencial que aplica el Ministerio de Hacienda

El Ministerio de Hacienda da a entender que la «tutela financiera» es una competencia específica que: (i) se distingue de las demás relacionadas con los entes locales, en particular, de la competencia de «ejecución del régimen local», esta sí enteramente descentralizada en *todas* las comunidades autónomas; (ii) la tienen atribuida los territorios forales y las comunidades autónomas cuyos Estatutos la mencionan expresamente; y (iii) corresponde por defecto al Estado, razón por la cual puede ejercitarla en las comunidades restantes.

El reparto competencial, así entendido, plantea dificultades y produce resultados muy llamativos, unas y otros indicativos por sí de que algo falla, es decir, de que tal no es ni puede ser la distribución verdaderamente establecida por la Constitución y los Estatutos.

⁴¹ «[D]ada la ausencia en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura de competencia autonómica en materia de tutela financiera de las entidades locales extremeñas, la solicitud de informe de sostenibilidad financiera deberá ser presentada ante el departamento ministerial competente de la Administración General del Estado, y así se contempla en la disposición adicional primera».

⁴² «Las entidades locales de Extremadura deberán presentar la solicitud de informe de sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal para el ejercicio de competencias distintas propias, transferidas y de las atribuidas por delegación ante el Ministerio de la Administración General del Estado en razón de la materia objeto del ejercicio competencial. Si el contenido de ese informe determina que se pone en riesgo la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal en su conjunto, no se podrán ejercer tales competencias».

⁴³ Estoy pensando en el proceso político que dio lugar a las célebres y polémicas Leyes Orgánicas 11/1982 y 12/1982, ambas de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias y a la Comunidad Valenciana, respectivamente.

⁴⁴ Se trata del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 101/2017, de 20 de julio, que analizo después.

⁴⁵ Decreto 91/2023, de 25 de mayo, por el que se regula la emisión de los informes vinculantes para el ejercicio de competencias distintas de las propias y las delegadas por las entidades locales insulares y municipales de Canarias.

⁴⁶ Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de la Administración Local sobre el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

⁴⁷ Orden 1/2015 de 26 de mayo, conjunta de la *Conselleria* de Presidencia, y Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua, y de la *Conselleria* de Hacienda y Administración Pública, por la que se regula el procedimiento para la obtención de los informes preceptivos previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, para el ejercicio de las competencias de los entes locales distintas de las propias y de las atribuidas por delegación: «En estos momentos, y a la vista del criterio manifestado por la Administración del Estado en distintas actuaciones destinadas a aclarar la aplicación del régimen competencial derivado de la citada norma, se considera adecuado la aprobación de un texto normativo que regule pormenorizadamente el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985».

⁴⁸ Decreto 67/2018, del *Consell*, por el que se regula el procedimiento de los informes para el ejercicio por las entidades locales de competencias diferentes de las propias o delegadas. La cita entrecorrida es de la exposición de motivos.

En primer lugar, no se sabe cuál es el título que, de acuerdo con el planteamiento expuesto, daría cobertura a la competencia estatal por defecto. Los informes emitidos a su amparo por el Ministerio de Hacienda no invocan título alguno, citando todo lo más el reglamento organizativo interno que la atribuye a la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local⁴⁹. La tutela financiera no está en el listado de competencias estatales del apartado 1 del artículo 149 CE. Tratándose de una competencia de ejecución, no puede entenderse implícita en el título «haciendas locales» ni en las bases del régimen local, del crédito o de la economía (artículo 149.1, números 11, 13, 14 y 18 CE), «competencias de diversa índole», pero «en todo caso competencias legislativas» [STC 45/2017, de 27 de abril, FJ 3 d)]. Tratándose de una competencia que puede simultáneamente ejercerse por el Estado y las comunidades autónomas, faltan el fuerte interés supraautonómico y la necesidad imperiosa de uniformidad que pudieran eventualmente justificar la extensión de las bases a tareas de gestión o administración (STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4 C). De modo que lo único que resta para justificar la «tutela financiera» como competencia estatal sería la cláusula residual del artículo 149.3 CE («la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado»); una cláusula prácticamente inoperante habida cuenta de que cobra juego solo cuando «el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios» (por todas: STC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 2).

En segundo lugar, de acuerdo con la interpretación ministerial, si falta en un Estatuto la alusión a la tutela financiera, no cabe indagar si puede entenderse implícita en un título más general, lo que contrasta con la pauta ordinariamente utilizada por el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la omisión en un Estatuto de toda referencia a las «cámaras agrarias», la «ordenación del litoral» o los «vertidos industriales y contaminantes» no ha dado pie a la afirmación de la competencia estatal, pues tales materias han sido reconducidas a títulos autonómicos más amplios como «agricultura», «ordenación del territorio» o «protección del medio ambiente» (SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 21, y 149/1991, de 4 de julio, FJ 1).

En tercer lugar, si, como ocurre en Cantabria, el Estatuto habla de «velar por los intereses financieros de los entes locales», no habrá logrado con ello desapoderar al Ministerio de Hacienda, pues, de acuerdo con la lógica competencial expuesta, lo decisivo es que esté presente la expresión «tutela financiera»⁵⁰. No parece que el sistema constitucional de distribución de poder público propugne la aplicación de un criterio tan rígido y formalista como el subyacente a la práctica ministerial.

En cuarto lugar, si falta en un Estatuto la referencia a la tutela financiera que sí incluía una versión precedente, la interpretación ministerial obliga a entender que esa tarea fue inicialmente asumida por la comunidad autónoma, pero finalmente devuelta al Estado. Es el caso de Baleares: la mención introducida en el Estatuto de 1983⁵¹ desapareció tras la reforma de 2007, lo que ha llevado al Ministerio de Hacienda a hacer suya la tutela financiera de los municipios y consejos insulares de esta comunidad, pasando por alto que, de acuerdo con su exposición de motivos, la intención del Estatuto era «dar un paso más» en el autogobierno y que su Ley municipal sigue considerando la tarea como autonómica (artículo 203.1 de la Ley 20/2006). De ser correcta en términos constitucionales la interpretación ministerial, estaríamos, creo, ante el primer y único ejemplo de recentralización competencial impulsada desde abajo: la propia comunidad autónoma es la que, al promover la reforma de su Estatuto, habría propiciado la pérdida competencial. Si esto es así, choca que algo tan llamativo haya pasado inadvertido.

En quinto lugar, llama la atención la importancia asignada a la utilización de una expresión –«tutela financiera»– que poco después de su inclusión en los Estatutos catalán (1979), gallego (1981) y andaluz (1981), entró en desuso, convertida en una «palabra maldita» por evocar el régimen franquista de controles, que trataba a los entes locales como incapaces, como sujetos situados en una «posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otros entes territoriales» [STC 4/1981, de 2 de febrero, FFJJ 3 y 10 f)]. Incluso en el ámbito del Derecho privado la palabra «tutela» se ha sustituido por otras («curatela representativa» y «apoyos voluntarios») en el contexto de una reforma legal que pre-

⁴⁹ Artículo 3 del Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Hoy, Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁵⁰ El artículo 52.1 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria se refiere a la función autonómica de «velar por los intereses financieros de los entes locales, respetando la autonomía que a los mismos reconocen los artículos 140 y 142 CE».

⁵¹ Artículo 66 d), luego 72 d), tras la reforma de la Ley Orgánica 3/1999, de 7 de enero.

tende, justamente, dar mayor protagonismo a las personas con discapacidad, evitando su estigmatización y el paternalismo⁵². Lo cierto es que, dentro de ciertos límites, la llamada tutela financiera es perfectamente constitucional y no presupone ni la incapacidad ni la ausencia de autonomía de los entes locales, pero lo que quiero subrayar aquí es que para hablar de ella las leyes y los autores han preferido utilizar otras expresiones o referirse a sus concretas manifestaciones, al menos hasta la crisis financiera de 2007-2008⁵³. Si esto es así, resulta cuando menos extraño que se interprete que el Estatuto que evita la expresión «tutela financiera» ha querido dejar de incorporar el haz de facultades que encierra.

En sexto lugar, la alusión estatutaria a la tutela financiera, aunque se presente como decisiva, no lo es verdaderamente en varios casos. El Estatuto de la Comunidad Valenciana atribuye expresamente a «la Generalitat la autorización de endeudamiento de los entes locales» (artículo 51.1.7.^a), pero no la tutela financiera como tal. Tampoco hacen referencia a ella el Estatuto de Autonomía del País Vasco y la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LO-RAFNA). En el caso valenciano, si la razón de que el Ministerio de Hacienda reconozca la tutela financiera autonómica fuese la llamada «cláusula Camps» (disposición adicional 2.^a), no se entendería fácilmente por qué igual criterio hermenéutico deja de operar en Extremadura; su Estatuto, tras la reforma de 2011, incluye también una cláusula de «homogeneidad competencial» (artículo 14). En cuanto a los territorios forales, ciertamente, la tutela financiera pudiera estar vinculada a sus «derechos históricos» (disposición adicional 1.^a CE). Ahora bien, no hay que olvidar que el plus competencial garantizado a estas comunidades mediante la cláusula de la foralidad solo opera a través del Estatuto o Ley Orgánica de mejoramiento, que es el instrumento que puede materializarlo [STC 173/2014, de 23 de octubre, FJ 3 b)], sin perjuicio de la «función cuasiestatutaria» que en materia tributaria pueden llegar a desempeñar las leyes de concierto o convenio económico⁵⁴. De manera que, o se entiende que Cantabria, Baleares y Extremadura tienen estatutariamente atribuida la tutela financiera de la misma manera que las instituciones valencianas, vascas y navarras o han de ser otros los criterios que justifiquen la descentralización de la tarea solo en el segundo caso.

1.4. Necesidad de contrastar la práctica ministerial con la doctrina constitucional

Ya sabemos que la Administración General del Estado ejerce de hecho la tutela financiera respecto de los entes locales de *algunas* comunidades autónomas. He apuntado también varios de los problemas que suscitan los criterios de reparto competencial que aplica el Ministerio de Hacienda. La pregunta que ahora planteo es la siguiente: Partiendo de la Constitución, los Estatutos y la doctrina constitucional: ¿Cuál debería ser la instancia política encargada de la tutela financiera de los entes locales? Formulada de otros modos: ¿Cuál ha de ser la Administración responsable de ejecutar un acto de fiscalización cuando el legislador lo asigna a la instancia política que tenga atribuida la tutela financiera? ¿Cuál debe ser el nivel de gobierno responsable de la ejecución de aquellos controles económico-financieros y, muy en particular, del informe de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 7.4 LBRL? Se trata, en suma, de contrastar la práctica ministerial con el sistema constitucional de reparto competencial.

La literatura especializada que conozco no se ha planteado esta cuestión. La tutela financiera parece envuelta en un halo de misterio que la protege frente a los criterios normales de reparto competencial. Los estudios dan por supuesta la competencia estatal respecto de los entes locales de algunas comunidades, como si fuera de suyo, como si la práctica del Ministerio de Hacienda se ajustara evidentemente al régimen constitucional de distribución de tareas. Sobrevuela la idea de que la reforma constitucional de 2011 y la consecuente consagración al más alto nivel del principio de estabilidad presupuestaria (artículo 135 CE) justifican la estatalización de controles económico-financieros de la actividad local. Las insinuaciones críticas que a veces pueden leerse no llegan al punto de plantear si la Administración General del Estado tiene verdaderamente atribuida la tutela financiera de algunos entes locales⁵⁵. Ha contribuido a ello con toda seguridad que las propias comunidades autónomas afectadas no hayan suscitado controversias competen-

⁵² Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁵³ Rebollo Puig (2019, pp. 45-46).

⁵⁴ Jiménez Asensio (1997, pp. 127-172).

⁵⁵ Por todos, Lazo Vitoria (2013, pp. 71-92), Medina Guerrero (2014, pp. 147-161), Ramos Carvajal (2018, pp. 85-107), Carbonell Porras (2023, pp. 8-28).

ciales, con solo alguna (importante) excepción⁵⁶; e, incluso, que varias de ellas hayan llegado a proclamar su incompetencia; es el caso de Murcia y Extremadura, según he señalado ya.

A fin de indagar la respuesta a la pregunta formulada, analizaré la tutela financiera en el marco de la Constitución y los Estatutos, tal como los ha interpretado el Tribunal Constitucional, en general, y respecto del informe vinculante de sostenibilidad del artículo 7.4 LBRL, en particular. La conclusión es, a mi juicio, muy sorprendente, pues se evidencia una discrepancia radical entre lo que ocurre en la práctica y lo que resulta inequívocamente del ordenamiento constitucional.

2. LO QUE HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA TUTELA FINANCIERA, EN GENERAL

2.1. Aproximación

Si partimos de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la doctrina del Tribunal Constitucional, la respuesta a la pregunta objeto de la presente investigación se aleja manifiestamente de la ofrecida por la práctica ministerial. La tutela financiera es una competencia ejecutiva que: (i) forma parte de la materia «régimen local»; (ii) estuvo, en efecto, distribuida asimétricamente, pero solo hasta que todas las comunidades autónomas asumieron la regulación y la ejecución del régimen local en el marco de la legislación básica; (iii) tienen hoy atribuida todas las comunidades autónomas, en cuanto competentes en materia de régimen local; y, correlativamente, (iv) no le corresponde en caso alguno al Estado.

Ciertamente, ya antes de la reforma constitucional de 2011, el Estado podía ejercer algún concreto control económico-financiero al amparo de los números 11 (bases de la ordenación del crédito) y 13 (bases de la ordenación general de la economía) del artículo 149.1 CE. Ahora bien, antes y después de aquella reforma, esta competencia de gestión le ha sido reconocida, no como titular de la «tutela financiera» (tarea que se presenta como especificación de la función autonómica de ejecución del régimen local), sino a partir de aquellos títulos competenciales, para casos concretos y respecto de todos los entes locales, no solo los de algunas comunidades autónomas.

De manera que las instancias políticas que, en cuanto titulares sin excepción de la tutela financiera de los entes locales, deben emitir el informe vinculante de sostenibilidad del artículo 7.4 LBRL son siempre las comunidades autónomas o los entes locales intermedios a los que estas (o los Estatutos de Autonomía) hayan transferido la tarea.

No se trata de una interpretación personal del sistema de distribución competencial, sino de la establecida por el Tribunal Constitucional. Hay pues un desajuste clamoroso entre lo que ocurre en la práctica y lo que impone de modo inconcuso el sistema constitucional. Conviene por ello explicar la doctrina del alto Tribunal con cierto detenimiento. Este epígrafe se referirá a la fijada, en general, respecto de la tutela financiera. El siguiente abordará ya las Sentencias constitucionales que se han pronunciado específicamente sobre el informe vinculante de sostenibilidad del artículo 7.4 LBRL.

2.2. La tutela financiera de los entes locales como competencia de ejecución del régimen local

La «tutela financiera» apareció por vez primera en varios Estatutos de Autonomía como una concreta expresión de la competencia de ejecución del régimen local. El de Cataluña de 1979 (artículo 48.1) y, con él, los aprobados en 1981 para Galicia (artículo 49.1) y Andalucía (artículo 62.1) atribuían a la comunidad autónoma la tutela financiera sobre los entes locales de acuerdo con su «competencia exclusiva» en materia de «régimen local»⁵⁷. Lo mismo cabe decir del Estatuto de Guernica y de la Ley Orgánica de mejoramiento del

⁵⁶ Me refiero sobre todo al recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL interpuesto por el Gobierno de Canarias antes de la reforma del Estatuto canario en 2018 (que introdujo la mención específica a la tutela financiera como competencia autonómica) y resuelto por la STC 101/2017, de 20 de julio, que abordo más adelante. Hay que tener en cuenta también que la Comunidad Valenciana ha afirmado y ejerce efectivamente la competencia por más que la tutela financiera no esté mencionada como tal en su Estatuto, según se ha señalado ya.

⁵⁷ El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 disponía en su artículo 48.1: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la tutela financiera respecto de los Entes Locales [...] de acuerdo con el artículo 9.º,8 de este Estatuto». Este último recogía la «competencia exclusiva» de la Generalidad en materia de «[r]égimen local, sin perjuicio de lo que dispone el número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución». Los Estatutos gallego y andaluz reproducirán esta regla.

régimen foral, pese a que no hacían referencia entonces –y siguen sin hacerlo hoy– a la «tutela financiera». La ausencia de una alusión estatutaria a la tarea no imposibilitó su ejercicio por parte de las diputaciones forales y la Comunidad foral, no ya por la garantía constitucional de la foralidad (que solo a través del Estatuto opera como fundamento de atribuciones autonómicas), sino porque la competencia estaba –y está– efectivamente reconocida como ejecución del régimen local⁵⁸. En cualquier caso, la tutela financiera aparece mencionada en las Leyes de concierto o convenio económico, que son normas de naturaleza próxima al Estatuto de Autonomía.

El Tribunal Constitucional hizo suya esta concepción de la tutela financiera. Precisó que la materia «régimen local» tiene, «sin duda, un carácter globalizador, comprensivo de la totalidad de los aspectos relativos a la Administración local», absorbiendo, en particular, «la tutela financiera de los Entes Locales» o «la función ejecutiva incluida la inspección» [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4 c)]. Lo declararon ya así las SSTC 56/1983, de 28 de junio, FJ 3, y 187/1988, de 17 de noviembre, FJ 8. La primera lo hizo al abordar la competencia de tutela financiera de la Comunidad Autónoma de Cataluña en un conflicto con el Gobierno del Estado sobre la autorización de los avales que las entidades locales pueden conceder a contratistas y concesionarios de obras y servicios: «El título competencial es el previsto en el artículo 48.1 del Estatuto, dentro del marco establecido por el artículo 149.1.18.^a, que comprende las bases del Régimen Local», esto es, la tutela financiera se incluye dentro del título competencial más amplio «régimen local». La segunda, refiriéndose al mismo precepto estatutario, concibió la competencia de la *Generalitat* relativa a la tutela financiera como parte de su competencia «en materia de régimen local y, en concreto, en relación con las actividades financieras de los entes locales».

2.3. La distribución asimétrica inicial

Las comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía general, lenta o desprivilegiada no asumieron competencias en materia de régimen local ni, por tanto, la tutela financiera. De acuerdo con el artículo 148.1.2.^a CE, pudieron obtener solo «las funciones que corresponden a la Administración General del Estado sobre las Corporaciones Locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local». Así lo reflejaron los Estatutos de Autonomía de Aragón (artículo 35.2), Cantabria (artículo 24.2), Castilla-La Mancha (artículo 32.1), Castilla y León (artículo 27.8), Comunidad de Madrid (artículo 27.1), Extremadura [artículo 11 a)], Islas Baleares (artículo 10.2) y La Rioja (artículo 9.1). Otros Estatutos recogieron este límite a las competencias autonómicas sobre régimen local mediante la remisión al artículo 148.1.2.^a CE [artículos 11 a) y 8.1 de los Estatutos de Asturias y Extremadura, respectivamente].

Consecuentemente, la legislación estatal pudo seguir atribuyendo a la Administración General del Estado tareas o funciones de ejecución del régimen local, en general, y de tutela financiera, en particular, en lo que atañe a los entes locales de la mayor parte de las comunidades autónomas. De manera que la competencia relativa a la tutela financiera correspondía al Estado o a la comunidad autónoma, según el caso, y ello como consecuencia de una diversidad de atribuciones estatutarias derivada, en última instancia, de que el artículo 148 CE impuso inicialmente unos límites competenciales que no afectaron a Andalucía, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco.

Lo declaró así, refiriéndose a la tutela financiera de los entes locales de la generalidad de las Comunidades Autónomas, la STC 57/1983, de 28 de junio, FJ 6:

«[L]a definición estatutaria de la competencia necesita, en este caso, –no en el caso del artículo 149– del complemento de la legislación de régimen local»; por tanto, «el control puede ejercerse en el caso de municipios y provincias por la administración del Estado, aun cuando es posible también su transferencia a las Comunidades Autónomas en los términos que expresa el artículo 148.1.2.^a de la C.E.».

De ahí que, al resolver la controversia suscitada por el Gobierno de Cataluña con relación a tareas de inspección financiera desplegadas en el nivel central de acuerdo con la Ley 24/1983, la STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1, tras afirmar que su artículo 7.2⁵⁹ era incompatible con las competencias de tutela

⁵⁸ En este sentido, Endemaño Arostegui (2013, p. 168).

⁵⁹ «Una vez liquidados los Presupuestos de los ejercicios a que se refiere el número 4 del artículo 4.º, los servicios competentes del Ministerio de Economía y Hacienda practicarán anualmente una inspección financiera de dichas Entidades Locales y rendirán informe sobre los extremos a que se refiere el número 3 del artículo 17 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre y sobre el cumplimiento

financiera de Cataluña, declarase el precepto, no inconstitucional y nulo, sino inaplicable en esa Comunidad Autónoma:

«Una inspección de este género sólo resulta admisible como parte del sistema de tutela financiera sobre los entes locales que, para los radicados en Cataluña, corresponde, como ya hemos visto, a la competencia de la Generalidad, según el artículo 48.1 del Estatuto. Los extremos a los que la inspección financiera de las Entidades Locales deberá extenderse serán allí los que en este precepto se determinan, pero la realización misma de la inspección como acto de ejecución puede ser llevada a cabo por los correspondientes órganos de la Generalidad. Como conclusión de lo expuesto, cabe afirmar, en consecuencia, que no son contrarios a la Constitución ninguno de los apartados impugnados del artículo 4 de la Ley 24/1983, pero que, en cuanto norma atributiva de competencia, no es aplicable en Cataluña el apartado 2.º del artículo 7 de la misma».

De modo que la tutela financiera era unas veces autonómica y otras estatal no porque la referencia expresa a ella apareciera únicamente en algún Estatuto de Autonomía (por lo demás, ausente en la norma de cabecera de Navarra y País Vasco), sino, insisto, porque la ejecución del régimen local pudo descentralizarse solo en algunas comunidades autónomas. En las sometidas a los límites del artículo 148.1.2.ª CE el Estado conservó las competencias en materia de régimen local, incluida la tutela financiera.

Fue en este contexto de distribución competencial asimétrica, precisamente, cuando el legislador inventó las fórmulas que permiten asignar simultáneamente los actos de fiscalización a las comunidades autónomas y al Estado, según que la ejecución del régimen local hubiera sido o no descentralizada. Ya el Real Decreto-ley 3/1981, de 16 de enero, tras atribuir varias «facultades de suspensión y tutela» a la «Administración General del Estado», precisó que «corresponderán a las Comunidades Autónomas, en relación con las competencias que hayan asumido y de acuerdo con lo establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía» (disposición adicional 5.ª). El Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril), atribuyó la autorización de determinadas operaciones locales de crédito «al Ministerio de Economía y Hacienda, salvo que la Comunidad Autónoma respectiva tenga atribuida en su Estatuto la tutela financiera de las Entidades locales, en cuyo caso corresponderá a la misma» (artículo 424.4). Lo mismo hará la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales en relación con la concertación de créditos y la concesión de avales (artículo 54.2⁶⁰).

Estas fórmulas y otras análogas (asignación a la Administración que tenga atribuida la tutela financiera) se mantienen en la actualidad, pero al cambiar el contexto competencial, producen otro resultado. Lo explico a continuación.

2.4. La distribución simétrica actual

Antes de que transcurriera el plazo de cinco años previsto en el apartado 2 del artículo 148 CE, dos Leyes Orgánicas del artículo 150.2 CE (11/1982 y 12/1982, ambas de 10 de agosto) transfirieron a las Comunidades canaria y valenciana las funciones ejecutivas que venía ejerciendo el Estado al amparo del apartado 1 y, por tanto, las competencias administrativas en materia de régimen local. Después, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local –es decir, la norma a la que se refiere el artículo 148.1.2.ª CE– dispuso que las «funciones administrativas» atribuidas a las comunidades autónomas en este texto –y en la «legislación estatal» que se dicte «para refundir en un solo texto las disposiciones legales vigentes»– «se entienden transferidas» a «Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, Extremadura y Madrid» (disposiciones adicional 1.ª.2 y final 1.ª). A su vez, trascurrido aquel plazo quinquenal, se han producido varios procesos de reforma estatutaria en cuya virtud el límite del artículo 148.1.2.ª CE ha dejado de operar.

El resultado es que, en la actualidad, todos los Estatutos atribuyen a sus respectivas comunidades autónomas las competencias de ejecución en materia de régimen local y, por tanto, la tutela financiera. Va-

por aquéllas de las condiciones previstas en esta Ley. Dichos informes, conocidos por el Gobierno, originarán comunicaciones de éste a las Cortes Generales».

⁶⁰ Artículo 54.2: «La concertación de créditos y concesión de avales, en general, exigirá autorización de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda, salvo que la Comunidad Autónoma a que aquella pertenezca tenga atribuida en su Estatuto competencia en la materia, en cuyo caso corresponderá a la misma».

rios de ellos se refieren expresamente a esta última, precisando en muchos casos, en línea con los citados Estatutos catalán (1979), gallego (1981) y andaluz (1981), que es una submateria perteneciente al «régimen local»⁶¹. Siguen sin mencionarla, además de la LORAFNA y los Estatutos del País Vasco y la Comunidad Valenciana, los de Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Madrid y Región de Murcia, pero ello no significa que tales autonomías carecen de ella. Al contrario, la tienen atribuida desde el momento en que disponen de las competencias de ejecución del régimen local sin el límite previsto en el artículo 148.1.2.ª CE. Por lo mismo, la circunstancia de que el Estatuto vigente en Baleares no recoja la mención expresa que lucía en la versión anterior en modo alguno implica que la tutela financiera inicialmente asumida por la comunidad autónoma haya sido devuelta al Estado.

Por eso la STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 12 d), no se ha limitado a declarar inaplicables en la comunidad autónoma entonces recurrente (Andalucía) los incisos del artículo 26.2 LBRL que atribuían una facultad de esta especie al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (aprobación del plan provincial para «reducir los costes efectivos» de determinados servicios municipales). Los ha declarado inconstitucionales y nulos precisamente porque todas las comunidades autónomas –no solo las que accedieron a la autonomía en el marco del artículo 151 y de las disposiciones adicional 1.ª y transitoria 2.ª CE– han asumido las competencias de gestión o administración en materia de régimen local. Por lo mismo, el precepto que obliga a los entes locales a justificar en términos de eficiencia ante aquel Ministerio la decisión contraria a adherirse a plataformas electrónicas estatales (disposición adicional segunda de la Ley 39/2015), si se interpreta como un control administrativo, invadiría «las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas [de todas y cada una, se entiende] por atribuir a la Administración General del Estado una tarea de gestión o administración respecto de los entes locales» [STC 55/2018, de 24 de mayo, FJ 11 a)]⁶².

Nótese que muchas comunidades autónomas vienen ejerciendo pacíficamente funciones de fiscalización respecto de la actividad económico-financiera de los entes locales a través de órganos de control externo similares al Tribunal de Cuentas. Cabe mencionar, entre las dotadas de Estatutos que no hacen referencia a la «tutela financiera»: Castilla-La Mancha⁶³, Comunidad de Madrid⁶⁴ e Islas Baleares⁶⁵. También puede citarse el caso de Canarias: antes de la aprobación en 2018 de su nuevo Estatuto, carecía de una mención estatutaria específica a la tutela financiera como competencia de la comunidad sin que ello impidiera el ejercicio de las funciones señaladas de control externo⁶⁶. Esta actividad fiscalizadora es una manifestación, quizá la más evidente, de «tutela financiera» de la actividad local, entendida como competencia de ejecución que forma parte del título «régimen local». Así lo ha declarado la STC 187/1988, FJ 8, refiriéndose a la Sindicatura de Cuentas de Cataluña:

«Hemos de partir, por lo tanto, de *la competencia constitucional y estatutaria* de la Comunidad Autónoma de Cataluña *en materia de régimen local y, en concreto, en relación con las actividades financieras de los entes locales*. El artículo 48.1 del E.A.C. establece que corresponde a la Generalidad la tutela financiera sobre dichos entes, respetando la autonomía que es reconocida a los mismos en los artículos 140 y 142 de la Constitución y de acuerdo con el artículo 9.8 del E.A.C. Pues bien, la fiscalización sobre las Corporaciones locales prevista en la mencionada Ley autonómica 6/1984 –que, según veremos, se concreta en un control a posteriori de su

⁶¹ El Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982, tras su reforma de 1996, incluyó la mención a la tutela financiera como competencia de ejecución del régimen local: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la tutela financiera respecto de los Entes Locales, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.uno.2, del presente Estatuto [competencia exclusiva autonómica en materia de "régimen local, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dieciocho del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución"]» (artículo 53.1). El Estatuto del Principado de Asturias de 1981, tras su reforma de 1999, se refiere a la tutela financiera como competencia autonómica ejercida «en el marco del artículo 149.1.18.ª CE» (artículo 51 bis). Los Estatutos vigentes en Andalucía (2007) y Canarias (2018) mencionan la tutela financiera dentro del precepto que atribuye a la Comunidad Autónoma las competencias legislativas y ejecutivas en materia de «régimen local» o «régimen territorial» (artículos 60 y 105, respectivamente).

⁶² La Sentencia no llegó a anular el precepto bajo la consideración de que el principio *favor legis* obligaba a descartar tal interpretación en beneficio de otra según la cual «la previsión impugnada no haría depender la decisión autonómica o local de mantener o crear plataformas propias de la valoración que haga la administración central de la justificación aportada. Comunicado el informe correspondiente, las Comunidades Autónomas y las entidades locales podrían ejercer su potestad de autoorganización en el sentido de preservar o instaurar sus propias plataformas aunque el Estado considerase insuficiente la motivación dada».

⁶³ Artículo 8.1 c) de la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, derogada por Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas.

⁶⁴ Artículo 2.1 b) de la Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas.

⁶⁵ Artículo 2.1 b) de la Ley 4/2004, de 2 de abril, de la Sindicatura de Cuentas.

⁶⁶ Artículo 2 b) de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas.

actividad financiera— forma parte del contenido de la tutela financiera y, por consiguiente, de la competencia derivada del citado precepto estatutario⁶⁷».

Todo apunta pues a que el Ministerio de Hacienda, al atribuirse hoy la tutela financiera de los entes locales de Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Región de Murcia, actúa por inercia, reiterando la pauta aplicada en el pasado, como si todavía el Estado conservara la ejecución del régimen local y como si las competencias en la materia de aquellas comunidades estuvieran aún sometidas al límite del artículo 148.1.2.^a CE. Frente a ello, hay que insistir en que la tutela financiera corresponde ya, en todos los casos, por virtud de las prescripciones estatutarias, a las comunidades autónomas, las cuales pueden transferirla a otras instancias territoriales; p. ej., a los consejos y cabildos insulares, respecto de los municipios de su ámbito territorial, de acuerdo con las Leyes 8/2000, de 27 de octubre, de Baleares y 8/2015, de 1 de abril, de Canarias.

De manera que aquella fórmula abierta de asignación de actos de fiscalización, perfeñada dentro de un contexto competencial asimétrico, en la actualidad remite siempre a las comunidades autónomas. No por casualidad las leyes suelen abstenerse hoy de decir que la tarea corresponde al «Ministerio de Hacienda o, en su caso, a la Comunidad Autónoma que ejerza la tutela financiera». Lo habitual es que simplifiquen la fórmula, señalando que el acto de fiscalización corresponde a la «Administración que tenga atribuida [o “ejerza”] la tutela financiera» —lo hemos visto en el primer epígrafe de este estudio. Con ello es posible que el redactor de las normas haya pretendido centralizar el cometido respecto de los entes locales de las comunidades citadas, sin decirlo de modo directo, disimuladamente. Ahora bien, la tendencia a no aludir ya a la Administración General del Estado es posiblemente indicativa de que aquella duda de que esta pueda hoy ejercer la competencia.

Sea como fuere, es claro que, dentro del régimen constitucional de reparto de poder público vigente en la actualidad, la asignación del acto de fiscalización a la «Administración que tenga atribuida [o “ejerza”] la tutela financiera» logra remitir a las comunidades autónomas sin impedir que esta (o los Estatutos) descentralicen la tarea en alguna instancia territorial inferior. Aquella vieja fórmula, si antes servía para asignar tareas dentro de un régimen competencial que atribuía aún competencias ejecutivas por encima del nivel autonómico (Estado), ahora sirve para asignar actos de fiscalización dentro de un sistema que permite la descentralización por debajo del nivel autonómico (p. ej., diputaciones, cabildos y consejos insulares).

2.5. El Estado puede atribuirse algún control económico-financiero, pero no como titular de la tutela financiera de los entes locales, que es siempre autonómica

El Tribunal Constitucional ha dado por buena la extensión de las bases del régimen local (artículo 149.1.18.^a CE) a «competencias ejecutivas de relación interadministrativa» reguladas por la LBRL, entre ellas, la exigencia judicial de suspensión y anulación del acto local que vulnere el ordenamiento jurídico (artículo 65 LBRL), menoscabe las competencias estatales, interfiera en su ejercicio o exceda de sus atribuciones (artículo 66 LBRL), así como una serie de controles propiamente administrativos⁶⁸ [SSTC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 b), y 45/2017, de 27 de abril, FJ 3 d)]. Se trata, no obstante, de mecanismos que protegen intereses supraautonómicos y funcionan como marco general o última referencia, sin perjuicio de los actos ejecutivos que la legislación sectorial atribuya a las comunidades autónomas⁶⁹. De modo que la indicada jurisprudencia en absoluto desmiente que la ejecución del régimen local y, con ella, la tutela financiera está hoy descentralizada en todas y cada una de las comunidades autónomas:

«Respecto del régimen local, el artículo 149.1.18 CE autoriza al Estado a adoptar normas, pero sin agotar la disciplina. La competencia alcanza solo a la regulación, y ni siquiera toda ella; está limitada a las bases y no a la función ejecutiva» [STC 111/2016, FJ 12 d)].

⁶⁷ Cursiva añadida por el autor.

⁶⁸ La suspensión acordada por el Delegado del Gobierno, previo requerimiento infructuoso al ente local, de actos que atenten gravemente contra el interés general de España, seguida de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 67 LBRL); la sustitución del ente local por parte de la Administración estatal o autonómica por incumplimiento que afecte gravemente a las competencias estatales o autonómicas de las obligaciones legalmente impuestas que cuenten con cobertura económica garantizada (artículo 60 LBRL); y la disolución de los órganos de la corporación local, acordada por el Consejo de Ministros a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o a solicitud de éste y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, en el supuesto de que la gestión de dichos órganos sea gravemente dañosa para los intereses generales y suponga un incumplimiento de sus obligaciones constitucionales (artículo 61 LBRL).

⁶⁹ Sánchez Morón (2011, p. 380).

El Tribunal Constitucional ha declarado igualmente compatible con el régimen de distribución de competencias la aplicación por parte de la Administración General del Estado de algún concreto mecanismo de fiscalización económico-financiera. Ahora bien, esta función administrativa le ha sido reconocida, no en cuanto titular de la «tutela financiera» (tarea que se presenta como especificación de la ejecución del régimen local que corresponde hoy a las comunidades autónomas), sino a partir de otros títulos (bases de ordenación del crédito y bases de ordenación general de la economía, artículo 149.1.11.^a y 13.^a CE) y para casos concretos⁷⁰.

La STC 57/1983, de 28 de junio, desarrolló esta doctrina por vez primera, al referirse a la exigencia de autorización estatal para la aprobación de operaciones de crédito de las corporaciones locales. Tras señalar que la comunidad autónoma recurrente «ha asumido la competencia de tutela financiera sobre los entes locales», razonó que el Estado no puede hacer valer las bases del artículo 149.1.18.^a CE para aprobar por sí actos de fiscalización, si bien precisó que «otra cuestión es si, por la concurrencia y prevalencia de otros títulos competenciales, la apelación al crédito ha de quedar sujeta –a la hora de establecer los límites o de verificar la procedencia de operaciones que excedan del techo de endeudamiento– al control estatal». Es lo que, según se entendía, ocurría en el caso:

«Este que ahora estudiamos es un supuesto en que dejándose a la autorización el control del endeudamiento y de la oportunidad, dentro del conjunto de la política financiera, de la apelación al crédito, *ha de atribuirse a la autoridad que tiene la responsabilidad del equilibrio económico la competencia para autorizar o no una operación de crédito que supone superar el techo normal de endeudamiento*. Con lo que el acto de autorización puede significar en orden a prevenir las consecuencias dañosas que pudieran producirse para las entidades locales por un endeudamiento excesivo, *destacan los aspectos que afectan al conjunto, y, desde esta estimativa, son invocables los títulos competenciales del artículo 149.1.11.^a y 13.^a»* (FJ 7)⁷¹.

Hay que notar, a su vez, que «las competencias estatales de carácter normativo pueden llegar a dar cobertura a tareas de simple ejecución», pero únicamente en «supuestos limitados y excepcionales⁷²». De ahí que ya la STC 57/1983 partiese de que aquellos otros títulos (artículos 149.1, números 11 y 13, CE) autorizan de ordinario nada más que la aprobación de regulaciones (por lo demás, no completas) a fin de argumentar que el Estado solo «en la medida indispensable» puede llevar a cabo aquellos actos de fiscalización:

«[C]uando la Constitución utiliza el término bases (así, en el artículo 149.1.11.^a, 13.^a y 18.^a) está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester un común uniforme, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia, puedan ejercerlas, pero estas competencias no se agotan con las propias legislativas, pues *cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclame el complemento reglamentario, y aun el ejecutivo, se justifica la reserva de estas competencias en la medida indispensable*. Este que ahora estudiamos es un supuesto en que dejándose a la autorización el control del endeudamiento y de la oportunidad, dentro del conjunto de la política financiera, de la apelación al crédito, ha de atribuirse a la autoridad que tiene la responsabilidad del equilibrio económico la competencia para autorizar o no una operación de crédito que supone superar el techo normal de endeudamiento. Con lo que *el acto de autorización puede significar en orden a prevenir las consecuencias dañosas que pudieran producirse para las*

⁷⁰ Lo ha destacado Endemaño Arostegui (2013, p. 185).

⁷¹ Cursiva añadida por el autor.

⁷² STC 45/2017, de 27 de abril, FJ 3 d), con cita de la importante STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4 C: «la doctrina constitucional ofrece diversos ejemplos de supuestos, ciertamente muy excepcionales, en los que ha admitido la categoría conceptual de actos de ejecución de naturaleza básica, si bien requiere la presencia de alguna especial razón que, de manera manifiesta, así lo justifique, como ocurre cuando el acto de ejecución afecta a intereses de varias Comunidades Autónomas o comporte márgenes amplios de discrecionalidad que sólo puedan ser encomendados a instancias generales –SSTC 1/1982 y 44/1982–; se produzcan situaciones de urgencia y sea preciso evitar daños irreparables o se trate de preservar la normativa de una institución considerada básica y por vía de conexión –STC 75/1983–, pronunciándose en el mismo sentido las SSTC 48/1988 y 49/1988, en la primera de las cuales se establece que “excepcionalmente pueden considerarse básicos ciertos actos de ejecución, cuando por la naturaleza de la materia resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases”, diciéndose en la segunda de dichas Sentencias, “que las bases pueden contener regulaciones detalladas de materia, aspectos concretos e incluso actos de ejecución” “cuando sean realmente imprescindibles para el ejercicio efectivo de competencias establecidas”».

entidades locales por un endeudamiento excesivo, destacan los aspectos que afectan al conjunto, y, desde esta estimativa, son invocables los títulos competenciales del artículo 149.1.11.^a y 13.^a» (FJ 7)⁷³.

De manera que, de acuerdo con esta doctrina, reiterada después en otras controversias (también suscitadas por instituciones catalanas)⁷⁴, los controles económico-financieros que, en su caso, desarrolle la Administración General del Estado no expresan el ejercicio de una competencia central de tutela financiera, sino actos singulares de ejecución que, por excepción, a la vista de las circunstancias del caso, pueden reconducirse a las competencias normativas de bases de la ordenación del crédito (artículo 149.1.11 CE) y ordenación general de la economía (artículo 149.1.13 CE).

Más aún: si lo que justifica la extensión de las bases económicas o crediticias a la ejecución es la «preservación de un tratamiento uniforme» y la protección de un interés supraautonómico intenso o cualificado, difícilmente podría admitirse que el acto de fiscalización así centralizado estuviera simultáneamente descentralizado en algunas comunidades autónomas. Se distingue así la tutela financiera autonómica (y centralizada solo en parte mientras el Estado fue titular de la ejecución del régimen local al amparo del artículo 148.1.2.^a CE); de los actos de fiscalización singulares que, por su repercusión en el conjunto, asume el Estado respecto de los entes locales de todas las comunidades autónomas al amparo del artículo 149.1, números 11 y 13, CE. En términos de la STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 14, reproducidos en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 7:

«Igual criterio mantuvimos al examinar el artículo 54 de la Ley reguladora de las haciendas locales (en la actualidad, artículo 53), que en su apartado primero somete las operaciones de crédito a formalizar con el exterior y las que se instrumenten mediante deuda o cualquier otra apelación al crédito público a la autorización de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda, conforme a la competencia estatal garantizada por los artículos 149.1.11 y 13 CE en cuanto pueden incidir en el área de la política crediticia y del equilibrio económico (STC 57/1983). Por su parte, el apartado segundo atribuye dicha autorización a los órganos de la Comunidad Autónoma que tengan atribuida competencia en la materia cuando de la concertación de créditos y concesión de avales en general se trate, garantizando así, en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, su competencia en materia de tutela financiera reconocida por el artículo 48.1 EAC, que se proyecta sobre aquellas operaciones de endeudamiento que no trascienden el interés local» (STC 56/1983).

La reforma constitucional de 2011 no ha alterado las cosas. Ciertamente, la reserva de ley orgánica establecida en el nuevo artículo 135 CE para el desarrollo del principio de estabilidad presupuestaria «corrobora» la competencia estatal para adoptar «medidas necesarias para cumplir con los mandatos de la Unión Europea, de cara a la reducción del déficit público y a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario», incluidos penetrantes actos de ejecución en relación con las propias comunidades autónomas [STC 215/2014, de 18 de diciembre, FFJJ 3 b), 4 b), 5 a) y 6 b) con ocasión del recurso interpuesto por el Gobierno canario contra la LOEPSF]. Ahora bien, los actos de fiscalización cuya centralización puede justificarse han de referirse a actuaciones locales que, por su trascendencia para el conjunto, exigen un tratamiento uniforme, que sean vigilados por el Estado sin excepción en todo el territorio nacional. El poder central no puede extender las bases al ámbito de lo ejecutivo en relación solo con algunas comunidades autónomas o solo con los entes locales de algunas de ellas.

A partir de algunas sentencias constitucionales se ha sostenido que el Estado puede establecer *bases asimétricas*, esto es, normas que entran dentro de lo básico, pero que se aplican en unas comunidades autónomas y no en otras⁷⁵. Ahora bien, esta tesis no pretende dar soporte a una extensión *asimétrica* de las bases a las tareas de gestión o administración. La *base asimétrica*, aunque pueda reputarse constitucionalmente admisible en algún caso, se sitúa siempre en el plano ordinario o normal, esto es, dentro del ámbito para el que ha sido constitucionalmente habilitada, que es lo normativo o legislativo. La asimetría no va más allá de ese espacio. Según se ha visto, la doctrina constitucional acepta la extensión de las bases a las tareas de gestión solo por excepción si cumple una serie de condiciones de suyo incompatible con

⁷³ Cursiva añadida por el autor.

⁷⁴ Véanse las SSTC 134/2011, de 20 de julio, FJ 14, y 120/2012, de 4 de junio, FFJJ 5 y 7.

⁷⁵ Velasco Caballero (2009, pp. 180-181, 188-193).

una centralización parcial o asimétrica y, por tanto, con una situación en la que, teniendo estatutariamente atribuidas las funciones ejecutivas todas las comunidades autónomas, algunas de estas las pierdan y otras no. A su vez, si pudiera hallarse una justificación objetiva para una *base ejecutiva asimétrica*, estaríamos ante un caso rarísimo, rigurosamente anómalo, incapaz de desvirtuar el planteamiento expuesto: no cabe invocar una competencia básica para centralizar funciones ejecutivas respecto de los entes locales de unas comunidades, pero no respecto de los de otras.

Consecuentemente, el Estado puede proteger un fuerte interés supraautonómico mediante la centralización de un control de la actividad local, pero, pudiendo hacerlo solo en ejercicio de sus atribuciones básicas en materia de ordenación económica y crediticia, no habrá de asignarlo a la Administración «que tenga atribuida [o “ejerza”] la tutela financiera». Habrá de atribuirlo directa y únicamente a su Administración General, sin olvidar la invocación del artículo 149.1, números 11 y 13, CE en la disposición final correspondiente. Por lo mismo, en la actualidad, la ley que remita un acto de fiscalización al nivel político responsable de la tutela financiera de los entes locales no estará por definición amparada en aquellos títulos competenciales y remitirá siempre a las comunidades autónomas o a las instancias territoriales inferiores que estas (o sus Estatutos) indiquen.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional reseñada en modo alguno permite interpretar que el artículo 7.4 LBRL atribuye la aprobación del informe de sostenibilidad a la Administración General del Estado como base «ejecutiva». Lo han dicho específicamente las sentencias que examino a continuación.

3. LO QUE HA DICHO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INFORME VINCULANTE DE SOSTENIBILIDAD DEL ARTÍCULO 7.4 LBRL, EN PARTICULAR

3.1. La STC 101/2017, de 20 de julio

El Gobierno de Canarias impugnó el artículo 7.4 LBRL y otras previsiones que encomiendan determinados informes y autorizaciones a la Administración «que tenga atribuida [o “ejerza”] la tutela financiera» de las entidades locales, sin llegar a concretar si tal Administración es la General del Estado, la de la comunidad autónoma u otra instancia territorial (p. ej., consejos o cabildos insulares respecto de los municipios de su ámbito territorial). La impugnación se hizo cargo de que la LRSAL sí identifica específicamente a la Comunidad foral y a las instituciones vascas como competentes para ejecutar aquellos controles⁷⁶. También de que algunos Estatutos de Autonomía, a diferencia del entonces vigente para Canarias, mencionan expresamente la tutela financiera como atribución autonómica. A la vista de todo ello, el recurrente denunció que «la interpretación sistemática de estos preceptos podría dar a entender que el Estado es quien habrá de emitir aquellos informes y autorizaciones, salvo en los casos en que la propia la LRSAL o los Estatutos de Autonomía hayan atribuido específicamente a la Comunidad Autónoma la tutela financiera de los entes locales de su ámbito territorial». De modo que, según el ejecutivo autonómico impugnante, «la referencia a la Administración “que tenga atribuida [o ‘ejerza’] la tutela financiera” serviría de este modo para afianzar en el nivel central aquellas tareas de gestión o ejecución, sin perjudicar a las Comunidades Autónomas que tienen expresamente salvaguardada la tutela financiera de los entes locales». Ello «supondría, a la postre, una invasión de las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de Canarias, que se extienden a todos los actos de ejecución en materia de régimen local (artículo 32.4 EACan)»⁷⁷.

A la vista de lo que ocurre en la práctica, la preocupación manifestada por el Gobierno canario estaba más que fundada. Lo relevante es que la STC 101/2017 ofreció una respuesta a esta queja que no pudo ser más clara y consonante con la doctrina constitucional apenas expuesta. No estimó la impugnación, pero vino a dar la razón al recurrente al señalar que en caso alguno el Estado es el nivel de gobierno al que se refiere el artículo 7.4 LBRL. Lo es el autonómico u otro inferior, si así lo ha previsto el Estatuto correspondiente o la propia comunidad autónoma:

«[N]o cabe interpretar el reconocimiento explícito por parte del Estado de que a él no le corresponde la tutela financiera de los municipios vascos y navarros como una particularidad

⁷⁶ Disposiciones adicionales 2.ª.3 LRSAL, 2.ª.5 LBRL (en la redacción dada por el artículo 1.34 LRSAL) y 8.ª TRLHL (en la redacción dada por el artículo 2.4 LRSAL).

⁷⁷ Las comillas se corresponden con el modo en que el Tribunal Constitucional presenta la queja formulada por el Gobierno canario [STC 101/2017, de 20 de julio, FJ 6 a)].

exclusivamente foral, no extensible en cuanto a tal a la Comunidad Autónoma de Canarias. A la vista de la doctrina constitucional examinada, resulta indiscutible, en primer lugar, que *el artículo 149.1 CE no ha reservado al Estado la ejecución del régimen local, en general, ni la tutela financiera de los entes locales, en particular*, y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, que *todos los Estatutos –no solo los que se benefician del plus competencial derivado de la garantía constitucional de la foralidad– pueden atribuir esas competencias a sus respectivas Comunidades Autónomas*.

Consecuentemente, la referencia a la Administración “que tenga atribuida [o ‘ejerza’] la tutela financiera” de los entes locales no puede interpretarse como una fórmula alambicada mediante la cual la Ley 27/2013 consigue residenciar en el nivel central la facultad de intervenir en decisiones administrativas o ejecutivas que afectan al mapa local canario (artículo 13.1 LBRL), así como autorizar caso a caso la ampliación de las competencias de la corporación que lo solicite (artículo 7.4 LBRL) y la utilización del patrimonio público del suelo para reducir deuda municipal [artículo 39.5 e) del texto refundido de la Ley de suelo].

Corresponde, en consecuencia, *descartar la interpretación propuesta por el Gobierno canario* y, con ello, desestimar este motivo de impugnación de los artículos 7.4 y 13.1 y la disposición adicional segunda LBRL (en la redacción dada por los apartados 3, 5 y 34, respectivamente, del artículo 1 de la Ley 27/2013), así como del artículo 39.5 e) del texto refundido de la Ley de suelo (en la redacción dada por la disposición final cuarta de la Ley 27/2013) y la disposición adicional segunda.3 de la Ley 27/2013» [FJ 6 b)]⁷⁸.

3.2. La STC 107/2017, de 20 de julio

En el marco del conflicto en defensa de la autonomía local planteado contra la LRSAL, los más de 2.000 municipios impugnantes denunciaron que los informes vinculantes del artículo 7.4 LBRL suponen una intervención restrictiva cuyos perfiles han quedado normativamente indefinidos en contra de la exigencia de predeterminación legal inherente a la garantía constitucional de la autonomía local (artículos 137, 140 y 141 CE). El primer y fundamental aspecto carente de la necesaria precisión sería la identificación de las Administraciones que han de emitir aquellos informes; en lo que hace al de sostenibilidad, se habría identificado solo indirectamente por referencia a la Administración responsable de la tutela financiera de los entes locales.

La STC 107/2017, de 20 de julio, FJ 3 c), admite que el artículo 7.4 LBRL es una restricción de la autonomía local insuficientemente determinada, aunque razona al propio tiempo que ello no es razón para declararlo contrario a la garantía de los artículos 137, 140 y 141 CE: «en el marco de una materia respecto de la que el Estado tiene solo competencia para adoptar bases, no puede extrañar que el artículo 7.4 LBRL haya dejado de regular agotadoramente la decisión autonómica sobre el ejercicio de las competencias locales». Antes bien, afirma el alto Tribunal, «una regulación de mayor detalle que, por ejemplo, indicase el órgano autonómico competente para emitir los informes vinculantes y estableciese todo el procedimiento, invadiría la potestad de autoorganización y la competencia legislativa en materia de régimen local de las Comunidades Autónomas». De manera tal que han de ser «estas quienes, en cumplimiento de la exigencia de predeterminación normativa que impone la garantía constitucional de la autonomía local (artículos 137, 140 y 141 CE), perfilen aquellos aspectos de la intervención autonómica que, pudiéndose considerar relevantes, han quedado indefinidos en el artículo 7.4 LBRL».

Ahora bien, y esto es lo decisivo a nuestros efectos, el Tribunal descarta que haya verdadera indeterminación en cuanto a la Administración competente para emitir el informe vinculante de sostenibilidad. Tras reproducir un pasaje de la STC 101/2017, concluye que tal Administración es siempre, sin excepción, la autonómica o la instancia territorial que, en su caso, señalen los Estatutos o la legislación autonómica:

«Cabe identificar fácilmente a la Administración “que tenga atribuida la tutela financiera”. *Tal Administración es la Comunidad Autónoma o, en su caso, la que indique el correspondiente Estatuto de Autonomía o la legislación autonómica*» [FJ 3 c)]⁷⁹.

⁷⁸ Cursiva añadida por el autor. Esta doctrina se reitera, también en relación con Canarias, en la STC 79/2018, de 5 de julio, FFJJ 3 b) y 5.

⁷⁹ Cursiva añadida por el autor.

4. CONCLUSIONES

El poder central se considera responsable de la tutela financiera de los entes locales integrados en comunidades autónomas que carecen de un régimen especial vinculado a la protección constitucional de la foralidad y cuyos Estatutos no mencionan específicamente la tarea: Castilla-La Mancha, Cantabria, Islas Baleares, Extremadura, Madrid y Región de Murcia. De modo que, cuando el legislador encomienda un acto de fiscalización al nivel de gobierno que tenga atribuida la tutela financiera, el Ministerio de Hacienda se da por aludido. Ello le lleva a asumir respecto de los entes locales de aquellas comunidades una función ejecutiva tan importante para la configuración del poder local como es el informe preceptivo y vinculante de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 7.4 LBRL.

Esta situación de hecho choca abiertamente con el sistema de distribución competencial, tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional respecto de la tutela financiera, en general, y del indicado informe de sostenibilidad, en particular. Contrariamente a lo que ocurre en la práctica, resulta inconcuso que el Estado no tiene atribuida en la actualidad la tutela financiera de ente local alguno y, correlativamente, que la tienen todas las comunidades autónomas, en cuanto titulares de las competencias de ejecución en materia de régimen local. Consecuentemente, cuando el artículo 7.4 LBRL encomienda el informe de sostenibilidad a la «Administración que tenga atribuida la tutela financiera», está refiriéndose a las comunidades autónomas o a los entes territoriales a los que aquellas (o los Estatutos de Autonomía) hayan transferido la tarea.

Es verdad que, cuando el sistema autonómico inició su andadura, la tutela financiera era unas veces de las comunidades y otras del Estado, pero no porque la referencia expresa a ella apareciera solo en algunos Estatutos de Autonomía (por lo demás, ausente en la norma de cabecera de Navarra y País Vasco), sino porque entonces la ejecución del régimen local pudo descentralizarse únicamente en algunas comunidades autónomas. En las sometidas a los límites del artículo 148.1.2.^a CE el Estado conservó las competencias en materia de régimen local, incluida la tutela financiera. Fue en este contexto de distribución competencial asimétrica, precisamente, cuando el legislador inventó las fórmulas que permiten asignar simultáneamente los actos de fiscalización a las comunidades autónomas y al Estado, según que la ejecución del régimen local hubiera sido o no descentralizada.

Todos los Estatutos atribuyen hoy a sus respectivas comunidades autónomas las competencias de ejecución en materia de régimen local y, por tanto, la tutela financiera. De manera que aquellas viejas técnicas de asignación de actos de fiscalización perfeñadas dentro de un contexto competencial asimétrico, en la actualidad remiten siempre a las comunidades autónomas o, en su caso, a los entes locales intermedios que estas (o los Estatutos) señalen. Se mantiene la fórmula, pero dentro de un contexto de descentralización simétrica, cambia ostensiblemente la funcionalidad. Si la técnica antes servía para asignar tareas dentro de un régimen competencial que atribuía aún competencias ejecutivas por encima del nivel autonómico (Estado), ahora sirve para asignar actos de fiscalización dentro de un sistema que permite la descentralización por debajo del nivel autonómico (p. ej., diputaciones, cabildos y consejos insulares).

No quiero con ello negar que la Administración General del Estado puede a veces ejecutar actos de fiscalización, incluso muy penetrantes, en relación con los entes locales. Esta competencia de gestión le ha sido, en efecto, reconocida antes incluso de la modificación del artículo 135 CE, pero no en cuanto titular de la «tutela financiera» (tarea que se presenta como especificación de la función autonómica de ejecución del régimen local), sino a partir de una extensión de las bases crediticias y económicas (artículo 149.1, números 11 y 13, CE) a tareas ejecutivas, admisible solo por excepción, para casos concretos y respecto de todos los entes locales, no solo los de algunas comunidades autónomas.

Hay, pues, un llamativo contraste entre lo que el Estado hace y lo que el sistema constitucional le permite. Todo apunta a que el Ministerio de Hacienda, al atribuirse hoy la tutela financiera de los entes locales de Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Región de Murcia, actúa por inercia, reiterando la pauta aplicada en el pasado, como si todavía el Estado conservara la ejecución del régimen local y como si las competencias de aquellas comunidades estuvieran aún sometidas al límite del artículo 148.1.2.^a CE. La circunstancia de que, hasta el momento, ello haya generado poca conflictividad, se debe, posiblemente, al escaso atractivo que reviste para las comunidades autónomas el ejercicio de estas funciones fiscalizadoras, así como a la menor pulsión autonomista que, de hecho, es característica de algunos de estos territorios. Cabe sospechar que allí donde una comunidad autónoma afirma y ejerce efectivamente la competencia, el Ministerio de Hacienda no proclama la suya, incluso si el Estatuto de Autonomía correspondiente no recoge la expresión «tutela financiera». El caso de la Comunidad Valenciana es muy significativo:

su Estatuto omite toda referencia expresa a la tarea, pero la *Generalitat* la está ejerciendo a través de un aparato organizativo creado al efecto, sin que lo haya discutido el Ministerio de Hacienda.

La aceptación por parte de algunas comunidades de una tutela financiera estatal de sus entes locales, junto a otros datos (como el menor número de leyes aprobadas y de conflictos competenciales planteados ante el Tribunal Constitucional en comparación con otras autonomías), revela, a mi modo de ver, el sentido práctico que tenía aquella interpretación del sistema autonómico que autorizaba al poder central a hacerlo todo por defecto (competencia supletoria o general ex artículo 149.3 CE), quedando desplazado allí donde las comunidades autónomas contarán con (y hubieran ejercido efectivamente sus) atribuciones estatutarias⁸⁰.

Ahora bien, hace tiempo que tal interpretación fue rotundamente desechada por el Tribunal Constitucional⁸¹. De modo que, si las comunidades autónomas se sienten cómodas con la práctica ministerial descrita, lo procedente sería que promovieran la reforma de sus Estatutos a fin de que estos dispongan que las competencias en materia de régimen local no se asumen ya por completo, precisando específicamente que se devuelve al Estado la tutela financiera. Ciertamente, incluso en estos tiempos, en que cobran cada vez más fuerza partidos políticos que cuestionan el sistema autonómico, no ya solo en más (separatistas contrarios al Estado), sino también en menos (centralistas contrarios a las autonomías), es improbable que semejante reforma llegue a plantearse efectivamente. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho establecido, tan inaceptable resulta que el Estado esté asumiendo controles económico-financieros que no le corresponden, como que las comunidades autónomas estén abandonando la tutela financiera que tienen estatutariamente atribuida.

En cualquier caso, los entes locales de las comunidades citadas habrían de elevar sus solicitudes de ampliación competencial para su examen en términos de sostenibilidad financiera a la Administración autonómica e ignorar con ello la aplicación que el Ministerio de Hacienda ha puesto a su disposición. También ellos están vinculados por el sistema constitucional, sin que, por tanto, deban someterse al control económico-financiero que pretende ejecutar el Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carbonell Porras, E. (2023). Las competencias locales diez años después de la LRSAL. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 8-28. <https://doi.org/10.24965/reala.11192>
- De Otto y Pardo, I. (1981). La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(2), 57-92. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-2-mayoagosto-1981/la-prevalencia-del-derecho-estatal-sobre-el-derecho-regional-2>
- Endemaño Arostegui, J. M.^a (2013). Alcance y ubicación del título competencial tutela financiera sobre los municipios. *Zergak: gaceta tributaria del País Vasco*, (46), 165-185. https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/zergak/es_46/adjuntos/Z46%20-%2003%2005%20-%20JM%20Endema%C3%B1o.pdf
- Jiménez Asensio, R. (1997). El sistema de fuentes del Derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como «ordenamiento asimétrico». *Revista Vasca de Administración Pública*, (47), 127-172. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.47.1997.2.06>
- Lazo Vitoria, X. (2013). El control sobre los entes locales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Rasgos fundamentales. *Anuario de Derecho Municipal*, (7), 71-92. <http://hdl.handle.net/10486/701221>
- Medina Guerrero, M. (2014). La reforma del régimen local: una honda transformación de las relaciones intergubernamentales. *Cuadernos de Derecho local*, (34), 147-161.
- Ramos Carvajal, E. (2018). Tutela financiera de las entidades locales. Medidas adoptadas para conseguir los resultados deseados. *Revista Española de Control Externo*, 20(59), 85-107.
- Rebollo Puig, M. (2019). Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable. *Documentación administrativa*, (6), 43-80. <https://doi.org/10.24965/da.i6.10764>
- Sánchez Morón, M. (2011). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración Local. En S. Muñoz Machado (coord.), *Tratado de Derecho municipal* (vol. I, 3.^a ed., pp. 338-389). Iustel.
- Vela Bargues, J. M., Ventura García, I. y Grau Martínez, R. (2009). El Estatut y la tutela financiera de las entidades locales. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, (52), 13-43.
- Velasco Caballero, F. (2009). *Derecho local. Sistema de fuentes*. Marcial Pons.
- Velasco Caballero, F. (2013). Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Anuario de Derecho municipal 2012*, (6), 23-60.

⁸⁰ Me refiero a la conocida y brillante teoría de De Otto y Pardo (1981, pp. 57-92) que, no obstante, fue formulada más para las competencias legislativas que para las funciones administrativas.

⁸¹ SSTC 147/1991, de 4 de julio, 149/1991, de 4 de julio, 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 16-05-2023
Modificado: 12-07-2023
Aceptado: 12-07-2023
Prepublicado: 23-08-2023
Publicado: 16-10-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11224>
Páginas: 67-88

Referencia: Rivas Castillo, M. I. (2023). El compromiso autonómico en el diseño jurídico del juego responsable. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 67-88. <https://doi.org/10.24965/reala.11224>

El compromiso autonómico en el diseño jurídico del juego responsable¹

The regional commitment in the legal design of responsible gaming

Rivas Castillo, María Isabel

Universidad de Cádiz. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9857-4584>

mariaisabel.rivas@uca.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz. Desde septiembre de 2019 es Directora General de Procesos Académicos del Vicerrectorado de Estudiantes y Empleo. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Sus investigaciones están relacionadas con temas diversos: medios de transporte (servicios e infraestructuras) (terrestre, aéreo y marítimo-portuario), sectores regulados, administración electrónica, protección ambiental, servicios públicos, derechos fundamentales, seguridad pública e innovación docente en estudios jurídicos. Miembro del Grupo de Investigación Administraciones Públicas, libertades públicas y políticas sectoriales (SEJ-582).

RESUMEN

La prevención, la intervención y la reparación en el sector del juego se convierten en basamentos sobre los que se vienen trazando los bocetos de nuevas normas, que en conjunto se prevé que ofrezcan un escenario de armonía en un ámbito cada día más complejo. Nuevos modelos de juegos y apuestas, el uso de medios tecnológicos y la proliferación de establecimientos en los que se desarrollan, han llevado a que desde enero de 2019 la Junta de Extremadura comenzase un proceso intenso de adaptación de las normas sobre el sector, tarea que se fundamenta en principios de juego responsable. La delimitación de qué se entiende por juego responsable, así como de la adopción de medidas de ordenación de las políticas de juego responsable darán protagonismo a las nuevas directrices normativas. Una labor que ha comenzado y requiere un arduo esfuerzo por parte de todos los agentes del sector en la que el papel de las Administraciones públicas se dibuja esencial. Antes, durante y después de la puesta en marcha de cada juego y de las distintas modalidades de apuestas se activarán las funciones de una Administración autonómica que orientará su actuación hacia objetivos de prevención y protección de los grupos vulnerables, en definitiva, de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE

Juegos de azar y apuestas; juego responsable; prevención; protección; adicción; grupos vulnerables al juego; publicidad y patrocinio.

ABSTRACT

Prevention, intervention and redress become the basis for new regulations in a complex sector. New gaming and betting models, the use of technological means and the increase in the number of gambling

¹ Estudio realizado en el marco del Grupo de Investigación Administraciones Públicas, libertades públicas y políticas sectoriales (SEJ-582), de la Universidad de Cádiz.

premises have led the Regional Government of Extremadura to begin an intense process of adapting the regulations on the sector in January 2019, a task that is based on the principles of responsible gambling. The delimitation of what is understood by responsible gambling, as well as the adoption of management measures for responsible gambling policies are the main features of the new regulations. A task that has begun and requires an arduous effort on the part of all the agents in the sector in which the role of the public administrations is essential; before, during and after each game and bet, the autonomous administration must act responsibly with the objectives of prevention and protection of vulnerable groups.

KEYWORDS

Gambling and betting; responsible gambling; prevention; protection; addiction and groups vulnerable to gambling; advertising and sponsorship.

SUMARIO

1. EL PROTAGONISMO DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN EL DISEÑO JURÍDICO DEL JUEGO RESPONSABLE. 1.1. INTRODUCCIÓN. 1.2. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL JUEGO Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE LA MATERIA. 2. LA INICIATIVA EXTREMEÑA EN LA REGULACIÓN DEL JUEGO RESPONSABLE. 2.1. CAMBIOS NORMATIVOS EN 2019: LAS NUEVAS MODALIDADES DE JUEGO QUE LEGITIMAN LA URGENCIA DE LAS MEDIDAS. 2.2. EL JUEGO RESPONSABLE COMO NUEVO HORIZONTE EN LA ACTIVIDAD DEL JUEGO: LA ORDENACIÓN DEL JUEGO RESPONSABLE EN EXTREMADURA. 2.2.1. Los orígenes del juego responsable en la prevención. 2.2.2. Un paso al frente en el camino hacia un juego ordenado y un sector comprometido en el territorio extremeño. 3. EL TRATAMIENTO DEL JUEGO ENTRE LAS NUEVAS DIRECTRICES NORMATIVAS EN VALENCIA, CASTILLA LA MANCHA Y CANTABRIA. 3.1. PRINCIPIOS RECTORES Y POLÍTICAS DE JUEGO RESPONSABLE: DE LA NORMA A LA ACCIÓN. 3.1.1. Políticas de juego responsable en el nuevo modelo valenciano. 3.1.2. La apuesta manchega por un entorno responsable en el sector del juego: el Observatorio de Juego Responsable de Castilla-La Mancha. 3.1.3. Cantabria y Navarra: últimas autonomías que se han sumado al compromiso del juego responsable a lo largo del año 2022. 4. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD DEL JUEGO EN LA PREVENCIÓN DE CONDUCTAS ADICTIVAS. 5. CONCLUSIONES: LA SUERTE ESTÁ ECHADA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. EL PROTAGONISMO DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN EL DISEÑO JURÍDICO DEL JUEGO RESPONSABLE

1.1. Introducción

Desde que en 1977 comenzase el proceso de despenalización de los juegos de azar en nuestro país y fueron aprobándose las primeras normas de legalización del juego después de décadas prohibido, un escenario relativamente permisivo se fue implantando dentro de nuestras fronteras a la espera de conocer cuál sería el tratamiento que sobre el sector se daría en la incipiente Constitución². Fue así como, con el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero de 1977, por el que se regulaban los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, comenzaba una nueva etapa en la que el protagonismo de las normas penales daba paso al Derecho administrativo. Su artículo segundo modificaría dos preceptos fundamentales del Código penal, los artículos 349 y 350 que integrados en el Título VI (“De los juegos ilícitos”) del Libro II (“Delitos y sus penas”), tipificaban como delitos el desarrollo de los juegos de suerte, envite o azar en las casas de juego, así como la participación en ellos, castigando a banqueros, dueños de las casas de apuestas y a jugadores con penas privativas de libertad y cuantiosas multas. Con la nueva norma se daría un giro sustancial, pues se pasaba de un tipo general y abstracto de penalización de conductas relacionadas con los juegos de azar, fuesen las que fueran, a castigar únicamente aquellas que no contasen con el correspondiente título de habilitación, esto es, que no estuviesen autorizadas por la Administración del Estado³. Muy pronto, con fecha de 11 de marzo de 1977, se aprobaban nuevas pautas

² Pino Abad (2014, pp. 11-33).

³ El Real Decreto-ley se sustentaba sobre dos pilares básicos de regulación, por una parte, como ya hemos señalado, se eliminaban los obstáculos que impedían la práctica de algunos juegos de azar, modificando el Código Penal, y por otra, se establecía

sobre el sector a través del Real Decreto 444/1977; una norma en la que se incluyeron directrices generales y básicas en la ordenación del sector a la espera de que se fuesen aprobando los reglamentos específicos de cada tipo de juego autorizado. Si nos acercamos a ella, podemos observar que entre estas pautas nos encontramos con directrices que nos recordarán a las que hoy en día se han consagrado como propias del denominado «juego responsable» tanto a nivel estatal como autonómico: se establece el requisito de la mayoría de edad para jugar, la delimitación de tiempos máximos de juego, así como de cuantías invertidas en las apuestas, o la prohibición de la entrada de menores de edad en las casas de apuestas y centros autorizados, entre otros. Dos normas complementarias y preconstitucionales con las que se diseñaban las directrices que han servido de base para que poco a poco, y tras la aprobación de la Constitución de 1978, primero el legislador estatal y pronto los legisladores autonómicos fuesen elaborando y aprobando sus propias normas sobre el juego.

Muy pronto, ese protagonismo administrativo que se experimentaría desde finales de los setenta, llevó por fin, a que con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, desapareciese de este cuerpo normativo las referencias al juego como delito; eliminándose de esta forma el Título VI (“De los juegos ilícitos”), pues su mantenimiento carecía ya de sentido al trasladarse la regulación de esta actividad al ámbito jurídico-administrativo.

1.2. Tratamiento constitucional del juego y distribución de competencias sobre la materia

Aunque, como acabamos de ver en líneas previas, la transformación del escenario jurídico del sector del juego en nuestro país comenzaría incluso antes de la aprobación de la Constitución de 1978, nos llama la atención que entre las disposiciones constitucionales no se incluyesen referencias al mismo. Ni entre las materias del artículo 149, cuyas competencias se adjudicaban al Estado, ni entre las del artículo 148 se incluyen referencias a los juegos de azar y a las apuestas, dejando en manos del Tribunal Constitucional la determinación de qué, quiénes, y en qué medida se irían asumiendo competencias y funciones sobre aquellos⁴. Utilizando como base el artículo 149.3 de la Constitución, en el que se consagra la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pueden ir asumiendo competencias sobre las materias que no hubiesen sido asignadas directamente al legislador estatal, han ido acogiendo entre sus competencias estatutarias las relativas a las apuestas y los juegos de azar, comenzando de forma temprana, en la década de los ochenta, una auténtica procesión normativa de traspaso de funciones del Estado a favor de las incipientes Autonomías⁵. Pero como ha declarado en diferentes ocasiones el Tribunal Constitucional, la posibilidad de que una Comunidad Autónoma asuma competencias relativas al juego sobre el artículo 149.3 no significa un desapoderamiento absoluto del Estado⁶. Debemos recordar que estamos ante una realidad en la que se entrelazan distintas materias sobre las que Estado y las Comunidades Autónomas van asumiendo responsabilidades, lo que se traduce en el diseño de un escenario complejo de competencias⁷. En ocasiones, como nos ha

un nuevo marco fiscal derivado de las actividades relacionadas con los juegos legalizados, escenario, este último, que poco a poco también ha sufrido importantes cambios.

⁴ Sobre la distribución de competencias en materia de juego y apuestas entre el Estado y las Comunidades Autónomas debemos acudir a la STC 171/1998, de 23 de julio, en la que el TC sintetiza su doctrina al respecto; un asunto que había sido abordado en anteriores pronunciamientos como en las SSTC 52/1988, de 24 de marzo; 163/1994, de 26 de mayo; 164/1994, de 26 de mayo; y 216/1994, de 20 de julio.

⁵ Desde que en 1982 se aprobase el Real Decreto 2624/1982, de 10 de septiembre, de traspaso de servicios del Estado en materia de casinos y juegos a la Generalidad de Cataluña, se han ido sucediendo los distintos decretos de traspaso a cada una de las Comunidades Autónomas y a las dos Ciudades autonómicas, sobre juegos de azar y apuestas, sin perjuicio de decretos complementarios relacionados con el perfil fiscal del sector.

Sobre la aplicación de la cláusula del artículo 149.3 de la CE en relación con el juego y las apuestas ver las reflexiones de la profesora Martín Sanz (2009). Reflexiones que años más tarde compartiría el profesor Mayor Menéndez (2011).

⁶ En este sentido nos decía el TC en 2002 que: «[...] ni el silencio del artículo 149.1 CE respecto al género juego, ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía califiquen de exclusiva la competencia autonómica en cuanto a juegos y apuestas, puede interpretarse como determinante de un total desapoderamiento del Estado en la materia, pues ciertas actividades que bajo otros enunciados el artículo 149.1 CE atribuye a aquél, se encuentran estrechamente ligadas con el juego en general y no sólo la que le reserva el artículo 149.1.14 de la Constitución respecto de la gestión y explotación en todo el territorio nacional del monopolio de la lotería nacional, sin perjuicio de las competencias de algunas Comunidades Autónomas en materia de juego (SSTC 163/1994, de 26 de mayo, FJ 4; 164/1994, de 26 de mayo, FJ 5; 216/1994, de 20 de julio, FJ 2; y 49/1995, de 16 de febrero, FJ 3) [...]» (Fundamento Jurídico 3.º de la STC 204/2002, de 31 de octubre).

⁷ En relación con el concepto de competencia en la Constitución española y los elementos que la integran ver Aja Fernández (1989, p. 241).

Sobre esa distribución en el sector del juego ver las reflexiones del profesor Fernández Rodríguez (1996, pp. 3-7).

demostrado la experiencia, no ha sido fácil articular las competencias que son propias del sector del juego con otras materias colindantes, pensemos por ejemplo en las derivadas del artículo 149.1.14.º en materia tributaria y hacienda general, que durante tantos años ha llevado a que esta actividad mercantil requiriese de la atención del Derecho público, y por ende de la Administración pública, la cual ha ido asumiendo roles distintos adaptados a las exigencias de cada momento⁸.

Al mismo tiempo que las diferentes Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios fueron asumiendo competencias sobre los «casinos, juegos y apuestas», con exclusión de las «apuestas mutuas deportivo-benéficas», el Estado iría ocupándose de aquellas actividades de juego cuyo ámbito era mayor al autonómico. De esta forma, se aplicaba el criterio del territorio acogido por el legislador en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de orden Social, norma en la que se consagraba la competencia del Estado para autorizar las apuestas y exigir tasas sobre las actividades derivadas de estas modalidades de juego cuyo ámbito de participación fuese nacional, o al menos, superior al de una Comunidad Autónoma, independientemente del medio utilizado para el desarrollo de aquellas, ya fuese manual, técnico, telemático o interactivo (artículo 24 de la Ley y Disposición adicional vigésima)⁹.

Podríamos resumir que, de conformidad con la distribución de competencias tras la Constitución de 1978, hasta nuestros días los juegos de azar en nuestro país han estado regulados por las leyes de juego y reglamentos técnicos de las Comunidades Autónomas, las normas estatales para aquellas Autonomías sin regulación específica, normas estatales sobre loterías y apuestas mutuas deportivo-benéficas y normas de la ONCE, así como por las disposiciones estatales sobre juegos interactivos y desarrollados por medios electrónicos y telemáticos de competencia estatal.

2. LA INICIATIVA EXTREMEÑA EN LA REGULACIÓN DEL JUEGO RESPONSABLE

2.1. Cambios normativos en 2019: las nuevas modalidades de juego que legitiman la urgencia de las medidas

Cuando en 1983 se aprobó el Estatuto de Autonomía de Extremadura por Ley Orgánica 1/1983 de 25 de febrero, los juegos de azar se incluyeron entre las materias sobre las que la nueva Comunidad Autónoma asumiría competencias pasados al menos cinco años. Se integraron entre las competencias del artículo diez del Estatuto como materias reguladas en el artículo 149 de la Constitución sobre las que el Estado no ostentaba competencias exclusivas y que podrían ser asumidas por la Comunidad Autónoma, bien directamente mediante la modificación de su propio Estatuto de Autonomía, acorde al artículo 147.3 de la CE, o bien a través de una ley orgánica de transferencia o delegación (artículo 150.2 de la CE)¹⁰. En el caso de Extremadura se optó por esta segunda opción, lo que supuso la adaptación posterior de su Estatuto de Autonomía. De esta forma, a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, se

También en relación con el sector del juego y con la distribución de competencias, con muy elocuentes y claras las palabras del TC en su Sentencia 35/2012, de 15 de marzo: «[...] En particular en lo que se refiere a las apuestas, como una modalidad de juego, hemos afirmado reiteradamente que “ex artículo 149.1.14 de la CE, corresponde al Estado ‘en razón de su naturaleza de fuente de la Hacienda estatal, la gestión del Monopolio de la Lotería Nacional y con él la facultad de organizar loterías de ámbito nacional’, así como ‘en cuanto suponen una derogación de la prohibición monopolística establecida a favor del Estado, el otorgamiento de las concesiones o autorizaciones administrativas para la celebración de sorteos, loterías, rifas, apuestas y combinaciones aleatorias solamente cuando su ámbito se extienda a todo el territorio del Estado’ (por todas, STC 171/1998, de 23 de julio, FJ 7)” (Fundamento Jurídico 4.º) [...]».

⁸ Sobre el papel y la responsabilidad de la Administración pública en el sector del juego ver Rivas Castillo (2021, pp. 313-375).

⁹ Disposición adicional vigésima. Competencia para la autorización de Apuestas a nivel nacional y en el ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma: «Corresponde al Estado, a través del Ministerio de Hacienda y, concretamente de la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado, ejercer la competencia, de conformidad con la normativa vigente, para la autorización del desarrollo de todo tipo de apuestas, cualquiera que sea el soporte de las mismas, boletos, medios informáticos o telemáticos, siempre que su ámbito de desarrollo, aplicación, celebración o comercialización abarque el territorio nacional o exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma.

Se autoriza al Ministerio de Hacienda para dictar cuantas disposiciones de desarrollo fueran necesarias para el mejor cumplimiento de lo previsto en la presente disposición».

¹⁰ Aunque son muchos los escritos, monografías, artículos doctrinales, etc., en los que la doctrina ha tenido la oportunidad de reflexionar sobre el proceso de autonomía de las actuales Comunidades Autónomas desde que se aprobase la Constitución en 1978, así como sobre las dos vías o procedimientos de acceso a dicha autonomía, podemos citar López Guerra et al. (2018); García Canales (1988, pp. 157-184).

ampliaron las materias sobre las que se asumirían competencias por las Comunidades Autónomas de «vía lenta», y entre ellas la extremeña, con la consiguiente modificación de su texto estatutario por Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura. Meses más tarde, por Real Decreto 58/1995, de 24 de enero, se acordaba el traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Casinos, juegos y apuestas, de conformidad con las normas y acorde al procedimiento establecido en el Real Decreto 1957/1983, de 29 de junio¹¹. Desde ese momento, los juegos de azar, los espectáculos públicos, casinos y apuestas, con exclusión de las apuestas mutuas deportivo-benéficas, pasaban a integrar la lista de materias sobre las que la Junta de Extremadura asumía competencias exclusivas (modificándose los artículos 10 y 7 del Estatuto).

A partir de entonces, las instituciones autonómicas extremeñas tenían que ir elaborando su propio tablero de juego, como estaban haciendo el resto de Comunidades Autónomas, objetivo que se materializaría muy pronto por parte del legislador autonómico en la Ley 6/1998, de 18 de junio, del Juego de Extremadura. Con el objetivo de ofrecer seguridad jurídica en el sector, y en aras a dar la cobertura legal suficiente a un régimen sancionador novedoso sobre la materia, el legislador autonómico pondría encima de la mesa el que desde hace más de veinte años viene siendo el pilar esencial normativo sobre juegos de azar y apuestas en el territorio extremeño, sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que se han ido aprobando como desarrollo de aquella¹². Una norma de rango legal que si bien en esencia se ha mantenido durante este tiempo, ha sufrido algunas modificaciones como consecuencia de la adaptación necesaria del sector del juego a una realidad social, económica, tecnológica y jurídica que ha cambiado a lo largo de estas décadas. Entre ellas, nos detendremos a continuación en la modificación llevada a cabo a principios del año 2019, con la que se integran valores esenciales de responsabilidad en los juegos de azar de la Comunidad Autónoma, verdadero exponente de protección a los consumidores.

En la Ley del Juego de 1998 se regularon los principios básicos sobre los que se construía el edificio del juego en la Comunidad Autónoma; los casinos, juegos y apuestas eran el objeto de una Ley en la que debían compaginarse derechos económicos y garantías de protección de los usuarios, lo que justificaría la adopción de medidas de intervención que en forma de autorizaciones inundarían aquella primera regulación y poco a poco su normativa de desarrollo. Si bien, aunque faltaban años para acoger entre sus preceptos el concepto de «juego responsable», la protección de menores y personas vulnerables al juego se fue haciendo cada vez más intensa entre su articulado, y ello a medida que se iba acomodando a las nuevas exigencias socio-económicas y jurídicas, quedando reflejado entre las normas específicas de cada tipo de juegos.

Un escenario ávido de ser revisado y que llevó a que a mediados del año 2012 se abordase la reforma más intensa en materia de juego sobre la normativa extremeña hasta la desarrollada en 2019. Con la Ley 2/2012, de 28 de junio, se adaptarían las directrices autonómicas sobre el juego a la normativa estatal y comunitaria, una necesidad inmediata derivada de nuestro sistema jurídico y de su régimen de distribución de competencias.

La Ley estatal 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, y la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre los servicios en el mercado interior, llevaron a adoptar importantes cambios en una actividad económica cuyas particularidades impulsaron al legislador europeo a excluirla del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios al representar un escenario en el que los Estados miembros aplican políticas sobre orden público y protección de los consumidores, incompatibles con el contexto de libertad de establecimiento y circulación de servicios dibujado en la norma comunitaria¹³. En armonía, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene admitiendo con normalidad que la actividad del juego pueda ser objeto de limitaciones y restricciones por parte de los Estados miembros, reconociendo a estos importantes márgenes para delimitar los intereses a proteger, así como los objetivos

¹¹ Real Decreto 1957/1983, de 29 de junio, por el que se aprueban las normas de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura y funcionamiento de la Comisión mixta prevista en la disposición transitoria tercera de su Estatuto de Autonomía (Boletín Oficial del Estado núm. 171, de 19 de junio de 1983).

¹² Entre otras, el Decreto 115/2000, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 131/2007, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Autónoma extremeña; Decreto 117/2009, de 29 de mayo, del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar y de Salones Recreativos y de Juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 202/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 22/2011 de 4 de febrero, por el que se regula la composición, organización y funcionamiento de la Comisión del Juego de Extremadura y el Decreto 165/2014, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma y se modifica el Reglamento del juego del bingo extremeño.

¹³ Sobre los servicios de juegos de azar y la normativa comunitaria ver Ruiz-Navarro Pinar (2008).

de sus respectivas políticas en materia de juegos de azar, siempre dentro de márgenes de proporcionalidad¹⁴. Una realidad que exigía dotar de mayor seguridad jurídica a los consumidores y a las empresas del sector, así como incluir nuevas medidas de protección dirigidas a los usuarios del juego con problemas de adicción, convirtiéndose en imprescindible ir diseñando mecanismos de ayuda que fomentasen el «juego responsable»¹⁵. Se reforzaron los sistemas de control de empresas y trabajadores, así como las actuaciones de inspección y control del juego, llevándose a cabo una relación exhaustiva de infracciones y sanciones en los artículos 30 y siguientes. Fue necesario integrar el uso de las nuevas tecnologías en la práctica de los juegos de azar y apuestas, ausente hasta ese momento en la Ley extremeña¹⁶. Se amplió el catálogo de establecimientos en los que se podían practicar los juegos autorizados, incluyendo cafeterías, restaurantes, bares, discotecas, pubs, cafés teatros, boleras, centros de ocio o recreo familiar, entre otros, y se excluyeron a su vez del ámbito de aplicación de la Ley del Juego los emblemáticos «Salones recreativos» en los que solo se instalaban máquinas del tipo «A» o máquinas recreativas (nuevo artículo 1.3 de la Ley del Juego)¹⁷.

Entre aquellas modificaciones de 2012 y desde la óptica de la responsabilidad en el juego podríamos destacar dos novedades: por un lado, la nueva regulación sobre autorizaciones, y por otro, la relativa a los derechos de los usuarios, afectando a los artículos 3 y 25 de la Ley extremeña. En cuanto a las autorizaciones, como herramienta de intervención preferente en el sector junto a la reglamentación, habría que destacar que el legislador elimina el automatismo absoluto e inmediato en su otorgamiento, si bien la regla general sigue siendo su carácter reglado se da entrada a la posibilidad de que «razones excepcionales de interés social o económico» justifiquen su negativa y rechazo, sin perjuicio además de que en aquellos supuestos en los que el número de autorizaciones fuese limitado (conforme a la previa planificación del sector) debían otorgarse mediante concurso público. Se daría un giro importante en el artículo 25, ahora denominado «Derechos de los usuarios y limitaciones subjetivas», regulando de forma ordenada distintos derechos de los participantes en los juegos y en las apuestas, así como diferentes prohibiciones tanto para la práctica como para el acceso a los establecimientos y locales de juego. Un precepto que sería de nuevo revisado en 2019, como veremos en líneas próximas. Se crea el Registro de juegos y apuestas de Extremadura como registro administrativo específico y único para la inscripción de las personas, físicas y jurídicas, que vayan no solo a organizar y explotar juegos y apuestas (como se decía en la versión original de la Ley), sino también a aquellas que se encarguen de la distribución, mantenimiento del material y de las máquinas, así como de su fabricación, abandonando esa redacción imprecisa del artículo 16 de la Ley en el que se dejaba la puerta abierta a «los registros que, en su caso, se determinen» (*ad litteram*). En relación con el personal empleado en los establecimientos de juego y al documento profesional habilitante, se incluye la posibilidad de anular dicho título en aquellos supuestos en los que el sujeto titular del mismo haya sido declarado infractor y sancionado por una conducta infractora (en infracciones graves o muy graves), pues estaríamos ante la ausencia (o desaparición sobrevenida) de uno de los requisitos para su concesión: «no haber sido sancionado en los dos últimos años mediante resolución firme por infracción muy grave o en el último año por infracción grave en esta materia» (artículo 24.1 letra b). Se revisa el Capítulo VII de la Ley sobre régimen sancionador reflejando de manera pormenorizada las infracciones y sanciones derivadas de actuaciones irregulares en el juego, reordenando además la regulación de las medidas cautelares que podrán adoptarse por el órgano encargado de la incoación del procedimiento en los supuestos en los que haya indicios de infracciones ya no solo muy graves sino ahora también de infracciones graves, pudiendo acordarse desde la suspensión de las autorizaciones, la clausura de los establecimientos sin autorización, el comiso, precinto y depósito de las máquinas y del resto de material de juego, así como el dinero obtenido, con la finalidad de garantizar que la resolución del procedimiento sancionador pueda ser efectiva. Como ya se reflejaba en la primera redacción

¹⁴ En este sentido ver la STJUE de 8 de septiembre de 2009, asunto C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd.): «[...] Los Estados miembros son, por lo tanto, libres para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido. Sin embargo, las restricciones que impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad [...]».

¹⁵ Sobre el carácter adictivo del juego y su impacto social ver Blanco et al. (2015) y Alonso-Fernández (2003).

¹⁶ En el año 1995 se inició el juego a través de internet. La entidad Internet Casino Inc. ofrecería a partir del 18 de agosto de ese año 18 juegos de casino diferentes, así como el acceso *on line* a la National Indian Lottery, sin duda toda una revolución. Actualmente hay miles de páginas *web* dedicadas al juego, en Cases Méndez (2011).

Sobre cómo han irrumpido las nuevas tecnologías en el sector del juego son muy interesantes las reflexiones desde el Derecho administrativo del Doctor García Rodríguez, ver García Rodríguez (2017) [en línea: repositorio digital de la UCM: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/40959/1/T38314.pdf> – última consulta: 10-02-2023].

¹⁷ Sin duda, los salones recreativos son lugares de referencia para los adolescentes de los años 80 y 90, quienes tenían asegurada la diversión con míticos juegos como el «come-cocos», los «pinballs», carreras de Off Road, entre otros.

de la Ley y solo en los casos de infracciones muy graves, los agentes de la autoridad encargados de la inspección de las actuaciones presuntamente infractoras podrán acordar en el acta correspondiente como medida cautelar el precinto y depósito de las máquinas de juego y de otros materiales utilizados, así como del dinero obtenido¹⁸.

En el año 2019, como consecuencia de las nuevas modalidades de juego no reguladas hasta entonces (juegos en línea principalmente), así como de la proliferación de los establecimientos dedicados al juego (en apenas dos años, de 2018 a 2020, se han triplicado los locales de apuestas en el comunidad extremeña), llevaron al gobierno autonómico a revisar la normativa sobre juegos de azar y apuestas, a través del Decreto-ley 1/2019, de 5 de febrero, por el que se acordaban nuevas medidas sobre diferentes objetivos principales: garantizar la defensa de los consumidores, evitar conductas y hábitos patológicos mediante una protección especial a menores y personas especialmente vulnerables, revisar las repercusiones económicas, sociales y tributarias del juego, así como impedir actividades monopolísticas. Adquiere una especial significación, convirtiéndose en piedra angular de la reforma, la materialización de un escenario de juego responsable; sobre un novedoso «derecho al ocio responsable» se diseña un tablero en el que debe ser compatible la protección de los grupos vulnerables y la economía de mercado¹⁹. Los juegos y apuestas representan una actividad económica, empresarial y de ocio, cuya repercusión sanitaria obligará a las Administraciones públicas a intervenir en el sector desde una óptica principalmente preventiva, una actividad que desde hace años se incluye entre las políticas comunitarias relativas a la salud pública y la protección de la salud, como objetivos de interés público²⁰. Exponente claro de la necesidad de configurar un marco de actuación del juego sobre soportes de responsabilidad; el juego responsable se convierte en un verdadero reto, pero también en una necesidad de integración de la actividad en una sociedad cada día más vulnerable a sus efectos patológicos²¹.

Novedoso también ha sido el tratamiento sobre publicidad, promoción y patrocinio de los juegos de azar; si bien estas cuestiones deberán desarrollarse por vía reglamentaria (artículo 6.1), estamos ante una nueva regulación en conexión directa con los principios del juego responsable en el que es esencial trasladar al sector las disposiciones generales sobre publicidad. La publicidad, la promoción y la información comercial del juego no podrá contener, nos dice el legislador extremeño en el artículo 6 de la Ley del Juego, ni imágenes ni textos que «fomenten comportamientos compulsivos o discriminatorios, ni tampoco contrarios a la Constitución o al Estatuto de Autonomía» (apartado 2.º, ad litteram). Se considera fundamental la advertencia de que la práctica de los juegos puede producir ludopatía, así como la protección de los menores de edad²². Especial recelo mostró el gobierno extremeño en relación con las apuestas deportivas y la publicidad de estas en eventos deportivos, equipaciones e instalaciones, estableciéndose en la Ley la necesidad de

¹⁸ En este último caso, el órgano competente para iniciar el procedimiento deberá corroborar o levantar la medida cautelar en el plazo de veinte días, en caso contrario quedará sin efecto; un plazo que fue modificado en 2012 pues hasta entonces el legislador había establecido dos meses, aunque se hubiese iniciado el procedimiento con anterioridad, pero no se hubiese confirmado la medida cautelar por el órgano competente para su incoación (artículo 38 de la Ley).

¹⁹ Se tendrán por grupos vulnerables: los menores de 18 años, y aquellas personas que padecen algún tipo de adicción o que desarrollan conductas problemáticas. En cuanto a la protección de esos grupos vulnerables, personas con adicción y menores, representa una de las preocupaciones y acciones que compartimos con otros legisladores de nuestro entorno, como en el país gallo, en el que después de cinco siglos de monopolio del sector del juego, por fin en 2010 se aprobaba la ley francesa que regulaba el sector de las apuestas y juegos de azar en línea; una norma en la que no solo destacará la apertura del sector a un mercado internacional, sino también las medidas de prevención de la ludopatía y la protección de los menores. En su artículo 5 se consagra la prohibición a los menores de participar en los juegos de azar; los operadores deben incluir en la plataforma del juego online un mensaje de advertencia de la prohibición de acceso a los menores de edad, quienes deberán incluir su fecha de nacimiento en el momento de la inscripción y cada vez que intenten acceder (una práctica ya habitual en las páginas web de las empresas españolas que ofrecen servicios de juego en modalidades online); otra medida preventiva que establece el legislador francés en relación con este colectivo es la prohibición a los operadores a financiar la organización de eventos destinados a los menores de edad. Sobre la Ley francesa del juego y de terceros Estados ver García Caba (2011, pp. 67-79).

²⁰ Recomendación 2014/478/UE de la Comisión, de 14 de julio de 2014 sobre principios para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores (DOUE de 19 de julio de 2014).

²¹ Como nos recordaba hace unos meses Juan Lama, director técnico de la Federación Española de Jugadores de Azar Rehabilitados (FEJAR), «la ludopatía es un problema de salud pública que va más allá de la moda o de la proliferación de casas de apuestas», en cuya asociación cada día atienden a más jóvenes, incluso menores de edad. Las inversiones en publicidad, el aumento de las casas de apuestas y la falta de control sobre los juegos online, son las principales causas de comportamientos irregulares en el juego.

²² La ludopatía se considera como una enfermedad progresiva y fatal, que se caracteriza por episodios continuos de descontrol, distorsiones del pensamiento y negación ante la enfermedad, en la que están involucrados factores biológicos, genéticos, psicológicos y sociales en Dirección de Juego y Espectáculos. Departamento de Seguridad. Gobierno Vasco (2018).

ir promoviendo mecanismos que prohíban ese tipo de publicidad en cualquier categoría deportiva²³. A nivel estatal, y bajo el paraguas de la Ley 13/2011, en noviembre de 2020 el Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, cuyo objeto es la regulación de las condiciones en que las entidades con títulos de habilitación para desarrollar actividades de juego puedan llevar a cabo actividades de publicidad, patrocinio, promoción o cualquier forma de comunicación comercial de su actividad, así como regular las condiciones en que deben desarrollarse las políticas de juego responsable y de protección de las personas consumidoras. Un marco normativo en la misma línea protectora y garantista que la seguida en los últimos años por diferentes Comunidades Autónomas en relación con los juegos de azar y las apuestas dentro de sus respectivas competencias.

Con el nuevo Decreto-ley se completa la regulación sobre derechos y deberes de las personas que participan en los juegos; se incluye el artículo 25 bis en el que se establecen prohibiciones a determinados colectivos, a personas vulnerables, coartando su participación en los juegos, así como en el acceso a los locales y portales web; se revisa el Registro de Limitaciones de acceso, cuya regulación sobre el contenido, organización y funcionamiento deberá llevarse a cabo a través de una norma reglamentaria²⁴; se modifica el régimen sancionador, tanto infracciones como sanciones, y se da entrada a un nuevo capítulo VIII en el que se ordena el juego responsable, al que nos acercaremos en el próximo epígrafe. Todo un conjunto de modificaciones y novedades necesarias en la regulación de un escenario sobre juegos y apuestas acorde a una sociedad cada día más frágil ante los peligros del sector.

2.2. El juego responsable como nuevo horizonte en la actividad del juego: la ordenación del juego responsable en Extremadura

2.2.1. Los orígenes del juego responsable en la prevención

Cierto es que entre las primeras normas sobre el juego en la Comunidad Autónoma no se incluían referencias directas al juego responsable, ni desde la óptica del consumidor/usuario ni desde la posición de una Administración vigilante y controladora, pero ello no dejaba de ser una consecuencia inmediata de

²³ Sin duda, las apuestas deportivas se han convertido en verdaderos caldos de cultivo de comportamientos incontrolados y compulsivos relacionados con el juego. Los seguidores de algunos deportes, especialmente del fútbol en sus diferentes categorías, están convirtiendo a aquellos en aparentes «oportunidades de obtener dinero fácil», incluso encuentros deportivos de fútbol de categorías inferiores tienen repercusión fuera de nuestras fronteras por ser objeto de estas apuestas, conduciendo en no pocas ocasiones a situaciones irregulares en el propio desarrollo del evento. De unos años a esta parte es frecuente leer en la prensa noticias relacionadas con partidos «amañados» en disciplinas deportivas amateurs, como la 2.ª B y 3.ª División española de fútbol; la manipulación de resultados puede llegar a convertirse en una práctica peligrosa sobre todo entre nuestros jóvenes, sin perjuicio de que el fútbol español está adquiriendo fama de corrupto. Desde una perspectiva punitiva, recordemos que en el año 2010 nuestro Código Penal incluyó el artículo 286 bis, que acogió en 2015 el delito de corrupción deportiva, afectando no solo a competiciones profesionales sino a todas aquellas en las que la mayoría de sus participantes perciben cantidades económicas:

«[...] 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.»

²⁴ Cuando se solicita voluntariamente la inscripción en el Registro de Limitaciones de la Junta de Extremadura, a través del Servicio de Juegos de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, el tiempo mínimo será de seis meses, pudiendo especificarse un plazo superior a este, por meses, años e incluso por tiempo indefinido. En caso de cancelación voluntaria, el interesado deberá presentar la debida solicitud ante el Registro y cuando sea anterior al tiempo establecido por aquél deberá abonar una cantidad en concepto de «tasa». La prohibición será aplicada a todos los establecimientos y locales de juego independientemente de la modalidad de juego que se practique, diferente a la opción acogida por otras Comunidades Autónomas como Madrid o Galicia en las que los interesados podrán solicitar la prohibición de acceso a determinados locales y/o para la práctica de juegos concretos. A día de hoy los procedimientos de inscripción y cancelación en el Registro de Limitación extremeño no están aún disponibles en su modalidad electrónica, pudiendo el interesado únicamente descargar el documento de solicitud y presentarla presencialmente; en Comunidades como Galicia, Murcia, Madrid, Castilla-La Mancha, Valencia, Canarias, Baleares, País Vasco y Andalucía en cambio podrán desarrollarse el procedimiento completo por vía electrónica. Por Orden de 8 de junio de 2020 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública se aprobó el modelo de solicitud de inscripción y de cancelación en el Registro de limitaciones de acceso a los establecimientos de juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura (el modelo 788).

que el concepto en sí no se había forjado aún por el legislador ni estatal ni autonómico. No obstante, entre los objetivos de la Ley se incluían la prevención y advertencia *de posibles repercusiones en los usuarios, familiares y en la sociedad por el uso abusivo del juego* (artículo 1.2 letra e), reivindicando de la Administración autonómica una posición activa y preventiva en relación con el sector, acciones que años más tarde se convertirían parcialmente en los principios rectores del juego responsable en la Comunidad Autónoma, como tendremos ocasión de ver más adelante.

Desde el primer momento se convertía en esencial para el legislador autonómico establecer la dualidad entre juegos permitidos y juegos prohibidos, aquellos que podían practicarse en el territorio de la Comunidad Autónoma frente a otros juegos que quedarían censurados, activándose en este último caso la potestad sancionadora de la Administración (artículo 2 de la Ley del Juego). En este punto, adquiere un protagonismo absoluto el Catálogo de Juegos, que regulado en el artículo 4 de la Ley del Juego ocupa un lugar destacado a la hora de diseñar el mapa del sector, como es común al resto de leyes autonómicas. Aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno, en octubre de 2010, incluye la relación de juegos y apuestas legales y permitidas en el territorio autonómico, quedando prohibidos aquellos otros juegos que no estén reflejados expresamente en él²⁵. Si bien, en un primer momento la aprobación del Catálogo fue parcial a través del Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad extremeña del año 2000 (aprobado por Decreto 115/2000, de 16 de mayo), en mayo de 2007 (por Decreto 130/2007, de 22 de mayo) se aprobó un nuevo Catálogo que sería sustituido en 2010 por un Catálogo de Juegos y Apuestas completo y adaptado a un incipiente mercado protagonizado ahora por las nuevas tecnologías²⁶. Un escenario que, salvo una pequeña modificación en el año 2012 en relación con el juego del bingo para integrar la modalidad online, virtual y telemática de este último, se ha mantenido en las mismas condiciones hasta la fecha, sin que los cambios normativos posteriores que sobre el juego se han llevado a cabo en el territorio autonómico, hayan motivado un cambio significativo en la regulación del Catálogo²⁷.

Como ya vimos en líneas previas no podría entenderse el juego responsable en los términos y en la forma en la que se ha regulado en el año 2019 sin considerar las modificaciones que sobre la Ley del juego se llevaron a cabo a través de la Ley 2/2012, de 28 de junio, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y de juego de la comunidad autónoma de Extremadura, para adaptar la normativa autonómica a las nuevas directrices tanto estatales como comunitarias en materia de juego y apuestas²⁸. Ya advertimos que no pocos fueron los preceptos a los que se daría una nueva redacción, ni pocos los elementos que tendrían una nueva regulación: autorizaciones, publicidad, establecimientos, salas de bingo, máquinas de juego, apuestas, empresas y personas intervinientes en el juego, derechos y deberes de los jugadores, y régimen sancionador aplicable. Tras las modificaciones de 2012 en dos ocasiones se utilizaría por el legislador la expresión «juego responsable», al tiempo de regular la publicidad de los juegos (artículo 6.4), y al revisar los derechos de los usuarios en el artículo 25. En cuanto a la publicidad y la promoción del juego en Extremadura el legislador nos hablaba en aquella ocasión de la necesidad de respetar *los principios básicos sobre juego responsable*, debiendo reflejar además en cada anuncio o comunicación publicitaria el aviso expreso de las consecuencias negativas del juego abusivo²⁹; sin duda, la antesala de la regulación actual, que si bien en ese momento evidenciaba lagunas importantes derivadas de un concepto jurídico indeterminado al no especificar qué se entendía por «juego responsable», ni cuáles eran esos principios básicos, aquél vacío se

²⁵ Los juegos y apuestas que no estén incluidos en el Catálogo de juegos extremeño ni cuenten con legitimación estatal, tendrán la consideración legal de «prohibidos a todos los efectos» (artículo 4.2 de la Ley 6/1998). Tampoco podrán ser autorizadas la organización, gestión, explotación o práctica de aquellos juegos y apuestas que aun estando incluidas en el Catálogo de Juegos no estuviesen regulados en un reglamento específico (artículo 2.2 del Decreto 202/2010, de 29 de octubre).

²⁶ Aprobado por Decreto 202/2010, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

²⁷ Pequeña modificación en 2012 para incluir en el epígrafe 2 del Anexo del Catálogo de Juegos y Apuestas la modalidad del «bingo virtual realizado por medios telemáticos» (apartado 2.2), ya que a la hora de determinar los juegos y las apuestas permitidas el legislador considera esencial no solo indicar el juego sino además especificar las diferentes denominaciones que pudiese tener, las modalidades permitidas de ese mismo juego y los elementos necesarios para practicarlo (artículo 4.1 de la Ley del Juego de Extremadura).

²⁸ Adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre servicios en el mercado interior, y a la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en cuanto a autorizaciones, publicidad, planificación de los juegos y apuestas, y establecimientos.

²⁹ Expresamente los anuncios debían incluir avisos en los siguientes términos: «las autoridades sanitarias advierten que el juego abusivo perjudica la salud pudiendo producir ludopatía», y «la práctica está prohibida a menores de edad», una redacción que hoy en día, como veremos, no es tan rígida, al permitir el legislador a los anunciantes decidir cómo reflejar ambas advertencias (artículo 6.6 de la Ley del Juego en su versión dada por el Decreto-ley 1/2019, de 5 de febrero).

ha intentado cubrir con la nueva regulación en la que se han establecido los principios del juego responsable incluyendo un nuevo Capítulo en la Ley extremeña³⁰.

2.2.2. Un paso al frente en el camino hacia un juego ordenado y un sector comprometido en el territorio extremeño

Es el Capítulo VIII de la Ley el que ha acogido la principal regulación sobre el juego responsable, integrado por ocho artículos de nueva redacción se ordenan los principios rectores del juego responsable, así como las directrices sobre el control de admisión en los locales de juego, sin duda una pieza clave a la hora de adoptar medidas de protección³¹. Desde una perspectiva de prevención y en sintonía con la normativa estatal, en el artículo 41 el legislador autonómico establece que aquellos locales que acojan máquinas y juegos a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos autorizados por la AGE (estamos dentro del escenario competencial estatal), deberán obtener previamente la autorización autonómica correspondiente (autorización de apertura del local). Sin perjuicio de que, como nos recordaba el legislador estatal en el artículo 9 de la Ley 13/2011, para desarrollar las actividades relativas al juego que fuesen de competencia estatal, la Comunidad Autónoma cuyo territorio se viese afectado deberá emitir durante la tramitación del procedimiento un informe preceptivo sobre las solicitudes de los títulos habilitantes para iniciar aquella actividad (licencias o autorizaciones), salvo en el caso de los establecimientos accesibles al público de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y de la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos gestionados por ambas entidades, en cuyo caso no requerirán autorización autonómica (artículo 41.1 de la Ley del juego extremeño, y Disposición adicional primera de la Ley 13/2011)³². Competencias sobre materias distintas de titularidad de Administraciones diferentes que se superponen en un mismo territorio o al mismo tiempo, lo que obliga al legislador primero y a las Administraciones públicas después, a diseñar y acudir a mecanismos específicos derivados de la imprescindible colaboración interadministrativa en esos casos, herramientas como los informes u otros procedimientos conjuntos que sirven para equilibrar los intereses públicos cuya protección y consecución han sido encomendados a una pluralidad de Administraciones.

Entre los principios rectores del juego responsable observamos algunos que van dirigidos directamente a la ordenación de la actuación de las empresas operadoras del sector y otros que afectarán de manera inmediata a la actuación de las Administraciones públicas, quienes además asumen un «plus» de responsabilidad en la puesta en marcha de efectivas políticas de juego responsable. Desde una perspectiva conjunta Administración y operadores sus actividades deberán observar los siguientes principios en materia de juego: prevención y protección de menores, protección de aquellas personas cuya capacidad intelectual y volitiva se viese reducida, así como de los incapacitados (legal o judicialmente); el respeto a las reglas básicas de la política de juego responsable, y el fomento del empleo estable y de calidad. Son principios de juego responsable que deben asumir las Administraciones además de los indicados: la intervención y el control de las actividades de juego, y ofrecer un escenario de seguridad jurídica a empresas y participantes. Las empresas operadoras asumen márgenes de responsabilidad sobre la transparencia en el desarrollo de los juegos en sus diversas modalidades, deben garantizar el pago de los premios, evitando posibles fraudes, y colaborarán en el cumplimiento de la legislación de prevención en el blanqueo de capitales (artículo 42.1). La información sobre el juego, sobre sus características, así como sobre las posibles repercusiones se convierte en esencial dentro de un terreno de juego responsable. De la mano de las conductas tipificadas en el Código penal que suponen la activación de potestades punitivas por parte del estado, el legislador extremeño recuerda en el artículo 44 la prohibición de organizar juegos no responsables, aquellos que estén al margen de las autorizaciones de la Ley, o aquellos que puedan atentar contra la intimidad de las personas, la dignidad, el honor, o el bienestar de los animales. En definitiva, y en estos últimos casos, los que pudieran representar conductas delictivas (y no faltas, como señala el gobierno extremeño al redactar el precepto, olvidando que aquellas dieron paso a los delitos leves e innumerables infracciones tras la reforma del Código Penal en 2015, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trasladándose muchas de las contenidas en el derogado Libro III (Las faltas y sus penas), al Libro II (Delitos y sus penas), así como a diferentes normas de Derecho administrativo sancionador.

³⁰ El nuevo “Capítulo VIII. De la ordenación del juego responsable”, añadido por el artículo único.8 del Decreto-ley 1/2019, de 5 de febrero.

³¹ Sobre el derecho de admisión en locales de juego ver Roca Fernández-Castany (2010).

³² Ver Rivas Castillo (2022).

Como medida preventiva y en armonía a otras normas autonómicas, en el nuevo artículo 45 se regulan las distancias mínimas entre establecimientos de juegos entre sí, y entre estos y los centros educativos (de enseñanzas tanto universitarias como no universitarias), pues se considera que pueden poner en peligro la protección de menores y otros grupos vulnerables. El legislador extremeño acogió a finales del año 2012 el sentir común a otras normas autonómicas sobre el juego en las que ya se iban fijando distancias mínimas entre locales de juego, e incluso entre estos y los diferentes centros educativos, como en la Ley del juego de Castilla y León (tras su modificación de 2012), o en el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de Galicia (aprobado por Decreto 39/2008, de 21 de febrero). El establecimiento de distancias entre locales de juego, y entre estos y colegios u otros centros educativos se ha convertido hoy en día en una medida necesaria y adecuada. Vivimos en una época en la que el público de los juegos de azar y las apuestas es cada día más joven; un colectivo que ha dejado de ver el juego como «cosa de mayores», y que ve en él una forma fácil de ganar dinero y de evadir las restricciones legales, aspiración típica de la edad³³. Un contexto en el que es necesario buscar medidas adaptadas a los diferentes colectivos vulnerables que sirvan para minimizar los efectos nocivos de un uso desequilibrado del juego, entre las que regular las distancias entre locales de juego o su proximidad con centros educativos y sanitarios representaría una limitación de la actividad económica justificable en el propio interés general de protección sobre potenciales consumidores especialmente vulnerables³⁴. Una medida que, como ya hemos señalado, ha sido acogida entre las normas autonómicas sobre juegos de azar y apuestas, generalizándose en los últimos tiempos; y aunque en cada una de ellas se ha ido estableciendo una distancia propia (no común), todas comparten el mismo objetivo, evitar comportamientos desproporcionados entre los jóvenes y menores de edad³⁵. En un primer momento, tras la modificación de 2012 se incluyó un nuevo artículo 3.8 de la Ley del Juego de Extremadura que fue

³³ Muy interesante el trabajo elaborado y publicado por el Instituto de la Juventud (INJUVE) sobre la cuestión Pérez Camarero (2020).

³⁴ Sobre la cuestión se pronunció el Tribunal Supremo en octubre de 2019 en su Sentencia núm. 1408/2019 de 22 de octubre, relativa al Decreto 55/2015, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de salones recreativos y salones de juego en la Comunidad Valenciana; en ella se confirma, como ya acordase la Audiencia Nacional y cuya sentencia es ahora recurrida, que a la hora de establecer por vía reglamentaria las distancias mínimas entre establecimientos de juego será fundamental justificar su idoneidad y proporcionalidad. En este sentido no hay duda de que la opción de establecer distancias mínimas entre locales de juego y la limitación en la localización de aquellos está suficientemente justificada por razones de interés general, siendo la cuestión debatida la relativa a la determinación de los metros exactos de distancia entre negocios, esto es, por qué se acuerdan unos metros y no otros. Por otro lado, aceptar distancias mínimas entre locales dedicados a actividades de juego se traduce en limitar el número de autorizaciones de apertura de centros dedicados a esta actividad económica, motivo por el que es importante fundamentar cualquier decisión que pudiera afectar al libre ejercicio de la misma. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se establece que:

«[...] Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.»

El establecimiento de cualquier limitación deberá por lo tanto fundamentarse en alguna de las razones de interés general reguladas en el artículo 3.11 de la Ley 7/2009, precepto en el que se indica que:

«[...] 11. «Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas 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.»

En definitiva, podrán establecerse limitaciones a las actividades económicas siempre y cuando estas se fundamenten en razones de interés general, medidas proporcionales a dicho interés invocado y que fuesen las menos restrictivas o que menos distorsionasen a la actividad económica. En el caso de autos se analiza la transformación de los metros de distancia entre establecimientos de juego pasando de 200 metros a 800 metros, no encontrando la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) motivo suficiente para justificar el referido cambio sobre razones de interés general, y considerado excesivo por la Audiencia Nacional se acuerda por esta anular los preceptos del Decreto 55/2015, de 30 de abril, relativos a la distancia mínima entre establecimientos de juego (artículo 4.1, 9.2.b) y 9.3). Como resultado se procedió a la debida modificación pasando de 800 metros entre locales a 700 metros, distancia actualmente vigente.

³⁵ Artículo 4.8 de la Ley 4/1998, de 24 de junio, reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León tras su modificación por Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras: «En ningún caso se podrán otorgar autorizaciones para instalar establecimientos específicos de juego en la zona de influencia de centros de enseñanza, la cual será determinada reglamentariamente». Algunos años más tarde, en 2017, por Ley 6/2017, de 20 de octubre, el precepto se volvió a modificar quedando de la siguiente forma:

prácticamente una réplica del artículo 4.8 de la Ley castellano-leonesa, si bien a priori en ninguna de ellas se establecieron distancias mínimas entre establecimientos de juegos entre sí, y entre estos y los centros educativos, poco a poco se fueron delimitando, primero fue en la Ley de Castilla y León, en el año 2017, y en Extremadura tras la modificación de 2019 con un nuevo artículo 45 que complementaría lo ya establecido en el artículo 3.8. Como ya hemos señalado en líneas previas, las distancias no tienen por qué ser similares en todas las Comunidades Autónomas, de esta forma y siguiendo las normas de referencia previas, podemos observar que mientras que en la Ley 4/1998 de Castilla y León se establecen como distancias los 100 metros entre establecimientos de juego y centros educativos y los 300 metros entre establecimientos de juegos entre sí, en la Ley extremeña se ha optado por distancias diferentes: 300 metros mínimo entre un establecimiento específico de juego y un centro educativo (centros públicos o privados de educación preescolar, y centros que impartan enseñanzas oficiales, tanto universitarias como no universitarias), y 250 metros entre establecimientos de juego³⁶. Mientras que en la Ley 4/1998 no se especifica cómo ha de llevarse a cabo la medición de las distancias, en la Ley extremeña se especificó que: [...] artículo 45.3. «Para la medición de distancias se partirá del eje de la vía pública a la que dé frente cada una de las puertas de acceso al establecimiento de juego, tomando tal eje desde la perpendicular trazada desde el centro de aquellas puertas de acceso, siguiéndose luego el vial más corto que utilicen los peatones y que tenga la consideración legal de dominio público».

Se incluyen por primera vez en la Ley autonómica los denominados «locales específicos de apuestas», integrados ya entre algunas normas reglamentarias especiales como el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado por Decreto 165/2014, de 19 de julio; junto a ellas se regulan las «zonas de apuestas en los recintos deportivos»³⁷. Se tendrán, a efectos de la Ley del juego, por «locales específicos de apuestas» aquellos establecimientos que abiertos al público han sido autorizados para realizar en ellos exclusivamente actividades de apuestas. Las «zonas de apuestas en recintos deportivos» son espacios o áreas reservadas en los recintos en los que se celebren acontecimientos deportivos en las que se podrán efectuar apuestas. En ambos casos, las autorizaciones de apertura y funcionamiento tendrán el mismo periodo de vigencia que el concedido previamente a la empresa operadora de la explotación y organización de las apuestas³⁸.

Otra de las piezas esenciales en el diseño del juego responsable será la regulación sobre el control de admisión a los establecimientos y locales de juego; el control de admisión se convierte en una de las principales medidas preventivas del sector. Será un requisito esencial que todos los establecimientos autorizados para la práctica de juegos y apuestas (casinos, bingos, salones de juego, locales específicos de apuestas, zonas de apuestas en recintos deportivos) cuenten con un servicio de admisión a la entrada del local, desde el que se controlará el acceso a todos los jugadores y visitantes; si los juegos fuesen desarrollados a través de medios electrónicos la comprobación de la persona que pretenda acceder deberá efectuarse al tiempo en que el jugador se identifique en el sistema del juego. En este último caso, será fundamental

«8. En ningún caso se podrán otorgar autorizaciones para instalar establecimientos específicos de juego en la zona de influencia de centros de enseñanza, que se establece en una distancia mínima de 100 metros.

Asimismo, tampoco se podrán otorgar autorizaciones para instalar establecimientos específicos de juego cuando exista otro establecimiento de la misma naturaleza a menos de 300 metros de la ubicación pretendida».

³⁶ En los últimos meses son varias las Comunidades Autónomas que están preparando cambios en sus normas sobre juegos de azar y apuestas para ampliar y establecer distancias mínimas y limitaciones de apertura entre establecimientos de juego, así como entre aquellos y los centros educativos; en este sentido, en la Junta de Andalucía, entre cuya normativa solo se prevén limitaciones entre establecimientos destinados al juego, se está trabajando en nuevas medidas en desarrollo del Decreto-ley 6/2019, de 17 de diciembre, por el que se modifica la Ley 2/1986, de 19 de abril, del juego y apuestas en la Comunidad Autónoma, que prevé establezcan una distancia mínima de 150 metros entre los locales y establecimiento de juegos de azar y apuestas y los centros educativos; en la Comunidad de Madrid se prevé pasar de los 100 metros actuales a los 500 metros entre aquellos establecimientos y los centros de salud y de enseñanza. En Canarias se prevén modificaciones en la Ley del juego actual entre las que se incorporan, según el texto del anteproyecto, establecer distancias mínimas de 300 metros entre establecimientos de juego y centros educativos, y 200 metros entre los locales dedicados al juego entre sí.

³⁷ Pero no solo se haría referencia a los «locales específicos de apuestas» en el reglamento sobre apuestas, sino además en otras normas especiales sobre juegos de azar; concretamente en el Decreto 117/2009, de 29 de mayo, sobre máquinas recreativas y de azar y de salones recreativos y de juego en Extremadura, podemos encontrar referencias a los locales específicos de apuestas tras su modificación en 2015 por Decreto 283/2015, de 16 de octubre. Una categoría de locales de juego que no será exclusiva de la normativa extremeña, hoy en día es frecuente encontrarlos con esta entre normas del sector de otras Comunidades Autónomas, como en la Ley 2/1995 de 15 de marzo, del juego en la región de Murcia, o en el Decreto 68/2005, de 5 de abril, de apuestas hípcas en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

³⁸ En sintonía con el artículo 22 del Reglamento de apuestas de Extremadura.

que las empresas que exploten este tipo de modalidades de juego por canales telemáticos dispongan de un sistema que permita identificar no solo a la persona jugadora sino además que no hay ninguna limitación ni prohibición para jugar. En todo caso, los mecanismos de control de admisión deberán respetar la normativa sobre protección de datos de carácter personal. El contenido, la organización y el funcionamiento del control de admisión deberá establecerse reglamentariamente.

En el Decreto-ley de 2019 se revisa la actuación inspectora de la Administración autonómica en el sector del juego³⁹. Entre los preceptos del nuevo Capítulo VIII se incluye el artículo 48 en el que se establecen las directrices de inspección, vigilancia y control⁴⁰. Una materia auxiliar e instrumental que adherida a la regulación del juego (como sustantiva y principal) permite a la Administración pública adoptar medidas de control y supervisión durante el desarrollo de las actividades de juego autorizadas⁴¹. De esta forma, en ejercicio de la potestad inspectora la Administración puede desempeñar funciones de investigación y documentación que servirán de medios de prueba en procedimientos posteriores, bien sancionadores o incluso penales ante posibles incumplimientos, actuando además como herramienta de prevención de riesgos y como instrumento para el restablecimiento de la legalidad y para el cumplimiento del interés público⁴². Sin duda, una actividad esencial para conseguir un juego seguro y responsable. Las funciones de inspección corresponden a la Consejería con competencia en materia de juegos; actualmente será la Consejería de Hacienda y Administración Pública, y en ella a la Dirección General de Tributos⁴³. Las actuaciones de inspección se llevarán a cabo por funcionarios de la Junta a quienes se les hayan encomendado estas tareas, así como por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la policía local⁴⁴. En el artículo 48 se especifican algunas de las funciones que irán desde la vigilancia del cumplimiento de la normativa, la investigación del juego clandestino, la elaboración de informes y estudios de asesoramiento en materia de juego, así como aquellas otras que se vayan determinando reglamentariamente. El personal encargado de la inspección del juego

³⁹ En las redacciones anteriores de la Ley del Juego solo se hacía referencia a la actividad de inspección en la regulación de la potestad sancionadora, entre las infracciones, sin perjuicio de que entre las normas específicas de los juegos se vienen incluyendo algunas directrices específicas sobre ella: en el Decreto 117/2009, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar y de Salones Recreativos y de Juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura; en el Decreto 131/2007, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y en el Decreto 115/2000, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁴⁰ En algunas Comunidades Autónomas, como Canarias, Navarra, Islas Baleares o más recientemente Castilla-La Mancha y Aragón, han aprobado normas específicas sobre la actividad de inspección y los servicios de inspección en el juego.

⁴¹ Sin perjuicio de que efectivamente, y como señala el profesor Rebollo Puig, no podemos obviar que la actividad inspectora a pesar de ser instrumental, por sí sola cumple una función de prevención general esencial, y no es solo una actividad auxiliar de la potestad sancionadora de la Administración integrada en un sector específico, sino que además sirve a otras potestades administrativas de prevención, restablecimiento de la legalidad e incluso de aseguramiento de los intereses generales, una realidad de la que somos cada día más conscientes suponiendo una mayor atención por parte del legislador y de doctrina, ver Rebollo Puig (2013, pp. 55-116).

⁴² Pensemos por ejemplo en medidas derivadas de una actuación inspectora como la retirada del material de juego no homologado antes de ser utilizado, mostrar a los jugadores más información sobre el tipo de juego que se está ofreciendo en el local y de las consecuencias de su consumo abusivo, revisar las medidas de custodia de las barajas en un Casino, o la puesta al día de la información sobre prohibidos del Registro de Limitaciones en aquellos casos en los que no se haya solicitado a tiempo el listado semanal actualizado, aunque desde el 15 de junio la información del Registro de Limitaciones de la Junta de Extremadura es de acceso telemático (Resolución de 25 de mayo de 2021, de la Dirección General de Tributos, por la que se aprueba el modelo de solicitud para el acceso temático a la aplicación de control de acceso a los establecimientos de juego de Extremadura –DOE núm. 103, de 1 de junio de 2021–).

⁴³ Artículo 7 del Decreto 192/2019, de 29 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Vicepresidencia primera y Consejería de Hacienda y Administración Pública, y de modificación del Decreto 206/2010, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección General de Servicios de la Junta de Extremadura, en el que se establece que corresponde a la Dirección General de Tributos la gestión de las competencias y funciones que ostente la Comunidad Autónoma en materia de juego y, entre otras, la gestión de los registros de juego y del registro de limitaciones de acceso al juego, asumiendo funciones relacionadas con la inspección del sector.

⁴⁴ Tras la aprobación del Real Decreto-ley de 1977, con la legalización del juego en nuestro país, era esencial diseñar un modelo policial que garantizase el cumplimiento de la normativa reguladora de la actividad; en origen y mediante Orden del Ministerio de Interior de 6 de febrero de 1978 se le adjudicó esa competencia al Cuerpo Nacional de Policía creándose la «Brigada Especial del Juego», dependiente de la Comisaría General de Policía Judicial. Incluso en la ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se incluyen entre las tareas encomendadas al Cuerpo Nacional de Policía las de *vigilancia e inspección del cumplimiento de la normativa en materia de juego* (artículo 12, apartado A) letra d). Ahora bien, este modelo inicial en el que se daba una situación de monopolio estatal en cuanto al control del juego llegaría a su fin muy pronto; a medida que las distintas Comunidades Autónomas fueron asumiendo competencias exclusivas sobre las apuestas y los juegos de azar aquellas fueron adoptando sus propios modelos de inspección, encomendado esta labor a funcionarios no policiales de órganos propios o incluso a sus policías autonómicas (País Vasco, Cataluña), o bien a unidades adscritas del CNP (como el caso de Andalucía), o en otras Comunidades Autónomas se les sigue encomendando al CNP previos convenios de colaboración firmados con el Ministerio de Interior (Servicio de Control de Juegos de Azar y Grupos periféricos).

tendrá la consideración de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones⁴⁵. Se establecen algunas pautas sobre el acceso a los establecimientos o locales, tanto de acceso público como a aquellos que no estén abiertos al público pero hubiese indicios de que pudieran desarrollarse juegos no autorizados⁴⁶. Se regulan algunas directrices procedimentales que irán desde la identificación del personal de inspección a la entrada del local, la realización de actuaciones de comprobación, hasta la cumplimentación del Acta que tendrá presunción de veracidad *iuris tantum*, y que deberá ser remitida al órgano con competencia sobre juegos para que dado el caso se inicie el correspondiente procedimiento sancionador y/o se adopten las medidas que se consideren oportunas.

3. EL TRATAMIENTO DEL JUEGO ENTRE LAS NUEVAS DIRECTRICES NORMATIVAS EN VALENCIA, CASTILLA LA MANCHA Y CANTABRIA

3.1. Principios rectores y políticas de juego responsable: de la norma a la acción

3.1.1. *Políticas de juego responsable en el nuevo modelo valenciano*

Siguiendo la estela de las normas extremeñas sobre los juegos de azar, entre la nueva normativa valenciana sobre el juego, protagonizada por la Ley 1/2020, de 11 de junio, se incluyen por primera vez en esta Comunidad Autónoma los distintos principios que servirán para diseñar un modelo de juego con vocación de convertirse en lo que el legislador ha venido identificando como «juego responsable». Un juego en el que será fundamental la protección de los más vulnerables, como menores y personas cuyas capacidades intelectuales y volitivas estén reducidas, un modelo en el que será fundamental garantizar la transparencia en el desarrollo del juego, adoptar medidas de prevención del juego patológico que legitimará a las Administraciones públicas a intervenir de distintas formas en un sector clave de nuestra economía, y a conseguir un escenario de seguridad jurídica para usuarios, empresas y empleados. Todo un conjunto de medidas diseñadas sobre una política de juego responsable que reivindica una presencia activa de Administraciones y empresas del sector, pues ambas ocupan lugares protagonistas por cuanto deben desarrollar sus respectivas actividades sobre el juego con sentido de responsabilidad social corporativa.

Se relacionan los diferentes principios que deberán inspirar la actividad económica del juego. Unos principios que serán los que el legislador autonómico, los gobiernos y las administraciones autonómica y local, así como las empresas dedicadas a esta actividad, deben utilizar de guía a la hora de llegar a acuerdos, establecer protocolos de actuación o en definitiva para tomar cualquier decisión que consideren necesaria en aras a mejorar esta actividad económica. Unos principios que nos recuerdan a los que ya vimos entre la normativa extremeña, caracterizados por medidas de protección y prevención, por la colaboración entre los grupos de interés (Administraciones públicas y sector privado) y la transparencia en el juego. En el artículo 4.º de la ley valenciana se describe expresamente qué se entiende por «juego responsable», siendo este *el conjunto de medidas tendentes a mantener que la actividad de juego de la persona jugadora se realiza de manera consciente, sin detrimento de su voluntad y libre determinación, dentro de unos parámetros saludables* (ad litteram), recordando que el juego es una actividad social y de ocio y no una forma de vida, recordando que puede ocasionar problemas de adicción. Una realidad que deberá desarrollarse desde la perspectiva integral de responsabilidad social corporativa en la que será fundamental, como señala el legislador autonómico, la combinación de acciones preventivas, de sensibilización, de intervención y control y, por supuesto, también de reparación en los casos en los que se haya ocasionado el daño. Un planteamiento más detallado que el regulado entre las normas extremeñas, pues como veremos a continuación, el legislador valenciano llega a especificar qué tipos de acciones deberán ponerse en marcha en el marco de esa responsabilidad social corporativa, a la que no se menciona en el Decreto-ley 1/2019, de 5 de febrero, de medidas urgentes

⁴⁵ En relación a la encomienda de las funciones de inspección a los funcionarios de la Junta de Extremadura, así como a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto del Estado como a la policía local, se podría abrir el debate sobre la posibilidad de que funcionarios que no fuesen de carrera, esto es, funcionarios interinos pudieran o no realizar este tipo de actuaciones. Sobre el tema son muy elocuentes las reflexiones de la profesora Cantero Martínez (2020, pp. 139-160). Sobre el régimen jurídico de nuestros funcionarios tras las últimas modificaciones del EBEP en 2015 resultan muy interesantes los comentarios del profesor Jordano Fraga (2015, pp. 133-168).

⁴⁶ En los establecimientos abiertos al público los inspectores podrán entrar libremente y en cualquier momento sin necesidad de previo aviso, mientras que en aquellos inmuebles en los que hubiese sospechas fundadas de que se estuviesen realizando juegos no autorizados deberá efectuarse por la vía ordinaria, bien con consentimiento del titular o bien con una orden judicial.

para el fomento del juego responsable en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Un modelo que, como veremos, ha sido secundado por otras Comunidades, como Cantabria, Castilla-La Mancha y Navarra, que han ido presentando sus nuevas normas de regulación del juego en los meses posteriores, todas ellas sobre la misma base de responsabilidad social.

Entre las actuaciones preventivas el legislador insiste en la actividad informativa por parte de las Administraciones y entidades del sector, especialmente dirigida a grupos vulnerables como menores y adolescentes o personas incluidas en el Registro de Personas Excluidas de Acceso al Juego, a quienes deberá trasmitírseles de manera clara y contundente la prohibición de acceso a este tipo de juegos y establecimientos, así como de los riesgos derivados del exceso de actividad. Junto a ella, se especifican otras actividades que la Administración autonómica deberá impulsar en el marco del juego responsable y que tendrá que llevar a cabo en colaboración con otras Administraciones: realización de talleres y actividades formativas de educación para la salud y la prevención de patologías derivadas del juego en centros educativos, sanitarios, deportivos y socioculturales; fomentar el ocio alternativo; deberán instaurarse protocolos para la detección temprana de la ludopatía y será necesario crear unidades de carácter multidisciplinar para el tratamiento de la adicción al juego⁴⁷. Pero no solo en el artículo 5 se consagran medidas de prevención, si no que a lo largo de todo el articulado se irán regulando otras para prevenir comportamientos no responsables relacionados con el juego, como la fijación de distancias mínimas entre establecimientos en el artículo 45 de la Ley o la regulación de normas específicas sobre la publicidad de las empresas operadoras de juego, como veremos en líneas próximas⁴⁸.

En el artículo 6 de la Ley valenciana se contempla la Estrategia Valenciana Integral de Prevención y Tratamiento del Juego Patológico de carácter plurianual. Para su elaboración y seguimiento se creó en julio de 2022 la Comisión Técnica de Coordinación Interadministrativa en Materia de Juego. De composición mixta y multidisciplinar, en la que se darán cita representantes tanto de la Administración autonómica como de la Administración local, esta última desde la Federación Valenciana de Municipios y Provincias. Al acercarnos a su composición podemos ver que principalmente estarán implicados aquellos órganos con competencias sobre salud, adicciones, asistencia sanitaria, protección de la juventud y la infancia (jóvenes y menores) y la inclusión. A tenor de sus funciones, delimitadas en el artículo 2 del Decreto, podemos afirmar que la labor que se prevé llevar a cabo por esta Comisión será muy positiva para conseguir un escenario óptimo de lucha contra el juego patológico, pues desde actuaciones principalmente preventivas sobre un conocimiento cierto y real previo, se podrán ir reduciendo los efectos nocivos de los juegos de azar sin control.

Todo un cúmulo de buenas voluntades en las que el papel de la Administración autonómica será fundamental, por lo que el legislador le recuerda al Gobierno autonómico la necesidad de garantizar los recursos necesarios para que estas medidas y la consecución de tan loables objetivos puedan ser una realidad y no meros propósitos enunciativos vacíos y alejados del escenario real del sector del juego.

3.1.2. *La apuesta manchega por un entorno responsable en el sector del juego: el Observatorio de Juego Responsable de Castilla-La Mancha*

En líneas muy similares a las reflejadas entre la normativa extremeña y valenciana, el legislador manchego ha llevado a cabo la última modificación de la normativa autonómica sobre el juego con la nueva Ley

⁴⁷ En esta línea son muy interesantes los estudios que desde hace décadas se desarrollan por parte de la Unidad de Investigación «Juego y adicciones tecnológicas» de la Universitat de València y que desde hace un tiempo viene colaborando con organismos públicos como la Conselleria de Sanidad y el Servicio de Adicciones del Ayuntamiento de València para el estudio de la adicción al juego en la infancia, adolescencia y juventud en la Comunitat Valenciana. Fruto del convenio entre la Universidad y la Consejería se presentó en 2021 un Estudio sobre estas cuestiones, en el que bajo el título de “Adicción al juego en la juventud de la Comunidad Valenciana” se realizaba un análisis exhaustivo sobre el juego y los jóvenes, sobre su rol como personas vulnerables, las motivaciones que tienen hoy en día los jóvenes y adolescentes para jugar de manera compulsiva, sobre cuáles son las ventajas que esos sujetos visualizan en los juegos de apuestas y cómo se ha pasado de una política de publicidad pro-juego al establecimiento de reglas publicitarias menos agresivas y que incitan a jugar con responsabilidad. Ver Chóliz y Marcos (2020).

⁴⁸ En el artículo 45 se establece la prohibición de abrir salones de juego así como locales específicos de apuestas a menos de 850 metros de distancia de los centros educativos de enseñanza obligatoria, bachillerato y formación profesional, una decisión del legislador autonómico con la que pretende calmar la tendencia que en los últimos años vienen presentando los jóvenes en relación con las apuestas, principalmente deportivas; también se mantienen distancias mínimas entre unos locales y otros que deberá ser de al menos 500 metros entre ellos. Prohibiciones que han sido diseñadas con el objetivo y con el deseo de evitar situaciones peligrosas derivadas del juego que pudieran llevar a conductas adictivas. Con la determinación de distancias mínimas se pretenden inhibir prácticas compulsivas por parte de las personas más vulnerables.

5/2021, de 23 de julio, del Régimen Administrativo y Fiscal del Juego en Castilla-La Mancha. Sobre principios esenciales de actuación se han diseñado los basamentos de un nuevo marco de actuación ahora inspirado en criterios de responsabilidad y protección. La prevención, la protección de personas vulnerables al juego, la transparencia, así como la intervención y el control se convierten en las columnas de un sector que pocos años antes ya había experimentado grandes cambios para adaptarse a la implantación de las nuevas tecnologías, y que llevaron a sustituir a aquella primera Ley manchega sobre el juego de 1999 (Ley 4/1999, de 31 de marzo, del Juego de Castilla-La Mancha) en la que la única protección que se brindaba a los menores era la genérica prohibición de acceso a los salones y salas de juego con excepción de los salones recreativos. Sin perjuicio de la utilidad de la Ley 2/2013, de 25 de abril, del Juego y las Apuestas de Castilla-La Mancha, a tenor de datos preocupantes de adicción entre grupos muy específicos como jóvenes y adolescentes, el legislador autonómico afronta con una nueva regulación la necesidad de superar la concepción del juego como mera actividad económica, debiendo asumirse el impacto social de esta y la necesidad de articular mecanismos de control e intervención para hacer frente, o al menos minimizar, los efectos nocivos de un mal uso del juego⁴⁹. Un planteamiento que ha llevado a diseñar un nuevo modelo de juego en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que con vocación preventiva y protectora aspira a dar un giro importante de una realidad realmente preocupante para su población.

Se describen directrices de las nuevas políticas de juego, ahora responsable, de la misma forma que se venía haciendo en Valencia y Extremadura. La Administración autonómica recibe del legislador el compromiso de llevar a cabo actuaciones de sensibilización, informativas y de protección sobre los grupos vulnerables, menores, personas con adicción al juego e incapacitadas legal y/o judicialmente. Para ello, con el propósito de diseñar y proponer las diferentes políticas públicas dirigidas a la prevención de conductas adictivas se crea el Observatorio de Juego Responsable de Castilla-La Mancha, sin duda una apuesta en firme por conseguir mejorar una situación cada día más compleja y preocupante que afecta a los jóvenes manchegos. Un órgano que integrado en la Comisión de juegos de la Comunidad Autónoma desempeñará una pluralidad de funciones encaminadas a fomentar las buenas prácticas en el sector. Un Observatorio que se ha puesto en marcha pocos meses después de que la Ley entrase en vigor, concretamente con fecha de 10 de julio de 2022, en el que se dan cita representantes de la Administración autonómica con competencias sobre salud pública, infancia y familia, juventud, consumo y educación, de los sectores empresariales y profesionales, representantes sindicales y de consumidores y usuarios, así como de otras Administraciones y corporaciones con la presencia destacada de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE). Entre sus funciones destaca la de promover y elaborar estudios e informes para analizar el impacto del juego en la sociedad y de los efectos de una práctica no adecuada, datos con los que después elaborar propuestas de acciones orientadas al juego responsable; fomentar actuaciones dirigidas a la sensibilización, información y difusión de las buenas prácticas, y realizar campañas preventivas y educativas en colaboración con otras Administraciones. El Observatorio se financiará, según la cuantía establecida en la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con parte de las cantidades recaudadas en concepto de tasa administrativa sobre el juego.

3.1.3. Cantabria y Navarra: últimas autonomías que se han sumado al compromiso del juego responsable a lo largo del año 2022

En el territorio cántabro, como en otros tantos de nuestra geografía, desde hace algunos años se vienen apreciando cambios significativos en el comportamiento de los consumidores de juegos de azar, conductas cada vez más dependientes por lo que el legislador autonómico comenzaría en el año 2015 a adoptar algunas medidas restrictivas que afectarían al sector. Entre aquellas, destacaría la determinación de las distancias entre centros de juego estableciéndose una distancia mínima de 500 metros, muy superior a los 150 metros que se habían acordado anteriormente en el año 2008⁵⁰. Muy pronto, como ya ocurriese a nivel estatal y poco a poco en otras Comunidades Autónomas, empezaría a diseñarse todo un escenario de política de «Juego Responsable» que sobre pilares de prevención y de consumo responsable desembocaría en

⁴⁹ Los poderes públicos han ido haciendo suya la obligación de convertir nuestro modelo de juego en un sistema de juego responsable considerando necesario el uso de mecanismos de intervención que hoy podemos ir viendo en las distintas normas reguladoras del sector, tanto estatal como autonómicas. Ver Chóliz Montaños (2014).

⁵⁰ Aquél mismo año, en 2008, ya se habían acogido otras limitaciones como la prohibición de abrir este tipo de establecimientos a menos de 100 metros de los centros escolares.

2018 en la adopción de toda una serie de medidas para evitar los efectos nocivos que el juego puede llegar a tener por un mal uso. Mediante técnicas administrativas de limitación, como el viejo sistema de autorizaciones y licencias, la implantación de sistemas de admisión y control de acceso en todos los establecimientos de juego, o la prohibición de abrir este tipo de locales cerca de centros educativos o de rehabilitación de ludopatías, fueron algunas de esas primeras decisiones que se establecieron en el nuevo escenario de Juego responsable. Pero aquellas no fueron suficientes y había que dar un paso más por parte de la Comunidad Autónoma aprobando la nueva Ley 4/2022, de 24 de junio, de regulación del juego en Cantabria.

En esta ocasión a diferencia de las normas autonómicas que acabamos de ver, Extremadura, Valencia y Castilla-La Mancha, el legislador cántabro ha optado por incluir los principios de actuación de los poderes públicos en relación con el sector del juego desde la regulación del «Catálogo de Juegos» en el artículo 5 de la Ley. De esta forma, se dirá que el instrumento básico de ordenación de juegos, el «Catálogo de Juegos», deberá elaborarse acorde a unos principios que ya nos resultan familiares: prevención de comportamientos nocivos, transparencia, seguridad en el juego, e inspección y control por parte de la Administración. No obstante, a estos principios tendremos que sumar otros específicos, y que veremos en el próximo epígrafe, que el legislador ha incluido entre las directrices relativas a la publicidad y a las actividades de patrocinio en el sector. Será entonces cuando el legislador incluya directrices claras relativas a la protección de menores de edad.

Al contrario de la regulación que hemos visto en otras normas autonómicas, en la Ley 4/2022 no se incluye un precepto dedicado a la regulación directa de la política de juego responsable, sino que es a través de la consagración de distintas medidas de prevención del juego patológico y de las directrices de protección sobre publicidad, la forma en la que el legislador posiciona a esta política de juegos ahora «responsable» como el elemento vertebrador y protagonista de la nueva regulación.

Por otra parte, y en armonía a las regulaciones autonómicas precedentes, las medidas que el Gobierno y la Administración de Cantabria deberán desarrollar tendrán como elemento nuclear la prevención del juego patológico. Decisiones multidisciplinarias que deberán llevarse a cabo por distintas administraciones: sanitaria, educativa, consumo y competente en materia de juego como actividad económica. Campañas informativas, talleres y actividades de educación para la salud y la prevención de adicciones, establecimiento de protocolos de detección precoz y control del juego patológico, creación de un centro integral de prevención e investigación del juego patológico o la implantación de unidades multidisciplinarias para el tratamiento de este tipo de conductas, son algunas de esas medidas que se recogen en la ley cántabra y que nos recuerdan a las ya acordadas por el legislador manchego apenas unos meses antes.

Pocos días después de que conociésemos el nuevo marco del sector del juego en Cantabria, veían la luz, con fecha de 2 de agosto de 2022, las nuevas directrices del juego en la Comunidad Foral de Navarra. En términos muy parecidos a los de la normativa cántabra se presentaba la Ley 21/2022, de 1 de julio, por la que se modificaba la Ley Foral 16/2006, de 14 de diciembre, del Juego. Con un horizonte de protección de los más vulnerables al juego, principalmente en relación con las apuestas deportivas, comenzaron los trabajos de modificación de la Ley del juego en el otoño de 2019. Los cambios que se estaban experimentando en relación al acceso de menores y adolescentes a este tipo de apuestas en el territorio autonómico hizo saltar todas las alarmas, pero no solo de familias y profesionales que trabajan con los jóvenes, sino también de las asociaciones que se dedican a la prevención de comportamientos adictivos, de centros de investigación sobre patologías relacionadas con el juego, de las administraciones, autonómica y local, y de entidades privadas. Un reclamo en firme por el cambio, por la adopción de medidas con las que se pretende parar esa tendencia creciente y con las que se logre implantar un escenario de mayor protección y prevención de los grupos vulnerables. Un propósito en el que el legislador considera esencial la adopción de medidas por todos los agentes involucrados, y para el que será fundamental regular la intervención administrativa de una manera ordenada, pues no olvidemos que estamos ante una actividad económica en cuyo escenario impera la libre competencia, que encontrará su legitimación en la protección de los más vulnerables y en evitar que esta actividad lúdica conduzca a un juego patológico.

En el Título I de la Ley navarra se incluirán varias modificaciones importantes en relación con la política de juego responsable, afectando principalmente al artículo 2.º de la Ley autonómica en su redacción dada desde 2006. Por un lado, a los principios generales de regulación, organización y explotación del juego se suma ahora la prevención, un principio de actuación que tendrá como objetivo la protección de las personas vulnerables, menores o personas con discapacidad sin apoyo. Se añade un artículo 2 bis en el que se confirma la necesidad de que la Administración autonómica debe promover políticas de juego responsable, especificando que se tendrán por tales aquellas en las que el juego se contemple como un fenómeno com-

plejo, en el que deberán combinarse acciones preventivas, de sensibilización, intervención, control y reparación, esto es, deberán diseñarse acciones en tres tiempos, antes, durante y después del juego. Son tres momentos en los que la Administración tendrá que estar presente, así como otros agentes del sector, en aras a conseguir un escenario cada día más saludable y en armonía con la esencia de la actividad que no es otra que ser un mero entretenimiento⁵¹. De forma muy parecida a la opción acogida por los legisladores cántabro, valenciano y castellanomanchego, en la Ley navarra se incorporan acciones que implican a la administración educativa y que consistirán en programas y talleres para concienciar y prevenir el mal uso del juego; actividades que se desarrollarán en los centros educativos y en el que podrán colaborar las distintas entidades y asociaciones afectadas. Se incorpora un artículo 2 ter en el que se especifican medidas de prevención, pero en esta ocasión, a diferencia de la elección de los restantes legisladores autonómicos, son medidas dirigidas exclusivamente a las empresas de juegos y apuestas, no a las Administraciones públicas u a otros grupos de interés, como pudieran ser las asociaciones de afectados por la ludopatía⁵². Se relacionan las acciones que deben poner en marcha las empresas de juego y apuestas, así como los titulares de portales y sitios web de juego; entre ellas, atender de manera especial a los grupos de riesgo, proporcionar información, informar de las prohibiciones de participación y de acceso de menores y personas vulnerables, impartir cursos de formación, e informar sobre dónde acudir en caso de tener problemas de ludopatía.

4. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD DEL JUEGO EN LA PREVENCIÓN DE CONDUCTAS ADICTIVAS

Cada día es mayor la preocupación social por proteger a menores, adolescentes y en definitiva a las personas vulnerables al juego, y no solo se trata de un problema para consumidores directamente afectados, sino para la sociedad en su conjunto, pues las posibilidades de acceso a los juegos de azar y a las apuestas son cada día mayores, más fáciles y sin duda, muy atractivas, mientras que las consecuencias de un mal uso son muy dolorosas. Durante años, grandes empresas, actores y deportistas famosos, numerosos equipos de fútbol de primera división, las principales cadenas de televisión y de radio, y grandes espectáculos, entre otros muchos negocios, han publicitado y han estado patrocinados por casas de apuestas, bingos, casinos, y en definitiva por empresas de juego, llegando a convertirse en importantes fuentes de financiación⁵³. Una realidad que desde hace un tiempo había que cambiar con urgencia, pues los datos que informaban sobre la relación de nuestros jóvenes, menores y vulnerables con el juego eran devastadores, invocando un giro necesario en las políticas de juego. Con ese fin, conseguir proteger a nuestros hijos, a nuestros alumnos, vecinos, o simplemente a nuestros jóvenes y vulnerables se convierte en todo un reto para gobiernos, estatal, autonómico y local, administraciones públicas, asociaciones que luchan contra las adicciones, pero también para las propias empresas del sector, pues cada día es mayor la intensidad con la que asumen su rol como oferentes de una actividad económica desde la responsabilidad social.

Tras varios años desde que fuese aprobada la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego (de competencia estatal), por fin, en noviembre de 2020 veía la luz el reglamento que vino a desarrollar la regulación sobre publicidad, patrocinio y promoción de las actividades de juego. Es así como el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, presentaría

⁵¹ A nivel estatal, desde la Dirección General de Ordenación del Juego se viene trabajando en actuaciones encaminadas a concienciar a los usuarios en ese sentido, en que el juego es una actividad meramente lúdica y de entretenimiento; para ello, desde hace algunos unos años se creó la web «Jugarbien.es» como punto de encuentro en el que se da información y herramientas para fomentar que al acercarnos al juego lo hagamos desde esa perspectiva, como una opción más de entretenimiento. En ella se incluyen guías de consejos, experiencias, documentos y direcciones profesionales que servirán de ayuda para jugar con responsabilidad: <https://www.jugarbien.es>

⁵² Al acercarnos a la normativa valenciana vimos cómo el legislador en la Ley de 2020 instaura un compromiso común del gobierno autonómico y de las empresas de juego en la materialización de medidas preventivas de la ludopatía. En este sentido, las empresas del sector deben elaborar planes de medidas que ayuden a reducir el impacto negativo de un mal uso del juego, y junto a ellas, en el artículo 5, se especifican las medidas que el Consell, en el ámbito de sus competencias, debe llevar a cabo con ese mismo fin. En Cantabria vimos cómo se regulan medidas que deben llevar a cabo todos los agentes del sector, públicos y privados, administración autonómica y local y empresas de juego, y cómo aquellas tendrán cabida en los diferentes ámbitos que pudieran verse afectados, educación, sanidad y directamente el juego como actividad económica. En Castilla-La Mancha se prevén acciones preventivas conjuntas, informativas, como vimos y de formación y promoción del juego como una realidad lúdica.

⁵³ En el año 2018 las compañías de apuestas invirtieron 170 millones en publicidad, siendo el deporte el sector en el que mayor proyección tuvieron, convirtiéndose en un elemento central del mismo.

un marco de acción para este tipo de actividades tan influyentes en la aceptación del juego por una parte importante de la sociedad. Herramientas de limitación serán aplicadas en la nueva regulación sobre la publicidad del juego pues se considera necesario realizar el control previo a su puesta en marcha. Para que los operadores de juego de ámbito estatal puedan realizar comunicaciones comerciales tendrán que obtener el correspondiente título habilitante que, con forma de autorización, le vincularán a una serie de principios, obligaciones y prohibiciones establecidas en el Real Decreto. Principios como el de responsabilidad social, juego seguro, veracidad en la información, o protección de menores dibujarán un marco nuevo en las actividades de publicidad y patrocinio del juego⁵⁴.

En esa misma línea, e integradas entre las nuevas directrices que regulan el juego en las distintas Comunidades Autónomas que han ido aprobando las nuevas normas sobre los juegos de azar y las apuestas, se presentan las nuevas reglas sobre las actividades de publicidad y patrocinio que afectan a los juegos que son de competencia autonómica. Directrices que servirán como medidas preventivas para evitar comportamientos adictivos derivados de un mal uso del juego. Ya vimos cómo entre las normas extremeñas se incluyen unas primeras disposiciones sobre la regulación de la publicidad en el sector del juego, una regulación directamente relacionada con los principios del juego responsable, que sobre la prevención y la protección de los menores y otros grupos vulnerables es como se configuran estas actividades comerciales (artículo 6 del Decreto-ley 1/2019). Aunque será vía reglamentaria la forma en la que deberán regularse los términos y condiciones de estas actividades, en el propio texto del Decreto-ley ya se recuerda que únicamente podrán efectuar este tipo de acciones de publicidad los titulares de autorizaciones para la práctica de los juegos, y que en todo momento deberá imperar el respeto a las normas generales sobre publicidad, así como las específicas de protección de los menores.

El legislador valenciano por su parte nos presenta las limitaciones de la publicidad, la promoción, el patrocinio y la información comercial, quedando prohibida realizarlas a través de las redes de comunicación social de manera telemática. Tampoco se podrá llevar a cabo la publicidad de los juegos en la vía pública de manera estática ni en los medios de transporte, así como tampoco en el exterior de los locales de juego. Queda terminantemente prohibida la entrega gratuita de elementos propios de algunos de los juegos de azar, como cartones de bingo, fichas o cualquier otro que permitiese la participación en los juegos. Los medios de comunicación de titularidad pública cuyo ámbito de emisión sea el territorio valenciano, en parte o en su totalidad, no podrán emitir publicidad relativas a las actividades del juego; en esta línea, las personas que intervengan en aquellos medios no podrán aparecer jugando, ni podrán mencionar o mostrar logos o mensajes relacionados con las empresas de juego. Como ya apuntamos en líneas previas, hasta hace apenas unos meses era normal que muchas entidades deportivas estuviesen patrocinadas y mostrasen publicidad de empresas dedicadas al sector del juego, una práctica que ya ha sido prohibida por razones de responsabilidad social, dando el legislador valenciano ahora un paso más en este sentido, pues contempla en el artículo 8.7 de la Ley que aquellas entidades deportivas, asociaciones o medios de comunicación que lleven a cabo campañas vinculadas con la prevención y la lucha contra la ludopatía podrán ser beneficiarias de incentivos en forma de ayudas, subvenciones o incentivos fiscales. Sin duda todo un giro a una realidad que nos resultaba ya realmente cotidiana.

Esa prohibición de publicidad del juego se repite entre las normas castellanomanchegas, aunque con algunas salvedades con relación a la que pudiera llevarse a cabo en el interior de los establecimientos de juego. Frente a la prohibición absoluta de publicidad en el exterior que establece el legislador en la Ley 5/2021, de 23 de julio, las empresas que cuenten con el título habilitante para realizar este tipo de actividades podrán solicitar a la Administración autonómica, al órgano con competencias en materia de juegos, la autorización correspondiente para poder efectuar publicidad y el patrocinio de los juegos en el interior de sus locales, siempre acorde a los principios esenciales de juego responsable y a las normas generales sobre publicidad y a las específicas de protección en relación con los menores de edad y otros colectivos

⁵⁴ El pasado 14 de marzo (2023) se aprobaba el Real Decreto 176/2023, de 14 de marzo, por el que se desarrollan entornos más seguros de juego en el marco de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, y que entrará en vigor de manera escalonada a partir de septiembre de 2023. A pesar de las medidas normativas que se han ido adoptando con el objetivo de conseguir un sector en el que prime el impulso y la materialización de políticas de juego seguro, la experiencia ha demostrado que las medidas adoptadas por las entidades autorizadas no han sido similares, sino que las soluciones acogidas por los operadores se han presentado muy dispares y las consecuencias también muy diferentes. En aras a conseguir un escenario cada día más seguro, con el nuevo reglamento se pretenden reforzar las medidas en relación con los operadores que desarrollen actividades de juego en el marco de la Ley 13/2011, sometidas a identificación de usuario y cuenta de juego; norma que ha modificado e incluso derogado algunos preceptos del Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre.

vulnerables. Junto a estas prohibiciones, el legislador establece la obligación de las entidades de juego de informar y advertir en el interior de sus establecimientos de que la práctica abusiva del juego puede llevar a producir adicción y ludopatía. Una regulación que meses más tarde ha sido desarrollada por el Decreto 5/2022, de 25 de enero, del Régimen Administrativo del Juego en Castilla-La Mancha. En su norma reglamentaria se vuelve, ahora con más detalle, sobre las actividades de publicidad, patrocinio y promoción de los juegos en la Comunidad Autónoma, en armonía con las premisas legales y acorde a los principios del juego responsable. Se especifican qué actividades quedarán sujetas a autorización, así como algunas normas procedimentales relativas a la iniciación y la terminación de este, sin perjuicio de que la tramitación estará sujeta a las reglas generales de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El órgano competente para resolver deberá emitir resolución en el plazo de un mes desde que fue presentada la solicitud para llevar a cabo las actuaciones publicitarias o de patrocinio, siendo el silencio negativo en caso de no producirse dicha resolución expresa (artículos 5 a 11 del Decreto).

Más permisiva parece a priori la normativa navarra, en la que no se parte de una prohibición general de la publicidad y del patrocinio de las entidades de juego, sino que la regla general será la necesidad de comunicación previa a la Administración foral por parte de las empresas del sector que pretendan llevar a cabo las campañas o la publicidad concreta (con al menos un mes de antelación). Ahora bien, junto a la regla general se incluirá un listado de actuaciones que estarán prohibidas relacionadas con las comunicaciones comerciales, la publicidad y el patrocinio de empresas de apuestas y de juego. Un marco de actuación en el que destaca la preocupación constante del legislador por garantizar la protección de los menores y de las familias. Las entidades de juego deberán promover el uso moderado del juego y tendrán que emitir mensajes sobre la prohibición de este tipo de actividades a menores de edad. Desde la administración autonómica deberá controlarse la publicidad y entre otras se velará para que en la publicidad relativa al juego no se utilicen personas con relevancia social, que pudieran ser referentes para la población y especialmente para los menores. Tampoco podrán participar en las campañas de publicidad de los juegos profesionales sanitarios o científicos ni asociaciones relacionadas con la salud.

5. CONCLUSIONES: LA SUERTE ESTÁ ECHADA

Como hemos visto, las normas reguladoras del juego se están diseñando sobre pilares de protección y prevención para evitar conductas patológicas en grupos vulnerables; los menores de edad y las personas cuya capacidad volitiva pudiera estar alterada son los principales colectivos en los que los legisladores, estatal y autonómicos, están poniendo la máxima atención y cuidado en los últimos años. Sin perjuicio de su faceta como entretenimiento, ocio y recreo de esta actividad económica, el componente patológico derivado de los juegos de azar y apuestas, independientemente de su modalidad, presencial u *on line*, y la consideración del mal uso de «las máquinas» como verdaderos generadores de enfermedades como la ludopatía, han llevado a gobiernos, administraciones públicas y legisladores a tomar cartas en el asunto. Tanto instituciones como sociedad somos cada día más conscientes de los efectos nocivos del uso abusivo de esta actividad, una realidad que, derivada en muchos casos de experiencias nada gratas, legitiman medidas y herramientas de intervención en el sector. Un escenario en el que debemos armonizar las dos caras de una misma moneda, y debemos hacerlo de forma sosegada y racional, sin lanzamientos al aire dejando el resultado al azar y a la diosa fortuna, debemos equilibrar su faceta como actividad económica y como actividad de ocio, evitando que su mal uso nos conduzca a situaciones insanas e incluso destructivas.

Establecer las normas del juego elaboradas sobre principios de responsabilidad se ha convertido en un reto «de obligado cumplimiento» que ha sido acogido por legisladores y Administraciones públicas; la Comunidad Autónoma de Extremadura, preocupada por el impacto de las nuevas modalidades de juego, así como por la proliferación de locales destinados a juegos de azar y apuestas deportivas, unido a la vulnerabilidad de las nuevas generaciones que están creciendo a ritmo de dispositivos electrónicos, decidió tratar la cuestión de forma directa dos décadas después de que la Ley del Juego en su versión original fuese aprobada por el Parlamento autonómico. Con mayor o menor acierto debemos reconocer que la ordenación del juego responsable, en su nuevo Capítulo VIII, es todo un hito en la regulación sobre juegos de azar y apuestas, un reflejo clarividente de la importancia de asumir roles de responsabilidad por todos los agentes que intervienen en el sector, desde los operadores y prestadores de la actividad, empleados, trabajadores relacionados con las tareas de fabricación y distribución de los elementos de juego, progra-

madores gamers, participantes reales y potenciales, y sin duda, Administraciones públicas. La necesidad de mantener controles previos a la puesta en marcha de cualquiera de las actividades relacionadas con los juegos, así como conservar herramientas de supervisión y control durante el desarrollo de la actividad, complementadas por el ejercicio de la acción punitiva en caso de irregularidades con forma de infracciones, conducen a diseñar todo un escenario de actuación nada desdeñable para las Administraciones públicas. Autorizaciones, controles de acceso y admisión, registros de empresas, de limitaciones y prohibiciones, inspección y actividades de supervisión, así como la ejecución de sanciones, son algunas de las piezas que el legislador extremeño nos ofrece en la Ley del Juego revisada en 2019, y a las que nos hemos acercado desde una óptica jurídica a lo largo de estas páginas. Con el deseo de ver minimizados los efectos nocivos que pudieran derivarse del sector, como jurista, como docente universitaria (con alumnos de edades críticas) y como madre de dos pequeños, considero que en 2021 todos debemos asumir márgenes de responsabilidad sobre el buen o mal uso del juego, sin olvidar que si bien es un sector que puede reportar grandes beneficios económicos desde una óptica empresarial, generando miles de puestos de trabajo, puede igualmente inundar nuestras vidas aún sin darnos cuenta, volviendo tempestad lo que a priori se avecinaba como calma.

Queda mucha partida por jugar en la Comunidad Autónoma extremeña, pues el tablero está falto de parte de la regulación. Pendientes de la normativa sobre el Registro de limitaciones, el Registro de juegos y apuestas, sobre el control de admisión, los juegos en modalidad on line o remota de competencia autonómica, así como sobre el concepto de «zona de influencia de centros de enseñanza» a los efectos de la prohibición de instalar establecimientos específicos de juego. Junto a ello, establecer las directrices específicas sobre publicidad, promoción y patrocinio de los juegos de azar y apuestas, y pautas para las apuestas autorizadas en recintos deportivos y en locales específicos, son algunas de las cuestiones y materias sobre las que la Administración extremeña debe continuar trabajando y desarrollando por vía reglamentaria, cuyos frutos confiamos acertados y en un futuro a corto plazo. Líneas de actuación armonizadas con la nueva normativa, y que considero deben completarse con otras relativas a la reeducación en aquellos supuestos en los que los comportamientos hayan derivado en adicción y sean especialmente delicados. Sin duda todo un desafío, si bien complejo, absolutamente imprescindible.

Un primer impulso, el extremeño, que ha sido secundado por otras Comunidades Autónomas como Valencia, Castilla-La Mancha, Cantabria, Navarra, Cataluña o la Rioja. Si bien, dada la naturaleza de este estudio y la extensión del mismo solo hemos podido acercarnos a algunas de estas nuevas normas autonómicas, sin perjuicio de preparar en un futuro próximo un análisis reflexivo sobre la regulación del juego en las restantes Comunidades Autónomas que con firmeza están apostando por un modelo de juego responsable. Hemos podido ver que en todas ellas se consagran principios de base orientados a la protección de los colectivos más vulnerables y la prevención de conductas adictivas; de cómo en ellas la Administración pública desempeña un papel decisivo en la lucha contra la ludopatía, ese mal a priori incontrolable que afecta a miles de jóvenes sea cual fuere el lugar en el que residan. Se establecen medidas con las que materializar esos propósitos de protección, de una forma u otra, pero en todas con el mismo propósito: concienciar, enseñar, prevenir, informar y en definitiva educar sobre un juego sano, un juego que sea exclusivamente entretenimiento y siempre controlable por aquel que lo practica. Unas medidas que involucrarán a una pluralidad de agentes, públicos y privados, y en definitiva a toda una sociedad que se siente vulnerable ante el mal uso del juego. Hemos visto cómo en todas estas Comunidades Autónomas la publicidad y el patrocinio del juego es uno de los objetivos de regulación de la nueva normativa pues durante años ha sido a través de esa publicidad como se ha alentado a niños y jóvenes a entender erróneamente el juego como una fuente de riqueza, una manera de tener éxito, en definitiva, como una forma de vida.

Vivimos un momento histórico en el que las nuevas tecnologías sitúan delante de nuestros ojos un sin fin de opciones a un solo «clic», y entre ellas infinidad de juegos y entretenimientos que nos hacen desvincularnos muchas veces de nuestra propia realidad. Los datos absolutos que ese mismo escenario nos ofrece sobre un mal uso de los juegos de azar son abrumadores; el número de menores y de jóvenes que se ven arrastrados por el juego y las apuestas es preocupante y aterrador. Un contexto complicado que reivindicaba la reacción de gobiernos, administraciones públicas, educadores, asociaciones de ayuda a la adicción, del propio sector del juego, en definitiva, de toda la sociedad. Es entonces cuando el legislador estatal y los legisladores autonómicos comienzan a rehacer el escenario de una actividad económica en la que la intervención administrativa será necesaria y estará legitimada sobre el propósito de salvaguardar la salud de nuestros colectivos más vulnerables, de nuestros jóvenes que, no olvidemos, son el futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aja Fernández, E. (1989). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4), 233-254. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-del-centro-de-estudios-constitucionales/numero-4-septiembrediciembre-1989/la-distribucion-de-competencias-entre-el-estado-y-las-comunidades-autonomas-en-espana-balance-y-1>
- Alonso-Fernández, F. (2003). *Las nuevas adicciones*. TEA Ediciones.
- Blanco, P., González, M. y Martos, C. (2015). El juego como adicción social: crónica de una patología anunciada. *Alternativas: Cuadernos de Trabajo Social*, (22), 9-22. <https://doi.org/10.14198/ALTERN2015.22.01>
- Cantero Martínez, J. (2020). El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre la Policía Local). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (14), 139-160. <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10846>
- Cases Méndez, J. I. (2011). La transformación de las políticas públicas de juego de azar en España. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (6), 75-103. <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i6.9947>
- Chóliz Montañés, M. (2014). ¿De quién es la responsabilidad del juego responsable? En J. I. Cases Méndez (dir.), *Seis cuestiones sobre el juego de azar: negocio, ética y corrupción* (pp. 60-75). Thomson Reuters Aranzadi y Fundación Codere.
- Chóliz, M. y Marcos, M. (2020). *Adicción al juego en la juventud de la Comunidad Valenciana*. Consell Valencià de la Joventut. Disponible en: <http://observatorijove.info/doc/Estudi001.pdf>
- Dirección de Juego y Espectáculos (2018). Buenas prácticas de juego responsable (Personal de Hostelería). Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco. https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/jye_public/es_def/adjuntos/manual_juego_responsable_hosteleria_bar_es.pdf
- Fernández Rodríguez, T. R. (1996). La distribución de competencias en materia de juegos de Azar: Problemática y Soluciones. *Álea*, (3), 3-7.
- García Caba, M. M. (2011). Los modelos europeos del juego on line. En A. Palomar Olmeda (dir.), *El juego on line* (pp. 67-120). Thomson Reuters Aranzadi y Fundación Codere.
- García Canales, M. (1988). La reforma de los Estatutos y el principio dispositivo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (23), 157-184. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-23-mayoagosto-1988/la-reforma-de-los-estatutos-y-el-principio-dispositivo-2>
- García Rodríguez, C. (2017). El marco jurídico de los juegos de azar y la incidencia de las nuevas tecnologías [tesis doctoral presentada en el marco del Dpto. de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid con fecha de 24 de enero de 2017, y dirigida por los profesores Rafael Caballero Sánchez y Jorge Fernández-Miranda]. Universidad Complutense de Madrid. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/21691>
- Jordano Fraga, J. (2015). Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (174), 133-168.
- López Guerra, L., Pérez Tremps, P., Espín, E., García Morillo, J. y Satrustegui, M. (2018). *Derecho Constitucional. Vol. II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, (11.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Martín Sanz, V. (2009). Juegos y Apuestas. En T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* [vol. 8, tomo 2: Los sectores regulados. 2009] (pp. 479-497). Iustel.
- Mayor Menéndez, P. (2011). Deporte y juego. Reflexiones a la luz del anteproyecto de Ley de regulación del Juego. *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, (31), 631-645.
- Pérez Camarero, S. (2020). *Juventud y juegos de azar. Una visión general del juego en los jóvenes*. INJUVE, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. <https://www.injuve.es/observatorio/ocio-y-tiempo-libre/juventud-y-juegos-de-azar-una-vision-general-del-juego-en-los-jovenes>
- Pino Abad, M. (2014). Despenalización de los juegos de azar en España. *Revista Vía Iuris*, (16), 11-33. <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/Vialuris/article/view/435>
- Rebollo Puig, M. (2013). La actividad inspectora. En J. J. Díez Sánchez (coord.), *Función Inspectora: Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013, pp. 55-116). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Rivas Castillo, M. I. (2021). Establecimientos y Empresas en Materia de Juego y Apuestas en Andalucía. En S. Fernández Ramos y J. M. Pérez Monguió (coords.), *Estudio sobre el Derecho en Andalucía en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas, juegos y apuestas* (pp. 317-379). Instituto Andaluz de Administración Pública. Disponible en: <https://produccioncientifica.uca.es/documentos/61cd475b9208124794c4e41d>
- Rivas Castillo, M. I. (2022). El juego responsable como soporte en el diseño jurídico de un nuevo tablero. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (217), 61-102.
- Roca Fernández-Castany, M. L. (2010). Régimen jurídico-administrativo del derecho de admisión en establecimientos públicos. Especial referencia al caso andaluz. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (36), 313-358.
- Ruiz-Navarro Pinar, J. L. (2008). La libre prestación de servicios de juegos de azar: la normativa europea y reflexiones sobre la futura legislación española del juego online. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (19), 213-270. <https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.19.%20Jose%20Luis%20Ruiz-Navarro.pdf/e01a3f50-ac3b-2d72-94c4-d2515553c918>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
 Sección: ARTÍCULOS
 Recibido: 19-05-2023
 Modificado: 11-09-2023
 Aceptado: 11-09-2023
 Prepublicado: 26-09-2023
 Publicado: 16-10-2023
 ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11225>
 Páginas: 89-106

Referencia: Gómez Díaz, A. B. (2023). La legitimación de los partidos políticos en la sentencia del Tribunal Supremo 1294/2021, de 2 de noviembre de 2021. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 20, 89-106. <https://doi.org/10.24965/reala.11225>

La legitimación de los partidos políticos en la sentencia del Tribunal Supremo 1294/2021, de 2 de noviembre de 2021

The legitimacy of political parties in Supreme Court Judgment 1294/2021, of november 2, 2021

Gómez Díaz, Ana Belén

Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Administrativo (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-0156-5014>

anabgo09@ucm.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Asociada de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Letrada en la Dirección Adjunta de Presidencia del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio de la legitimación activa de los partidos políticos partiendo del análisis de la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 4.^a) del Tribunal Supremo 1294/2021, de 2 de noviembre, que inadmitió, por falta de legitimación, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Partido Popular contra el Real Decreto de nombramiento de Fiscal General del Estado. El trabajo pone de manifiesto la discrepancia existente en el seno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la cuestión objeto de estudio, en la que subyacen cuestiones de esencial trascendencia jurídica, tanto desde el punto de vista dogmático como práctico: el derecho a la tutela judicial efectiva; la necesidad de no permitir la creación de zonas inmunes al control jurisdiccional; la defensa de los intereses colectivos, públicos y del interés general. Estas cuestiones nucleares del Derecho administrativo deben coherenciarse con la necesidad de no convertir a la Justicia en un foro de discusión política, diluyendo su verdadera esencia. El trabajo, por último, reflexiona sobre la «solución» que, al respecto de la legitimación activa de los partidos políticos, debe dar la Sala y en el que parece estar más dividida: los recursos planteados contra los indultos concedidos a los condenados en el «juicio del proceso».

PALABRAS CLAVE

Proceso contencioso-administrativo; legitimación corporativa; intereses colectivos; interés general; partidos políticos.

ABSTRACT

This paper addresses the study of the active legitimation of political parties based on the analysis of the Judgment of the Third Chamber (Sec. 4) of the Supreme Court 1294/2021, of November 2, which inadmissible, due to lack of legitimacy, the contentious-administrative appeal filed by the Popular Party against the Royal Decree appointing the Attorney General of the State. The work highlights the discrepancy existing within the Third Chamber of the Supreme Court on the issue under study, which underlies issues of essential legal significance, both from the dogmatic and practical point of view: the right to an effective remedy; the need not to allow the creation of zones immune to judicial review; the defence of collective, public and general interest interests. These core issues of administrative law must be reconciled with the need not to turn justice into a forum for political discussion, diluting its true essence. The work, finally,

reflects on the “solution” that, with respect to the active legitimization of political parties, the Chamber must give and in which it seems to be more divided: the appeals raised against the pardons granted to those convicted in the “trial of the *procés*”.

KEYWORDS

Contentious-administrative process; corporate legitimation; collective interests; general interest; political parties.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO PIEZAS CLAVES DE LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS. 2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. 3. IMPUGNACIÓN DEL REAL DECRETO 410/2020, DE 25 DE FEBRERO, DE NOMBRAMIENTO DE LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO. 4. CRÍTICA DE LA SENTENCIA. 5. ¿PERSPECTIVAS DE CAMBIO? LOS AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 5.ª) DE 8 JUNIO 2022. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, y en un marco académico más general, tuve ocasión de referirme a la legitimación activa de los partidos políticos para accionar en procesos contenciosos¹, advirtiendo de las vacilaciones que en este punto se observaban en la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Era inevitable que la cuestión volviera a suscitarse ante los órganos de esta jurisdicción, como así ha ocurrido más recientemente en dos supuestos de gran repercusión mediática, los recursos planteados frente al nombramiento de la titular de la Fiscalía General del Estado y contra los indultos concedidos a los condenados en el denominado «juicio del *procés*».

Las resoluciones que han resuelto estos dos recursos parecen sentar una línea jurisprudencial bastante más clara, en materia de legitimación, que la un tanto vacilante mantenida hasta la fecha, aunque dudosamente definitiva; una doctrina, ha de añadirse, netamente restrictiva. El presente trabajo se limita a analizar la Sentencia dictada en el caso de la impugnación por un partido político del nombramiento de la Fiscal General del Estado.

1. LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO PIEZAS CLAVES DE LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS

El análisis de la legitimación activa, en el proceso contencioso-administrativo, de los partidos políticos, debe ir precedido de unas consideraciones sobre su naturaleza jurídica y finalidad principal que es, en definitiva, la de unificar principios y organizar políticas para transformar la sociedad y el orden democrático.

Como es sabido, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial se produjo en Europa un paulatino proceso de incorporación de los partidos políticos a distintas Constituciones², convirtiéndose, de este modo, en piezas esenciales de los sistemas democráticos, pasando a ocupar un papel destacado³ en la instauración y desenvolvimiento de la democracia⁴; lo que no ha impedido que, en los últimos años, se haya instalado un creciente sentimiento negativo en torno a ellos, cuestionándose hasta su propia legitimidad⁵.

¹ Gómez Díaz (2014, pp. 239 y ss.) en relación con la postura vacilante de la jurisprudencia sobre el reconocimiento de legitimación activa de los partidos políticos.

² En el discurso rectoral de 3 de agosto de 1927 (Triepel, 2015) describió de una forma sencilla y excelente la evolución de la actitud del Estado hacia los partidos políticos, desde el rechazo e ignorancia, hasta su reconocimiento legal para, finalmente, incorporarlos como piezas claves del Estado democrático en las mismas Constituciones.

³ Recordemos el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, claramente inspirador del artículo 6 de la Constitución española, así como las Constituciones de Italia, de 1947 (artículo 49); Francia, de 1958 (artículo 4); y Portugal, de 1976 (artículo 3), todas ellas seguidoras del modelo liberal, orientado a no legislar sobre los partidos, lo que implica la imposición de obligaciones meramente genéricas sobre su funcionamiento interno y sus formas de organización. Sobre ello, *vid.* por todos Jiménez Campo (1988) y el antiguo trabajo de Santamaría Pastor (1985).

⁴ En palabras de García Pelayo (1986, p. 50), «La verdadera democracia, la democracia pluralista, sólo es viable por la existencia de una pluralidad de partidos que, en relaciones competitivas por el ejercicio o el influjo en el ejercicio del poder en el Estado, ofrezcan al electorado distintas opciones».

⁵ Sobre la crisis que afecta a la legitimidad y funcionalidad de los partidos políticos en los sistemas políticos occidentales, en concreto, la crisis de su democracia interna y de la propia participación política, *vid.* Villoria (2014) y Cárdenas Gracia (1992).

Su naturaleza peculiar⁶ se debe a su carácter dual: por una parte, son grupos representativos de los intereses de sus afiliados; pero, por otra, y fundamentalmente, son entidades que se crean y funcionan para la representación del interés general (al menos, del interés general en el mantenimiento del pluralismo político y de la libertad ideológica). Es evidente que además de asumir los intereses de sus afiliados (que lo son porque comparten, precisamente, la ideología sociopolítica con el partido al que se unen), los partidos representan y, por tanto, defienden, intereses generales de la colectividad⁷ en defensa del denominado «orden democrático»⁸. Y es en la función esencial de representación de los intereses sociales donde la desconfianza que inspiran es más evidente⁹. Es más, en los últimos años, se ha generalizado la creencia de que los partidos políticos han coadyuvado a la corrupción política que, con tanta gravedad, está afectando a los fundamentos del sistema democrático.

Ahora bien, la crisis de legitimidad de los partidos políticos¹⁰, en concreto las dudas suscitadas, con más o menos fundamento, sobre su funcionalidad y representatividad real, no debe hacernos olvidar que siguen siendo (y deben serlo) piezas claves en los Estados Democráticos de Derecho, pues a través de ellos se modula y conforma la voluntad política, haciendo posible la participación de los ciudadanos mediante el sistema de democracia representativa¹¹ (la participación ciudadana en la vida pública y en la conformación del orden jurídico, social y/o económico se articula, en buena parte, gracias al pluralismo político y, en consecuencia, por la actuación de carácter representativo propia de los partidos políticos¹²).

Es, por tanto, en la defensa del interés general y del orden democrático donde los partidos políticos encuentran el ámbito esencial de representatividad de los intereses de los ciudadanos, de intereses que, sencillamente, trascienden a los que serían propios de organizaciones de distinta naturaleza a la Ley otorga legitimación corporativa. Pero reconocerles esta función básica que forma parte de la esencia del sistema democrático y del pluralismo político, no permite afirmar que deba reconocérseles una legitimación

⁶ Tal y como ha analizado, entre otros, Bastida Freijeiro (1992), las funciones y el papel a desempeñar por los partidos políticos están inextricablemente unidas a su peculiar naturaleza jurídica. En Oliver Araujo y Calafell Ferrá (2007, pp. 11-36) puede leerse que «los estatutos de los partidos políticos tienen una especial importancia. Por un lado, en cuanto asociaciones, los partidos políticos están amparados por un indiscutible principio de libertad, que, en el plano jurídico, halla su plasmación en la aprobación de su propio régimen normativo, esto es, de sus estatutos y otras normas internas que los desarrollen. Mas, por otro lado, en vista de la peculiar relevancia constitucional de los partidos políticos, sus estatutos, sin dejar de ser un producto de su autonomía, se hallan sujetos a unos específicos imperativos –a veces expuestos, a veces implícitos– que hacen de ellos unas normas jurídicas singulares en nuestro ordenamiento constitucional. Esta particularidad se refleja en diferentes aspectos, tanto formales (o de procedimiento) como materiales (o de contenido). En concreto, cabe destacar tres facetas de los estatutos de los partidos políticos donde se pone de relieve su especificidad: el contenido de las normas estatutarias, su control administrativo y la publicidad de las mismas».

⁷ El Tribunal Constitucional, desde su clásica Sentencia 3/1981, de 2 de febrero, viene a considerar a los partidos políticos como «una manifestación específica del derecho de asociación, que por su especial relevancia en la vertebración del Estado democrático se configuran como organizaciones “casi públicas”, debido a su vertiente institucional, aunque no se puedan identificar como “órganos del Estado”, al asumir la función constitucional de servir de cauce fundamental para la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos».

⁸ Como dicen Gonzaga Jayme y Vieira Maia (2013, pp. 543-568), «es necesario resaltar la importancia de los partidos políticos en la defensa de los derechos y garantías fundamentales, principalmente por hacer eco de las voces de las minorías. Por esta razón, el constituyente atribuye también, a los partidos políticos legitimidad para actuar en la defensa de la Constitución y en la salvaguardia de los derechos fundamentales, que representan patrimonio jurídico de toda sociedad».

⁹ La literatura sobre el tema es inabarcable: baste citar, como obras de referencia, la clásica de Kelsen (1934), y la de García Pelayo (1986, pp. 1969 y ss.), también, García Cotarelo (1985) y Montero, Gunther y Linz (2007); más recientemente, Flores Giménez (2015, pp. 355-381), resume así la situación: «(...) En principio, se entiende que las organizaciones partidistas tienen el cometido, en sociedades especialmente complejas, de agregar y jerarquizar intereses, un cometido que debe quedar plasmado en un texto programático que puede ser conocido por los ciudadanos-electores. En el modelo catch all party, vigente en la actualidad, los partidos suman intereses que en ocasiones no son complementarios, difícilmente encajan y resulta complicado implementar. Aun así, el problema mayor puede no ser éste, sino la representación de intereses ocultos (lo que se incluiría en la noción de “política invisible” tan vinculada a los partidos y definida por Sartori) ajenos a la valoración de los representados. Estas circunstancias explican que, en no pocos casos, cuando se toman las decisiones políticas, los intereses proclamados no son atendidos (sea por imposibilidad económica, por cálculo político o por cualquier otra circunstancia) con arreglo a los compromisos adoptados por los programas electorales. En este sentido, la función de representación de intereses se debilita, y el partido se convierte, para dicha función, en un instrumento inútil».

¹⁰ Que forma parte, en el fondo, de la crisis general de la democracia representativa, intensificada en los últimos años debido a la crisis económica global: *vid.* Grasso (2005).

¹¹ Sobre la legitimación activa de las asociaciones y la justicia participativa, *vid.* Ortega Gómez, (2006, p. 765): «Las asociaciones, que como se ha dicho se constituyen para el logro de fines y la defensa de intereses y derechos de un colectivo de personas o de un sector económico frente al poder público, son un mecanismo de inserción de dicho colectivo en los asuntos públicos. El hecho descrito constituye un factor de democratización de la organización política y social (democracia participativa)».

¹² Sobre la crisis de la democracia representativa, puede leerse el trabajo de González de la Garza (2018, pp. 257-302). En este trabajo, se analiza el deterioro del sistema representativo de partidos políticos y sus repercusiones en la (des)confianza de los ciudadanos respecto de la funcionalidad y responsabilidad de los partidos.

«absoluta» para impetrar de los órganos judiciales la defensa de cualquier interés, dado que la naturaleza de los partidos, su esencia y sus funciones deben adecuarse al régimen jurídico de la legitimación procesal. Lo contrario significaría otorgarles una especie de título habilitante genérico para recurrir cualquier actuación de la Administración que considerasen contraria al ordenamiento jurídico y lesiva de intereses colectivos/plurales (los que, en cada supuesto, se presentaran como «defendibles» por el partido político correspondiente).

Intentar cohonestar estos dos puntos es el equilibrio al que debería llegarse en el análisis de la legitimación de este tipo de entidades.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

A pesar de que los partidos constituyen una de las modalidades más importantes¹³ para encauzar (política, social y judicialmente) problemas y reivindicaciones de la sociedad en su conjunto, de grupos sociales determinados e, incluso, de ciudadanos concretos, y de ser un instrumento esencial del Estado Democrático, no son mencionados expresamente en el precepto de la LJCA dedicado a la legitimación activa¹⁴.

Esto no significa en modo alguno que no deban ser considerados como unos de los «grupos» o «entidades» que ostentan legitimación en defensa de intereses sociales o colectivos¹⁵. Que esto es así, se deduce claramente de las funciones asignadas por la propia Constitución y la Ley a los partidos y de su naturaleza jurídica¹⁶ como «asociaciones de relevancia constitucional» (STC 48/2003, de 12 de febrero¹⁷).

Los partidos políticos son expresión de la libertad de asociación de los ciudadanos, en concreto, son «una especie dentro del género de la asociación»¹⁸ y, por tanto, deben incluirse, sin duda alguna, entre los grupos a los que se refiere el artículo 19.1.b) LJCA, es decir, entre los grupos legitimados para la defensa de derechos e intereses colectivos¹⁹. Recordemos que esta norma dispone que «Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: [...] b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18» que «resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos» (regulación que ha sido establecida, fundamentalmente, en los ámbitos de la defensa de los consumidores y usuarios²⁰ y del medio ambiente).

¹³ En efecto, los partidos políticos «(...) a pesar de las tendencias neocorporativas, siguen siendo los protagonistas de la dinámica estatal» (Morodo y Lucas, 2001).

¹⁴ El artículo 19.1.b) de la LJCA no los menciona entre los sujetos legitimados para el ejercicio de acciones en defensa de intereses legítimos colectivos. Tampoco la Ley Orgánica 6/2002, reguladora de los partidos políticos, contiene una cláusula general que habilite a los partidos políticos para accionar ante los órganos jurisdiccionales.

¹⁵ Sobre lo cual, el excelente libro de Carbonell Porras y Cabrera Mercado (2014).

¹⁶ Los partidos políticos gozan de un sustrato personal de carácter asociativo y persiguen fines tanto privados como públicos, para cuya consecución y defensa ostentan legitimación (no sólo, por tanto, en relación con los intereses subjetivos de sus afiliados, sino también respecto de los intereses colectivos que, en definitiva, representan, promueven y defienden).

¹⁷ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP), reconoce su naturaleza bifronte –social y estatal– al afirmar que «aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución...».

García Guerrero (2007, pp. 33-37), considera que la naturaleza jurídica de los partidos políticos es la de «un órgano del Estado», a pesar de que la constitución de los mismos depende de la libre voluntad: «los partidos políticos son unidades de un órgano constitucional complejo, formado por todos los partidos políticos existentes en un momento dado o al menos por los que gozan de representación parlamentaria».

¹⁸ García Guerrero (2007, pp. 33-37).

¹⁹ Sobre la distinción entre «derecho subjetivo» e «interés legítimo», tanto individual como colectivo, es decir, al respecto de la dualidad de títulos legitimadores, son de esencial lectura, los trabajos de Cano Campos (2014); Menéndez García (2014); Medina Alcoz (2016); Martín Jiménez (2021); García-Andrade Gómez (2023).

²⁰ En este ámbito, el artículo 11 de la ley de Enjuiciamiento Civil reconoce a «las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas» la posibilidad de ejercer las denominadas «acciones de clase» (modalidad de las «acciones colectivas»). Es decir, junto al reconocimiento de la legitimación de «las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas» para la defensa de los intereses generales de los consumidores y para la defensa de consumidores y usuarios perfectamente determinados o fácilmente determinables que se hayan visto afectados por un hecho dañoso, el apartado 3 de dicho precepto, reconoce una legitimación en defensa de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación, independientemente, pues, de que estos sean o no miembros de la asociación demandante. (vid. Ferreres Comella, 2005).

Como es bien sabido, las «acciones de clase» se encuentran ampliamente reconocidas en el derecho anglosajón. De hecho, en Estados Unidos constituyen uno de los cauces principales de articulación del «public interest litigation» (vid. Carnota, 2012, pp. 93-106; Rodríguez Díez y Zavala Achurra, 2019, pp. 151-176; Gascón Inchausti, 2012).

Su legitimación²¹ debe entenderse, pues, en los términos de dicha defensa²²: dicho de otra forma, la legitimación no les viene conferida solo por el hecho de ser «entes asociativos» sino, esencialmente, porque los «intereses colectivos»²³ que representan, tutelan o defienden se han visto «afectados negativamente» por la Administración Pública (entendida esta en sentido amplio).

En consecuencia, los partidos políticos, como cualquier asociación, ente o grupo²⁴, se crean para la representación de determinados «fines asociativos»²⁵ (los propios de un partido político en cuanto tal y, más en

²¹ Como plantea Silguero (1995), debe hacerse un reconocimiento de los grupos como referentes subjetivos de las acciones colectivas.

²² Legitimación reconocida en el ámbito comunitario: *vid.* Ortega Gómez (2006, pp. 757-797): «Los tribunales comunitarios utilizan en sus resoluciones el término asociación para designar a entidades jurídicas de índole diversa: sindicatos, Organizaciones No Gubernamentales (ONGS), asociaciones de empresas, federaciones de asociaciones profesionales o empresariales, agrupaciones europeas de interés económico y, también, grupos o partidos políticos. ... En el ámbito comunitario, los tribunales comunitarios incluyen a los partidos políticos en la categoría de asociaciones».

²³ Ovalle Favela (2004): «La complejidad de la sociedad moderna y el desarrollo de las economías con base en la producción y comercialización en serie de bienes y servicios, dan lugar a situaciones en las que determinadas actividades pueden afectar los intereses de una comunidad o grupo de persona, los cuales no encuentran una solución adecuada a través de acciones individuales. La protección del medio ambiente y la salud; la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural; la salvaguarda de los intereses de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos; la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo; son algunos de esos intereses que no pueden satisfacerse por medio de acciones individuales y reclaman soluciones apropiadas...».

²⁴ La legitimación de las personas jurídicas y organizaciones mencionadas en el artículo 19.1.b) requiere la comprobación judicial de haber sido afectadas negativamente por la actuación administrativa que se recurre en sus fines, legales o estatutarios. La exigencia adicional de una habilitación legal expresa es sólo aplicable a de los grupos y patrimonios mencionados en el artículo 18 LJCA. En el caso de las corporaciones y sindicatos, dicha comprobación ha de hacerse en relación con fines/intereses que las leyes reguladoras de unas y otros les asignan, y teniendo en cuenta su ámbito material. En el caso de las asociaciones, la comprobación debe efectuarse sobre el objeto y fines que cada una de ellas haya fijado en sus estatutos. Ahora bien, la «autoatribución estatutaria» de legitimación para la defensa de intereses colectivos debe hacerse en términos razonables, proporcionados y de una forma coherente. En la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 31 mayo 2006 (RJ 2006\3055) se declaró claramente, con remisión a la doctrina jurisprudencial reiteradamente establecida al efecto, que «la imposibilidad de reconocer el interés legitimador cuando resulta únicamente de una autoatribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativos».

Siguiendo esta doctrina, la Sentencia 1240/2021 de la Sala Tercera (Sección 4.ª) del Tribunal Supremo, de 18 octubre de 2021 (rec. 361/2020), declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Club Liberal Español contra un Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional en cuya virtud se aprobó el procedimiento de actuación contra la desinformación, y por lo que respecta a la «legitimación corporativa», declara que:

- «Conviene recordar que venimos declarando, respecto de este tipo de autoatribución estatutaria, que “no es interés legitimador suficiente la simple autoatribución estatutaria de legitimación activa” (ATS de 22 de julio de 2020, dictado en el recurso contencioso administrativo n.º 103/2020 (JUR 2020, 267778)). En este mismo auto citamos la Sentencia del Pleno de esta Sala de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3055) (recurso contencioso administrativo n.º 38/2004) que declaró la imposibilidad de reconocer interés legitimador cuando resulta únicamente de una autoatribución estatutaria por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativos. Esta doctrina se reitera en otras muchas. Sin que, por lo demás, se haya invocado por la recurrente ningún elemento adicional en relación con su actuación y trayectoria que evidencie una acción consolidada e indiscutible en el afianzamiento y defensa de los derechos fundamentales que invoca.
- En definitiva, el interés en la defensa de la Constitución y del Estado de Derecho, en la medida que reconoce y garantiza el derecho a la información y a la libertad de expresión, no puede ser título legitimador para interponer el presente recurso, toda vez que equivaldría, insistimos, al reconocimiento de una acción popular que precisa de una expresa previsión legal».

En definitiva, en los supuestos de recursos interpuestos por asociaciones y/o fundaciones, lo normal es el argumento de que «La mera atribución por los estatutos de unos determinados fines no sirve por sí sola para fundamentar la legitimación requerida por la Ley de la Jurisdicción para interponer el recurso contencioso-administrativo»: STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª 120/2023 de 2 febrero –RJ\2023\854– (reconoce la legitimación de la Fundación Toro de Lidia para recurrir frente a la exclusión de los espectáculos taurinos de entre las actividades para las que se puede utilizar el Bono Cultural Joven. Dicho reconocimiento, sin embargo, no se basa en la autoatribución estatutaria, sino «en el reconocimiento del interés legítimo de la Fundación, no sólo por ser coorganizadora de espectáculos taurinos, por haber sido tenida como interlocutora del Ministerio de Cultura y Deporte y subvencionada por éste en aspectos particulares, sino también y, sobre todo, por la relación clara y directa existente entre los fines que persigue y el resultado que alcanzaría con la estimación del recurso. En otras palabras, no estamos ante un supuesto en el que la mera autoatribución estatutaria de unos objetivos baste para fundamentar la legitimación, ni tampoco frente a la mera defensa de la legalidad. Al contrario, nos encontramos con que la regulación establecida por el artículo 8.2 del Real Decreto 210/2022 incide de forma específica en la consecución de los fines concretos propios de la Fundación recurrente»). Por tanto, para determinar la concurrencia o no de la legitimación, se valoran los fines estatutarios de la entidad recurrente, pero poniéndolos debidamente en relación con el objeto del proceso, para, en definitiva, concluir que existe legitimación cuando existe «afección» (interés o involucración), requisito este, el de la «affectio societatis», considerado esencial para el reconocimiento de la legitimación corporativa.

²⁵ De imprescindible lectura debemos mencionar el trabajo de Fernández Farreres (1987).

concreto, los del partido político que, en cada caso contencioso, se esté considerando a efectos de valorar su legitimación), sus «fines programáticos y/o estatutarios», podría decirse²⁶, y es la «afectación»²⁷ a estos fines los que confiere legitimación activa a un partido político.

Pero, como hemos dicho, a los partidos políticos les corresponde «*la representación de la sociedad en la vida pública*», a través de ellos se hace viable la participación ciudadana en la política, porque son las piezas esenciales del juego democrático y, por ende, de su defensa que no tiene necesariamente que limitarse al ámbito parlamentario o a los procesos electorales (dicho esto de una forma genérica), sino que puede (es más, debe) actuarse en sede judicial.

3. IMPUGNACIÓN DEL REAL DECRETO 410/2020, DE 25 DE FEBRERO, DE NOMBRAMIENTO DE LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO

La Sentencia 1294/2021 de la Sala Tercera (Sección 4.^a) del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 2021 (rec. 76/2020), inadmitió, por falta de legitimación activa (artículo 69.b in fine de la LJCA), el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Partido Popular contra el Real Decreto 410/2020, de 25 de febrero, por el que se nombró Fiscal General del Estado a D.^a Dolores Delgado García, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 26 de febrero de 2020.

La fundamentación jurídica de la sentencia, tras establecer el marco jurídico de aplicación²⁸, aborda, como presupuesto procesal, la legitimación activa para impugnar el Real Decreto 410/2020, recordando la doctrina consolidada que considera la legitimación como:

«la cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas, y las Administraciones Públicas, para actuar como parte demandante en un determinado proceso. Se vincula, en nuestro orden jurisdiccional, a la relación que media entre el sujeto promotor del recurso y el objeto de la pretensión que se deduce. De modo que el recurso solo puede iniciarse por quien tiene legitimación, pues no se reconoce con carácter general la acción pública, salvo previsión legal expresa, que no es el caso (...)».

A continuación, la Sentencia expone la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación activa de los partidos políticos, declarando que, aun siendo instrumentos fundamentales de participación política de los ciudadanos en un Estado democrático (y considerados, por ello, como «asociaciones de relevancia constitucional», que desempeñan una función política de carácter general), carecen de legitimación para impugnar cualquier acto que pueda tener relevancia política o que pueda ser considerado un «acto político» (en los términos del artículo 2.a de la LJCA), si no media una «conexión específica» con su actuación o funcionamiento como tales, es decir, como partidos políticos, no siendo bastante que exista una relación entre la actuación que pretende impugnarse y los fines de política general, en este caso en materia de altos nombramientos, que puedan perseguir por su condición de instituciones de participación política. Lo contrario equivaldría, según el Supremo, a admitir su legitimación universal para impugnar cualquier acto que tuviera repercusión política; es decir, supondría reconocerles «una acción popular de carácter político», una legitimación para impugnar «la acción de gobierno»²⁹, cuyo control debe canalizarse mediante la actuación de los partidos

²⁶ El dato de la «organización» es esencial, dado que las personas que comparten un «status», una cualidad o, incluso, un problema común, pueden tener, lógicamente, intereses muy diferentes. De no mediar precisamente una «organización», podrían producirse actuaciones defensivas diferentes y, quizá, no necesariamente coincidentes. De un «interés colectivo», por tanto, sólo puede hablarse cuando existe la «affectio societatis», que supone la conversión de esos intereses diversos en intereses colectivos cuando se definen como «unitarios» por la agrupación de personas que se encuentran en una misma situación de base.

²⁷ En palabras de Martín Jiménez (2021), «La apreciación de la existencia de ese interés colectivo tiene como base que una actuación administrativa afecta simultáneamente a un conjunto de personas determinadas, pudiendo ser corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, y pasa por la existencia de un vínculo entre ese grupo de personas y el objeto del proceso, de tal manera que con la estimación de sus pretensiones se obtenga un beneficio colectivo y específico, o comporte la cesación de perjuicios concretos y determinados, sin que de ello, se derive que asumen una posición jurídica de defensa abstracta del interés por la legalidad».

²⁸ Artículo 124.4 de la CE: «El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial», y artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: «(...) se elegirá entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión (...)».

²⁹ Al respecto, es esencial la STS de 3 de marzo de 2014 (recurso de casación n.º 4453/12), en la que se reitera la doctrina sobre la legitimación de los partidos políticos con ocasión de la impugnación de disposiciones generales: “[L]os partidos políticos constituyen

de oposición a través de los diputados y senadores y de los grupos parlamentarios en las Cortes Generales (artículo 66.2 CE).

Seguidamente, la Sentencia relaciona una serie de resoluciones de la propia Sala en las que se denegó legitimación a diversos partidos en recursos de relevancia política (partidos, como se señala, de ámbito parlamentario algunos y extraparlamentario otros; con mayor o menor grado de implantación territorial; diferente fuerza parlamentaria por su importancia en votos, etc.). Y, tras esta relación, el Tribunal Supremo mantiene su postura sobre la inexistencia de una acción popular de naturaleza política, declarando que «entre los actos del Gobierno, cualquiera que sea su naturaleza, y la actuación de los partidos políticos no existe una relación específica que permita conferir legitimación a estos para la impugnación de aquellos».

Esta argumentación podría sugerir que el Tribunal Supremo está reconociendo la existencia de «zonas» inmunes al control jurisdiccional. Pero es el propio Tribunal el que percatándose, como es lógico, de que dicho reconocimiento supondría, se encarga de excluirlo, afirmando que no existen ámbitos inmunes al control judicial. Concretamente, respecto del posible control del nombramiento de la Fiscal General del Estado, el Tribunal considera que el acto de nombramiento es recurrible, pero, como cualquier actuación impugnada, debe impugnarse por quien ostente legitimación para ello.

De este modo, el Tribunal mantiene una línea jurisprudencial continuista, reconociendo, en términos genéricos, la posibilidad de recurrir un acto que conlleva una decisión política siempre que concurra la necesaria legitimación para ello, entendida en sentido clásico como la conexión específica que debe existir entre el acto que se recurre y el recurrente, y cuya concreción remite, necesariamente, al caso concreto y a las específicas circunstancias de cada impugnación. El origen de esta línea se encuentra en la Sentencia del Pleno de la Sala de 28 de junio de 1994 (recurso contencioso-administrativo n.º 7105/1992), en la que el Tribunal admitió la posibilidad de impugnación del nombramiento del entonces Fiscal General del Estado. En esta Sentencia, tras el reconocimiento (obvio, por otra parte) de «la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas» que reúnan los requisitos legalmente exigidos, se señalaba algo también muy obvio (y, desde luego, genérico): que la impugnación del acto de nombramiento era posible pero que para ello «debía concurrir la imprescindible legitimación activa». En el caso resuelto, se reconoció, a las *asociaciones de fiscales y de jueces*³⁰.

Siguiendo, por tanto, esta línea, el Tribunal Supremo mantiene que «las funciones que, con carácter general y a tenor del artículo 124.1 de la CE, se encomiendan al Ministerio Fiscal, como velar por la independencia judicial, no confieren legitimación activa a los partidos políticos para impugnar el nombramiento que se recurre, como alega la recurrente, sino que avalan la que corresponde a las asociaciones citadas, como

instrumentos de participación política de los ciudadanos en el Estado democrático. Según el artículo 6 de la Constitución expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Esta naturaleza les atribuye una función política de carácter general que no es suficiente para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento. No es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política. Sostener la existencia en favor de los partidos de legitimación para impugnar cualquier acto administrativo por la relación existente entre los fines que aquéllos pueden perseguir según su ideología o programa de actuación y el sector político, social o económico sobre el que produce efectos aquel acto equivaldría a reconocerles una acción popular. En efecto, nadie puede imponer límites materiales a la actuación de los partidos y a los fines perseguidos por éstos (ejercen libremente sus actividades, según el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos), fuera de los que derivan del funcionamiento del sistema democrático con arreglo a la Constitución y de su sometimiento al ordenamiento jurídico».

³⁰ En cuanto a las primeras, lo hizo diciendo que debía extenderse «el concepto estricto de interés profesional, en el sentido de no limitarlo a aspectos tan obvios y evidentes como son los relativos a la promoción en la carrera y a los intereses económicos inherentes a la misma, podemos y debemos entender que también está comprometido cuando el tema litigioso versa sobre el marco o estatuto jurídico básico que regula la función profesional que ejercitan los asociados, por ser precisamente esta función la que justifica la existencia misma de la categoría específica de interesados que constituyen la razón de ser de la Asociación. En este caso, al denunciarse una posible ilegalidad supuestamente cometida al nombrar al FGE, aparece afectado aquel estatuto jurídico básico, lo que determina que debamos considerar legitimada a la Asociación de Fiscal para pretender procesalmente su anulación» (F. D. Segundo).

Y, en cuanto a las Asociaciones judiciales, señalaba que «el punto legal de conexión constitutivo de un posible interés legitimador solamente cabe encontrarlo por medio del valor independencia, que define al poder judicial como condición inexcusable de existencia del Estado de Derecho. Este valor independencia, que es el que en última instancia justifica la existencia de los jueces, se integra como elemento definidor de la profesión, de forma que las actuaciones que puedan desarrollarse en torno al marco legal en que dicha independencia encuentra acogida no pueden considerarse ajenas al interés profesional de las Asociaciones Judiciales. Pues bien, uno de los elementos de dicho marco legal está constituido por la función constitucional del Ministerio Fiscal de “velar por la independencia de los Tribunales” (artículo 124.1 de la Constitución). Siendo esencial el valor independencia al ejercicio profesional de la función judicial, constituyendo el Ministerio Fiscal uno de los medios jurídicos dirigidos a preservarla y constituyendo el FGE la pieza clave del Ministerio Fiscal, no cabe rechazar la legitimación de las Asociaciones de Jueces y Magistrados para poner en entredicho la legalidad de su nombramiento» (F. D. Tercero).

se declaró en la citada sentencia de 1994». Es más, el hecho de que un determinado partido político tenga «diferentes procedimientos judiciales en curso», como alegaba el partido recurrente, no confiere legitimación, pues dicho argumento podría comportar, llevado al extremo, el reconocimiento de la legitimación a un partido político con procedimientos judiciales abiertos y la denegación a otros partidos que no tienen procedimientos judiciales pendientes, no pudiéndose identificar el interés legítimo con ese tipo de situaciones procesales.

Tampoco acoge la Sala la alegación del partido recurrente que intentaba fundamentar su legitimación en el temor que manifestaba ante la posibilidad de que el Ministerio Fiscal ejercitase frente al mismo la acción prevista en el artículo 11 de la *Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos*³¹, para instar su declaración de ilegalidad, dada «la falta de imparcialidad y la animadversión» denunciada por el propio partido. Este razonamiento se rechaza como base para admitir la legitimación dado que, según el parecer de la Sala, se funda en «suposiciones no justificadas y basadas en la dependencia del Fiscal General del Estado al Gobierno».

En base a todo lo anterior, la Sentencia concluye inadmitiendo el recurso y declarando de forma tajante que «ni esta jurisdicción ni esta Sala son el lugar adecuado para dirimir controversias suscitadas en la defensa de intereses de carácter político, al margen de las reglas sobre la legitimación establecidas por la ley con carácter general».

4. CRÍTICA DE LA SENTENCIA

A pesar de que sus argumentaciones no son despreciables, entiendo que la Sentencia no analizó correctamente la institución de la legitimación activa, imposibilitando el control judicial de un acto que, aunque obviamente conllevaba una decisión política (era el nombramiento de un alto cargo) resultaba plenamente fiscalizable.

La Sentencia parte del presupuesto implícito de que, si bien un partido político no puede recurrir el nombramiento de un alto cargo, esto sería aceptable, porque, se supone podrían hacerlo otras personas: éstas, sí, auténticamente legitimadas. El problema es que tales personas no existen, sencillamente. ¿Quién puede pretender obtener algún tipo de beneficio personal de la anulación del nombramiento del(a) Fiscal General del Estado, cuando la elección de su titular es absolutamente libre³²? Nadie, ni siquiera un o una Fiscal que reúna los requisitos que el Estatuto Orgánico prevé para ostentar el cargo, porque ninguno de los miembros del Ministerio Público es titular de una expectativa *razonable* de conseguirlo; de la misma forma que ningún ciudadano podría alegar ante un tribunal una legitimación basada en la posibilidad *efectiva* de ser nombrado ministro o ministra.

En estas condiciones, la impugnación de un nombramiento de esta naturaleza no puede basarse en razones de interés personal, sino en la defensa de intereses generales, el interés en la observancia estricta de la legalidad en el nombramiento cuestionado.

Sucede, sin embargo, que la doctrina jurisprudencial clásica niega tajantemente que la defensa de la legalidad sea un título legitimador válido, lo que lleva a la paradoja de que el cumplimiento de unos requisitos establecidos por la ley para efectuar un nombramiento se convierte en una cuestión infiscalizable *de facto*. Requisitos que, insisto, son estrictamente reglados, pero que, por el juego de los requisitos procesales de legitimación, se ven convertidos en meros consejos o admoniciones no vinculantes.

¿Quién, por tanto, está legitimado para defender el interés general cuando no existen sujetos personalmente afectados por una decisión? ¿No sería razonable pensar que dicha defensa podría encomendarse, con las debidas limitaciones, a las entidades precisamente constituidas para la persecución y garantía de tal interés?

Al desconocer esta realidad, el Tribunal Supremo inaplicó, quizá sin pretenderlo, la doctrina constitucional según la cual la legitimación es una manifestación primaria del derecho a la tutela judicial efectiva³³, lo

³¹ «1. Están legitimados para instar la declaración de ilegalidad de un partido político y su consecuente disolución, en virtud de lo dispuesto en los párrafos b) y c) del apartado 2 del artículo anterior de esta Ley Orgánica, el Gobierno y el Ministerio Fiscal».

³² O casi, porque el nombramiento de Fiscal General del Estado se halla sujeto a la observancia de los cuatro requisitos que establece el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico (ser español, jurista, de reconocido prestigio y con más de quince años de ejercicio efectivo de la profesión). Por leves que sean, estos requisitos son de naturaleza puramente reglada y, por tanto, de posible (y obligada) fiscalización jurisdiccional.

³³ Debe señalarse que, desde hace años, la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había modulado y flexibilizado en cierta forma la interpretación restrictiva del reconocimiento de legitimación a los partidos políticos. En efecto, la Sentencia

que obliga, teniendo en cuenta la «preferred position» de los derechos fundamentales, a efectuar una interpretación amplia de los requisitos de legitimación (son conocidas las continuas admoniciones del Tribunal Constitucional a los órganos de la jurisdicción contenciosa en el sentido de una necesaria acentuación de la generosidad en la interpretación de los títulos legitimadores).

Es incuestionable que la entrada al proceso contencioso-contencioso debe tener límites, pues, dicho de forma coloquial, no puede recurrir cualquier persona cualquier actuación de la Administración. La imposición de estos límites es obvia por necesaria, tanto desde el punto de vista dogmático, como práctico (no olvidemos que «la Justicia» es un servicio público y, por ello, limitado en cuanto a sus posibilidades prestacionales). Ahora bien, esta limitación no puede hallar su fundamento en una restricción no conforme a los cánones constitucionales que imponen una exégesis correcta de la legitimación que, por ello, deberá reconocerse cuando, en efecto, exista «interés legitimador». Y este interés puede existir aun cuando su base no radique única y exclusivamente en una discrepancia de tipo jurídico o en una afectación de carácter personal, encontrando su fundamento también en una discrepancia dotada de un componente político—siempre que el recurrente entienda (y pueda probar «ab initio») que dicho interés se ha vulnerado o previsiblemente pueda deducir que va a vulnerarse— por una actuación administrativa que, en consecuencia, podrá ser (deberá serlo) fiscalizable judicialmente³⁴.

El recurso interpuesto por el Partido Popular, de haber sido admitida su legitimación, hubiera permitido el control: i) tanto de la observancia de legalidad (fiscalización de los elementos reglados³⁵) del acto de nombramiento³⁶ (enjuiciamiento, en definitiva, de los límites jurídicos de la discrecionalidad inherente a dicho acto³⁷), ii) como el de otros aspectos del acto que afectaban, en concreto y específicamente, a la actuación y significación del partido respecto de la persona nombrada. Esta «afección» no reconocida por el Tribunal Supremo es, sin embargo, la conexión entre «acto y recurso» que la jurisprudencia impone precisamente como necesaria para reconocer el «interés legitimador» del artículo 19.1 de la LJCA.

No reconocer al partido recurrente su interés en el control de la legalidad, tal y como hemos dicho en líneas anteriores, supuso desconocer el papel que, en defensa del interés general y del orden democrático, corresponde a los partidos políticos.

Asimismo, no apreciar la indudable «conexión» que existía entre el nombramiento de la Fiscal General del Estado y la esfera de intereses (propios) del partido, supuso desconocer la «afección» que la propia jurisprudencia establece para precisamente admitir la legitimación.

El Tribunal Supremo impidió, dicho sin ambages, el cuestionamiento en sede judicial del acto recurrido en todos sus aspectos: no se llevó a cabo el control de legalidad (la fiscalización de los requisitos que, necesariamente, deben concurrir en quien es nombrado para desempeñar dicho cargo³⁸), y tampoco se controló

cia de 19 de diciembre de 2005 (Recurso contencioso-administrativo n.º 109/2004), declaró que: «[...] Esta alegación debe desecharse. Ciertamente, como argumenta el defensor de la Administración, la finalidad principal de los partidos políticos es competir en las consultas electorales. Pero nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe que los partidos defiendan ideas sobre ciertos extremos concretos, y no sobre todo el conjunto de los asuntos públicos. Siendo indudablemente los partidos políticos personas jurídicas pueden tener como fines algunos determinados y específicos, y nada obsta para que además de procurarlos mediante una confrontación electoral, puedan defenderlos también por otros medios, siendo uno de ellos la actuación ante los Tribunales de Justicia».

³⁴ Está claro que, en este debate, está presente la sempiterna confrontación entre el reconocimiento de actuaciones inmunes al control judicial y su sometimiento pleno a dicho control (*vid.* Manzana Laguarda, 1997, pp. 81-88).

³⁵ Hubiera sido, desde mi punto de vista, necesario (y, desde luego, era posible) controlar los aspectos reglados del acto de nombramiento que antes mencioné, a fin de determinar si se ajustaban o no a derecho, porque, obviamente, la comprobación judicial de los elementos reglados no implicaba inmiscuirse en el contenido de la decisión misma (el nombramiento en sí que conllevaba la libertad de elección de una determinada persona y no otra para ocupar el cargo de Fiscal General del Estado, es decir, la libertad de elección entre distintas soluciones u opciones posibles, que es el elemento nuclear de la discrecionalidad, en este caso, política). Como expresa Igartua Salaverría (2017, pp. 11-39) «con el control judicial de la discrecionalidad administrativa: 1) el tribunal de justicia no organiza la recopilación de datos, informes, dictámenes, etc., que luego conformarán el expediente; 2) no elabora hipótesis acerca de cuál sea la actuación más idónea para conseguir, en un contexto dado, una determinada finalidad; 3) no valora el material compilado en el expediente, seleccionando el pertinente y desechando el intempestivo, ni establece preferencias dentro del material seleccionado; 4) no inserta el material pertinente y preferido en un entramado argumental, completo y coherente, en orden a mostrar que tal o cual decisión es la mejor; 5) finalmente, tampoco decide».

³⁶ Es claro que, respetándose los elementos reglados, la libertad de nombramiento para el cargo de Fiscal General del Estado no supone someterse al requisito formal de motivar las razones en virtud de los cuales se prefiere a determinada persona respecto a otra u otras. Aun cuando están dedicados a otros ámbitos de estudio, imprescindible resulta la lectura de los trabajos de Sánchez Morón (2020, pp. 11-35) y Fernández (2015, pp. 211-227).

³⁷ Sobre el alcance y la problemática del control judicial de los actos de la Administración, *vid.* Sesin (2012).

³⁸ Los términos «méritos e idoneidad», en cuanto requisitos que deben concurrir en el candidato propuesto, remiten necesariamente a conceptos que, desde el punto de vista jurídico, son (deben serlo) susceptibles de control judicial. Sobre esta cuestión, el

el acto en cuanto a la trascendencia y repercusión del mismo para el propio partido recurrente (que, para fundamentar su legitimación, recordemos, había cuestionado, entre otras cuestiones, la independencia e imparcialidad de la persona nombrada como Fiscal General del Estado).

No cabe olvidar que los requisitos de *imparcialidad* acreditada en la persona que se designa, y de simple *idoneidad*, aún sin estar mencionados en el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico, son de exigencia ineludible. El primero, porque así lo impone el artículo 2 del Estatuto (y lo que es predicable de todo el Ministerio Fiscal lo es también de su cúspide orgánica). Y el segundo, por simples razones de sentido común: el mero cumplimiento de los requisitos del artículo 29.1 no permitiría legalmente el nombramiento como Fiscal General del Estado de una persona afectada por una dolencia mental completa e irreversible.

El criterio netamente restrictivo mantenido por el Tribunal Supremo, en cuanto al interés legitimador del partido político, se justificó en la idea (o quizá necesidad), de evitar la conversión del proceso judicial en la continuación del debate o confrontación política. Este punto de partida en sí mismo no es incorrecto, puesto que, como es evidente, la mera confrontación de tipo político (la denominada «conveniencia partidista») no puede por sí sola conferir legitimación. Pero el hilo argumental posterior sí lo fue, porque obvió (negándolo) el evidente interés legitimador que, en el caso concreto, concurría en el partido recurrente que, con su impugnación, no estaba pretendiendo meramente trasladar al ámbito judicial el debate parlamentario³⁹, sino «protegerse» cautelarmente frente a posibles (y previsibles) actuaciones hostiles de la persona nombrada.

El Tribunal Supremo tampoco tuvo en cuenta, a la hora de decidir sobre la legitimación, la indiscutible polémica social y política surgida desde el momento en que el partido recurrente tuvo conocimiento de la decisión del Gobierno de promover el nombramiento cuestionado. Esta decisión supuso, entre otros, el consecuente posicionamiento jurídico-político del partido que, en el propio seno de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, mantuvo una posición contraria frente al nombramiento, al entender que la persona propuesta carecía de «reconocido prestigio» y de «imparcialidad», por lo que no era *idónea* para el cargo⁴⁰.

Voto Particular considera que «debió declararse la nulidad del nombramiento impugnado por no concurrir en la persona nombrada para el cargo de Fiscal General del Estado la imprescindible condición de “idoneidad”, que entiende no puede admitirse que se trata de un presupuesto o condición de libre apreciación, siendo necesario que en el expediente administrativo quedasen concretados, de alguna manera, los elementos tomados en consideración para apreciar la “idoneidad” del candidato a nombrar y, en el presente caso, figuró en el expediente administrativo un juicio sobre la “idoneidad” de la candidata, ni por parte del Consejo General del Poder Judicial, ni por el Congreso de los Diputados, ni por el Gobierno. Para el desempeño del cargo de Fiscal General del Estado la “idoneidad” debe entenderse referida a la aptitud, adecuación, capacidad que alguien tiene para un fin determinado, que en este caso es el desempeño imparcial del cargo de Fiscal General del Estado. La falta de imparcialidad, como premisa determinante de la “idoneidad”, se plantea por el hecho de que la persona nombrada fue propuesta inmediatamente después de haber desempeñado, sin solución de continuidad, concretas funciones políticas, ejecutivas y parlamentarias en el ámbito de otros poderes del Estado – Ministra y Diputada –, resaltando que el procedimiento de nombramiento fue iniciado incluso cuando todavía estaba en posesión del Acta de Diputada; por tanto, fue propuesta como persona integrada “funcionalmente” en una concreta formación política (Partido Socialista Obrero Español –PSOE–), que resulta ser también una de las que conforma el Gobierno que presentó la propuesta del nombramiento. Es en este marco donde debe concluirse que la conexión temporal de las funciones que la candidata propuesta venía desempeñando en el Gobierno y en el Congreso de los Diputados y las que debería desempeñar de acceder al cargo de Fiscal General del Estado, no solo no es conveniente, sino que resulta contraria a la finalidad de mantenimiento de la apariencia de imparcialidad que persigue el legislador».

³⁹ Pérez-Serrano Jáuregui (1981, p. 71): «... la importancia de los agentes que intervienen en el Parlamento y la multiforme actividad de las asambleas parlamentarias aconsejan, cuando menos, preocuparse de esta cuestión, con la finalidad concreta y específica de acotar ámbitos y sujetos responsables, así como plantear frontalmente el problema de la posible jurisdiccionalidad del actuar del Parlamento. Pero para ello, y así subimos un escalón más, debemos plantear con carácter previo la delimitación de conceptos afines».

⁴⁰ Esta es la posición mantenida en el Voto Particular formulado por el Excmo. Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, según el cual «El partido político recurrente ha participado activamente en un trámite necesario e imprescindible, aunque no vinculante, para que el nombramiento pueda nacer según el artículo 29.2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (...). Esa intervención y posicionamiento del partido político recurrente se han producido, no a efectos de mantener planteamientos políticos propios de la ideología o esfera de actuación consecuente con los postulados programáticos del partido político o, como se dice en la sentencia de Pleno de 3 de marzo de 2014, a “los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política”, sino a efectos de emitir un juicio de idoneidad respecto de una persona que aspiraba a un cargo de la máxima relevancia constitucional. Es claro que no se trata de la defensa de intereses que únicamente proyecten sus efectos en la esfera político-partidista (...). Por el contrario, se trataba del nombramiento de la máxima representación del Ministerio Fiscal (...). Tal cuestión –nombramiento de la Fiscal General del Estado–, sin duda, presenta una trascendencia jurídica, política y social muy diferente de otras actuaciones políticas de los Gobiernos que han sido objeto de pronunciamiento por esta Sala en las sentencias que aplica el criterio mayoritario y que, en buena media, ya enumeraban el escrito de conclusiones de la Administración del Estado y de la Sra. Un inciso para advertir que esa trascendencia y la cuestión que se suscita eran suficientes para que, como fue solicitado, este recurso hubiera sido analizado y resuelto por el Pleno de la Sala, como lo fue, por esa misma relevancia y trascendencia el recurso contencioso administrativo 7105/1992 resuelto en sentencia del Pleno de 28 de junio de 1994. Entonces se impugnaba el nombramiento

La falta de *imparcialidad e idoneidad* para el cargo que se atribuía a la persona nombrada (alegaciones estas que hubieran tenido que ser debidamente acreditadas), suponían, según invocó en su recurso el partido, el surgimiento de un temor (que consideraba fundado) respecto de las posibles consecuencias negativas que dicho nombramiento depararía para la formación política (se temían posibles «represalias» procedentes de la persona nombrada dada la «hostilidad» que existía entre la misma y el partido político en cuestión).

Si el acto recurrido (el nombramiento) hubiera sido realmente considerado por el Tribunal Supremo como un «acto político», si este hubiera sido realmente su criterio –entender que el acto recurrido no era susceptible de control judicial «pleno», o en cuanto al fondo, por ser, en términos estrictos, un «acto de gobierno»– debía haberlo dicho así claramente, no, desde luego, con la negación de la legitimación, lo que hubiera situado el debate en otra esfera (no el de la «entrada al recurso» que es el ámbito propio de la legitimación). Pero no fue ese el criterio mantenido por la Sala, sencillamente porque eso hubiera supuesto reconocer algo que el propio Tribunal se preocupó, como hemos visto, de aclarar: el nombramiento se puede controlar judicialmente, puesto que lo contrario sería sencillamente admitir la existencia de zonas inmunes al control judicial⁴¹; incurriendo así en la paradoja que antes señalábamos.

Pues bien, si el acto recurrido (el nombramiento) podía enjuiciarse, al menos, en sus aspectos reglados, no hacerlo en base a negar la legitimación supuso, a mi modo de ver, impedir el control y, por tanto, el correspondiente juicio de legalidad sobre aquellos aspectos que, jurídicamente, podía y debían haber sido fiscalizados judicialmente.

El razonamiento efectuado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo imposibilitó examinar el nombramiento en todos sus aspectos e impidió, por tanto, analizar el cumplimiento de los requisitos, antes citados de «imparcialidad e independencia», tal y como sostenía el partido político recurrente. Parece que el Tribunal Supremo confundió en este caso la cualidad de la «persona» recurrente (partido político) con la condición propia del «acto» recurrido (acto político).

Es evidente, como decíamos, que el proceso judicial no debe convertirse en el escenario destinado a dirimir cuestiones meramente sociales y/o políticas, es decir, no jurídicas⁴². Y también es evidente que la

del Fiscal General del Estado, cuestionándose la legitimación de una asociación judicial, y ahora se impugna también ese nombramiento, aunque, claro está, referido a otra persona, y se cuestiona la legitimación de un partido político».

⁴¹ En su voto discrepante, el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, considera que el nombramiento recurrido es un acto de gobierno, porque, en lo sustancial, no se ejerce una potestad administrativa, lo que no implica que ese acto esté exento de control: por una parte, el control político desarrollado en sede parlamentaria, y el estrictamente jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.a) LJCA. Es decir, en el Voto Particular no se niega la legitimación para recurrir, centrando la cuestión en el fondo del asunto, es decir, en el juicio de idoneidad y la exigencia de que el candidato sea «jurista de reconocido prestigio», base de la demanda del partido político, para quien dichos elementos son «reglados» y, por tanto, susceptibles de control conforme al artículo 2.a LJCA. Para el Magistrado discrepante, no lo son por las siguientes razones:

«1.º Ya en su día el Pleno del Tribunal Supremo –en el único precedente referido a la impugnación del nombramiento de un Fiscal General del Estado– advirtió la concurrencia de conceptos jurídicos susceptibles al control judicial, pero los refirió a los procedimentales y a las exigencias regladas para el cargo, no a la valoración de la idoneidad personal del candidato.

2.º Son elementos objetivos –y reglados– del procedimiento que el Gobierno propone al candidato, que se debe oír al Consejo General del Poder Judicial y, ahora, que debe haber una comparecencia ante el Congreso de los Diputados; a lo que se añade que sea nombrado por el Rey previo juramento o promesa ante él y toma de posesión ante el Pleno del Tribunal Supremo. Y en lo subjetivo, que debe ser el propuesto un jurista, español y con más de quince años de ejercicio profesional.

3.º La exigencia de que sea «jurista de reconocido prestigio» lleva a un juicio sobre las cualidades profesionales del candidato, lo que exige un juicio no de «ajustamiento» o constatación de elementos reglados, sino valorativo, como así prevé el artículo 29. Dos del EOMF.

4.º En cuanto al juicio de idoneidad, es aún más manifiesto que no se trata de un requisito reglado sino sustancialmente valorativo: es en ese punto en el que la naturaleza política del acto de nombramiento aflora con mayor intensidad, luego el planteamiento de la demandante fuerza el entendimiento en Derecho de su exigencia para lograr el enjuiciamiento de tal acto y lo hace hasta unos extremos que exceden de lo que es el enjuiciamiento de los elementos reglados.

5.º Y cabe apuntar que si el artículo 2.a) de la LJCA implica en este caso un límite cierto al enjuiciamiento del acto de nombramiento de Fiscal General del Estado, quizás hubiera sido pertinente oír a las partes y, en su caso, plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta cuestión prejudicial: si cuando se plantea la eventual falta de idoneidad del candidato a Fiscal General del Estado por haber tenido una manifiesta significación política y, en consecuencia, haber desarrollado una intensa militancia política, para la garantía de los estándares del Derecho de la Unión Europea referidos a la imparcialidad e independencia exigible al Fiscal General del Estado, basta con el examen político del candidato en sede parlamentaria, siempre dependiente de las mayorías parlamentarias, o si esta norma nacional que excluye el control jurisdiccional de la idoneidad del candidato por las razones expuestas, se opone al Derecho de la Unión Europea en cuanto que impide dotar de efectividad a esas exigencias de imparcialidad e independencia. Para apreciarlo se ha perdido la oportunidad de deliberarlo y, en su caso, plantear una cuestión prejudicial, lo que ha quedado inédito».

⁴² Pero esto no significa afirmar que los partidos políticos sólo pueden controlar políticamente la actuación del Gobierno en sede parlamentaria. De la misma forma, no puede afirmarse, en términos generales, que las impugnaciones planteadas por los partidos políticos suponen «judicializar la política» o «politizar la justicia».

exigencia de una «conexión» entre la lesión que un acto administrativo causa y la situación de base en que se encuentra el recurrente es un método para la selección apriorística de asuntos que pueden llegar a ser objeto de una decisión contenciosa. En esta selección también es indudable que debe emplearse el criterio del carácter predominantemente «jurídico» del conflicto, siendo razonable imponer criterios que, en cierta forma, pueden considerarse restrictivos a fin de evitar el acceso de conflictos que (con evidencia, y vuelvo a emplear este término) no sean jurídicos.

Debe insistirse, pues, en el exquisito cuidado que el juez debe tener a la hora de hacer la valoración sobre la ausencia de naturaleza jurídica en una cuestión que se plantea en sede contenciosa, pues determinar que el problema planteado es de carácter social, ideológico o político (que se trata de una cuestión, en definitiva, ajena al derecho y huérfana de caracteres jurídicos) para, de esta forma, excluirlo del control judicial (entendiendo, de una forma más o menos consciente, que el proceso contencioso no está pensado y configurado para su resolución) es algo ciertamente complejo y de difícil determinación.

Ahora bien, a efectos de la legitimación activa y del acceso a la jurisdicción contenciosa (o, a sensu contrario, para excluir el acceso y, por tanto, impedir el control judicial) no deben (y este es el riesgo presente en estos casos) confundirse en modo alguno las denominadas «political questions⁴³» con «los actos políticos o de gobierno⁴⁴» (que, como cualquier acto administrativo, supone la producción de efectos jurídicos controlables jurisdiccionalmente), puesto que solo son aquellas (las cuestiones políticas en sentido estricto⁴⁵) las que deben resolverse en escenarios no judiciales y empleando métodos políticos de negociación y acuerdo. Si este tipo de cuestiones tuviera acceso *libre* a la jurisdicción contenciosa, esta correría el grave riesgo de desnaturalizarse, perdiendo en gran medida su capacidad de solucionar conflictos de modo neutral e imparcial sin excepción alguna (estaría en juego, dicho de otra forma, el principio de imparcialidad de la Administración de Justicia⁴⁶).

Entiendo que es infundado el criterio restrictivo que limita la legitimación activa de un partido político basado en el «prejuicio» de que las cuestiones planteadas en una impugnación formulada por un partido son necesariamente prolongaciones de la «confrontación política»; este criterio impediría, salvo en casos excepcionales, la defensa de intereses sociales o colectivos por parte de los partidos políticos y, desde luego, la defensa del interés general en conexión con la defensa por la legalidad. El criterio netamente restrictivo seguido en la Sentencia impide la defensa de los «intereses propios» que, como partido político, ha asumido y que le convierten en una entidad representativa de intereses sociales y colectivos pero también en una entidad en la que confluyen –deberían confluír– las distintas formas de participación propias del Estado Democrático de Derecho en relación con la idea de defensa del interés público⁴⁷).

⁴³ En el trabajo de Zúñiga Urbina (2008, pp. 271-307) se estudian los actos y las cuestiones políticas en el ámbito del actual modelo del Estado de Derecho y de la democracia constitucional; en Bianchi (2003, pp. 1089-1111) encontramos un análisis pormenorizado de las denominadas cuestiones políticas.

⁴⁴ Peñarubia Iza (1995, p. 328): «Doctrina y jurisprudencia se esfuerzan, por tanto, en deslindar los actos según su naturaleza sea administrativa o política, con el fin de saber hasta dónde es posible controlar o fiscalizar la actuación del Poder Ejecutivo por los Tribunales: los actos de gobierno están exentos de cualquier revisión por la jurisdicción, de modo que sólo las cuestiones formales –procedimiento, competencia– son revisables (doctrina de los actos separables), mientras que la actuación administrativa está plenamente sometida a la revisión judicial. La consecuencia es que los medios de control de los actos de gobierno no son los judiciales, sino que serán los políticos, por un lado (control parlamentario), y la impugnación ante el Tribunal Constitucional, por otro, aunque la doctrina se muestra unánime al pronunciarse sobre la impugnabilidad de los actos de esta naturaleza que vulneren o afecten a los derechos de los particulares».

⁴⁵ Cassagne (2021, pp. 183-190): en estas páginas, el autor trata, precisamente, el tema de la dificultad que entrañan las cuestiones políticas, su naturaleza y su control.

⁴⁶ Cuando el sistema judicial se ve obligado a resolver cuestiones políticas o ideológicas, corre el grave riesgo de contaminarse con ideologías y afinidades políticas, no jurídicas. Sobre lo cual, me remito a las atinadas consideraciones de Franck (2012).

⁴⁷ No podemos desconocer que la noción de «interés público o general», aun habiendo sido esencial en la conformación del Estado Democrático de Derecho en el constitucionalismo europeo, sin embargo, ha sido (sigue siendo) muy compleja en cuanto a la delimitación de su verdadero alcance y, en consecuencia, de su real protección y defensa por entidades de carácter social y/o político. En un planteamiento ceñido a delimitar el sentido terminológico de los conceptos empleados, se vislumbra la complejidad de la cuestión: qué son los intereses generales, si estos son equiparables y, en su caso, en qué medida a los intereses públicos, si son o no identificables con los intereses sociales, si los intereses políticos pueden englobarse en la categoría de interés público ...etc, no encuentra una respuesta sencilla, quizá porque, como es evidente, el condicionamiento ideológico de cada sistema democrático de nuestro entorno político es el que determina, en definitiva y en cada momento, la significación, contenido, posibilidad de representación y defensa de los conceptos (intereses) mencionados. Como expone Blázquez Martín (2015, pp. 70 y ss.) «el vocablo interés constituye un neologismo que surge en el siglo XVIII. El nacimiento de esta expresión se enmarca en el proceso cultural que ha descrito Albert O. Hirschman, por el cual Occidente pasó de un paradigma en el que era necesario reprimir, encauzar y moderar las pasiones personales, entre ella el interés, a un sistema social que funcional sobre la base del interés particular (...)». Como dice el autor, la crítica a esta concepción liberal del interés (liberalismo dogmático) comenzó a finales del siglo XIX, con el resurgimiento de la idea de bien público a través de la idea,

Reconocerles legitimación para la protección de los intereses políticos que, propiamente, representan y que, por ello mismo, tienen que defender, no implica necesariamente un reconocimiento a su favor de una acción indiscriminada (considerándolos entidades controladoras cuasiuniversales de las Administraciones Públicas), a modo de «acción popular⁴⁸», ni supone el reconocimiento de una legitimación para impugnar en defensa de sus «sus puntos programáticos». La línea que delimita lo que es «conveniencia política» de lo que es «interés jurídico legitimador» es, ciertamente, difícil de establecer y, por supuesto, hay que estar al contexto del supuesto concreto, analizando las específicas circunstancias que llevan a un partido político a recurrir una actuación de un poder público (ya sea un acto administrativo en cuanto tal, ya sea un acto político o de trascendencia política).

5. ¿PERSPECTIVAS DE CAMBIO? LOS AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 5.ª) DE 8 JUNIO 2022

¿Estamos –podría decirse– ante la última palabra del Tribunal Supremo en materia de legitimación de los partidos? Sería aventurado aseverarlo. En el supuesto de los indultos concedidos a los condenados en el denominado «juicio del proceso», la discrepancia es más que evidente. En los recursos interpuestos por VOX (que ejerció la acusación popular en la vía penal⁴⁹) contra diversos reales decretos de concesión de indulto se ha puesto de manifiesto la discrepancia existente en el Tribunal Supremo en materia de legitimación activa de los partidos políticos.

En efecto, los recursos interpuestos por dicho partido fueron declarados inadmisibles, por falta de legitimación, en diversos autos de fecha 22 de febrero de 2022⁵⁰, acogiendo la alegación previa de inadmisión formulada por la Abogacía del Estado. El partido político demandante recurrió en reposición los Autos y la

a su vez, del interés social que dio lugar al surgimiento del Estado y constitucionalismo Social, que, entre sus premisas, promueve la participación social en la causa pública y/o política. Frente a este modelo, fue desarrollándose, paulatinamente, el Estado del Bienestar, instaurándose la idea de la posibilidad de formular frente al Estado pretensiones y exigencias mayoritarias o colectivas.

⁴⁸ No comparto, en definitiva, la negación de legitimación basada en el argumento de que reconocérsela supondría reconocer el ejercicio de una acción popular de tipo político. No podía negarse, por tanto, el indudable interés legitimador del partido político en base a que realmente solo pretendía con su impugnación una mera defensa de la legalidad.

El partido demandante, al interponer el recurso contencioso-administrativo, no fundamentó su legitimación en el interés público de defensa del ordenamiento jurídico. No se dio en el presente caso lo que sí ocurrió, sin embargo, en el resuelto por la STS 1240/2021 de 18 octubre. RJ 2021\4838 (cuyas palabras me permito acoger a continuación). No lo hizo porque lo que, en realidad, pretendió era que se le reconociera su legitimación activa «como cualidad que habilita a las personas jurídicas para actuar como parte demandante en un proceso concreto...cualidad vinculada a la concurrencia del interés legítimo en la relación que media entre la parte recurrente y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso».

El partido político no se situó en un plano general o trascendente, no se limitó a alegar la defensa del ordenamiento jurídico, la defensa del Estado de Derecho o del Estado Democrático. No alegó un interés en recurrir el acto de nombramiento que pudiera calificarse de «interés de carácter genérico e indeterminado que podría transmutarse en vago e indefinido, evidenciando su incompatibilidad con la especificidad que se precisa para apreciar la concurrencia del interés legítimo exigido para interponer un recurso».

⁴⁹ Para la Sala, por cierto, el haber sido acusación popular en la vía penal no confiere legitimación en el proceso contencioso:

«(...) la condición de acusador popular del partido Vox en el proceso penal en el que fue dictada la sentencia condenatoria, de la que derivaría su derecho fundamental a la ejecución de la sentencia, no es suficiente para reconocerle legitimación activa para recurrir los indultos, dados los diferentes planos en que se sitúan el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, que se ubica en un ámbito puramente jurisdiccional, y el ejercicio por el poder ejecutivo del derecho de gracia, que se sitúa en el ámbito de la actividad administrativa (...) De esa diversidad de planos dan cuenta los autos dictados por la Sala Segunda negando que el Partido Vox tuviera legitimación, en su condición de acusador popular, para intervenir en el trámite de informe del tribunal sentenciador en el procedimiento de indulto».

⁵⁰ Los autos de febrero de 2022 rechazaron la legitimación de Vox con remisión, entre otros, a los argumentos de la Sentencia de noviembre de 2021, y en este sentido, declararon que:

«(...) La defensa de la Constitución, de sus valores y principios, y del Estado democrático como objeto de la actividad de los partidos políticos es un aspecto inherente a la acción política y tiene su ubicación primordial en el parlamento en el que se desarrolla la actividad legislativa y de control del gobierno, pero no supone el establecimiento de una relación específica entre aquella función esencial que desarrollan los partidos políticos y cualquier acto administrativo que pueda interpretarse como contrario a los valores constitucionales.

La circunstancia de que los delitos por los que han sido condenados los indultados –en este caso, sedición– protejan bienes jurídicos de titularidad colectiva, que afectan a toda la sociedad, no crea una acción pública a favor de los partidos políticos en el orden jurisdiccional contencioso administrativo al margen de la previsión del legislador ni permite alterar el régimen de legitimación que se contiene en el artículo 19 LJCA (RCL 1998, 1741). Los partidos políticos no tienen atribuida la representación de la sociedad ni del interés general ni de los bienes jurídicos colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa. Ninguna previsión del legislador así lo establece al entender los delitos indultados no afectan a un perjudicado concreto, sino al conjunto de la ciudadanía por atentar a bienes de titularidad colectiva (...). Y ello no significa, como alega la parte, que en estos casos en

Sala ha estimado dichos recursos en virtud de los correspondientes Autos de fecha 8 de junio de 2022, en los que cambia, en cierta forma, de criterio y acoge el extenso y fundamentado voto particular que, precisamente, a los Autos de febrero se acompañaba⁵¹.

Persisten en la Sala opiniones contrapuestas en esta materia: a los Autos de junio también se acompaña voto particular formulado por los Excmos. Sres. D. Octavio Juan Herrero Pina y D. Ángel Ramón Arozamena Laso⁵².

La discrepancia es totalmente comprensible, puesto que, como he pretendido razonar a lo largo del presente trabajo, la cuestión es difícil de resolver y requiere hallar un imprescindible equilibrio, dado que en ella subyacen temas de esencial trascendencia jurídica, no sólo en términos dogmáticos, sino eminentemente prácticos: no olvidemos que, en un lado de la balanza, tenemos el derecho a la tutela judicial efectiva, en su versión de acceso a la jurisdicción, con la imperiosa necesidad de no permitir la creación de zonas inmunes al control jurisdiccional; pero, es cierto que en el otro lado, también hallamos una importante premisa, la de no convertir a la Justicia en un foro de discusión o de lucha política, diluyendo su esencia que, no es otra ni puede serlo, que la solución de conflictos jurídicos mediante la interpretación y aplicación de su instrumento primordial: el Derecho.

Los Autos de febrero realizaron la declaración de inadmisibilidad en el trámite del artículo 51 de la Ley Jurisdiccional, declaración que los nuevos Autos revocan, ordenando seguir el curso del proceso.

Esta nueva resolución (expresándome en singular) es muy significativa, si no relevante, más por lo que deja entender que por lo que expresa. En su parte argumental, el Auto parece aplicar, sencillamente, una interpretación estricta de las posibilidades de poner fin al proceso en el momento del artículo 51: recuerda la doctrina constitucional de que la legitimación «es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto», invocando también el criterio de la propia Sala de que la apreciación de la legitimación tiene un carácter casuístico, que no permite una respuesta indiferenciada en todos los casos.

Desde esta perspectiva, la decisión que el Auto adopta (postergando a la Sentencia el análisis de la cuestión) podría ser considerada como discutible, pero no irrazonable. Pero el Auto va más allá, añadiendo unas breves consideraciones que es necesario reproducir:

que los delitos indultados no afectan a un perjudicado concreto, sino al conjunto de la ciudadanía por atentar a bienes de titularidad colectiva, de no aceptarse la legitimación del partido político recurrente se cree un espacio de inmunidad al control jurisdiccional.

(...) Ni esta jurisdicción ni esta Sala son el lugar adecuado para dirimir controversias suscitadas en la defensa de intereses de carácter político, al margen de las reglas sobre la legitimación establecidas por la ley con carácter general».

⁵¹ Voto particular formulado por los Excmos. Srs. D. Wenceslao Olea Godoy y D. Fernando Román García:

«(...) no cabe confundir, como a nuestro juicio hace el auto del que discrepamos, entre la participación en la tramitación del procedimiento del indulto, que culmina con el acuerdo de indulto, y la posibilidad de intervenir en el control posterior del acto de indulto, interponiendo contra éste el correspondiente recurso ante esta Sala del Tribunal Supremo.

(...) Concurren –a nuestro juicio– razones suficientes para no descartar precipitadamente, en este trámite de alegaciones previas, que un partido político con representación en el Parlamento nacional pueda ostentar legitimación activa para interponer un recurso contencioso-administrativo contra un acto de otorgamiento de indulto, cuando el delito sobre el que se proyecta el indulto ha comportado, de modo directo e incontrovertible, un alzamiento contra la soberanía nacional residenciada en el pueblo español, constatada adicionalmente por el Tribunal Constitucional.

A la vista de las especialísimas circunstancias concurrentes en el supuesto examinado, esta sería, a nuestro juicio, razón bastante para rechazar las alegaciones previas formuladas por la Abogacía del Estado en relación con el partido Vox. Pero, si a ello añadimos que, en este caso, se da la circunstancia de que dicho partido ejerció la acusación popular en el juicio penal y valoramos todo ello a la luz de los artículos 3 del Código Civil y 24 de la Constitución, la conclusión expuesta resulta aún más reforzada».

⁵² En el voto particular, se defiende la posibilidad de inadmitir el recurso por falta de legitimación en los dos trámites anteriores a la sentencia, como son el artículo 51 LJCA, tras el examen del expediente administrativo, y las alegaciones previas del artículo 58 LJCA, en los primeros cinco días del plazo para contestar la demanda:

«(...) la declaración de inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación en alguno de los trámites previos a la sentencia habilitados por la Ley procesal, queda condicionada a que, en ese momento procesal, tanto la pretensión ejercitada, derecho o interés defendido en el proceso, como la razón jurídica a cuyo amparo se formula la pretensión, resulten suficientemente identificados en su alcance y contenido para permitir al órgano jurisdiccional decidir, de manera fundada, sobre la congruencia y correspondencia entre ambos términos de la relación procesal, en que consiste la legitimación.

Desde estas consideraciones generales y por lo que se refiere a los recursos que aquí se examinan, todas las partes recurrentes han identificado y argumentado de manera clara, amplia y reiterada, los intereses jurídicos en cuya defensa actúan, tanto en sus escritos de demanda como las alegaciones a las previas formuladas por el Abogado del Estado, incluso en el caso de los recursos interpuestos por Vox y por los parlamentarios de Cataluña ya lo hicieron en sus escritos de interposición al solicitar medidas cautelares, de manera que pocas dudas pueden plantearse acerca del alcance de los mismos en los términos que se formulan por los recurrentes, que es lo que ha de valorarse por el Tribunal a efectos de la admisibilidad del recurso (...).

En cuanto a la negación de la legitimación para la impugnación de los Reales Decretos de concesión de indulto, el voto particular se remite, en esencia, a los argumentos de los autos de febrero.

«En el caso examinado, y al margen de otras consideraciones, nos enfrentamos a indultos parciales por delitos muy singulares: contra la sociedad, que protegen bienes jurídicos colectivos.

Esta singularidad supone una dificultad añadida a la hora de concretar quienes ostentan esa necesaria legitimación activa, íntimamente relacionada con el bien jurídico protegido –y sus titulares por los delitos indultados–, sin que, a nuestro juicio, sea “conditio sine qua non” que los legitimados aparezcan identificados en la sentencia penal, pues, aparte de que podría producirse el efecto indeseable de dejar un ámbito inmune al control jurisdiccional, por estrecho que sea éste en los supuestos de indulto, es que el indulto, si bien y necesariamente ha de tener por base la sentencia condenatoria penal, es un acto independiente, del Gobierno, revisable en sede contenciosa, por lo que el presupuesto de la legitimación activa queda sujeta al Derecho Administrativo.

Los complejos perfiles de la legitimación activa –recordemos que no es un concepto unívoco, sino que depende de las concretas circunstancias que concurran en cada supuesto– en este tipo de delitos, unido a la reiterada discrepancia en el seno de la Sección, evidencia que no existe la claridad y firmeza exigible a una decisión de tal calado en este trámite (y ello con independencia de la que, al final y en trámite de sentencia, pueda adoptarse)».

La argumentación es, sin duda, un tanto ambigua. Parece subyacer a ella la preocupación de que la doctrina tradicional en materia de legitimación podría dar lugar a la creación de un ámbito de inmunidad al control jurisdiccional; pero lo que ante todo expresa (y lo dice paladinamente) es el estado de cosas de que, *en el tema de la legitimación de los partidos políticos, existe una «reiterada discrepancia en el seno de la Sección»* discrepancia que, se supone, no debe ser resuelta en el expeditivo trámite del artículo 51, sino en la Sentencia de fondo.

Qué puede suceder en ese momento es algo lógicamente imprevisible. Ténganse en cuenta tres circunstancias:

- Primera, que la Sentencia de 2 de noviembre de 2021, que se analiza en este comentario, fue dictada por una Sección de la Sala (la Cuarta) distinta a la que pronunció el Auto de 8 de junio de 2022 (la Quinta), de manera que ninguno de los Magistrados integrantes de cada Sección ha tenido intervención alguna en la formación de la resolución contraria.
- Segunda, que existen importantes discrepancias de criterio en ambas Secciones: la Sentencia de 2021 fue objeto de dos votos particulares (de los Magistrados Sres. Fonseca-Herrero Raimundo y Requero Ibáñez), los Autos de 22 de febrero de 2022 fueron objeto también de voto particular (formulado por los Magistrados. Sres. D. Wenceslao Olea Godoy y D. Fernando Román García) Y, a su vez, los de junio, contienen el voto particular de los magistrados Sres. D. Octavio Juan Herrero Pina y D. Ángel Ramón Arozamena Laso).
- Y tercera, que todos estos votos particulares son inusualmente extensos e incluso algo vehementes en su expresión, lo que es un claro indicio de la dureza del debate que hubo de tener lugar en ambos casos (recurso contra el real decreto de nombramiento de la Fiscal General del Estado y recursos contra los reales decretos de concesión de indultos).

No es aventurado suponer que esta seria discrepancia debe producirse en el resto de las Secciones de la Sala, por ser el tema discutido de carácter transversal a las competencias de todas ellas, por lo que cualquier pronóstico carecería de cualquier tipo de seriedad. Lo que, en todo caso, resulta evidente, es que nos encontramos ante una cuestión que, como pocas, merecería su resolución por el Pleno de la Sala.

CONCLUSIONES

Las circunstancias del caso planteado en la impugnación del Real Decreto 410/2020, de 25 de febrero, permiten concluir que, en el dicho supuesto, existía y debía haberse reconocido «el interés jurídico legitimador»:

- I. El nombramiento del Fiscal General del Estado debe ajustarse a las exigencias previstas en el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico⁵³, cuyo cumplimiento puede ser objeto, obviamente, de control judicial.

⁵³ Respecto de los requisitos del acto de nombramiento y su posible control tampoco comparto la argumentación contenida en el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia, en la que se hace una remisión a las decisiones judiciales que no han reconocido le-

- II. Las exigencias legales que deben observarse en el nombramiento no sólo son de orden procedimental, sino también de fondo.
- III. En este sentido, los requisitos de «mérito» (reconocido prestigio jurídico) e «idoneidad» deben considerarse conceptos que, aun siendo imprecisos, son evidentemente jurídicos y, por tanto, fiscalizables en el seno de un proceso judicial.
- IV. Si el partido político recurrente considera que la persona designada no reúne los criterios determinantes para ser nombrado como Fiscal General del Estado, en una valoración razonable y no basada meramente en apreciaciones ideológicas discrepantes u oportunistas, la legitimación debe admitirse.
- V. La legitimación debe reconocerse, asimismo, cuando «el interés⁵⁴» se justifica en el desacuerdo sobre aspectos jurídicos propios de conceptos jurídicos –legales– indeterminados –«unbestimmte Gesetzesbegriffe⁵⁵–, puesto que, de la no conformidad a derecho de dichos conceptos («naciones jurídicas imprecisas»⁵⁶), puede inferirse una posible ilegalidad del propio acto de nombramiento.
- VI. Cuando en la discusión parlamentaria se vislumbra un posible incumplimiento de los requisitos legales, el elemento «cualificador» del interés que confiere legitimación activa deriva en sí mismo de la duda suscitada en un ámbito de control, el propiamente político, que permite hacer extensible al ámbito de control judicial el cuestionamiento de validez de un nombramiento de consecuencias tan importantes, máxime para un partido político.
- VII. Es indiscutible que debe reconocerse legitimación a quien recurre cuando, además de lo anterior, fundamenta su concreto interés (personal o propio) en unas «posibles y previsibles» consecuencias negativas para sí mismo⁵⁷, basadas en que la persona nombrada va a ostentar unas atribuciones muy importantes, «desde el punto de vista del poder represivo del Estado»⁵⁸, que se teme puedan ser ejercidas en su perjuicio, precisamente por la carencia de la «imparcialidad» alegada y cuestionada en el recurso. Este temor fundado en la ausencia de «imparcialidad» y conectado con el incumplimiento de los requisitos de mérito e idoneidad en el nombramiento de la persona elegida va más allá de lo estrictamente político para entrar en lo jurídico, generando propiamente el interés legitimador. Y esto «no lo advirtió» el Tribunal Supremo cuando negó la legitimación del partido recurrente: no justificó debidamente la negación de la legitimación ponderando las circunstancias concretas del caso, desconociendo la relación existente entre la pretensión deducida y el partido político.
- VIII. Excluir del control contencioso una cuestión, problema o asunto en base a que el mismo es de carácter social, político, no de naturaleza jurídica, requiere un juicio minucioso que, desde luego, se supone

gitimación a los partidos políticos que recurrían nombramientos del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, de sus Vocales, y del Vicepresidente del Tribunal Supremo. Y no comparto la argumentación de la Sentencia, dado que (i) en el procedimiento para destinar o nombrar al Presidente y Vicepresidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General, no existe un trámite parlamentario similar al establecido por el Estatuto Orgánico. En efecto, la propuesta de nombramiento de aquellos corresponde al propio CGPJ, en su calidad de órgano constitucional, quedando, pues, fuera del ámbito parlamentario; (ii) Y, por lo que se refiere al nombramiento de los vocales del CGPJ, debe tenerse en cuenta que queda fuera del control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al circunscribirse al ámbito de actuación parlamentaria.

⁵⁴ En su sentido etimológico, «interés» significa involucrarse, y obvia era la involucración que, en este caso, el partido recurrente tenía con el objeto litigioso.

⁵⁵ La referencia obligada en este punto es García de Enterría (2009), cuyas palabras, por conocidas, es innecesario reproducir.

⁵⁶ Respecto de cuya interpretación (siempre jurídica) ha de concederse, claro está, un margen de apreciación. En este sentido, vuelve a ser imprescindible traer aquí las palabras del maestro García de Enterría (1996, pp. 69-89): «[...] el juez controla la aplicación del concepto legal indeterminado tanto si estima la impugnación contra la interpretación inicial que del mismo ha hecho la Administración, anulándola, como si la desestima, esto es, si entiende que la Administración ha actuado correctamente por moverse dentro del espacio del legítimo “margen de apreciación” (sólo si el recurso se declarase inadmisibile no habría control, pero sí lo hay si el recurso se desestima, tras la entrada en el fondo). El control anulatorio se producirá únicamente en cuanto los límites de ese margen de apreciación se entienda que han sido transgredidos. No se trata, pues, de que el juez sustituya apodóticamente la estimación que ha hecho la Administración por la suya propia, sino de identificar si ésta ha transgredido los límites que la Ley ha querido imponerle al establecer el concepto jurídico indeterminado de que se trata. Es, pues, propiamente, en la mayor parte de los casos [...] un control legal negativo y en modo alguno, como se pretende, un control político o un control con criterios políticos aplicado por un órgano al que falta competencia en este campo». El Tribunal Supremo, en el supuesto que estamos analizando, debió haber llevado a cabo el control judicial de la interpretación jurídica inherente que, al adoptar el acto recurrido, hizo la Administración. La negación de la legitimación del partido político recurrente lo impidió: dicho sin ambages, la decisión del Supremo impidió cualquier tipo de control negando la entrada al proceso.

⁵⁷ La «lesión» constituye el núcleo fundamental de la legitimación: estará legitimado ab initio del proceso quien haya sufrido una lesión ilegítima en alguno de los bienes de los que dice ser titular. Lo que otorga legitimación ab initio del proceso, por tanto, es meramente la puesta de manifiesto de la lesión, que es lo que crea una presunción de que el actor es titular del bien lesionado; la comprobación de la titularidad del bien es una cuestión de fondo que habrá de acreditarse durante el proceso y ser decidida en la sentencia.

⁵⁸ Voto Particular del Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez: Razonamiento Primero. 4. 7.º.

de los órganos que conforman la justicia administrativa, máxime, de nuestro Tribunal Supremo. El equilibrio que necesariamente ha de darse entre las posibilidades prestaciones de un servicio público como la Justicia con el «derecho a la tutela judicial efectiva» (ínsito en la institución de la legitimación), es muy difícil de determinar, dada la variedad de conflictos que, en la práctica, pueden pretender situarse en sede contencioso-administrativa. Pero la dificultad no puede servir de excusa para obviar la búsqueda de dicho equilibrio, porque la premisa indiscutible de la que debe partirse es, a pesar de su aparente sencillez, origen de innumerables discusiones dogmáticas. La premisa es, e intento decirlo también con sencillez, la de que no podemos correr el riesgo de dejar cuestiones al margen del control judicial: no se pueden, bajo ningún concepto, crear zonas de inmunidad, porque de hacerlo olvidaríamos la propia esencia e historia de nuestro Derecho administrativo, en el que la lucha por la legalidad (por su defensa a ultranza) ha sido su objetivo y finalidad primordial. En esta constante lucha creo con convicción y firmeza. Y, si «juzgar a la administración contribuye a administrar mejor», en las palabras del profesor T. R. Fernández, la Sentencia aquí analizada perdió, claramente, una oportunidad de llevar a cabo un control de la Administración y, por tanto, favorecer la realización de una administración mejor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bastida Freijedo, F. J. (1992). La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos. En J. J. González Encinar (coord.), *Derecho de partidos* (pp. 67-92). Espasa Calpe.
- Bianchi, A. (2003). El enigma de las cuestiones políticas. En V. Bazán (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*. Ediar.
- Blázquez Martín, D. (2015). Interés público, interés social y derechos sociales. En S. Ribotta, A. Rossetti y R. F. de Asis Roig (coords.), *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria* (pp. 65-86). Dykinson.
- Cano Campos, T. (2014). La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación. *Revista General de Derecho Administrativo*, (37). https://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415102&popup=
- Carbonell Porras, E. (dir.) y Cabrera Mercado, R. (coord.) (2014). *Intereses colectivos y legitimación activa*. Cizur Menor y Aranzadi.
- Cárdenas Gracia, J. F. (1992). *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica de España.
- Carnota, W. F. (2012). Las acciones de clase: desde los Estados Unidos a la Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 93-106. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40733>
- Cassagne, J. C. (2021). *El acto administrativo: teoría y régimen jurídico* (4.ª ed.). La Ley.
- Fernández Farreres, G. (1987). *Asociaciones y Constitución (Estudio específico del artículo 22 de la Constitución)*. Civitas.
- Fernández, T. R. (2015). La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. *Revista de Administración Pública*, (196), 211-227. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40087>
- Ferreres Comella, A. (2005). Las acciones de clase («class actions») en la ley de enjuiciamiento civil. *Actualidad Jurídica Uriá y Menéndez*, (11), 38-48. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210&forceDownload=true>
- Flores Giménez, F. (2015). Los partidos políticos: intervención legal y espacio político, a la búsqueda del equilibrio. *Teoría y Realidad Constitucional*, (35), 355-381. <https://doi.org/10.5944/trc.35.2015.14923>
- Franck, T. M. (2012). *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?* Princeton University Press.
- García-Andrade Gómez, J. (2023). A vueltas con los intereses legítimos: formación y sentido actual. *Revista de Administración Pública*, (220), 147-180. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.06>
- García Cotarelo, R. (1985). *Los partidos políticos*. Sistema.
- García de Enterría, E. (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (89), 69-89.
- García de Enterría, E. (2009). *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas.
- García Guerrero, J. L. (2007). *Escritos sobre partidos políticos (Cómo mejorar la democracia)*. Tirant lo Blanch.
- García-Pelayo, M. (1986). *El Estado de partidos*. Alianza Editorial.
- Gascón Inchausti, F. (2012). Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una «class action» en Estados Unidos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (16), 261-290. <http://hdl.handle.net/10486/662707>
- Gómez Díaz, A. B. (2014). *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Iustel.

- Gonzaga Jayme, F. y Vieira Maia, R. (2013). Análisis de la constitucionalidad de la legitimación de un partido político en la acción de mandato de seguridad. *Estudios Constitucionales*, 11(1), 543-568. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/70>
- González de la Garza, L. M. (2018). La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data. *Revista de Derecho Político*, (103), 257-302. <https://doi.org/10.5944/rdp.103.2018.23203>
- Grasso, P. G. (2005). *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. Marcial Pons.
- Igartua Salaverriá, J. (2017). Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, inmediatez, sana crítica. *Revista de Administración Pública*, (204), 11-39. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.01>
- Jiménez Campo, J. (1988). Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos. *Revista de derecho político*, (26), 9-26. <https://doi.org/10.5944/rdp.26.1988.8373>
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y valor de la democracia*. Editorial Labor.
- Manzana Laguarda, R. (1997). La dialéctica entre la inmunidad del poder y su control jurisdiccional. *Jueces para la democracia*, (29), 81-88.
- Martín Jiménez, B. (2021). La configuración de los intereses legítimos en la jurisprudencia actual: contenido y categorías. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, (14), 45-70. <http://hdl.handle.net/10017/52354>
- Medina Alcoz, L. (2016). *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Marcial Pons.
- Menéndez García, P. (2014). Capacidad procesal y la legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En J. E. Soriano García (dir.) y M. Estepa Montero (coord.), *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* [vol. 1: Garantías constitucionales y judiciales del ciudadano] (pp. 777-825). Iustel.
- Montero, J. R., Gunther, R. y Linz, J. J. (eds.) (2007). *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*. Trotta.
- Morodo, R. y Lucas Murillo de la Cueva, P. (2001). *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/8993>
- Oliver Araujo, J. y Calafell Ferrá, V. J. (2007). Los estatutos de los partidos políticos: notas sobre su singularidad jurídico-constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, (137), 11-36. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-137-julioseptiembre-2007/los-estatutos-de-los-partidos-politicos-notas-sobre-su-singularidad-juridico-constitucional-1>
- Ortega Gómez, M. (2006). Legitimación de las asociaciones constituidas para promover los intereses colectivos de una categoría de justiciables ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (25), 757-797. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-derecho-comunitario-europeo/numero-25-septiembrediciembre-2006/legitimacion-de-las-asociaciones-constituidas-para-promover-los-intereses-colectivos-de-una-1>
- Ovalle Favela, J. (2004). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11952>
- Peñarrubia Iza, J. M. (1995). La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*, (136), 327-344. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-136-eneroabril-1995/la-moderna-jurisprudencia-sobre-discrecionalidad-tecnica-2>
- Pérez-Serrano Jáuregui, N. (1981). Hacia una teoría de los actos parlamentarios. *Revista de Derecho Político*, (9), 67-85. <https://doi.org/10.5944/rdp.9.1981.8068>
- Rodríguez Díez, J. E. y Zavala Achurra, M. E. (2019). Restitución e indemnización a sujetos indeterminados, cy-près y acciones de clase. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 151-176. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7028>
- Sánchez Morón, M. (2020). «Libre» designación y «libre» cese en la función pública: los límites de la discrecionalidad. *Revista de Administración Pública*, (211), 11-35. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.01>
- Santamaría Pastor, J. A. (1985). Comentario al artículo 6. En F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución* (2.ª ed.). Civitas.
- Sesín, D. J. (2012). El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 12(47), 51-84. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v12i47.189>
- Silguero, J. (1995). *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Dykinson.
- Triepel, H. (2015). *La Constitución y los partidos políticos*. Tecnos.
- Villoria, M. (2014, 13 de julio). La crisis de legitimidad de los partidos políticos ¿coyuntural o permanente? *The Economy Journal.com*. Disponible en: <https://www.theeconomyjournal.com/texto-diario/mostrar/591658/crisis-legitimidad-partidos-politicos-coyuntural-permanente>
- Zúñiga Urbina, F. (2008). Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las «Cuestiones políticas». *Ius et Praxis*, 14(2), 271-307. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200008>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 14-04-2023
Modificado: 23-07-2023
Aceptado: 24-07-2023
Prepublicado: 08-08-2023
Publicado: 16-10-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11218>
Páginas: 107-123

Referencia: De la Encarnación, A. M. (2023). Las cicatrices de la vivienda turística: reducción del mercado residencial inmobiliario y encarecimiento de precios. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 107-123. <https://doi.org/10.24965/reala.11218>

Las cicatrices de la vivienda turística: reducción del mercado residencial inmobiliario y encarecimiento de precios¹

Lingering wounds of home-sharing: impact on the housing market and soaring prices

De la Encarnación, Ana María

Universitat de València. Departamento de Derecho Administrativo (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3639-4411>

ana.maria.encarnacion@uv.es

NOTA BIOGRÁFICA

Ana María De la Encarnación es Profesora Titular en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universitat de València y Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia desde 1998. Especializada en Derecho de la Administración Pública, sus líneas de investigación incluyen el Derecho Administrativo, el urbanismo y la valoración del suelo, la economía colaborativa y las viviendas turísticas.

RESUMEN

En este artículo dejamos constancia de la indudable influencia que, sobre el precio de la vivienda residencial, ha tenido la expansión de la vivienda turística. Tal y como recogen numerosos informes, este encarecimiento deriva de la expansión de las plataformas de alojamiento vacacional, como *AirBnB*, y de la consecuente reducción de oferta en el mercado inmobiliario tradicional por el denominado proceso de conversión de viviendas residenciales en turísticas. Lo que sin duda ha contribuido a dificultar el acceso a la vivienda de los colectivos más vulnerables, acentuando la crisis habitacional.

PALABRAS CLAVE

Vivienda turística; precio de la vivienda; *AirBnB*; emergencia habitacional; alquiler vacacional.

ABSTRACT

Throughout these pages we highlight the unquestionable impact that the expansion of peer-to-peer accommodation has had on housing market prices and rental rates. As numerous research reports have shown, this price increase derives from the growth of home-sharing platforms, such as *AirBnB*, and the resulting decrease in the supply of housing for local residents, driving up rents and exacerbating the already severe affordability problem in many cities and countries.

KEYWORDS

Peer-to-peer accommodation; housing prices; *AirBnB*; short-term rentals; home-sharing.

¹ Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación “La regulación de la economía digital: tutela pública de la igualdad y herramientas algorítmicas” (PID2019-108745GB-100), del Ministerio de Ciencia e Innovación.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. RADIOGRAFÍA DEL MERCADO INMOBILIARIO EN ESPAÑA. 3. LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS Y LA VIVIENDA. 3.1. LA ECLOSIÓN DE LA VIVIENDA PEER-TO-PEER (P2P). 3.2. LA NECESARIA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y LA ORDENACIÓN TURÍSTICA. 3.3. MODELO DE CIUDAD Y VIVIENDA TURÍSTICA. 4. LAS CICATRICES DE LA VIVIENDA TURÍSTICA: ENCARDECIMIENTO DE PRECIOS Y REDUCCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO. 4.1. AUMENTO DE PRECIO DEL ALOJAMIENTO RESIDENCIAL. 4.1.1. Alza de precios en el mercado europeo y estadounidense. 4.1.2. La situación del mercado residencial en España. 4.2. LA REDUCCIÓN DE LA OFERTA DE VIVIENDA RESIDENCIAL. 5. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado hasta el momento sobre la vivienda turística, aparecida gracias a la generalización de la economía colaborativa (sharing economy). Surgida a raíz de la crisis económica, esta nueva filosofía de vida aprovecha las ventajas de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante TIC) mediante aplicaciones y plataformas online para reducir costes de transacción y eliminar asimetrías informativas, consiguiendo de esta forma un uso más eficiente de los recursos existentes, primando el reaprovechamiento frente a la producción de nuevos bienes. La idea de la economía colaborativa ha tenido una gran repercusión más allá de su incidencia en los mercados de servicios y bienes, afectando de forma directa al sector del alojamiento vacacional. De hecho, es algo perfectamente cotidiano encontrar viviendas privadas de uso turístico que se comercializan a través de plataformas virtuales como alternativa al tradicional alojamiento vacacional.

Pero también debemos poner de relieve su vertiente más negativa. La masificación turística tiene una enorme incidencia sobre el tejido urbano, sobre la ciudad y sobre quienes la habitan, produciendo numerosas consecuencias negativas, como el creciente desplazamiento espacial de los residentes y su desposesión material y simbólica. Esta expansión sin límite de la vivienda turística está contribuyendo a la gentrificación y a la consiguiente desnaturalización de los espacios urbanos, que han experimentado una pérdida de calidad del hábitat.

Aunque la consecuencia más grave en el actual contexto de crisis económica es la del encarecimiento de los precios de adquisición de vivienda y de tenencia en alquiler de larga duración, derivado de la reducción de oferta de inmuebles en el mercado inmobiliario tradicional. La alta rentabilidad que se obtiene cuando son arrendados a través de plataformas online propicia que el volumen de viviendas destinadas a esta actividad se incremente de forma exponencial, detrayendo un gran número de viviendas del mercado tradicional para destinarlas a una finalidad turística.

2. RADIOGRAFÍA DEL MERCADO INMOBILIARIO EN ESPAÑA

El año 2008 será recordado por el estallido de la burbuja inmobiliaria y la llegada de la crisis económica al Estado español, que se manifestó con particular crudeza en materia de vivienda. En ese momento quedó patente que la vivienda había sido tradicionalmente considerada como un activo financiero y no tanto como una necesidad básica del ser humano, pero también puso en evidencia la ausencia de alternativas habitacionales para un número creciente de personas, tras aumentar los casos de ejecución por impago de hipotecas².

Más de una década después, los desahucios no han cesado y la falta de vivienda se ha convertido en una necesidad acuciante para importantes sectores de la población, llegando a provocar serios problemas de exclusión social que requieren de actuaciones transversales y urgentes por parte de las diferentes Admi-

² De acuerdo con los datos del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), entre 2008 y 2013 se han producido casi 500.000 ejecuciones hipotecarias. Solo en el primer trimestre de 2022 se han llevado a término 68 lanzamientos, el mismo número que hace un año, en 2021; de éstos, 60 fueron consecuencia de procedimientos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos por impagos de alquiler. En cambio, en el primer trimestre de 2022 se ha producido un repunte del 133,3 por cien en los desahucios derivados de ejecuciones hipotecarias, puesto que se han llevado cabo 14 frente a las 6 en el mismo periodo de 2021. Véase la estadística judicial proporcionada por el CGPJ. Puede consultarse en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-sobre-Ejecuciones-Hipotecarias/>

nistraciones competentes³ a fin de incrementar la oferta de vivienda social y asequible, claramente insuficiente a día de hoy debido a la creciente situación de desamparo económico y social existente.

Posteriormente, la llegada de la pandemia por COVID-19 tuvo una enorme repercusión social y económica, provocando múltiples casos de vulnerabilidad sobrevenida por los ceses de actividad, pérdida de empleo y las restricciones de movilidad (Gifreu Font, 2020, p. 247), lo que de nuevo supuso la dificultad, y en muchas ocasiones la imposibilidad, del pago de alquileres e hipotecas, provocando lanzamientos y desahucios que han dejado a cientos de personas sin posibilidad de acceso a una vivienda digna, reconocida por la Constitución Española en su art. 47, con todo lo que ello implica. Esta situación ha supuesto la necesaria adopción de medidas específicas para el mercado de la vivienda, muy especialmente la de alquiler⁴, a fin de contribuir al mantenimiento de los hogares de aquellas familias que inicialmente no formaban parte de colectivos vulnerables.

Se considera que las personas viven en situación de pobreza cuando no pueden disponer de los recursos materiales, culturales y sociales necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y, por tanto, quedan excluidas de las condiciones de vida mínimamente aceptables para el Estado o territorio en el que habitan (Llano, 2021, p. 5). Los últimos datos disponibles indican que el 9,5 por cien de la población española (4,5 millones de personas) vivían en pobreza severa en 2020, porcentaje que es tres décimas superior a 2019, pero inferior a la existente tras la pandemia.

La pandemia ha sido la gran razón y en algunos casos un argumento aducido para justificar aspectos que han de ser atendidos más adecuadamente, como el referido a la vivienda. Y, al igual que ya sucedió con el 15M, los movimientos sociales y las plataformas ciudadanas por el derecho a una vivienda digna han vuelto a surgir en este marco de crisis económica, impulsados por el estallido de la burbuja inmobiliaria (Moreu Carbonell, 2017, p. 18). Aquel inicial movimiento del 15M derivó de una crisis financiera, que se volvió económica y más tarde social, bajo el lema «no nos representan», para referirse a los líderes políticos, catalizando reivindicaciones y malestares previos, integrándolos con los propios de aquel momento⁵. Tras él, ha emergido con fuerza la potencialidad de la acción colectiva, reforzada por una creciente desafección ciudadana y un alto déficit de legitimidad.

En este contexto, en los últimos años han surgido otros movimientos que luchan por el derecho a una vivienda digna (Olmos Alcaraz et al., 2018, p. 139) y, aunque heterogéneos, tienen en común el poder encauzar las reclamaciones de la ciudadanía afectada por la crisis inmobiliaria, de quienes están incursos en procesos de ejecución hipotecaria o desahuciados, víctimas de malas prácticas bancarias, y, en general, con dificultades económicas que se traducen en problemas de acceso a una vivienda digna⁶. De nuevo, la denominada «democracia de los movimientos sociales» ha logrado hacerse escuchar.

³ De forma previa, a nivel estatal se habían llevado a cabo algunas iniciativas, como el diseño de un Código de Buenas Prácticas para las Entidades financieras gracias al Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (aunque la ausencia de normas imperativas que obligaran a las entidades financieras a cumplir con sus obligaciones de servicio público o de interés general económico y las estrictas condiciones exigidas a las familias para acogerse a los beneficios condenaron al Código al fracaso; véase Pisarello (2013, p. 153). Pero también la suspensión de los desahucios por un plazo de 7 años de familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión (Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social); la creación del Fondo social de viviendas para ofrecer, en régimen de alquiler, viviendas vacías de Entidades financieras a quienes ya han resultado afectados por una ejecución hipotecaria (Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios); o la creación de la SAREB, entre otras.

⁴ En España, el alquiler representa sólo el 17 por cien del mercado de la vivienda, frente al 83 por cien de inmuebles en propiedad (Memoria de análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021). El arrendamiento es una forma de tenencia escasa que pretende satisfacer una necesidad temporal de vivienda, pero, a pesar de haberse llevado a cabo modificaciones en la normativa aplicable, esta modalidad no acaba de cuajar en nuestro país; recordemos que se modificó la Ley de Arrendamientos Urbanos para flexibilizar y dinamizar el mercado de alquiler mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, lo que supuso una limitación de los derechos de la parte arrendataria. A esto debemos añadir que la tendencia de las políticas públicas de vivienda de las últimas décadas se dirige a fomentar la tenencia en propiedad (facilidad de financiación, deducciones fiscales, posibilidad de revalorización del mercado, etc.), en detrimento de la inseguridad jurídica del alquiler (altos precios y poca estabilidad de la parte arrendataria). Véase Molina Roig y García Teruel (2015, p. 18).

⁵ La crisis, mostrando desde muy pronto su carácter multidimensional, puso de manifiesto el agotamiento de algunos de los conceptos e instrumentos políticos que habían cristalizado en la Transición española: el papel de los partidos políticos, convertidos entonces en protagonistas exclusivos de la democracia; el rol de la sociedad civil, mucho más endeble que en otros países del mismo entorno; y por supuesto la idea de participación, que jamás llegó a dar frutos suficientes como para implicar a una parte sustancial de la ciudadanía. Véase Monge (2021, pp. 13-14).

⁶ A esto debemos añadir que la generalización de la Administración electrónica es un aspecto relevante en esta materia; la necesidad de que los procedimientos de apoyo a la vivienda se tramiten a través de plataformas electrónicas y que las comunicaciones con

Es cierto que el salto desde el activismo social hacia el Derecho siempre es complicado, pero en el tema de la vivienda ha sido la sociedad civil la que, de forma organizada y colectiva, ha puesto en el centro del debate público este problema. Aunque el Derecho es, en sí, un instrumento de cambio social que no se limita a ordenar la realidad existente y que puede transformar los hábitos de la ciudadanía, este salto hacia la regulación jurídica encuentra ciertos obstáculos, como la lentitud de los procesos normativos, su escasa permeabilidad para adaptarse a los cambios o el formalismo, junto con la ortodoxia doctrinal, su resistencia al cambio o el sesgo del *statu quo* (Doménech Pascual, 2016, p. 5), por lo que no siempre consigue dar una respuesta contundente a los problemas sociales a medida que se manifiestan o surgen (Moreu Carbonell, 2020, p. 186).

Tras la crisis económica de 2008, la vivienda ha sido un ejemplo incuestionado de lucha por el derecho y campo de maniobra del activismo social. Se trata de movimientos que tienen el poder de encauzar las reclamaciones de aquella parte de la ciudadanía afectada por la crisis inmobiliaria, con problemas para hacer frente al pago de hipotecas y, en general, con dificultades económicas que se traducen en problemas de acceso a una vivienda digna. Es indudable que gran parte de los cambios normativos que han visto la luz estos últimos años tendentes a evitar los desahucios en situaciones de emergencia social se han logrado gracias a los movimientos sociales⁷. Es lo que Moreu Carbonell denomina «activismo normativo (Moreu Carbonell, 2020, p. 21)».

También algunas instituciones, como el Defensor del Pueblo y sus equivalentes autonómicos, han manifestado en sus informes una honda preocupación por la garantía efectiva del derecho a la vivienda, llegando incluso a defender medidas concretas y extraordinarias de actuación, como los arrendamientos forzados para que los deudores de buena fe puedan mantener sus viviendas. De hecho, en su Informe del año 2021, el Defensor del Pueblo razona que muchas personas que carecían de recursos suficientes para acceder a la vivienda se han visto abocadas a vivir en un estado de precariedad permanente, dado que ni las Administraciones, ni los organismos públicos cuentan con un parque público de vivienda por ser a día de hoy tan exiguo que no solo no puede dar respuesta a las situaciones de necesidad merecedoras de protección, sino que tampoco puede atender adecuadamente las situaciones repentinas de urgencia social que se presentan⁸. Por ello, hace una llamada directa para la modificación de la política social de vivienda en España, y que se ponga remedio a las necesidades de vivienda más urgentes⁹.

En el año 2021, el número de viviendas afectadas por ejecución hipotecaria fue de 20.206, esto es, 1.286 más que el año anterior. El número de ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual también se incrementó en 2021, siendo 11.947 las viviendas ejecutadas (casi 5.000 más que en 2020), siendo la cifra más elevada desde el año 2017¹⁰. La gravedad social de esta situación y el marco económico de los últimos años han llevado a distintas Comunidades Autónomas a aprobar, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de vivienda, una serie de normas en las que se contempla, incluso, la expropiación forzosa temporal del uso de viviendas vacías o deshabitadas como medida para dar cobertura a la necesidad de vivienda de las personas que se encuentran en especiales circunstancias de emergencia social (Arias Martínez, 2019, p. 115).

La pregunta que debemos hacernos es ¿cómo se ha llegado a esta situación de empeoramiento sostenido de las condiciones de acceso a la vivienda? ¿significa esto que no hay vivienda en España? Nada más lejos de la realidad. Partimos de la existencia de un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrutilizado,

los administrados sean telemáticas, puede añadir un elemento de dificultad a la resolución del problema de emergencia habitacional. Y aunque los datos del INE revelan que la brecha digital se va reduciendo y que un porcentaje muy relevante de la población (90,7 por cien) usa hoy Internet. Sin embargo, los datos desglosados indican que en el tramo de más edad esos porcentajes se reducen a poco más de un 60 por cien, aumentando también la brecha de género. También que las operaciones más frecuentes son las más sencillas (uso de WhatsApp, visionado de YouTube, etc.), pero que, por ejemplo, tan sólo en torno a un 60 por cien usa la banca electrónica. Véase Nogueira López (2020, p. 213).

⁷ Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre (más tarde Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, modificada por Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero y por Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo.

⁸ Defensor del Pueblo, "Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales", vol. I, p. 344.

⁹ Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, el porcentaje de población en riesgo de pobreza o exclusión social en 2021 es del 21,7 por cien, un 0,8 más que en 2020. Y en cuanto a vivienda se refiere, desde el comienzo de la crisis económica ha aumentado el número de personas en pobreza severa que viven en alquiler ante la imposibilidad de solicitar una hipoteca, pasando del 35 por cien en 2014 al 43,2 por cien en 2018, esto es, más de ocho puntos porcentuales.

¹⁰ Observatorio de Vivienda y Suelo, Boletín anual 2021, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Puede consultarse en: <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW095>

esto es, viviendas deshabitadas y viviendas no vendidas que quedan en manos de entidades financieras, pero también y en cuanto nos interesa, de numerosas viviendas que han sido detraídas del mercado residencial para engrosar el mercado turístico. Y es en este escenario en el que se debe dar respuesta a una alta demanda insatisfecha, que solo cuenta con una oferta insuficiente, a precios no adecuados, derivada de numerosos procesos de privación de vivienda, en particular por desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias derivadas de la imposibilidad de sus moradores de pagar el precio de adquisición o de alquiler.

De este modo, las crisis contemporáneas de vivienda se caracterizan no por una carencia de vivienda, sino por el uso al que se destinan las mismas. Esto es debido a su doble función: como residencia y hogar en el que vivir, pero también como activo con el que obtener beneficios. La crisis llega cuando la función de la vivienda como activo prima sobre su función social como hogar (Madden y Marcuse, 2018, p. 35). Esto multiplica las inversiones inmobiliarias, aumentando las expectativas en el sector, atrayendo la inversión y elevando los precios. Las ciudades se han convertido en productos desde una perspectiva empresarial¹¹. Hay menos vivienda y la que hay es más cara. Y esto es debido, en gran parte, al aumento de la presencia de las plataformas de alojamiento turístico en nuestro país. Cuanto mayor es el número de viviendas detraídas del mercado tradicional, mayor es la incidencia sobre el precio del alojamiento tradicional, lo que cierra a muchas familias la posibilidad de acceder, no a una vivienda digna, sino simplemente a una vivienda.

De este modo, lo que en principio nació como el aprovechamiento temporal de un bien infrutilizado y que constituía una auténtica economía colaborativa, se ha transformado en una actividad económica de carácter profesional, con importantes secuelas sobre el mercado de la vivienda, dificultando, en gran medida, el acceso a la vivienda de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad. Porque efectivamente, a pesar de que este constante incremento del precio del mercado inmobiliario tiene diferentes causas, la situación de emergencia habitacional que afecta a ciertos colectivos está propiciada por el aumento de la implantación de vivienda turística en nuestro país, debido al crecimiento del precio de los alquileres y a la desaparición de oferta asequible en el mercado de la vivienda.

3. LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS Y LA VIVIENDA

3.1. La eclosión de la vivienda *peer-to-peer* (p2p)

En lo que a la vivienda se refiere, uno de los motivos de la rápida expansión de las plataformas colaborativas fue el elevado número de viviendas procedente del *boom inmobiliario* que, tras la crisis económica de 2008, quedaron vacantes. Gracias al uso de las TIC y a las enormes posibilidades de difusión, la maximización de beneficios estaba garantizada al anunciarlas a través de plataformas online como viviendas vacacionales, lo que ha producido un incremento exponencial de la capacidad de sacar al mercado turístico, incluso a nivel mundial, este nuevo tipo de alojamiento.

A grandes rasgos, las viviendas turísticas son aquellos inmuebles residenciales, cuyo uso se cede temporalmente y a cambio de precio, con fines turísticos, vacacionales o de ocio, a terceras personas, bien de forma completa o por estancias, amuebladas y equipadas en condiciones de uso inmediato y cuyo contrato de cesión de uso se formaliza a través de una plataforma virtual.

No debemos perder de vista que, sin embargo, no todo es economía colaborativa; en el caso de la economía de plataformas y, de manera concreta el de la vivienda turística, se trata de verdaderos modelos de negocio, por lo que se ha dejado de lado su calificación como «viviendas colaborativas», para pasar a denominarlas viviendas turísticas, completamente alejadas de la esfera normativa de los arrendamientos urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) y más cercana a la que emana de los Entes Locales tras las directrices establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹², que han servido como eficaz complemento a la normativa autonómica a la hora de solucionar los numerosos problemas surgidos alrededor de este tipo de vivienda.

La regulación de esta nueva forma de alojamiento no tradicional resultaba, por ello, imperativa. Desde un punto de vista socioeconómico, se trata de una de las actividades con mayor capacidad de promover un desarrollo equilibrado y sostenible, convirtiéndose en un sector estratégico para todas las economías, y con

¹¹ Bojórquez Luque et al. (2019, p. 114). En el mismo sentido Lefebvre (2013, pp. 24-25).

¹² Vid. nota 27.

gran capacidad de arrastre sobre el resto de actividades productivas, contribuyendo de forma decisiva al reparto de la riqueza mundial (Costa, 2002, p. 15). Y sin embargo, a pesar de esta contribución a la mejora del territorio, sin una regulación apropiada puede tener efectos devastadores sobre una población, modificando su fisonomía e identidad. El alcance de esta transformación varía en función de la magnitud de la actividad turística, de las características específicas de cada barrio para acoger *población flotante* y de la capacidad de los gobiernos locales para gestionar los impactos del turismo en residentes y en el medio.

Esta saturación turística (overtourism), como resultado de la actividad turística masiva y descontrolada, que supera la capacidad de carga de un destino turístico-cultural, tiene como consecuencia que se desaten una serie de consecuencias negativas, como la convivencia vecinal afectada por conductas disruptivas; la proliferación de actividades turísticas y de ocio que generan un funcionamiento anómalo en los hábitos del lugar de recepción, por no estar destinadas a población residente; la gentrificación turística, que priva del derecho a la ciudad a sus residentes locales, provocando su desplazamiento a otras zonas¹³; la transformación social de los barrios a través del deterioro del paisaje urbano; la saturación de las infraestructuras y servicios de la ciudad (Silver y Nichols, 2013, p. 16); y la especulación inmobiliaria en torno a las viviendas turísticas, incluso al margen de la legalidad, lo que presiona al alza el precio de las viviendas, tanto en compra como en alquiler. Esta desconexión espacial, social y económica del entorno conlleva la estandarización y pérdida de identidad de toda ciudad, convirtiendo los territorios en *ciudades turistificadas*¹⁴.

La conversión desordenada de viviendas residenciales en alojamientos turísticos supone, además, la ruptura del crecimiento equilibrado previsto por los planes generales de ordenación urbana (en adelante PGOU), orientado a la funcionalidad urbana y al establecimiento de usos en función de las necesidades y dinámicas de la población residente. La alteración de estos usos conlleva la aparición de problemas por la difícil integración de la oferta turística con la pacífica convivencia de la población local, lo que requiere necesariamente de una respuesta adecuada por parte de los poderes públicos. Del mismo modo, las decisiones sobre la localización del alojamiento turístico influyen directamente sobre el modelo urbano y el mercado de la vivienda.

Como ha quedado demostrado, la normativa que debe contener la saturación turística padecida en muchas ciudades no puede ser sólo administrativa, ya que hasta el momento no ha servido para aliviar los efectos negativos sobre la ciudad¹⁵. Por esta razón, y de acuerdo con el razonamiento avalado por el propio TJUE¹⁶, se ha optado por introducir criterios urbanísticos en la regulación de este tipo de alojamiento en un intento por compatibilizar el turismo y las actividades económicas con la dimensión residencial de la ciudad, con su modelo urbano y el derecho a la vivienda de sus residentes. Porque turismo, urbanismo y vivienda son ámbitos materiales que tienen una intensa relación con aquellos otros que se refieren al medio ambiente y a la ordenación del territorio, ya que inciden plenamente sobre uno de los recursos naturales más importantes, el suelo, que tiene un indiscutible valor ambiental.

¹³ Ha quedado demostrado que la vivienda turística desplaza a la población local. El desplazamiento afecta a inquilinos, pero también a propietarios, que son forzados a vender sus apartamentos ante el avance de la industria turística. Este hecho contradice la retórica neoliberal según la cual poseer una vivienda en propiedad constituye una garantía contra el desplazamiento y es sinónimo de seguridad. Al mismo tiempo, contradice la idea según la cual la gentrificación afecta a inquilinos de rentas bajas. La presión de la industria turística también afecta a residentes de clase media, incluyendo a aquellos que fueron gentrificadores en sus barrios antes de la llegada del turismo masivo. Véase Cocola (2016, p. 2).

¹⁴ La STS 210/2021, de 26 de enero (rec. 8090/2019; ECLI:ES:TS:2021:210), recuerda que «en las grandes ciudades, es igualmente posible y previsible llegar a su desertización (gentrificación), en determinados lugares, al alterarse la forma de vida de los residentes habituales, debido a la transformación –de hecho– de un uso tradicional residencial, en otro, pujante y turístico, con todas las consecuencias que de ello se derivan, pues, es evidente que cuando más auténtico es un lugar, a más gente atrae, pero, cuanto más gente atrae, más se diluye su auténtica identidad, y con ello la vida de los residentes habituales del mismo lugar. Es, en síntesis, convertir las ciudades en un parque temático, en vez de un lugar habitable y de convivencia. La ciudad se convierte en un problema y no en un sistema de solucionar los problemas de sus habitantes».

¹⁵ Sobre ello, véase De la Encarnación (2016).

¹⁶ Se trata de la Sentencia de 22 de septiembre de 2020, asunto C-724/18, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este pronunciamiento, relacionado con la normativa sobre vivienda turística francesa, se concluye que la actividad de alojamiento turístico a través de plataformas digitales debe someterse a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y que, al tratarse de una actividad económica, puede limitarse, siendo su justificación el evitar el deterioro del entorno urbano y de la ciudad, por ser razones imperiosas de interés general. Esto es especialmente importante en aquellos municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos resultase especialmente acusada por existir escasez de viviendas y una densidad de población especialmente alta. Esta doctrina ha sido incorporada en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia núm. 210/2021, de 26 de enero (rec. 8090/2019; ECLI:ES:TS:2021:210), en la Sentencia núm. 1296/2020, de 1 de junio (rec. 4124/2018; ECLI:ES:TS:2020:1296) y en la Sentencia núm. 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019; ECLI:ES:TS:2020:1550).

Además, dado que el uso de estas viviendas turísticas puede sustraer un número indeterminado de viviendas del parque residencial previsto por el planificador para dar satisfacción al derecho a la vivienda de los ciudadanos, para destinarlas al alojamiento turístico, no cabe desconocer que el planificador se halla legitimado e incluso obligado a promover la ordenación urbanística necesaria que concilie la satisfacción de aquel derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico¹⁷. Porque la regulación del uso del suelo y sus edificaciones, ejercida de forma adecuada, puede aliviar la presión turística, porque atiende a las características físicas y morfológicas del tejido urbano y sus capacidades, modulando la implantación de las viviendas turísticas de acuerdo con las características de la trama urbana. Por esta razón es necesaria la existencia de una previsión, una planificación previa y adecuada, que prevea, corrija y evite los problemas que se puedan ocasionar por esta actividad turística (López Bonilla y López Bonilla, 2008, p. 125).

3.2. La necesaria planificación territorial y la ordenación turística

En España, el desarrollo del turismo desde la perspectiva de la oferta se ha caracterizado por su carácter inercial o espontáneo en los años sesenta en respuesta a una demanda de crecimientos exponenciales; por la falta de definición *ex ante* de parámetros de organización de las actividades turísticas y de integración con el medio natural y el resto del sistema económico derivó en una situación carente de un modelo turístico estructurado, con solapamientos entre la construcción residencial y la turística, y por un crecimiento desordenado de la oferta complementaria. Esta misma situación ha vuelto a repetirse años después, con el desembarco de la vivienda turística, trayendo consigo un evidente deterioro del entorno urbano, llegando muchos destinos a su límite de acogida del territorio. De ahí que se hayan repetido las iniciativas de ordenación territorial y planificación urbanística en territorios turísticos, llevando las Comunidades Autónomas el peso de este papel regulador por ser depositarias de las competencias en la materia.

El territorio, como primer material con el que se trabaja en el urbanismo (Muñoz Machado, 1990, p. 57) es, también, elemento consustancial al turismo. Desempeña diversas funciones en la producción y consumo de la actividad turística, por lo que los condicionantes derivados de la regulación pública del territorio pueden afectar a la configuración del modelo y desarrollo del producto turístico. Por esta razón la tarea de ordenación del territorio hace referencia al conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador, cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo¹⁸, con un objetivo, además, de coordinación y armonización de las diferentes actividades públicas sobre el territorio¹⁹, siendo el turismo una de las políticas sectoriales en las que se desarrolla.

Porque el turismo y la construcción no pueden desarrollarse de forma espontánea, aunque lo hayan hecho hasta el momento, provocando graves problemas al medio ambiente y a la ciudad, como hemos podido observar. El impacto negativo generado por un modelo de desarrollo económico insostenible, como el que se ha llevado a cabo, revierte sobre el propio territorio, pero también sobre la calidad de vida de la ciudadanía y el desarrollo normal de las actividades económicas mismas (Galacho Jiménez, 2006, pp. 334-335). Por ello, la planificación urbanística es un instrumento más de la ordenación del territorio (Morell Ocaña, 2006, p. 1401).

Un aspecto crucial de esta planificación son las formas de ocupación territorial y la configuración del sistema de asentamientos, hasta el momento centrado en un uso indiscriminado del espacio, ordenado por planes urbanísticos sobredimensionados, sin ninguna o con una escasa planificación territorial para el conjunto del territorio autonómico (Alonso Ibáñez, 2020, p. 259), lo que ha derivado en una ocupación desmedida de suelo, en la creación de zonas poco atractivas para vivir y en formas de asentamiento no sostenibles. Desde el punto de vista estrictamente urbanístico, ha supuesto la ruptura del modelo de ciudad compacta y continua, así como la generalización de un modelo de desarrollo urbano disperso, fragmentado y desequilibrado. Desde el punto de vista social, una distribución de la riqueza cada vez más desigual, que en las áreas urbanas se traduce en desigualdades sociales y espaciales cada vez más rotundas, que implican segregación en la movilidad diaria, segregación en el acceso a bienes y servicios, y por consumo energético en el hogar, como producto de este «tsunami urbanizador» del que ya hablaba García Bellido (Gaja i Díaz, 2008).

¹⁷ Sentencia núm. 292/2019, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de junio (rec. 565/2018; ECLI:ES:TSJPV:2019:2007).

¹⁸ STC 36/1994, de 10 de febrero (ECLI:ES:TC:1994:36).

¹⁹ STC 149/1991, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:1991:149) y STC 36/1994, de 10 de febrero (ECLI:ES:TC:1994:36).

La propia Comisión de la Unión Europea publicó la Comunicación “Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano” (2004) que refiere que la ausencia de planificación sistemática del entorno urbano que garantice su calidad es una de las razones que explican la situación actual, con graves consecuencias, tanto para el medio ambiente, como para la ciudadanía y la economía del medio urbano²⁰. La regulación del espacio público en las ciudades turísticas puede causar fricciones sociales; la posibilidad de utilizar el dominio público bajo las condiciones que fija la Administración puede colisionar con las necesidades sociales de la ciudadanía y con la libertad de acceso de todas las personas al espacio público (Socías Camacho, 2020, p. 228). Porque las decisiones de ordenación deben conectar el estado de la ciudad existente, su estado de conservación y su grado de ocupación efectiva con la determinación de clasificación de nuevos suelos (Tejedor Bielsa, 2012, p. 214); la cuestión del turismo no puede abordarse de una manera eficaz si no se tienen en cuenta también muchos otros factores, como los recursos hídricos, los usos del suelo, o el impacto del turismo sobre los hábitats naturales ya existentes (Galacho Jiménez, 2006, p. 336). Los poderes públicos están, por ello, plenamente legitimados para regular y limitar el alquiler turístico en viviendas en aras a compatibilizar el uso turístico del espacio urbano con el uso residencial, de acuerdo con la función social de la propiedad, la protección del medio ambiente, el principio de desarrollo urbano sostenible, la protección del entorno urbano y los objetivos de política social (Socías Camacho, 2020, p. 235).

Desafortunadamente, el importante desarrollo económico, acompañado del fuerte crecimiento demográfico y la actividad turística, junto con el crecimiento masivo y desordenado de las ciudades y municipios ha generado, en las últimas décadas, una ocupación excepcional del territorio, un proceso de ocupación del suelo y, como consecuencia, una degradación irreversible de compleja recuperación (Barranco Pérez, 2018, p. 150). La extensión desmesurada y poco ordenada de la urbanización, el impacto de determinadas infraestructuras en el medio ambiente, la degradación de algunas áreas urbanas y la *sobre-frecuentación* de algunos parajes han contribuido a dichos procesos, que ponen en peligro los valores ambientales, culturales e históricos que el territorio ha adquirido durante años. Por ello, el urbanismo no puede quedar al margen ante la irrupción del alojamiento colaborativo, para asegurar una ordenación racional del espacio urbano (Socías Camacho, 2018, pp. 136-138), que garantice la adecuada convivencia entre turistas y residentes y minimice los impactos ambientales, y con el objetivo de amparar el derecho de acceso a la vivienda digna.

3.3. Modelo de ciudad y vivienda turística

Frente a esta situación, la salvaguarda de la ciudad como espacio de convivencia armónica y sostenible, desde el punto de vista social y ambiental, exige inevitablemente regímenes de intervención adecuados a la nueva realidad del fenómeno. Y sentada la legitimidad de los entes locales para regular el mercado de viviendas de alquiler turístico por el TJUE, uno de los instrumentos urbanísticos utilizados para la contención de la gentrificación turística ha sido la zonificación. Esta técnica sirve para asignar usos e intensidades de acuerdo con la normativa municipal y que, aplicada a la vivienda turística, consiste en establecer limitaciones o incluso prohibir su implantación en determinadas zonas o barrios de la ciudad, cuando ya tienen una alta densidad de alojamientos turísticos, llegando a permitir estos usos terciarios exclusivamente en edificios completos. La zonificación se lleva a cabo a través de planes especiales, que actúan de forma pormenorizada como desarrollo de la ordenación estructural, lo que permite que un Ayuntamiento pueda limitar el establecimiento indiscriminado de nuevas viviendas turísticas en zonas de la ciudad que considere especialmente tensionadas por este fenómeno²¹, justificándola en la preservación de la calidad de vida de la población residente.

La zonificación requiere una definición previa de las diferentes tipologías de uso del suelo de cada *subzona* con el fin de que los operadores económicos puedan conocer en qué uso se encuadra la actividad que pretenden desarrollar (Otero Oitavén, 2020, p. 18). Los usos del suelo son los destinos urbanísticos que se atribuyen a las zonas que comprenden la ciudad existente. Además, se delimitan distintos tipos de zonas turísticas en el planeamiento municipal, distinguiendo normalmente entre zonas y ámbitos turísticos, zonas turísticamente saturadas y zonas de protección, restringiendo en consecuencia el establecimiento de viviendas turísticas con mayor o menor intensidad. Este instrumento urbanístico ha demostrado a día de hoy

²⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de enero de 2006, sobre una Estrategia temática para el medio ambiente urbano (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52005DC0718>, no publicada en el Diario Oficial).

²¹ STS 210/2021, de 26 de enero (rec. 8090/2019; ECLI:ES:TS:2021:210).

ser una herramienta versátil para establecer un crecimiento racional y sostenible de la ciudad, resultando definitivo a la hora de controlar la expansión de la vivienda turística²².

Son los PGOU, gestionados por los Entes Locales, los que recogen los diferentes usos previstos para el suelo de la ciudad, pero también la compatibilidad de los mismos. Esta complementariedad es una herramienta utilizada de forma muy común por los planificadores municipales precisamente para evitar la excesiva especialización de uso y la segregación funcional de la ciudad. El principio básico que subyace a la implantación de usos complementarios es la de evitar zonas estancas *monofuncionales* en la ciudad, buscando la mezcla o interrelación de destinos urbanísticos que se desarrollen en la misma, compatible con una concepción europea de «ciudad compacta» como modelo de ciudad más sostenible ambientalmente en el que no existen núcleos de población aislados y en el que existen usos del suelo complejos y superpuestos en las mismas zonas, prestándose los servicios de forma cercana (Arana García, 2018, p. 10). Porque aunque el uso residencial es el primordial que se debe implantar en las ciudades, la vigente Ley de Suelo²³ establece la conveniencia de implantar otros usos compatibles con el residencial, de manera cercana a las viviendas de acuerdo al modelo de ciudad compacta mencionado, «para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social». De este modo, el uso residencial del suelo es la función básica que se debe desarrollar en toda ciudad, para que sus habitantes residan en ella y la habiten. El resto de actividades que allí puedan desarrollarse se deben articular en torno a este uso primordial, con la finalidad de mejorar la vida de sus ciudadanas y ciudadanos, posibilitando que lleven a cabo funciones complementarias, pero también para atender a sus necesidades laborales, lúdicas, de transporte, o de cualquier otro tipo. Pero siempre atendiendo a lo importante, que es garantizar la calidad de vida de sus habitantes.

Ciertamente, la normativa urbanística ha primado el proceso de fijación de usos y aprovechamientos en detrimento de lo social, del espacio público, la «magia urbana que permite considerar una pieza como lugar de convivencia», lo que ha posibilitado espacios con usos urbanos, pero sin vida urbana (Alonso Ibáñez, 2014, p. 257). Pero como bien recuerda Socías Camacho, las ciudades tienen que ser habitables y lo construido (ville) tiene que ser habitado (cité) (Socías Camacho, 2020, pp. 226-228), es decir, tiene que ser vivido y sentido como propio por los que allí acaban residiendo. Pero lo cierto es que se construye para alcanzar récords turísticos, sin que revierta en una mejora de las condiciones de vida de la mayoría de gente que habita las ciudades.

Sin embargo, frente a los modelos de ciudad que propugnaban una separación de los usos del suelo, en la actualidad se promueve un modelo de ciudad compacta, con una mezcla flexible de usos y actividades y que requiere una cantidad menor de recursos naturales. Esta concepción se ha recogido en la Agenda Urbana 2030, como uno de los objetivos de desarrollo sostenibles (en adelante ODS), en concreto el Objetivo núm. 11, que tiene como finalidad lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles, lo que requiere una adecuada planificación urbanística encaminada a conseguir una mejor calidad de vida para la ciudadanía (De Guerrero Manso, 2020, p. 416).

Aunque este modelo de ciudad compacta y con confluencia de usos tanto en la trama urbana como en los propios edificios puede resultar muy cómodo para su disfrute turístico, puede (y suele) ser poco amable para sus residentes, generando conflictos de convivencia. Por un lado, porque puede dar lugar a zonas desnaturalizadas y sin ningún atractivo para las personas residentes en la ciudad (Socías Camacho, 2001, p. 165). Por otro, porque muchas zonas residenciales no están preparadas para la intensidad de uso que generan las actividades turísticas, ya que se han de compartir infraestructuras y recursos, lo que resulta agotador desde el punto de vista ambiental (Nogueira López, 1999, p. 188), pudiendo incluso provocar el declive de la ciudad²⁴.

²² Tenemos grandes ejemplos de planes especiales que utilizaron la zonificación para contener el crecimiento de la vivienda turística. El pionero fue el “Plan Especial Urbanístico de Alojamiento Turístico” (PEUAT, 2017), que sirvió para establecer una distribución territorial equilibrada y controlar el emplazamiento de alojamientos turísticos en la ciudad de Barcelona (también hoteles), estableciendo incluso el crecimiento cero en ciertas zonas de la ciudad (ZE1). Fue anulado por diversas sentencias dictadas por el TSJ de Cataluña, aunque por defectos de forma, no por razones urbanísticas (por ejemplo, STSJ CAT 8855/2019, de 28 de junio, rec. 2017/2015; ECLI:ES:TSJCAT:2019:8855).

²³ 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.

²⁴ El modelo de Butler esboza claramente la evolución de los destinos turísticos, que pasa por seis fases que van desde el descubrimiento de las potencialidades turísticas de un lugar, pasando por el inicio, desarrollo, consolidación, estancamiento y declive. De tal

Todos estos problemas podrían subsanarse a través de una planificación dirigida a una utilización más racional del espacio, para la mejora del bienestar de sus residentes; pero una buena planificación no es una fórmula mágica, debe ir dirigida a alcanzar objetivos generales y a propiciar un buen gobierno de las transformaciones espaciales, siendo flexibles y adecuándose a cada territorio. Además, se ha de tener en cuenta la alta velocidad a la que se registran los cambios sociales que requieren de respuestas rápidas en la decisión sobre el territorio.

4. LAS CICATRICES DE LA VIVIENDA TURÍSTICA: ENCARECIMIENTO DE PRECIOS Y REDUCCIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO

La masificación turística tiene una enorme incidencia sobre el tejido urbano, sobre la ciudad y sobre quienes la habitan, produciendo numerosas externalidades negativas, como el aumento de los precios en los mercados inmobiliarios locales, que provoca un creciente desplazamiento espacial de los residentes. Pero también una creciente marginación de ciertas presencias, prácticas y consumos de gestión urbana; la promoción de nuevas formas de actividades de ocio hedonista y nocturno mercantilizado, que pueden ejercer presión sobre la habitabilidad de la comunidad; la desaparición del comercio minorista tradicional, que es sustituido por comercio elitista o *gourmetizado* dirigido al turismo; y, finalmente, la contribución a otros fenómenos, como la desnaturalización de los espacios urbanos, al perder la calidad del hábitat (Silver y Nichols, 2013) y la gentrificación (Cabrerizo et al., 2017, pp. 78-82).

A nuestro entender, de todas ellas, la consecuencia más grave en el actual contexto de crisis económica deriva de la reducción de oferta de inmuebles en el mercado inmobiliario tradicional, lo que no sólo detrae oferta, sino que incrementa los precios de adquisición de vivienda y de tenencia en alquiler de larga duración. La alta rentabilidad que se obtiene cuando son arrendados a través de plataformas online propicia que el volumen de viviendas destinadas a esta actividad se incremente de forma exponencial, atrayendo a usuarios profesionales que disponen de mayor capital para sustraer un número mayor de viviendas del mercado tradicional y que se destinen única y exclusivamente a finalidad turística. De este modo, lo que en principio nació como el aprovechamiento temporal de un bien infrautilizado y que constituía una auténtica economía colaborativa, se ha transformado en una verdadera actividad económica de carácter profesional, con enormes consecuencias sobre el mercado de la vivienda, dificultando en gran medida el acceso a la vivienda de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad.

Pero, como hemos dicho, este aumento de precios deriva de la reducción de vivienda residencial. La situación efectiva de emergencia habitacional cada vez más aguda que afecta a ciertos colectivos debido al crecimiento del precio de los alquileres y a la desaparición de oferta asequible en el mercado de la vivienda, tiene, entre sus causas, el aumento de la implantación de vivienda turística en nuestro país. Y ello a pesar de que este constante incremento del precio del mercado inmobiliario tiene diferentes causas. Por ello se debe tratar de llegar a un equilibrio. Veamos ambas cuestiones.

4.1. Aumento de precio del alojamiento residencial

La relación entre el incremento de precio de la vivienda en alquiler y el alojamiento turístico ofertado en plataformas digitales es, a día de hoy, innegable. Si bien es cierto que el precio de la vivienda depende de multitud de factores, la expansión del mercado de vivienda turística ha tenido una gran repercusión sobre estos precios. De ello dejan constancia numerosas investigaciones en las que se analiza cómo *AirBnB* y otras plataformas de alojamiento similares inciden en las subidas del precio de los alquileres para los residentes locales, apuntando la existencia de una relación directa entre la mercantilización turística de la vivienda y la burbuja del alquiler. Se pone de manifiesto el significativo impacto del alquiler vacacional en las rentas medias del alquiler, pero también en los precios de transacción de vivienda de segunda mano en barrios con elevada concentración de la actividad de *AirBnB* (se hace mención en mayor medida a esta plataforma por ser la de mayor implantación a nivel mundial).

forma que el ciclo vital de un lugar como polo atrayente de turistas lo encamina inexorablemente, por su propia naturaleza, a la pérdida de atractivo desde el momento en que supera su capacidad de carga, punto en el cual las consecuencias negativas solo pueden ser paliadas con la intervención continua de los agentes implicados en el municipio. Por lo tanto, el modelo urbano y territorial les empuja a su propia destrucción como destino para turistas. Véase Butler (1980, p. 5).

Todas estas investigaciones concluyen de idéntica forma en la existencia de una estrecha correlación entre los precios del alquiler turístico, con el precio del alquiler residencial y de compraventa de viviendas, por lo que la evolución de los precios de la vivienda residencial es compatible con la influencia de la oferta de alojamientos de *AirBnB* y del resto de plataformas.

4.1.1. Alza de precios en el mercado europeo y estadounidense

En Estados Unidos se ha analizado la situación de 10 ciudades y el efecto que el mercado de vivienda turística ha tenido sobre el residencial, constatando que un aumento de la concentración de viviendas anunciadas en *AirBnB* incrementaba la tasa de alquiler entre 6,20 y 7,6 dólares, dependiendo de las características individuales del barrio (Bao y Shah, 2020).

Otros estudios centrados en ciudades concretas (Boston, Nueva York, Los Ángeles), llegan a la misma conclusión. Por una parte, que el aumento de anuncios en esta plataforma supone la reducción de oferta de alquiler a largo plazo por atraer viviendas del mercado residencial; en el caso de Nueva York, entre 2015 y 2016 la plataforma representó más del 20 por cien de las rentas por alquiler, cifra que se eleva a casi el 50 por cien en Manhattan (Wachsmuth y Weisler, 2018). En consecuencia, la segunda conclusión es la capitalización de este aumento en el precio de la vivienda, que se ha establecido entre un 0,4 y un 3,1 por cien tras la llegada de *AirBnB* a Boston (Barron et al., 2019). Mientras que, en Los Ángeles, la disminución del 1 por cien en la oferta residencial provoca un aumento del 0,2 por cien del precio de los alquileres, por lo que el alquiler de un apartamento aumentaría 67 dólares más al mes sólo por la reducción de la oferta local (Lee, 2016, p. 237). Esto es así porque, a corto plazo, la oferta de viviendas y hoteles no es elástica, de forma que, si se reduce la oferta de viviendas disponibles en el mercado de alquiler a largo plazo y aumenta la oferta de habitaciones en el mercado de alquiler a corto plazo, se incrementa el precio de los alquileres en el mercado inmobiliario residencial, y reduce el de los alquileres turísticos (Horn y Merante, 2017, p. 14).

En cuanto se refiere a Europa, los estudios sobre la ciudad de Berlín arrojan otro resultado positivo, ya que cada apartamento que se anuncia en *AirBnB* aumenta los alquileres mensuales de las viviendas cercanas entre 7 y 13 céntimos por metro cuadrado (Duso et al., 2020). En Londres se ha apreciado que este aumento es de casi 15 libras por metro cuadrado (Todd et al., 2021, p. 206). También en Dublín ha quedado demostrada la relación entre la crisis de vivienda en la ciudad tras la presencia de *AirBnB* (Lima, 2019, p. 78). Y en Francia queda patente que la plataforma ha ejercido una presión al alza sobre los alquileres en grandes ciudades como Lyon, París o Montpellier, que llega casi al 0,6 por cien (Kassoum et al., 2019, p. 76).

4.1.2. La situación del mercado residencial en España

El incremento de precios de la vivienda en compra y alquiler en nuestro país es una constante. En enero de 2022, el precio medio del metro cuadrado en alquiler había aumentado un 9,1 por cien respecto al mismo mes de 2021, mientras que el precio del metro cuadrado en 2022, en las viviendas en compra, aumentó en un 7,2 por cien²⁵.

De forma concreta, también en España se ha analizado el caso de grandes destinos turísticos como Barcelona, concluyendo que la actividad de *AirBnB*, en los barrios donde tiene mayor presencia ha aumentado el precio del alquiler en un 7 por cien y el de la vivienda en compra en un 17 por cien, habiéndose registrado un aumento del 4 por cien en el precio de los alquileres de la vivienda en esa ciudad entre 2009 y 2016²⁶. En Andalucía se ha advertido que el aumento del precio del alquiler residencial en la zona costera es del 13,69 por cien (Rodríguez Pérez de Arenaza et al., 2019, pp. 20-22), siendo del 7,3 por cien en San Sebastián, lo que puede suponer un incremento de 74 euros de media al mes (Etxezarreta Etxarri et al., 2020).

Sobre la ciudad de Valencia existen diferentes informes, cuyos resultados indican que también *AirBnB* ha tenido un efecto significativo en el incremento de los precios de alquiler, de forma similar a Madrid o Barcelona, próximo al euro por metro cuadrado de vivienda²⁷, evidenciando también un proceso de conversión de viviendas residenciales en turísticas en esta ciudad que ha reducido notablemente la oferta existente en

²⁵ Datos del Centro de información estadística del Notariado, Consejo General del Notariado. Puede consultarse en: <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-principales/inmuebles/evolucion-de-compraventa-de-viviendas>

²⁶ García López et al. (2020). También Benítez Auriol (2018, p. 237).

²⁷ Manuel Pastor et al. (2022). También De la Osada y Pitarch (2021, p. 98). y García Amaya et al. (2021, p. 361).

el mercado residencial, lo que también ha supuesto la expulsión de la población residente por el encarecimiento del acceso a la vivienda (Gil, 2020).

En Barcelona, se ha constatado que los niveles de alquiler son más altos en las zonas con más actividad de *AirBnB*; concretamente, los resultados recogen que, de media, un aumento en la plataforma de 54 anuncios activos en un barrio incrementaba el precio de los alquileres en un 1,9 por cien (García López et al., 2020).

Mientras que, en el caso de Madrid, este efecto de sustitución de vivienda residencial por vivienda para turistas amplía de forma exponencial los efectos de la *turistificación*, ya que tiene un fuerte impacto sobre los precios de los alquileres, los desplazamientos de la población local, la convivencia social en los barrios y la transformación del comercio local (Gil y Sequera, 2018, p. 15), a los que debemos sumar otros fenómenos, como la *urbanización*, que es la homogeneización del paisaje urbano, o la *brandificación* del paisaje local (Socias Camacho, 2017, p. 24), esto es, la desaparición del comercio local y del patrimonio cultural en favor de las empresas transnacionales, ambos vinculados con la actividad turística en los centros urbanos. Incluso la *fetichización* de los territorios para convertirlos en *destinos museificados*. Sólo hay que recordar el caso de Venecia, ciudad en la que se ha llevado a cabo una situación de *depredación* del espacio público debido a un uso turístico intenso.

Además, este diferencial de rentabilidad también acaba repercutiendo en el precio de la oferta de vivienda residencial (Urrestarazu Capellán et al., 2020, p. 87), ya que sus propietarios los aumentan para compensar el coste de oportunidad de no ponerlos como alquiler turístico, porque la vivienda turística vacacional les resulta más flexible y segura, por ausencia de impagos y por no tener sus residentes que compartir la vivienda con ninguna persona de forma estable.

4.2. La reducción de la oferta de vivienda residencial

La segunda de las consecuencias derivada de la economía de plataformas es su honda repercusión sobre la oferta real de vivienda. En realidad, la crisis de la vivienda no se da por la inexistencia de inmuebles, sino por su falta de disponibilidad para el mercado residencial (Farha, 2017). La crisis económica estuvo propiciada por el estallido de la burbuja inmobiliaria; la denominada «época del ladrillo» dejó en el mercado numerosos inmuebles que, sin embargo, han sido utilizados como bienes de inversión con beneficio a corto plazo, no como bien de uso, engrosando el mercado del alojamiento turístico y aumentando el precio del resto de inmuebles disponible en el mercado residencial. Si esto lo unimos al enorme porcentaje de viviendas que de forma injustificada siguen desocupadas en nuestro país²⁸, es evidente que la inexistencia de vivienda a precio asequible es una realidad²⁹.

Pero esta sustitución del parque de vivienda residencial es un hecho generalizado; así, haciendo uso de los mismos ejemplos vistos en los epígrafes anteriores, en Boston se ha cuantificado en un 9 por cien la reducción de vivienda en el mercado de alquiler residencial derivada de su conversión a vivienda turística (Horn y Merante, 2017, p. 17). En Los Ángeles el trasvase de vivienda al mercado turístico superaba las 7.000 viviendas en la zona costera (Lee, 2016). En San Francisco, se observó que se estaba produciendo una escasez de vivienda residencial a largo plazo, con un 14,8 por cien de la vivienda en alquiler destinada a uso turístico, pudiéndose estimar un peso en los siguientes años en un escenario favorable de hasta el 23,2 por cien del total del parque (Brousseau, 2015).

A estas alturas ya nadie se pregunta por qué una vivienda que opera bajo el régimen de alquiler de larga duración es reconvertida al alquiler turístico, es simplemente una cuestión económica. La hipótesis de la

²⁸ Un alto porcentaje de estas viviendas pertenecen a entidades financieras. Y a pesar de los esfuerzos de la Administración para lograr acuerdos de cesión de las viviendas desocupadas, el número de viviendas cedidas aún es muy insuficiente, por la reticencia mostrada por las entidades financieras de asumir la responsabilidad social que también les corresponde a la hora de afrontar la problemática de vivienda existente. Esta actitud es inaceptable, y más aún en supuestos como el de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB), que dispone de un parque de viviendas integradas por inmuebles de entidades financieras que fueron rescatadas con dinero público.

²⁹ En Mallorca, el resultado de los análisis sostiene que los ingresos generados por los alquileres turísticos triplican los obtenidos por las viviendas alquiladas a residentes locales, a pesar de que hay muchas menos unidades disponibles. Esto pone de manifiesto una brecha en los precios de los alquileres que, sin duda, contribuye a la gentrificación turística por la que los flujos de capital hacia el sector inmobiliario, así como un impulso en el mercado del turismo urbano, expulsan a los residentes locales en favor de los recién llegados más acomodados. Por esta razón, los propietarios continuarán detrayendo viviendas del mercado a largo plazo al mercado a corto plazo hasta que los alquileres se igualen y desaparezca la brecha de alquileres. Véase Yrigoy (2019, p. 2709).

diferencia potencial de la renta establece que la brecha entre los alquileres de larga duración y los turísticos se fundamenta en la disparidad entre el nivel de renta potencial del suelo y la renta actual capitalizada en el uso de ese mismo suelo (Wachsmuth y Weisler, 2018). Junto a ello, se intercala el proceso de gentrificación, cuya fase inicial se encuentra cuando la valorización económica de un espacio urbano es tan baja, que los promotores inmobiliarios pueden comprar a precio de saldo y así *reurbanizarlo* con el objetivo de vender su producto por un alto precio a las capas de la sociedad que puedan permitírselo (Smith, 2012). Con ello, el suelo se recapitaliza e inicia la explotación de su valor de uso bajo unas nuevas circunstancias.

Este proceso de conversión de viviendas residenciales en viviendas turísticas en un hecho³⁰ y la pandemia por COVID-19 ha dejado constancia de la influencia que la expansión de la vivienda turística ha tenido sobre el mercado de alojamiento residencial. Durante la crisis sanitaria hemos asistido a un proceso inverso, de reconversión de vivienda turística de nuevo al mercado a largo plazo para soportar los rigores de la pandemia: se ha producido un incremento de la oferta de alquiler residencial a costa de la vivienda vacacional, afectada por el desplome de la actividad turística (Alves y San Juan, 2021, p. 9). En Madrid (Distrito Central) sólo había 1.300 viviendas ofertadas en un portal de alquiler tradicional en 2019. Dos meses después del inicio del confinamiento, en marzo de 2020, en plena crisis pandémica, había 4.000; en mayo de 2021 subieron a 4.600 y en septiembre de 2021 volvía a bajar a 1.900 (Sequera et al., 2022). En Málaga el número de viviendas ofertadas en alquiler turístico pasó de 8.150 en enero de 2020 a 4.787 en junio de 2020 (Urrestarazu Capellán, 2020). Esto demuestra que las plataformas de alquiler turístico contribuyen a convertir la vivienda en un activo financiero que se explota con fines lucrativos, por lo que estas viviendas volverían al mercado turístico en cuanto fueran rentables, lo que ha ocurrido superada la crisis del coronavirus.

Como sabemos, el sector turístico ha sido uno de los más afectados por esta pandemia según la Organización Mundial del Turismo. Los cierres generalizados y las restricciones en los viajes adoptadas por las autoridades para impedir la propagación del virus supusieron una intensa reducción de la actividad del mercado inmobiliario. También fue el caso de España al decretar el Gobierno la suspensión de toda actividad no esencial, y con ello el cierre de todos los establecimientos de alojamiento turístico durante el estado de alarma de marzo de 2020, excluyendo aquellos espacios que alojasen a profesionales sanitarios o fuerzas públicas, entre otros. El confinamiento y las restricciones de movilidad dejaron el sector de la vivienda turística muy resentido.

En concreto, la plataforma *AirBnB* registró en 2020 una caída del 30 por cien en su recaudación anual y unas pérdidas netas de 459.000 millones. En Valencia, según la Oficina de Estadística del Ayuntamiento, el volumen de clientes descendió en 2020 un 81 por cien con respecto al año anterior en todo tipo de alojamientos turísticos y, en cuanto a la vivienda turística se refiere, el número de alojamientos registrados se rebajó un 15 por cien. Asistimos, por tanto, a un proceso de «conversión» contrario al visto anteriormente, dado que gran parte de estas viviendas volvieron durante la pandemia al mercado de alojamiento tradicional, esto es, para arrendamientos propios de la LAU y compraventa. Por esta razón, en 2020, la oferta de pisos en alquiler de larga duración se incrementó un 53 por cien respecto al mismo mes de 2019, hasta alcanzar las 134.000 viviendas en el mercado. Pero no se trató de un hecho aislado en Valencia, sino generalizado, tanto en otras Comunidades Autónomas, como fuera de nuestras fronteras. Las ciudades que más duramente experimentaron lo que se bautizó como *AirBnB Apocalypse* fueron Roma y París (Boros et al., 2020, p. 363), por ser dos de los destinos turísticos más demandados, al igual que Nueva York y Londres. De esta forma, propietarias y propietarios priorizaron la búsqueda de seguridad en el cobro de rentas frente a la rentabilidad.

En cuanto a la situación posterior a la pandemia, en 2021, la lenta aunque constante recuperación del mercado turístico se vio reflejada en una disminución de la oferta de alquiler residencial, reconvirtiéndose de nuevo en viviendas turísticas ofertadas a través de plataformas digitales. De forma que, restablecida la normalidad tras la pandemia, nuestra ciudad ha visto como nuevamente ha habido un éxodo de viviendas del mercado tradicional a las plataformas digitales de alquiler turístico, reduciéndose en casi un 40 por cien la oferta de viviendas para arrendamiento LAU frente al último trimestre de 2020, tal y como recoge el Observatorio de la Vivienda de la *Universitat Politècnica de València* en su informe de 2021.

Los datos de 2022 confirman la ansiada recuperación del turismo que se cifra en un 63 por ciento con respecto a la situación anterior a la pandemia (UNWTO, 2020), lo que augura que el turismo internacional consolidará su recuperación en 2023.

³⁰ Entre octubre de 2018 y septiembre de 2019 hubo un incremento del 20 por cien en los inmuebles activos anunciados en *AirBnB*, que pasaron de 3 a 3.6 millones. El mismo incremento se dio en los inmuebles anunciados en España. Véase Adamiak (2022, p. 3131).

Por todo ello, resulta claro a día de hoy que la explotación de la vivienda a través de las plataformas online de alojamiento turístico tiende a alejarse de la economía colaborativa. Cuando el alquiler turístico se produce de forma masiva e intensa, beneficia principalmente a los grandes propietarios, mientras que favorece el estrangulamiento de la oferta de alquiler residencial, con el consecuente encarecimiento de los arrendamientos (Horn y Merante, 2017). Y aunque la elevación de los alquileres de larga duración se encuentre influida por otros factores como la escasa presencia de vivienda pública de alquiler, el aumento de población residencial flotante, o la compra masiva mediante inversión extranjera, los datos son claros en cuanto a la influencia del alquiler turístico en dicha elevación: el paso de vivienda residencial a vivienda de uso turístico elimina unidades del mercado y contribuye al aumento de precio (Cócola, 2016, p. 3).

5. CONCLUSIONES

Tal y como se ha puesto de manifiesto, a pesar de que el turismo es un sector estratégico en España y una de sus mayores fuentes de ingresos, la vivienda turística ha logrado que las externalidades negativas que la acompañan superen con creces sus efectos positivos. Con todo, la consecuencia negativa más grave de las detectadas hasta el momento es la que afecta al precio de los inmuebles en el mercado residencial, puesto que ha logrado aumentar la especulación inmobiliaria y la mercantilización de la vivienda. Ni siquiera la normativa urbanística ha logrado contener el incesante proceso de conversión en viviendas turísticas, lo que ha sido más que evidente durante la pandemia por COVID-19 y ha agravado la crisis de vivienda en nuestro país.

Los datos hablan por sí solos y de los estudios llevados a cabo se desprende que la escasez de vivienda derivada de la conversión de alojamiento residencial en vivienda turística se ha convertido en una de las causas de su incremento de precio, poniendo en peligro el derecho a la vivienda de la ciudadanía, al acentuar las dificultades ya existentes para el acceso a una vivienda digna y adecuada, a precio asequible. En un contexto económico de estancamiento de las rentas familiares, endeudamiento bancario y de precarización de las condiciones laborales ya no hablamos de que hayan sido expulsados de los centros urbanos, sino de que se les ha arrebatado la posibilidad de acceder al derecho a una vivienda estable, en alquiler o en propiedad, dado que el aumento exponencial de precio de los últimos años la ha hecho inasequible para un gran porcentaje de la población.

Así que la vivienda turística puede ser considerada, sin duda, uno de los factores de exclusión social. Evidentemente no el único, pero sí que constituye una razón de peso, con un fuerte impacto en el sector residencial, que ha contribuido a acentuar la crisis habitacional existente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adamiak, C. (2022). Current state and development of Airbnb accommodation offer in 167 countries. *Current Issues in Tourism*, 25(19), 3131-3149. <https://doi.org/10.1080/13683500.2019.1696758>
- Alonso Ibáñez, M. R. (2014). Las repercusiones urbanísticas y territoriales de un modelo agotado de crecimiento económico. *Revista Vasca de Administración Pública*, (99), 255-270. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.010>
- Alonso Ibáñez, M. R. (2020). El espacio de las variables económicas en las actuaciones urbanísticas. En C. Barrero y J. Socías (coords.), *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos: Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)* (pp. 261-273). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Alves, P. y San Juan, L. (2021). *El impacto de la crisis sanitaria del COVID-19 sobre el mercado de la vivienda en España* [Artículos analíticos. Boletín económico 2/2021]. Banco de España. <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/16540>
- Arana García, E. (2018). La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (10), 6-21. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10545>
- Arias Martínez, M. A. (2019). Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (11), 106-121. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10602>
- Bao, H. X. H. y Shah, S. (2020). The impact of home sharing on residential real estate markets. *Journal of Risk and Financial Management*, 13(8), artículo 161. <https://doi.org/10.3390/jrfm13080161>

- Barranco Pérez, M. T. (2018). El principio de «smart regulation» en la normativa urbanística y de ordenación del territorio. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (102), 135-171. <https://doi.org/10.46735/raap.n102.1069>
- Barron, K., Kung, E. y Proserpio, D. (2019, 17 de abril). Research: When Airbnb listings in a city increase, so do rent prices. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/2019/04/research-when-airbnb-listings-in-a-city-increase-so-do-rent-prices>
- Benítez Aurióles, B. (2018). The role of distance in the peer-to-peer market for tourist accommodation. *Tourism Economics*, 24(3), 237-250. <https://doi.org/10.1177/1354816617726211>
- Bojórquez Luque, J., Villa, M. A. y Gámez, A. E. (2019). El derecho a la ciudad y rescate del espacio público en zonas urbanas turistizadas. Una reflexión para Los Cabos, Baja California Sur (México). *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, (80), 109-128. <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/bojorquez.pdf>
- Boros, L., Dudás, G. y Kovalcsik, T. (2020). The effects of COVID-19 on Airbnb. *Hungarian Geographical Bulletin*, 69(4), 363-381. <https://doi.org/10.15201/hungeobull.69.4.3>
- Brousseau, F. (2015). *Analysis of the impacts of short-term rentals on housing*. City and County of San Francisco Board of Supervisors [Policy Analysis Report]. Budget and Legislative Analyst's Office. Disponible en: <https://sfbos.org/sites/default/files/FileCenter/Documents/52601-BLA.ShortTermRentals.051315.pdf>
- Butler, R. (1980). The concept of a tourist area cycle of evolution: implication for management of resources. *Canadian Geographies*, 24(1), 5-12. <https://doi.org/10.1111/j.1541-0064.1980.tb00970.x>
- Cabrerizo, C., Sequera, J. y Bachiller, P. (2017). Entre la turistificación y los espacios de resistencia en el centro de Madrid. Algunas claves para (re)pensar la ciudad turística. *Ecología Política*, (52), 78-82. <https://www.ecologiapolitica.info/entre-la-turistificacion-y-los-espacios-de-resistencia-en-el-centro-de-madrid-algunas-claves-para-repensar-la-ciudad-turistica/>
- Cócola, A. (2016). Alojamiento turístico y desplazamiento de población [Working Paper Series]. *Contested_cities. Congreso Internacional* (Eje 3, artículo 3-504). <http://contested-cities.net/working-papers/2016/alojamiento-turistico-y-desplazamiento-de-poblacion/>
- Costa, J. (2002). Situación actual del turismo en España. *Economistas*, (92), 15-21.
- De Guerrero Manso, C. (2020). Las viviendas de uso turístico en los instrumentos de planeamiento general de las capitales autonómicas. En N. Paleo (coord.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente* (pp. 411-439). Tirant lo Blanch.
- De la Encarnación, A. M. (2016). El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (5), 30-55. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10350>
- De la Osada Saurí, D. y Pitarch Garrido, M. D. (2021). Análisis del efecto AirBnB en la ciudad de Valencia. Situación actual (2020) y perspectivas de futuro. *Terra: Revista de desarrollo local*, (8), 98-137. <https://doi.org/10.7203/terra.8.19092>
- Doménech Pascual, G. (2016). Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2). <https://indret.com/que-innoven-ellos/?edicion=2.16>
- Duso, T., Michelsen, C., Schaefer, M. y Tran, K. (2020). *Airbnb and rents: Evidence from Berlin* [discussion papers n.º 1890]. Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung Berlin. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3676909>
- Etxezarreta Etxarri, A., Izagirre Olaizola, J., Morandeira Arca, J. y Mozo Carollo, I. (2020). Urban touristification in Spanish cities: consequences for the rental-housing sector in San Sebastian. *Economic Research*, 33(1), 1294-1310. <https://doi.org/10.1080/1331677X.2020.1755878>
- Farha, L. (2017). *Visita a Nueva Zelanda. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*. Naciones Unidas, Asamblea General. <https://www.ohchr.org/es/documents/country-reports/ahrc4743add1-visit-new-zealand-report-special-rapporteur-adequate-housing>
- Gaja i Díaz, F. (2008). El «tsunami urbanizador» en el litoral mediterráneo. El ciclo de hiperproducción inmobiliaria 1996-2006. *Scripta Nova: Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 12(270). <https://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/1491>
- Galacho Jiménez, F. B. (2006). Políticas de ordenación territorial urbanística en los espacios costeros andaluces. *Baética: Estudios de Historia Moderna y Contemporánea*, 1(28), 333-360. <https://doi.org/10.24310/baetica.2006.v1i28.264>
- García Amaya, A., Temes Córdovez, R., Simancas-Cruz, M. y Peñarrubia Zaragoza, M. P. (2021). The Airbnb effect on areas subject to urban renewal in Valencia (Spain). *International Journal of Tourism Cities*, 7(2), 361-390. <https://doi.org/10.1108/IJTC-03-2020-0041>
- García López, M. A., Jofre Monseny, J., Martínez Mazza, R. y Segú, M. (2020). Do short-term rental platforms affect housing markets? Evidence from Airbnb in Barcelona. *Journal of Urban Economics*, (119), 1-19. <https://doi.org/10.1016/j.jue.2020.103278>
- Gifreu Font, J. (2020). La vivienda en tiempos del COVID-19, ¿nuevas vulnerabilidades sociales? Del impacto inicial a los retos del futuro. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, (337-338), 247-304.
- Gil, J. (2020). *El fenómeno Airbnb en València* [Papers de la Càtedra d'Economia Col·laborativa i Transformació Digital/2]. Las Naves y Universitat de València. <https://www.uv.es/catedra-economia-colaborativa-transformacion-digital/es/novedades-1286057015758/Novetat.html?id=1286154688567>

- Gil, J. y Sequera, J. (2018). Expansión de la ciudad turística y nuevas resistencias. El caso de Airbnb en Madrid. *Empiria: Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, (41), 15-32. <https://doi.org/10.5944/empiria.41.2018.22602>
- Horn, K. y Merante, M. (2017). Is home sharing driving up rents? Evidence from Airbnb in Boston. *Journal of Housing Economics*, (38), 14-24. <https://doi.org/10.1016/j.jhe.2017.08.002>
- Kassoum, A., Breuillé, M. L., Grivault, C. y Le Gallo, J. (2019). Does Airbnb disrupt the private rental market? An empirical analysis for French cities. *International Regional Science Review*, 43(1-2), 76-104. <https://doi.org/10.1177/0160017618821428>
- Lee, D. (2016). How Airbnb short-term rentals exacerbate Los Angeles's affordable housing crisis: analysis and policy recommendations. *Harvard Law & Policy Review*, 10(1), 229-253. <https://blogs.ubc.ca/canadianliteratureparkinson/files/2016/06/How-Airbnb-Short-term-rentals-disrupted.pdf>
- Lefebvre, H. (2013). *La producción del espacio*. Capitán Swing.
- Lima, V. (2019). Towards an understanding of the regional impact of Airbnb in Ireland. *Regional Studies. Regional Science*, 6(1), 78-91. <https://doi.org/10.1080/21681376.2018.1562366>
- López Bonilla, J. M. y López Bonilla, L. M. (2008). La capacidad de carga turística. Revisión crítica de un instrumento de medida de sostenibilidad. El periplo sustentable. *Revista de Turismo, Desarrollo y Competitividad*, (15), 123-150. <https://rperiplo.uaemex.mx/article/view/5047>
- Llano, J. C. (2021). *II Informe: El mapa de la pobreza severa en España. El paisaje del abandono*. EAPN España. <https://www.eapn.es/publicaciones/443/ii-informe-el-mapa-de-la-pobreza-severa-en-espana-el-paisaje-del-abandono>
- Madden, D. y Marcuse, P. (2018). *En defensa de la vivienda*. Capitán Swing.
- Manuel Pastor, J., Morillas, F., Fernando Morala, J. y Serrano, L. (2022). El impacto de los apartamentos turísticos en el precio de los alquileres en València: Estudio comparado con Madrid y Barcelona [Documento de trabajo 05/2022]. *Càtedra model econòmic sostenible València i entorn*. https://doi.org/10.12842/MESVAL_DT2022_05
- Molina Roig, E. y García Teruel, R. M. (2015). El abandono de la vivienda por el inquilino: ¿cómo afecta a su acceso al mercado de alquiler? En C. Borbonés (coord.), *La vivienda en la crisis: la promoción del alquiler y el alquiler social desde una perspectiva comparada* [colecciones: Quaderns per a la inclusió social, 4] (pp. 17-38). Universitat Rovira i Virgili y Publicacions URV.
- Monge, C. (2021). Panorámica retrospectiva. Las señales del 15M, una década después. En C. Monge, J. A. Bergua, J. Minguijón y D. Pac (dirs.), *Tras la indignación. El 15M: miradas desde el presente* (pp. 13-28). Gedisa Editorial.
- Morell Ocaña, L. (2006). La tipología de las estructuras locales en España y la posibilidad de una Ley estatal aplicable a todas ellas. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, (7) [fascículo 2: ejemplar dedicado a: La reforma del régimen local], 1401-1411.
- Moreu Carbonell, E. (2017). El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (98), 15-42. <https://doi.org/10.46735/raap.n98.23>
- Moreu Carbonell, E. (2020). Función social de la propiedad y viviendas vacías. Diez preguntas y respuestas para el debate. En N. Paleo (coord.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente* (pp. 183-210). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (1990). Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatal y autonómicos en el urbanismo. En *Urbanismo y Comunidades Autónomas* (pp. 57-71). Generalitat de Catalunya y Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Nogueira López, A. (1999). La ordenación del territorio y los recursos turísticos. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (extra 3), 183-199.
- Nogueira López, A. (2020). Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda. En N. Paleo (coord.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente* (pp. 213-244). Tirant lo Blanch.
- Olmos Alcaraz, A., Cota, A., Álvarez Veinguer, A. y Sebastiani, L. (2018). Etnografía con los movimientos de lucha por el derecho a la vivienda en el sur de Europa: retos metodológicos en la investigación colaborativa para la acción social. *Universitas Humanística*, (86), 139-166. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.uh86.emld>
- Otero Oitavén, M. (2020). La intervención administrativa en la planificación urbana como respuesta a la problemática social derivada de los procesos de gentrificación turística en las ciudades. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, (29 extra), 7-23. <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.29.Ext.6628>
- Pisarello, G. (2013). El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, 14(3), 135-158. <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/4137>
- Rodríguez Pérez de Arenaza, D., Hierro, L. A. y Patiño, D. (2019). Airbnb, sun-and-beach tourism and residential rental prices. The case of the coast of Andalusia (Spain). *Current Issues in Tourism*, 25(20), 3261-3278. <https://doi.org/10.1080/13683500.2019.1705768>
- Sequera, J., Nofre, J., Díaz-Parra, I., Gil, J., Yrigoy, I., Mansilla, J. y Sánchez, S. (2022). The impact of COVID-19 on the short-term rental market in Spain: Towards flexibilization? *Cities*, (130), 1-6. <https://doi.org/10.1016/j.cities.2022.103912>
- Silver, D. y Nichols, T. (2013). Buzz as an urban resource. *Canadian Journal of Sociology*, 38(1), 1-32. <https://doi.org/10.29173/cjs10514>

- Smith, N. (2012). *La nueva frontera urbana. Ciudad revanchista y gentrificación*. Traficantes de sueños. Disponible en: <https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/La%20nueva%20frontera%20urbana-TdS.pdf>
- Socias Camacho, J. (2001). *La ordenación de las zonas turísticas litorales*. Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid e Instituto Pascual Madoz.
- Socias Camacho, J. (2017). Un problema actual de la vivienda: uso residencial «versus» uso turístico. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 51(317), 17-47.
- Socias Camacho, J. (2018). Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio. *Revista de Administración Pública*, (205), 131-170. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.04>
- Socias Camacho, J. (2020). Espacio público en la ciudad turística. En C. Barrero y J. Socias (coords.), *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos: actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)* (pp. 225-257). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Tejedor Bielsa, J. (2012). *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*. La Ley.
- Todd, J., Musah, A. y Cheshire, J. (2021). Assessing the impacts of Airbnb listings on London house prices. *Environment and Planning B. Urban Analytics and City Science*, 49(1), 206-222. <https://doi.org/10.1177/23998083211001836>
- UNITED NATIONS WORLD TOURISM ORGANIZATION – UNWTO (2020). *Impact assessment of the COVID-19 outbreak on international tourism*. Disponible en: <https://www.unwto.org/impact-assessment-of-the-covid-19-outbreak-on-international-tourism>
- Urrestarazu Capellán, R. (2020). Tendencias en el mercado de alquiler residencial y turístico vacacional en tiempos de pandemia: el caso de la ciudad de Málaga. *eXtoikos*, (23), 9-14. <http://www.extoikos.es/n23/pdf/3.pdf>
- Urrestarazu Capellán, R., Sánchez Ollero, J. L. y García Pozo, A. (2020). Una aproximación a la influencia del sector turístico sobre el derecho a la vivienda. *Revista de Estudios Regionales*, (117), 71-95. <http://www.revistaestudiosregionales.com/documentos/articulos/pdf-articulo-2586.pdf>
- Wachsmuth, D. y Weisler, A. (2018). Airbnb and the rent gap: gentrification through the sharing economy. *Environment and Planning A: Economy and Space*, 50(6), 1147-1170. <https://doi.org/10.1177/0308518X18778038>
- Yrigoy, I. (2019). Rent gap reloaded: Airbnb and the shift from residential to touristic rental housing in the Palma Old Quarter in Mallorca, Spain. *Urban Studies*, 56(13), 2709-2726. <https://doi.org/10.1177/0042098018803261>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 08-06-2023
Modificado: 12-07-2023
Aceptado: 12-07-2023
Prepublicado: 07-08-2023
Publicado: 16-10-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11234>
Páginas: 124-145

Referencia: Picón Arranz, A. (2023). Estudio comparado del denominado «Mecanismo rural de garantía». Una propuesta para Castilla y León. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 124-145. <https://doi.org/10.24965/reala.11234>

Estudio comparado del denominado «Mecanismo rural de garantía». Una propuesta para Castilla y León

Comparative survey of the so-called «Rural proofing». A proposal for Castilla y León

Picón Arranz, Alberto

Universidad de Burgos. Investigador postdoctoral Margarita Salas (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0672-6203>

alberto.picon@uva.es

NOTA BIOGRÁFICA

Contratado Postdoctoral Margarita Salas de la Universidad de Valladolid en la Universidad de Burgos. Sus principales líneas de investigación giran en torno a la invalidez del acto administrativo –tesis doctoral–, al derecho administrativo sancionador con la publicación de varios artículos en revistas de impacto y, desde 2023, está integrado en el proyecto de Dinamización Demográfica en Castilla y León.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es la elaboración de una propuesta de un mecanismo rural de garantía para Castilla y León. Para ello, la metodología utilizada ha sido analizar las principales experiencias en esta materia a nivel mundial y la posición de la Unión Europea al respecto. A partir de los casos de éxito en los diferentes países y las características económicas y demográficas de Castilla y León, se puede concluir que la implantación de un sistema que valore la normativa y las políticas públicas desde una óptica rural antes de su aplicación efectiva puede ser de gran utilidad en Castilla y León.

PALABRAS CLAVE

Mecanismo rural de garantía; desarrollo rural; Castilla y León.

ABSTRACT

The aim of this paper is to elaborate a proposal for a rural proofing method for Castilla y León. To this end, the methodology used was to analyse the main international experiences and the European Union's position. Based on the success stories in different countries and the economic and demographic characteristics of Castilla y León, it can be concluded that the implementation of a system that assesses regulations and public policies from a rural lens before their effective application can be very useful in Castilla y León.

KEYWORDS

Rural proofing; rural development; Castilla y León.

SUMARIO

1. ¿QUÉ ES EL «MECANISMO RURAL DE GARANTÍA» Y POR QUÉ PUEDE SER ÚTIL SU IMPLEMENTACIÓN EN CASTILLA Y LEÓN? 2. CANADÁ: LA EXPERIENCIA DEL «RURAL LENS». 2.1. EL «RURAL LENS» COMO EXPERIENCIA PILOTO A NIVEL MUNDIAL. 2.2. «THE RURAL AND NOR-

TERN LENS»: UN «RURAL LENS» ESPECÍFICO PARA LA PROVINCIA DE ONTARIO. 3. EL REINO UNIDO: UN EJEMPLO MÁS CERCANO. 3.1. EL CASO DE INGLATERRA. 3.2. EL CASO DE ESCOCIA. 4. EL «RURAL PROOFING» EN ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. 4.1. FINLANDIA. 4.2. SUECIA. 5. OTROS EJEMPLOS DE MECANISMOS RURALES DE GARANTÍA EN LAS ANTÍPODAS: AUSTRALIA Y NUEVA ZELANDA. 5.1. AUSTRALIA. 5.2. NUEVA ZELANDA. 6. UNA PROPUESTA DE MECANISMO RURAL DE GARANTÍA PARA CASTILLA Y LEÓN. 6.1. UN CONTEXTO IDÓNEO PARA SU IMPLANTACIÓN. 6.2. UN POSIBLE MECANISMO RURAL DE GARANTÍA PARA CASTILLA Y LEÓN. 7. CONCLUSIONES. RECURSOS WEB. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. ¿QUÉ ES EL «MECANISMO RURAL DE GARANTÍA» Y POR QUÉ PUEDE SER ÚTIL SU IMPLEMENTACIÓN EN CASTILLA Y LEÓN?

Con la expresión «mecanismo rural de garantía» (también conocida con el vocablo inglés *rural proofing*) nos estamos refiriendo a una herramienta ideada para impulsar la revitalización del mundo rural garantizando que, tanto la actividad del legislador como la de las políticas públicas implantadas por la Administración de los diferentes Estados, tengan en cuenta y se alineen con las necesidades y la realidad del mundo rural¹. Se trata, no sólo de que la implementación de nuevas políticas públicas no perjudique a las zonas rurales, sino que contribuyan a su desarrollo político, económico, social y demográfico². Dicho de otro modo, el «mecanismo rural de garantía» debe garantizar, en último término, que la legislación de los Estados –no sólo la dirigida directamente al mundo rural– contribuya de forma sinérgica a garantizar la igualdad entre la población urbana y la rural³.

Como tendremos ocasión de analizar en este trabajo, el origen de este mecanismo lo encontramos en el mundo anglosajón –Canadá lo instaura en 1998 e Inglaterra en el año 2000– y tiene también un gran desarrollo en los países escandinavos. En el ámbito de la Unión Europea, aunque la preocupación por el desarrollo regional ha sido una realidad desde sus inicios, el término *rural proofing* no se ha empezado a utilizar tal y como lo hemos definido más arriba hasta 2021. En efecto, la Red Europea de Desarrollo Rural ha creado un grupo temático sobre el «mecanismo rural de garantía» que fue diseñado para compartir experiencias y desarrollar recomendaciones que puedan orientar el diseño y la puesta en marcha de mecanismos rurales de garantía dentro de los Estados miembros a varios niveles administrativos (nacional, regional y local) y cuyas primeras reuniones datan de enero y mayo de 2022⁴.

Todas las iniciativas de *rural proofing* citadas hasta ahora –y alguna más que tratará de completar el análisis de este fenómeno a nivel mundial– serán objeto de análisis en el presente estudio, pero, por el momento, hemos de destacar que en nuestro entorno jurídico más cercano –Unión Europea y España– esta realidad se encuentra todavía poco explorada⁵. Por ello, a Castilla y León se le presenta una extraordinaria oportunidad, puesto que su realidad demográfica y económica encaja perfectamente en el supuesto de hecho que el mecanismo rural de garantía necesita para fomentar el desarrollo económico de las zonas rurales y mitigar la despoblación que sufre esta región.

2. CANADÁ: LA EXPERIENCIA DEL «RURAL LENS»

Desde el punto de vista geográfico, Canadá es un país muy extenso con una población relativamente pequeña. Concretamente, la superficie canadiense es de casi 10 millones de kilómetros cuadrados (de los cuales

¹ Se trata de un proceso que busca recabar información consultando a todas las partes interesadas –públicas y privadas– para identificar los problemas del mundo rural y atajarlos a partir de nuevas políticas públicas y normas con perspectiva rural. Sanz Larruga (2021, p. 155).

² En palabras de Fernando Pablo y Domínguez Álvarez (2022, p. 231), el mecanismo rural de garantía es el «instrumento idóneo que permite asegurar la inclusión del potencial del medio rural como Fuente de soluciones innovadoras, integradoras y sostenibles para los retos actuales y futuros de la sociedad; al tiempo que se presenta como una herramienta imprescindible para garantizar la cooperación de las comunidades rurales con las Administraciones e instituciones públicas adyacentes, mejorar la coordinación entre las distintas políticas públicas que se promuevan con el propósito de dinamizar las zonas rurales y fortalecer la participación ciudadana en los territorios rurales».

³ Desde un punto de vista estrictamente jurídico, en palabras de Bello Paredes (2023, p. 145) el mecanismo rural de garantía es «el trasunto del principio de subsidiariedad aplicado al fenómeno de la actuación pública en el ámbito rural y en el de ciudades intermedias, asociado al principio constitucional de la autonomía local, artículo 137 CE».

⁴ Todos los programas y actividades llevadas a cabo por la Red Europea de Desarrollo Rural pueden consultarse en su página web: https://ec.europa.eu/enrd/home-page_es.html

⁵ Es interesante el análisis de Jiménez Martínez (2020, p. 96) pues considera que el papel fundamental del mecanismo rural de garantía es la aceptación o no y la evaluación de los indicadores como tecnología para la gobernanza de las zonas rurales.

el 10 % es agua) y la población apenas alcanza los 38 millones de habitantes. En cuanto a la distribución de esta población, aunque no existe una definición oficial de áreas rurales, la mayor parte de estudios sobre el tema considera que es población rural (rural and small town) todo aquel núcleo de población inferior a 10.000 personas. Se estima que aproximadamente el 18 % de la población canadiense habita en áreas rurales. Por su parte, se utiliza también el concepto de área no-metropolitana (non metropolitan areas) para referirse a los núcleos de población inferiores a 100.000 habitantes. Y en este grupo quedaría incluida el 31 % de la población canadiense.

Todos los núcleos de población rural en Canadá se caracterizan principalmente por dos realidades; en primer lugar, por la distancia de las grandes urbes y, en segundo lugar, por su escasísima densidad de población. Ello se traduce en un déficit de infraestructuras y servicios que motivaron la creación de políticas públicas tendentes precisamente a disminuir estas diferencias entre el mundo urbano y rural, a potenciar el atractivo económico de las zonas rurales y a fomentar la repoblación de estas zonas a través del mecanismo rural de garantía.

2.1. El «Rural Lens» como experiencia piloto a nivel mundial

La primera gran iniciativa a nivel mundial de lo que hoy es el mecanismo rural de garantía surge precisamente en Canadá en 1998 bajo el título «Rural Lens» (que podría traducirse como «objetivo rural»). Esta herramienta se vertebra sobre la idea del diálogo entre el gobierno federal y las zonas rurales para atender a las necesidades de éstas últimas.

Por parte del Gobierno Federal, se creó en 1996 una Secretaría Rural –que desaparecerá en 2013– integrada en el Ministerio de Agricultura cuya función básica consistía en reunir los diferentes departamentos gubernamentales y tratar de reflexionar sobre cómo podían afectar las políticas públicas al mundo rural. Pese a encuadrarse en el Ministerio de Agricultura, por la Secretaría Rural pasaban todas las políticas que afectaban a cualquier sector económico y se evaluaba su posible impacto –positivo o negativo– en las zonas rurales. El importante destacar que esta Secretaría Rural, como máxima responsable del programa, se configuraba como un órgano administrativo para ayudar a los diferentes ministerios a tener en cuenta el mundo rural en el diseño de sus normas y políticas públicas, no siendo en absoluto obligatorio acudir a su asesoramiento por parte de otros organismos públicos ni, mucho menos, seguir sus recomendaciones. Es decir, no existía ninguna legislación –y, en consecuencia, ningún régimen sancionador específico– que obligara a otros ministerios a aplicar el *Rural Lens*.

En 1998, fecha que comúnmente se asocia al nacimiento del *Rural Lens*, se crea una partida en el presupuesto federal canadiense para crear la *Canadian Rural Partnership*, es decir, una Asociación de la Canadá Rural financiada y dirigida por la Secretaría Rural y cuya acción se dirige a la protección y promoción del medio rural en todos los ámbitos.

Con esta estructura orgánica, a continuación, trataremos de describir cómo llegó a funcionar ese mecanismo de diálogo tendente a evaluar el impacto de las políticas públicas canadienses en su medio rural. Se trató de implicar a todas las partes interesadas –Administración Central, Administración de los diferentes Estados implicados y representantes de las zonas rurales– para que a través de un sistema de comunicación eficaz pudieran mejorar el contenido de las normas o los proyectos de normas desde una óptica rural. Concretamente la Secretaría Rural, a través de la Asociación de la Canadá Rural logró introducir una serie de iniciativas en el programa *Rural Lens*⁶:

- Un procedimiento formal de diálogo rural que se llevó a cabo en todo el país para escuchar directamente los problemas, los retos y las prioridades locales y regionales.
- La financiación de Proyectos Piloto que tuvieran enfoques creativos para el desarrollo comunitario en zonas rurales de Canadá y cuyo objetivo fuese alguno de los establecidos en el Marco Federal de Acción para el Desarrollo Rural de Canadá.
- La elaboración de un documento de Análisis de las Zonas Rurales con la colaboración del Instituto de Estadística canadiense para generar datos críticos y oportunos sobre tendencias, oportunidades y retos del mundo rural.
- La puesta en marcha de una iniciativa para la elaboración de Modelos para el Desarrollo Rural, creada en el año 2003 para abordar, desde diferentes puntos de vista, los problemas que presenta el mundo rural.

⁶ Puede verse un estudio pormenorizado del *Rural Lens* canadiense en: https://ruralproofing.com/wp-content/uploads/2021/05/HMHALL_Rural-Proofing-in-Canada.pdf

- La creación de una Red Nacional de Investigación Rural que integra, no solo a políticos, sino a investigadores de todo el país en cooperación con la Fundación Canadiense de Dinamización del mundo rural.

De esta forma, el programa *Rural Lens* se convirtió en una herramienta utilizada para desarrollar o revisar las políticas, los programas, la legislación y otras prácticas gubernamentales existentes en Canadá que afectasen, de cualquier modo, al mundo rural. Básicamente, el método de los grupos de trabajo encargados de poner en práctica el *Rural Lens* era una *checklist*, es decir, consistía en formular las siguientes preguntas a los representantes de las distintas Administraciones que acudían a la Secretaría Rural con el fin de dar una perspectiva rural a su actividad pública:

- ¿Cómo es esta política de relevante para las zonas rurales de Canadá?
- ¿Esta política o programa tiene un impacto específico en una zona rural concreta?
- ¿Se han identificado y tenido en cuenta los posibles efectos positivos y negativos sobre la población rural de Canadá?
- ¿La iniciativa se ha diseñado para dar respuesta a las prioridades de la población rural?
- ¿Se ha consultado a la población rural durante el desarrollo o modificación de la iniciativa?
- ¿Cómo se maximiza el beneficio para la población rural? (por ejemplo, cooperación con otros socios, desarrollo de soluciones locales para los desafíos locales, flexibilidad para la toma de decisiones).

En 2001, la Secretaría Rural creó una Guía para promover la aplicación del *Rural Lens* entre los diferentes órganos del Gobierno federal. La citada Guía estaba formada por diez puntos básicos⁷:

En primer lugar, el órgano del Gobierno Federal debería definir su iniciativa, política o normativa.

En segundo lugar, debería elaborarse lo que en España denominamos una Evaluación de Impacto Ambiental que defina los riesgos y el impacto que el programa político o la normativa que se propone puede tener en las zonas rurales afectadas. Para la elaboración de ese documento debían contestarse las siguientes cuestiones:

- ¿Qué importancia tiene esta iniciativa para las zonas rurales de Canadá?
- ¿Es específica para una región rural en particular?
- ¿Cuáles son las posibles repercusiones financieras y económicas en las zonas rurales afectadas?
- ¿Cuáles son las posibles repercusiones sociales en las zonas rurales afectadas?
- ¿Cuáles son las posibles repercusiones medioambientales en las zonas rurales afectadas?
- ¿Cuáles son las posibles repercusiones culturales en las zonas rurales afectadas?
- ¿Cómo pueden medirse sus efectos en las regiones rurales?

En tercer lugar, se exigía identificar a las personas, organizaciones o asociaciones que deban ser consultadas para aportar sus puntos de vista sobre el posible impacto de la política o norma en cuestión sobre la zona rural afectada.

En cuarto lugar, con la información obtenida mediante la Evaluación de impacto ambiental y lo aportado por los interesados y conocedores de la zona rural, se procedía al desarrollo y diseño de la política pública o la norma en cuestión.

En quinto lugar, se exigía la comunicación, a través de los medios que fuesen necesarios, de la iniciativa a la población de las zonas rurales afectadas.

En sexto lugar, debía validarse la iniciativa mediante las consultas oportunas a las personas u organizaciones especialmente afectadas si existiesen.

En séptimo lugar, una vez recogidas las respuestas a las consultas de las fases anteriores, debería perfeccionarse la iniciativa teniendo en cuenta las particularidades de la zona rural afectada.

En octavo lugar, se procedería a la aprobación definitiva del plan, norma o programa.

En noveno lugar tenía lugar la ejecución de lo aprobado.

En décimo y último lugar, durante el tiempo que durase la ejecución, ésta debía someterse a los controles, inspecciones y evaluaciones oportunas para que la óptica rural fuese una realidad en la aplicación del programa o la norma.

Expuesto lo anterior, ¿qué valoración se puede hacer de la experiencia canadiense del *Rural Lens*? Entre los puntos positivos cabe destacar que el *Rural Lens* contribuyó de forma muy eficaz a enfatizar los

⁷ Puede consultarse íntegramente en: https://publications.gc.ca/collections/collection_2015/aac-aafc/A114-43-2001-eng.pdf

problemas del mundo rural y a crear una infraestructura pública encargada precisamente de proteger los intereses del mundo rural. Además, como todo proyecto piloto, sirvió para recoger iniciativas importantes de desarrollo del mundo rural que antes ni siquiera se planteaban.

Sin embargo, también reconocemos, al menos, tres importantes carencias: la primera de ellas tiene que ver con la poca dotación presupuestaria que recibió la Secretaría Rural, que se tradujo en muy pocos medios materiales y personales al servicio del mundo rural. La segunda, con el error que supuso integrar la Secretaría Rural en el Ministerio de Agricultura puesto que la intención original del *Rural Lens* era analizar la problemática del mundo rural de forma transversal, no solo limitándola a la agricultura. Por último, se echó en falta que se dotara a la Secretaría Rural de autoridad suficiente para, no solo reconocerle competencias consultivas, sino también decisorias en materia de desarrollo rural. En definitiva, que se le dotase de potestad inspectora y sancionadora efectiva para la aplicación del *Rural Lens* de forma obligatoria, y no opcional.

2.2. «The Rural and Northern Lens»: un «Rural Lens» específico para la provincia de Ontario

De las diez provincias en que se divide Canadá, la provincia de Ontario aglutina a más de un tercio de la población total del país. En Ontario, además, se localizan dos de las ciudades más importantes del Estado; Ottawa, su capital, y Toronto. Sin embargo, Ontario está formada por 444 municipios, de los cuales 335 (el 75 %) son rurales o parcialmente rurales. Por ello ha sido en esta provincia donde la voz de las zonas rurales ha resonado con más fuerza, hasta el punto de crear un mecanismo rural de garantía propio.

Dentro de la *Association of Municipalities of Ontario* (AMO) se constituyó la *Rural Ontario Municipal Association* (ROMA), que se configura como la voz de las zonas rurales a la hora de pronunciarse sobre las políticas públicas que les afectan y trabaja de forma proactiva con el gobierno provincial para buscar soluciones a los problemas de estas zonas. Sus principales objetivos son:

- Identificar y liderar las principales cuestiones políticas provinciales que afectan a los municipios rurales.
- Promover el valor y la salud de los municipios rurales de Ontario.
- Defender los intereses colectivos de los municipios rurales afectados por la legislación provincial.
- Facilitar las asociaciones y servir de enlace con grupos y organizaciones que tengan interés en cuestiones municipales rurales.
- Colaborar con otros grupos y organizaciones que se ocupan de los municipios rurales.
- Desarrollar planes e informes que aborden la dirección política de la ROMA.
- Supervisar las cuestiones de política municipal rural a medida que surjan.

Para la consecución de estos objetivos, en el año 2006 la ROMA crea el mecanismo rural de garantía denominado *The Rural and Northern Lens*, siendo a su vez revisado en 2011 y en 2015⁸. Esta herramienta ofrece la posibilidad de cuestionar, evaluar y decidir sobre la aplicación de las políticas públicas en función de cómo éstas puedan repercutir en el mundo rural. Se trata de un mecanismo de ayuda que se ejecuta a través de doce preguntas correctamente estructuradas, objetivas y coherentes que ponen de manifiesto las repercusiones de las políticas públicas en el mundo rural antes de su efectiva aplicación (método checklist). Concretamente, las preguntas son las siguientes:

1. ¿La iniciativa contiene algún beneficio fiscal para las zonas rurales o, por el contrario, perjudica el régimen fiscal actual de estas zonas?
2. ¿La iniciativa contiene un estudio de viabilidad para su aplicación a zonas poco pobladas?
3. ¿La iniciativa aumenta las oportunidades laborales o profesionales de las zonas rurales?
4. ¿La iniciativa beneficia o perjudica los objetivos de sostenibilidad ambiental, social y económica?
5. ¿La iniciativa considera cómo y si la población rural podrá acceder a los servicios u oportunidades que en ella se contemplan?
6. ¿La iniciativa tiene en cuenta todas las opciones de para que su prestación en las zonas rurales sea real y efectiva?
7. ¿La iniciativa tiene en cuenta las necesidades de todos los colectivos sociales? En especial los de los jóvenes, los inmigrantes y los ancianos que habitan en zonas rurales.

⁸ El último informe actualizado correspondiente a 2015 puede consultarse en: <https://www.roma.on.ca/sites/default/files/DOCUMENTS/Reports/2015/AVoiceforRuralandNorthernOntario201501.pdf>

8. ¿La iniciativa cuenta con recursos personales, materiales y financieros suficientes para poder ser aplicada de forma eficaz en las zonas rurales?
9. ¿La iniciativa garantiza que las comunidades rurales vayan a recibir la prestación de la misma forma o de forma equitativa al resto de población «no-rural» de la provincia?
10. ¿La iniciativa reconoce las peculiaridades geográficas, climáticas o de otra índole de las zonas rurales e incluye previsiones para su adaptación a esas particularidades?
11. ¿La iniciativa tiene en cuenta los intereses o aspiraciones de los residentes en las zonas rurales?
12. ¿Antes de definir el contenido de la iniciativa se han escuchado y tenido en cuenta las observaciones y el asesoramiento proporcionado por residentes de zonas rurales, así como por sus ayuntamientos?

Estas preguntas se responderán numéricamente en una escala entre 4 y -4, siendo 4 el nivel máximo de impacto positivo en la zona rural, 0 el impacto neutro y -4 el impacto más negativo. Esto tiene como finalidad la elaboración de un gráfico donde puede apreciarse a primera vista si efectivamente se trata de una iniciativa con óptica rural o no.

De esta forma, la consulta del gráfico permite conocer a primera vista si la política pública en cuestión respeta o no el mundo rural. Al igual que ocurría con el *Rural Lens* a nivel nacional, no deja de configurarse como una herramienta de ayuda al servicio del desarrollo de las zonas rurales, pero tampoco su aplicación es obligatoria ni la ROMA como máxima responsable del programa cuenta con competencias inspectoras ni sancionadoras en la materia.

3. EL REINO UNIDO: UN EJEMPLO MÁS CERCANO

3.1. El caso de Inglaterra

El mecanismo rural de garantía se instaura en Inglaterra en el año 2000, y para ello se crea una agencia independiente del gobierno británico denominada Comisión para las Comunidades Rurales. En 2013 se elimina esta Comisión y sus competencias se transfieren al Departamento de Medioambiente, Alimentación y Asuntos Rurales (DEFRA⁹). Este órgano es el que actualmente se encarga de implementar el *rural proofing* en los diferentes órganos del gobierno, aunque cada Ministerio es el responsable último de su puesta en práctica.

El DEFRA, por un lado, analiza las necesidades de las zonas rurales y su realidad económica, social y demográfica y, por otro lado, estudia la normativa y los informes gubernamentales para valorar si las zonas rurales¹⁰ se han tenido en cuenta o no a la hora de su implementación. Esta labor se realiza a través de un mecanismo rural de garantía que, basado en el método *checklist* al igual que Canadá, consta de cuatro etapas o fases¹¹:

La primera etapa («identify impacts») se ocupa de identificar los posibles impactos que las políticas públicas que quieran ejecutarse pueden tener en las áreas rurales a través de un listado de preguntas divididas en cuatro ámbitos fundamentales:

- Acceso a los servicios públicos y a infraestructuras:
 - ¿Cómo afecta al acceso o la disponibilidad de servicios privados y públicos en las zonas rurales (por ejemplo, asistencia sanitaria, guarderías, transporte)?
 - ¿Existen ya mecanismos de prestación adecuados en las zonas rurales y pueden adaptarse?
 - ¿Podría ser el coste de la prestación más elevado en las zonas rurales debido a la dispersión geográfica? ¿Cómo pueden las fórmulas para determinar la financiación reflejar mejor estos costes adicionales?

⁹ El DEFRA publica cada año un informe detallado sobre la situación del *rural proofing* en Inglaterra, así como una guía actualizada para poner en práctica esa herramienta de la forma más efectiva posible. Puede consultarse la publicada en marzo de 2021 en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/982484/Rural_Proofing_Report_2020.pdf y la última, de noviembre de 2022 en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1121357/rural-proofing-guidance.pdf. Esta última Guía ha servido de base para nuestro conocimiento y descripción del mecanismo rural de garantía inglés en este epígrafe.

¹⁰ Como en Canadá, en Inglaterra se consideran zonas rurales todos aquellos núcleos de población inferiores a 10.000 habitantes.

¹¹ Pueden encontrarse breves descripciones del sistema inglés en varias publicaciones de la Red Europea de Desarrollo Rural; sirvan como ejemplo: https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/enrd_publications/publi-enrd-magazine07-2017-es.pdf y https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/background_paper-rural_proofing-jane_atterton_220127.pdf

- ¿Podrían ser más elevados los costes de utilización de los servicios en las zonas rurales y excluir así a los usuarios rurales?
- ¿Podría repercutir en la disponibilidad de infraestructuras o en el acceso a las mismas en las zonas rurales (por ejemplo, transporte, banda ancha y telefonía móvil)?
- ¿Son adecuadas las infraestructuras actuales? ¿Habría que introducir mejoras o desarrollar soluciones alternativas?
- ¿Podría costar más desarrollar infraestructuras en zonas rurales (incluidos los costes paisajísticos y medioambientales) y quién asumiría estos costes (promotor, usuario final, gobierno)?
- Residencia y empleo en las zonas rurales:
 - ¿Podría haber un impacto en las empresas rurales o en los autónomos de las zonas rurales?
 - ¿Cómo influyen la reglamentación y la planificación en las empresas que operan en zonas rurales, y crean las condiciones adecuadas para el crecimiento?
 - ¿Cuál es el impacto del hecho de que una mayor proporción de empresas que operan en zonas rurales sean PYME en comparación con las zonas urbanas?
 - ¿Podría repercutir la política en las industrias extractivas primarias o terrestres.
 - ¿Podría haber repercusiones sobre el empleo en las zonas rurales?
 - ¿Muestra la evaluación de impacto algún cambio en el nivel o la composición del empleo y se han tenido en cuenta las menores fuentes de empleo en las zonas rurales?
 - ¿Podría haber repercusiones en los ingresos de las zonas rurales?
 - ¿Podría repercutir en el acceso y la oferta de vivienda en las zonas rurales?
 - ¿Podría repercutir en la oferta de formación y educación en las zonas rurales?
 - ¿Podrían los clientes rurales más alejados acceder a la formación o la educación?
 - ¿Podría afectar a la capacidad de los centros educativos para satisfacer la demanda?
- Medio ambiente de las zonas rurales:
 - ¿Podría la política tener un impacto medioambiental positivo o negativo en las zonas rurales?
 - ¿Podría la política tener un impacto en quienes desean visitar el campo para recreo y disfrute?
 - ¿Es probable que la política tenga un impacto en el paisaje natural o artificial?
- Distribución de la población, igualdad entre la población rural y urbana, transferencia de competencias y financiación:
 - ¿Qué impacto podría tener la iniciativa política en los diferentes grupos demográficos y sociales de las zonas rurales?
 - ¿Podría la iniciativa afectar a las personas con salarios bajos o empleo estacional a tiempo parcial, a los hogares desfavorecidos o a diferentes grupos demográficos de población?
 - ¿Qué impacto tiene el envejecimiento de la población en las necesidades de las zonas rurales?
 - ¿Podría tener repercusiones la transferencia de competencias y la prestación de servicios en las zonas rurales?
 - ¿Los que tienen competencias delegadas disponen de toda la información para ayudarles en la prestación de servicios en sus localidades rurales?
 - ¿Se destina una proporción equitativa de su programa de financiación a las zonas rurales?

En la segunda etapa («assess the scale of impacts») se trata de evaluar la magnitud de las repercusiones o impactos a través de las respuestas obtenidas en la primera etapa. Esta evaluación debe centrarse en analizar las diferencias entre lo que habría ocurrido sin la ejecución de la iniciativa política y lo que ocurriría como resultado de dicha intervención:

- En el ámbito de servicios públicos y a infraestructuras se analizarán las repercusiones en la accesibilidad cuando la intervención política consista en abrir, cerrar, cambiar, trasladar servicios tradicionales (sanidad, educación...). Además de estos servicios, también debe tenerse en cuenta el acceso a infraestructuras tanto físicas (carreteras, por ejemplo) como digitales (internet de banda ancha).
- Sobre la residencia y el empleo en las zonas rurales: las empresas rurales representan alrededor de una cuarta parte de todas las empresas en Inglaterra. Un gran número de empresas rurales son pequeñas empresas (menos de 50 empleados a tiempo completo) o microempresas (menos de 10

empleados a tiempo completo) y la mayor parte de la población rural trabaja en este tipo de negocios. El manual para la mejora de la legislación británica exige que las evaluaciones de impacto incluyan expresamente una evaluación de la repercusión de las políticas públicas sobre este tipo de empresas.

En cuanto al empleo, el DEFRA elabora estadísticas sobre empleo, desempleo, inactividad económica e ingresos anuales en el lugar de trabajo en relación con las zonas rurales. Se trata de determinar si el impacto de la iniciativa es positivo en zonas rurales o contribuye a una mayor desigualdad con el ámbito empresarial de las grandes urbes. Este mismo impacto debe analizarse en relación con la vivienda y con la viabilidad de las escuelas rurales que experimentan costes más elevados de contratación y retención de personal.

- En relación al impacto ambiental, también se evaluará el grado de afectación de política pública en el medio ambiente rural, siguiendo además las recomendaciones del *Green Book* británico.
- Por último, se evaluará el impacto sobre la distribución de la población, la igualdad, la transferencia de competencias y la financiación. En relación con la igualdad, las evaluaciones deben identificar la influencia positiva y negativa que puede tener la iniciativa pública sobre determinados grupos protegidos –mujeres, infancia, tercera edad, dependientes...–, y estimar si tales impactos afectan de manera desproporcionada a dichos grupos.

En cuanto a la transferencia de competencias, en Inglaterra son cada vez más numerosos los acuerdos en este sentido a favor de los municipios rurales para que puedan adaptar la implantación de las políticas públicas a sus necesidades locales.

Por último, cuando se elaboren programas nacionales de financiación, es importante valorar si la financiación destinada a las zonas rurales es equitativa y suficiente en relación con los servicios que tienen que prestar. Esta evaluación podría combinar análisis demográficos y económicos que valoren el coste de ejecución de los servicios para crear una base empírica que permita destinar una proporción equitativa de la financiación a las zonas rurales y urbanas.

La tercera etapa («how to tailor the policy for rural areas») trata de adaptar las políticas públicas a las zonas rurales cuando del análisis realizado en la segunda fase se deriven consecuencias negativas para las zonas rurales. Las iniciativas políticas no tienen por qué proporcionar el mismo nivel de recursos a las zonas rurales que a las urbanas, pero deben ser justas, equitativas y proporcionadas para las primeras. Un ámbito clásico de este tipo de adaptaciones es el del transporte, concretamente la adaptación de los horarios del transporte público a las necesidades y a la lejanía de las zonas rurales respecto de las grandes urbes. Otro ejemplo de adaptación de políticas públicas a las zonas rurales es la implantación de exenciones o reducciones fiscales para la población rural (por ejemplo, el descuento por combustible a las estaciones de servicio de vehículos situadas en zonas rurales remotas).

Y para concluir este análisis, en la cuarta y última etapa («evaluate and adapt») se elabora un plan de seguimiento y revisión posterior a la aplicación de la política pública. La recopilación de datos de calidad, junto con la aplicación de métodos de investigación bien diseñados, permitirá evaluar el impacto rural y hacer modificaciones –en su caso– de los mecanismos de aplicación. Esto constituirá una importante fuente de aprendizaje que podría ser útil a la hora de modificar la política o de aplicar otras políticas en el futuro.

Analizado el sistema de *rural proofing* inglés, conviene realizar una breve valoración:

- Como punto fuerte, se debe destacar que probablemente el Reino Unido sea el Estado que más ha llegado a institucionalizar este mecanismo. Esto ha requerido un esfuerzo de financiación que se ha traducido en un diseño de una herramienta de garantía rural más sofisticada que la mayoría de las implantadas en otros países. También es loable la creación de informes oficiales anuales de seguimiento que muestran el compromiso y, a la vez, contienen orientaciones para acomodar la herramienta a las circunstancias cambiantes que presenta el mundo rural.
- Por otro lado, las principales críticas giran en torno a la ausencia de diferenciación entre zonas rurales aplicando un procedimiento general y común a todas las regiones, cuando las características geográficas, sociales o económicas son muy diversas entre ellas. Tampoco se prevén consecuencias negativas si el mecanismo rural de garantía se aplica incorrectamente o, directamente, no se aplica. Además, el sistema de responsabilidades es confuso, lo que ha provocado que este mecanismo no se esté aplicando ya con la misma periodicidad e intensidad que al principio.

3.2. El caso de Escocia

Todos los países integrantes del Reino Unido tienen mecanismos de *rural proofing* similares al inglés, sin embargo, el caso de Escocia reúne alguna especialidad que consideramos oportuno resaltar brevemente.

En primer lugar, Escocia dirige sus mecanismos de garantía rural, no solo a las zonas rurales, sino también al desarrollo de las islas septentrionales en lo que se ha denominado «island proofing». En segundo lugar, se trata de un programa de desarrollo rural más ambicioso pues desea incluir las necesidades del mundo rural de forma transversal en toda legislación o política pública. Para ello destacan dos órganos creados al efecto:

- El *Scottish Rural Parliament*¹², creado en 2014, que reúne en un foro consultivo a políticos con miembros de asociaciones rurales para dialogar sobre el futuro de las políticas públicas desde una perspectiva rural. En definitiva, se opta por incluir a las voces rurales en el proceso de toma de decisiones desde el inicio y no una vez que ya se han diseñado las medidas.

Para su primer período de funcionamiento (2014-2020) se previeron reuniones bianuales y su funcionamiento fue cofinanciado por el gobierno central escocés y los diversos gobiernos regionales con un total de 250.000 libras.

- El otro gran organismo público encargado de diseñar y aplicar el mecanismo rural de garantía escocés es el *National Councils of Rural Advisers* (Consejo Nacional de Asesores Rurales¹³). Fundamentalmente su trabajo se centra en elaborar consultas, procesar los datos y, en definitiva, elaborar propuestas al gobierno escocés para asegurar el futuro de las zonas rurales escocesas, así como crear nuevas oportunidades en esas zonas.

Su programa de acción más importante es el denominado «A Rural Conversation: Together We Can, Together We Will» donde formula diversas preguntas a un gran número de partes interesadas en las zonas rurales para contribuir a formular recomendaciones al Gobierno escocés sobre la futura orientación de las zonas rurales en cuatro ámbitos fundamentales: economía, visión de futuro, infraestructuras y demografía.

Por todo ello, a diferencia de otras partes del Reino Unido, el objetivo real del mecanismo rural de garantía escocés es garantizar, no solo que las cuestiones rurales se tengan en cuenta, sino que éstas sean abordadas de manera sistemática en el contexto de los debates sobre las políticas en general (un proceso de integración o transversalización denominado «mainstreaming»). Con ello se pretende dar mayor protagonismo a la utilización de mecanismos de diálogo con las partes interesadas y entre las diferentes áreas y niveles del gobierno.

La última gran iniciativa es la elaboración de una propuesta de Ley para mejorar la consideración dada a las comunidades rurales continentales remotas por los organismos públicos en Escocia. A través de esta Ley se desea implantar la herramienta del *Remote Rural Proofing*¹⁴ para conseguir que se tengan en cuenta las características de las zonas rurales en la toma de decisiones del Gobierno y otras autoridades públicas escocesas.

Para averiguar este impacto, el *Remote Rural Proofing* exigirá la contestación a una *checklist* de preguntas¹⁵:

- ¿Cuáles son las repercusiones directas o indirectas de una política (o intervención/acción gubernamental) en las zonas rurales remotas?
- ¿Cuál es la magnitud de esas repercusiones?
- ¿Qué ajustes o medidas pueden adoptarse para adaptar la política (o la intervención o acción gubernamental) de modo que funcione mejor en las zonas rurales remotas?

¹² Sobre esta institución puede consultarse: <https://www.sra.scot/our-work/about-scottish-rural-parliament>

y https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/enrd_publications/methodological-case_scottish-rural-parliament_uk.pdf

¹³ Puede obtenerse más información en su web oficial: <https://naturalcapitalscotland.com/national-council-for-rural-advisers-calls-for-action-to-ensure-the-future-of-the-rural-economy-in-scotland/#:~:text=The%20NCRA's%20remit%20was%20to,sustainable%20and%20productive%20rural%20economy>

¹⁴ Puede consultarse más sobre esta iniciativa en https://archive2021.parliament.scot/S5MembersBills/GR_Consultation_Final.pdf

¹⁵ Destaca especialmente la *checklist* de preguntas confeccionada en el ámbito del Plan estratégico de inversión en vivienda «Scottish borders» (SHIP) para averiguar el impacto de estos planes en las zonas rurales. Se puede consultar en: <https://scottishborders.moderngov.co.uk/documents/s57959/Item%20No.%2005%20-%20Appendix%202%20-%20Rural%20Proofing%20Checklist%202022-27.pdf>

- ¿Qué efecto ha tenido la política (o la intervención/acción gubernamental) en las zonas rurales remotas y cómo puede seguir adaptándose?

En definitiva, Escocia presenta un modelo parecido al inglés, pero en el que su principal objetivo es que toda normativa o política pública escocesa, por defecto, se someta al «test» del *rural proofing*.

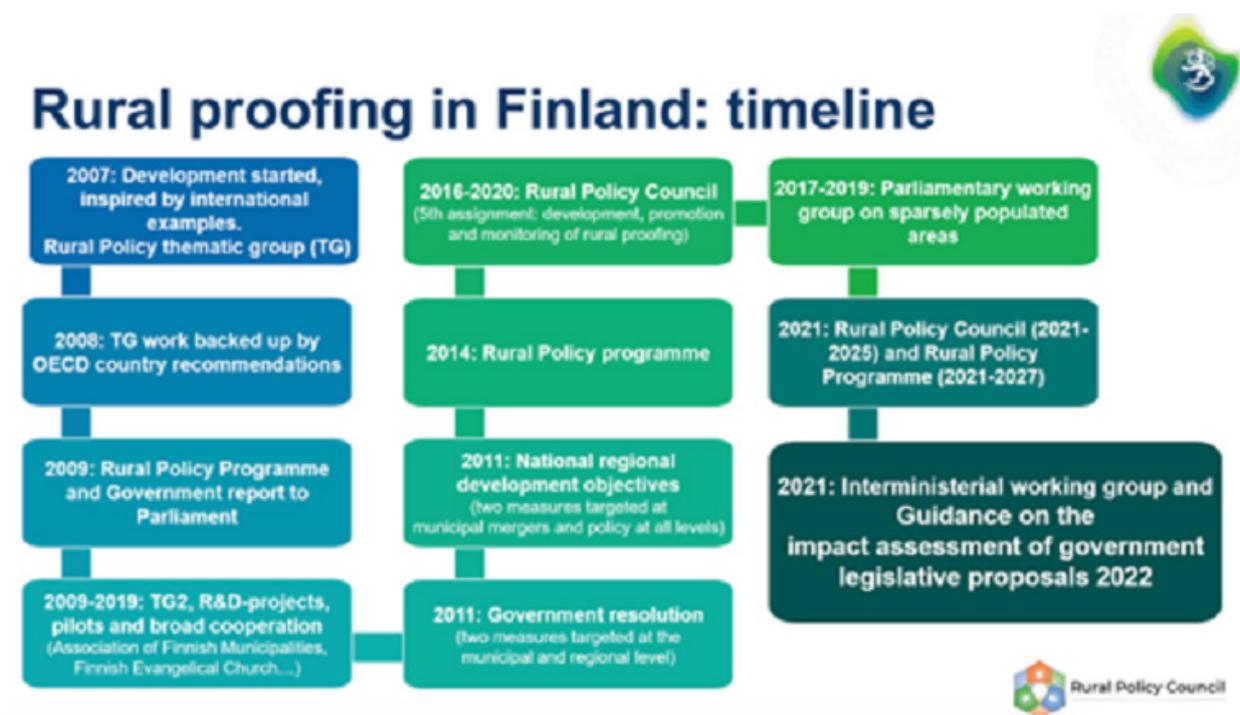
4. EL «RURAL PROOFING» EN ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

4.1. Finlandia

Finlandia es un país en el que el 95% de su territorio, según datos del Rural Policy Council finlandés (Consejo de Política Rural¹⁶), está clasificado como áreas rurales. En estas áreas rurales reside de forma permanente el 28% de la población finlandesa. Esta realidad llevó a Finlandia a trabajar en el desarrollo de las zonas rurales antes y de forma más intensa que otros países de la Unión Europea. Concretamente en 2007 ya creó un grupo de trabajo en políticas públicas con óptica rural y no ha parado de desarrollar su modelo de mecanismo rural de garantía hasta la actualidad donde existe, de forma muy consolidada, un grupo de trabajo interministerial sobre la materia y una guía de evaluación de impacto de la legislación y las políticas públicas en las zonas rurales.

A continuación, se muestra un gráfico donde se observa la evolución de la importancia del mecanismo rural de garantía desde 2007 hasta la actualidad:

GRÁFICO 1. RECORRIDO HISTÓRICO DE LAS POLÍTICAS DE IMPULSO RURAL EN FINLANDIA



Fuente: https://enrd.ec.europa.eu/sites/default/files/tg1-rp_finnish_experiences_on_rural_proofing_husberg.pdf (2022).

Los principales métodos utilizados por el Rural Policy Council¹⁷ –organismo nacional encargado de la dirección y coordinación del mecanismo rural de garantía en Finlandia– han sido principalmente cuatro:

¹⁶ La web oficial de dicho organismo se puede consultar en: <https://www.ruralpolicy.fi/>

¹⁷ Pueden consultarse en el dossier del Ministerio de 2022: https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/tg1-rp_finnish_experiences_on_rural_proofing_husberg.pdf

- *Checklist*: tal y como hemos analizado en otros Estados, se trata de contestar a diferentes cuestiones para tratar de determinar el impacto de la política pública o la norma en cuestión en diferentes aspectos del mundo rural (infraestructura, demografía, sanidad, educación, conexión digital, empleo, economía...). Si el resultado del análisis de impacto es positivo se desplegarán todos los métodos que citamos a continuación para hacer un análisis más exhaustivo.
- Grupos de trabajo participativos, integrado por expertos en áreas rurales, así como políticos, funcionarios públicos, geógrafos...
- Análisis de datos relevantes que afecten directamente a las áreas rurales, principalmente, datos geoespaciales.
- Elaboración y recogida de datos de cuestionarios dirigidos a los principales implicados y destinatarios de las políticas públicas en las zonas rurales (población rural, ayuntamientos, empresas ubicadas en áreas rurales...).

Como se aprecia, no existen demasiadas novedades en este punto en relación con otros Estados, pero conviene destacar la diferente intensidad del sistema de *rural proofing* en función de la Administración que lo aplique. En el ámbito de la administración central, el mecanismo rural de garantía está a cargo de un grupo reducido de funcionarios públicos. Sin embargo, a nivel local o regional, la aplicación de estos métodos está mucho más profesionalizada, incluyendo a un gran número de agentes públicos, pero también al sector privado (empresas de servicios, asociaciones municipales y vecinales...).

En la constante evolución del *rural proofing* en Finlandia, ha sido especialmente significativo –por su originalidad en relación con otros sistemas de *rural proofing* y por su especial interés para España– su sistema de reorganización municipal. A través de numerosas fusiones municipales –pequeños municipios con muy poca capacidad de acción por sí solos– se han creado nuevos ayuntamientos más grandes que dividen su geografía en zonas urbanas y zonas rurales (dentro del mismo municipio). Esta reorganización de la Administración local finlandesa no ha resultado sencilla y ha sido fruto de varios años de trabajo. Sus principales objetivos fueron:

- Garantizar que las zonas dentro del municipio se desarrollen por igual en todos los ámbitos (nivel de vida, infraestructuras, acceso a la educación, inversión, financiación pública...).
- Garantizar la «democracia rural», es decir, que las zonas rurales sean escuchadas y tengan mecanismos efectivos para su participación en el debate social y político.
- Garantizar el acceso a los servicios públicos de la población rural (sanidad, educación, transportes, servicios sociales...).

El mecanismo rural de garantía finlandés muestra su debilidad, como la gran mayoría de los analizados en este trabajo, en que se trata de un mecanismo –hasta el momento– de aplicación voluntaria y cuya puesta en práctica requiere de una financiación importante. Actualmente, los trabajos en Finlandia se están centrande en tratar de incluir el mecanismo rural de garantía en la legislación, para hacer su aplicación de obligado cumplimiento, al menos en parte. En esta línea, se ha conseguido que este mecanismo forme parte de la Guía para la evaluación de impacto de las propuestas legislativas del Gobierno desde 2022.

A pesar de lo anterior, el balance de la experiencia finlandesa es positivo. Reconociendo como cuestión a mejorar la lentitud y voluntariedad de su aplicación y el gran número de recursos –personales y económicos– necesarios para garantizar el proceso participativo, es destacable su gran capacidad de adaptación a las singularidades de cada zona rural y a todo tipo de normativa o política pública. Igualmente destaca su contribución a la concienciación sobre la cuestión rural en la elaboración de políticas públicas.

4.2. Suecia¹⁸

Podríamos fijar el 2017 como el año en que se comienza a gestar la aplicación de un verdadero mecanismo rural de garantía en Suecia. Precisamente en este año el Comité de las Zonas Rurales –órgano competente en materia de desarrollo rural– propuso al gobierno sueco un informe con hasta 65 medidas para el desarrollo rural en Suecia. Para la elaboración del contenido final del informe destacó el trabajo de las Redes

¹⁸ La OCDE publicó un informe en 2017 sobre la situación rural en Suecia, así como las medidas adoptadas en aras del desarrollo de las zonas rurales: https://read.oecd-ilibrary.org/urban-rural-and-regional-development/oecd-territorial-reviews-swe-den-2017_9789264268883-en#page3

Rurales Nacionales (RNN) aportando las peculiaridades de cada zona y el fomento de la participación de todas las partes interesadas (población rural, ONGs, órganos gubernamentales, Administraciones públicas de todos los niveles territoriales...) creando un mecanismo de diálogo real y efectivo¹⁹.

Fruto de esta propuesta, en 2018 se aprueba en Suecia la Ley de Política Rural Coherente, cuyo principal objetivo es disponer de zonas rurales viables con igualdad de oportunidades para la empresa, el trabajo, la vivienda y el bienestar que conduzcan a un desarrollo sostenible a largo plazo en todo el país.

En lo relativo al *rural proofing*, esta norma reconoce la necesidad de integrar la perspectiva rural en todas las políticas públicas, lo que configura el mecanismo rural de garantía sueco como una herramienta de carácter transversal.

Para la implantación del mecanismo rural de garantía en Suecia se valoraron tres cuestiones fundamentales: en primer lugar, la relación coste-beneficio a corto plazo pues se sabía que habría que hacer un esfuerzo de financiación importante que debía dar sus frutos en un periodo de tiempo razonable. En segundo lugar, la dificultad de mantener un organismo evaluador sin poder efectivo de veto o competencias sancionadoras para quien infringiese el mecanismo rural de garantía. Por último, el miedo a que su implantación aumentase el proceso burocrático y ralentizase demasiado la toma de decisiones administrativas o gubernamentales. Se trataba de agilizar el procedimiento administrativo en este ámbito, y no de hacerlo más prolijo y, en consecuencia, lento.

Sin ánimo de analizar exhaustivamente el *rural proofing* sueco, pues es muy similar –tanto en organización como en objetivos– al finlandés, destacamos a continuación en qué centran sus esfuerzos las autoridades suecas encargadas de ponerlo en práctica:

- Accesibilidad: tanto desde el punto de vista del transporte y las comunicaciones físicas, como de la implantación de banda ancha y otras tecnologías digitales que permitan una conexión a internet en las zonas rurales igual que en las zonas urbanas del país.
- Aumento de la calidad de vida en las zonas rurales, principalmente aumentando y mejorando la prestación de servicios sociales.
- Apoyo a la innovación para tratar de conseguir la implantación de nuevas empresas y la creación de nuevos puestos de trabajo en las zonas rurales.
- Apoyo al sector privado, empleo e inversión. Todo ello dirigido a la dinamización de las economías rurales fuertemente golpeadas en los últimos años.

Los principales mecanismos de ejecución para la consecución de estos objetivos de desarrollo rural provienen de los Planes de Desarrollo Rural (PDR) financiados por la Unión Europea, tanto a través de subvenciones como de contratos y acuerdos con las comunidades locales. Es especialmente interesante este dato pues, de cara a nuestra propuesta de mecanismo rural para garantía para Castilla y León, la financiación por parte de la Unión Europea se antoja esencial.

5. OTROS EJEMPLOS DE MECANISMOS RURALES DE GARANTÍA EN LAS ANTÍPODAS: AUSTRALIA Y NUEVA ZELANDA

5.1. Australia

En julio de 2003, el gobierno del estado de South Australia (Australia meridional) puso en marcha su mecanismo de *rural proofing*, denominado *Regional Impact Assessment Statement* (RIAS), es decir, la Declaración de Evaluación de Impacto Regional²⁰. El RIAS debe aplicarse a cualquier decisión gubernamental que pueda tener un impacto significativo en los servicios regionales. Esto incluye nuevas políticas, legislación, propuestas de financiación, disposiciones reglamentarias –nuevas o modificaciones de las existentes–, modelos de prestación de servicios –nuevos o modificaciones de los existentes– y diseño y evaluación de programas.

El método elegido para la realización de las evaluaciones de impacto es el «checklist». El órgano administrativo competente en esta materia (Department of Primary Industries and Regions of the Government

¹⁹ Sobre este particular, *vid.* https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/enrd_publications/publi-enrd-magazine07-2017-es.pdf

²⁰ Actualmente, todos los estados de Australia, menos Nueva Gales del Sur, han creado su propio modelo de RIAS, y lo han integrado como un elemento obligatorio previo a la presentación de propuestas a sus respectivos gobiernos. Ahora bien, los resultados que arrojan las evaluaciones de impacto están sujetos a la confidencialidad de cada gobierno regional, y no están abiertas a una posible participación de todas las partes involucradas.

of South Australia (PIRSA)) publica y actualiza las guías generales que contienen las preguntas que deben responderse para evaluar el impacto de la nueva política en las zonas rurales de la región²¹. Para la elaboración de esta herramienta se tendrán en cuenta los factores económicos, sociales y comunitarios, medioambientales y de igualdad de todos los ciudadanos de la región. El PIRSA, no sólo se compromete a crear la *checklist* que servirá de base para analizar la evaluación de impacto, sino que garantiza que la consulta y comunicación sean efectivas para todas las comunidades regionales de South Australia antes de tomar decisiones que puedan afectar de una u otra manera a sus regiones rurales.

La principal ventaja de este modelo regional australiano es su marco jurídico donde queda perfectamente definido cuándo debe realizarse una *RIAS* y cuáles son las directrices y el contenido de las *checklist* que deben cumplimentar los responsables políticos de la iniciativa. En consecuencia, esta herramienta permite conocer si una política concreta puede tener un impacto más o menos fuerte en la región, pero no ofrece detalles estadísticos concretos. Ahora bien, esta falta de objetividad es la principal debilidad del sistema sueco, pues se traduce en que en función de los órganos o responsables públicos que realicen el *RIAS*, su resultado puede variar significativamente. No arrojan, en definitiva, parámetros comparativos válidos para aplicar a otras políticas similares del mismo o de otros estados.

5.2. Nueva Zelanda

Conscientes las autoridades neozelandesas de los problemas del mundo rural en materia de despoblación, prestación de servicios, medioambiente y, en definitiva, del aislamiento que sufren sus habitantes, en el año 2018 el gobierno se comprometió formalmente con el desarrollo de un mecanismo de *rural proofing* reconociendo la importancia de las zonas rurales para el país²².

En consecuencia, el Ministerio de Industrias Primarias –órgano competente en la materia– ha publicado una Guía de adaptación rural para el desarrollo de políticas y planificación de la prestación de servicios en las zonas rurales. Esta guía cuenta con siete cuestiones que deben tenerse en cuenta desde el principio y a lo largo de todo el proceso de elaboración de la política pública que desee implantarse. El objetivo es ayudar a considerar los impactos potenciales de las políticas públicas en las comunidades rurales antes de ser aplicadas²³. Los siete puntos a considerar son los siguientes:

- En primer lugar, deben definirse los objetivos políticos y las distintas partes interesadas que deben tener derecho ser escuchadas durante el proceso de creación de la política pública. El gobierno neozelandés considera más eficaz el *rural proofing* cuando se aplica en una fase temprana y a lo largo de todo el proceso de elaboración y aplicación de las políticas.
- El segundo punto consiste en identificar los beneficios e implicaciones para la comunidad rural de la nueva política. Concretamente en los ámbitos de infraestructuras (transporte y comunicación), salud, educación y otros servicios públicos, empresa y empleo (posibilidad de crear negocios en zonas rurales y su coste).
- El tercero alude a la necesidad de buscar asesoramiento y consejo en los contactos y organizaciones rurales pertinentes. En este punto el Ministerio neozelandés facilita numerosos contactos que pueden ser útiles.
- El cuarto punto se refiere al deber evaluarse los impactos de la política en las zonas rurales. Para ello debe aclararse si los impactos son significativamente diferentes en las zonas rurales con respecto a los propios de las zonas urbanas. Si hay diferencias sustanciales, deberán aportarse otras opciones o modelos de prestación de servicios que podrían funcionar.
- El quinto punto, quizás el más complejo para poner en práctica, se centra en la presentación de medidas que puedan paliar o mitigar el diferente impacto de la política en las zonas rurales, con el objetivo de no dejar al mundo rural en un segundo plano o perjudicarlo en relación con las zonas urbanas.
- En penúltimo lugar, se sugiere la realización de ajustes en el diseño de la política, los procesos de consulta o audiencias y los planes de aplicación en el mundo rural una vez identificados los problemas o diferencias en relación con las zonas urbanas.

²¹ Pueden consultarse en la web oficial del Ministerio: <https://www.pir.sa.gov.au/regions>

²² El organismo público neozelandés asimilable a nuestro Instituto Nacional de Estadística define actualmente «zonas rurales» como núcleos de población de 200 a 1.000 residentes con, al menos, una comunidad o edificio público y «otras zonas rurales» que incluyen tierras utilizadas para la agricultura, la silvicultura o la conservación con menos de 200 habitantes.

²³ La Guía puede consultarse en la web oficial del Ministry For Primary Industries: <https://www.mpi.govt.nz/dmsdocument/29294-Rural-proofing-Guide-for-policy-development-and-service-delivery-planning>

- Para finalizar, esta Guía considera útil mantener a las partes implicadas (residentes en zonas rurales, organizaciones, organismos públicos...) informadas sobre todo el proceso de creación y modificación de la política pública de que se trate, así como de los efectos o impactos que aún no han sido previstos o no se pueden prever.

Junto con la Guía, el Ministerio ha publicado también una *checklist* para evaluar el impacto de la política pública en el mundo rural (Impact Assessment Checklist²⁴). En definitiva, aplicando las sugerencias de la Guía y respondiendo a las preguntas de la *checklist* puede llegar a concebirse una idea clara del impacto que puede tener la política pública en las zonas rurales y actuar en consecuencia. El propio Ministerio también advierte de la importancia del análisis de los datos atendiendo al caso concreto, sin incurrir en generalidades que pueden resultar perniciosas.

El mecanismo rural de garantía neozelandés se caracteriza por ser una herramienta orientativa –no obligatoria– para los responsables de las políticas públicas, por lo que su aplicación no está asegurada. Sin embargo, su correcta aplicación ofrece una recopilación exhaustiva de datos que puede ser de gran utilidad en la mitigación de diferencias entre las zonas rurales y las urbanas.

Para concluir, merece la pena destacar el compromiso del gobierno neozelandés con el *rural proofing*. Además de lo ya señalado, ha creado un grupo de trabajo para la adaptación de las políticas a zonas rurales y supervisa sus informes y conclusiones. Cuando es pertinente participa en consultas, asesora sobre cuestiones rurales y presta apoyo metodológico a funcionarios y representantes de las zonas rurales. Este nivel de implicación del Ministerio responsable en materia de *rural proofing* ha sido uno de los principales factores de éxito para la elaboración de políticas con óptica rural en Nueva Zelanda.

6. UNA PROPUESTA DE MECANISMO RURAL DE GARANTÍA PARA CASTILLA Y LEÓN

Tras el estudio de los más importantes mecanismos rurales de garantía implantados en el ámbito internacional, y convencidos de que su correcta aplicación puede constituir un caso de éxito a medio plazo para el desarrollo de las zonas rurales, dedicaremos las próximas líneas a proponer un mecanismo rural de garantía para la comunidad autónoma de Castilla y León, paradigma de los problemas que las zonas rurales atraviesan en España.

6.1. Un contexto idóneo para su implantación

Además de la situación demográfica y económica que atraviesan las zonas rurales de Castilla y León, consideramos que estamos ante un momento idóneo para dar el primer paso en la implantación de un mecanismo rural de garantía en esta Comunidad Autónoma pues nuestro entorno jurídico –nacional y comunitario– parece fomentar e impulsar decididamente herramientas de este tipo.

En primer lugar, la Unión Europea²⁵ –siempre preocupada por el mundo rural– viene viendo con muy buenos ojos la implantación de políticas que impulsen el mundo rural²⁶. En este sentido es especialmente relevante la alusión a la herramienta del *rural proofing* en la última revisión que la Comisión Europea ha realizado a su programa Better Regulation (Legislar mejor) en el año 2021, en cuya herramienta 34 que lleva por título «impacto territorial» el término *rural proofing* se cita explícitamente²⁷. Es interesante también traer a

²⁴ Puede consultarse en: <https://www.mpi.govt.nz/dmsdocument/42207-Rural-Proofing-Impact-Assessment-Checklist-Template>

²⁵ Realiza un recorrido interesante sobre la evolución del *rural proofing* y las políticas de impulso rural en la Unión Europea Sanz Larruga (2020, p. 71).

²⁶ Por ejemplo, en la Declaración de Cork 2.0 de 2016, la primera orientación política lleva por título «Fomentar la prosperidad del medio rural» y establece que «El potencial del medio rural para ofrecer soluciones innovadoras, integradoras y sostenibles para los retos actuales y futuros de la sociedad, como la prosperidad económica, la seguridad alimentaria, el cambio climático, la gestión de los recursos, la inclusión social y la integración de los migrantes debería gozar de un mayor reconocimiento. Debería existir un mecanismo rural de garantía que asegure que este aspecto se refleja en las estrategias y las políticas de la Unión. Las políticas agrarias y rurales deberían basarse en la identidad y en el dinamismo de las zonas rurales mediante la aplicación de estrategias integradas y enfoques multisectoriales. Deberían promover la diversificación y fomentar el espíritu empresarial, la inversión, la innovación y el empleo. Estas políticas deberían también poner en valor la identidad rural y reforzar la sostenibilidad, la inclusión social y el desarrollo local, así como la resiliencia de las explotaciones agrícolas y de las comunidades rurales». Puede verse la declaración íntegra en https://enrd.ec.europa.eu/sites/default/files/cork-declaration_es.pdf

²⁷ Puede consultarse íntegramente el documento en https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en

colocación la Comunicación «Una visión a largo plazo para las zonas rurales de la UE» (COM (2021) 345 final), aprobada por la Comisión Europea el 30 de junio de 2021, en la que se prevé la creación de un «mecanismo de verificación rural» para medir el impacto en el medio rural de las iniciativas legislativas supraestatales²⁸. El último gran guiño al fomento del *rural proofing* en las regiones de la Unión Europea ha tenido lugar en un informe del Comité Europeo de las Regiones de 2022 titulado «Rural proofing – a foresight framework for resilient rural communities» (Rural proofing –un marco de previsión para comunidades rurales resilientes–) donde se analiza y se valora el fenómeno del mecanismo rural de garantía, comentando experiencias llevadas a cabo en otros Estados y proponiendo modelos válidos de aplicación en el territorio de la Unión Europea²⁹.

En segundo lugar, aunque España no ha sido un país nada interesado hasta la fecha por el mecanismo rural de garantía, recientemente han aparecido importantes indicios³⁰ –influidos directamente por el ámbito comunitario– que invitan a trabajar en la creación de una herramienta de *rural proofing* para Castilla y León. Destacamos especialmente dos:

- Un proyecto³¹ pionero impulsado por El Hueco –una empresa social soriana cuyo objetivo es ofrecer soporte a los emprendedores sociales en los diferentes ámbitos de sus empresas– y que cuenta con la colaboración del Gobierno de Navarra y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). El proyecto, denominado «Rural Proofing» («Mecanismo Rural de Garantía»), se puso en marcha en 2021 con el objetivo de identificar y proponer modificaciones en la legislación actual que impulsen el desarrollo de las zonas rurales. Con este propósito se creó un grupo de 100 personas (G100), 50 mujeres y 50 hombres, expertos en diferentes ámbitos que, a través de grupos de trabajo, recabaron y analizaron un conjunto de casos prácticos sobre todos los ámbitos cuya revisión se considera necesaria para el mundo rural. En este sentido, dos han sido los principales documentos redactados hasta la fecha por este proyecto; las «conclusiones para la implantación de un mecanismo rural de garantía en España³²» y las «71 propuestas para conseguir una legislación más justa para el mundo rural³³».
- A nivel legislativo, recientemente se ha aprobado la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, cuya Disposición Adicional Sexta, titulada «Mecanismo Rural de Garantía» establece la obligación para el Gobierno de España de impulsar un mecanismo rural de garantía para su aplicación efectiva³⁴.

6.2. Un posible mecanismo rural de garantía para Castilla y León

A tenor del estudio comparado realizado y del contexto favorable más arriba expuesto, entendemos que Castilla y León es una región idónea para la implantación de un mecanismo rural de garantía que, por otro lado, sería pionero³⁵ en España.

²⁸ Esta comunicación incluye la adopción del Pacto Rural que movilizará a las autoridades públicas y a las partes interesadas para que actúen sobre las necesidades y aspiraciones de los residentes rurales y el Plan de Acción Rural de la UE que allanará el camino para fomentar la cohesión social y creará nuevas oportunidades para atraer a empresas innovadoras, ofrecer acceso a empleos de calidad, fomentar capacidades nuevas y mejoradas, garantizar unas mejores infraestructuras y servicios, así como aprovechar el papel de la agricultura sostenible y las actividades económicas diversificadas. Se puede consultar íntegramente la Comunicación en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0345>

²⁹ Puede consultarse el citado informe en https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Rural%20proofing%20%E2%80%93%20foresight%20framework%20for%20resilient%20rural%20communities/coter_nat_rural.pdf

³⁰ Entre la doctrina administrativa comienza a proponerse la utilidad de *rural proofing* para hacer frente al reto demográfico. Destaca especialmente el trabajo de Domínguez Álvarez (2021, pp. 171 y ss.).

³¹ Todo lo relativo a este proyecto se puede consultar en su página web <https://ruralproofing.com/>

³² El citado documento se puede consultar en <https://ruralproofing.com/wp-content/uploads/2022/01/G100.-Conclusiones-finales-modelo-Rural-Proofing.pdf>

³³ El citado documento se puede consultar en <https://ruralproofing.com/wp-content/uploads/2022/01/G100.-71-propuestas-Rural-Proofing.pdf>

³⁴ El texto concreto de la citada norma establece que «1. El Gobierno impulsará un Mecanismo Rural de Garantía, asegurando la participación de los actores interesados en su diseño y aplicación. 2. Dicho Mecanismo incluirá, en todo caso: a) La incorporación de la evaluación de los efectos territoriales y sobre el medio y la sociedad rural de las políticas públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 de esta ley. b) La elaboración de una metodología de evaluación específica que tenga en cuenta los principios, recomendaciones y herramientas propuestas por la Unión Europea en este ámbito».

³⁵ No es ajena, por supuesto, la preocupación por la despoblación y el desarrollo rural en España, pero nunca se han diseñado verdaderos mecanismos rurales de garantía. A nivel estatal, por ejemplo, la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico y el Plan de 130 medidas asociado a ella (https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/Estrategias_Planes.aspx), ya incluyen esa reivindicación. A nivel autonómico destacan en este sentido tres leyes que, sin constituir verdaderos mecanismos de *rural proofing* sí contienen

Para ello, el primer reto que debemos afrontar es el definir de forma clara qué debemos entender por zonas rurales. Si comparamos Castilla y León con el resto de Comunidades Autónomas españolas, nos damos cuenta que es la que más municipios tiene, con un total de 2.248. De todos estos municipios, 2.188 tienen una población inferior a 5.000 habitantes (concretamente, hay 721 municipios con menos de 101 habitantes, 1.076 entre 101 y 500 habitantes, 214 entre 501 y 1.000 habitantes, 109 entre 1.001 y 2.000 y 68 entre 2.001 y 5.000³⁶).

Es decir, más del 97 % de los municipios de la región tienen menos de 5.000 habitantes. Por ello consideramos que podría determinarse en 5.000 habitantes el umbral de zona rural en Castilla y León³⁷. Esto permitiría dar más importancia y presencia al mecanismo rural de garantía pues debería ser aplicado a prácticamente toda iniciativa política o legislativa de la región salvo a aquellas que vayan exclusivamente dirigidas a zonas urbanas (menos del 3 % de los municipios castellanos y leoneses).

Quizás lo más complicado del diseño de un mecanismo rural de garantía sea precisamente la creación de un método de evaluación de impacto de las políticas públicas objetivo e imparcial que arroje realmente datos interesantes a la hora de adaptar un programa o política pública a las necesidades o realidades del mundo rural³⁸. Sin duda, entre los métodos de evaluación existentes consideramos que el que más cumple la idea anteriormente descrita es el de la *checklist*. Como ya hemos descrito suficientemente, se trata de contestar a una serie de cuestiones para tratar de determinar el impacto de la política pública o la norma en cuestión en los diferentes aspectos del mundo rural (infraestructura, demografía, sanidad, educación, conexión digital, empleo, economía...).

A continuación, se propone un modelo de *checklist* de 25 preguntas que podría ser válido como punto de partida para un futuro mecanismo rural de garantía en Castilla y León:

CUADRO 1. MODELO DE CHECKLIST PARA UN FUTURO MECANISMO DE GARANTÍA EN CASTILLA Y LEÓN

IMPACTO SOBRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

- ¿Afecta positivamente al acceso o la disponibilidad de servicios privados y públicos en las zonas rurales (por ejemplo, asistencia sanitaria, guarderías, comedor escolar, transporte)? En este caso, pueden doblarse preguntas para evaluar el impacto en un servicio concreto si fuese de especial interés en el caso concreto.
- ¿Existen ya mecanismos de prestación adecuados en las zonas rurales y pueden adaptarse?
- ¿El coste de la prestación no es más elevado en las zonas rurales debido a la dispersión geográfica?
- ¿El coste de utilización para usuarios rurales es el adecuado y no es más elevado que en las zonas urbanas?

IMPACTO SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS (FÍSICAS Y DIGITALES)

- ¿Qué repercusión tendrá en el acceso o desarrollo de las infraestructuras en las zonas rurales (por ejemplo, transporte, banda ancha y telefonía móvil)?
- ¿Repercutirá de forma positiva en la mejora de infraestructuras o desarrollará soluciones alternativas?
- ¿Está previsto el sobrecoste que puede implicar desarrollar infraestructuras en zonas rurales (incluidos los costes paisajísticos y medioambientales)? En este punto –aunque la respuesta no fuese numérica– se podría preguntar adicionalmente que quién asumiría estos costes (promotor, usuario final, gobierno).

alguna medida en esta línea; a saber, la Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia, la Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura y la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha.

³⁶ Datos tomados del INE y de la Junta de Castilla y León: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p04/provi/10&file=0tamu001.px&L=0>, <https:// analisis.datosabiertos.jcyl.es/explore/dataset/registro-de-municipios-de-castilla-y-leon/table/?fig=es> y https://www.ine.es/daco/daco42/codmun/cod_num_muni_provincia_ccaa.htm

Es interesante destacar, según datos del propio INE, que Castilla y León lleva perdiendo población, sistemáticamente, desde el año 2009. En los últimos 20 años, seis de sus nueve provincias han perdido habitantes, un proceso que se extiende al 86 % de los municipios. Esto ha provocado que ocho de cada diez municipios (el 77 %) esté en riesgo de despoblación.

³⁷ Elabora un análisis pormenorizado de esta circunstancia, así como sus causas y posibles soluciones Bello Paredes (2020, pp. 110 y ss.).

³⁸ La principal crítica del sistema de *rural proofing* norirlandés (The Rural Needs Act) por parte de Sherry y Shortall (2019, p. 343) se centra precisamente en la dificultad para identificar las necesidades del mundo rural pues en numerosas ocasiones el método que se utiliza arroja resultados falaces.

IMPACTO SOBRE LA ECONOMÍA Y EL EMPLEO

- ¿Tendrá impacto positivo en las empresas rurales o en los autónomos de las zonas rurales?
- ¿Ayudará a crear condiciones adecuadas para el crecimiento económico de la zona rural?
- ¿Respetará el papel de las PYMEs que operan en zonas rurales?
- ¿Podría haber repercusiones positivas sobre el empleo en las zonas rurales?
- ¿Se favorecerá la condición de residente en zonas rurales como criterio preferente para las contrataciones que puedan surgir del programa o política pública?
- ¿Podría haber repercusiones positivas en los ingresos –empresas, habitantes o Administración local– de las zonas rurales?

IMPACTO SOBRE LA RESIDENCIA Y VIVIENDA

- ¿Podría repercutir positivamente en la oferta y en el acceso a la vivienda en las zonas rurales?

IMPACTO SOBRE LA EDUCACIÓN

- ¿Podría repercutir positivamente en la oferta de formación y educación –a todos los niveles– en las zonas rurales?
- ¿Se ha tenido en cuenta la capacidad de los centros educativos rurales para satisfacer la posible nueva demanda?

IMPACTO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

- ¿Podría tener un impacto medioambiental positivo en las zonas rurales?
- ¿Podría tener un impacto positivo en el paisaje natural o artificial?

IMPACTO SOBRE EL TURISMO

- ¿Fomentará el interés turístico de la zona rural?

IMPACTO SOBRE LA DESPOBLACIÓN Y LA IGUALDAD

- ¿Afectará positivamente a los diferentes grupos demográficos y sociales de las zonas rurales? Podría desglosarse esta pregunta en función del sexo y de rangos de edad de los residentes en las zonas rurales (niños, adolescentes, adultos y tercera edad).
- ¿Podría afectar positivamente a las personas con salarios bajos, empleo estacional a tiempo parcial o a los hogares desfavorecidos de las zonas rurales?
- ¿Se ha valorado el envejecimiento de la población de las zonas rurales a la hora de diseñar el programa o política pública?

IMPACTO SOBRE LAS COMPETENCIAS Y FINANCIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL RURAL

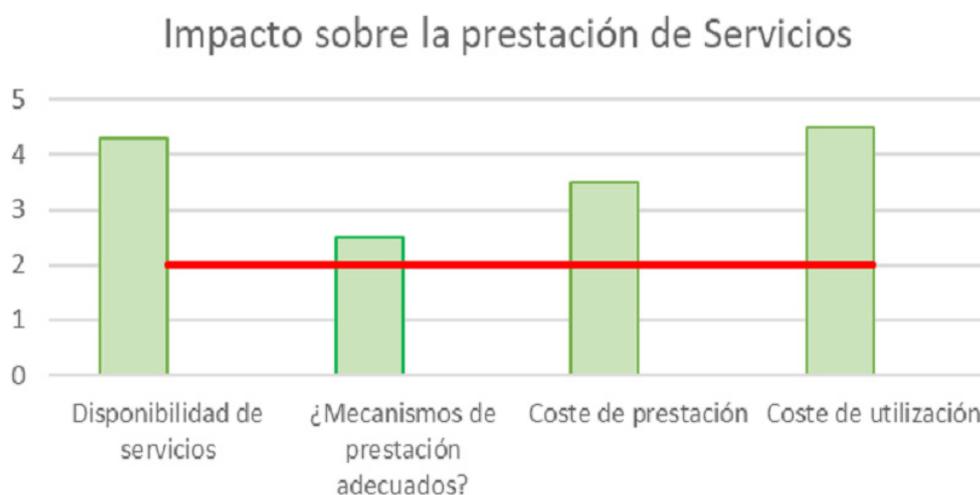
- ¿Podría tener repercusiones en la transferencia de competencias a favor de los ayuntamientos o diputaciones de zonas rurales?
- ¿Se destina una proporción equitativa y razonable de los recursos financieros del programa o política pública a las zonas rurales?
- ¿La Administración local dispone de información y medios (personales y materiales) para ejecutar el programa en las áreas rurales?

Fuente: Elaboración propia.

Obviamente este modelo de *checklist* puede variar en función del tipo de política pública que quiera evaluarse o, de forma todavía más clara, del tipo de zona rural en que desee analizarse su impacto. Aún dentro de la Comunidad Autónoma, no tienen las mismas necesidades o preocupaciones las zonas rurales ubicadas en montaña, por ejemplo, que las ubicadas en la meseta.

A la hora de dar respuesta a las diferentes preguntas resulta de gran utilidad emplear una horquilla numérica entre el 0 y el 5, siendo el 0 el impacto más negativo posible en la zona rural y el 5 el más positivo y deseable. Esto nos permitirá de forma muy sencilla crear un gráfico en el que podamos, a primera vista, hacernos una idea del impacto –positivo o negativo– que pueda tener la política pública en las zonas rurales. Sirva como ejemplo el siguiente gráfico –ficticio– referido al módulo de preguntas relativo a la prestación de servicios en las zonas rurales:

GRÁFICO 2. EJEMPLO FICTICIO DE TABLA DE INTERPRETACIÓN DE CHECKLIST PARA EL MODELO PROPUESTO EN CASTILLA Y LEÓN



Fuente: Elaboración propia.

Una vez recopiladas las respuestas y generados los gráficos habrá que analizar con más detalle aquellas preguntas que pueda plantear más problemas o, incluso, desarrollar o solicitar más información sobre algún punto concreto que presente mayor interés. Consideramos coherente (por eso el gráfico genera una línea roja en el número 2) que si alguna de las preguntas arroja resultados por debajo del 2 en la escala del 0 al 5 habrá que evaluarla de forma pormenorizada y, en su caso, repensar ese extremo hasta conseguir al menos un impacto positivo en las zonas rurales de, al menos, 2 puntos.

Es deseable que la redacción de las preguntas sea sencilla y clara, que no dé lugar a posibles confusiones o interpretaciones, pues la evaluación de impacto debe ser un trámite administrativo lo más ágil posible. Nunca puede convertirse en una carga burocrática que desanime a la implementación de políticas públicas con óptica rural.

Por último, el informe anteriormente citado del Comité Europeo de las Regiones sobre *rural proofing* recomienda que la evaluación de impacto debe realizarse concienzudamente desde una fase temprana del diseño de las políticas públicas. Consideramos igualmente útil que esta evaluación de impacto se lleve a cabo también durante la ejecución del programa o política concreta, pues nos aportaría datos muy fiables de cara a la supervisión –y una posible readaptación– y valoración de los resultados que está teniendo su implantación y poderlos comparar con las previsiones de su fase inicial.

Por otro lado, parece que las principales críticas de las experiencias de *rural proofing* en otros Estados coinciden en que el mecanismo rural de garantía es mucho más eficaz si se aplica de modo transversal. ¿A qué nos estamos refiriendo con la transversalidad? Fundamentalmente a no hacer depender el mecanismo rural de garantía de una sola Consejería (que normalmente será la que tenga competencias en materia de agricultura). Esto provocaría una visión sectorial de la realidad rural y, por lo tanto, parcial e incompleta.

Además, sería un contrasentido dejar el mecanismo rural de garantía en Castilla y León como un compartimento estanco dentro de una sola Consejería cuando, como hemos dicho más arriba, más del 97% de los municipios tendrían la consideración de rurales. El resto de Consejerías no pueden permanecer ajenas a la aplicación y al diseño de una herramienta que busca, en resumidas cuentas, desarrollar el mundo rural en sentido amplio (económico, social, demográfico, cultural, turístico...) y no sólo en campos tradicionales como la agricultura y la ganadería.

Junto con la transversalidad, para que el mecanismo rural de garantía sea un instrumento válido y eficaz para el desarrollo de las zonas rurales, consideramos que debe aplicarse de forma obligatoria a todas las propuestas normativas y a las políticas públicas antes de su aplicación efectiva. La obligatoriedad de la aplicación del mecanismo rural de garantía debe estar garantizada pues, de lo contrario, la experiencia comparada demuestra que, o no se aplicará, o se aplicará de forma parcial y en este caso los resultados que arroje el método de evaluación de impacto no serán reales.

Otra cuestión que cabe plantearse es si las competencias en esta materia deben otorgarse a un órgano administrativo existente o si, por el contrario, merece la pena crear un órgano *ad hoc*. Entendemos que la solución ideal pasa por la creación de un órgano *ad hoc* con competencias específicas en esta materia e integrado por especialistas. Si se declara competente a un órgano administrativo integrado en alguna Consejería se corre el riesgo de excluir la –recomendable– aplicación transversal del mecanismo rural, resultando éste de aplicación solo a las políticas públicas que se promuevan desde la Consejería en que esté ubicado ese órgano.

Ahora bien, es evidente que la creación de un órgano administrativo exige, además de tiempo y financiación extra, una carga burocrática que podría retrasar la puesta en práctica del *rural proofing*. Por ello, si no fuera posible esta primera opción, entendemos que otra solución podría ser dotar de competencias en esta materia a un órgano administrativo ya existente pero que no se ubique en una Consejería concreta, garantizando así la comentada transversalidad en la aplicación del mecanismo rural de garantía.

En cualquier caso, se opte por el modelo que se opte, es importante, y así también lo demuestran las principales críticas plasmadas en el informe del Comité Europeo de las Regiones, dotar al órgano competente en esta materia no solo de capacidad de ejecución, sino también de competencias en materia de supervisión o inspección de la ejecución de las políticas que superen la herramienta de *rural proofing*. Asimismo, este órgano debe tener atribuidas competencias para la revisión y actualización periódica de la herramienta, lo que permitirá corregir posibles errores y adaptar el mecanismo a nuevas realidades o necesidades del mundo rural. Por último, no sería descabellado dotar a este órgano de competencias «sancionadoras» para aquellos casos en que la política pública se aplica desoyendo las directrices del mecanismo rural de garantía. No debemos olvidar que el mecanismo rural de garantía debe ser obligatorio y, para ello, su incumplimiento debe tener consecuencias.

Por último, la composición del órgano competente debe ser heterogénea. Es decir, es imprescindible que en la creación y revisión del mecanismo rural de garantía se asegure la participación de todas las partes implicadas³⁹. Además de funcionarios públicos de la Administración autonómica, este órgano debe dar voz a la Administración Local –Ayuntamientos y Diputaciones–, principal receptora del mecanismo rural, así como a la población rural y a los representantes de organizaciones o asociaciones que representen intereses de las zonas rurales, especialmente a empresarios y emprendedores que sitúen su centro de actividad en una zona rural. Esta «democratización» del *rural proofing* es altamente recomendable pues de lo contrario se podría caer en el absurdo de diseñar políticas para el desarrollo rural de espaldas al propio mundo rural.

Para finalizar, otro de los factores que consideramos importante tener claro de cara a la implantación del mecanismo rural de garantía es el de su financiación. Analizando el derecho comparado nos encontramos con dos posibilidades; por un lado, participar del presupuesto global del ente público con competencias en esta materia y, por otro lado, dotar de una partida independiente o un presupuesto cerrado y diferenciado al órgano encargado de ejecutar y supervisar el mecanismo rural de garantía. Entendemos que la segunda opción es más apropiada. La experiencia internacional demuestra que, sin un presupuesto independiente, el mecanismo rural de garantía –tal vez porque sus resultados no son cortoplacistas– cada vez queda más olvidado y el presupuesto dedicado a él va bajando año a año. En consecuencia, su aplicación cada vez es más escasa y no existen medios para su progresiva actualización y mejora.

Parece que gran parte de la financiación de esta iniciativa, a juzgar por el interés que se viene demostrando por el *rural proofing* desde la Declaración de Cork 2.0 de 2016, podría conseguirse a través de la integración en programas de la Unión Europea.

7. CONCLUSIONES

1. El mecanismo rural de garantía es una herramienta que puede resultar muy útil a la hora de dinamizar o revitalizar el mundo rural. Su objetivo principal es analizar la normativa o las políticas públicas antes de su entrada en vigor desde una perspectiva rural para que a la hora de su entrada en vigor el impacto económico, social y demográfico –principalmente– sea positivo para las zonas rurales y así paliar las desigualdades crecientes entre el mundo rural y las zonas urbanas.

³⁹ Así lo consideró también Hogan (2017, p. 27), político irlandés que ha sido, entre otras cosas, Comisario europeo de Agricultura y Desarrollo Rural entre 2014 y 2019, dando a entender que la participación de las propias comunidades rurales en el diseño de la herramienta de *rural proofing* es clave para su éxito.

2. En el ámbito internacional existen varios ejemplos de mecanismos rurales de garantía. Es difícil encontrar uno cuya aplicación haya sido totalmente exitosa, pero del estudio de cada uno de ellos se pueden extraer consecuencias positivas. Tras el análisis comparado, consideramos que la aplicación obligatoria y transversal de un mecanismo de *rural proofing* es *conditio sine qua non* para que tenga éxito.

3. El diseño y puesta en práctica de un mecanismo rural de garantía no es tarea sencilla por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque su implementación y posterior mantenimiento exige una inversión importante a cargo de los presupuestos públicos que muchos gobiernos no quieren asumir. Y, en segundo lugar, porque sus resultados –dinamización de las zonas rurales– no se aprecian a corto plazo, sino que requieren de una aplicación efectiva de la herramienta prolongada en el tiempo.

4. En España no ha habido experiencias de *rural proofing*, sin embargo, consideramos que podemos estar ante un momento apropiado para comenzar a implementarlas, tanto a nivel estatal como autonómico por, al menos, dos motivos. El primero, la situación de las zonas rurales en España constituye el supuesto de hecho idóneo para la implantación de este tipo de herramienta; cada vez es mayor el descalabro demográfico y la desigualdad de la población rural con respecto a la de zonas urbanas en lo que a prestación de servicios públicos de calidad se refiere. En segundo lugar, la Unión Europea –preocupada por la deriva del mundo rural– defiende el mecanismo rural de garantía y tiene programas que pueden ayudar, tanto al diseño como a la financiación de esta herramienta en los Estados miembros.

5. Si en España existe una Comunidad Autónoma donde las zonas rurales tengan un peso específico, esa es Castilla y León. Por ello, proponemos la creación de un mecanismo rural de garantía castellanoleonés a partir de las experiencias –positivas y negativas– internacionales. Debe ser una herramienta de aplicación obligatoria y transversal a cualquier tipo de norma o política que desee implantarse. Igualmente debe contar con un presupuesto cerrado y diferenciado que financie su creación y mantenimiento y que sea ejecutado por un órgano administrativo compuesto por funcionarios, expertos en la materia y representantes de las zonas rurales, que no se encuentre encorsetado en ninguna consejería concreta y con potestades supervisoras y sancionadoras en la materia.

RECURSOS WEB

Comisión Europea (2021, 30 de junio). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Visión a largo plazo para las zonas rurales de la UE: hacia unas zonas rurales más fuertes, conectadas, resilientes y prósperas antes de 2040, (COM (2021) 345 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0345>

Comisión Europea (2021, noviembre). Better regulation: guidelines and toolbox. https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en

Comité Europeo de las Regiones (2022). Rural proofing – a foresight framework for resilient rural communities. https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Rural%20proofing%20%E2%80%93%20a%20foresight%20framework%20for%20resilient%20rural%20communities/coter_nat_rural.pdf

Declaración de Cork 2.0 (2016). Una vida mejor en el medio rural. https://enrd.ec.europa.eu/sites/default/files/cork-declaration_es.pdf

DEFRA (2021, marzo). Rural Proofing in England 2020. Delivering policy in a rural context. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/982484/Rural_Proofing_Report_2020.pdf

DEFRA (2022, noviembre). Rural proofing. Practical guidance to consider the outcomes of policies in rural areas. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1121357/rural-proofing-guidance.pdf

ENRD (2017). Rural Connections: Revista sobre desarrollo rural europeo (otoño-invierno 2017). https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/enrd_publications/publi-enrd-magazine07-2017-es.pdf

ENRD (2020). The Rural Parliament of Scotland. https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/enrd_publications/methodological-case_scottish-rural-parliament_uk.pdf

ENRD Thematic Group «Rural Proofing» (2021). Analytical overview of rural proofing approaches and lessons learned. https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/background_paper-rural_proofing-jane_atterton_220127.pdf

ENRD (2022, 27 de enero). Finnish experiences on rural proofing. https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/tg1-rp_finnish_experiences_on_rural_proofing_husberg.pdf

- Estrategias y Planes y 130 medidas frente al Reto Demográfico. https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/Estrategias_Planes.aspx
- Gobierno de Canadá (2001). Guide to using the Rural Lens. https://publications.gc.ca/collections/collection_2015/aac-aafc/A114-43-2001-eng.pdf
- Gobierno de South Australia, Department of Primary Industries and Regions (2022). <https://www.pir.sa.gov.au/regions>
- Hall, H. (2021, 13 de mayo). Rural Proofing in Canada. https://ruralproofing.com/wp-content/uploads/2021/05/HMHALL_Rural-Proofing-in-Canada.pdf
- Housing Strategy, Policy and Development. Scottish Borders Council. (2021, julio). The rural proofing checklist. <https://scottishborders.moderngov.co.uk/documents/s57959/Item%20No.%2005%20-%20Appendix%20%20-%20Rural%20Proofing%20Checklist%202022-27.pdf>
- INE (2022). Estadística del Padrón Continuo. <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p04/provi/10/&file=0tamu001.px&L=0>
- INE (2022). Número de municipios por provincias, comunidades autónomas e islas. https://www.ine.es/daco/daco42/codmun/cod_num_muni_provincia_ccaa.htm
- Junta de Castilla y León (2023). Registro de municipios de Castilla y León. <https:// analisis.datosabiertos.jcyl.es/explore/dataset/registro-de-municipios-de-castilla-y-leon/table/?flg=es>
- Ministerio de Industrias primarias de Nueva Zelanda (2018). Rural Proofing Guide for policy development and service delivery planning. <https://www.mpi.govt.nz/dmsdocument/29294-Rural-proofing-Guide-for-policy-development-and-service-delivery-planning>
- Ministerio de Industrias Primarias de Nueva Zelanda (2018). Rural proofing impact assessment checklist. <https://www.mpi.govt.nz/dmsdocument/42207-Rural-Proofing-Impact-Assessment-Checklist-Template>
- OECD Territorial Reviews: Sweden 2017. https://read.oecd-ilibrary.org/urban-rural-and-regional-development/oecd-territorial-reviews-sweden-2017_9789264268883-en#page3
- Proyecto español «rural proofing». <https://ruralproofing.com/>
- Proyecto español «rural proofing» (2021, diciembre). 71 propuestas para conseguir una legislación más justa para el medio rural. <https://ruralproofing.com/wp-content/uploads/2022/01/G100.-71-propuestas-Rural-Proofing.pdf>
- Proyecto español «rural proofing» (2021, diciembre). Conclusiones para la implantación de un Mecanismo Rural de Garantía en España. <https://ruralproofing.com/wp-content/uploads/2022/01/G100.-Conclusiones-finales-modelo-Rural-Proofing.pdf>
- Rural Ontario Municipal Association – ROMA (2015). The rural and northern Lens. <https://www.amo.on.ca/sites/default/files/assets/DOCUMENTS/Reports/2015/TheRuralandNorthernLensPanelCard2015.pdf>
- Rural Ontario Municipal Association – ROMA (2015, enero). The Rural and Northern Lens & A Voice for Rural and Northern Ontario. <https://www.roma.on.ca/sites/default/files/DOCUMENTS/Reports/2015/AVoiceforRuralandNorthernOntario201501.pdf>
- The Scottish Parliament (2019, octubre). Safeguarding Scotland's remote rural communities. https://archive2021.parliament.scot/S5MembersBills/GR_Consultation_Final.pdf
- Web oficial del Scottish Forum on Natural Capital (2022, 22 de septiembre) <https://naturalcapitalscotland.com/national-council-for-rural-advisers-calls-for-action-to-ensure-the-future-of-the-rural-economy-in-scotland/#:~:text=The%20NCRA's%20remit%20was%20to,sustainable%20and%20productive%20rural%20economy>
- Web oficial del Rural Policy Council Finlandés (2023). <https://www.ruralpolicy.fi/>
- Web oficial del SRA (Scottish Rural Action) (2023). <https://www.sra.scot/our-work/about-scottish-rural-parliament>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bello Paredes, S. A. (2020). Castilla y León vacía (vacuada): esperando a Ulises. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (13), 110-130. <https://doi.org/10.24965/reala.i13.10728>
- Bello Paredes, S. A. (2023). La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (19), 125-147. <https://doi.org/10.24965/reala.11167>
- Domínguez Álvarez, J. L. (2021). El avance del «rural proofing» o «mecanismo rural de garantía» como herramienta indispensable para afrontar el reto demográfico y territorial. En L. M. Bujosa Vadell (dir.) y I. González Pulido, W.

- Reifarth Muñoz y E. Dos Santos Alves (coords.), *Administración, hacienda y justicia en el estado social II* (pp. 171-191). Tirant lo Blanch.
- Fernando Pablo, M. M. y Domínguez Álvarez, J. L. (2022). La urgencia de impulsar la transformación del ordenamiento jurídico para afrontar el reto demográfico y territorial: más allá de la reforma del régimen local. En C. Navarro Gómez, A. R. Ruiz Pulpón, F. Velasco Caballero y J. Castillo Abella (eds.), *Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación: Diagnóstico, territorio y gobierno local* [Ciudad Real, 22 y 23 de septiembre] (pp. 217-234). Universidad Autónoma de Madrid – Instituto de Derecho Local. Disponible en: <https://produccioncientifica.usal.es/documentos/63c0b2b53df4c204fbafc9a5>
- Hogan, P. (2017). ¿Es el mecanismo rural de garantía la clave para desbloquear el potencial del desarrollo rural? *Rural Connections. La Revista sobre Desarrollo Rural Europeo*, (otoño/invierno 2017), 27-28. https://ec.europa.eu/enrd/sites/default/files/enrd_publications/publi-enrd-magazine07-2017-es.pdf
- Jiménez Martínez, L. (2020). Los indicadores como tecnología de gobernanza en áreas rurales: síntesis y casos. *Kultur*, 7(14), 91-112. <http://dx.doi.org/10.6035/Kult-ur.2020.7.14.3>
- Sanz Larruga, F. J. (2020). Instrumentos de evaluación y participación para la cohesión territorial y ante el reto demográfico. *Revista Española de la Función Consultiva*, (33), 69-91. <https://www.cjccv.es/pdfs/pub/refc-n33.pdf#page=69>
- Sanz Larruga, F. J. (2021). Cohesión territorial, reto demográfico y dinamización rural: las limitadas, pero necesarias respuestas desde el Derecho. En F. J. Sanz Larruga y L. Míguez Macho (dirs.), *Derecho y Dinamización e Innovación Rural*, (pp. 29-206). Tirant lo Blanch.
- Sherry, E. y Shortall, S. (2019). Methodological fallacies and perceptions of rural disparity: How rural proofing addresses real versus abstract needs. *Journal of Rural Studies*, (68), 336-343. <https://doi.org/10.1016/j.jrurstud.2018.12.005>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 29-03-2023
Modificado: 13-06-2023
Aceptado: 26-06-2023
Prepublicado: 18-08-2023
Publicado: 16-10-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11212>
Páginas: 146-164

Referencia: Pérez López, R. y González Salcedo, A. (2023). ¿Cómo mejorar la calidad de la democracia local? Analizando el funcionamiento de las juntas municipales en Murcia. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 146-164. <https://doi.org/10.24965/reala.11212>

¿Cómo mejorar la calidad de la democracia local? Analizando el funcionamiento de las juntas municipales en Murcia

How to improve the quality of local democracy? Analyzing the functioning of the municipal boards in Murcia

Pérez López, Rebeca
Universidad de Murcia. Departamento de Sociología (España – Spain)
rebeca.perez@ayto-murcia.es

NOTA BIOGRÁFICA

Diplomada en Ciencias Empresariales. Maestría en Análisis Político Aplicado, Departamento de Sociología, Universidad de Murcia. Doctoranda del Programa de «Sociedad, Desarrollo y relaciones Laborales» de la UM. Concejala del Partido Popular en el Ayuntamiento de Murcia. Experta en Administración Local.

González Salcedo, Antonia
Departamento de Ciencia Política. Universidad de Murcia (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4868-6905>
agonzalez@um.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Ciencia Política. Profesora Contratada Doctora del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Murcia. Su línea principal de investigación es la participación ciudadana, tema al que dedicó su tesis doctoral y sobre el que desarrolla varios proyectos de investigación con administraciones públicas y entidades privadas. Investigadora principal del Grupo de Estudios Cívicos e Innovación Social de la UM. Miembro del comité científico de la Cátedra Abierta para la Innovación y la Participación. Miembro del Consejo Asesor Científico del Laboratorio de Innovación Pública «NOVAGOB».

RESUMEN

No cabe duda de que el ámbito local es el escenario más propicio para atender las demandas y canalizar las propuestas de los ciudadanos, y que las Juntas Municipales, como órganos de gestión desconcentrada del municipio de Murcia, suponen un cauce prioritario para la participación ciudadana. La estructura y la composición de estos órganos de representación local juegan un papel fundamental en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas. El compromiso de los actores implicados en este espacio institucional puede marcar el rumbo de estos órganos de participación.

Hay que tener en cuenta que en los últimos años se ha registrado una baja actividad de las Juntas Municipales. Tan sólo se han convocado el 66 % de los plenos ordinarios que correspondían normativamente. Esta disfunción supone una merma en la calidad democrática municipal.

A través del presente estudio queremos ofrecer una visión panorámica del funcionamiento de las Juntas Municipales en términos de calidad democrática para ofrecer propuestas de mejora para conseguir una mayor fortaleza y representación institucional.

PALABRAS CLAVE

Juntas Municipales; participación ciudadana; representantes políticos; calidad democrática; Murcia.

ABSTRACT

There is no doubt that the most favorable way to meet the demands and the proposals of citizens is at a local level. The Municipal Boards, the decentralized management bodies of the municipality of Murcia, play a major part in citizen participation. The structure and composition of these local representative bodies play a fundamental role in how the functions entrusted to them are carried out. The commitment of the individuals involved in these institutions heavily influence their performance.

It must be taken into account that in recent years the Municipal Boards' activity has been relatively low-only 66% of the ordinary plenary sessions corresponding to the regulations have been convened. This dysfunction entails a reduction in the quality of municipal democracy.

Through this study we want to offer a panoramic view of the operations of the Municipal Boards in terms of democratic quality with a view to offering proposals in order to achieve greater strength and institutional representation.

KEYWORDS

Municipal Boards; citizen participation; political representatives; democratic quality; Murcia.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. FACTORES DETERMINANTES DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA EN LAS JUNTAS MUNICIPALES. 3. METODOLOGÍA. 4. ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS JUNTAS MUNICIPALES EN MURCIA. 4.1. EL COMPROMISO POLÍTICO EN LAS JUNTAS MUNICIPALES DE MURCIA. 4.2. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DE LAS JUNTAS MUNICIPALES DE MURCIA. 4.3. FUNCIONAMIENTO Y ACTIVIDAD DE LAS JUNTAS MUNICIPALES DE MURCIA. 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana en el ámbito local constituye un intento de regenerar el sistema democrático, y forma parte del fenómeno de dinamismo participativo que se está haciendo patente en nuestra sociedad frente la apatía y el desinterés ciudadano. Se supone, en este sentido, que el nivel local es el ámbito adecuado para generar dinámicas de participación ciudadana por su identificación con las peculiaridades del territorio al que atiende, porque se considera que es lo suficientemente flexible para atender las demandas reales de la población, puesto que se cree que tiene más posibilidades de instaurar las condiciones para la inclusión de los individuos o de los colectivos interesados en las cuestiones públicas, y por último, por su conveniencia para construir capital social y contribuir a una toma de decisiones más eficiente (Subirats, 2002; Colino, 2002).

Las Juntas Municipales son una figura de gestión desconcentrada de la Administración Local que actúa como órgano colegiado de representación político-vecinal. Se trata de un órgano estable de participación institucionalizada en el ámbito inframunicipal que se erige como cauce prioritario para la participación ciudadana. Este órgano territorial constituye además un instrumento esencial para conseguir una descentralización de servicios y la representación de los intereses de los distintos núcleos diseminados de los que se compone el territorio.

El conjunto de múltiples experiencias de participación que tienen lugar en España, se puede categorizar en tres modelos: universal, mixto y de participación corporativa. En el caso de las Juntas Municipales objeto de estudio, se trata de una participación mixta que permite la intervención tanto de asociaciones como de individuos que no pertenezcan a colectividades estructuradas (Ganuzo y Francés, 2012).

La necesidad de impulsar formas directas de participación ciudadana (no sólo entendida como la iniciativa ciudadana europea que se incorporó al ordenamiento comunitario con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) queda recogida en el ámbito europeo a través de los principios establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En las reflexiones contenidas en el Libro Blanco «La gobernanza europea» de la Comisión Europea de 2001, quedan establecidos los cinco principios de una correcta gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficiencia y coherencia.

También en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación, 2001/19), sobre la participación ciudadana en la vida pública local se concretan estos objetivos. De esta

forma, se precisa del nivel local como el espacio donde el derecho democrático podría ejercerse más directamente y por tanto donde es necesario actuar con mayor énfasis para involucrar a los ciudadanos de forma más directa en la gestión de los asuntos locales.

En el ámbito nacional, la Constitución Española de 1978 (CE) supone un avance de los sistemas de descentralización tanto en la organización administrativa como en la mejora de la participación ciudadana. La norma suprema de nuestro ordenamiento establece el derecho a la participación como un derecho de configuración legal por el que «corresponde a los poderes públicos promover la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2 CE).

Más tarde, la entrada en vigor de la Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local de 23 de marzo (en adelante LRBRL), supuso un hecho relevante incluyendo el concepto de municipio como «entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación en los asuntos públicos que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades». Así pues, el art. 69 de la LRBRL considera función de las corporaciones locales facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local, lo que justifica la creación de entidades propias para ejercer la descentralización y la participación ciudadana.

Los Ayuntamientos son, por lo tanto, los encargados de establecer y regular con normas de carácter orgánico, procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto, como en el de sus Distritos.

La llegada de un nuevo avance legislativo con reformas en relación a la participación responde a la Recomendación 2001/19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y favorece una relación más directa entre la ciudadanía y los gobiernos ejecutivos. Por ello, la Ley 57/2003, de medidas para la Modernización del Gobierno Local, en su exposición de motivos parte de la existencia de «una clara tendencia continental a reforzar las posibilidades de participación y de incidencia de los ciudadanos en el gobierno local, para evitar o corregir, en el contexto de un mundo globalizado, el alejamiento de los ciudadanos de la vida pública». En la misma se advierte de la necesidad de «disponer de unos estándares mínimos concretos que permitan la efectividad de esa participación», siendo obligatorio el establecimiento de reglamentos orgánicos en todos los municipios en materia de participación ciudadana que regulen tanto los mecanismos como los procedimientos para lograr una efectiva y válida participación.

La legislación autonómica ha avanzado a otro ritmo, ha seguido un proceso de renovación mucho más flemático. La Ley 6/1988 de Régimen Local de la Región de Murcia profundiza en la singularidad de la Región de Murcia y sus municipios, destacando la existencia de núcleos de población separados de la respectiva capitalidad del municipio. Para regular esa posible organización complementaria se prevé el establecimiento de, entre otros órganos, de la figura de Alcaldes de barrio o pedanía, Junta Municipal o de Presidente de la Junta.

En estos últimos años, en el ámbito local se han aprobado ordenanzas que mejoran, profundizan y avanzan en la relación administración-administrado que tiene lugar en el gobierno local y sus entes descentralizados. Con la aprobación de la Ordenanza reguladora de la Administración Electrónica de 2013 se traslada al ámbito municipal las disposiciones recogidas en la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos y se dan pasos para acercar la administración al ciudadano, al tiempo que facilita las posibilidades de controlar la acción de la administración al permitir un acceso sencillo e inmediato durante las 24 horas del día sin requerir de la presencialidad del ciudadano.

Posteriormente la Ordenanza de Transparencia, de Acceso a la Información, Reutilización de datos y Buen Gobierno de 2017, que tiene por objeto «garantizar la transparencia en la actuación del Ayuntamiento de Murcia, así como el libre acceso a su información pública, y la reutilización de la misma, estableciendo los medios necesarios para ello, que serán preferentemente electrónicos» (art.1), confiere a los ciudadanos mayores facultades de control y fiscalización de la actividad política.

Es el Reglamento de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Murcia el que regula el funcionamiento de las Juntas Municipales. Hasta alcanzar la normativa actual en vigor, hubo otros marcos jurídicos previos, situándose los primeros antecedentes legales al año 1984 con el anteproyecto de Reglamento de Descentralización, Desconcentración y participación ciudadana del Ayuntamiento de Murcia. La existencia de este tipo de normativa es un indicador del compromiso inicial de las administraciones locales con la participación de sus ciudadanos (Cernadas et al., 2017), aunque disponer de él no garantiza un efectivo compromiso institucional sobre la participación (Pineda, 2011). De hecho, es más que frecuente encontrar RPC desactualizados y caducos que o bien no se aplican o directamente no satisfacen las inquietudes de la ciudadanía.

La fecha de aprobación de los RPC permite clasificar a los municipios dependiendo de si este momento fue anterior o posterior a la aparición de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985; de esta manera los municipios se diferencian entre innovadores, si fue anterior e imitadores si por el contrario la aprobación fue posterior a la publicación de la ley. El efecto democratizador en la esfera municipal es mayor en la misma medida que el municipio es más grande y con un resultado más notable cuando son liderados por partidos de izquierda.

En los municipios imitadores, como es el caso de Murcia, queda constatada en líneas generales una menor colaboración entre gobierno municipal y asociaciones locales en la elaboración del reglamento (Navarro, 2000). Los RPC posteriores a la Ley 57/2003 de medidas para la Modernización del Gobierno Local se caracterizan por ser más restrictivos y formalistas que los anteriores en su redacción (Misino, 2013).

En la propia exposición de motivos del RPC queda definida la Junta Municipal como «única figura de gestión desconcentrada en la ciudad y en los núcleos periféricos». En el mismo se describe la composición formal de participación, así como la manera en la que los ciudadanos pueden participar, quedando concretado su rol, estructura y funcionamiento.

Por lo general, se trata de órganos caracterizados por su regularidad, estabilidad y sistematización en relación a la gestión, favoreciendo la participación de la ciudadanía sobre cualquier asunto o temática que pueda afectar al territorio en cuestión de forma más permanente.

Tanto en las comunidades autónomas como en los grandes municipios, estos canales de participación se convierten en órganos predominantes, en espacios donde además la administración adquiere un papel imperante de participación que da lugar a modelos excesivamente jerárquicos y rígidos desde el punto de vista estructural. Como aspecto relevante en cuanto a la composición de estos órganos destaca el papel residual que en su estructura se acaba otorgando a la ciudadanía (Parés y Resende, 2009a).

En líneas generales estos órganos estables de participación presentan *debilidades en relación a su falta de funcionalidad y calidad democrática*, siendo por el contrario su *mayor fortaleza la estabilidad que proporciona al proceso*.

Las flaquezas atribuidas a estos órganos se fundamentan en el incumplimiento de los reglamentos que regulan su funcionamiento. En concreto «alguno de estos órganos de participación no funciona adecuadamente y suelen tener problemas a la hora de reunirse con la periodicidad supuestamente fijada», aunque en otros casos su debilidad se imputa a la escasa implicación de los actores (Parés y Resende, 2009a, p. 178).

El funcionamiento de estos órganos depende en exceso del gobierno en cuestión que para liberarse de los inconvenientes derivados de su convocatoria podrían optar simplemente por no reunir al órgano correspondiente (Vergé, 2007).

Además, las formas actuales de participación presentan dificultades en relación con la imprecisión de sus objetivos y la falta real de capacidad para dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos (Navarro, 2000). Son los criterios relacionados con el proceso, la relación con los participantes, la temática, el método participativo y las propias consecuencias del proceso sobre los que se cuestiona la calidad democrática de estos órganos municipales (Parés y Castellá, 2009).

Estos rasgos generales y distintivos son los que llevan a concluir desde un amplio acuerdo académico, que muchas de estas formas de participación puestas en marcha se encuentran en crisis, resultando necesario acometer una intensa transformación de las mismas (Ganuzo y Francés, 2012).

Siendo esta una razón más por la que la agenda pública queda marcada por la necesidad de mejorar la calidad de la democracia a través de estos procesos de participación. En el empeño de mejorar estos instrumentos de participación institucionalizada se plantean estrategias que permitan una mayor profundidad y calidad democrática de las mismas (Parés y Resende, 2009a).

2. FACTORES DETERMINANTES DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA EN LAS JUNTAS MUNICIPALES

La calidad democrática de las Juntas Municipales va a estar condicionada por multitud de factores del propio proceso relacionados con: la coordinación con los participantes, la temática, el propio proceso participativo y las consecuencias del mismo (Parés y Castellá, 2009).

La participación ciudadana debe entenderse mucho más allá de un derecho constitucional, también como un proceso que debe estar planificado por la administración, por lo que requiere de una firme acción

de gobierno que la favorezca. «De nada sirve crear canales, espacios, órganos o reglamentos para constatar la existencia de este derecho, si este derecho no se ejercita» (Pindado, 2008, p. 6).

Esta reflexión pone de manifiesto cómo el compromiso y responsabilidad del propio gobierno y toda su estructura funcional juegan un papel importante en la implicación de la ciudadanía en los asuntos locales (Ziccardi, 1999). Por lo tanto, uno de los factores determinantes para alcanzar los objetivos que se atribuyen a la descentralización y a la participación política es la implicación y participación de los actores políticos. Sosa (2011) sostiene que para el fortalecimiento del poder local se requiere de la voluntad y planificación de los actores políticos, convirtiéndose los partidos políticos una pieza clave para el desarrollo de la democracia participativa en el ámbito local.

La *iniciativa y vitalidad que demuestran las formaciones políticas* con representación en las instituciones juegan un papel relevante en el funcionamiento de las mismas. Para analizar la calidad y vitalidad de los regímenes democráticos actuales resulta necesario el estudio de vínculos de los partidos políticos con la sociedad, así como del rol de intermediación que adquieren en el proceso de representación política (Vergé, 2007).

El objetivo es conseguir un compromiso firme de la ciudadanía con la democracia y para ello se requiere de un conocimiento político notable, así como de un alto nivel de implicación en los asuntos públicos que se materialice a través del desarrollo de diversas expresiones de participación política (Carpini, 2004).

En la práctica el interés principal de los partidos en los gobiernos locales radica en conseguir su reelección para seguir gobernando y ostentar el poder, dejando en un segundo plano el interés por la democratización municipal. Teniendo esta máxima en cuenta, la participación ciudadana puede registrar una alta variabilidad dependiendo de la *voluntad política* para que estos órganos funcionen, sin perder de vista las motivaciones que mueven a las formaciones políticas: asegurar el liderazgo y favorecer un clima pacífico y sin conflictos (Misino, 2013).

«La iniciativa debe ser liderada políticamente. Sólo a través de un liderazgo político sólido un proceso político será legitimado institucionalmente» (OIDP, 2006, p. 20). «El compromiso político es indispensable para que los resultados del proceso sean implementados y, por tanto, para que el proceso sea eficaz» se sitúa este como uno de los principales indicadores de la calidad democrática (Parés y Castellá, 2009, p. 244).

El *color político o la ideología* del gobierno del municipio, constituye un elemento explicativo de los niveles de participación, siendo la relación existente entre participación y partidos políticos un factor ampliamente debatido por la literatura (Cernadas et al., 2017).

La relación entre la participación y los partidos políticos ha sido ampliamente tratada en multitud de estudios, si bien en principio afirmaban que los partidos de izquierdas mostraban un mayor compromiso con la participación ciudadana, los más recientes establecen que la ideología influye más que en la existencia de procesos de participación, en el estilo y el uso de los mismos según el partido que lo lidere.

La relación participación-partidos políticos no debe sobrestimarse, según Cernadas ya que «en muchos casos la puesta en marcha de experiencias de participación ciudadana depende más de las actitudes y del carácter innovador de determinados dirigentes políticos y técnicos de la Administración Local que de las relaciones que se establezcan con la sociedad desde los partidos» (Cernadas et al., 2017, p. 178). El color político de los gobiernos municipales no influye tanto en la cantidad sino en la calidad y en el uso que se hace de la participación como instrumento de apoyo al logro de sus fines.

La *composición* de estos órganos estables de participación suele ser hermética, y queda integrada por un número determinado de miembros que se establece en el RPC, donde además quedan determinadas las restricciones de acceso al mismo. Lo ideal sería poder garantizar una composición con un alto grado de representatividad de la sociedad, contemplando una amplia diversidad de perfiles (Parés y Castellá, 2009).

Diferentes estudios han demostrado la existencia de un *sesgo participativo* en los órganos estables hacia una parte de la ciudadanía o de grupos sociales estructurados que «quedan excluidos o se benefician en menor medida que otros del acceso al gobierno municipal», una práctica que limita el proceso democratizador (Navarro, 2000, p. 34). De establecerse una mayor apertura a la diversidad de participantes se estaría favoreciendo una mayor profundización democrática (Parés y Resende, 2009a).

Una mirada de género va a permitir realizar un análisis crítico de «los desequilibrios de poder que se dan en el seno de la democracia representativa» lo que denota una insuficiencia del método democrático (Misino, 2013). Es necesario, por tanto, realizar un estudio de la composición de género de los órganos de participación que permita profundizar en las diferencias de ocupación del espacio público entre hombres y mujeres.

El análisis de la integración igualitaria va permitir evaluar la existencia o no de una representación equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de decisión. La representación de las mujeres se transforma en una demanda que pretende mejorar la calidad de la democracia, siendo la ideología un factor determinante para este proceso. Los partidos de derechas atribuyen la elegibilidad a los criterios de mérito y capacidad, mientras que para los partidos de izquierdas responde a un argumento de justicia social y de generación de decisiones legítimas, «elevando la representación paritaria a condición sine qua non de la calidad y del fortalecimiento de la propia democracia» (Vergé, 2007, p. 158).

Aun no siendo condición suficiente, pero sí necesaria, *la información* es un criterio de la calidad democrática de este órgano de participación y por ello resulta de interés su análisis y estudio (Parés y Castellá, 2009). En los órganos estables de participación, las relaciones con las entidades han estado marcadas por la falta de *la rendición de cuentas* y ausencia de explicación de actores sociales (Misino, 2013).

En definitiva, son múltiples las variables que pueden impulsar o limitar la participación ciudadana: el color político, los actores sociales o el escenario local. (Misino, 2013). Tanto su funcionamiento como la participación que se ejerce en estos órganos estables se puede categorizar en una doble dimensión de análisis, la dimensión simbólica y la objetiva o sustantiva de la participación.

La dimensión simbólica o normativa se refiere al reconocimiento jurídico de la participación ciudadana, se trata de las normas que recogen los derechos de la participación y el deber de promoverlos. Esta dimensión supone una condición necesaria pero no suficiente para conseguir el propósito de la participación. La dimensión sustantiva, empírica u objetiva, es la referida a la necesidad de que existan unas condiciones materiales que permitan la participación y su práctica activa (Serra Vázquez, 2008).

Son por consiguiente indicadores de la dimensión simbólica los reglamentos y normativas que regulan estos órganos, teniendo en cuenta el grado de consenso alcanzado para su diseño y aprobación y el análisis de la coordinación político-técnica del proceso.

La dimensión sustantiva contiene las variables que van a definir un análisis funcional de este órgano de participación: la composición institucional político-vecinal, el propio funcionamiento y actividad, el interés político que motiva el derecho a participar y que condiciona la agenda política, la temática de las propuestas tratadas, los recursos económicos con los que cuenta, así como la información y rendición de cuentas que subyace del mismo (Cernadas et al., 2017).

3. METODOLOGÍA

La presente investigación trata de un estudio de caso sobre el funcionamiento de las Juntas Municipales en Murcia, incidiendo en la calidad de la participación y de la representación política de estos órganos desconcentrados de la administración. Este estudio de caso descriptivo pretende dar cuenta de una situación singular como es el funcionamiento deficitario de las Juntas Municipales en Murcia, así como de los factores que ejercen influencia en el proceso y su afección a la calidad democrática que se ejerce desde las mismas.

La gran extensión del municipio de Murcia con casi 900 km² y el elevado número de núcleos diseminados de población distribuidos por todo su territorio marcan la singularidad de este municipio que se consolida como el séptimo más poblado del país y el decimosexto más extenso de España (<https://murciaencifras.es/datos-curiosos>). Antaño esta particularidad supuso un factor desencadenante de importantes problemas organizativos, funcionales, de equipamientos y financiación, La unidad jurídico-política de la Administración Municipal establecida entonces, dificultaba la prestación de servicios e impedía la participación de la ciudadanía en los asuntos de interés en la vida local.

Para poner solución a esta problemática se establecen las Juntas Municipales, como órganos territoriales de gestión desconcentrada que cuentan con una organización, función y competencias determinadas por el propio Ayuntamiento sin perjuicio de su unidad de gobierno.

A la Junta Municipal se le atribuyen *competencias* relacionadas con el mantenimiento, conservación, reparación y reposición en las infraestructuras y edificios municipales. También pueden organizar actividades culturales, sociales, o deportivas junto a entidades ciudadanas, así como la celebración de actividades lúdicas, y festejos populares o cualquier otra que se les confiera por el Alcalde y/o Junta de Gobierno, sin perjuicio de tratar cualquier asunto de interés para el territorio.

En su calidad de órgano de participación destaca su responsabilidad en el fomento de las relaciones de las entidades ciudadanas con el Ayuntamiento, también informar a los vecinos de las actuaciones y garantizar la coordinación con los servicios municipales.

TABLA 1. VARIABLES FUNCIONAMIENTO DE LAS JUNTAS MUNICIPALES, INDICADORES Y EVALUACIÓN

VARIABLE	INDICADORES	MÉTODO DE EVALUACIÓN
1. Compromiso político	1.1. Grado de consenso regulación normativa	1.1. Identificación de actores y posicionamiento. Análisis documental de fuentes primarias: actas de pleno Ayto. de Murcia.
	1.2. Interés y agenda política	1.2. Revisión de las manifestaciones públicas de los grupos políticos sobre el funcionamiento de las JJ.MM. Análisis documental.
	1.3. Convocatorias de pleno	1.3. Revisión de las actas de pleno de las Juntas Municipales. Análisis documental.
	1.4. Registro de convocatorias y actas	1.4. Acuerdos de Pleno, decretos o compromisos registrados. Análisis documental de las bases de datos de la Administración Local.
	1.5. Coordinación político-técnica	1.5. Identificación de áreas relevantes y espacios de trabajo transversales. Revisión del Decreto de competencias y organigrama municipal. Análisis de contenido.
2. Composición institucional	2.1. Composición política	2.1. Análisis de la estructura institucional de la Junta. Análisis documental.
	2.2. Representación asociaciones vecinales	2.2. Cálculo del porcentaje de asociaciones miembros sobre el espectro asociativo municipal. Análisis de contenido.
	2.3. Composición vecinos y soc. civil	2.3. Estudio de la presencia vecinal y de otras asociaciones en el proceso. Análisis documental.
	2.4. Ideología política	2.4. Distribución ideológica de la representación política. Análisis de contenido pactos alcanzados en las Juntas Municipales.
	2.5. Perspectiva de género	2.5. Cálculo de la representación política femenina en las JJ.MM y su presidencia. Entrevistas telefónicas a los Presidentes de JJ.MM.
3. Funcionamiento y actividad	3.1. Actividad de las JJ.MM	3.1. Análisis documental del RPC, convocatorias y actas. Búsqueda de mociones presentadas al Pleno Municipal sobre funcionamiento JJ.MM extraídas de sus actas.
	3.2. Toma de decisiones por consenso	3.2. Revisión de posicionamiento político a través de las actas plenarias. Análisis de contenido de los acuerdos de JJ.MM.
	3.3. Asuntos de interés tratados	3.3. Asuntos abordados en los plenos de las JJ.MM por orden de interés social. Análisis de contenido actas plenos JJ.MM.
	3.4. Transparencia, información, difusión y rendición de cuentas	3.4. Difusión de la información a través de los distintos canales municipales. Análisis de contenido de webs y documentación de JJ.MM.
	3.5. Recursos económicos	3.5. Grado de ejecución de los presupuestos en las JJ.MM. Análisis de contenido de los recursos económicos de las JJ.MM obtenidos a través del portal de transparencia.

Fuente: Elaboración propia.

El municipio de Murcia se encuentra conformado en la actualidad por 8 barrios y 59 pedanías, algunas de estas pedanías tienen más habitantes que muchos municipios españoles. Las pedanías son núcleos de población separados de la capitalidad del Municipio (62,55 % de la población), mientras que los barrios se encuentran en el centro de la ciudad, delimitando el casco urbano (37,45 % de la población) (<http://www.murciaencifras.es/informacion-por-pedanias>).

La muestra de estudio está formada por el total de Juntas Municipales (65), al disponer de la información necesaria para el análisis. El período de estudio se circunscribe al tiempo comprendido desde octubre de 2019 hasta julio de 2021, es decir, a la primera mitad del mandato actual 2019-2023.

El hecho de que se esté registrando una insuficiente actividad y un déficit en su funcionamiento, desvela la necesidad de realizar un estudio pormenorizado del funcionamiento de estos órganos de gestión y participación ciudadana. De forma inductiva y guiados por la literatura que se recoge en el marco teórico de la investigación, se proponen diferentes variables de estudio.

Se van a utilizar diferentes técnicas de recogida de información y datos que provienen de diversas fuentes, tanto a través de registros de información procedentes de datos secundarios existentes, como de las basadas en el análisis documental y revisión de documentos sobre las convocatorias, actas, mociones, y certificaciones generadas por el órgano participativo que se evalúa en el periodo de estudio. Finalmente diseñamos una propuesta de mejora que favorezca una perspectiva estratégica, con una correcta planificación, coordinación, control y motivación para la consecución de los objetivos.

4. ANÁLISIS DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS JUNTAS MUNICIPALES EN MURCIA

Las Juntas Municipales son órganos de gestión desconcentrada del Ayuntamiento de Murcia, suponen un modelo mixto de participación al tener en consideración mecanismos que implican a las asociaciones y a los ciudadanos no estructurados (Ganuza y Francés, 2012).

El Pleno de la Junta Municipal está conformado por nueve vocales entre los que se encuentra el Presidente y Vicepresidente. Estos vocales son actores políticos, y para su representación prevalece la proporcionalidad en el porcentaje de votos que cada opción política obtuvo en las últimas elecciones municipales; su presidencia se decide por votación del Pleno de la Junta.

Puede formar parte de la Junta también, un representante por asociación de vecinos (en adelante también AA.VV) del ámbito de la pedanía teniendo exclusivamente derecho a voz. Además, actúa como Secretario un funcionario municipal que levanta acta de las sesiones y asesora al Presidente en el desempeño de sus funciones.

El régimen de funcionamiento del Pleno establece la periodicidad de las sesiones plenarias ordinarias, una cada dos meses como mínimo, y las extraordinarias, cuando se consideren precisas y sean debidamente motivadas. También queda regulado el trámite de convocatoria de las sesiones (no excediendo de dos días hábiles de antelación, en días hábiles y fuera del horario laboral), su publicidad, su validez en función del número de asistentes, presidencia y secretaría. La convocatoria debe ir siempre acompañada del orden del día y del borrador del acta de la sesión anterior para su aprobación. Para alcanzar un acuerdo, este debe ser aprobado al menos por una mayoría simple de los miembros con derecho a voto en el Pleno.

Las sesiones plenarias son públicas y en ellas pueden intervenir los asistentes que lo soliciten. En el caso de las Entidades Ciudadanas tienen que comunicarlo al menos con 24 horas de antelación, especificando además el asunto del orden del día sobre el que quieren intervenir con voz. Una vez finalizado el Pleno, el Presidente puede establecer un turno de «ruegos y preguntas» abierto al público que asiste. Los interesados que no son miembros del Pleno, también deberán comunicar su intención de intervenir en este turno ya sea por escrito o verbalmente antes de que dé comienzo el Pleno.

El RPC también prevé la puesta en marcha de comisiones de trabajo tanto de carácter permanente como temporal donde se puedan abordar asuntos de interés para el ámbito territorial; en ellas pueden participar los grupos políticos y representantes de colectivos o asociaciones con interés en el asunto a tratar.

Atendiendo a la especial singularidad del Municipio de Murcia, se establece en el RPC la figura del Distrito Municipal. Se trata de órganos de gestión desconcentrada conformados por la agrupación de distintos barrios y pedanías según determine la Corporación Municipal. Están presididos por un concejal del equipo de gobierno y se prevé la puesta en marcha de una Comisión de Coordinación de Juntas para la gestión y tratamiento de las actuaciones que afecten de forma global a un Distrito.

La extensión y dispersión territorial del municipio de Murcia conlleva un encarecimiento de los servicios que se prestan al ciudadano, por lo que se dota a las Juntas Municipales de recursos económicos para su propia autogestión en el marco de las competencias atribuidas. La asignación de recursos habilitados para las Juntas Municipales queda establecida en el RPC, en concreto en su art. 40, quedando establecido en un 8 % el porcentaje mínimo de recursos presupuestarios de la Corporación que deben ser gestionados por los Distritos.

Las Juntas Municipales se han convertido en los órganos predominantes de participación en el municipio de Murcia. Pese a que sobre el papel están llamadas a ser órganos estables y permanentes de participación, en la práctica se registran incumplimientos en las obligaciones establecidas en su reglamento de funcionamiento, en relación a la periodicidad con la que deberían convocarse las sesiones ordinarias, poniendo en cuestión la funcionalidad y la calidad democrática de las mismas.

En relación a las variables que pueden condicionar el funcionamiento y la calidad democrática de las JJ.MM, cabe destacar: el compromiso político, la composición institucional del órgano y el propio funcionamiento y la actividad que se desarrolla en el seno de las Juntas Municipales.

4.1. El compromiso político en las Juntas Municipales de Murcia

El compromiso político es uno de los principales criterios de calidad democrática de las JJ.MM. La existencia de voluntad e implicación política legitima el proceso y favorece su eficacia. El compromiso debe manifestarse a lo largo de todo el proceso, extendiéndose hasta la implementación de los resultados y acuerdos alcanzados. Indicadores como el grado de consenso normativo, el interés político suscitado, la actividad generada, los registros documentales de los acuerdos alcanzados y la coordinación técnico-política nos van a ayudar a determinar esta variable.

El compromiso político se convierte en un elemento fundamental para el fomento de la democratización de la Administración Local. Para analizar este compromiso es necesario en primer lugar, investigar el *grado de consenso de la regulación normativa*.

Un alto grado de consenso en la aprobación de la normativa reguladora de estos órganos aumenta sus posibilidades de éxito (Misino, 2013). El reglamento actualmente en vigor, fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en 2005. El grado de aceptación política de aquel acuerdo adoptado en Pleno no fue el más deseable ya que se aprobó por mayoría, con diecisiete votos a favor del Grupo del Partido Popular y nueve votos en contra del Grupo Socialista. El posicionamiento de los grupos políticos evidencia posturas enfrentadas en relación a la norma de funcionamiento de los órganos estables de participación sometidos a estudio, no consiguiendo este acuerdo el consenso por unanimidad de los miembros de la corporación municipal que sería conveniente.

En el acta de la sesión plenaria celebrada el 27 de mayo de 2004 en el Ayuntamiento de Murcia, quedan recogidos los motivos por los que el Partido Socialista votó en contra. El Sr. Abellán por el Grupo Socialista pese a reconocer que se habían incorporado diversas propuestas a petición de su formación, recrimina que «se debería haber aprovechado este momento para avanzar en propuestas novedosas, en la participación ciudadana, ya que mantener la regulación de los derechos de participación conforme estaba, no satisface al grupo socialista», alega en el debate que «podría haber sido una magnífica oportunidad para contar con la participación ciudadana en este reglamento, y que no ha sido así, puesto que sólo ha habido una reunión con la Federación de Asociaciones de Vecinos».

El Equipo de Gobierno realizó consulta previa a la Federación de Asociaciones de Vecinos, que aglutina exclusivamente a las organizaciones vecinales asociadas. Se contó con la Federación como voz única del movimiento asociativo vecinal sin realizar consulta directa a las mismas u otra tipología de asociaciones o ciudadanos. La elaboración de esta normativa no contó con la participación de la sociedad civil en general, ya que este debate y reflexión quedó casi en exclusiva reservado a esta Federación.

Una vez aprobado inicialmente el RPC se sometió a un período de exposición pública donde sólo el Partido Socialista presentó alegaciones, siendo admitida una de ellas en relación a la antelación con la que se debía solicitar por parte de las entidades su participación en el Pleno. La aprobación definitiva del texto que sigue vigente en la actualidad, tuvo lugar en sesión plenaria de 16 de marzo de 2005 y volvió a contar con el voto negativo del PSOE que argumentó que no se había contado para su redacción con la participación real de la ciudadanía ni de los grupos políticos, y que suponía un retroceso en la vida democrática y participativa del municipio. Además, en el debate el Sr. Abellán Martínez pone de manifiesto cómo al disminuir la periodicidad de la celebración de las sesiones plenarias también se restaba participación a los partidos políticos, colectivos y vecinos.

En relación al grado de aceptación técnica del proceso, tal y como recoge el acta de la sesión de Pleno, cuenta con los preceptivos dictámenes informados favorablemente, por lo que no hubo ninguna disconformidad por la parte técnica.

Las reglas del juego quedan determinadas en el reglamento que rige actualmente los órganos de participación municipales, el RPC; una normativa que otorga escasa autonomía a la ciudadanía ya que el texto no contempla la posibilidad de promover cambios por motivación propia.

Estos asuntos siguen años después siendo un debate abierto y vivo. La totalidad de formaciones políticas que integran o han integrado la Corporación Municipal han denunciado públicamente la necesidad de abordar cambios sobre la normativa reguladora local, demostrando un *interés* real por abordar mejoras de funcionamiento, que marcan la *agenda política*.

El compromiso político en estos órganos institucionalizados es vital para un correcto funcionamiento con garantías democráticas. Tanto la *convocatoria de los Plenos* en tiempo y forma como el compromiso claro con los resultados son indicadores de este factor.

El RPC establece una periodicidad bimensual para la convocatoria de los Plenos ordinarios de las Juntas Municipales. Durante el periodo analizado se deberían haber convocado y celebrado un total de 715 Plenos, de los cuales sólo se celebraron 472 tal, el 66 % tal y como se indica gráficamente en el Gráfico 1. Existe un amplio intervalo entre las Juntas Municipales con mayor convocatoria de Plenos ordinarios (Algezares con 16 Plenos) y aquellas con menor actividad (Espinardo con 2 Plenos).

GRÁFICO 1. PLENOS CONVOCADOS FRENTE A LOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS



Fuente: Elaboración propia.

La convocatoria de las sesiones plenarias permite y da lugar a la participación de los grupos políticos y de la ciudadanía en estos órganos. Esta responsabilidad recae en el Presidente de la Junta Municipal que es la persona que firma la convocatoria y que la eleva para su celebración, por lo que la regularidad de celebración depende en exclusiva de su voluntad. El análisis evidencia el escaso interés y disposición política por fomentar la participación, lo que convierte a las Juntas Municipales en órganos con un escaso nivel de actividad.

Cabe destacar que la regularidad de las convocatorias pudo estar condicionada por la situación epidemiológica por COVID-19 en la que el municipio estaba inmerso. Esta circunstancia llevó a la Administración Local a dotar de medios telemáticos que permitieran la celebración on line de las sesiones plenarias, con el objeto de no interrumpir la gestión municipal ni los servicios y la atención que se venía prestando a la ciudadanía. Esto permitió que las Juntas Municipales más activas, así como el propio Ayuntamiento de Murcia, cumplieran con las disposiciones legales establecidas convocando el 100 % de los Plenos previstos.

Pese a que el RPC pretende la sistematización de los procedimientos de funcionamiento de las JJ.MM, la realidad es que existe un incumplimiento del requerimiento de periodicidad en la convocatoria de los Plenos de las Juntas Municipales y esto deriva en una merma en la calidad democrática de estos órganos.

Para profundizar en el nivel de compromiso de los responsables políticos con el proceso participativo, resulta necesario comprobar la *existencia documental de los acuerdos* alcanzados en el Pleno. El acta es un documento elaborado por el Secretario que certifica y acredita los compromisos alcanzados en el Pleno y donde queda recogido el posicionamiento de los diferentes actores sobre los asuntos tratados. Es un documento de resultados sustantivos del proceso.

La obligatoriedad de la redacción de las actas para estos órganos estables y colegiados, está determinada en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resultando un elemento que confiere memoria y transparencia a todo el proceso. En el caso de las Juntas Municipales y sus acuerdos de Pleno en el periodo estudiado, todos los documentos preceptivos sin excepción están recogidos tanto en el acta de Pleno, como con una certificación individual por cada uno de los acuerdos alcanzados.

Los procesos participativos requieren de una *coordinación político técnica transversal*. Por lo general, si el área municipal sobre la que recaen las competencias es la de Participación, la implicación y compromiso con el proceso tiende a ser mayor (Parés y Castellá, 2009).

La estrategia organizativa en relación a la conformación o no de una Concejalía concreta para este ámbito es un factor relevante. Las competencias municipales en materia de participación están recogidas, durante el periodo de estudio, en la Concejalía delegada de Agenda Urbana y Gobierno Abierto, encargada entre otras funciones del fomento y coordinación de la participación ciudadana con entidades públicas y privadas en su marco competencial. En cambio, las competencias por parte del Ayuntamiento de Murcia en relación a las Juntas Municipales recaen en la Concejalía de Pedanías y Barrios encargada de la planificación, seguimiento y coordinación de los barrios y pedanías y sus Juntas Municipales.

En el período de estudio el Ayuntamiento de Murcia no cuenta con una concejalía específica de participación ciudadana, sino que esta responsabilidad recae sobre una concejal delegada de otras funciones, en este caso de Doña Mercedes Bernabé Pérez, tal y como establece el Decreto de designación de competencias delegadas de 18 de junio de 2019. Es este un aspecto relevante, ya que «que exista una concejalía de participación es un elemento importante tanto para la implementación de procesos participativos como para la intensidad con que estos se realizan» (Navarro et al., 2009, p. 9).

La transversalidad es más importante cuando esta área se lida desde la Concejalía de Participación y además tiene implicaciones sustantivas en otras áreas de la gestión municipal (Ganuzza y Francés, 2012). En el caso de estudio, la participación no ha adquirido rango de concejalía, sino que está integrada en una que congrega otras atribuciones como son: agenda urbana, relaciones con universidades, bibliotecas y salas de estudio, programas europeos y gobierno abierto donde se integra participación, poniendo de manifiesto la relevancia menor que se confiere a la participación en la concejalía que alberga el área.

Del estudio documental del RPC se deduce la inexistencia de un diálogo fluido entre las Juntas Municipales y el resto de órganos de participación establecidos por esta Administración Local, perdiendo coordinación y posibles sinergias con los mismos.

4.2. Composición y estructuras de las Juntas Municipales de Murcia

El estudio de la *composición y estructura* es clave para conocer el funcionamiento de estos órganos institucionalizados. Los sujetos, grupos sociales y participantes en general representados en el proceso, pueden condicionar notablemente el funcionamiento de las JJ.MM. Por consiguiente, para el análisis de esta variable se necesita conocer en profundidad la composición política, civil y asociativa.

Su estructura viene determinada en el RPC: 1 vocal que ostenta la Presidencia, 8 vocales de los diferentes grupos políticos, representante/s de Asociaciones Vecinales y un funcionario público que ejerce de Secretario.

Los vocales son representantes políticos propuestos por los grupos municipales en función de los últimos resultados electorales municipales según la Ley D'Hont. De este modo, y tras los últimos comicios municipales, de las 65 Juntas Municipales en total, 18 tienen mayoría absoluta del Partido Popular (5 vocales o más), ocho del Partido Socialista Obrero Español y una de Ciudadanos. Los 38 restantes dependen de los pactos y negociaciones que se alcanzaron según la distribución de los resultados electorales. De esta manera, el municipio cuenta con 585 vocales que forman parte de estos instrumentos y que con su participación ayudan en el desarrollo de proyectos y la defensa de las demandas de los murcianos, de forma desinteresada.

Al analizar la composición de actores que forman parte de las Juntas Municipales, destaca el papel imperante de los partidos políticos ya que la propia metodología les confiere el carácter de esenciales o fundamentales para el proceso. Esta notable descompensación entre la *composición política* y vecinal evidencia una clara sobrerepresentación política, que invita a una reflexión sobre una reconfiguración más equilibrada.

En el Municipio de Murcia el tejido asociativo está conformado por 4042 entidades, siendo las asociaciones de carácter cultural y juvenil las más numerosas, seguidas de las AMPAS (Asociaciones de madres y padres de alumnos) y las asociaciones vecinales, en adelante AA.VV (<http://www.murciaencifras.es/informacion-por-pedanias>).

Pese a la amplia variedad de tipologías asociativas que existen en el municipio, el RPC solo permite la participación a las asociaciones de carácter vecinal con voz durante el desarrollo del Pleno. Esta tipología asociativa ocupa el quinto puesto en el ranking de asociaciones del Registro de Entidades Ciudadanas de Murcia con un total de 169 AA.VV (<https://murciaencifras.es/consulta-avanzada#306;Asociaciones>).

Son estas asociaciones los únicos actores sociales habilitados como miembros del Pleno, produciéndose un sesgo privilegiado para este colectivo puesto que quedan excluidas todas las entidades que corresponden a otras tipologías (95,81 %).

En concreto, en el periodo estudiado son 19 los representantes de las AA.VV. que son miembros de las Juntas Municipales de Murcia (Anexo 4). Esto se traduce en que solamente el 23,07 % de las Juntas Municipales tienen entre su composición a un miembro de Asociaciones Vecinales. Solamente se registran dos casos, Distrito Norte y El Esparragal donde son dos los representantes habilitados para formar parte de la Junta Municipal.

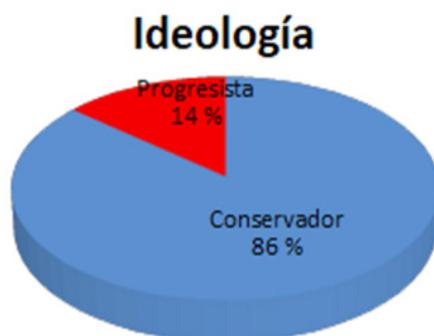
Si tenemos en cuenta que actualmente en el Registro de Entidades Ciudadanas del Municipio de Murcia existen 169 AA.VV, queda patente como solamente el 11,24 % de las AA.VV en activo en el municipio de Murcia forman parte como miembros de estos órganos institucionalizados.

Aunque no sean miembros de la estructura orgánica del Pleno, *otras asociaciones de carácter no vecinal, los ciudadanos y vecinos con carácter individual* pueden intervenir en el plenario. Esta participación está prevista según el RPC, en el último punto del orden del día denominado «ruegos y preguntas». Cuando finaliza el Pleno se abre por parte del Presidente el correspondiente turno de «ruegos y preguntas» entre el público asistente. Previamente, ya sea por escrito o de forma verbal antes del comienzo del Pleno, debe darse traslado del interés por intervenir en este último punto del orden del día.

Este turno nunca se extenderá más allá de una hora, salvo acuerdo distinto que se haya adoptado por los portavoces de los distintos grupos políticos. Con respecto a la participación de asociaciones y vecinos, cabe destacar el hecho de que no quede constancia ni se reflejen en el acta de la sesión del Pleno. Esto supone que sea imposible cuantificar este tipo de participación, de la misma manera que invisibiliza las propuestas, sugerencias o quejas que se hayan podido trasladar, y por lo tanto se pierde la trazabilidad de la misma, lo que nos lleva a afirmar que el grado de influencia que se concede al ciudadano es cuanto menos difusa.

En las JJ.MM, al igual que ocurre en otros procesos participativos se observa como «los procesos de funcionamiento, los temas tratados y la organización de los debates dejan un espacio para la espontaneidad ciudadana, pero la mayoría de las veces es el gobierno municipal el que decide las grandes líneas a seguir» (Sintomer, 2005, p. 10).

GRÁFICO 2. IDEOLOGÍA DEL PARTIDO POLÍTICO DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA MUNICIPAL



Fuente: Elaboración propia.

En relación a la *ideología política*, en el periodo estudiado destaca la hegemonía de los partidos conservadores (Partido Popular, Ciudadanos y VOX) que ostentan 56 presidencias en las Juntas Municipales, frente

a los partidos progresistas (Partido Socialista Obrero Español y Podemos-Equo) que alcanzan 9 presidencias de Juntas Municipales, quedando así representadas las preferencias ideológicas de los ciudadanos de Murcia en sus barrios y pedanías (Gráfico 2). Los acuerdos de coalición en el gobierno municipal incluyen la distribución de las presidencias de las Juntas Municipales. De esta forma, el Partido Popular preside 42 Juntas Municipales, Ciudadanos 8 y Vox 6, como consecuencia del pacto de gobierno alcanzado por las distintas formaciones políticas. En el bloque progresista, el Partido Socialista Obrero Español preside el resto (9).

Respecto al *género de los integrantes políticos* en las Juntas Municipales, podemos destacar el incumplimiento del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en las instituciones, señalado en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo de 2007. Existen diferencias notables entre los grupos políticos (Partido Popular 38,40%; Partido Socialista Obrero Español 42,18%; Ciudadanos 23,08%; Vox 25,49% y Podemos-Equo 0%), aunque queda patente una falta de voluntad general por incorporar a la mujer en la vida pública y política. Esta baja representación femenina puede tener repercusión en la iniciativa política, teniendo en cuenta el impacto de la representación sustantiva de la mujer. No es algo nuevo, históricamente ha habido una sobrerrepresentación de los hombres en este órgano de representación.

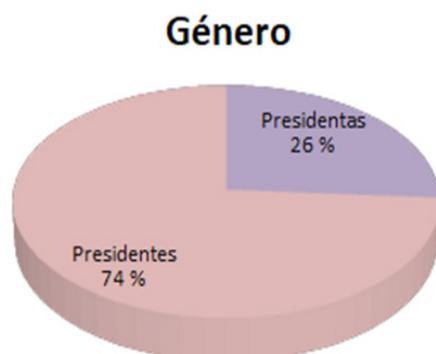
GRÁFICO 3. COMPOSICIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS MUNICIPALES POR GÉNERO



Fuente: Elaboración propia.

En esta línea, la baja presencia femenina condiciona la paridad en la presidencia de estos órganos, donde sólo 17 mujeres ostentan la presidencia frente a 48 hombres. La distribución entre partidos políticos es similar a la presencia de mujeres en las Juntas Municipales, donde el 26,19% de las presidencias del Partido Popular están dirigidas por mujeres, el 25,00% en el caso de Ciudadanos, el 16,67% para Vox, y en el bloque progresista el 33,33% de las presidencias del Partido Socialista Obrero Español está liderada por una mujer.

GRÁFICO 4. GÉNERO DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA MUNICIPAL



Fuente: Elaboración propia.

4.3. Funcionamiento y actividad de las Juntas Municipales de Murcia

La actividad que genera el órgano y los procedimientos que se emplean en el mismo son esenciales para conocer el funcionamiento de las JJ.MM y su salud democrática. La acción que se produce en este órgano, la toma de decisiones, los asuntos tratados y recursos empleados, así como la transparencia y rendición de cuentas definirán una de las variables más relevantes en relación al funcionamiento de estos órganos.

El nivel de *actividad de los órganos* de participación en general, puede determinarse a través de índices relacionados con el número de encuentros anuales que se celebran, si se redactan o no actas, así como la realización de Juntas o Comisiones complementarias o sobre la información, publicidad y rendición de cuentas. Diversos estudios sobre la funcionalidad de los órganos institucionalizados de participación han detectado incumplimientos en la periodicidad establecida en los reglamentos, desvelando un incorrecto funcionamiento, tal y como ocurre en el con la convocatoria de Plenos de las Juntas Municipales de Murcia.

Tampoco se han desarrollado figuras complementarias a las Juntas Municipales y sus Plenos, como son los Distritos, sus Juntas asociadas o las comisiones de carácter temporal o permanente que se podrían haber creado de forma paralela al funcionamiento ordinario de las Juntas Municipales.

Estos y otros asuntos no han pasado desapercibidos para los grupos políticos con representación municipal en el Ayuntamiento que han registrado numerosas *iniciativas políticas en el Pleno municipal* para la mejora de la: transparencia, organización, presupuestos y contratación de las Juntas Municipales, poniendo de manifiesto la necesidad de un planteamiento de reforma del funcionamiento de estos órganos.

La composición política de las Juntas Municipales destaca por su pluralidad, registrándose entre dos y cinco grupos políticos con representación por Junta Municipal. Resulta atractivo profundizar en la relación que puede existir entre esa composición política y el proceso de toma de decisiones sobre los asuntos tratados. Tal y como se recoge en Gráfico 5, esta circunstancia no impide llegar a acuerdos por parte de las diferentes formaciones políticas con el fin de mejorar la vida de los ciudadanos. De las mociones debatidas durante el período de estudio (1.896), 1.422 fueron aprobadas por unanimidad lo que demuestra una clara voluntad de *acuerdo y consenso por parte de los grupos políticos* que componen las Juntas Municipales.

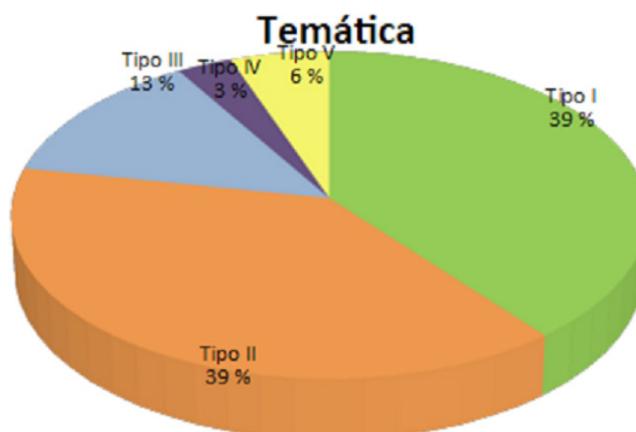
GRÁFICO 5. MOCIONES APROBADAS POR UNANIMIDAD



Fuente: Elaboración propia.

En relación al alcance de las propuestas generadas en estos órganos de participación, resulta interesante profundizar en los que han sido los asuntos y materias que han despertado un mayor interés social. En relación a las temáticas de las mociones presentadas (Gráfico 6), observamos un claro predominio entre aquellas que tratan aspectos institucionales (Tipo I) y de fomento (Tipo II), asuntos que centran los debates políticos en estos órganos inframunicipales, siendo por tanto los *asuntos de interés* más suscitados.

GRÁFICO 6. TEMÁTICA DE LAS MOCIONES



Fuente: Elaboración propia.

- Tipo I: Porcentaje de mociones debatidas sobre funcionamiento institucional.
- Tipo II: Porcentaje de mociones debatidas sobre obras, infraestructuras y fomento.
- Tipo III: Porcentaje de mociones debatidas sobre cultura, festejos, deporte o turismo.
- Tipo IV: Porcentaje de mociones debatidas sobre servicios sociales.
- Tipo V: Porcentaje de mociones debatidas sobre otros aspectos diversos.

Una vez analizadas las propuestas políticas que se han elevado al Pleno para su debate y aprobación, podemos afirmar que la amplia mayoría de las mociones planteadas se concentran dentro del ámbito competencial municipal.

Estos órganos de participación tienen un carácter informativo, consultivo, deliberativo y decisivo para aquellas tareas establecidas en su marco competencial de manera que sobre sus competencias delegadas las decisiones allí tomadas deberían tener carácter vinculante. Aunque finalmente sean los políticos los que «retienen el monopolio de la toma de decisión» (Sintomer, 2005, p. 7).

La *información y difusión* de la actividad generada por este órgano es un importante criterio de calidad. El canal de información del que se vale el Ayuntamiento de Murcia para publicar las convocatorias y actas de los Plenos de las Juntas Municipales es la web municipal a través del itinerario: (www.murcia.es/web/portal/presidentes-juntas-municipales).

En este enlace se ofrece también información sobre el nombre del alcalde de cada barrio y pedanía, obviando en cambio, la información relativa al resto de miembros que componen la Junta Municipal, también se informa sobre la ubicación y contacto del centro municipal donde se presta la atención vecinal y del horario habilitado a este efecto. Además del panel virtual, la convocatoria del Pleno debe ser colocada de forma impresa en un tablón de anuncios o lugar visible en el espacio donde va a tener lugar la celebración del Pleno.

El Ayuntamiento de Murcia no dispone de un espacio web exclusivo que contemple toda la información relativa a las Juntas Municipales, aunque muchas de ellas han puesto en marcha su propia web y redes sociales por iniciativa propia, desligada del Ayuntamiento. Una gestión ajena a la administración que carece del control y supervisión municipal sobre el criterio de publicación, imagen o diseño.

La dispersión territorial y la descentralización del Municipio de Murcia, conlleva un encarecimiento de los servicios que se prestan a los vecinos, en relación tanto a su puesta en marcha como a su mantenimiento y conservación. Las Juntas Municipales deben estar dotadas de recursos económicos necesarios que permitan poner en marcha los compromisos adoptados, siendo en este caso, un 8 % el porcentaje mínimo de los *recursos económicos* que la Corporación debe poner a su disposición, según queda establecido en el art.40 del RPC.

Al realizar un análisis del gasto anualizado, podemos destacar como se ha ejecutado de media un 86,20 % del gasto corriente a disposición de las Juntas Municipales de Murcia, correspondiente a los ejercicios de 2019, 2020 y 2021. Un porcentaje de ejecución moderadamente alto que puede llevar a reflexionar sobre la necesidad de incrementar la dotación municipal hacia las Juntas Municipales y sus Distritos, como en el caso de Madrid donde la aportación municipal se eleva al 11 % o a la realización de un plan anual de optimización de recursos (Anexo 6).

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Las Juntas Municipales de Murcia son órganos institucionalizados de descentralización y participación que se caracterizan por su composición rígida y cerrada y por un funcionamiento encorsetado y deficitario. Pese a que sus procedimientos y funcionamiento están fijados de forma rutinaria y burocrática en su RPC, en la práctica no se traduce en una garantía de su cumplimiento.

Las Juntas Municipales se encuentran sujetas y limitadas a actuaciones formales para dar respuesta a los requerimientos normativos que se establecen en su RPC, lo que denota una perspectiva excesivamente impuesta de la participación. La regulación normativa local constriñe a este órgano municipal reservando para su interlocución poco o nulo espacio a la improvisación o espontaneidad.

En general registra una baja actividad y presteza que merma su funcionalidad. Los Plenos no se han convocado en tiempo y forma, en la práctica no se han desarrollado los Distritos de la misma manera que no se han activado las comisiones de coordinación de Juntas asociadas a los mismos. Además, se ha decidido prescindir de las opciones complementarias de participación contempladas en el propio RPC, no llegando a crearse ni convocarse ninguna de las comisiones de trabajo ya sea de carácter permanente o temporal para tratar asuntos de interés para el territorio. Por lo tanto, no se han rentabilizado ninguna de estas opciones complementarias previstas en el RPC que podrían haber estimulado una mayor profundización en la participación y calidad democrática de estos órganos municipales.

Desde su creación, cuando se denominaban Juntas Vecinales, se ha mantenido su estructura y composición prácticamente intacta, ya que según recoge la propia exposición de motivos del RPC en vigor «había dado tan buenos resultados». Se decidió entonces mantener la estructura tradicional sin implementar cambios y esto ha conllevado a que en la actualidad tenga una composición rígida e inflexible desde el punto de vista estructural.

Al analizar pormenorizadamente el perfil de sus integrantes y representatividad se observa una clara sobrerrepresentación política, desequilibrio de género, sesgo participativo y un papel residual y difuso conferido a la ciudadanía, lo que nos lleva a concluir que estos órganos acusan un notable desgaste en su composición ya trasnochada.

Los asuntos tratados en estos órganos son amplios y genéricos en muchos casos, destacando aquellas materias que han despertado un mayor interés social como la propia organización burocrática o las necesidades de mantenimiento y conservación del área de fomento e infraestructuras.

En líneas generales, resulta complicado trasladar propuestas desde el ámbito de la información al de la deliberación y más aún al de la toma de decisiones, lo que pone en cuestión que finalmente se adopten conclusiones operativas.

Las Juntas Municipales presentan debilidades en relación a los actuales canales de información habilitados para la ciudadanía que resultan insuficientes y mejorables. Al carecer de mecanismos de devolución de información a los participantes y ciudadanos en general, se ha perdido una oportunidad única de que la sociedad perciba sus resultados y pueda poner en valor su misión.

Las relaciones de estos órganos con las entidades y con los ciudadanos están marcados por la falta de información sobre la trazabilidad de los asuntos y acuerdos tratados, en definitiva, por la ausencia de mecanismos dinámicos de rendición de cuentas.

Las Juntas Municipales se enfrentan, por lo anteriormente expuesto, a un auténtico desafío institucional que permita dar respuesta a una discusión secular sobre la necesidad de aumentar su poder democratizador. El objetivo es mejorar la calidad de nuestra democracia y avanzar hacia modelos de organización y prácticas de gestión política más participativas.

La participación ciudadana contribuye a mejorar la calidad de la democracia, por ello las propuestas de mejora que se plantean tienen como objetivo multiplicar la capacidad de impacto de las Juntas Municipales de Murcia incrementando su profundización democrática. Es necesario abordar cambios a gran escala, transformaciones normativas y metodológicas que permitan perfeccionar las actuales estructuras, conseguir una mayor incidencia en las políticas públicas y alcanzar un alto compromiso político con los acuerdos suscritos en su seno (Parés y Resende, 2009a).

Es el momento de replantear las estrategias tradicionales de participación, tanto en términos conceptuales como normativos y procedimentales, a nivel de gestión de proximidad en los barrios y pedanías y también desde la modernización de la propia administración.

Existe en la actualidad un consenso político unánime en relación a la necesidad de redactar un nuevo RPC. Esta revisión de la normativa vigente desde hace 17 años se debe plantear desde una profunda reflexión política, con el máximo consenso posible y en un debate abierto por completo a la ciudadanía que

permita conseguir la máxima aquiescencia para la mejora del funcionamiento de este órgano y de su capacidad de impacto en las políticas públicas.

Aprovechando este cambio normativo se debe estimular la diversificación de la actividad que realiza este órgano que en la actualidad y en el caso de Murcia, se ha visto reducida casi en exclusiva a la celebración de las sesiones plenarias (Parés, 2009). Se requiere poner en marcha los Distritos como instrumento esencial para la corrección de desequilibrios y la representación de las diversas pedanías y barrios del municipio. También es preciso activar las comisiones asociadas, así como estimular cuantas mesas de trabajo con carácter temporal o permanente sean necesarias para dar respuesta a las distintas necesidades sectoriales que surjan en los territorios.

Es este un marco idóneo para reflexionar sobre la composición y estructura de las Juntas Municipales, sobre la que se ha advertido una sobrerrepresentación política y un importante sesgo participativo, además de un desequilibrio de género. Es el momento de apostar por la diversificación de perfiles, incluyendo en el proceso la participación de nuevos actores locales. Pueden introducirse metodologías innovadoras, como podría ser la creación de un Foro Local y la selección de participantes por sorteo que ayude a integrar a un público más representativo del pueblo en el proceso, sin que esto limite la capacidad de poder intervenir y participar al resto de vecinos que así lo deseen.

La renovación de la estructura formal de participación hacia un modelo más heterogéneo, inclusivo y diverso permitiría sobrepasar el círculo habitual de los que suelen participar en este proceso. Es necesario también abordar aspectos de la representación política, donde los grupos políticos como actores imprescindibles muestren un mayor compromiso, adquiriendo un rol que vaya más allá del cumplimiento formal de los reglamentos normativos.

Se requiere además de un mayor esfuerzo de la administración para conseguir equilibrar el posicionamiento femenino en las políticas públicas, aplicando una lógica de género que permita cambiar la visión tradicional imperante que favorece el sesgo masculino. Se debe poner en marcha campañas de concienciación y sensibilización de la participación estimulando el avance femenino en los roles políticos. Se trataría de aplicar políticas de acción positiva femenina para su implicación y promoción, que favorezcan su ascenso en la estructura organizacional.

No podemos olvidar que una organización inclusiva obtiene mayores niveles de aceptación y legitimación, a la vez que mejora su rendimiento. Al democratizar la administración mejora la eficiencia y la eficacia pasando de una organización jerárquica a una más interactiva (Brugué y Gallego, 2001).

Es la Administración Local la que establece los procedimientos, funcionamiento y planificación de estos órganos estables de participación por lo que sobre ella también debe recaer la tarea de control. Establecer un mecanismo automatizado de control y fiscalización del cumplimiento de los requerimientos de funcionamiento establecidos en la norma, interceptaría e impediría los incumplimientos que se están registrando. La automatización de procedimientos podría evitar que importantes decisiones como las convocatorias de Plenos recaigan de forma discrecional y exclusiva sobre el Presidente de la Junta Municipal. En la búsqueda de un sistema realmente participativo y sofisticado hay que establecer exigencias procedimentales que reconduzcan las desviaciones detectadas.

La transparencia y rendición de cuentas se convierten en una herramienta indispensable en el esfuerzo democratizador que debe partir de los gestores públicos (Parés y Castellá, 2009). «Especialmente en el ámbito local, la posibilidad de redefinir la administración pública como autoridad habilitadora no sólo es crear espacio para la participación sino también para la rendición de cuentas» (Brugué y Gallego, 2001, p. 15).

Resulta preciso crear un espacio virtual exclusivo que reúna todas las iniciativas municipales de Participación Ciudadana en Murcia. Un recurso online sencillo, adaptado, accesible y de fácil uso que permita dar a conocer estos órganos de gestión desconcentrada y participación, sus límites territoriales, su composición completa, las vías de contacto con la Junta Municipal, la convocatoria de Plenos, órdenes del día, contenido de las mociones presentadas, acceso a las actas, propuestas de las asociaciones y ciudadanos, seguimiento de los acuerdos adoptados, así como una evaluación anual de la ejecución alcanzada. Resulta relevante disponer de herramientas informáticas para el seguimiento de los asuntos tratados en el Pleno y especialmente de los aprobados en el mismo.

El seguimiento de las demandas vecinales y la rendición de cuentas hacia los ciudadanos es imprescindible para legitimar este órgano, por ello las actas deberán recoger todas las opiniones, interpelaciones y proposiciones emitidas en el desarrollo del Pleno, incluido el punto de «ruegos y preguntas».

La publicidad en torno a estos órganos debe optimizarse, ampliando la difusión de los mismos a través de sistemas de megafonía, circuitos de televisión o redes de comunicación interactivas. Se debe aprove-

char las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y sus aplicaciones para facilitar nuevos formatos de interacción permanente con la ciudadanía. Por ello, además de los canales virtuales propuestos resulta necesario también garantizar un acceso universal a toda la información relativa al órgano de participación evitando la brecha generacional.

Recomendamos introducir mecanismos que orienten la participación hacia procesos de deliberación y decisiones permitiendo superar la lógica meramente informativa y consultiva que se desarrolla actualmente en las Juntas Municipales. Resulta de interés que la Junta Municipal cuente con la asistencia de un Técnico Especialista en Participación que oriente hacia reflexiones y discusiones determinantes para la pedanía, superando los habituales debates en relación al mantenimiento y conservación de la pedanía o de las actividades culturales a programar, profundizando en un debate más estratégico sobre el futuro de la pedanía.

La Administración Local también tiene que readaptarse, debe experimentar cambios en su estructura interna que permitan pasar de un modelo weberiano basado en la segmentación y verticalidad a uno interorganizativo con un mayor diálogo horizontal entre los servicios implicados (Brugué y Gallego, 2001). Si la participación ciudadana es un eje fundamental de la acción de gobierno debería traducirse en la existencia de una Concejalía de Participación que aglutine, dirija y coordine estas políticas.

La estructura organizativa vigente en el Ayuntamiento en el periodo de estudio, no favorece la organización fluida que se debe presuponer entre servicios que comparten objetivos. Resulta por tanto aconsejable una reestructuración orgánica, que favorezca la comunicación fluida y que comparta una finalidad. La reestructuración del organigrama que permita la cooperación transversal de los distintos servicios públicos es prioritaria entre los cambios y modificaciones que se proponen.

En cuanto a la mejora de las relaciones externas, resulta importante la definición de un Plan Estratégico y el establecimiento de mecanismos de diálogo con los agentes del entorno organizativo (Brugué y Gallego, 2001).

Este órgano estable de participación, además se debería integrar en el sistema participativo municipal. El Consejo Social de la ciudad como órgano superior de participación podría ser el responsable de evaluar una vez al año el proceso participativo, realizando tareas de control y seguimiento de la acción ejecutiva, facultándolo previamente para ello. También es urgente articular mecanismos para la integración de las Juntas Municipales con el resto de órganos de participación que componen el sistema participativo municipal, dotando de mayor transparencia y creando sinergias entre los mismos.

La Administración Local debe apostar por la puesta en marcha de programas de dinamización de la participación e implementación de medidas de acción positiva hacia la participación: campañas de difusión, información y sensibilización, así como establecer anualmente unas Jornadas de Participación Vecinal.

En líneas generales y desde una perspectiva global de la participación en el municipio, se recomienda la realización de un *diagnóstico del estado de la participación* ciudadana en el término municipal de Murcia por parte del Ayuntamiento, como punto de partida para la elaboración de un Plan de Acción que permita mejorar la política participativa. Cada vez son más los Ayuntamientos que realizan una diagnosis del estado de la participación en su municipio como punto de partida para avanzar hacia una mayor profundización democrática a nivel local (Parés y Resende, 2009a).

De esta manera podemos conocer el estado y diagnóstico de la participación local y establecer un Plan de Acción que permita aumentar la eficiencia de nuestros órganos de participación y su impacto sobre la ciudadanía. Resulta necesario poder evaluar los resultados objetivando así el alcance de las Juntas Municipales. Además, proponemos la creación y puesta en marcha de una nueva Comisión Permanente del Pleno del Ayuntamiento de Murcia que con carácter especial permita el control y seguimiento periódico del desempeño de la administración municipal en referencia a los derechos de participación y transparencia de los vecinos y del tejido asociativo de la ciudad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Brugué, J. y Gallego, Q. (2001). ¿Por qué democratizar la administración? En J. Font (coord.), *Ciudadanos y decisiones públicas*. Ariel Ciencia Política.
- Carpini, M. D. (2004). Mediating democratic engagement: The impact of communications on citizens' involvement in political and civic life. *Handbook of political communication research* (pp. 357-394). Routledge.
- Cernadas Ramos, A., Chao Pérez, L. y Pineda Nebot, C. (2017). Participación ciudadana: de la participación en la gestión a la gestión de la participación. *Política y Sociedad*, 54(1), 163-189. <https://doi.org/10.5209/POSO.49980>

- Colino, C. (2002, 8 a 11 de octubre). *Democracia, participación ciudadana y problemas de la gestión de los gobiernos locales en Europa: la equidad, la eficacia y la capacidad* [documento presentado en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal].
- Ganuzo, E. y Francés, F. (2012). *El círculo virtuoso de la democracia: los presupuestos participativos a debate*. Centro de Investigaciones Sociológicas – CIS.
- Misino, M. F. (2013). Los límites de la participación: por qué se hace, cómo se desarrolla y qué impacto tiene sobre el sistema político. *XI Congreso de AECPA, Sevilla, España*.
- Navarro Yáñez, C., Cuesta Azofra, M. y Font, F. (2009). *¿Municipios participativos?: participación política y ciudadana en ciudades medias españolas*. Centro de Investigaciones Sociológicas – CIS.
- Navarro Yáñez, J. (2000). El sesgo participativo: introducción a la teoría empírica de la democracia participativa. *Revista de Sociología*, (61), 11-37. <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v61n0.1052>
- OIDP (2006). *Guía práctica para la evaluación de procesos participativos*. Observatorio Internacional de la Democracia Participativa. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/es/ceneam/recursos/pag-web/evaluacion-procesos-participativos.aspx>
- Parés, M. (2009). Introducción: participación y evaluación de la participación. En M. Parés (coord.), *Participación y calidad democrática* (pp. 15-20). Ariel.
- Parés, M. y Castellá, C. (2009). Una propuesta de criterios de calidad democrática para evaluar los procesos participativos. En M. Parés (coord.), *Participación y calidad democrática* (pp. 241-266). Ariel.
- Parés, M. y Resende, P. (2009a). Roles, estructura y funcionamiento de los espacios estables de participación ciudadana. En M. Parés (coord.), *Participación y calidad democrática* (pp. 167-188). Ariel.
- Parés, M. y Resende, P. (2009b). Tipos de prácticas y experiencias de participación promovidas por la Administración Pública: sus límites y radicalidades. En M. Parés (coord.), *Participación y calidad democrática* (pp. 77-100). Ariel.
- Pindado, F. (2008). *La participación ciudadana en el ámbito local*. FEMP. Disponible en: <http://documentos.famp.es/documentacion/publicaciones/2004grupo12.pdf>
- Pineda Nebot, C. (2011). Mapa de participación ciudadana de los Ayuntamientos de la Comunidad autónoma de la Rioja. *Berceo, Revista Riojana de Ciencias Sociales y Humanidades*, (160), 21-45.
- Serra Vázquez, L. (2008). La participación ciudadana: un marco conceptual. *Encuentro*, (81), 7-29. <https://doi.org/10.5377/encuentro.v0i81.3625>
- Sintomer, I. (2005). Los presupuestos participativos en Europa: retos y desafíos. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (31), 1-17.
- Subirats, J. (coord.) (2002). *Redes, territorios y gobierno: nuevas respuestas locales a los retos de la globalización*. Diputación de Barcelona.
- Sosa Vázquez, T. (2011). Una revisión crítica a la descentralización y a la fuerza del poder local. *Revista Voces*, (5), 3-6.
- Vergé, T. (2007). Modelos alternativos de participación ciudadana en los partidos políticos españoles: un estudio del PSOE, el PP e IU. *Revista Española de Ciencia Política*, (17), 155-177. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37451>
- Ziccardi, A. (1999). *Los actores de la participación ciudadana*. Instituto de Investigaciones Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 18-07-2023
Modificado: 28-09-2023
Aceptado: 28-09-2023
Publicado: 16-10-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11247>
Páginas: 165-185

Referencia: Berning Prieto, A. D. (2023). El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas ad futurum para un uso responsable. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 165-185. <https://doi.org/10.24965/reala.11247>

El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas ad futurum para un uso responsable¹

The use of systems based on artificial intelligence by public administrations: current situation and some ad futurum proposals for responsible use

Berning Prieto, Antonio David

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Departamento de Derecho Público (España – Spain)
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7644-8210>
aberning@upo.es

NOTA BIOGRÁFICA

El autor ha centrado su investigación en las vicisitudes de la administración electrónica en conexión con cuestiones capitales de la Parte General del Derecho Administrativo, con publicaciones en editoriales de prestigio. Ha sido beneficiario de varias becas formativas en régimen de concurrencia competitiva, de la que cabe destacar la FPU para la consecución de la tesis doctoral, cuyo resultado se publicó como monografía. Ha realizado estancias de investigación en Freiburg (Alemania) y Firenze (Italia). Profesor responsable de diversos contratos de investigación para la transferencia del conocimiento, imparte docencia con plena dedicación en la Universidad Pablo de Olavide como Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, si bien también ha impartido docencia en diversos posgrados de instituciones privadas de prestigio, habiendo impartido también numerosas sesiones formativas para diversas administraciones públicas. Ha participado como miembro investigador en diversos Proyectos de Investigación centrados en cuestiones trascendentales del Derecho Administrativo.

RESUMEN

El empleo por parte de la administración central, autonómica y local de sistemas basados en inteligencia artificial supone un claro avance y múltiples beneficios relacionados con la eficacia y eficiencia en su funcionamiento, pero va acompañada de múltiples riesgos que se deben gestionar desde la toma de la decisión acerca de su desarrollo o adquisición, hasta su puesta en funcionamiento y durante su ciclo de vida.

Dado que tampoco existe en la actualidad una regulación adecuada que proporcione seguridad jurídica y garantice los derechos de los ciudadanos cuando se toman decisiones que les afectan, el presente trabajo pretende tratar ciertas cuestiones que deberán ser objeto de regulación en el futuro para que las administraciones públicas puedan utilizar este tipo de sistemas con las debidas garantías.

¹ El presente Trabajo ha sido efectuado en el seno del Proyecto de Investigación UPO-1381574, "Inteligencia artificial y Derecho administrativo: problemática general y aplicaciones en la Junta de Andalucía", en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020, así como del Proyecto de Investigación TED2021-132191B-I00, "Transición digital de las Administraciones públicas e inteligencia artificial: claves, riesgos y propuestas de política regulatoria (DIGITAPIA)", otorgado en el marco de la convocatoria de "Proyectos estratégicos orientados a la transición ecológica y a la transición digital, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación para el período 2021-2023".

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial; decisiones administrativas; datos; transparencia; motivación; contratación pública; innovación.

ABSTRACT

The use by the central, regional and local administration of systems based on artificial intelligence represents a clear advance and multiple benefits related to the effectiveness and efficiency in its operation, but it is accompanied by multiple risks that must be managed from the moment the decision is made. Decision about its development or acquisition, until its commissioning and during its life cycle. Given that there is currently no adequate regulation that provides legal certainty and guarantees the rights of citizens when decisions that affect them are made, this paper aims to address certain issues that must be regulated in the future so that public administrations can use this type of system with the proper guarantees.

KEYWORDS

Artificial intelligence; administrative decisions; data; transparency; motivation; public procurement; innovation.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FUNCIÓN DE LOS ALGORITMOS EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 3. CUESTIONES RELEVANTES EN EL EMPLEO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3.1. LA TELEASISTENCIA MEDIANTE CHAT-BOTS. 3.2. LOS FORMULARIOS «INTELIGENTES» Y EL DERECHO DE SUBSANACIÓN DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 3.3. LA NECESARIA RESERVA DE HUMANIDAD EN EL EMPLEO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 3.4. BREVE REFERENCIA A LA IMPUTACIÓN ORGÁNICA DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA ADOPTADA MEDIANTE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 3.5. LA NECESARIA REGULACIÓN, A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, DE LA ADQUISICIÓN DE SOLUCIONES DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 4. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Ninguna duda cabe de que la inteligencia artificial ha irrumpido de forma abrumadora en el orden socioeconómico. Así se demuestra con su cada vez más extendida presencia: desde la toma de decisiones en ciudades inteligentes hasta la adopción de medidas extraordinarias sanitarias en función de datos epidemiológicos, como se ha demostrado con la reciente crisis provocada por COVID-19, en la cual la predicción basada en algoritmos e inteligencia artificial han demostrado ser grandes aliados, y más recientemente se está observando con aplicaciones como *ChatGPT*², que proporcionan respuesta a múltiples interrogantes en tiempo real.

La gestión documental administrativa es una de las más relevantes cuestiones que las Administraciones Públicas deben adecuar para beneficiarse de la inteligencia artificial de la forma más eficiente posible. Y es que, como ha tenido ocasión de afirmar Valero Torrijos (2018, p. 389), la modernización tecnológica implica no sólo la sustitución de la gestión en papel de los documentos por su equivalente electrónico y transmitirlos telemáticamente, sino desvincular los datos del documento original y procesarlos de forma independiente.

Esta desvinculación de datos del documento original comporta la posibilidad de tratamiento diferenciado, pudiendo proporcionar múltiples utilidades a la Administración Pública, pero debe llevarse a cabo con las debidas garantías jurídicas, lo que algún autor ha venido a denominar principio de precaución (Boix Palop, 2020, pp. 225 y ss.), ya que la aplicación de la inteligencia artificial a tales datos supone un riesgo inherente a la propia tecnología, toda vez que gracias a los algoritmos matemáticos que rigen dicho tratamiento se puede llegar a una toma de decisiones absolutamente independiente, que sustituyan verdaderamente a la

² El modelo, de código abierto, permite mantener conversaciones sobre múltiples temas, de forma que la interacción es bastante completa aun en el estadio inicial de desarrollo en que se encuentra: <https://openai.com/blog/chatgpt> (última consulta efectuada el 28-09-2023).

inteligencia humana. Esta independencia puede resultar beneficiosa en determinados supuestos, como podría ser la adopción de decisiones discrecionales a las que, de esta forma, se las dota de cierta imparcialidad u objetividad, si bien en otras ocasiones podría resultar menos conveniente, de ser precisa cierta reserva de humanidad en la adopción de la decisión.

Dicha sustitución puede realizarse de dos formas, conforme algún autor como Carloni (2020, p. 4) ha apuntado: una primera, en la que la decisión administrativa basada en algoritmos es adoptada por una máquina en ausencia de intervención humana en la fase de toma de decisiones; y una segunda, en la que la operación automatizada cumple un papel decisivo en la toma de decisiones mediando intervención humana, pero dicha intervención se caracteriza por ser «al servicio» de la máquina, sin posibilidad de control alguno sobre la misma y, por ende, sobre la decisión que aquélla adopta. Este aspecto resulta relevante ya que, como ha tenido ocasión de afirmar Martín Delgado (2023, p. 135), los sistemas que se están creando producen resultados útiles, pero no inteligentes.

Es por ello que, en cada caso, las garantías jurídicas que deben protegerse difieren, ya que mientras que en el primer supuesto no existe intervención humana y, por ende, las garantías jurídicas del sistema deben ser máximas, en el segundo la intervención humana es decisiva y ésta únicamente se sirve de la tecnología o sistema de inteligencia artificial como auxilio, por lo que las garantías jurídicas se relajan, siempre y cuando la decisión adoptada por el funcionario público correspondiente esté debidamente motivada.

Es por ello que se torna necesario examinar el funcionamiento interno de los sistemas de inteligencia artificial, con la finalidad de determinar las garantías a establecer en cada caso concreto, comenzando para ello con los algoritmos como motor de este tipo de sistemas.

2. LA FUNCIÓN DE LOS ALGORITMOS EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Si bien existen diversas definiciones de inteligencia artificial, resulta a veces complejo que la definición comprenda todos los elementos necesarios y no excluya ningún supuesto posible, por lo que, siguiendo a Zlotnik (2019, p. 26), podría definirse la inteligencia artificial también por la vía negativa, esto es, *la inteligencia artificial actual no es inteligencia, en el sentido que los seres humanos otorgamos a esa palabra*. Y es que, como justifica dicho autor, los sistemas de inteligencia artificial deben nutrirse de un conjunto de variables de entrada y salida, logrando sus resultados mediante el proceso de aprendizaje que permite el empleo de algoritmos, los cuales utilizan datos masivos que los guían en su tarea.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (Comisión Europea, 2021) –también Propuesta de Reglamento de IA, en adelante– reconoce la dificultad de ofrecer una definición de inteligencia artificial la cual, en todo caso, debe complementarse tanto con basarse en las principales características funcionales del *software*, y en particular en su capacidad para generar, en relación con un conjunto concreto de objetivos definidos por seres humanos, contenidos, predicciones, recomendaciones, decisiones u otra información de salida que influyan en el entorno con el que interactúa el sistema, ya sea en una dimensión física o digital, como con una lista de las técnicas y estrategias concretas que se usan en su desarrollo, la cual debe mantenerse actualizada atendiendo a los avances tecnológicos y del mercado (Considerando 6).

La definición de «sistema de inteligencia artificial» que ofrece la Propuesta de Reglamento de IA, la cual pretende ser tecnológicamente neutral y válida en el tiempo, la concreta en:

«el *software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa».

Dicho *software* utiliza algoritmos, para el cual todos los datos pueden encontrarse en un mismo nivel de importancia, independientemente de su naturaleza, siempre que le sirvan para ofrecer resultados; ello trae consigo para el precitado autor varias consecuencias directas con relevancia jurídica: la posibilidad de ofrecer resultados sesgados, reducción del nivel de rendimiento de los modelos y la dificultad de comprender cómo se ha conseguido el resultado obtenido.

Por tanto, en los sistemas de inteligencia artificial se torna necesario no sólo conceptualizar los algoritmos como motor interno de los mismos, sino dotarlos de un régimen jurídico adecuado y proporcionar, en el

ámbito del sector público, garantías suficientes a los ciudadanos en general, principales destinatarios de la actividad administrativa. Y es que, en caso contrario, como alerta Martín Delgado (2023, p. 138), el algoritmo podría convertirse en la práctica en el sustituto de la Ley, tanto por acción como por omisión, lo cual no ocurriría en caso de estar dotado de un régimen jurídico concreto y garantista que ofreciese una adecuada cobertura legal a su empleo en el seno de las administraciones públicas, aspecto capital en su implantación.

En este sentido, el término «algoritmo» es definido por el Diccionario de la Real Academia Española³, como un «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema», o como «método y notación en las distintas formas del cálculo», concepto genérico que ha sido precisado por algún organismo⁴, como «procedimiento de cálculo que consiste en cumplir un conjunto ordenado y finito de instrucciones con unos datos especificados para llegar a la solución del problema planteado».

Ahora bien, todo algoritmo se basa en un código fuente, que constituye el conjunto de órdenes internas que emplea aquél para desarrollar su cometido, pudiendo definirse, con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de la Administración General del Estado⁵, como «archivo o conjunto de archivos que tienen un conjunto de instrucciones muy precisas, basadas en un lenguaje de programación, que se utiliza para poder compilar los diferentes programas informáticos que lo utilizan y se puedan ejecutar sin mayores problemas», las cuales, evidentemente, son posteriormente dotadas de una interfaz gráfica para facilitar el uso al usuario final, sin necesidad de que tenga que interpretar tales códigos o instrucciones directamente.

A pesar de tener un origen matemático, atribuyéndose generalizadamente al matemático y astrónomo *Muhammad ibn Mūsā al-Khwārizmī*, autor del primer Tratado de Álgebra cuya traducción *Algoritmi de numero Indorum* dio lugar al término actual de «algoritmo»⁶, atendiendo a su definición, un algoritmo puede servir a muchas finalidades diversas y, como apunta López Pulido (2021, p. 6), expresarse de distintas formas, como los diagramas de flujo o incluso lenguaje natural; por ejemplo, las redes sociales son en la actualidad máximo exponente de su continuo empleo para ofrecer información acorde a nuestros intereses, e incluso las plataformas de *streaming* actuales los utilizan para sugerir contenidos según nuestro perfil y experiencia previa de usuario, lo cual redundará en una mejora de la experiencia como regla general, al recibir sugerencias personalizadas; no obstante, esta personalización no está exenta de errores o resultados irrelevantes para el destinatario de las mismas, lo cual sucederá en cualquier ámbito en que se utilice una solución basada en inteligencia artificial. La diferencia estriba en que un fallo algorítmico en este tipo de servicios digitales provocará el descontento del usuario con lo ofrecido (música, vídeos, etc.), pero, si esa disfunción se da en el seno de un procedimiento administrativo, las consecuencias son bien distintas, toda vez que podría implicar la denegación de una ayuda a alguien que tiene derecho a ella y, en determinados casos, sin conocimiento concreto del motivo de la desestimación, como se verá, por no ser objeto de publicidad el algoritmo que se ha aplicado.

Estas funcionalidades aparecen también en la aplicación de algoritmos al Derecho, no sólo como auxilio en la toma de decisiones, sino que se puede llegar a plantear el empleo de algoritmos incluso para adoptar una determinada decisión. Ya existen antecedentes en otros ordenamientos jurídicos, como el estadounidense, en el que se emplean algoritmos para predecir posibles comportamientos reincidentes de personas privadas de libertad en aras a la concesión o no de la libertad condicional, a través del programa *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS), lo cual resulta altamente arriesgado por no ser siempre acertadas las decisiones basadas en datos, como ha tenido ocasión de concluir Muñoz Rodríguez (2020).

Debe partirse de la base, de acuerdo con Huergo Lora (2020, p. 27), de que los procedimientos administrativos o judiciales tradicionales obedecen ya realmente a reglas algorítmicas, al componerse de una serie de pasos con un contenido determinado que deben darse para llegar a la resolución del procedimiento, si bien no lo hacen de forma idéntica a un programa informático, toda vez que el instructor tiene una vinculación jurídica distinta de la operativa mecanicista que sigue el segundo; así, mientras que el programa tendrá que seguir todos los pasos preestablecidos por el programador del mismo mediante lenguaje informático (programación), el instructor podría omitir alguno, sin perjuicio de las consecuencias que ello pudiese traer consigo, y lo que resulta aún más importante, como se verá, dicho instructor podrá en determinados casos introducir elementos correctores de la decisión sobre la base de los principios que resulten de aplicación,

³ Versión *online* accesible a través de la dirección web: <https://dle.rae.es/algoritmo?m=form>

⁴ Comisión de Garantía del derecho de acceso a la información pública de Cataluña, reclamación 123/2016, de 21 de septiembre.

⁵ Resolución 701/2018, de 18 de febrero de 2009.

⁶ Puede consultarse su biografía en la *Encyclopedia Britannica*, accesible *online* en la dirección web: <https://www.britannica.com/biography/al-Khwarizmi>

al poder apreciar circunstancias que así lo exijan para el caso concreto, lo cual es inviable para un sistema decisor no humano.

Para el autor, al no sustituir el algoritmo en ningún caso a la norma, sino automatizar su aplicación, en caso de error o defecto que origine un resultado incorrecto que se materializa en un acto administrativo por estar mal configurado el algoritmo, se originará la invalidez del mismo, en tanto en cuanto prevalece la norma sobre aquél.

No obstante, no es lo mismo emplear algoritmos predictivos que no predictivos, ya que estos últimos sustituyen en la práctica la actividad mecánica que anteriormente realizaba un funcionario manualmente y, en consecuencia, automatizan procedimientos cuyo esquema estaba previamente establecido normativamente, de forma que no existe realmente ninguna innovación del ordenamiento jurídico. Y es que, como bien explican González Cabanes y Díaz Díaz (2023, pp. 40 y ss.), la inteligencia artificial es *la disciplina que intenta replicar y desarrollar la inteligencia natural, de humanos y seres vivos, a través de computadoras o máquinas*, pero ésta comprende actuaciones automatizadas, basadas en algoritmos tradicionales, y sistemas más avanzados, como el *deep learning* o las redes neuronales, siendo la fuente de todos ellos el *big data* o los datos masivos de que se nutren, tanto para ofrecer resultados automáticamente en el primer caso como para efectuar las complejas relaciones de datos en los dos últimos.

Pero, respecto a los algoritmos predictivos, no sólo pueden automatizar procedimientos, sino que pueden llegar a innovar el ordenamiento jurídico, como ha tenido ocasión de plantear Cerrillo Martínez (2019a, p. 10), ya que, a partir de datos obtenidos por el sistema (el cual, a su vez, se nutre de datos masivos⁷), el algoritmo es capaz de generar nuevas decisiones adaptándose a los mismos en función de diversas variables, esto es, realmente entrena y aprende de su experiencia (Zlotnik, 2019, p. 26), por lo que podría hacernos dudar acerca de si realmente están innovando el ordenamiento jurídico y, por ende, adquiriendo naturaleza normativa.

Los datos de los que necesita nutrirse un algoritmo de inteligencia artificial son mucho mayores de los que necesita una persona para llegar a la misma solución, además de tener que ser datos de calidad y estructurados, de forma que se reduzcan al máximo las posibilidades de errar en la solución. En estos casos, se torna imprescindible tener disponibles datos suficientemente representativos y, a pesar de ello, podrán originarse errores que, como apunta Zlotnik (2019, pp. 29-30), debe asumir la entidad que haga uso de este tipo de sistemas; errores que, además, pueden ser de mayor o menor impacto, aspecto que debe ser objeto de valoración por parte de la Administración Pública que pretenda implantar un sistema de inteligencia artificial en orden a determinar si realmente es asumible o no.

Además de lo anterior, el empleo de algoritmos para su empleo en sistemas de automatización de procesos podría ser admisible en el tráfico de las administraciones públicas, pero los de aprendizaje automático, *deep learning* o las redes neuronales plantean la complicación adicional de la complejidad de determinar el razonamiento que ha seguido el sistema para ofrecer el resultado, por lo que su empleo en el sector público es mucho más limitado a aquellas tareas domésticas o internas que puedan dar lugar al otorgamiento de preferencia a determinadas políticas públicas frente a otras, por ejemplo, pero no en aquellos casos en que exista incidencia en derechos de terceros (fundamentalmente ciudadanos).

3. CUESTIONES RELEVANTES EN EL EMPLEO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

3.1. La teleasistencia mediante *chatbots*

Las diferentes finalidades para las que puede hacerse uso de sistemas basados en inteligencia artificial abarcan desde la adopción de decisiones de forma automatizada, hasta el empleo de estos sistemas de forma auxiliar por el personal al servicio de la Administración para la adopción posterior, por parte de éste, de

⁷ Los cuales, a su vez, implican una debida gobernanza de los datos, para lo cual deberá tenerse en cuenta por parte de los poderes públicos el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724, así como la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, en estrecha relación con el primero. Téngase en cuenta adicionalmente lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/138, en el que se establecen conjuntos de datos de alto valor que las entidades del sector público deben poner a disposición pública para facilitar su reutilización, debiendo hacerse de forma gratuita, susceptibles de tratamiento automatizado y que permita su descarga masiva.

la decisión administrativa. Asimismo, recientemente se están empleando cada vez con mayor frecuencia los sistemas de inteligencia artificial para asistir a los ciudadanos en general de forma automatizada, de forma que no es necesaria la presencia de personas, permitiendo que cualquier consulta pueda ser respondida a cualquier hora del día o la noche, sea festivo o no. Me refiero a los conocidos *chatbots*, como asistentes virtuales, que permiten resolver consultas sencillas o proporcionar información de carácter general sin necesidad de presencia ni intervención humana.

De acuerdo con Ponce Solé (2023, p. 198), estos asistentes no deben tener encomendadas funciones decisorias, si bien estas soluciones pueden resultar útiles, sin duda, para proporcionar a los ciudadanos una atención rápida y directa sin desplazamientos cuando quieren recabar información genérica. Pero en ningún caso puede llegar a sustituir a la atención presencial, aspecto que recientemente se está descuidando⁸, en algunos casos debido a la implantación de este tipo de servicios de teleasistencia robótica. Por tanto, el empleo de inteligencia artificial en sistemas de asistencia al ciudadano puede resultar útil para la resolución de determinadas cuestiones o dudas puntuales, pero no debe alcanzar cotas que impidan una asistencia presencial de calidad, por lo que su empleo debe tener ciertos límites, ya que, si bien puede resultar en una reducción de costes y de personal dedicado a la atención ciudadana, lo es a costa de la calidad del servicio público que se ofrece a los ciudadanos.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el *big data* se erige como fuente de alimentación de los sistemas de inteligencia artificial, por lo que la disponibilidad de datos masivos en los sistemas de inteligencia artificial es un aspecto fundamental, ya que los algoritmos en que basan su funcionamiento interno se nutren de los mismos para su ejecución.

Por tanto, para un desarrollo adecuado de sistemas de inteligencia artificial resulta fundamental disponer de una base de datos lo más completa posible y, el ámbito local es, sin lugar a duda, una de las principales fuentes de captación de datos generados por los propios ciudadanos, bien directamente, bien mediante sus patrones de uso⁹. La utilización de *chatbots* puede suponer en la práctica una fuente de información directa de las preocupaciones o intereses de los ciudadanos, al recibir constantemente consultas o peticiones directas de la ciudadanía, lo cual sin duda puede resultar útil en relación con las decisiones institucionales que se adoptan, tales como el destino de determinadas partidas presupuestarias en función de las medidas que pueden resultar más populares o bienvenidas por la ciudadanía, o ámbitos en los que debe mejorarse la información ofrecida a los ciudadanos.

Este empleo de datos masivos debe llevarse a cabo en todo caso de forma responsable, de conformidad con la normativa europea y nacional vigente en materia de protección de datos, a saber, 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 la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, respectivamente, toda vez que el uso desmedido o abuso de este tipo de tecnología podría dar lugar a situaciones nada deseables y vulneradoras de derechos de los ciudadanos. En este sentido, científicos como Hawking¹⁰ concluyen que la inteligencia artificial debe estar en todo caso al servicio de las personas, y no deberían poder nunca llegar a sustituirlas, por lo que la ética es fundamental en el uso de herramientas basadas en esta tecnología, de forma que se utilice en beneficio del progreso humano, al servicio de éstos, y no al contrario.

3.2. Los formularios «inteligentes» y el derecho de subsanación de los interesados en el procedimiento administrativo

En el caso de la utilización de sistemas de inteligencia artificial como herramienta automatizada de cumplimentación de formularios o de comprobación automática de información aportada es bien conocida en

⁸ Son múltiples las noticias que se están publicando en relación con la ausencia de disponibilidad de citas previas para la atención presencial de diversas administraciones públicas. Puede consultarse al respecto, noticias tanto en el ámbito estatal como en el autonómico: https://www.antena3.com/noticias/economia/imposible-conseguir-cita-previa-seguridad-social-llevo-25-dias-intentandolo-hay-forma_2023021463ebb700b5cd320001292d02.html o <https://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/2022/05/08/falta-personal-imposible-conseguir-cita-seguridad-social-navarra-526717-300.html> (última consulta efectuada el 28-09-2023).

⁹ Piénsese por ejemplo en los datos relativos al uso de parques por la población y por grupos de edad en función de datos obtenidos por los sistemas de captación de imágenes, o los datos de circulación controlada en el casco urbano mediante sistemas de videovigilancia del tráfico, muy presentes en diversas entidades locales con gran afluencia de tráfico céntrico, sin perjuicio de datos relativos a visitas a museos o monumentos, que arroja datos relativos a los intereses de la población de un determinado lugar.

¹⁰ Hawking (2018), cuyo capítulo 10 dedica a responder a la pregunta «¿Será la inteligencia artificial más lista que nosotros?».

ámbitos como el tributario, para las autodeclaraciones de impuestos, como sucede con el programa «Renta Web»¹¹, práctica que es ya habitual y no suele presentar inconvenientes, más bien al contrario, suponen una facilidad para el administrado, quién únicamente se debe preocupar de comprobar que los datos proporcionados son correctos y adicionar aquellos no incluidos.

No obstante, el establecimiento de formularios precumplimentados en determinados casos ha llegado a sustraer a los interesados el derecho a la subsanación de solicitudes recogido en el artículo 68 LPAC, no sólo por la incapacidad del sistema de recabar los datos imprescindibles (vulnerando con ello el derecho a no aportar datos o documentos que ya obren en poder de la Administración, previsto en el artículo 28.3 LPAC), sino porque la propia configuración del sistema impide al interesado continuar el trámite y presentarlo en registro electrónico sin haber cumplimentado determinados campos faltantes, que suelen marcarse como «obligatorios» o «de cumplimentación preceptiva».

En este sentido, el diseño de las aplicaciones que sustentan la cumplimentación de formularios o solicitudes *online* suelen incorporar campos de cumplimentación obligatoria, sin la que no es posible continuar y presentarlas en registro electrónico, difiriendo de lo que ocurre tradicionalmente en soporte papel, que en caso de no aportar algún dato necesario para tramitar la solicitud, el artículo 68 LPAC reconoce el derecho del interesado a subsanar su solicitud, para lo cual se permite un plazo común de diez días a fin de que se subsane el defecto; en el caso de formularios (precumplimentados o no) este derecho resulta cercenado, a menos que el interesado busque fórmulas alternativas imaginativas para hacerlo efectivo¹², actuación nada deseable, siendo preferible dar la posibilidad a los ciudadanos que otorga el artículo 68, para en caso de no presentar todos los datos o documentos exigidos para el procedimiento de que se trate.

Cuestión distinta, pero no menos relevante, supone el ejercicio del derecho de subsanación no sólo en cuanto a la posibilidad de aportar documentación o datos que son necesarios para la tramitación del procedimiento, sino para el empleo de medios electrónicos por parte de los ciudadanos.

En este sentido, en relación con la subsanación y mejora de la solicitud, el tenor literal del artículo 68.4 LPAC establece que:

«si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación».

Esta regulación ha dado lugar en la práctica a situaciones en las que, tanto en relación con la presentación de solicitudes, como en dar cumplimiento a requerimientos o presentar recursos administrativos, la Administración ha procedido a admitir el escrito, otorgar un plazo de subsanación de diez días si bien, al subsanar el administrado dentro de esos diez días conferidos, pero ya fuera del plazo inicial que debía observar (como es obvio), la Administración ha inadmitido posteriormente aquél escrito por entender que se ha presentado fuera de plazo.

Para Gamero Casado (2016, pp. 15-27), los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente no pueden verse privados de su derecho a subsanar, por lo que la ambigüedad de la redacción del artículo 68.4 LPAC debe propiciar su interpretación de la forma más favorable al ciudadano, permitiéndole subsanar y tener por presentado su escrito en plazo tras dicha subsanación. Esta problemática no ha sido resuelta de forma clara para los sujetos que se encuentran obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, para quienes la presentación en soporte papel debe conllevar la mera advertencia de la Administración de que deben efectuar la presentación de forma electrónica, pues en caso contrario resultaría incongruente la apertura de un plazo de subsanación cuando podría haber concluido el plazo de presentación de solicitudes (en este sentido, la sentencia 276/2018, de 29 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), otorgándose un tratamiento diferente en relación con la presentación de solicitudes y con la de presentación de recursos administrativos, derivada del juego existente entre los apartados 1 y 4 del artículo 68 LPAC, respectivamente¹³.

¹¹ Accesible a través de la sede electrónica de la Agencia Tributaria: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/consultas-informaticas/renta-ayuda-tecnica/renta-web-tramitacion-borrador-declaracion.html> (última consulta el 28-09-2023).

¹² Se han dado casos en la práctica de la subida reiterada al sistema de documentos «.pdf» en blanco, los cuales posteriormente son necesariamente objeto de otorgamiento de un plazo para su efectiva aportación mediante el correspondiente trámite de subsanación.

¹³ Esta cuestión es tratada en Berning Prieto (2021, pp. 249 y ss.).

Otra disfunción existente es la problemática derivada de la falta de alguno de los trámites finales del procedimiento administrativo electrónico, incluyendo la falta de firma o registro electrónicos tras la verificación de los trámites iniciales del mismo. Son diversos los pronunciamientos judiciales que se han ido dictando los últimos años tratando esta cuestión, pudiendo citarse la sentencia 762/2021, de 31 de mayo, del Tribunal Supremo, en la que el Alto Tribunal estableció que:

«el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la “firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio”, en palabras del vigente artículo 66.1.e) de la Ley 39/2015, está expresamente previsto por el artículo 68 del mismo cuerpo legal. Y que la vigente legislación de procedimiento administrativo ha sido ya pensada para la llamada “Administración electrónica” resulta evidente de la simple lectura de la citada Ley 39/2015, para la que el modo tendencialmente normal de comunicación entre la Administración y los particulares es el electrónico. Así las cosas, sería sumamente difícil –por no decir imposible– argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la “acreditación de la autenticidad de la voluntad” del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica».

Doctrina que reitera posteriormente en otras, de las que cabe destacar la sentencia 224/2022, de 22 de febrero, ya que va más allá al afirmar que «la Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo». De este modo, en esta última sentencia falla en favor de la recurrente, y reconoce que, habiendo realizado todos los pasos salvo la firma electrónica y presentación en registro electrónico, debió dársele derecho a subsanar procediendo a la presentación telemática, independientemente de que, por tratarse de una persona física, tuviese derecho a presentar el escrito también en soporte papel por los medios tradicionales *ex* artículo 14.2 LPAC.

Resulta evidente que, en ambos casos, tanto en el ejercicio del derecho de subsanación electrónica por parte de los obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración como en la posibilidad de los no obligados de presentar sus solicitudes por medios electrónicos, se deben interpretar bajo el principio *pro actione*, y la jurisprudencia está marcando una tendencia claramente en favor del administrado para que la implantación y el recurso a la administración electrónica no suponga una merma de los derechos y garantías de los interesados, sino una forma de facilitar las relaciones entre la Administración y éstos, aspecto que en muchos casos se está obviando en la práctica.

3.3. La necesaria *reserva de humanidad* en el empleo de sistemas de inteligencia artificial

El empleo de algoritmos predictivos en determinados ámbitos presenta ciertos riesgos, como indican autores como Bull (2017, p. 416), pues implica el empleo del *Big Data* o datos masivos como base de las predicciones basadas en datos que, posteriormente, se emplean en la generación automática de actos administrativos o se materializan en el inicio de procedimientos de inspección.

Este tipo de algoritmos, los predictivos, son un tipo específico de algoritmo desarrollado para procesar datos masivos puestos a su disposición en aras a la consecución de una finalidad que se concreta en obtener resultados ajustados a unas necesidades específicas. Como apunta Ponce Solé (2019, p. 7), los algoritmos han pasado de ser estáticos (no predictivos) a ser dinámicos (predictivos), pudiendo distinguirse en esta dinamicidad aquellos de aprendizaje automático o *machine learning*, que tienen capacidad de aprender con el tiempo y la experiencia, dando lugar a soluciones distintas a las inicialmente programadas, susceptibles de proporcionar cierta trazabilidad, y los de aprendizaje profundo o *deep learning*, que forman redes neuronales complejas a partir de datos masivos, cuya trazabilidad es prácticamente inexistente. Esta ausencia de trazabilidad hace que el autor los califique como «opacos», ya que incluso a sus creadores les resulta imposible conocer cómo ha sido el proceso lógico seguido para adoptar una determinada decisión, independientemente de que sea ésta ajustada a Derecho o no, y de que resulte justa o injusta.

En este sentido, dado que los sistemas de inteligencia artificial basan su funcionamiento en algoritmos y éstos hacen depender su funcionamiento y precisión no sólo en cantidades masivas de datos, sino que además éstos deben ser de calidad, también pueden introducirse sesgos en las decisiones que se adopten, si los datos proporcionados están sesgados o el sistema no ha sido configurado adecuadamente, por lo

que la imposibilidad de conocer qué datos concretos han sido empleados por el sistema para adoptar una decisión y cómo han sido relacionados tales datos resulta algo inadmisibles en el ordenamiento jurídico-administrativo.

De acuerdo con Huergo Lora (2020, p. 43), las predicciones algorítmicas han llegado a sustituir los juicios de valor individuales emitidos por expertos, ya que tienen una capacidad adaptativa superior, motivo por el cual su desarrollo más relevante se ha dado en el sector privado, haciéndose uso por parte de las entidades bancarias para analizar riesgos en la concesión de préstamos hipotecarios, por las aseguradoras para los cálculos de riesgo de siniestralidad de potenciales asegurados o por servicios de *streaming* para ofrecer automáticamente determinados contenidos a sus clientes relacionados con anteriores patrones de uso.

La distinción fundamental entre algoritmos predictivos y no predictivos radica no sólo en su conceptualización y régimen jurídico, ya que los sistemas que se implanten basados en estos deberán proporcionar un el mismo nivel de garantías, especialmente en aquellos supuestos en que las decisiones que se adopten basados en ellos tengan incidencia sobre terceros, sino que implantar dichas garantías no resulta tan sencillo en el caso de los predictivos como en los no predictivos, dada la vocación de autoaprendizaje que se predica de los primeros frente a los segundos, que simplemente traducen la norma, automatizándola, para facilitar su aplicación.

Esta tarea predictiva de este tipo de algoritmos y las dificultades que entraña garantizar los derechos de los ciudadanos en su utilización ha sido objeto ya de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en Europa, si bien merece destacar, por su gran trascendencia, el relativo al caso «SyRI», que ha sido objeto de estudio por autores como Cotino Hueso (2020). En este caso, se utilizaba la aplicación *System Risk Indication* (SyRI), basado en algoritmos predictivos, por parte de la administración holandesa con fines de investigación en materia tributaria y de seguridad social, la cual se nutría de datos masivos de los ciudadanos, de forma que, a partir de éstos, el sistema generaba informes de riesgo, notificando cuando había probabilidades de que se cometiesen irregularidades constitutivas de fraude o evasión fiscal por determinados grupos de obligados tributarios, gracias a los cuales se conseguía determinar si alguno de los sujetos que el sistema de inteligencia artificial consideraba de riesgo debían ser objeto de investigación. Este empleo de algoritmos predictivos y la ingente cantidad de datos inherentes a los ciudadanos relativos a su trabajo, sanciones administrativas, datos fiscales, bienes muebles e inmuebles, beneficios sociales, comerciales, de vivienda, de identificación, de integración cívica, cumplimiento de la legislación, educación, pensiones, deudas, permisos y exenciones, esto es, toda una suerte de datos sobre la vida cotidiana de los ciudadanos, fue lo que motivó el recurso y el posterior pronunciamiento judicial.

A pesar de que el sistema contaba con múltiples garantías, como de anonimización, división funcional, eliminación o de confidencialidad, un Tribunal de La Haya, tras examinar a fondo su funcionamiento, dictó sentencia el 5 de febrero de 2020¹⁴, en la que, a pesar de reconocer los esfuerzos de la Administración Pública por ofrecer ciertas garantías en el uso de la aplicación, determinó que su empleo resultaba contrario al artículo 22 RGPD y al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que había carencias como la ausencia de auditorías externas independientes sobre el funcionamiento del algoritmo y la posible incidencia en derechos fundamentales de los ciudadanos, así como problemas derivados de la opacidad o «caja negra» (black box¹⁵) del sistema, esto es, falta de transparencia y explicabilidad del algoritmo en que se basaba el sistema de inteligencia artificial implantado por la Administración.

En definitiva, el Tribunal sentó las bases de que el principio de transparencia es un garante de la protección de datos y los derechos fundamentales de los ciudadanos; el propio sistema SyRI discriminaba determinadas zonas de la ciudad por su nivel bajo de renta sobre la base de los datos de los que se nutría el sistema de inteligencia artificial basado en algoritmos, motivo por el cual un alto porcentaje de la actividad investigadora se centraba en los ciudadanos residentes en esas localizaciones. Estos sesgos que introducía el sistema de inteligencia artificial tampoco son controlables en la práctica de forma efectiva, pues al tratarse de sistemas de autoaprendizaje los propios resultados sesgados pasan a ser resultados para tener en cuenta en futuras decisiones, que vuelven a resultar sesgados.

De acuerdo con la opinión de Cotino Hueso (2020, p. 3), en el desarrollo de sistemas de inteligencia artificial basados en algoritmos debe darse preferencia a aquellos que responden a *white boxes*, en contraposición a los *black boxes*, esto es, más transparentes pues, aunque sus resultados puedan ser menos

¹⁴ Rb. Den Haag – C/09/550982/HA ZA 18/388.

¹⁵ Al respecto resultan de especial interés las reflexiones de Cerrillo Martínez (2019b, pp. 13-28).

efectivos, se incrementan las garantías y, con ello, la verificación de los principios y derechos constitucionalmente reconocidos a los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas.

Y es que una Administración actual y moderna debe ser, por utilizar el acertado término acuñado por Gamero Casado (2022, p. 271), una Administración *facilitadora*, en el sentido de procurar agilizar y simplificar el ejercicio de derechos de los ciudadanos, manifestación directa del Estado garante, lo cual debe pasar por la implementación de sistemas que agilicen y faciliten la actividad administrativa, como sucede con los sistemas de inteligencia artificial pero, al mismo tiempo, debe garantizar la observancia del principio de transparencia y la explicabilidad de los algoritmos que se emplean en la adopción de decisiones que afectan a los derechos e intereses de aquéllos.

Algunas administraciones públicas están trabajando en esta línea, como el Ayuntamiento de Barcelona, el cual ha elaborado un documento de “Definición de metodologías de trabajo y protocolos para la implementación de sistemas algorítmicos”¹⁶ en el que establece exigencias de (i) transparencia en el procedimiento, a fin de suministrar información pública relativa al sistema algorítmico o al proceso seguido en el desarrollo y la aplicación de dicho sistema y de los datos utilizados, de forma que, en caso de derivarse daños por el uso de sistemas de inteligencia artificial, pueda detectarse su origen y causas; (ii) transparencia técnica, en virtud de la cual todo proveedor de sistemas algorítmicos deba facilitar a la Administración información acerca del funcionamiento técnico de los mismos, incluyendo el código fuente, especificaciones técnicas, los datos utilizados y el proceso de obtención de los mismos, la justificación de la elección del modelo concreto y sus parámetros, así como información sobre el rendimiento del sistema; y (iii) explicabilidad, en el sentido de conocer los factores clave que han llevado a un sistema algorítmico a un resultado concreto y los cambios que tienen que hacerse en los datos de entrada con el fin de obtener un resultado diferente.

Este último requisito es de extrema importancia no sólo para poder llevar a cabo auditorías de los sistemas de inteligencia artificial basados en algoritmos, sino también y más importante, para la motivación de los actos administrativos en los casos exigidos ex artículo 35 LPAC, toda vez que la motivación consiste precisamente en poner de manifiesto las razones de hecho y de Derecho que justifican una determinada decisión, y su ausencia en los casos exigibles podría dar lugar a supuestos de invalidez de los actos dictados prescindiendo de la debida motivación.

Resulta por tanto fundamental distinguir la transparencia exigible a los sistemas de inteligencia artificial, de la explicabilidad de las decisiones adoptadas por éstos. La transparencia, de acuerdo con Loi et al. (2021), obedece a diversas finalidades como la prevención de adopción de decisiones sesgadas o no éticas, difundir el conocimiento de los sistemas para su mejora técnica o de la propia tecnología empleada, o permitir la participación individual o colectiva (democrática) en la adopción y condiciones de uso de este tipo de sistemas. La explicabilidad, por su parte, tiene como principal finalidad permitir la motivación de las decisiones adoptadas haciendo uso de sistemas de inteligencia artificial basados en algoritmos.

Como apunta Cotino Hueso (2022, pp. 29 y ss.), las acepciones de la transparencia son variadas, y en múltiples ámbitos, no sólo en el Derecho, pero la explicabilidad es un concepto distinto asociado a aquélla, en tanto en cuanto supone la capacidad para proporcionar a las personas las razones de la adopción de una determinada decisión, a pesar de que ello suponga un detrimento en la calidad o precisión del propio sistema de inteligencia artificial. Dependiendo de la finalidad para la que se emplea el sistema, podrá darse prioridad a la precisión o exactitud del sistema (reduciendo su explicabilidad) o al conocimiento detallado de las razones por las que se adopta una determinada decisión administrativa (reduciendo su exactitud); por tanto, si se trata de un acto administrativo dirigido a un ciudadano, deberán exponerse las razones que han dado lugar al mismo, proporcionando de esta forma seguridad jurídica y permitiéndole impugnar la decisión, ya que difícilmente podrá hacerlo con plenas garantías de su derecho de defensa (artículo 24 CE) sin conocer las razones reales por las que se adoptó, pudiendo dar lugar, en caso contrario, a vicios de invalidez relacionados con la vulneración de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Si bien la transparencia puede ofrecer una forma efectiva de proporcionar información, a la ciudadanía en general, de los sistemas de inteligencia artificial que se emplean, así como para evaluar cómo funcionan los algoritmos en que se sustentan, la explicabilidad va más allá, de forma que, gracias a su observancia, se puede no sólo conocer el funcionamiento intrínseco del sistema de inteligencia artificial, sino también cómo se nutre de los datos, con el fin de corregir este sistema de entrada en caso de que los resultados no sean

¹⁶ Publicado en la dirección web: https://ajuntament.barcelona.cat/digital/sites/default/files/def_metodologia_sist_algoritmics_es.pdf (última consulta efectuada el 28-09-2023).

satisfactorios o se detecten sesgos en las decisiones adoptadas. Y es que resulta imprescindible recordar que cualquier sistema de inteligencia artificial y su algoritmo requiere de datos de entrada para su funcionamiento, por lo que la exactitud y selección de estos determina tanto el rendimiento del sistema como la posibilidad de introducir los nada deseables sesgos¹⁷, por lo que debería establecerse una estrategia a tal fin desde el diseño del sistema hasta su puesta en funcionamiento, debiéndose además controlar, auditar y actualizar en caso necesario durante el funcionamiento de dicho sistema de inteligencia artificial para garantizar que éste sigue siendo correcto, corrigiendo los defectos que se detecten en caso contrario.

A estos efectos, entre las recomendaciones incluidas por Loi et al. (2021, p. 2) se encuentran analizar los riesgos de un sistema de inteligencia artificial caso a caso, no de forma generalizada, y de forma transparente con el fin de no vulnerar principios éticos ya que, a juicio de la autora, aunque la transparencia no elimina los riesgos éticos del empleo de sistemas de inteligencia artificial, es un requisito para tal fin.

Es por ello que la transparencia puede encontrarse prácticamente en cualquier documento publicado por organismos públicos, entre los que se encuentra la Comisión Europea, como principio de necesaria observancia sin el cual no se concibe una inteligencia artificial adecuada. Por ejemplo, el *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* (AI HLEG) o Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial, en su reciente documento "*The assessment list for trustworthy artificial intelligence* (ALTAI¹⁸)" exige como cuarto requisito la observancia del principio de transparencia, que subdivide en exigencias de (1) trazabilidad, para conocer en todo momento la calidad de los datos que emplea el sistema de inteligencia artificial, tanto de entrada como de salida, y tener conocimiento permanente del proceso que emplea para adoptar decisiones; (2) explicabilidad, en el sentido de conocer las razones por las que el sistema ha adoptado una determinada decisión, debiendo tener especial cuidado con los *black boxes* y permitiendo obtener cierta retroalimentación de los destinatarios de tales decisiones, de forma que se pueda conocer la opinión de los mismos lo cual, aplicado al sector público, debería suponer efectuar auditorías que incluyan encuestas de satisfacción por parte de ciudadanos, de forma que puedan comprobarse si las decisiones se están adoptando de forma correcta o no; y (3) comunicación con los usuarios del sistema, de forma que se les informe de los riesgos, limitaciones y posibilidades que ofrece esta tecnología para que tengan en cuenta las circunstancias en que se están adoptando las decisiones por parte de los poderes públicos. Esta última cuestión debería replantearse normativamente, pues lo más conveniente sería exigirse la previa aprobación del empleo de sistemas de inteligencia artificial (y sus algoritmos, por tanto) por parte de las administraciones públicas con exigencias de publicación, de forma que los ciudadanos puedan consultar, incluso a través de los portales de transparencia, si sus decisiones van a ser adoptadas haciendo uso de esta tecnología, de forma que se verifique el principio de seguridad jurídica y se proporcione, de esta forma, un espacio de confianza en la adopción de decisiones basadas en inteligencia artificial.

Estas exigencias de publicidad exigirían la necesaria aprobación y publicación posterior de los sistemas basados en automatismos e inteligencia artificial por parte de los órganos competentes de la Administración que los va a implantar; no obstante, en la actualidad, a pesar de haberse previsto en el artículo 13.2 RAE, el precepto es de aplicación estatal, por lo que no resulta suficiente a mi juicio. Esta regulación exige la aprobación de la implantación mediante un acto administrativo, sin perjuicio de que, como apunta Gamero Casado (2023, p. 407), también se haya llevado a la práctica mediante normas con rango de Ley.

Para la actividad administrativa automatizada en el ámbito tributario, por ejemplo, la regulación también resulta claramente insuficiente (Berning Prieto, 2022, pp. 25 y ss.), toda vez que el artículo 96.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) exige la previa aprobación de los programas y aplicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas que vayan a ser utilizados por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades administrativas¹⁹ «de la forma que reglamentariamente se determine», dicho desarrollo reglamentario se encuentra en el artículo 85 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RLGT), el cual establece una serie de reglas para determinar la competencia para la previa aprobación de

¹⁷ Téngase en cuenta que los sesgos suponen la tendencia de los algoritmos y modelos de aprendizaje automático a producir resultados distorsionados debido a la calidad y/o cantidad de datos utilizados para entrenar al modelo, la forma de selección y procesamiento de los mismos y las suposiciones introducidas en su diseño.

¹⁸ Accesible en la dirección web de la Comisión Europea: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment> (última consulta efectuada el 28-09-2023).

¹⁹ En relación con las potestades administrativas, se recomienda consultar la obra de Gamero Casado (2021).

los programas y aplicaciones, siempre y cuando estos efectúen tratamientos de información cuyo resultado sea utilizado por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades y por las que se determine directamente el contenido de las actuaciones administrativas:

- Resolución del órgano responsable a efectos de la impugnación de los correspondientes actos administrativos que pretendan dictarse.
- Resolución del órgano superior jerárquico común de la Administración tributaria de que se trate, sin perjuicio de las facultades de delegación establecidas en el ordenamiento jurídico, para aquellos supuestos en que se trate de distintos órganos de la Administración tributaria no relacionados jerárquicamente.

No obstante, no se especifica el procedimiento concreto a seguir para su aprobación, ni la publicidad o posibilidad de participación de terceros en dicha decisión, toda vez que no se exige que se tramite conforme al procedimiento previsto para disposiciones de naturaleza reglamentaria²⁰, caso en que gozaría de tales exigencias participativas, sino que resulta suficiente la mera adopción de un acto administrativo de aprobación del programa con carácter previo a su puesta en funcionamiento.

En cumplimiento de las previsiones normativas anteriormente referidas, en el ámbito de la Administración tributaria, se han publicado las aplicaciones y programas informáticos autorizados para su empleo en la actividad administrativa automatizada mediante Resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 29 de diciembre de 2010, por la que se aprueban las aplicaciones informáticas para las actuaciones administrativas automatizadas. Sin embargo, del examen del contenido de la precitada resolución administrativa se desprende que todas las aplicaciones que aprueba están destinadas a la actividad administrativa automatizada de mero trámite, ya que se trata de actividades tales como la obtención por los ciudadanos de diversos certificados: el de encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias, de residencia fiscal, etc. o la generación de diversas diligencias como la de constancia de la transmisión del resultado de las actuaciones consecuencia de diligencias de embargo de cuentas bancarias presentadas por medios telemáticos, de embargo de bienes muebles, etc. e incluso la generación de una copia electrónica a partir de un documento en soporte papel, entre otros.

Ciertamente mediante la precitada resolución se da cumplimiento al mandato normativo anteriormente mencionado de aprobación previa de las aplicaciones y programas informáticos, no obstante lo cual en la misma no se contempla la aprobación de programas de uso interno que emplean inteligencia artificial para la toma de decisiones, sean éstas utilizadas para determinar los contribuyentes a los que se va a efectuar un control o inspección en materia de tributos, sean para adoptar resoluciones que ponen fin a un procedimiento tributario.

Y es que en este punto habrían de distinguirse dos supuestos bien diferenciados a la hora de regular la cuestión: la aprobación de programas para actuaciones de mero trámite o auxiliares, y la de programas con trascendencia para los ciudadanos o interesados, caso este último en que sería aconsejable permitir la participación de terceros en el procedimiento de aprobación de la aplicación, con conocimiento además de los datos que van a emplearse durante su uso, por ejemplo. Este aspecto resulta crucial, ya que proporcionaría garantías adicionales en relación con el uso de datos personales por los sistemas de inteligencia artificial, permitiendo desarrollar evaluaciones de impacto normativo y daría lugar posteriormente a auditorías algorítmicas, como sugiere Olivares Olivares (2022, p. 259).

En este último supuesto resultaría más conveniente la previa aprobación, con publicidad posterior, de los programas que se empleen para determinar aquellos supuestos en que se utilizan datos masivos en la adopción de decisiones, de forma que se pueda, al menos, conocer la tipología de *software* que se está empleando por parte de la administración tributaria, sin perjuicio de que determinados aspectos de su funcionamiento interno no sean objeto de publicidad, toda vez que pueden existir razones de interés general o de seguridad nacional que conlleven una menor publicidad únicamente de aquellos aspectos que, de publicarse, podría poner en peligro la seguridad de los sistemas informáticos de la Administración o el buen fin de la actuación administrativa que se pretende llevar a cabo.

No obstante, la regulación en el ámbito tributario de la actividad administrativa automatizada adolece de similares carencias a las existentes en la LRJSP puestas de manifiesto por autores como Díaz Calvarro

²⁰ Respecto a la naturaleza jurídica de los algoritmos en particular, puede consultarse la opinión favorable de Boix manifestada en Boix Palop (2020, pp. 255 y ss.), así como en contra de Huergo en Huergo Lora (2020, p. 64), sin perjuicio de deber reconocerse ciertos beneficios que se derivarían de su consideración como tal.

(2020, p. 9), toda vez que no se prevén consecuencias en supuestos de no publicarse la información relativa a la programación previa, la supervisión del sistema de información o la aprobación y publicidad de programas y aplicaciones informáticas, que lleva a proponer a algún autor incluso la introducción como causa de anulabilidad del acto su incumplimiento, cuestión discutible pero no carente de lógica, como tuve ocasión de apuntar con anterioridad (Berning Prieto, 2019).

No cabe duda de que la inteligencia artificial y su empleo por parte de las administraciones públicas adolece en la actualidad de una absoluta falta de regulación, pues las únicas previsiones normativas existentes (como la relativa a la actividad administrativa automatizada en los artículos 41 y ss. LRJSP) resultan del todo insuficientes, y dicha regulación deberá comprender, entre otros aspectos, la publicidad a que deben someterse tanto los sistemas de inteligencia artificial como el funcionamiento de los algoritmos en que éstos se basan, así como la necesidad de establecer adecuadamente las cláusulas de los contratos que se liciten por parte del sector público y cuyo objeto sea el desarrollo, la adquisición o la implantación de sistemas basados en inteligencia artificial.

La Unión Europea ha dado ya serios pasos en este ámbito, encontrándose en tramitación la Propuesta de Reglamento de IA, norma que regulará a nivel comunitario el uso de sistemas de inteligencia artificial, cuya regulación se basa en una clasificación de los sistemas en función de su nivel de riesgo, de forma que se inadmiten los que presentan un riesgo inaceptable y se regula la admisión de sistemas con riesgo alto o mínimo. No obstante, el establecimiento de la obligación de aprobar las aplicaciones o servicios basados en inteligencia artificial es una cuestión nacional que deberá regularse por los Estados Miembros de la Unión, sin que la Propuesta contenga previsiones en ese sentido; no obstante, dicha aprobación por parte de la Administración debería contener un pronunciamiento expreso indicando el nivel de riesgo que presenta el sistema de inteligencia artificial que pretende implantar.

3.4. Breve referencia a la imputación orgánica de la decisión administrativa adoptada mediante sistemas de inteligencia artificial

Cuestión aparte merece la eventual imputación a la Administración autora del acto administrativo que contenga una determinada decisión administrativa adoptada mediante sistemas de inteligencia artificial.

La teoría del órgano fue ampliamente tratada en su concepción tradicional por autores como Santamaría Pastor (1984, pp. 43-86), si bien otros han abordado la cuestión recientemente al tratar la actuación administrativa automatizada, entre los que cabe destacar el precursor de estos planteamientos, Valero Torrijos, para quién:

«[...] la adopción de los actos administrativos como resultado de un proceso automatizado en el que se ha desplazado completamente toda intervención humana directa produce una quiebra del elemento subjetivo del acto administrativo en la medida en que no existe una intervención inmediata del titular del órgano en la determinación de su contenido, por lo que difícilmente cabe imputarle de forma directa la producción del acto incluso en el caso de que estampara personalmente su firma en el mismo dado que se limita a validar formalmente la respuesta elaborada por un sistema automatizado».

Por su parte, otros como Martín Delgado (2009, p. 366) han defendido que la automatización no influye en la teoría del órgano, sobre la base de que:

«toda persona jurídica –también la Administración– necesita con carácter general de personas físicas que realicen materialmente las actuaciones que pueden-deben llevar a cabo. Esa actividad material, y aquí radica la novedad, puede ser actualmente desarrollada por un ordenador en ejecución de una aplicación informática específicamente creada y configurada para ello. Pero esto es irrelevante para la teoría del órgano, pues la actuación se sigue imputando al órgano que tiene encomendada la competencia, que es además quien firma el acto; y también lo es para la concepción del acto administrativo, pues su contenido puede ser el mismo. La única diferencia radica en que la conexión no tiene lugar a través de la intervención directa del titular del órgano, sino mediante el empleo de un sistema de firma».

En el mismo sentido, Delgado y Oliver (2007) se cuestionan si, cuando es una aplicación informática exclusivamente quien dicta un acto administrativo, afectaría o no a la validez del propio acto, caso en que advierten que las posiciones doctrinales están encontradas al respecto puesto que, si bien es cierto que las

aplicaciones informáticas carecen de voluntad propia, ya que son el resultado de datos y programas, ello no obsta para considerar válidos los actos producidos de esta manera, respetando los requisitos que exige la normativa legal relativos a la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y, por otro lado, de los órganos competentes para resolver los recursos que puedan interponerse, para garantizar el derecho a la defensa de los ciudadanos. Por tanto, a juicio de tales autores, es posible entender la imputación del acto dictado a los órganos competentes para la programación y supervisión del funcionamiento de los sistemas de información empleado.

Alguna norma también ha hecho eco de estos planteamientos, como la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuando señala en su artículo 44.3 que «la actuación administrativa automatizada no afecta a la titularidad de la competencia de los órganos administrativos ni a las competencias atribuidas para la resolución de los recursos administrativos».

Para Ponce Solé (2019, p. 28) resulta claro que los algoritmos se limitan a sustituir al decisor humano, por lo que entiende que la máquina adopta la decisión por delegación del humano, siendo a éste a quién se imputa a todos los efectos la citada decisión, al igual que otros como Parada (1999), para quién los actos administrativos son manifestaciones de voluntad y las máquinas, al no tenerla, carecen de posibilidad de producir actos jurídicos y lo que reflejan no es más que el resultado de los datos y programas que se introducen en ellas, por lo que la producción jurídica sigue estando referida a los funcionarios y autoridades que se sirven de aquéllas. Ponce Solé examina igualmente la posibilidad de utilizar sistemas de inteligencia artificial en la adopción de decisiones discrecionales, cuyo parecer es que puede traer consigo ventajas e inconvenientes, toda vez que, si bien es cierto que los algoritmos tienen una capacidad superior de generar alternativas y ponderarlas, no lo es menos que carecen de la empatía que exige el ejercicio de potestades discrecionales, como la necesidad de tener en cuenta en determinados casos conceptos jurídicos valorativos como la buena conducta, la buena fe o la equidad en supuestos de revisión de oficio revocación de actos declarativos de derechos, al carecer los sistemas de inteligencia artificial de consciencia, emoción o humanidad; por todo ello aboga por una regulación que prohíba el uso de inteligencia artificial en la adopción de decisiones discrecionales.

Ciertamente resulta una postura claramente garantista y plenamente justificada. No obstante, en mi opinión, si bien la regulación que se efectúe del uso de sistemas de inteligencia artificial en la adopción de decisiones que afectan a derechos e intereses de los ciudadanos debe realizarse con las precauciones debidas, prohibir de forma generalizada su empleo por el mero hecho de tratarse de una decisión discrecional podría conllevar la pérdida de las ventajas que ofrece esta tecnología y que podría servir a objetivos de eficiencia y objetividad en la toma de decisiones jurídico-administrativas por parte de los poderes públicos.

Quizás una solución intermedia podría ser permitir la adopción de decisiones discrecionales mediante sistemas de inteligencia artificial introduciendo, al mismo tiempo, un elemento de control final de las decisiones en aquellos supuestos en que deban tenerse en cuenta aspectos como los enunciados por Ponce Solé (2019, p. 29), de forma que el interés público pueda beneficiarse de aspectos tales como la objetivación de decisiones discrecionales y la celeridad en su resolución, pero al mismo tiempo introduciendo elementos garantistas para los derechos e intereses de los ciudadanos destinatarios del ejercicio de tales potestades discrecionales.

Volviendo a la posible necesidad de reformulación de la teoría del órgano, su tradicional conceptualización podría estar siendo superada por la intervención tecnológica, de acuerdo con autores como Valero Torrijos (2007, pp. 72 y ss.), Alamillo Domingo y Urios Aparisi (2007, p. 4). Para Martín Delgado (2009, pp. 356 y ss.), no obstante, la actividad administrativa automatizada se encuentra perfectamente alineada tanto con la teoría del órgano como con la del acto administrativo.

En este sentido, el autor defiende, de un lado, que el hecho de que la decisión la adopte una máquina no quiere decir que no pueda imputarse a un órgano, ya que la autoría del acto recaerá sobre el órgano administrativo que ejerce la potestad y tiene encomendada la competencia *ex lege*; y, de otro, que un acto administrativo dictado por una máquina sigue respondiendo a su definición, esto es, si se cumple el supuesto de hecho previsto en la norma, se aplica la consecuencia jurídica en ella contenida por lo que, mediante este simple proceso, se satisface el interés general, radicando la diferencia únicamente en que este proceso intelectual lo realiza una máquina y no una persona, ya que la imputación de la voluntad al órgano es en realidad una ficción, ya sea dictado automática o manualmente.

Dicha afirmación resulta claramente aplicable al ámbito de la actuación administrativa automatizada basada en algoritmos no predictivos, pero con el uso de los algoritmos predictivos es necesario detenerse

a examinar si se mantiene la validez de la teoría del órgano y del acto administrativo (Berning Prieto, 2023, pp. 96 y ss.). Y es que, a pesar de que Martín Delgado (2009, p. 357) defiende que de la incorporación de nuevas tecnologías de este tipo a las administraciones públicas se derivan consecuencias, pero no para los conceptos de órgano o acto administrativo, sino sobre su régimen jurídico, quizás haya llegado el momento de repensar la teoría del órgano en el sentido de imputar la actividad basada en inteligencia artificial (en definitiva, en algoritmos) a la propia entidad en lugar de a un órgano concreto de la misma.

3.5. La necesaria regulación, a través de la contratación pública, de la adquisición de soluciones de inteligencia artificial por las administraciones públicas

Con un empleo cada vez más habitual de sistemas de inteligencia artificial por parte de las administraciones públicas, ninguna duda cabe de que su adquisición se llevará a cabo, fundamentalmente, mediante procedimientos de adjudicación regulados por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante). Como se ha tenido ocasión de examinar, las vicisitudes prácticas a que puede dar lugar su empleo hacen necesaria una correcta regulación no sólo en su empleo, sino también a la hora de adquirir tales soluciones basadas en inteligencia artificial, toda vez que de ello dependerá su posterior utilización y el grado de transparencia o explicabilidad que puedan ofrecer los sistemas.

En primer lugar, resulta evidente que, tanto para la preparación como para la adjudicación del contrato de soluciones basadas en inteligencia artificial, como durante la ejecución del contrato, es necesaria la intervención de personas de diversa cualificación, no sólo especialistas informáticos, sino también juristas para gestionar adecuadamente dicha licitación, debiendo por tanto ser un equipo multidisciplinar el que intervenga a lo largo de las diversas fases, en el que tendrían cabida también, de acuerdo con Gallego Córcoles (2023, p. 511), filósofos del Derecho o politólogos, e incluso personal técnico o administrativo que ejerza funciones de atención al ciudadano, o funcionarios que prestan sus servicios en la Oficina de Asistencia en Materia de Registro, toda vez que son los que tienen conocimiento en primer lugar de las vicisitudes que los ciudadanos sufren en sus relaciones (electrónicas fundamentalmente) con la Administración.

Dicha intervención debe comenzar durante la preparación del expediente de contratación, dado que para la determinación de las necesidades a satisfacer y para concluir que éstas pueden ser satisfechas por un sistema de inteligencia artificial es necesario que expertos de diversos ámbitos intervengan en la toma de decisiones. A este respecto debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que las personas que participen en la elaboración de la documentación contractual no pueden posteriormente formar parte de la mesa de contratación ex artículo 326 LCSP, no lo es menos que sí pueden ser llamados por aquélla para ser asesorados técnicamente de conformidad con el artículo 326.5 LCSP.

Durante la motivación de la necesidad del contrato resulta especialmente relevante tener en cuenta que la contratación pública actual debe responder también a necesidades sociales y medioambientales, y las soluciones de inteligencia artificial pueden tener incidencia en el ámbito social (pueden provocar la reducción de puestos de trabajo, o reducción de su carga, por lo que habría de motivarse si precisamente se busca reducir la carga de trabajo inespecífica en beneficio de una dedicación de ese mismo personal a tareas más específicas o complejas) y medioambiental (el coste energético de la inteligencia artificial, al basarse en la realización de cálculos matemáticos complejos que requieren energía eléctrica, se incrementa considerablemente). Por ejemplo, siguiendo a González Cabanes y Díaz Díaz (2023, p. 67), en aquellos casos en que un algoritmo tradicional pueda dar respuestas a las necesidades exigidas, será preferible frente a un sistema basado en *deep learning* o redes neuronales, toda vez que éstos consumirán muchos más recursos.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que previamente a la licitación puede hacerse uso de las consultas preliminares de mercado reguladas en el artículo 115 LCSP, de forma que de las mismas se pueda conseguir información muy valiosa para la preparación de la misma, tanto del mercado en sí como de las propias soluciones de inteligencia artificial que serían viables para la necesidad a satisfacer con la contratación pretendida. Los resultados obtenidos de dichas consultas se incorporarían al redactar la documentación que rija la licitación, debiéndose motivar en caso contrario la decisión de no hacerlo.

En tercer lugar, una vez determinadas las necesidades a satisfacer y que la fórmula más adecuada para ello se basa en una solución de inteligencia artificial, se estará en disposición de determinar las especialidades o especificidades a prever en la documentación contractual, en la que uno de los aspectos de mayor trascendencia será las condiciones exigibles de transparencia y explicabilidad del algoritmo que sustenta dicho sistema, especialmente por las necesidades específicas de motivación de los actos administrativos a que se deben las administraciones públicas ex artículo 35 LPAC.

Si bien el citado precepto establece los supuestos en que deben motivarse los actos administrativos, su amplitud hace que, en la práctica, la mayoría de los actos administrativos deban dictarse de forma motivada, aspecto que ha sido recordado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 46/2014, entre otras, especialmente para los actos que limiten o restrinjan derechos de los interesados. Por tanto, al emplear sistemas de inteligencia artificial, es imprescindible que estos permitan motivar los actos que se dicten a su amparo o incluso se motiven directamente por los mismos, en caso de tratarse de actividad administrativa automatizada, si dicha motivación puede efectuarse de esta forma por ser susceptible de programación previa.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la posibilidad del ciudadano de conocer la motivación que sustenta el acto no supone una explicación detallada, sino que se trata de que el mismo pueda tener acceso a los medios necesarios para justificar los criterios y procesos mediante los que el sistema ha adoptado la decisión, de forma que, si lo estima conveniente, pueda recurrirla con pleno conocimiento de los motivos y razones o fundamentos que han llevado al sistema basado en inteligencia artificial a adoptar un criterio, y no otro. Para dar cumplimiento a esta exigencia es imprescindible que la Administración, al adquirir una solución basada en inteligencia artificial, garantice para sí misma (y, por ende, para los ciudadanos que posteriormente sean destinatarios de su empleo) el acceso al código fuente y la programación de la misma, de forma que se pueda «descifrar» posteriormente el proceso lógico que ha seguido el sistema al adoptar una decisión.

Debe tenerse en cuenta que hay ya diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han anulado decisiones basadas en sistemas de inteligencia artificial por no poder ofrecer la debida motivación (sentencias n.º 2270, de 8 de abril de 2019, y 8472, de 13 de diciembre posterior, del Consiglio di Stato italiano), e incluso se ha anulado algún sistema por introducir sesgos de diversa índole en las decisiones administrativas, como ocurrió en el caso SyRI, como se tuvo ocasión de comentar anteriormente²¹.

Esta situación puede ocasionar problemas de oscurantismo, sin duda, que han sido puestos de manifiesto, entre otros, por De la Cueva (2018), para quién esta problemática se suscita en dos ámbitos funcionales: en los de gestión y en los de control, de forma que la modificación de una determinada aplicación podría modificar de forma directa la Ley o el Reglamento a que su funcionamiento obedece, transgrediendo de forma directa el principio de legalidad y alterando el sistema de fuentes en la adopción de la decisión, llegando incluso a afirmar la posibilidad de encontrarnos ante casos que supongan una verdadera *dictadura de la máquina*.

Si bien dicha apreciación parece excesiva, no puede obviarse que el control del funcionamiento de las aplicaciones es un verdadero reto para los poderes públicos que hacen uso de ellas, ya que pasaría por formar grupos de expertos interdisciplinares que aunasen a informáticos y juristas (algo cada vez más necesario en la administración electrónica) para verificar periódicamente que el funcionamiento se ajusta a la norma.

A tal fin, se torna necesario, a la hora de adquirir soluciones de inteligencia artificial, el establecimiento en la documentación contractual de la obligación de que se proceda a la cesión, por parte del adjudicatario, de los derechos de propiedad intelectual o industrial referidos a las aplicaciones que se desarrollen durante la ejecución del contrato, de forma que se pueda tener acceso a los mismos una vez implantado y de esta forma poder controlar periódicamente su adecuación a la normativa que deben aplicar, de forma que en el supuesto de surgir nuevas necesidades o cambios normativos, también dichos sistemas adquiridos puedan ser susceptibles de modificación o adaptación.

Evidentemente, esta opción no será viable en aquellos supuestos en que, en lugar de licitar un contrato de prestación de servicios consistente en el desarrollo de una solución basada en inteligencia artificial, se licite un contrato de suministro para la adquisición de licencias de uso de soluciones ya existentes, por lo que para conseguir una verdadera actuación administrativa garantista se deberá apostar por el desarrollo de aplicaciones para uso exclusivo por las administraciones públicas y posterior compartición con el resto a través de las herramientas en materia de transferencia de tecnología reguladas en el artículo 158 LRJSP materializado en el Centro de Transferencia de Tecnología de la Administración General del Estado²².

De hecho, la redacción actual del artículo 16.4 ENI dispone, en relación con las condiciones de licenciamiento, que:

«A efectos de facilitar el establecimiento de las condiciones de licenciamiento, las Administraciones Públicas incluirán en los pliegos de cláusulas técnicas de aquellos contratos que

²¹ *Vid. supra.*

²² Accesible en la dirección web: <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/solucionesCTT.htm#.YqsTkKLP3IU> (última consulta efectuada el 28-09-2023).

tengan por finalidad el desarrollo de nuevas aplicaciones informáticas, los siguientes aspectos:

a) Que la Administración contratante adquiera los derechos completos de propiedad intelectual de las aplicaciones y cualquier otro objeto de información que se desarrollen como objeto de ese contrato.

b) Que, en el caso de reutilizar activos previamente existentes, la Administración contratante reciba un producto que pueda ofrecer para su reutilización posterior a otras Administraciones Públicas. Además, en el caso de partir de productos de fuentes abiertas, que sea posible declarar como de fuentes abiertas la futura aplicación desarrollada».

El propio Comité de Ministros del Consejo de Europa es sensible a esta problemática y, en este sentido, ya afirmó en su Declaración de 8 de abril de 2020²³ que:

«los Estados deberían establecer niveles adecuados de transparencia con respecto a los criterios y métodos básicos de contratación pública, utilización, diseño y procesamiento de los sistemas algorítmicos aplicados por y para ellos, o por agentes del sector privado. Los marcos legislativos para la propiedad intelectual o los secretos comerciales no deben impedir esa transparencia, ni los Estados o los particulares deben tratar de explotarlos con este fin. Los niveles de transparencia deben ser lo más altos posible y proporcionales a la gravedad de los impactos adversos en los derechos humanos, incluidas las etiquetas o sellos éticos de los sistemas algorítmicos para permitir a los usuarios navegar entre sistemas. El uso de sistemas algorítmicos en los procesos de toma de decisiones que conllevan altos riesgos para los derechos humanos debe estar sujeto a normas particularmente estrictas en lo que respecta a la explicabilidad de los procesos y los resultados».

Por tanto, resulta inexcusable proporcionar a los ciudadanos una transparencia efectiva y la trazabilidad debida de los sistemas algorítmicos empleados por los poderes públicos en su toma de decisiones, especialmente las que afectan a los ciudadanos, sin que deban objetarse derechos de propiedad intelectual, secreto comercial o criterios de seguridad por oscuridad para evitarlo.

En estos últimos supuestos, incluso sería posible un acceso parcial a la información, como sucede en materia de transparencia cuando existen datos inaccesibles protegidos, para permitir el acceso únicamente a aquellos datos relevantes a efectos de motivación, sin otorgar acceso a aquellas partes de la programación que pudiesen poner en peligro la seguridad de los sistemas de información del sector público.

4. CONCLUSIONES

La adopción de sistemas de inteligencia artificial por parte de las administraciones públicas es una necesaria adaptación al momento histórico-tecnológico en que nos encontramos, y sin duda puede proporcionar múltiples beneficios tanto a la Administración Pública, mediante un incremento de la eficacia y eficiencia, como para los ciudadanos, que pueden ver reducidos los tiempos de respuesta a sus necesidades.

No obstante lo anterior, la implantación de sistemas de inteligencia artificial no sólo proporciona ventajas y beneficios, sino que también puede traer consigo inconvenientes o perjuicios en determinados casos si no se dota de un régimen jurídico adecuado por parte de los poderes públicos y así se consigue que su implantación tenga las garantías jurídicas necesarias a tal fin, como también ha tenido ocasión de apuntar Chiarello (2022, p. 186) en relación con la prestación de servicios públicos basados en inteligencia artificial. Esta necesidad regulatoria resulta fundamental para proporcionar seguridad jurídica en el uso de esta tecnología y exige un esfuerzo por parte de los poderes públicos que, en el ámbito de la Unión Europea, tiene su máximo exponente en la Propuesta de Reglamento de IA, esfuerzo que no excluye la necesidad de que también cada Estado Miembro regule convenientemente su empleo, especialmente en el sector público. En nuestro ordenamiento jurídico, más allá de la regulación de la actividad administrativa automatizada efectuada en la LRJSP, que deviene claramente insuficiente a tal fin, no existe una regulación expresa de la inteligencia

²³ Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems.

artificial ni de su uso por parte del sector público, por lo que resulta imprescindible que se aborde esta cuestión y se proporcione un marco jurídico adecuado, conforme con la regulación europea que se encuentra en gestación, para que el resultado de la aplicación de esta tecnología tenga más ventajas que inconvenientes y salvaguardar de esta forma la seguridad jurídica y las garantías debidas a los ciudadanos.

Como recientemente ha apuntado Barrio Andrés (2020), en el que el autor denomina «Estado algorítmico de Derecho» deben establecerse mecanismos jurídicos para evaluar no sólo la exactitud, relevancia y calidad de los datos de entrenamiento, sino también otros aspectos conexos e imprescindibles como la publicidad del código fuente, la fiscalización algorítmica y de los sistemas, tanto *ex ante* como *ex post*, el control de los sesgos en los sistemas de aprendizaje automático, la fundamentación de las decisiones adoptadas o, como se ha denominado en el presente trabajo, la motivación de las mismas, así como las posibilidades de defensa y recurso frente a ellas, lo cual entronca directamente con la sugerencia de revisión de la teoría del órgano a que me referí anteriormente.

En definitiva, resulta positivo que las administraciones públicas, tanto en el ámbito estatal, autonómico como local, aboguen por la implantación de sistemas de inteligencia artificial para la mejora de la prestación de servicios públicos y para la gestión interna de procesos y la adopción de decisiones, pero se torna necesario el desarrollo normativo que sustente convenientemente dicha implantación con garantías suficientes, sin el cual el esfuerzo en la adquisición, implantación y puesta en funcionamiento de tales sistemas devendría inútil si, por ejemplo, las resoluciones administrativas adoptadas por éstos devienen inválidas y son anuladas judicialmente por no estar debidamente motivadas.

Otro aspecto práctico que debería tenerse en cuenta es la disponibilidad presupuestaria de las distintas administraciones públicas, ya que varía considerablemente. De hecho, la administración central tiene mucha más disponibilidad presupuestaria (recursos económicos) para la adquisición de soluciones basadas en inteligencia artificial, mientras que la autonómica y la local disponen de menos posibilidades económicas para hacer frente a tales adquisiciones, que suelen ser costosas. El Centro de Transferencia de Tecnología puede ser una baza a favor de las entidades locales en este sentido, no obstante lo cual, deberían habilitarse vías de financiación específicas para la adquisición de este tipo de soluciones para que los beneficios no sólo sean predicables de la administración central, sino también de las que, por otra parte, son más abundantes y resultan más accesibles y habituales para los ciudadanos, esto es, las entidades locales.

Por último, pero no por ello menos importante, debe tenerse en cuenta que la debida formación del personal al servicio de las administraciones públicas en cuestiones tecnológicas es fundamental para propiciar el cambio y una efectiva innovación, toda vez que una verdadera apuesta por la implantación de este tipo de sistemas basados en inteligencia artificial deben ir acompañadas de sesiones formativas adecuadas para propiciar la asimilación por quienes van a utilizarlos, tal y como expone Barrio Andrés²⁴ en el reciente Informe *Break the limits*, en el que afirma que:

«[...] si el trabajo jurídico depende de los algoritmos y es realizado por ellos de forma gradual, es crucial que todos los profesionales jurídicos comprendan mejor la analítica de datos y la IA. Por ello, todos los profesionales del Derecho tienen que ser capaces de entender –en algún nivel– los conceptos y los fundamentos tecnológicos subyacentes».

Y es que la inversión en capacitación del personal al servicio de las administraciones públicas debería ser uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta al implantar este tipo de sistemas, que podrían incluso incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los contratos de adquisición de soluciones basadas en inteligencia artificial, de forma que la formación o capacitación en las soluciones adquiridas sea una obligación del adjudicatario, el cual, por otra parte, será el que mejor conozca la herramienta o solución a implementar y mejor pueda formar a sus futuros usuarios.

Diversas comunidades autónomas han impulsado iniciativas o participan en ellas para implementar soluciones de inteligencia artificial en virtud del programa RETECH (Redes Territoriales de Especialización Tecnológica), impulsado por la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, con la que se pretende financiar diversas iniciativas regionales en diversos ejes de actuación, tales como el turismo (con el proyecto Spain Living Lab: Misión IA, coordinado por Canarias y siendo participantes Baleares, Andalucía, Aragón, Navarra, Asturias y Castilla-La Mancha), la salud (con el proyecto Salud Digital Inteligente coordinado por Murcia o

²⁴ Opinión manifestada por Barrio Andrés et al. (2023).

blockchain (con el proyecto Infraestructura para Red Española de Blockchain, coordinado por la Comunidad de Madrid y siendo participantes Asturias y Canarias), entre otros²⁵.

Al igual que en el ámbito estatal, también las comunidades autónomas están planificando el uso de la inteligencia artificial, como sucede en Andalucía, la cual ha aprobado recientemente mediante Acuerdo de 20 de junio de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la “Estrategia Andaluza de Inteligencia Artificial 2030”²⁶, con los objetivos de posicionar a la comunidad autónoma a la vanguardia en el ámbito europeo en el uso de este tipo de tecnologías, mejorar la competitividad y posicionamiento del tejido empresarial productivo, incrementar la confianza, el uso responsable y ético de la inteligencia artificial y fomentar el uso de estas tecnologías en las administraciones públicas andaluzas. Anteriormente otras comunidades autónomas, como Cataluña²⁷, e incluso entidades locales como el Ayuntamiento de Barcelona²⁸, habían dado serios pasos en este sentido, con la aprobación de sus respectivas estrategias en materia de inteligencia artificial.

Este tipo de planificaciones autonómicas supone una clara apuesta por la inteligencia artificial y su efectiva implantación en el funcionamiento de las administraciones públicas de forma responsable, lo cual resulta crucial para proporcionar las garantías debidas al tiempo que se propicia su expansión, si bien debería proyectarse *ad futurum* también a la Administración Local a través de incentivos para su desarrollo e implantación, no sólo de naturaleza económica, sino también técnica y jurídica, para proporcionar los medios necesarios a aquellas entidades que desean posicionarse a la vanguardia tecnológica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alamillo Domingo, I. y Urios Aparisi, X. (2007). *Los límites a la utilización del sello de órgano por parte de las Administraciones Públicas en la Ley 11/2007* [comunicación presentada a las X Jornadas sobre Tecnologías de la Información para la Modernización de las Administraciones Públicas (TECNIMAP 2007) – Gijón]. Generalidad de Cataluña.
- Barrio Andrés, M. (2020). Luces y sombras del Estado algorítmico de Derecho. *Derecho Digital e Innovación*, (5).
- Barrio Andrés, M., Campos Acuña, C., Alamillo, N., Cuesta, P., Estrelles, A., Fontana, R., de Gaviria, N., Mad, S., Muñoz Lombardía, A., Nava, E., Perea, A., Pérez-Llorca, P., Prado Blanco, A., Remón, J. y Vives, F. (2023). La visión de los expertos. En *Informe Break the limits 2023 (The Legal Innovation Report)*. Fundación Aranzadi La Ley.
- Berning Prieto, A. D. (2019). *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*. Thomson-Reuters Aranzadi.
- Berning Prieto, A. D. (2021). La subsanación electrónica en el procedimiento administrativo: una cuestión pendiente de resolver en la jurisprudencia española. *European Review of Digital Administration & Law*. 2(1), 249-254. <https://doi.org/10.53136/979125994243218>
- Berning Prieto, A. D. (2022). Implicaciones de la inteligencia artificial y los algoritmos en el sector público y sus particularidades en la Administración Tributaria. En B. D. Olivares Olivares (coord.), *La inteligencia artificial en la relación entre los obligados y la Administración tributaria: retos ante la gestión tecnológica* (pp. 23-45). La Ley.
- Berning Prieto, A. D. (2023). La naturaleza jurídica de los algoritmos. En E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, (pp. 95-130). Tirant Lo Blanch.
- Boix Palop, A. (2020). Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, (1), 223-270. https://doi.org/10.37417/rpd/vol_1_2020_33
- Bull, H. P. (2017). Der »vollständig automatisiert erlassene« Verwaltungsakt – Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von »E-Government«. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 132(7), 409-477. <https://doi.org/10.1515/dvbl-2017-0705>
- Carloni, E. (2020). IA, algoritmos y Administración pública en Italia. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (30). <https://doi.org/10.7238/idp.v0i30.3228>
- Cerrillo Martínez, A. (2019a). El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo: ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas? *Revista General de Derecho Administrativo*, (50). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421172

²⁵ Pueden consultarse todos los ejes de actuación en la dirección web: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/comunicacion/Paginas/programa-RETECH-Inteligencia-Artificial.aspx> (última consulta efectuada el 28-09-2023).

²⁶ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 23 de junio de 2023.

²⁷ <https://politiquesdigitals.gencat.cat/ca/economia/catalonia-ai/> (última consulta efectuada el 28-09-2023).

²⁸ https://ajuntament.barcelona.cat/digital/sites/default/files/mesura_de_govern_intel_ligencia_artificial_castella_0.pdf (última consulta efectuada el 28-09-2023).

- Cerrillo Martínez, A. (2019b). How can we open the black box of public administration? Transparency and accountability in the use of algorithms. *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), 13-28. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3277>
- Chiariello, A. M. (2022). AI and Public Services: a challenging relationship between benefits, risks and compliance with unavoidable principles. *European Review of Digital Administration & Law*, 2(2), 185-203. <https://doi.org/10.53136/979125994752916>
- COMISIÓN EUROPEA (2021). *Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión* [COM/2021/206 final]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>
- Cotino Hueso, L. (2020). «SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020. *La Ley Privacidad*, (4).
- Cotino Hueso, L. (2022). Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y «compañía» (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta. En L. Cotino Hueso y J. Castellanos Claramunt (eds.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, (pp. 29-70). Tirant Lo Blanch.
- De la Cueva, J. (2018). Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho. *El Notario del Siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, (77), 24-27. <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-77/opinion/opinion/8382-codigo-fuente-algoritmos-y-fuentes-del-derecho>
- Delgado, A. M. y Oliver, R. (2007). La actuación administrativa automatizada. Algunas experiencias en el ámbito tributario. *Revista Catalana de Dret Públic*, (35). <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2533>
- Díaz Calvarro, J. M. (2020). Garantías de los derechos de los obligados tributarios. Los principios de seguridad y transparencia ante el uso de la informática decisional en la Administración tributaria. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36), 219-248. <https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.219>
- Gallego Córcoles, I. (2023). La contratación de soluciones de inteligencia artificial. En E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios* (pp. 503-567). Tirant Lo Blanch.
- Gamero Casado, E. (2016). Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (175), 15-27.
- Gamero Casado, E. (dir.) (2021). *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*. Tirant Lo Blanch.
- Gamero Casado, E. (2022). La Administración facilitadora: el papel de la Administración pública en el nuevo orden socio económico. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (113), 271-291. <https://doi.org/10.46735/raap.n113.1355>
- 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 E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, (pp. 397-461). Tirant Lo Blanch.
- González Cabanes, F. y Díaz Díaz, N. (2023). ¿Qué es la Inteligencia Artificial? En E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, (pp. 37-72). Tirant Lo Blanch.
- Hawking, S. (2018). *Breves respuestas a las grandes preguntas*. Crítica.
- Huergo Lora, A. (2020). Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo. En A. Huergo Lora (dir.) y G. M. Díaz González (coord.), *La regulación de los algoritmos*, (pp. 23-87). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Loi, M., Mätzener, A., Müller, A. y Spielkamp, M. (2021). Automated Decision-Making Systems in the Public Sector. An Impact Assessment Tool for Public Authorities. *Algorithm Watch*. <https://algorithmwatch.ch/en/adms-impact-assessment-public-sector-algorithmwatch/>
- López Pulido, J. P. (2021). El derecho de acceso a los algoritmos y al código fuente, en la actuación administrativa automatizada y su afectación en las entidades locales. *La Administración Práctica: enciclopedia de administración municipal*, (11), 43-53.
- Martín Delgado, I. (2009). Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. *Revista de Administración Pública*, (180), 353-386. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-180-septiembrediciembre-2009/naturaleza-concepto-y-regimen-juridico-de-la-actuacion-administrativa-automatizada-2>
- Martín Delgado, I. (2023). La aplicación del principio de transparencia a la actividad administrativa algorítmica. En E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, (pp. 131-194). Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Rodríguez, A. B. (2020). El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36), 695-728. <https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.695>
- Olivares Olivares, B. D. (2022). La teoría de las garantías adecuadas en materia de protección de datos y sus implicaciones respecto de la toma de decisiones automatizadas en la Administración tributaria. En B. D. Olivares Olivares (coord.), *La inteligencia artificial en la relación entre los obligados y la Administración tributaria: retos ante la gestión tecnológica* (pp. 240-263). La Ley.

- Parada, R. (1999). *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Marcial Pons.
- Ponce Solé, J. (2019). Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421176&popup=
- Ponce Solé, J. (2023). Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana. En E. Gamero Casado (dir.) y F. L. Pérez Guerrero (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios* (pp. 195-225). Tirant Lo Blanch.
- Santamaría Pastor, J. A. (1984). La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo* (40-41), 43-86.
- Valero Torrijos, J. (2007). *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común* (2.ª ed.). Comares.
- Valero Torrijos, J. (2018). La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del sector público. En T. de la Quadra-Salcedo y J. L. Piñar Mañas (dirs.), *Sociedad Digital y Derecho* (pp. 375-396). Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.
- Zlotnik, A. (2019). Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación. *Revista de la Asociación Profesional de Cuerpos Superiores de Sistemas y Tecnologías de la Información de las Administraciones Públicas*, (84), 24-32. Disponible en: https://www.ciegs.upv.es/wp-content/uploads/2023/06/Inteligencia-Artificial-en-las-Administraciones-definiciones-evaluacion-de-viabilidad-alexander_zlotnik-2019.pdf



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, octubre de 2023
Sección: RECENSIONES
Recibido: 05-09-2023
Aceptado: 05-09-2023
Publicado: 16-10-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11255>
Páginas: 186-189

Referencia: Rebollo Puig, M. (2023). Lucía Alarcón Sotomayor: Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 186-189. <https://doi.org/10.24965/reala.11255>

Lucía Alarcón Sotomayor: Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración

Lucía Alarcón Sotomayor: The fundamental rights of private legal entities against the Administration

Rebollo Puig, Manuel

Universidad de Córdoba. Departamento de Derecho Público y Económico (España – Spain)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4803-7967>

manuel.rebollo.puig@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de derecho administrativo en la Universidad de Córdoba desde 1994. Líneas de investigación: fuentes del derecho, organización, actividad, medios y control de la Administración pública, derecho administrativo sancionador.

RESUMEN

Recensión al libro de Lucía Alarcón Sotomayor, *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, Thomson-Aranzadi, 2023, 200 pp., prólogo de José María Baño León. Esta obra analiza si las personas jurídicas de naturaleza privada pueden ser titulares, y en qué medida, de los derechos fundamentales consagrados en la CE frente a las Administraciones públicas. Para ello, estudia la jurisprudencia que ha elaborado nuestro TC y, a partir de ahí, determina las consecuencias de esa atribución. Dos son las aportaciones más originales y arriesgadas. Por un lado, la exigencia de distinguir entre las diferentes clases de personas jurídicas lo que lleva a la autora a negar la titularidad de estos derechos a las sociedades anónimas abiertas, especialmente, a las cotizadas, que son entidades deshumanizadas. La otra gran aportación es el estudio y conclusión de que la triple vertiente de la concepción objetiva de los derechos fundamentales, como valores objetivos, deberes de protección y garantías institucionales, tiene una clara propensión a expandirlos como normas objetivas, también y especialmente, en favor de las personas jurídico-privadas.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales; Administración pública; personas jurídico-privadas; concepción subjetiva; concepción objetiva.

ABSTRACT

Review of the book by Lucía Alarcón Sotomayor, *The fundamental rights of legal-private persons against the Administration*, Thomson-Aranzadi, 2023, 200 pp., foreword by José María Baño León. This work analyzes whether legal persons of a private nature can be holders, and to what extent, of the fundamental rights enshrined in the EC against Public Administrations. To do this, it studies the jurisprudence that our TC has developed and, from there, determines the consequences of that attribution. There are two of the most original and risky contributions. On the one hand, the requirement to distinguish between the different types of legal entities leads the author to deny the ownership of fundamental rights to open corporations, especially listed companies, which are dehumanized entities. The other great contribution is the study and

conclusion that the triple aspect of the objective conception of fundamental rights, as objective values, duties of protection and institutional guarantees, has a clear propensity to expand them as objective norms in favor of legal-private persons.

KEYWORDS

Fundamental rights; Public Administration; legal-private persons; subjective conception; objective conception.

La titularidad de los derechos da para mucho. Ahí está para evidenciarlo la negación al *nasciturus* del derecho a la vida, aunque se reconozca su protección constitucional (por más que esta protección parezca cada vez más devaluada) y, en contraposición, la flamante Ley 7/2023 de Protección de los Derechos y Bienestar de los Animales, que, como su propio nombre indica, no tiene empacho en atribuir derechos a los animales y cuyo art. 1 entiende por tales el «derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes». O la Ley 19/2022 de Reconocimiento de la Personalidad Jurídica del Mar Menor y su Cuenca que, por si alguna duda cupiera sobre lo que ese reconocimiento comporta, dice en su art. 1 que «se declara la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, que se reconoce como sujeto de derechos». Así que, si el Mar Menor es sujeto de derechos, no veo inconveniente, sino todo lo contrario, a que, andando el tiempo, lo sea el acueducto de Segovia o la mezquita-catedral de Córdoba. Y quizá, pues ya no me atrevo a descartar nada, acaben siendo titulares de derechos fundamentales. Las referencias en la Ley 7/2023 a la «dignidad» de los animales no me permite excluirlo radicalmente. Pero vayamos a lo que aquí interesa, que me parece más serio y es de lo que se ocupa la profesora Alarcón en la obra recensionada: si las personas jurídico-privadas son titulares de derechos fundamentales, lo que, entre otras cosas, como apunta el título de la obra, tendría consecuencias directas en sus relaciones con la Administración, aunque, en realidad, en ningún momento se circunscriba a ello.

Salvo en algunos preceptos concretos (destacadamente, el art. 27.6: «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes [...]») nuestra Constitución no ofrece una respuesta expresa a la cuestión de si las personas jurídicas son o no titulares de los derechos fundamentales que proclama. Lo mismo sucede en los textos internacionales de derechos humanos. En concreto, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos solo cuando se proclama la propiedad se dice: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes» (art. 1 de su protocolo n.º 1). Sí hay una solución general explícita en algunas Constituciones. Así, en el art. 19.3 de la ley fundamental de Bonn y en el art. 12.2 de la Constitución de Portugal. El primero dice: «Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables». El segundo es de este tenor: «Las personas colectivas gozarán de los derechos y los deberes compatibles con su naturaleza». Pero en España, por obra de la jurisprudencia constitucional, todo es como si hubiera un precepto igual a estos; en concreto, como si aquí rigiera una regla idéntica a la del art. 19.3 del texto constitucional alemán. Fue en su sentencia 23/1989 donde esto se expresó más claramente: «En nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas».

Entiende Lucía Alarcón que nunca el Tribunal Constitucional ha explicado suficientemente esa premisa, ya que, no solo es que no exista en nuestra Constitución un precepto similar al alemán, sino que, como apunta el profesor Baño en su lúcido prólogo, en la ley fundamental de Bonn se da el mismo tratamiento a los derechos de libertad personal y a los derechos de propiedad y libertad de empresa, de modo que resultaría absurdo negar estos a las personas jurídicas, mientras que en la Constitución española el nivel de protección de unos y otros derechos es muy distinto.

La obra recensionada da cuenta completa de esta situación y de cómo se ha gestado la solución que ya puede considerarse definitivamente consolidada, pese a que inicialmente se partiera de lo contrario, esto es, de una respuesta radicalmente contraria al reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Pero sobre todo lo que aborda la monografía de Alarcón Sotomayor son las consecuencias concretas del punto de partida aceptado. Porque resulta obvio que la expresión del art. 19.3 de la ley fundamental de Bonn y la regla que por obra de nuestro Tribunal Constitucional rige en España son imprecisas y llevan indefectiblemente a hacer distinciones. No dice que todos los derechos fundamentales sean propios de todas las personas jurídicas, sino que estas (en realidad, solo las «nacionales») serán titulares de derechos

fundamentales «en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables». Por lo pronto, no queda claro si esa «respectiva naturaleza» es la de los derechos fundamentales o la de las personas jurídicas o la de ambas. Tampoco si esa regla, además de llevar a que unos derechos sí y otros no rijan para unas personas jurídicas, permite que en caso de que rijan puedan serlo con un contenido y alcance diverso del que tienen cuando su titular es una persona física.

El Tribunal Constitucional español, que, por así decirlo, ha abierto la puerta, pero se ha guardado la llave, ha realizado una labor de concreción que sobre todo ha girado en torno a la naturaleza de cada derecho fundamental. Y, en consecuencia, ha ido decidiendo paulatina y casuísticamente de qué derechos fundamentales son titulares las personas jurídicas y de cuáles otros no. «No existe sino puro casuismo», dice Baño en el prólogo refiriéndose por igual a las soluciones de nuestro Tribunal Constitucional y de los de Karlsruhe, Estrasburgo y Luxemburgo. La profesora Alarcón Sotomayor ofrece un completo panorama de esa jurisprudencia y de cada uno de los derechos incluidos y de los excluidos, por más que a veces la solución de nuestro Tribunal sea cuestionable (por ejemplo, en su reconocimiento a todas las personas jurídico-privadas del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y del derecho al honor) o parezca demasiado condicionada por lo que previamente haya decidido su homónimo alemán.

Pero, en general, la jurisprudencia no ha explorado el camino de distinguir según el género de las personas jurídicas y que acaso, con la referencia a «su respectiva naturaleza», si se piensa que esa respectiva naturaleza es también la de cada clase de persona jurídica, podría y debería haber tenido mayor protagonismo. Desde luego, siempre está latente y a veces explícita la distinción entre personas jurídicas privadas y públicas, que no pueden merecer en casi nada el mismo tratamiento y que tampoco pueden tenerlo, ni tienen, en este aspecto la titularidad de los derechos fundamentales. De hecho, el libro recensionado se ocupa solo, como refleja ya su propio título, de los derechos fundamentales de las personas jurídica privadas, aunque también tiene algunos apuntes interesantes y valiosos respecto a las públicas, entendiendo por tales, a estos efectos, no solo las que tengan personalidad de derecho público, sino cualquiera de titularidad pública (por ejemplo, una sociedad anónima de capital íntegramente público). Pero, fuera de ello, el género de persona jurídica de que en cada caso se trate no ha ocupado un papel sobresaliente en la jurisprudencia. Frente a ello, Alarcón sostiene que las personas jurídicas son muy distintas entre sí y que no pueden ser consideradas uniformemente en cuanto a su titularidad de derechos fundamentales. Así, entiende necesario establecer diversos criterios clasificatorios y, a la postre, esto le conduce a aislar de entre todas las personas jurídicas (incluidas muchas sociedades, aunque tengan ánimo de lucro), a las sociedades mercantiles de capital abiertas, sobre todo las cotizadas, las «más deshumanizadas», las que son meros patrimonios con personalidad, entidades «vacías de personas físicas», para las que no encuentra razones que justifiquen atribuirles derechos fundamentales. Es una de sus aportaciones más originales y arriesgadas que, por lo menos, debe ser muy tenida en cuenta, si no para excluir a estas sociedades de todos los derechos fundamentales, sí de muchos o, al menos, para reconocérselos con un contenido más limitado.

La otra gran aportación del libro recensionado está en buscar las consecuencias que pueda tener en la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas la concepción objetiva de estos; es decir, la consideración de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, no como meramente proclamadoras de derechos subjetivos, sino como normas con una naturaleza y una dimensión objetivas garantizadoras de principios o valores jurídicos subyacentes. Destaca así, en primer lugar, el efecto irradiación que, por medio del legislador (si acaso, con el complemento judicial), expande la proyección de los derechos fundamentales sobre las personas jurídico-privadas. Subraya asimismo las consecuencias que sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de estas personas jurídica tiene el deber estatal (sobre todo, pero no exclusivamente, deber del legislativo) de protegerlos. Y se adentra finalmente sobre las consecuencias para el objeto de estudio de la consideración de las normas sobre derechos fundamentales como garantías institucionales, quizá la idea más fértil para expandir algunos derechos fundamentales a las personas jurídicas privadas y que permite a Alarcón afirmar que «en la medida en que las personas jurídico-privadas estén integradas o formen parte [...] de esas instituciones también se beneficiarán de la protección que corresponda por imperativo constitucional a la propia institución». Todo hasta concluir que esta triple vertiente de la concepción objetiva de los derechos fundamentales «tiene una clara propensión a expandirlos como normas objetivas» en favor de las personas jurídico-privadas.

Al hilo de este discurso, del que solo he ofrecido una apretada síntesis, la monografía recensionada, siempre sobria y mesurada, está plagada de reflexiones sugerentes. Destaco, sobre todo, la distinción entre legitimación para recurrir en amparo y la titularidad de derechos, así como su esbozo del succulento tema del denominado derecho a protección. Todo ello, pese a la enjundia y dificultad del tema, con una claridad admi-

nable. El libro se lee con facilidad. Y, como alguna vez se ha dicho, lo que se lee sin esfuerzo es porque se ha escrito con mucho esfuerzo. Cada epígrafe contiene precisamente una idea certeramente expresada con el rubro que lo encabeza. Todos perfectamente ordenados y engarzados, sin marcha atrás ni repeticiones. Y siempre combinando en las dosis adecuadas doctrina y jurisprudencia que, por cierto, aparece citada en lo esencial, sin largas y engorrosas reproducciones, para refrendar solo la idea que en cada caso quiere recogerse. Todo hasta conseguir un resultado sólido y armonioso que da cabal cuenta del estado de la cuestión al mismo tiempo que orienta sobre posibles complementos y correcciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón Sotomayor, L. (2023). *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*. Thomson-Aranzadi.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 20, Octubre de 2023
Sección: RECENSIONES
Recibido: 12-06-2023
Aceptado: 26-06-2023
Publicado: 16-10-2023
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11235>
Páginas: 190-192

Referencia: López Farga, L. y Olmo Pérez, M. (2023). Diego José Vera Jurado y Manuel Moreno Linde: Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 20, 190-192. <https://doi.org/10.24965/reala.11235>

Diego José Vera Jurado y Manuel Moreno Linde: Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público

Diego José Vera Jurado & Manuel Moreno Linde: City and Territory in the 21st Century: Reflections from Public Law

López Farga, Lidia
Universidad de Málaga. Departamento de Derecho Público (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3811-5270>
lidiafargas@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Lidia López Farga es graduada en Derecho por la Universidad de Málaga. Actualmente, está finalizando el Máster de Abogacía y es becaria de investigación en el Departamento de Derecho Público en la misma universidad, colabora con profesores y expertos en proyectos relacionados con el Derecho Administrativo, y, desarrolla conocimientos en la Ordenación del Territorio, Medio Ambiente y Urbanismo.

Olmo Pérez, Martín
Universidad de Málaga. Departamento de Derecho Público (España – Spain)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-8039-0853>
martin.op22@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Martín Olmo Pérez es graduado en Derecho por la Universidad de Málaga. Actualmente, está finalizando el Máster en Derecho de la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y el Medio Ambiente y es becario de investigación en el Departamento de Derecho Público, colaborando con profesionales del Derecho Administrativo. Con un enfoque apasionado en el Derecho Urbanístico, está desarrollando habilidades y conocimientos en la Ordenación del territorio, el Urbanismo y el Medio Ambiente.

RESUMEN

Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público es una obra colectiva que aborda los desafíos actuales de las ciudades y los territorios desde una perspectiva legal. Escrito por varios autores especializados, el libro ofrece reflexiones innovadoras sobre temas como la planificación urbana, la gobernanza territorial, la participación ciudadana y la sostenibilidad. Proporciona nuevas ideas y enfoques para mejorar la gestión y el desarrollo de las ciudades, convirtiéndose en una lectura imprescindible para comprender los retos que enfrenta nuestra sociedad urbana en el siglo XXI.

PALABRAS CLAVE

Ciudad; Territorio; Derecho Público; Sostenibilidad; Ciudades inteligentes.

ABSTRACT

City and Territory in the 21st Century: Reflections from Public Law is a collective work that addresses the current challenges of cities and territories from a legal perspective. Written by various specialized authors, the

book offers innovative reflections on topics such as urban planning, territorial governance, citizen participation, and sustainability. It provides new ideas and approaches to improve the management and development of cities, becoming essential reading to understand the challenges facing our urban society in the 21st century.

KEYWORDS

City; Territory; Public Law; Sustainability; Smart cities.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANÁLISIS DE LA OBRA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público, es una obra colectiva escrita por diferentes autores especialistas en Derecho Público, dirigida por Diego José Vera Jurado y coordinada por Manuel Moreno Linde, que ofrece una visión multidisciplinar y actualizada de los desafíos que enfrentan las ciudades y los territorios en la actualidad desde la perspectiva del Derecho Público.

2. ANÁLISIS DE LA OBRA

A través de una estructura argumental sólida, los autores presentan una serie de reflexiones que invitan a repensar y analizar la evolución de las ciudades en el siglo XXI, considerando los retos y desafíos que surgen en el contexto actual. El enfoque desde el Derecho Público proporciona un marco conceptual y normativo para comprender la relación entre la ciudad y el territorio, así como las implicaciones legales que surgen de dicha interacción.

Los autores exploran temas como la planificación urbana, la gestión del territorio, los derechos ciudadanos, la participación pública en la toma de decisiones y otras cuestiones relevantes para entender la dinámica de las ciudades y los territorios en la actualidad.

El libro se estructura en tres bloques argumentales, cada uno de los cuales aborda diferentes aspectos de la gestión de las ciudades y los territorios:

- El primer bloque argumental se centra en darnos una novedosa visión sobre la cooperación autonómica en política territorial, gobernanza del espacio litoral y proyectos de interés supramunicipal.
- El segundo bloque argumental aborda el papel del Derecho Público en la planificación territorial y el urbanismo, y se examinan cuestiones como la ordenación del territorio, la gestión del suelo y la disciplina urbanística.
- El tercer bloque argumental analiza los principales desafíos que enfrentan las ciudades y los territorios en la actualidad, como la globalización, la diversidad cultural, el cambio climático, la movilidad y la digitalización.

Es importante destacar que este libro se aparta de las reflexiones clásicas y busca brindar una perspectiva fresca y original sobre el tema. Ofrece una visión actualizada y multidisciplinaria de los nuevos desafíos que enfrentan las ciudades y los territorios en la actualidad y el papel que tiene el Derecho Público en la gestión de estos.

Los autores, que son expertos en diferentes áreas del Derecho Público, ofrecen un análisis riguroso y crítico de las políticas y estrategias públicas que se están implementando para hacer frente a estos desafíos y proponen nuevas ideas y enfoques para mejorar la gestión y el desarrollo de las ciudades y los territorios.

Reflexionar sobre una nueva forma de pensar, de ver y de analizar la actual Ordenación del Territorio, así como el Derecho Urbanístico, es ya hoy un deber de actualización fundamental para el Derecho Público. Actualizar nuestra visión de los nuevos retos y analizar los nuevos desafíos que entrañan el avance del Derecho Público propulsado por las nuevas tecnologías y la globalización supone un verdadero reto para el profesional del Derecho Público que los autores consiguen superar con creces.

Dejar atrás esa visión anacrónica de los problemas coyunturales propios de nuestra época para transitar a un lenguaje moderno, fresco y adaptado a nuestras circunstancias es una renovación/actualización

necesaria para permitir el progreso y el desarrollo del Derecho Público. Es ahí, precisamente, donde radica el potencial de esta obra; en profundizar y analizar problemáticas, situaciones, retos y desafíos que hasta el momento no habían sido discutidas por la doctrina administrativista dada la novedad y la reciente configuración de su aparición.

Por lo tanto, esta obra supone un salvavidas para todo interesado/enamorado del Derecho Administrativo en la actualidad; leerla, supone hacerse consciente de la máxima del «Todo cambia» aplicada al Derecho Público, tal y como no podía ser de otra forma. Todo cambia, pero pocos son los dispuestos a abrazar y aceptar ese cambio, estos autores aceptan este necesario cambio y evolución del Derecho Administrativo.

Desarrollar un libro que abarque esta temática desde distintas perspectivas es lo que, precisamente, enriquece al lector en su recorrido por estas páginas. Leer y, sobre todo, entender las implicaciones y las consecuencias que tienen y pueden llegar a tener los grandes retos de la posmodernidad en nuestras ciudades y territorios implica actualizar las miras y la mentalidad con la que veamos el Derecho Público hasta el momento.

El carácter internacional de todos los cambios sociales que estamos viviendo en la actualidad es un hecho constatable dada la globalidad y la extensión de estos nuevos retos. Incluir a autores que puedan dar voz a la perspectiva vivida por el Derecho Comparado, pudiendo así ver qué medidas están llevando a cabo distintos países aporta una enorme riqueza, nuevas ideas y, sobre todo, más y mejores reflexiones. Es en el capítulo XI, donde la exposición de las ciudades metropolitanas italianas nos hace entender que esta problemática no ocurre exclusivamente en España, sino que es un cambio ante el que todos estamos sometidos. Incluir autores de otras nacionalidades y países es un factor determinante a la hora de entender estos nuevos desafíos y denota la apertura de mente del resto de autores.

Por otra parte, adaptarnos al vertiginoso ritmo de los avances tecnológicos y sociales ante los que actualmente nos enfrentamos es una urgente y creciente necesidad en nuestra población. Saber exactamente a qué nos enfrentamos y, sobre todo, saber cómo enfrentar estos nuevos retos y desafíos son aspectos claves para un correcto desarrollo del Derecho Público y de la sociedad en su conjunto. Es la claridad con la que los autores describen y exponen la realidad a través de las diferentes lentes y sus diferentes perspectivas es lo que, precisamente, dota a este libro de una gran riqueza y calidad.

En lo referente a este tema, especial atención merece el capítulo VII, en el que el autor desarrolla la idea de emplear las TIC para facilitar la participación ciudadana en el diseño de las ciudades inteligentes o *Smart cities*. Este al igual que la movilidad sostenible a la que hace referencia el capítulo VIII manifiestan la actualidad de estas situaciones que tarde o temprano se convertirán en nuestra realidad.

El carácter multidisciplinar, abierto e integrador de esta obra se hace patente en la diversidad de temáticas y de perspectivas que se integran en ella. Es justo esa intención de ir más allá de los autores, la que logra condensar en estas páginas, todo lo necesario para entender los nuevos retos ante los que nos enfrentamos. Ejemplo de este esfuerzo integrador sería el capítulo VI, donde la autora trata el tema de los instrumentos de planificación urbanística dado la relevancia que estos tienen en el despliegue de efectos jurídicos sobre los derechos e intereses de los ciudadanos, a pesar de apartarse del eje central de la obra.

Este libro ofrece una mirada innovadora sobre la relación entre la ciudad y el territorio, abordando temas contemporáneos desde la óptica del Derecho Público. Los autores buscan profundizar en cuestiones contemporáneas que afectan a las ciudades y a su relación con el territorio, y lo hacen desde una perspectiva legal. Los autores presentan reflexiones originales que invitan a repensar las dinámicas urbanas y ofrecen un enfoque jurídico para comprender y abordar los desafíos que enfrentan las ciudades en el siglo XXI.

En conclusión, *Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público*, se convierte en una lectura imprescindible para todos aquellos ávidos de conocimiento acerca de la gobernanza urbana y territorial, especialmente desde la perspectiva del Derecho Público. Los autores nos brindan una visión actualizada y enriquecedora de los desafíos más relevantes que encaran nuestras ciudades y territorios en la actualidad, presentando ideas y enfoques innovadores para mejorar su gestión y desarrollo. Con una visión multidisciplinaria y rigurosa, esta obra nos invita a reflexionar sobre el futuro de nuestras *urbes* y ofrece herramientas fundamentales para enfrentar los retos que se avecinan. En definitiva, es un libro que cautiva, informa y promueve el diálogo necesario en la búsqueda de un mejor porvenir para nuestras ciudades y territorios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Vera Jurado, D. J. (dir.) y Moreno Linde, M. (coord.) (2020). *Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el Derecho Público* [colección: Instituto Clavero Arévalo (antiguo García Oviedo), n.º 7]. Editorial Universidad de Sevilla.