

## Artículos

- La delegación de competencias municipales en la provincia en el derecho propio de Andalucía  
*The delegation of municipal powers in the province in the Andalusia law*  
NÚÑEZ LOZANO, MARÍA DEL CARMEN ..... 6-27
- Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública: una mirada crítica y una propuesta alternativa  
*Criteria for allocating places in schools in the public network: A critical look and an alternative proposal*  
MARTÍNEZ OTERO, JUAN MARÍA ..... 28-52
- La problemática de los parques eólicos y su solución a través del urbanismo  
*The problem of wind farms and their solution through urban planning*  
FERNÁNDEZ-GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO ..... 53-75
- La protección del medio ambiente en el Valle de Arán como modelo especial de ordenación determinado por el territorio  
*Environmental protection in Aran Valley as a special regulatory model determined by the territory*  
MORA-RUIZ, MANUELA ..... 76-91

## Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- Déficits y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña  
*Regulatory deficits and excesses in the field of transparency, good administration and good government: An analysis of the subject based on state and extremaduran legislation*  
TAHIRÍ MORENO, JESÚS A. / COFRADES AQUILUÉ, LUCÍA ..... 92-117
- Los criterios sujetos a juicio de valor. El caballo de Troya de la contratación pública  
*The criteria subject to judgment of value; the Trojan Horse of public procurement*  
SEGURA MARTÍNEZ, ANTONIO ..... 118-136
- La organización y la dirección público profesional del área de urbanismo municipal del País Vasco  
*The organization and professional public management of the municipal urban planning department in the Basque Country*  
CEREZO IBARRONDO, ÁLVARO ..... 137-166



# reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **22**  
Nueva época  
Octubre, **2024**



FECYT/394/2024  
Fecha de publicación: 12 de julio de 2019 (9ª convocatoria)  
Válida hasta 24 de julio de 2025



**INAP**  
INSTITUTO NACIONAL DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ISSN: 1989-8975  
DOI: <https://doi.org/10.24965/10.24965/reala.22.2024>  
<https://inap.es>  
<https://reala.inap.es>

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

**Editor jefe:** 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](mailto:reala@inap.es)

**Edita:** Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975  
NIPO: 231-24-003-5  
Depósito legal: M-1.582-1958

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

## Equipo editorial

**Editor jefe:** José María Baño León, Universidad Complutense de Madrid (España).

**Secretaría:** Lucía Alarcón Sotomayor, Universidad de Córdoba (España).

**Secretaría-Gestión editorial:** Carmen Martín Fernández, Universidad de Córdoba (España).

## COMITÉ EDITORIAL

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 Valdivia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú).

**Editor técnico:** Roberto Tomé Pérez, INAP (España)

## COMITÉ CIENTÍFICO CONSULTIVO

Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia). Fabio Medina Osorio, IIEDE (Instituto Internacional de Estudios de Derecho do Estado) (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). Martin 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). Eloísa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Marcos Vaquer Caballería, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Edorta Cobrerros 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 Míguez 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

La delegación de competencias municipales en la provincia en el derecho propio de Andalucía <i>The delegation of municipal powers in the province in the Andalusia law</i> NÚÑEZ LOZANO, MARÍA DEL CARMEN .....	6
Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública: una mirada crítica y una propuesta alternativa <i>Criteria for allocating places in schools in the public network: A critical look and an alternative proposal</i> MARTÍNEZ OTERO, JUAN MARÍA .....	28
La problemática de los parques eólicos y su solución a través del urbanismo <i>The problem of wind farms and their solution through urban planning</i> FERNÁNDEZ-GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO .....	53
La protección del medio ambiente en el Valle de Arán como modelo especial de ordenación determinado por el territorio <i>Environmental protection in Aran Valley as a special regulatory model determined by the territory</i> MORA-RUIZ, MANUELA .....	76

### Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

Déficits y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña <i>Regulatory deficits and excesses in the field of transparency, good administration and good government: An analysis of the subject based on state and extremeñan legislation</i> TAHIRÍ MORENO, JESÚS A. / COFRADES AQUILUÉ, LUCÍA .....	92
Los criterios sujetos a juicio de valor. El caballo de Troya de la contratación pública <i>The criteria subject to judgment of value; the Trojan Horse of public procurement</i> SEGURA MARTÍNEZ, ANTONIO .....	118
La organización y la dirección público profesional del área de urbanismo municipal del País Vasco <i>The organization and professional public management of the municipal urban planning department in the Basque Country</i> CEREZO IBARRONDO, ÁLVARO .....	137

### Recensiones

Luis Medina Alcoz: <i>Historia del derecho administrativo español</i> RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, MANUEL .....	167
--	-----

Álvaro Soriano Hinojosa: <i>Las Administraciones públicas ante el arbitraje</i> BRUFAO CURIEL, PEDRO .....	171
Agustín García Ureta: <i>Cooperación al desarrollo. Aspectos jurídico-administrativos</i> DÍAZ GONZÁLEZ, GUSTAVO MANUEL .....	174
M.ª Ángeles González Bustos: <i>Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural</i> RUIZ MAGAÑA, INMACULADA .....	178
M.ª Remedios Zamora Roselló: <i>Minería y comunidades autónomas: territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y Andalucía</i> ZAPATA SEVILLA, JOSÉ .....	180
Gustavo Manuel Díaz González (coord.): <i>Blockchain y Gobiernos locales</i> QUINTIÁ PASTRANA, ANDREI .....	183



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 10-06-2024  
Modificado: 05-09-2024  
Aceptado: 11-09-2024  
Publicación anticipada: 13-09-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11392>  
Páginas: 6-27

Referencia: Núñez Lozano, M. C. (2024). La delegación de competencias municipales en la provincia en el derecho propio de Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 6-27. <https://doi.org/10.24965/reala.11392>

## La delegación de competencias municipales en la provincia en el derecho propio de Andalucía<sup>1</sup>

### *The delegation of municipal powers in the province in the Andalusia law*

Núñez Lozano, María del Carmen

Universidad de Huelva. Departamento de Derecho Público y del Trabajo (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8147-8759>

[maria.lozano@dpub.uhu.es](mailto:maria.lozano@dpub.uhu.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla. Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva. Sus líneas de investigación se centran en las técnicas de intervención administrativa, sectores de actividad y protección del medioambiente.

#### RESUMEN

**Objetivos:** analizar la delegación de competencias municipales en la provincia en el derecho propio de Andalucía, con especial atención al ejercicio de la competencia delegada como competencia propia provincial. **Metodología:** análisis de normas, jurisprudencia y doctrina. **Resultados:** estudio de la delegación municipal de competencias en la provincia en el derecho de Andalucía, en particular cuando su ejercicio supone el ejercicio de la competencia propia de asistencia, poniendo de manifiesto las implicaciones que ello tiene. Se abordan también algunos aspectos clave de la figura. **Conclusiones:** la principal conclusión de este trabajo es que el ejercicio delegado de la competencia municipal como competencia provincial propia supone una manifestación de «la integración de municipios y provincias en una sola comunidad política» (preámbulo de la Ley de Autonomía Local de Andalucía) y comporta consecuencias específicas.

#### PALABRAS CLAVE

Delegación de competencias; municipio; provincia; comunidad política local.

#### ABSTRACT

**Objectives:** To analyze the delegation of municipal competences in the province in the Andalusian law, with special attention to the exercise of delegated competence as a provincial competence. **Methodology:** Analysis of norms, jurisprudence and doctrine. **Results:** Study of the delegation of municipal powers in the province in the Andalusian Law, with special attention to the exercise of the delegated power as own provincial competence; some key aspects of the figure are also addressed. **Conclusions:** The main conclusion of this work is that the delegated exercise of municipal competence as its own provincial competence is a manifestation of «the integration of municipalities and provinces

<sup>1</sup> El origen de este trabajo se encuentra en dos contratos de investigación suscritos con la Diputación Provincial de Huelva, que tuvieron como objeto las competencias de dicha diputación en materia de tratamiento de residuos municipales y la redacción de una ordenanza sobre la asistencia material de la provincia para la prestación del servicio de transporte y tratamiento de residuos.

into a single political community» (preamble to the Law of Local Autonomy of Andalusia) and has specific consequences.

## KEYWORDS

Delegation of powers; municipality; province; local political community.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. APROXIMACIÓN A LA DELEGACIÓN MUNICIPAL DE COMPETENCIAS EN LA PROVINCIA, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA. 2. LA COMPETENCIA DE ASISTENCIA MATERIAL DE LA PROVINCIA Y EL EJERCICIO POR DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS MUNICIPALES. 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS BÁSICOS MUNICIPALES EN CASO DE INCAPACIDAD O INSUFICIENCIA DE UN MUNICIPIO, CUANDO ESTE ASÍ LO SOLICITE. 2.3. LA PRESTACIÓN OBLIGATORIA DE SERVICIOS MUNICIPALES EN LA FORMA Y CASOS QUE DETERMINE UNA NORMA PROVINCIAL. 2.4. OTROS POSIBLES SUPUESTOS. 2.5. CARÁCTER CON EL QUE LA PROVINCIA EJERCE LA COMPETENCIA DELEGADA E IMPLICACIONES. 3. BREVE REFERENCIA A LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS AL MARGEN DE LA COMPETENCIA PROVINCIAL DE ASISTENCIA MATERIAL. 4. ANÁLISIS DE ASPECTOS CLAVE. 4.1. ALCANCE DE LA DELEGACIÓN. 4.2. DURACIÓN DE LA DELEGACIÓN. 4.3. LA REVOCACIÓN DE LA DELEGACIÓN. 4.3.1. La regla general de la libre revocación de la delegación. 4.3.2. Límite a la revocación de la delegación. 4.4. LA RENUNCIA A LA DELEGACIÓN. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

La técnica administrativa de la delegación de competencias presenta, como es sabido, dos primeras variantes: la delegación *interorgánica* y la delegación intersubjetiva. Esta última ha sido convenientemente tratada en varias de sus manifestaciones, fundamentalmente las delegaciones estatales y las delegaciones autonómicas. En cambio, apenas ha merecido atención la delegación municipal en favor de la provincia<sup>2</sup>, posiblemente porque se trata de una modalidad escasamente regulada que, por otra parte, suele canalizarse a través de convenios, siendo estos los que propiamente han atraído la atención de los autores.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL en lo sucesivo) solo contempla de manera genérica la delegación de las competencias locales de gestión, recaudación e inspección de tributos propios a favor de las entidades locales de ámbito superior (art. 106.3). Salvo otras prescripciones generales sobre el órgano competente para efectuar o aceptar delegaciones intersubjetivas, nada más prevé explícitamente la referida ley acerca de la posible delegación de competencias municipales en la provincia. Tampoco regula esta clase de delegación el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL en lo sucesivo), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril<sup>3</sup>.

Por consiguiente, nos encontramos ante una materia sobre la que las comunidades autónomas disponen de un amplio margen para su regulación, ya sea interpretando que el referido art. 106.3 agota el espacio de las bases del régimen jurídico de las delegaciones municipales a las provincias, ya sea interpretando que, a la espera de que el legislador estatal regule las bases de tales delegaciones, pueden las comunidades anticipar su legislación de desarrollo<sup>4</sup>.

Aun a pesar del amplio margen a disposición de las comunidades autónomas al que antes me he referido, solo la Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura, ha contemplado expresamente la delegación de competencias municipales en la provincia. Por su parte, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA en lo sucesivo), se refiere de forma puntual

<sup>2</sup> Contemplan expresamente la posibilidad Salvador Crespo (2007, p. 323, nota 729) y Velasco Caballero (2011, p. 49).

<sup>3</sup> Los arts. 66 y siguientes, que no tienen carácter básico (disposición final séptima), se refieren a las delegaciones del Estado y de las comunidades autónomas en las entidades locales, así como a las delegaciones que reciban los municipios de otras entidades locales.

<sup>4</sup> Téngase presente que «corresponde, en efecto, al Estado establecer las reglas ordenadoras de las delegaciones de competencias locales a favor de otras Entidades o de las propias Comunidades Autónomas, por ser un aspecto básico del régimen jurídico de las Administraciones Locales» (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 27).

a la delegación de competencias municipales. Otras legislaciones de régimen local de comunidades autónomas pluriprovinciales y de régimen común prevén también expresamente la delegación de competencias municipales, aunque acotan la tipología de entes que pueden recibirla sin incluir entre ellos a la provincia<sup>5</sup>. Dejando a un lado posibles previsiones en normas sectoriales, es por consiguiente la ley extremeña la única que contempla expresamente la delegación municipal en la provincia, mientras que la ley andaluza menciona genéricamente la posibilidad sin especificar la clase de entidades que puedan recibir la delegación. Ha de notarse que tanto el Estatuto de Autonomía de Andalucía como el de Extremadura afirman el principio de subsidiariedad (arts. 90 y 59.1, respectivamente)<sup>6</sup> y que la LAULA y la Ley 3/2019 recogen una cláusula general de competencia a favor del municipio (arts. 8 y 14, respectivamente)<sup>7</sup>, lo que podría explicar no solo la regulación que en concreto efectúan una y otra normas de las competencias de asistencia de la provincia (Rivero Ysern, 2012, p. 74), sino también la previsión expresa de delegación del ejercicio de las competencias municipales.

En todo caso, es claro que la LRBRL no impide la delegación de la que tratamos. Primero, porque la delegación de competencias entre Administraciones públicas ha sido caracterizada por el Tribunal Constitucional como una técnica organizativa de la que se puede hacer uso como consecuencia del reconocimiento constitucional de la autonomía [STC 101/2017, de 20 de julio, FJ. 5.b)]<sup>8</sup>; es por ello que no cabe interpretar que los arts. 7.3, 27 y 37 LRBRL excluyen cualquier otra delegación intersubjetiva distinta de las que contemplan (delegaciones del Estado y de las comunidades autónomas en las entidades locales)<sup>9</sup> o que el art. 106.3 LRBRL recoge el único supuesto en que la delegación municipal en la provincia es posible<sup>10</sup>. Segundo, porque si bien el art. 57.1 de la misma ley se refiere a los consorcios y a los convenios (que, por cierto,

<sup>5</sup> Arts. 8.4 y 163.1.d) de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia. Arts. 9.4, 77.3 y 82.2 del texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril. Art. 58 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana. Art. 50 de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León. Art. 26 de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha. Arts. 83.6, 86.3 y 90 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

<sup>6</sup> Medina Guerrero (2011, p. 105) ha singularizado la proclamación del principio de subsidiariedad que realizan ambos estatutos, considerando que el EAA es el más ambicioso.

<sup>7</sup> Si bien con matices muy diferentes en los que no es posible detenerse ahora.

<sup>8</sup> La sentencia se pronuncia acerca de si el art. 27.1 LRBRL es la norma que habilita la delegación de competencias a los municipios por parte del Estado y de las comunidades autónomas, respondiendo negativamente. Dado que la alegación planteada sostenía que el precepto podía vulnerar la garantía constitucional de la autonomía local si se interpretaba que solo el Estado y las comunidades autónomas podían delegar competencias en los entes locales, el Tribunal Constitucional aclaró que «el art. 27 LRBRL no es estrictamente la norma que habilita la delegación de competencias municipales. Las diputaciones provinciales, los cabildos, los consejos insulares y las Comunidades Autónomas pueden hacer uso de esta técnica organizativa como consecuencia del reconocimiento constitucional de su autonomía». Se colige por tanto que el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal habilita para la delegación de sus competencias. No lo entendieron así distintas sentencias de la jurisdicción contenciosa anteriores al pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Así, la STSJ de las Islas Canarias 609/1999, de 17 de mayo (rec. 1101/1996, ECLI:ES:TSJICAN:1999:1626) plantea que es necesario analizar si la delegación de un municipio a un cabildo insular «ostenta el necesario respaldo legal», respaldo que encuentra en los arts. 7, 27 y 47 LRBRL; la STSJ de Madrid 966/2008, de 23 de mayo (rec. 336/2006, ECLI:ES:TSJM:2008:11116) consideró que la delegación intersubjetiva «queda atribuida al juicio que realice el legislador ordinario»; previamente, la sentencia del mismo Tribunal 580/2006, de 19 de abril (rec. 534/2002, ECLI:ES:TSJM:2006:7189) había razonado que era el art. 47.3.c) LRBRL el que autorizaba la delegación, criterio ratificado por la STS de 11 de octubre de 2010 (rec. 4402/2010, ECLI:ES:TS:2010:5485) y luego matizado por el propio TSJ de Madrid en la referida sentencia de 23 de mayo de 2008 (vid. también, entre otras, la sentencia 1968/2008, de 18 de diciembre, rec. 855/2006, ECLI:ES:TSJM:2008:26679); por su parte, la STS de 11 de noviembre de 2003 (rec. 1676/2000, ECLI:ES:TS:2003:2698) fundamentó la delegación que examinó en el art. 66 TRRL; asimismo, la SAN de 10 de abril de 2000 (rec. 250/1997, ECLI:ES:AN:2000:8135) sostuvo que la delegación intersubjetiva precisa de autorización normativa. En cambio, la STSJ de Cataluña 835/2000, de 11 de octubre (rec. 1167/1997, ECLI:ES:TSJCAT:2000:12597), al enjuiciar una delegación autonómica a favor del municipio en materia sancionadora, tras identificar los preceptos de la legislación ordinaria que la sustentaban, señaló que el principio constitucional de eficacia y la garantía institucional de la autonomía local «en nada se oponen sino todo lo contrario a la delegación de otras administraciones en favor de la Administración local».

<sup>9</sup> Vázquez Pita (2014, p. 52) considera que la reforma del art. 27 LRBRL en 2013 eliminó la delegación entre entidades locales, comportando, como consecuencia más visible, «la sustitución de la delegación en la Diputación de las competencias municipales por la coordinación o gestión integrada» (vid. también la p. 60). Sin embargo, la versión original del art. 27 LRBRL no se refería a la delegación entre entidades locales sino, más concretamente, a la delegación de otras entidades locales en el municipio; por otra parte, y como ya he indicado en el texto, la delegación es factible como consecuencia del reconocimiento constitucional de la autonomía.

<sup>10</sup> En realidad, el art. 106.3 LRBRL no es sino la consecuencia de un juicio anticipado realizado por el legislador básico a favor de una técnica –la delegación a la provincia– para la mejora de la gestión en un ámbito concreto; así lo sugiere, desde luego, el FJ. 36.º de la STC 233/1999: «La competencia básica estatal en el supuesto que ahora analizamos resulta además particularmente justificada desde el momento en que la finalidad primordial de la previsión contenida en el precepto impugnado no es otra que la de favorecer con carácter general la mejora de la gestión recaudatoria de ambos impuestos municipales, aprovechando –como indica el Abogado del Estado– la experiencia de las Diputaciones Provinciales en tal cometido».

son vehículos para canalizar las delegaciones de competencia) como instrumentos para la cooperación, no excluye otras fórmulas posibles<sup>11</sup>.

En definitiva, la delegación de competencias municipales en la provincia es una opción amparada en la autonomía municipal constitucionalmente garantizada de la que se puede hacer uso para el mejor servicio del interés general, en línea con el mandato establecido en el art. 143.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en lo sucesivo): «Las Administraciones cooperarán al servicio del interés general y podrán acordar de manera voluntaria la forma de ejercer sus respectivas competencias que mejor sirva a este principio»<sup>12</sup>.

Pues bien, el propósito de este trabajo es contribuir al estudio de la figura mediante el análisis del derecho propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Un análisis que, *a priori*, presenta interés por dos razones principalmente.

En primer lugar, porque precisamente la LAULA no desarrolla el régimen jurídico de este tipo de delegaciones, de modo que es preciso realizar una labor de inferencia. En este sentido, el estudio del caso andaluz puede ilustrar acerca de posibilidades poco exploradas para, tomando prestada la expresión de Fernando Pablo, «la construcción de mercados de servicios municipales que tomen una escala provincial» (2015, p. 227), con mayor simplicidad que otras posibles fórmulas<sup>13</sup>.

En segundo lugar, y específicamente por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, a la vista del número y entidad de las competencias que el art. 9 LAULA atribuye a los municipios<sup>14</sup>, competencias que tienen la consideración de propias y mínimas, pudiendo ser ampliadas por las leyes sectoriales (art. 6.2 LAULA). Y es que, ni todos los municipios son iguales ni todas las competencias que recoge el precepto encuentran en el ámbito municipal su ámbito de gestión idóneo<sup>15</sup>. La creciente complejidad que algunas regulaciones sectoriales imprimen a la gestión municipal<sup>16</sup>, por otra parte, justifica también la oportunidad del análisis de la técnica de la delegación municipal a la provincia<sup>17</sup>.

En relación con lo anterior, conviene tener presente que antes de la aprobación de la LAULA, la Ley 11/1987, de 26 de diciembre, reguladora de las relaciones entre la Comunidad Autónoma de Andalucía y las diputaciones provinciales de su territorio, facilitaba la prestación provincial, como competencia propia, de servicios que en principio serían de competencia municipal. Su art. 15, en efecto, atribuía a las diputaciones provinciales, de conformidad con lo establecido en el art. 36.1.c) LRBRL, la prestación de los servicios de carácter supramunicipal o, en su caso, supracomarcal. Pero, y esto es lo relevante, caracterizaba los servicios públicos de carácter supramunicipal como «aquéllos que, siendo competencia de los municipios, se desarrollen por imperativo legal en un ámbito superior al municipal o encuentren su organización más idónea en dicho ámbito, y, en especial, los de recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos, ciclo hidráulico, mataderos, extinción de incendios y transporte de viajeros».

La relativa inseguridad que propiciaba el segundo término de la definición la corregía el propio precepto mediante la especificación de que las diputaciones podían prestar esos servicios mientras no lo hicieran los ayuntamientos respectivos.

La LAULA, que derogó la Ley 11/1987, no contempla nada semejante, lo que emplaza a buscar soluciones para las mismas situaciones que antaño eran resueltas conforme a lo prescrito en el art. 15 de la referida ley, siendo la delegación municipal de competencias un instrumento adecuado a tal efecto<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> Así lo considera también Parejo Alfonso (2007, p. 1432). Este autor sostiene que el precepto es aplicable a las relaciones entre entidades locales; en cambio, García Rubio (2014, p. 302) mantiene que solo rige para las relaciones de cooperación de los entes locales con el Estado o las comunidades autónomas.

<sup>12</sup> Nótese que la enumeración que contiene el art. 144.1 LRJSP es meramente ejemplificativa.

<sup>13</sup> Como por ejemplo la redefinición de la provincia que ensaya Parejo Alfonso (2012, pp. 20 y 21).

<sup>14</sup> Velasco Caballero (2011, p. 42) ha señalado que las competencias municipales se enumeran «con precisión extenuante».

<sup>15</sup> Con carácter general, ha afirmado Santamaría Pastor (2014, p. 147) que «es difícil discutir que, por simples economías de escala, la mayor parte de los servicios municipales se encontrarían mucho mejor atendidos desde instancias territoriales superiores, cualesquiera que sean».

<sup>16</sup> Como ha subrayado Rebollo Puig (2010, p. 115), «[...] las grandes inversiones y capacidad técnica que necesitan los servicios públicos en la actualidad [hacen] que el escalón municipal haya devenido insuficiente para lo que antes sí era adecuado».

<sup>17</sup> Desde una perspectiva general y oportunamente, se ha referido Barrero Rodríguez (2017, p. 352) a municipios en los que la necesidad de diputación no deriva de factores económicos.

<sup>18</sup> Crítico con la delegación de competencias en la provincia, Sarmiento Acosta (2014, p. 111; 2016, p. 2051) ha manifestado que «tratar a estas alturas de fortalecer las Diputaciones y de usar una técnica de tan poco éxito como el de la delegación interadministrativa de competencia es igual que pretender hacer un equipo de fútbol con personas que padecen problemas en los pies». El autor se refiere a la Ley 27/2013 y no considera específicamente las delegaciones municipales en la provincia.

## 1. APROXIMACIÓN A LA DELEGACIÓN MUNICIPAL DE COMPETENCIAS EN LA PROVINCIA, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA en lo sucesivo), no contempla específicamente la delegación municipal de competencias a la provincia. A lo más que llega es a proclamar la competencia exclusiva de la comunidad autónoma, respetando el art. 149.1.18 de la Constitución y el principio de autonomía local, respecto de las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales [art. 60.1.a)]<sup>19</sup>.

En cumplimiento del mandato establecido en el art. 98 EAA, el título V de la LAULA regula la cooperación territorial, sin que en esta sede se haga referencia alguna a la delegación municipal de competencias. No obstante, el art. 62.3 contempla diferentes instrumentos para la cooperación territorial que pueden operar como vehículo para la delegación de competencias municipales a la provincia, mencionando expresamente los convenios de cooperación –letra a)– y, de modo genérico, «c) Cualquier otra modalidad de cooperación interadministrativa que no dé lugar a la creación de un ente con personalidad jurídica, que pudiera establecerse para el desempeño de servicios, obras o iniciativas de interés para la cooperación territorial en Andalucía y que se ajuste a los fines y principios de la presente ley».

La única referencia expresa a la delegación de competencias municipales se encuentra en el art. 10, que regula el ejercicio y titularidad de las competencias locales y que, en lo que aquí interesa, establece que «para el ejercicio de sus competencias, la prestación de servicios y el desarrollo de iniciativas económicas, los municipios podrán [...] delegar o encomendar el ejercicio de competencias [...] sin que en ningún caso se vean afectadas ni la titularidad de las competencias ni las garantías de los ciudadanos».

Tan escasa regulación –mínima realmente– contrasta, ciertamente, con la más prolija contenida en los arts. 16 y siguientes, dedicados a la transferencia y delegación de competencias de la Administración autonómica en el municipio y en la provincia. Otro tanto puede decirse del silencio casi absoluto que guarda la LRBRL sobre la específica delegación que nos ocupa, en comparación con la extensa regulación que establece el art. 27 respecto de las delegaciones del Estado y de las comunidades autónomas en los municipios, aplicable a las delegaciones en la provincia (art. 37 LRBRL).

En relación con ello, ha de notarse que las finalidades para las que ambos preceptos conciben la delegación avalan el posible uso de la delegación de competencias municipales en las provincias en el entorno ya referido de amplitud y complejidad de la esfera competencial municipal. Así, el art. 27.1 LRBRL señala que las delegaciones del Estado y de las comunidades autónomas a los municipios habrán de mejorar la eficiencia de la gestión pública y contribuir a eliminar duplicidades administrativas; el apartado tercero reitera esta última mención y especifica, como objetivos de las delegaciones, los de «mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos». A su vez, el art. 16.1 LAULA indica que son razones de eficacia, eficiencia y economía las que justifican las delegaciones autonómicas a municipios y provincias.

Por consiguiente, la delegación de competencias municipales a la provincia se presenta de antemano como un instrumento de gestión idóneo en determinadas circunstancias, máxime teniendo en cuenta:

1. En general, el deber que establece el art. 141.1.d) LRJSP de «prestar, en el ámbito propio, la asistencia que las otras Administraciones pudieran solicitar para el eficaz ejercicio de sus competencias». Aunque no se me oculta que la finalidad del precepto es la de que se facilite la asistencia precisa para que la Administración titular de la competencia la ejerza eficazmente, considero que la norma también expresa un deber de asistencia para el eficaz ejercicio de la competencia que bien puede concretarse en la asunción de su ejercicio previa delegación al efecto.

2. El fin provincial específico de «asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal» [art. 31.2.a) LRBRL]. Con una perspectiva más amplia, el art. 3.3 LAULA, en trance de definir a la provincia, establece que su principal función, «de conformidad con los mismos [los municipios], es garantizar el ejercicio de las competencias municipales», una

<sup>19</sup> En cambio, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado por Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sí se refiere a la delegación o encomienda de la prestación de servicios a la provincia por parte de las entidades locales (); esta mención explica que la Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura, antes citada, haya regulado expresamente esta clase de delegación.

función que bien puede cumplirse asumiendo precisamente el ejercicio de la competencia previa delegación cuando ello sea lo oportuno.

3. El conjunto de las competencias de coordinación, asistencia y cooperación que, entre otras, atribuye a la provincia el art. 36.1 LRBRL. En particular sobre la coordinación, no son relevantes en este momento sus diferencias con la cooperación, en la medida en que lo que me interesa destacar ahora es la atribución de competencia a la provincia para garantizar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal –arts. 31.2.a) y 36.1.a) LRBRL–, así como la prestación unificada de servicios de los municipios<sup>20</sup>, en el entendimiento de que «quien puede más (coordinar), puede lo menos (asistir y cooperar)»; en todo caso, tras la reforma operada en la LRBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la coordinación adquiere un nuevo significado a la luz del art. 26.2 LRBRL. Este precepto, por cierto, admite la prestación directa de los servicios concernidos por la Diputación Provincial, con la conformidad de los municipios afectados, prestación directa que, por consiguiente, puede instrumentalizarse a través de la fórmula de la delegación municipal<sup>21</sup>; ha de notarse también que la prestación directa por la diputación como fórmula de «coordinación» (más bien cooperación) a que alude el precepto evidencia el exceso en que incurrió la STC 214/1989, de 21 de diciembre, al apostillar que ni la coordinación ni la cooperación alteran «la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación»<sup>22</sup>. Nada impide, a mi juicio, que el resto de las competencias que conforman el referido conjunto se ejerzan mediante el mecanismo de la delegación conferida voluntariamente por el municipio y aceptada por la provincia<sup>23</sup>.

4. El mandato impuesto por el art. 36.2.b) LRBRL de asegurar «el acceso de la población de la Provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y a la mayor eficacia y economía en la prestación de éstos»; y ello «mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal». Igualmente, el mandato de garantizar el desempeño de las funciones públicas necesarias en los ayuntamientos [art. 36.2.c) LRBRL].

Es, por otra parte, una técnica que se aviene muy bien con la regulación que establece la LAULA acerca de la asistencia que la provincia puede prestar a los municipios, asistencia que en esta ley conforma el grueso de las competencias de la provincia<sup>24</sup>, puesto que solo se contemplan como competencias materiales las de carreteras provinciales, archivos de interés provincial y museos e instituciones culturales de interés provincial (art. 15)<sup>25</sup>. Siendo la finalidad de las competencias de asistencia la de «asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales» (art. 11.1 LAULA), es en concreto la competencia de asistencia material la que puede canalizarse, entre otras posibilidades, a través del ejercicio delegado de la competencia municipal<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Respecto del art. 36.1.a) LRBRL, afirma Cacharro Gosende (2006, pp. 147 y ss.) que la competencia que se atribuye es la de «coordinación cooperativa». Con base en el art. 30.3 TRRL, González Iglesias (2014, p. 273) sostiene que el art. 36.1.a) no alude a una verdadera función de coordinación, «sino más bien a una cooperación».

<sup>21</sup> Morillo-Velarde Pérez (2014, p. 108) caracteriza el supuesto como una sustitución voluntaria de los municipios por la diputación. Igualmente, Sarmiento Acosta (2014, p. 114) considera que se trata de un supuesto de sustitución. Por su parte, Font i Llovet y Galán Galán (2013, pp. 42 y ss.) incluyen la delegación entre las «otras fórmulas» a las que alude el art. 26.2, distintas de la gestión directa por la diputación. En opinión de Alonso Mas (2014, p. 177), en el supuesto de prestación directa por la diputación, la titularidad de la competencia sigue siendo municipal. Díaz Lema (2014, p. 133) precisa que se produce un traslado de la competencia a la provincia, aunque no detalla si se traslada solo el ejercicio o también la titularidad. Para Carbonell Porras (2016, p. 143) el servicio municipal se convertiría en uno de prestación supramunicipal, lo que a mi juicio apunta a la competencia provincial prevista en el art. 36.1.c) LRBRL, distinta de la competencia de asistencia y cooperación.

<sup>22</sup> FJ. 20. El resaltado es mío.

<sup>23</sup> Al respecto, pueden verse la serie de convenios suscritos entre la Diputación Provincial de Cuenca y los distintos ayuntamientos de la provincia en los que estos delegan a aquella determinadas competencias en materia de residuos, invocando la Diputación al efecto las competencias propias que recogen los apartados 1.c) y 2.b) del art. 36 LRBRL; así, por ejemplo, el convenio con el Ayuntamiento de Villora en <https://www.dipucuenca.es/documents/34525/893930/CONVENIO+1322+REGULACI%C3%93N+DELEGACI%C3%93N+COMPETENCIAS+PRESTACION+SERVICIO+RECOGIDA+Y+TRANSPORTE+RESIDUOS+Y+TASA.+VILLORA.pdf/bce7bf93-35ce-8300-3372-c0836225ec8a?t=1646211508958> (consultado el 20 de mayo de 2024).

<sup>24</sup> Como ha subrayado Carbonell Porras (2011, p. 63), las competencias de asistencia resultan potenciadas en la LAULA.

<sup>25</sup> En principio, serían también competencias materiales propias de la provincia «la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes» –art. 36.1.g) LRBRL–. Sin embargo, la STC 111/2016, de 9 de junio, en su FJ 11, ha interpretado que se trata de especificaciones de la competencia de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios –art. 36.1.b) LRBRL–, como ya anticipara Velasco Caballero (2014, p. 72). Se trata, como entre otros ha destacado Carbonell Porras (2016, pp. 133 y 134), de un fallo interpretativo que despeja las dudas sobre la constitucionalidad del precepto; por mi parte, coincido con la autora en lo forzada que puede resultar esta interpretación conforme.

<sup>26</sup> En la doctrina, Sosa Wagner (2011, p. 233) ha caracterizado la delegación como un instrumento más de colaboración que de transmisión de competencias.

## 2. LA COMPETENCIA DE ASISTENCIA MATERIAL DE LA PROVINCIA Y EL EJERCICIO POR DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS MUNICIPALES

### 2.1. Introducción

El art. 11 es el precepto de cabecera de los que la LAULA dedica a la regulación de la asistencia como competencia propia de la provincia. De entrada, caracteriza la competencia por su finalidad, ya referida, de «asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales». Desde una perspectiva objetiva, distingue tres modalidades de asistencia (apartado primero):

- a) Asistencia técnica de información, asesoramiento, realización de estudios, elaboración de planes y disposiciones, formación y apoyo tecnológico.
- b) Asistencia económica para la financiación de inversiones, actividades y servicios municipales.
- c) Asistencia material de prestación de servicios municipales.

La asistencia, por otra parte, puede ser obligatoria o concertada (apartado segundo).

La asistencia técnica es objeto del art. 12, cuyo apartado primero enumera las actividades que pueden ser objeto de esta clase de asistencia, sin ánimo exhaustivo, toda vez que el listado concluye con una referencia a «cualquier otra que la provincia determine por iniciativa propia o a petición de los ayuntamientos» –letra j)–; dados los términos del art. 11.a), considero que el instrumento idóneo para la prestación de asistencia técnica es la encomienda de gestión. La asistencia económica se desarrolla en el art. 13, sin que guarde relación alguna con la delegación de competencias.

El art. 14 LAULA establece varios supuestos de asistencia material al municipio:

1. La prestación de los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio, cuando este así lo solicite.
2. La prestación obligatoria de servicios municipales en la forma y casos que determine una norma provincial.
3. La prestación por sustitución en caso de incumplimiento de la obligación de prestar los servicios básicos.
4. La creación de redes intermunicipales para la prestación de servicios.
5. El ejercicio de competencias de titularidad municipal, en los términos que prevea la legislación sectorial, cuando su naturaleza no permita una asignación diferenciada y las economías de escala así lo aconsejen.

A los efectos de este estudio nos interesan los dos primeros supuestos, ya que en ellos encuentra cabida, entre otras posibilidades, la delegación municipal de competencias en la provincia<sup>27</sup>.

En el tercer supuesto –prestación por sustitución– la provincia ejerce la competencia propia de asistencia material sin que medie la voluntad del municipio, razón por la cual no puede operar la delegación.

Por lo que respecta a la creación de redes intermunicipales, el papel de la provincia se limita al de su promoción para garantizar el ejercicio de las competencias municipales, previéndose al efecto la aprobación de una norma provincial que establezca las condiciones para la incorporación de los ayuntamientos e incluya las formas de financiación. Del tenor literal del art. 14.4 se desprende que la provincia no está llamada a formar parte de la estructura que específicamente prevé este precepto –se trata de redes intermunicipales–, sin perjuicio de que al amparo del art. 63.2.g) LAULA pueda integrarse en redes de cooperación<sup>28</sup> con participación municipal, en las que, no obstante y vistos los términos del art. 84 LAULA, no parece tener cabida la delegación.

Finalmente, el quinto supuesto alude al ejercicio de competencias de titularidad municipal. Interpretado por la doctrina en el contexto de la asignación de competencias a los municipios y a las provincias (López Benítez, 2011, p. 184) en clave del principio de diferenciación (Carbonell Porrás, 2011, p. 184; 2013, pp. 16 y 17), a mi juicio también sugiere una fórmula de delegación que la legislación sectorial que se invoca habría de perfilar. Dado que los municipios pueden en todo caso delegar el ejercicio de sus competencias y las provincias pueden, como veremos, ofrecer la posibilidad o aceptar la delegación propuesta por el municipio, cabe considerar que el precepto haya querido anticipar la posibilidad de una suerte de delegación forzosa,

<sup>27</sup> Así, Morillo-Velarde Pérez (2010, p. 453) considera que se trata de supuestos de encomienda de gestión.

<sup>28</sup> Figuras poco precisas y que suscitan numerosos interrogantes, como ha advertido Carbonell Porrás (2011, p. 92).

impuesta por la ley sectorial tanto a unos como a otras, similar aunque no idéntica a la prevista en el art. 27.3 LRBRL en su redacción original, anticipación necesaria teniendo en cuenta la posición de la LAULA en el derecho propio de Andalucía (art. 108 EAA). Dado que no se ha aprobado, que me conste, una ley sectorial en los términos referidos, dejaré de lado este supuesto, no sin antes reconocer que es dudoso que la ley pueda imponer la delegación al municipio<sup>29</sup>, pero también que el precepto muestra claramente que el legislador andaluz concibe la provincia como instancia idónea para la prestación de servicios que en principio corresponden a los municipios.

A continuación, analizaré los dos supuestos contenidos en el art. 14 LAULA que considero de interés para este estudio; posteriormente, abordaré la cuestión de si tales supuestos agotan las posibilidades de prestación de asistencia material como competencia propia y, finalmente, me centraré en el carácter con el que la provincia ejerce las competencias delegadas en este contexto y las implicaciones que ello tiene.

## 2.2. La prestación de los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio, cuando este así lo solicite

Los servicios básicos son los de: a) abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; b) alumbrado público; c) recogida y tratamiento de residuos; d) limpieza viaria; e) prevención y extinción de incendios, y f) transporte público de viajeros. La competencia sobre su ordenación y prestación corresponde a los municipios, en los términos que determinen las leyes –art. 92.2.d) EAA–. Consecuentemente, los apartados 4, 5, 6 y 14 del art. 9 LAULA los incluyen en el listado de las competencias propias municipales. En virtud del art. 31.1 LAULA, que los califica como «esenciales para la comunidad», su prestación es obligatoria en todos los municipios de Andalucía.

El dato de la obligatoriedad de la prestación difumina la frontera entre los supuestos de incapacidad o insuficiencia del municipio, por una parte, y por otra, el de incumplimiento de la obligación de prestación, toda vez que la incapacidad o insuficiencia del municipio para prestar el servicio son propiamente posibles causas de un eventual incumplimiento de la obligación establecida al respecto, siendo así que en todos los casos referidos es la provincia la que presta el servicio<sup>30</sup>. Sin embargo, existe una clara diferencia entre ellos en el contexto del art. 14 LAULA, ya que la incapacidad o insuficiencia habilita al municipio para solicitar de la provincia la prestación del servicio, petición que podría eludir la actuación por sustitución, mientras que en caso de incumplimiento la provincia presta el servicio sin que medie la voluntad municipal al respecto; es decir, la incapacidad y la insuficiencia son circunstancias que abocarían al incumplimiento de la obligación de prestación si no mediara la intervención provincial previa solicitud municipal.

La intervención provincial que contempla el art. 14.1 LAULA es la prestación del servicio previa solicitud municipal, correspondiendo a la provincia la determinación de la forma de gestión y las potestades inherentes a su ejercicio, extremos estos que claramente posibilitan que la asistencia se instrumentalice mediante la fórmula de la delegación, conferida mediante acto unilateral del municipio cuya eficacia requiere de la aceptación provincial<sup>31</sup> o bien en virtud de convenio.

A este respecto, es controvertida la naturaleza del instrumento mediante el que se ha de realizar la delegación interadministrativa, dado que, para un sector de la doctrina, debe tener lugar a través de norma jurídica. Esta es la postura de Rodríguez de Santiago (1998, pp. 262 y 263), que basa su opinión en la modificación del orden objetivo regulador de las competencias que entraña la delegación; en consecuencia, entiende que el convenio de delegación no remite a la categoría del contrato, utilizándose el término «para hacer alusión a la aceptación de la Administración en quien se delega». Sin embargo, en el supuesto que

<sup>29</sup> López Benítez (2011, p. 184) descarta que pueda tratarse de una delegación porque la voluntad de los municipios no cuenta. Salvador Crespo (2007, p. 259) entiende, por el contrario, y en el plano de las delegaciones del Estado y de las comunidades autónomas a los entes locales, que la ley que establece la obligación de delegar la impone al delegante y al delegado.

<sup>30</sup> Rozados Oliva (2014, p. 969) interpreta, conjugando el art. 26.2 LRBRL con el art. 14.1 LAULA, que concurre la insuficiencia «en aquellos casos en que el coste de la prestación del servicio sea superior si se mantiene en manos del municipio que si su prestación en coordinada por la Diputación».

<sup>31</sup> En efecto, salvo que venga impuesta por ley, una delegación no aceptada carece de eficacia; por otra parte, la competencia ajena ejercida sin previa delegación comporta la nulidad de los actos y, en su caso, disposiciones. Con respecto a las delegaciones del Estado y comunidades autónomas a los municipios, el art. 27.5 LRBRL, en su redacción actual, prescribe la aceptación municipal de la delegación para su efectividad; otro tanto se desprende del art. 16.1 LAULA, anterior a la reforma del art. 27 LRBRL, que en su redacción inicial preveía que la delegación pudiera imponerse por ley. Sobre la redacción actual del art. 27.5 LRBRL, la STC 41/2016, de 3 de marzo, ha manifestado que «establece una base destinada a “concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada” (SSTC 103/2013, FJ 4, y 143/2013, de 11 de julio, FJ 3)» –FJ. 11.a)–.

nos ocupa no se produce la modificación a la que se refiere el autor, dado que la provincia ejerce la competencia delegada como competencia propia, razón por la que considero que la delegación puede efectuarse mediante acto o mediante convenio.

Aun cuando en principio podría parecer que el convenio es el instrumento más adecuado<sup>32</sup>, no se debe perder de vista la limitación temporal que deriva del art. 49.h.1.º) LRJSP<sup>33</sup>, razón por la que podría ser preferible conferir la delegación mediante acto administrativo, en un contexto de diálogo previo entre el municipio y la provincia<sup>34</sup>. Entiendo que no se opone a ello lo establecido en el art. 143.2 LRJSP, cuyo mandato esencial radica en la prescripción de aceptación expresa de las partes, que siempre podrá formularse en acuerdos de órganos de cooperación o en convenios, pero también mediante otra fórmula idónea, como es la delegación mediante acto municipal supeditado a aceptación provincial; en todo caso, debe tenerse en cuenta que el art. 30.6.i) TRRL, tras enumerar una serie de formas de cooperación, admite «cualesquiera otras que establezca la Diputación con arreglo a la Ley», como es el caso *ex arts.* 10 y 14.1 LAULA.

El supuesto que analizamos, por otra parte, guarda una evidente relación con lo preceptuado en el art. 26.2 LRBRL: en primer lugar, porque los servicios que menciona son prácticamente coincidentes con los servicios básicos municipales andaluces<sup>35</sup>; en segundo lugar, porque la intervención provincial que contempla la ley básica estatal requiere la conformidad del municipio<sup>36</sup>; y, en tercer lugar, porque una de las posibilidades que contempla es la prestación directa por la diputación. También guarda relación con el art. 36.1.c) LRBRL, que prevé «la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación».

### 2.3. La prestación obligatoria de servicios municipales en la forma y casos que determine una norma provincial

El art. 14.2 prescribe la prestación obligatoria de una serie de servicios municipales a petición de los municipios, a saber:

- a) Inspección, gestión y recaudación de tributos.
- b) Disciplina urbanística y ambiental.
- c) Disciplina del personal funcionario y laboral.
- d) Representación y defensa judicial.
- e) Suplencias en el ejercicio de funciones públicas necesarias de secretaría, intervención y tesorería en municipios menores de cinco mil habitantes.

Estos servicios se han de prestar «en la forma y casos en que lo determine una norma provincial». A ellos se podrían sumar los previstos en el art. 26.2 LRBRL respecto de municipios con población inferior a 20000 habitantes<sup>37</sup>.

Vienen así obligadas las diputaciones provinciales andaluzas a aprobar la correspondiente ordenanza que detalle en qué forma y en qué casos prestarán los referidos servicios a demanda del municipio<sup>38</sup>.

Interesa subrayar que el art. 14.2 no establece un elenco cerrado de servicios. Los enumerados han de estar previstos necesariamente en la norma (o normas) que obligatoriamente ha de aprobar la provincia.

<sup>32</sup> El art. 23.5 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, obliga a que la delegación se formalice en un convenio.

<sup>33</sup> Resulta curioso el convenio entre la Diputación Provincial de Cuenca y el Ayuntamiento de Villora, antes citado, porque, a la par que establece un plazo de vigencia de cuatro años, prorrogable por otros cuatro, añade que «no obstante, se entiende otorgadas las delegaciones de competencias por tiempo indefinido, hasta tanto no quede expresamente revocada la delegación por parte del Ayuntamiento de VILLORA o deje de prestarse el servicio de recogida y transporte de residuos domésticos».

<sup>34</sup> Cuesta trabajo imaginar que un municipio delegue en la provincia «sin previo aviso».

<sup>35</sup> La coincidencia no es total porque entre los servicios básicos andaluces no se citan los de acceso a los núcleos de población y pavimentación de vías urbanas, que propiamente no son servicios; mientras que sí se incluyen los de prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros, que no se encuentran en el art. 26.2 LRBRL.

<sup>36</sup> En sentido contrario *vid.* Fernández-Espinar López (2014, pp. 199 y 214 y ss.) y Rozados Oliva (2014, p. 969).

<sup>37</sup> A juicio de Díaz Lema (2014, p. 130), la intervención de la provincia es prácticamente reglada. *Vid.* una opinión en principio contraria en Jiménez Asensio (2017, p. 240).

<sup>38</sup> No es este el esquema que sigue, por ejemplo, la Ordenanza Provincial sobre Concertación Municipal de la Diputación de Huelva, publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia*, 131, de 10 de julio de 2013, que prevé que sean los municipios los que detallen a la Diputación Provincial las actuaciones para las cuales solicitan la prestación de asistencia material.

Pero nada impide que esta se obligue anticipadamente a prestar cualquier otro servicio a demanda de los municipios –con el límite de que no se produzca el vaciado del conjunto de competencias de un municipio<sup>39</sup>–, en cuyo caso habrá de aprobar la correspondiente norma provincial que determine la forma y los casos en que, a petición del municipio, prestará el servicio<sup>40</sup>. Naturalmente, ello incluye la posibilidad de que la norma provincial aludida amplíe el ámbito obligatorio de la asistencia ofreciéndola, respecto de los servicios a que se refiere el art. 26.2 LRBRL, a municipios de población igual o superior a 20 000 habitantes.

Aun cuando el art. 14.2 LAULA se refiere a servicios, la enumeración que contiene apunta mayoritariamente al ejercicio de funciones públicas y potestades. A mi juicio, no existe impedimento para que el objeto de la asistencia provincial sea un servicio público municipal, cuya prestación, por demás, implica el ejercicio de funciones públicas y potestades; el art. 26.2 LRBRL, desde luego, apoya esta consideración. En términos más generales, y puesto que se trata de la competencia provincial de asistencia, el art. 14.2 LAULA ofrece un cauce específico para la delegación de competencias municipales<sup>41</sup>, pudiéndose entender el concepto «servicio» en su sentido más amplio, atendiendo a la finalidad de la asistencia, que no es otra que «asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales» (art. 11.1 LAULA).

Por otra parte, la circunstancia de que el apartado primero del art. 14 LAULA se refiera específicamente a los servicios básicos de municipios aquejados de insuficiencia o incapacidad, no impide que la prestación provincial en estos casos se canalice a través del mecanismo que ahora analizamos, pues es claro que si la provincia aprueba una ordenanza al amparo del art. 14.2 LAULA para la prestación de uno de estos servicios, nada obsta a que la referida prestación alcance a municipios que de partida se encuentren en la situación de insuficiencia o incapacidad.

Al igual que en los casos previstos en el art. 14.1 LAULA, la delegación puede conferirse a través de un convenio o mediante acto administrativo.

En principio, no parece lógica la utilización del convenio si se tiene en cuenta que la voluntad de la provincia y, en general, la posición de esta Administración, debe haber quedado fijada en la previa norma que exige el art. 14.2 LAULA, de modo que bastaría con el acuerdo municipal de delegación formulado en los términos previstos en la ordenanza de asistencia salvo, claro está, que su eventual escasez de densidad normativa lo haga preciso como instrumento de concreción adicional o que, como sucede en el caso de la Ordenanza Provincial sobre Concertación Municipal de la Diputación de Huelva, ya citada, se prevea que el municipio determine de entrada las actuaciones para las cuales se solicita la prestación de asistencia material<sup>42</sup>. Debe tenerse en cuenta, además, que la delegación mediante acto orilla las dificultades temporales que podría plantear el convenio, aunque es cierto que, de admitirse que la norma a la que alude el art. 49.h.1.º) LRJSP puede ser una ordenanza local<sup>43</sup>, bastaría con que la que exige el art. 14.2 LAULA contemplara un horizonte temporal más amplio<sup>44</sup>. Además, la delegación mediante acto asegura mejor el mantenimiento de los criterios homogéneos antes aludidos que hubiere fijado la ordenanza provincial.

## 2.4. Otros posibles supuestos

En principio, podría considerarse que los apartados 1 y 2 del art. 14 LAULA establecen de manera limitada los supuestos en los que la provincia podría ejercer por delegación competencias municipales

<sup>39</sup> Coincido así con Vaquer Caballería (2012, p. 145), que entiende que la cautela establecida en el art. 35.2 TRRL «debe entenderse aplicable a cualesquiera entes intermedios, y aun respecto de su suma o conjunto».

<sup>40</sup> La norma provincial garantiza así criterios homogéneos, que es una circunstancia que, a juicio de J. Morillo-Velarde Pérez (2014, pp. 92 y 93), aconseja que las delegaciones reguladas en el art. 27.2 y 3 LRBRL se instrumentalicen a través de una norma estatal o autonómica. En el caso que nos ocupa, la citada garantía la presta la norma provincial y no los posteriores convenios o actos municipales de delegación.

<sup>41</sup> Como expresa Zafrá Víctor, la competencia provincial «no se proyecta sobre materias, sino sobre competencias municipales» (2012a, p. 122), «sobre la titularidad de las competencias de otra entidad local, con la finalidad de garantizar su ejercicio» (2011, p. 99).

<sup>42</sup> De ahí que se contemple la firma de convenios específicos con cada ayuntamiento (art. 11) y el propio nombre de la Ordenanza.

<sup>43</sup> En contra *vid.* Mahillo García y Martínez-Alonso Camps (2020, p. 152). A juicio de Velasco Caballero (2016, p. 42), pero con referencia a la prórroga, no está claro cuál puede ser la norma que la prevea.

<sup>44</sup> El art. 23.9 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura, evita la sujeción al límite previsto en el art. 49.1.h) LRJSP en los siguientes términos: «Atendiendo a las finalidades de mejora de la eficiencia en la gestión y de sostenibilidad financiera que especialmente cumplen, los convenios suscritos para la delegación de competencias establecidos en el presente art. no estarán sometidos al límite temporal determinado por el art. 49 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Cada convenio, atendiendo a las funciones delegadas, establecerá el período de vigencia que sea aplicable en cada caso, no pudiendo tener en ningún caso carácter indefinido».

como competencia propia de asistencia. Si así fuera, esta posibilidad quedaría ceñida a: 1) la delegación de competencias para la prestación de servicios básicos en caso de incapacidad o insuficiencia, a iniciativa municipal; 2) la delegación de competencias previo ofrecimiento de la provincia materializado en una norma provincial. En consecuencia, cualquier delegación de competencias distintas de las atinentes a la prestación de servicios básicos por propia iniciativa municipal quedaría de antemano excluida de la esfera del ejercicio de la competencia provincial propia de asistencia.

A mi juicio, sin embargo, los apartados 1 y 2 del art. 14.2 LAULA no agotan las posibilidades referidas de ejercicio delegado de la competencia municipal como competencia provincial propia. Siendo la finalidad genérica de las competencias de asistencia «asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales», puede entenderse que el ejercicio por delegación de una competencia municipal con la finalidad de asegurar su ejercicio íntegro es, asimismo, ejercicio de la competencia propia de asistencia.

## 2.5. Carácter con el que la provincia ejerce la competencia delegada e implicaciones

Como ya he anticipado *supra*, la provincia ejerce la competencia delegada como competencia propia. Este es el carácter que le atribuye la LAULA a la asistencia material a los municipios y, respecto de la asistencia en general, el art. 36.1.b) LRBRL y el art. 96.3.a) EAA. A diferencia de lo que sucede en los supuestos de delegación que regulan los arts. 27 LRBRL y 16 y 19 a 22 de la LAULA, no nos encontramos ante meras competencias delegadas. En este sentido, el núcleo de la actividad provincial es «el apoyo a los Municipios radicados en su ámbito territorial» (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ. 2.º), una actuación cooperadora que, a su vez, el Tribunal Constitucional identifica como el núcleo de la autonomía provincial. Como recuerda la STC 111/2016, de 9 de junio,

la doctrina constitucional ha precisado que las competencias instrumentales –aquellas que tienen al municipio por destinatario inmediato–, entroncan directamente con la Constitución: «el apoyo a los Municipios radicados en su ámbito territorial» constituye el «núcleo» de la actividad de la provincia, «en cuanto entidad local determinada por la agrupación de Municipios (art. 141.1 CE)» cuya autonomía presenta «rasgos y perfiles específicos» respecto de la municipal (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2) (FJ 9).

Así, la delegación se desvela como una vía «insospechada» de cooperación que no tiene como base la prestación municipal del servicio<sup>45</sup>, a la par que supone una manifestación de prestación supramunicipal sin el concurso del legislador sectorial<sup>46</sup>. Desde la premisa de la voluntariedad del municipio en orden a conferir la delegación, la coincidencia de títulos que concurren en el ejercicio de competencias municipales delegadas como competencia provincial propia supone una manifestación de «la integración de municipios y provincias en una sola comunidad política» (preámbulo de la LAULA). De este modo, la noción de comunidad política local<sup>47</sup>, expresada tempranamente por Ortega Álvarez<sup>48</sup> y recogida en el primer borrador del *Libro blanco para la reforma del gobierno local en España* (2005), además de

<sup>45</sup> Zafrá Víctor (2012a, pp. 125 y 126) considera que la coordinación y la cooperación «proceden cuando la actividad provincial permite la prestación de los servicios por cada municipio». Igualmente, Morillo-Velarde Pérez (2014, p. 109) sostiene que en los supuestos del art. 36.1.b) LRBRL es el municipio el que debe ejercer sus competencias, correspondiendo a la provincia posibilitar, facilitar y potenciar «el ejercicio de las actividades del municipio [...] dotándolos de las capacidades necesarias para hacer frente a sus responsabilidades».

<sup>46</sup> Zafrá Víctor (2012a, pp. 125 y 126) considera que la prestación supramunicipal, esto es, por la propia provincia, debe ser atribuida por el legislador sectorial. Para Cacharro Gosende (2006, pp. 149 y ss.), el art. 36.1.c) LRBRL habilita al legislador sectorial para otorgar competencia a las diputaciones para prestar estos servicios, pero también es posible la iniciativa autónoma de la provincia cuando, entre otras condiciones, se cumple la de que el servicio no esté atribuido a la competencia exclusiva de otra entidad; a este respecto, ha de notarse que el art. 8 LAULA establece una cláusula general de competencia a favor del municipio que, en principio, impediría la referida iniciativa provincial autónoma.

<sup>47</sup> Según Carbonero Gallardo (2005, p. 36), «la provincia y su órgano de gobierno, la Diputación, no deben considerarse siquiera inconscientemente, como algo distinto de los propios municipios, sino que han de entenderse partes integrantes de una misma comunidad local, de manera que la Diputación debe estar orientada a hacer viables las competencias y servicios municipales». Para Zafrá Víctor (2012a, pp. 121 y 122), «como agrupación de municipios la provincia, aunque con sustantividad institucional, no es una entidad local distinta de los municipios, sino que constituye un sistema que la integra, junto a los municipios, en un mismo nivel de Gobierno, una sola comunidad política local». *Vid.* también Zafrá Víctor (2011). En opinión de Rivero Ysern (2012, p. 74), «la idea de una sola comunidad política local municipio-provincia es el resultado y, a la vez, el presupuesto de este catálogo de competencias de asistencia».

<sup>48</sup> Ortega Álvarez (1988, p. 158), con cita de Parejo Alfonso (1986, p. 56), quien, aun cuando no utiliza la expresión exacta, considera la Administración local «como una estructura básicamente única».

fundamentar un único nivel de gobierno integrado por los municipios y provincias en su relación con la comunidad autónoma (art. 3.1 LAULA<sup>49</sup>), la asignación de competencias al nivel local (art. 6.3 LAULA<sup>50</sup>) y la concertación como síntesis de la cooperación y de la coordinación, fundamentalmente en el contexto de la asistencia económica<sup>51</sup>, también alcanza a explicar la coincidencia de títulos a que he hecho referencia.

Como ya he apuntado, la circunstancia de que la provincia ejerza la competencia delegada como competencia propia soslaya el debate acerca de la necesidad de efectuar la delegación mediante norma.

Por otra parte, y en tanto que competencia propia, su ejercicio tiene lugar «en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad» (art. 7.2 LRBRL). Por esta razón, entiendo que no resulta procedente una eventual reserva municipal de facultades de dirección y control, a diferencia de lo establecido para las delegaciones estatal y autonómicas en los municipios (arts. 27.1 y 4 LRBRL y 19.2 LAULA). Al respecto, no me parece acertada la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, en la medida en que afirma que es propio de la delegación «que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado» –FJ 10.D.a)–.

Este pronunciamiento, que no era necesario y que además introduce como parámetro de constitucionalidad lo que a juicio del Tribunal es propio de la institución jurídica de la delegación, no tiene en cuenta la variedad de delegaciones que son posibles en nuestro derecho, entre ellas la que aquí tratamos, que aúna en el ejercicio de la competencia una doble dimensión por tratarse, al unísono, del ejercicio de la competencia delegada como competencia propia<sup>52</sup>. Con todo, tampoco cabe descartar en términos absolutos la posibilidad, por lo que en definitiva será la provincia la que determine para el caso concreto la pertinencia o no de la reserva municipal de facultades de este tipo. Obviamente, lo deseable es que el ejercicio provincial de la competencia municipal se desenvuelva en un contexto de comunicación y diálogo con la instancia municipal<sup>53</sup>. En todo caso, la potestad de autoorganización de la provincia –art. 4.1.a) LRBRL– se mantiene intacta, como por otra parte asegura el art. 19.2 LAULA para el supuesto de delegación autonómica en los entes locales.

En este mismo orden de cuestiones, y puesto que el ejercicio de la competencia delegada es, a su vez, ejercicio de la competencia propia de asistencia, los recursos contra los actos y disposiciones de la provincia habrán de dirigirse, como es lógico, contra ella y no contra el municipio. Igualmente, considero que es a la provincia a la que correspondería revisar los actos y disposiciones dictados en ejercicio de las competencias delegadas.

Las soluciones que acabo de apuntar no casan con la jurisprudencia que considera que el art. 9.4 LRJSP es de aplicación a las delegaciones entre Administraciones territoriales, con las correspondientes consecuencias en orden a la determinación del recurso procedente, instancia para resolverlo y régimen de revisión en

<sup>49</sup> Ruiz-Rico Ruiz (2012, p. 33) entiende que es posible deducir como verdadera intención del legislador la de «unificar en una sola dimensión político-institucional la autonomía local».

<sup>50</sup> Mayorga Rubio (2017, p. 404) ha apuntado que en la Comunidad Autónoma de Andalucía existe «un ámbito competencial casi compartido entre municipios y provincia, derivado de la declaración del art. 6.3 LAULA». Al respecto, téngase presente que, en virtud del art. 108 EEA, la LAULA es idónea para condicionar la asignación de competencias a los entes locales y que el preámbulo de esta ley hace referencia al concepto de comunidad política local para caracterizar la autonomía municipal y la autonomía provincial como «un sistema que el legislador delimitador de competencias ha de tomar como referencia».

<sup>51</sup> Zafra Víctor (2004, pp. 103 y ss.; 2011, pp. 96 y ss.; 2012a, pp. 138 y ss; 2012b, pp. 163 y ss.).

<sup>52</sup> En la STC 41/2016, de 3 de marzo ya se afirmó, en relación con el art. 27 LRBRL, que «las facultades de control y dirección atribuidas a la Administración delegante [...] son consubstanciales a la técnica de la delegación sin que supongan en modo alguno vulneración de la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE). Su fundamento se halla, por un lado, en que el ente local tiene la libertad de aceptar o rechazar la delegación y, por otro, en que la Administración delegante es titular de la competencia sin que pueda desentenderse de los intereses supralocales que justifican que haya retenido la titularidad» [FJ 11.a)]. Coincido con la sentencia en que la imposición por ley de las facultades de control y dirección es constitucional en este caso en el que no concurre el rasgo relevante del ejercicio municipal de la competencia delegada (estatal o autonómica) como competencia propia. Cuestión distinta es que dichas facultades sean consubstanciales a la delegación por imperativo constitucional, pues ello entrañaría la inconstitucionalidad de la norma que, al regular la delegación, no impusiera su existencia o la inconstitucionalidad del acto de delegación que no efectuara su reserva.

<sup>53</sup> Respecto del art. 26.2 LRBRL y para el caso de prestación directa del servicio por la diputación, Almeida Cerrada (2013, p. 93) apunta en su análisis sobre el anteproyecto de la Ley 27/2013 que el legislador tendría que garantizar la posibilidad de que el municipio interviniese en la prestación del servicio, citando, a título de ejemplo, «el establecimiento de procedimientos de consulta e informe respecto de las decisiones fundamentales relacionadas con su organización y erogación».

general<sup>54</sup>. En mi opinión, sin embargo, el art. 9 no rige en el ámbito de las delegaciones que nos ocupan<sup>55</sup>, sin perjuicio de que en sus prescripciones se encuentran expresiones de algún principio general del derecho, como por ejemplo la obligación de publicar la delegación de competencia y su revocación en el boletín oficial que corresponda (apartado.3), cuya aplicación en el ámbito de las delegaciones intersubjetivas no debe generar duda. A mi juicio, la literalidad del art. 9.1 LRJSP –referido específicamente la delegación entre órganos y la delegación en los organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración en cuestión– no deja lugar a dudas acerca de su ámbito de aplicación<sup>56</sup>, siendo relevante al efecto la STC 9/1985, de 28 de enero, sobre una delegación de competencias de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña, pronunciada bajo la vigencia del Texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, que solo contemplaba la delegación interorgánica en sentido estricto<sup>57</sup>, que consideró que el art. 118 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no era aplicable a las delegaciones entre distintos sujetos o entes de Derecho Público y que el régimen jurídico al que quedan sometidas las materias o funciones delegadas será, en principio, el establecido por el ordenamiento propio de la Administración o Ente público que ha recibido la delegación, de lo que se desprende que la delegación de competencias de un ente público a otro conlleva, para este último, la de conocer los recursos administrativos frente a los actos dictados en ejercicio de la misma.

Por otra parte, la jurisprudencia a la que he hecho referencia enfoca la cuestión desde la perspectiva de la legitimación procesal, sin plantearse la sustancial diferencia que existe entre las relaciones que entablan recíprocamente las Administraciones territoriales y las propias de la Administración territorial con su Administración institucional<sup>58</sup>. No obsta a lo expuesto la opción acogida por el art. 27.4 LRBRL, según el cual «los actos del Municipio podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante», puesto que se trata de un precepto básico en materia de régimen local para las específicas

<sup>54</sup> Son abundantes las sentencias en tal sentido, que invocan al efecto el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en las sentencias de 15 de abril de 2003 (rec. 5436/2000, ECLI:ES:TS:2003:2698) y de 11 de noviembre de 2003 (rec. 1676/2000, ECLI:ES:TS:2003:2698). Estas sentencias consideran que la Administración delegante no puede recurrir el acto dictado por delegación al serle imputable, de modo que ha de acudir a los procedimientos de revisión de oficio. Solo se admite la legitimación de la Administración delegante para recurrir el acto dictado por delegación cuando se aprecia extralimitación respecto del ámbito de la delegación (vid., entre otras, la STS de 12 de mayo de 2011, rec. 2672/2007, ECLI:ES:TS:2011:2823; o la STS de 10 de mayo de 2012, rec. 967/2009, ECLI:ES:TS:2012:3238).

<sup>55</sup> Así lo ha reconocido la SAN de 28 de abril de 2023 (rec. 1885/2001, ECLI:ES:AN:2023:2473) respecto del apartado sexto del art. 9; y la SAN de 16 de noviembre de 2001 (rec. 596/2000, ECLI:ES:AN:2001:6798) respecto del apartado cuarto del art. 13 de la Ley 30/1992. En términos más generales, las SSTSJ de Madrid 966/2008, de 23 de mayo (rec. 336/2006, ECLI:ES:TSJM:2008:11116) y 1968/2008, de 18 de diciembre (rec. 855/2006, ECLI:ES:TSJM:2008:26679), entre otras, no consideraron aplicable el art. 13 de la Ley 30/1992 a la delegación intersubjetiva, al igual que las SSTSJ de Cataluña 752/2001, de 14 de junio (rec. 24/2001, ECLI:ES:TSJCAT:2001:7439), 97/2002, de 18 de febrero (rec. 435/2000, ECLI:ES:TSJCAT:2002:2144), 290/2003, de 20 de marzo (rec. 647/1998, ECLI:ES:TSJCAT:2003:3771), 598/2003, de 23 de junio (rec. 70/1999, ECLI:ES:TSJCAT:2003:7741) y 258/2014, de 7 de abril (rec. 903/2011, ECLI:ES:TSJCAT:2014:4266) y la STSJ de Castilla y León 537/2011, de 2 de marzo, rec. 1812/2006, ECLI:ES:TSJCL:2011:1155, a las que se añade, con respecto al art. 9 LRJSP, la STSJ de Cataluña 4187/2020, de 20 de octubre (rec. 202/2017, ECLI:ES:TSJCAT:2020:8676). Otras sentencias del TSJ de las Islas Canarias, del TSJ del País Vasco y del TSJ de Andalucía han considerado que la delegación orgánica a que se refiere el art. 13 de la Ley 30/1992 ha de ser diferenciada de la delegación intersubjetiva o interadministrativa: vid. la STSJ de las Islas Canarias 609/1999, de 17 de mayo (rec. 1101/1996, ECLI:ES:TSJICAN:1999:1626), las SSTSJ del País Vasco 837/2000, de 24 de julio (rec. 2081/1997, ECLI:ES:TSJPV:2000:3968) y 396/2007, de 22 de junio (rec. 1022/2001, ECLI:ES:TSJPV:2007:2491), así como la STSJ de Andalucía 503/2002, de 22 de abril (rec. 4145/1996, ECLI:ES:TSJAND:2002:6180). En la doctrina, puede verse, entre otros, Menéndez Rexach (1994, 37 y 38) y Sosa Wagner (2011, p. 233).

<sup>56</sup> Como el propio Tribunal Supremo reconoció, con referencia al art. 13 de la Ley 30/1992, en las sentencias de 22 de septiembre de 2001, rec. 6629/2000, ECLI:ES:TS:2001:7045; y 6 de julio de 2002, rec. 5194/2000, ECLI:ES:TS:2002:5039.

<sup>57</sup> Recordemos que el régimen de la delegación interorgánica se extendió a las delegaciones efectuadas en favor de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración territorial en virtud de la reforma del art. 13 de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>58</sup> Esta jurisprudencia, por cierto, contrasta con la sostenida respecto de las delegaciones conferidas a los colegios profesionales de farmacéuticos. En este sentido, el Tribunal Supremo mantuvo en reiteradas sentencias que no eran de aplicación ni el art. 32.2 del Texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, ni el art. 93.4 de la Ley de 17 de julio de 1958 sobre Procedimiento Administrativo, que disponían que las resoluciones adoptadas por delegación se consideraban dictadas por la autoridad que había conferido la delegación. Esta doctrina se sustentaba en la consideración de que las delegaciones no eran propiamente tales porque «la competencia resolutoria del órgano provincial le viene atribuida por una disposición de carácter general, y no por un acto delegativo singular» (vid., entre otras, las sentencias de 26 de octubre de 1994, rec. 20347/1992, ECLI:ES:TS:1994:18364; y de 17 de noviembre de 2001, rec. 1472/1997, ECLI:ES:TS:2001:8959). Sin embargo, el art. 9.2 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia, no atribuía propiamente la competencia, sino que preveía la posibilidad de delegarla, delegación que se efectuaba mediante acto singular.

delegaciones del Estado o de las comunidades autónomas a los municipios; es más, la especificación que realiza el precepto no sería necesaria si realmente la prescripción que establece el art. 9.4 LRJSP rigiese para cualquier tipo de delegación.

Por consiguiente, entiendo que no es de aplicación el art. 9.4 LRJSP y que, en cualquier caso, debe prevalecer la consideración de que el ejercicio de la competencia delegada es, a su vez, ejercicio de la competencia propia de asistencia y, por tanto, que los actos son imputables en todo caso a la provincia. De todas formas, y de no admitirse esta tesis por considerar aplicables las normas sobre la delegación interorgánica, cabría siempre la posibilidad de que el municipio delegase en la provincia tanto la resolución de recursos<sup>59</sup>, como la revisión de oficio<sup>60</sup>.

Finalmente, la circunstancia de tratarse de una competencia propia despeja cualquier duda que pudiera plantear el tenor literal del art. 15.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 acerca del ejercicio de la competencia delegada mediante un contrato de concesión de servicio<sup>61</sup>.

### 3. BREVE REFERENCIA A LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS AL MARGEN DE LA COMPETENCIA PROVINCIAL DE ASISTENCIA MATERIAL

Hasta el momento hemos analizado el ejercicio por delegación de competencias municipales en el contexto de la competencia propia de asistencia material tal y como ésta se regula en la LAULA. Procede ahora examinar la delegación de competencias al margen de la competencia propia de asistencia material de la provincia, normalmente a iniciativa municipal<sup>62</sup>.

Se trataría, por tanto, de supuestos distintos de los contemplados en el primer apartado del art. 14 LAULA. También de supuestos diferentes de los previstos expresa y nominalmente en el segundo apartado del mismo art. 14 LAULA, con el añadido de los enumerados en el art. 26.2 respecto de municipios con población inferior a 20000 habitantes, lógicamente en ausencia de iniciativa provincial, esto es, sin que medie la aprobación de una ordenanza que comprometa la asistencia de la provincia bajo la fórmula de la delegación. E, igualmente, de supuestos distintos de los anteriores en los que la delegación no venga motivada por la finalidad de asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales.

En puridad, cabría plantearse si una delegación de competencias como la que acabo de perfilar es, realmente, una delegación ajena a la competencia provincial propia de asistencia, toda vez que esta, como ha subrayado Carbonell Porras (2023, pp. 21 y 22), «se proyecta sobre cualquier competencia y servicio sin necesidad de ulteriores concreciones, y en relación con cualquier municipio», siendo su objeto el aseguramiento del acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal, pero también la mayor eficacia y economía en la prestación de éstos –art. 36.2b) LRBRL–.

Dando por supuesto que las delegaciones que ahora nos interesan excedan, efectivamente, de la competencia provincial propia de asistencia, entiendo que deberán obedecer a motivaciones concretas y específicas del municipio concernido, no generalizadas, dado que en tal caso lo procedente sería que el conjunto de delegaciones municipales que por hipótesis se sucedieran tuvieran lugar al amparo del art. 14.2 LAULA y, por consiguiente, en el marco de la ordenanza provincial correspondiente<sup>63</sup>. Y es que, después de todo, este

<sup>59</sup> Art. 115.c) del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. *Vid.* un ejemplo de la posibilidad de delegar la resolución de recursos en la disposición adicional decimocuarta del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón.

<sup>60</sup> STSJ de Andalucía 1/2011, de 24 de enero, rec. 1031/2003, ECLI:ES:TSJAND:2011:1712; y sentencia del mismo Tribunal 28/2011, de 31 de enero, rec. 1029/2003, ECLI:ES:TSJAND:2011:1799.

<sup>61</sup> En realidad, no debe plantearse duda, toda vez que la referencia a «la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia» no distingue entre competencia propia y competencia delegada, de modo que ha de entenderse que comprende los dos supuestos.

<sup>62</sup> Carballeira Rivera (1993, pp. 207 y ss.) distingue entre la cooperación como relación voluntaria y la cooperación como función o competencia. Aun cuando su análisis se ciñe estrictamente a lo que la LRBRL regula expresamente, valga la distinción para caracterizar la delegación de la que ahora trato como relación voluntaria de cooperación ajena al ejercicio de la competencia de asistencia material.

<sup>63</sup> Como subraya la exposición de motivos de la Ordenanza reguladora de las relaciones interadministrativas derivadas de la delegación de competencias o encomienda de funciones a la Diputación Provincial de Cádiz para su ejercicio por el Servicio Provincial de Recaudación y Gestión Tributaria (Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz, número 12, de 19 de enero de 2022), «el modelo de

precepto viene a reconocer una capacidad decisoria a la provincia para, más allá de los mínimos legales, delimitar su competencia propia de asistencia.

Por otra parte, podrían conferirse mediante convenio o, en su caso, mediante norma<sup>64</sup> o acto cuya eficacia quedaría supeditada a la aceptación de la provincia, en este último caso en un contexto de diálogo previo con la provincia, según indiqué *supra* al examinar el art. 14.1 LAULA.

En tercer lugar, tiene pleno sentido predicar para esta clase de delegación lo que el art. 19.2 LAULA establece respecto de la delegación autonómica en municipios y provincias: que la competencia delegada se ejerce con arreglo a las normas propias de organización de la provincia y con plena responsabilidad. Al respecto, y como expresara la STSJ de Cataluña 642/2015, de 21 de septiembre<sup>65</sup>, la delegación intersubjetiva «presupone una relación no jerárquica».

Con todo, teniendo lugar la delegación a iniciativa del propio municipio y al margen de las competencias de asistencia de la provincia, cabe considerar que aquel se reserve facultades de dirección y control; lógicamente, queda en manos de la provincia aceptar o no la delegación o suscribir el correspondiente convenio, de manera que a la postre será ella la que determine la pertinencia o no de la reserva municipal de las citadas facultades.

En tercer lugar, y por lo que respecta al régimen de recursos, es posible considerar que también corresponde su resolución a la provincia, aun cuando esta no haya ejercido la competencia delegada como competencia propia. Además de los argumentos ya expuestos sobre la literalidad del art. 9.1 LRJSP y la interpretación acerca de la opción acogida por el art. 27.4 LRBRL, es preciso tener presente que, como ya se ha indicado, el ejercicio de la competencia tiene lugar con plena responsabilidad de la provincia<sup>66</sup>. Por otra parte, dado que el recurso procedente sería en todo caso el potestativo de reposición, sería de aplicación el art. 123.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme al cual el recurso se interpone ante el mismo órgano que hubiera dictado el acto<sup>67</sup>, en la misma línea que disponía el art. 116.1 de la Ley 30/1992, tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, prescripción que, por cierto, el legislador andaluz ha interpretado parcialmente, en sus propios términos literales, para la delegación interorgánica<sup>68</sup>. A mayor abundamiento, igualmente la literalidad del art. 21.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dispone que es parte demandada la Administración contra cuya actividad se dirija el recurso, avala la tesis que defiendo, compatible, por otra parte, con la opción municipal de reserva de la resolución de los recursos de reposición que se interpusieran, quedando en manos de la provincia aceptar o no la delegación que incluyera esta reserva. La misma solución procede, a mi juicio, cuando se trata de la revisión al amparo de los arts. 106, 107 y 109 de la Ley 39/2015.

#### 4. ANÁLISIS DE ASPECTOS CLAVE

En ausencia de una regulación detallada sobre la delegación de competencias municipales en la provincia, reviste interés dedicar cierta atención a algunos aspectos clave de su régimen jurídico. Dado que en un estudio de estas características no resulta posible abordar todas las cuestiones que por hipótesis puede

---

regulación mediante ordenanza supone asimismo un avance en la transparencia de las relaciones con las diversas entidades, garantizando la igualdad de trato en todo momento, sin que los derechos de las entidades delegantes/encomendantes estén condicionados por el modelo de convenio vigente con cada entidad».

<sup>64</sup> El debate acerca de la naturaleza necesariamente normativa de la delegación excede de los propósitos de este estudio. En los supuestos del ejercicio de la competencia delegada como competencia propia queda soslayado porque no se produce la modificación del orden objetivo regulador de las competencias. Para el caso que ahora examino, simplemente no descarto la posibilidad de que la delegación se confiera mediante norma porque así está establecido para otras delegaciones intersubjetivas, admitiendo a la par la posibilidad del convenio o del acto porque no existe precepto legal que imponga la solución normativa.

<sup>65</sup> Rec. 302/2012, ECLI:ES:TSJCAT:2015:10064. *Vid.* también las sentencias 670/2015 y 677/2015, de 28 de septiembre (rec. 303/2012 y 304/2012, respectivamente; ECLI:ES:TSJCAT:2015:10080 y ECLI:ES:TSJCAT:2015:10169, respectivamente).

<sup>66</sup> *Vid.*, respecto de delegaciones efectuadas por Administraciones superiores en las corporaciones locales, Muñoz Machado (1984, p. 229).

<sup>67</sup> *Vid.*, para un supuesto de delegación interorgánica, la SJCA número 1 de los de Pontevedra, de fecha 12 de noviembre de 2018, ECLI:ES:JCA:2018:1832.

<sup>68</sup> El art. 102.5 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, prescribe que «el recurso de reposición que, en su caso, se interponga contra los actos dictados por delegación, salvo que en esta se disponga otra cosa, será resuelto por el órgano delegado». La interpretación en los términos indicados es parcial porque, no obstante, se deja a salvo la circunstancia de que en la delegación se disponga otra cosa.

plantear el uso de esta técnica, me centraré en el alcance de la delegación, su duración y régimen de revocación y de renuncia, apuntando solo algunos de los extremos que *a priori* presentan relevancia.

#### 4.1. Alcance de la delegación

En principio, habría que entender que la delegación comporta la de las potestades inherentes a la competencia que constituye su objeto, como expresa el art. 19.1 LAULA con respecto a la delegación de competencias autonómicas en municipios y provincias, salvo, lógicamente, que se efectuara alguna exclusión concreta.

Sin embargo, el art. 14.1 de la misma Ley, para el supuesto que regula, indica que corresponde a la provincia la determinación de las potestades inherentes. Por otra parte, de la STSJ de Andalucía 1571/2015, de 14 de septiembre<sup>69</sup>, se desprende que al menos la potestad tributaria ha de delegarse expresamente. Es de observar también que el art. 23.4 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, establece que «la delegación establecida en el apartado anterior podrá comportar también el ejercicio de las potestades reconocidas en el art. 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, a favor de las Diputaciones provinciales, salvo aquellas que sean indelegables».

En consecuencia, y aun siendo dudoso, por razones de seguridad jurídica sería necesario relacionar expresamente las potestades que se delegan con la competencia, con el añadido de la cláusula genérica de delegación de todas las potestades inherentes.

#### 4.2. Duración de la delegación

A falta de previsión legal al respecto, la delegación se puede conferir por un plazo concreto, tener vigencia indefinida o supeditarse al mantenimiento de la causa que la motivó.

Por plazo concreto entiendo un tiempo acotado, medido en meses o en años normalmente o, también, vinculado a otro plazo concreto, como sería el de duración del contrato mediante el que por delegación se pretenda prestar indirectamente el servicio, si fuera el caso. La vigencia indefinida<sup>70</sup>, en cambio, entraña la renuncia a predeterminar de antemano una duración concreta, desde la premisa de que la delegación no supone la pérdida de la titularidad de la competencia y es, por definición, temporal<sup>71</sup>. Finalmente, la delegación puede otorgarse por el tiempo en que persista la causa que la motivó, como sería el caso de las conferidas con base en el art. 14.1 LAULA, si bien nada impide que en este supuesto se disponga su vigencia indefinida.

Lógicamente, la duración de la delegación efectuada mediante convenio viene condicionada por la vigencia de éste. De ahí que la fórmula convencional no resulte siempre idónea para articular la relación de colaboración que entraña la delegación. Recordemos que, a tenor del art. 49.h. 1.º) LRJSP, «los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior».

#### 4.3. La revocación de la delegación

##### 4.3.1. La regla general de la libre revocación de la delegación

La revocación de la delegación consiste, como es sabido, en la «recuperación» del ejercicio de la competencia por quien es su titular y es el único instrumento de reintegro del ejercicio de la competencia al municipio, pues no cabe la avocación por no ser la delegación de la que tratamos del tipo interorgánico, que es la clase de delegación para la que se prevé la avocación, literalmente, en el art. 10 LRJSP<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Rec. 366/2013, ECLI:ES:TSJAND:2015:9956.

<sup>70</sup> Indirectamente, el art. 23.9 de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, proscribire las delegaciones con vigencia indefinida.

<sup>71</sup> Tanto el art. 27.1 LRBRL como el art. 20.1.e) LAULA exigen, para las delegaciones que regulan, que se determine su duración (cinco años mínimo según la LRBRL), pero a mi juicio ello no significa que necesariamente se haya de fijar un plazo concreto que incluso, por la índole de la materia que es objeto de la competencia, puede resultar inoportuno. En todo caso, los preceptos aludidos no disciplinan las delegaciones municipales a la provincia.

<sup>72</sup> Un pronunciamiento en contra puede verse en las sentencias del TSJ de Andalucía, 2189/2012, de 9 de julio, rec. 1611/2008, ECLI:ES:TSJAND:2012:6574, 2419/2012, de 30 de julio, rec. 2/2009, ECLI:ES:TSJAND:2012:7272 y 369/2013, de 4 de febrero, rec. 886/2008, ECLI:ES:TSJAND:2013:3276.

Atendiendo al principio de indisponibilidad de la competencia<sup>73</sup> y en ausencia de prescripción legal al efecto, considero que, salvo en un supuesto concreto al que más adelante me referiré, la delegación es libremente revocable en cualquier momento y sin necesidad de que concurra causa alguna o, mejor dicho, por cualquier causa<sup>74</sup>.

Respecto de las delegaciones interorgánicas, el art. 9.6 LRJSP es expresión de tal principio y de la regla consecuyente. Sin embargo, cuando se trata de delegaciones intersubjetivas, es frecuente el establecimiento de causas de revocación y de requisitos temporales y procedimentales para llevarla a cabo. No es de extrañar que así sea, toda vez que el ejercicio de la competencia delegada comporta gastos y muy a menudo entraña la asunción de compromisos con terceros, en sentido amplio, de modo que la fijación de requisitos se orienta a la evitación de perjuicios o, cuando menos, a su minimización, mientras que la tipificación de causas de revocación facilita su imputación.

Piénsese, por ejemplo, en la fijación de un plazo concreto de duración de la delegación: es claro que la extinción de la delegación por vencimiento del plazo no debe ocasionar *per se* perjuicios de ningún tipo, al tratarse de una circunstancia prevista de antemano que, lógicamente, habrá sido tenida en cuenta al configurar la relación de colaboración. Por el contrario, es muy probable que la revocación anticipada o, simplemente, la revocación cuando la delegación se otorga con vigencia indefinida, traigan consigo perjuicios de mayor o menor calado; para estos casos tiene sentido establecer causas de revocación como circunstancias idóneas en orden a la determinación de la instancia que debe afrontar el resarcimiento de los perjuicios producidos por la revocación; y tiene también sentido la fijación de requisitos como pueden ser la observancia de un plazo de preaviso o la eficacia demorada del acuerdo de revocación.

Si la delegación se efectúa conforme a lo prescrito en el art. 14.2 LAULA, será la norma provincial la que en su caso fije las causas de revocación y los requisitos, quedando en mano de los municipios otorgar o no la delegación mediante acuerdo al efecto o mediante la suscripción de convenio. Si la delegación se confiere al margen del art. 14.2 LAULA, causas y requisitos podrán quedar establecidos en el correspondiente convenio o en la norma o acuerdo de delegación, siendo la provincia la que, en estos últimos casos, aceptará o no la delegación.

Especiales características presenta el supuesto previsto en el art. 14.1 LAULA, dado que el precepto configura implícitamente como causas de revocación la capacidad y la suficiencia sobrevenidas del municipio para prestar el servicio básico en cuestión; dado que la LAULA no ha dispuesto nada al efecto, será siempre conveniente que queden fijados de antemano los requisitos y las pautas procedimentales para efectuar la revocación. Otro tanto cabe afirmar de las delegaciones que se lleven a cabo con base en lo previsto en el art. 26.2 LRBRL, puesto que la norma solo se refiere a la justificación municipal y a la competencia provincial para valorar la acreditación.

Lógicamente, se plantea qué sucede si la revocación se lleva a cabo sin que concurra una causa fijada de antemano o sin observar los requisitos que se hayan establecido. ¿Es inválido el acto de revocación?

El análisis jurisprudencial no revela una solución clara. Distintas sentencias han resuelto la validez de actos de revocación impugnados, pero tras constatar la existencia de causa al efecto; no se planteó en los procesos que el acto pudiera ser en todo caso válido, con desplazamiento de la cuestión al ámbito de las consecuencias de la revocación<sup>75</sup>. Por su parte, la SJCA número 2 de los de Tarragona 235/2015, de 1 de

<sup>73</sup> Aun cuando lo usual es invocar el principio de «irrenunciabilidad» de la competencia, entiendo que el de indisponibilidad tiene un alcance más amplio y resulta más apropiado en este contexto. El principio de irrenunciabilidad comporta la obligación de ejercer la competencia atribuida, mientras que el de indisponibilidad implica la imposibilidad de ceder la titularidad de la competencia (STS 992/2019, de 4 de julio, rec. 41/2018, ECLI:ES:TS:2019:2206), imposibilidad que explica el carácter siempre temporal de la delegación, con el correlato lógico de la libre revocación en ausencia de prescripción legal al efecto.

<sup>74</sup> Muñoz Machado (1984, p. 229) ha asociado la libre revocación de la delegación al carácter facultativo que ésta tiene. Sarmiento Acosta (2014, p. 129), al hilo del art. 27 LRBRL, considera igualmente que la delegación es siempre revocable. *Vid.* también, con referencia al convenio, González-Anton Álvarez (2002, pp. 286 y 299). En contra se pronuncia Lliset Borrell (1990, pp. 391 y 395), al considerar que la delegación no es revocable mientras esté vigente el convenio a través del que se haya instrumentalizado. También Ortega Álvarez (1991, p. 331), quien, igualmente con ocasión del análisis del art. 27 LRBRL, expresa que «el carácter de mutuo acuerdo en la aceptación de la delegación priva al ente delegante de un libre ejercicio de la revocabilidad».

<sup>75</sup> SAN de 28 de abril de 2023, rec. 1885/2021, ECLI:ES:AN:2023:2473; el relato fáctico de la sentencia plantea la duda de si la revocación se llevó a cabo por un vicio del acto de delegación o por causa sobrevenida; en todo caso, se trataba de una delegación y una revocación expresamente reguladas en el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del impuesto sobre actividades económicas y se regula la delegación de competencias en materia de gestión censal de dicho impuesto y en la Orden de 10 de junio de 1992 por la que se desarrolla la delegación y colaboración en la inspección del impuesto sobre actividades económicas. La STSJ de Andalucía 689/1998, de 15 de junio (rec. 833/1996, ECLI:ES:TJAND:1998:7340) enjuició la validez

septiembre<sup>76</sup>, examinó la validez de un acuerdo en virtud del cual se reclamó a un ayuntamiento una determinada cantidad por revocación de una delegación sin respetar ni el plazo de preaviso pactado ni la eficacia demorada del acto que asimismo se había pactado; en el curso del proceso se suscitó la invalidez de la revocación, si bien la sentencia no llegó a pronunciarse sobre tal extremo por tratarse de una alegación de la contestación a la demanda sin que hubiera mediado impugnación; por lo que respecta a la validez del acto de fijación de la indemnización, la sentencia razona que en el convenio suscrito para la delegación no figuraba prevista, si bien funda finalmente el derecho a la misma en el art. 1902 del Código Civil. A su vez, varias sentencias del TSJ de Andalucía han afirmado que «en el conflicto entre entidad delegante y delegada siempre será posible la revocación de la delegación o avocación de la competencia de que se trata por la entidad delegante»<sup>77</sup>. Dejando a un lado ahora la identificación entre revocación de la delegación y avocación, que no parece correcta, estas sentencias parecen poner en valor el principio de indisponibilidad de la competencia y lo que considero que es su correlato en ausencia de prescripción legal en contra: la libre revocación de la delegación. En esta misma línea, la STSJ de Castilla y León 349/2003, de 5 de diciembre<sup>78</sup> cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla Mancha de 9 enero de 1999, de la que fue ponente Rodríguez Morata, y a la que no he tenido acceso, que expresa que un determinado acuerdo municipal «es un acto de atribución o delegación de facultades que por su propia naturaleza jurídica es esencialmente revocable por quien ostenta la titularidad o competencia para prestar el servicio público de abastecimiento de agua potable domiciliar y alcantarillado, esto es, en el presente caso, el Ayuntamiento de Tamajón».

Igualmente, la STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2003<sup>79</sup>, sobre la validez de un acto de revocación de la delegación, afirma que «la delegación de suyo, es revocable en todo momento, unilateralmente»<sup>80</sup>, que no son necesarias razones al efecto y que «es clara la revocabilidad de la misma sin sometimiento a requisito alguno». En contra puede verse la STSJ de Castilla y León 537/2011, de 2 de marzo<sup>81</sup>, que declaró inválido un acuerdo municipal de revocación de la delegación de competencia efectuada mediante convenio.

A mi juicio, la fijación de causas, condiciones o requisitos no enerva el principio de indisponibilidad de la competencia, por lo que los eventuales incumplimientos no comportan, en ausencia de ley que disponga lo contrario, la invalidez de la revocación. Cuestión distinta es la de las obligaciones de resarcimiento que se puedan derivar<sup>82</sup>.

#### 4.3.2. Límite a la revocación de la delegación

Como ya anticipé, existe un límite a la revocación de la delegación impuesto por la ley cuya inobservancia podría comportar, en mi opinión, la invalidez del acto de revocación o su ineficacia, según veremos.

En concreto, los municipios con población inferior a 20 000 habitantes solo podrán revocar la delegación conferida a la provincia para la prestación de los servicios que cita el art. 26.2 LRBRL —o revocarla eficazmente— cuando la diputación considere acreditado que el municipio puede prestarlos con un coste efectivo menor. Tras la declaración de inconstitucionalidad parcial del art. 26.2, efectuada por la STC 111/2016, de 9 de junio —F. J. 12.d)—, lo relevante del precepto es la condición que se impone para la reversión de la situación creada con el consentimiento municipal<sup>83</sup>, de modo que la valoración provincial favorable de la acreditación

---

de la revocación de la delegación efectuada por la Administración General de la Junta de Andalucía a un ayuntamiento, concluyendo su validez en la medida en que el ayuntamiento no había atendido un requerimiento efectuado al amparo del art. 27.2 LRBRL. Esta sentencia llega a plantearse la hipótesis de lo que entiendo que sería la invalidez de la revocación por no mediar causa suficiente al efecto: «Solo cuando la Administración delegante actuase con manifiesta arbitrariedad o alejamiento de la norma —lo que no es el caso— podría admitirse quizás que pudiera continuarse en el ejercicio municipal de las competencias».

<sup>76</sup> Rec. 235/2015, ECLI:ES:JCA:2015:1259.

<sup>77</sup> Sentencias 2189/2012, de 9 de julio (rec. 1611/2008, ECLI:ES:TSJAND:2012:6574), 2419/2012, de 30 de julio (rec. 2/2009, ECLI:ES:TSJAND:2012:7272) y 369/2013, de 4 de febrero (rec. 886/2008, ECLI:ES:TSJAND:2013:3276).

<sup>78</sup> Rec. 523/2002, ECLI:ES:TSJCL:2003:5610.

<sup>79</sup> Rec. 65/2002, ECLI:ES:TSJCANT:2003:48.

<sup>80</sup> No obstante, la sentencia invoca en este punto, erróneamente a mi juicio, el art. 13.6 de la Ley 30/1992.

<sup>81</sup> Rec. 1812/2006, ECLI:ES:TSJCL:2011:1155.

<sup>82</sup> *Vid.*, por ejemplo, la cláusula quinta del convenio entre la Diputación Provincial de Cuenca y el Ayuntamiento de Villora, antes citado.

<sup>83</sup> Obviamente, antes de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad eran también relevantes los controles estatal y autonómico que imponía el precepto. Desde la premisa de que la delegación a la provincia es posible, incluso aunque nada dijera el art. 26.2 LRBRL acerca de la coordinación de la prestación de servicios, es claro que la novedad que incorpora la norma es la condición establecida para, en palabras del Tribunal Constitucional, «revertir la situación».

municipal<sup>84</sup> es requisito de validez del acuerdo de revocación o requisito de eficacia: en el primer caso, si se entiende que la valoración favorable es previa al acto municipal, y en el segundo, si se entiende que es posterior, de manera que la eficacia del acto municipal de revocación queda supeditada a ella. Se echa aquí en falta el desarrollo legislativo que compete a la Comunidad Autónoma de Andalucía, llamada a precisar este aspecto que, ciertamente, la LRBRL debería haber clarificado. Una y otra solución comportan consecuencias muy distintas, puesto que si el pronunciamiento provincial es condición de validez, el acto de revocación en ausencia de este o con pronunciamiento desfavorable es eficaz, correspondiendo a la provincia la carga de su impugnación, muy posiblemente con solicitud de la medida cautelar de suspensión, de probable éxito; si en cambio es condición de eficacia, es el municipio el llamado a proceder a su impugnación, presentando *a priori* muy escasas posibilidades de éxito la solicitud de suspensión cautelar.

Por otra parte, y aun cuando no se trata de un límite propiamente dicho, debe tenerse en cuenta que, una vez revocada la delegación, si su objeto fue un servicio básico y el municipio incumple su obligación de prestarlo, la diputación provincial, previo requerimiento, actuará por sustitución (art. 14.3 LAULA, que deja a salvo lo dispuesto en la legislación específica)<sup>85</sup>. Esta previsión opera indirectamente como un límite, en la medida en que no parece previsible que un municipio que no pueda cumplir su obligación revoque la delegación; naturalmente, el eventual acto de revocación no solo sería válido, sino que, además, desplegaría sus efectos, dando paso, de concurrir la circunstancia, a la activación de la sustitución.

#### 4.4. La renuncia a la delegación

El examen de la renuncia a la delegación por parte de la provincia exige distinguir, una vez más, entre el ejercicio de la delegación como competencia propia y el que tiene lugar al margen de la competencia de asistencia. Es fácil colegir que son más amplias las posibilidades de renunciar en el segundo caso que en el primero.

De entrada, la devolución del ejercicio de la competencia al municipio no será posible cuando la delegación tenga por objeto servicios básicos y persista la situación de incapacidad o insuficiencia del municipio. Tampoco cuando la delegación haya venido motivada por la necesidad de asegurar el ejercicio íntegro de la competencia municipal y la situación de partida no haya variado. E, igualmente, no será posible en los supuestos previstos en el art. 26.2 cuando no resulte acreditado que el municipio puede prestar el servicio con un coste efectivo menor del que comporta la delegación.

Con todo, sí es posible la renuncia en todos estos casos si a la par se instrumentaliza la asistencia a través de otra técnica diferente o si, como se desprende del art. 26.2 LRBRL, se implanta una fórmula de gestión compartida al margen de la provincia. Si la delegación se efectuó en el marco de lo dispuesto en el art. 14.2, la renuncia requerirá, por lo pronto, la modificación o derogación de la norma provincial y, en su caso, la implantación de otra fórmula para la prestación del servicio en los supuestos que se mencionan expresamente en el referido precepto.

En los demás casos en que la delegación responda a una fórmula de cooperación plenamente voluntaria y al margen de la competencia provincial de asistencia, la renuncia tendrá carácter libre.

En mi opinión, es deseable fijar de antemano posibles causas de renuncia y requisitos temporales y de procedimiento específicos para llevarla a cabo. Pero al igual que concluí respecto de la revocación de la delegación, tales causas y requisitos presentan una funcionalidad acotada en orden a determinar posibles obligaciones de resarcimiento, si fuera el caso.

## CONCLUSIONES

- Primera: la delegación de competencias municipales en la provincia es una opción amparada en la autonomía municipal constitucionalmente garantizada de la que se puede hacer uso para el mejor servicio del interés general.

<sup>84</sup> Según García Rubio (2014, p. 298), es la diputación la que debe acreditar «en un informe a petición del municipio –lógicamente– que este puede prestar los servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión que en su momento hubiera decidido la diputación provincial». A mi juicio, es el municipio el que debe acreditar la circunstancia, correspondiendo a la provincia enjuiciar o valorar la acreditación, como sostiene Alonso Mas (2014, p. 176). Entiendo que esta es también la posición de Sarmiento Acosta (2014, p. 114).

<sup>85</sup> Critica esta regulación Rivero Ysern (2012, pp. 75 y 76).

- Segunda: la competencia de asistencia material de la provincia puede canalizarse, entre otras posibilidades, a través del ejercicio delegado de la competencia municipal.
- Tercera: el ejercicio delegado de la competencia municipal como competencia provincial propia supone una manifestación de «la integración de municipios y provincias en una sola comunidad política» (preámbulo de la Ley de Autonomía Local de Andalucía) y comporta consecuencias específicas.
- Cuarta: la ausencia de una regulación detallada de la delegación de competencias municipales en la provincia confiere especial interés al análisis doctrinal de algunos de sus aspectos clave.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida Cerredá, M. (2013). La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local. En J. J. Díez Sánchez (coord.), *La planta del Gobierno Local* (pp. 61-122). Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo y Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Alonso Mas, M. J. (2014). El nuevo régimen de las competencias municipales. En M. J. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios* (pp. 153-186). Thomson Reuters Aranzadi.
- Barrero Rodríguez, C. (2017). La situación actual de las diputaciones: los extremos esenciales de un debate a resolver. En L. Parejo Alfonso (dir.) y A. Arroyo Gil (coord.), *El futuro de la Administración Local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 315-360). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Cacharro Gosende, F. (2006). Las competencias de las diputaciones provinciales de régimen común. *Cuadernos de Derecho Local*, (10), 141-165 [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/255/qdl10\\_09\\_est08\\_cacharro.pdf](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/255/qdl10_09_est08_cacharro.pdf)
- Carballeira Rivera, M. T. (1993). *La provincia en el sistema autonómico español*. Marcial Pons.
- Carbonell Porras, E. (2011). La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales). *Anuario de Derecho Municipal*, (4), 57-96.
- Carbonell Porras, E. (2012). ¿Existe un criterio sobre las Diputaciones provinciales? Algunas reflexiones sobre la provincia en Andalucía. En L. Cosculluela Montaner y L. Medina Alcoz (dirs.) y M. Hernando Rydings (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local* (pp. 173-194). Civitas Thomson Reuters.
- Carbonell Porras, E. (2013). Las diputaciones provinciales en la Comunidad Autónoma de Andalucía. *Cuadernos de Derecho Local*, (31), 7-22. [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/2134/05\\_CARBONELL\\_P84\\_P117\\_QDL\\_56.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/2134/05_CARBONELL_P84_P117_QDL_56.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Carbonell Porras, E. (2016). Replanteamiento sobre las provincias: del pretendido reforzamiento de su posición institucional a una posible mutación constitucional. *Anuario del Gobierno Local*, (2015/2016), 105-149. [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1752/04\\_CARBONELL\\_P106\\_151\\_ANUARIO\\_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1752/04_CARBONELL_P106_151_ANUARIO_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- 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>
- Carbonero Gallardo, J. M. (2005). La provincia de régimen común. En J. M. Carbonero Gallardo (dir.), *La intermunicipalidad en España* (pp. 27-49). Ministerio de Administraciones Públicas.
- Díaz Lema, J. M. (2014). La proyección del principio de sostenibilidad financiera sobre el marco competencial y la reordenación del «mapa» local (Ley 27/2013, de 27 diciembre). En E. J. M. Díaz Lema (coord.), *Sostenibilidad financiera y administración local. Un estudio comparado* (pp. 101-162). Tirant Lo Blanch.
- Fernández-Espinar López, L. C. (2014). La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos. En T. Qunitana López (dir.) y A. Casares Marcos (coords.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (pp. 167-242). Tirant Lo Blanch.
- Fernando Pablo, M. M. (2015). La prestación y coordinación de los servicios municipales por las diputaciones. Marco para una nueva política provincial. En M. A. González Bustos (coord.), *Las nuevas Diputaciones Provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales* (pp. 193-229). CEMCI.
- Font i Llovet, T. y Galán Galán, A. (2013). La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional? *Anuario del Gobierno Local*, 2013, 11-45. [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1561/01\\_FONT\\_p11\\_46\\_Anuario\\_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1561/01_FONT_p11_46_Anuario_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- García Rubio, F. (2014). La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización. En J. A. Santamaría Pastor (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español* (pp. 195-303). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- González-Antón Álvarez, C. (2002). *Los convenios interadministrativos de los entes locales*. Montecorvo.
- González Iglesias, M. A. (2014). Las provincias tras la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local, efectuada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. En T. Quintana López (dir.) y A.

- Casares Marcos (coord.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (pp. 243-301). Tirant Lo Blanch.
- Jiménez Asensio, R. (2017). Competencias municipales y gestión de servicios: estado de la cuestión. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, (9), 219-246, <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/36/96/12jimenezasensio.pdf>
- López Benítez, M. (2011). Desarrollos normativos de las previsiones estatutarias. En L. Cosculluela Montaner y E. Carbonell Porras (dirs.) y L. Medina Alcoz (coords.), *Reforma estatutaria y régimen local* (pp. 167-188). Civitas Thomson Reuters.
- Lliset Borrell, F. (1990). Los convenios interadministrativos de los entes locales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (67), 389-400.
- Mahillo García, P. y Martínez-Alonso Camps, J. L. (2020). ¿Convenios interadministrativos de duración cuatrienal para satisfacer necesidades permanentes? Especial referencia a la cooperación local. *Cuadernos de Derecho Local*, (52), 140-159. <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.52.837>
- Mayorga Rubio, M. V. (2017). El derecho de los contratos públicos y las competencias asistenciales de las Diputaciones provinciales. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, (9), 385-425, <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/36/96/16mayorgarubio.pdf>
- Medina Guerrero, M. (2011). La autonomía provincial. *Cuadernos de Derecho Local*, (25), 98-111. <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/720>
- Menéndez Rexach, A. (1994). La cooperación, ¿un concepto jurídico? *Documentación Administrativa*, (240), 11-49. <https://doi.org/10.24965/da.v0i240.5379>
- Morillo-Velarde Pérez, J. I. (2010). Aproximación a la concepción de la provincia en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía. *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, (77), 445-456.
- Morillo-Velarde Pérez, J. I. (2014). Las competencias de las entidades locales. En T. Quintana López (dir.) y A. Casares Marcos (coord.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (pp. 73-112). Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (1984). *Derecho Público de las Comunidades Autónomas II*. Civitas.
- Ortega Álvarez, L. (1988). *El régimen constitucional de las competencias locales*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Ortega Álvarez, L. (1991). La delegación de competencias en la provincia. En R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *La provincia en el sistema constitucional* (pp. 319-348). Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (1986). La autonomía local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (229), 9-64. <https://doi.org/10.24965/reala.vi229.8449>
- Parejo Alfonso, L. (2007). Art. 57. En M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dirs.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Tomo II* (pp. 1423-1434). Tirant Lo Blanch.
- Parejo Alfonso, L. (2012). Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local. *Cuadernos de Derecho Local*, (29), 9-21.
- Rebollo Puig, M. (2010). Posibilidades de reforma de las actuales estructuras municipales y de su régimen jurídico. En *Problemas actuais da Administração municipal. Acta do 8.º Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo* (pp. 75-138). Nedal.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (1998). *Los convenios entre Administraciones Públicas*. Marcial Pons.
- Rozados Oliva, M. (2014). Notas sobre el alcance de la reforma local en Andalucía: servicios públicos, iniciativa pública y entidades de cooperación territorial (mancomunidades y consorcios). En T. Quintana López (dir.) y A. Casares Marcos (coord.), *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (pp. 965-981). Tirant Lo Blanch.
- Rivero Ysern, J. L. (2012). Título primero, capítulo segundo. Las competencias locales. En J. L. Rivero Ysern (dir.), *Derecho Local de Andalucía. La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía* (pp. 41-71). Iustel.
- Ruiz-Rico Ruiz, G. (2012). Título preliminar y título primero, capítulo primero. La comunidad política local. El encuadre estatutario de la Ley de Autonomía Local de Andalucía. En J. L. Rivero Ysern (dir.), *Derecho Local de Andalucía. La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía* (pp. 19-40). Iustel.
- Salvador Crespo, M. (2007). *La autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autonómico*. Fundación Democracia y Gobierno Local; INAP.
- Santamaría Pastor, J. A. (2014). El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge. En J. A. Santamaría Pastor (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español* (pp. 139-156). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Sarmiento Acosta, M. J. (2014). La opción por la gestión supramunicipal. La potenciación de las diputaciones provinciales y de los cabildos y consejos insulares. En J. Rodríguez Araña Muñoz y M. J. Sarmiento Acosta (dirs.), *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* (pp. 89-131). Comares.
- Sarmiento Acosta, M. J. (2016). Dos cuestiones polémicas sobre la reestructuración del Estado: mapa autonómico y papel de las diputaciones provinciales. En J. M. Baño León (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado II* (pp. 2031-2055). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Sosa Wagner, F. (2011). Los principios del régimen local. En S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Municipal*, (tomo I, 3.ª ed., pp. 211-252). Iustel.
- Vaquero Caballería, M. (2012). Gobiernos locales intermedios y prestación de servicios locales. En *Cuadernos de Derecho Local*, (29), 141-156. <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.29.558>
- Vázquez Pita, J. M. (2014). Las competencias de los municipios y de las diputaciones provinciales. En J. Rodríguez Arana Muñoz y M. J. Sarmiento Acosta (dirs.), *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* (pp. 29-63). Comares.
- Velasco Caballero, F. (2011). La planta local de España: criterios para la toma de decisiones. *Anuario de Derecho Municipal*, (4), 25-54, <http://hdl.handle.net/10486/664365>
- Velasco Caballero, F. (2014). La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local. En M. J. Domingo Zaballos (coord.) *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios* (pp. 43-82). Thomson Reuters Aranzadi.
- Velasco Caballero, F. (2016). Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015. *Anuario de Derecho Municipal*, 2015 (pp. 25-59), [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/701272/ADM9\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/701272/ADM9_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Zafra Víctor, M. (2004) Reflexiones sobre el gobierno local. *Anuario del Gobierno Local*, 2004 (pp. 97-113). <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/519/097-114%20Zafra.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Zafra Víctor, M. (2011). El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España. En *Cuadernos de Derecho Local*, (27), 91-99. [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1187/qdl27\\_11\\_zafra.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1187/qdl27_11_zafra.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Zafra Víctor, M. (2012a). Relaciones entre municipios y provincias. *Cuadernos de Derecho Local*, (29), 119-140. [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1293/Relaciones\\_Zafra\\_120\\_141.pdf](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1293/Relaciones_Zafra_120_141.pdf)
- Zafra Víctor, M. (2012b). La intermunicipalidad, modelo de Estado. La provincia en el Estado autonómico. En L. Cosculluela Montaner y L. Medina Alcoz (dirs.) y M. Hernando Rydings (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local* (pp. 125-172). Civitas Thomson Reuters.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 23-02-2024  
Modificado: 17-06-2024  
Aceptado: 19-06-2024  
Publicación anticipada: 22-07-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11355>  
Páginas: 28-52

Referencia: Martínez Otero, J. M.<sup>a</sup> (2024). Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública: una mirada crítica y una propuesta alternativa. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 28-52. <https://doi.org/10.24965/reala.11355>

## Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública: una mirada crítica y una propuesta alternativa

### *Criteria for allocating places in schools in the public network: A critical look and an alternative proposal*

Martínez Otero, Juan María

Universidad de Valencia. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8882-5466>

[juan.maria.martinez@uv.es](mailto:juan.maria.martinez@uv.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia. Su principal línea de investigación es la regulación del sector audiovisual. También se ha ocupado del principio de objetividad o neutralidad de la actuación administrativa. Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Oxford, Cambridge, King's College London (Reino Unido), Technological University Dublin (Irlanda) y Santa Croce (Italia).

---

#### RESUMEN

**Objetivos:** el presente artículo se propone analizar críticamente los criterios de adjudicación de plazas escasas en centros escolares de la red pública. **Metodología:** la metodología empleada es el análisis de las fuentes primarias –normativa estatal y autonómica– y secundarias –jurisprudencia y doctrina– y su discusión crítica. El artículo comienza describiendo el sistema de asignación de plazas previsto en la normativa educativa. A continuación, se aborda la compatibilidad del establecimiento de distinciones en el acceso a los servicios públicos educativos con el principio de igualdad. La parte central del estudio se dedica a identificar y discutir los criterios de adjudicación más frecuentemente empleados. **Resultados:** el análisis realizado evidencia el carácter discutido y discutible de la mayoría de los criterios de adjudicación habitualmente empleados. **Conclusiones:** como conclusión, el artículo propone un sistema de asignación de plazas alternativo, el sorteo ponderado, que permite equilibrar mejor la libertad de elección de centro de las familias y el principio de equidad.

#### PALABRAS CLAVE

Adjudicación de recursos escasos; centros educativos; plazas escolares; libertad de elección; equidad.

---

#### ABSTRACT

**Objectives:** This article aims to critically analyze the criteria for allocating scarce places in public schools. **Methodology:** The methodology used is the analysis of primary sources (state and regional regulations) and secondary sources (case law and doctrine) and their critical discussion. Specifically, the system for assigning places provided for in educational regulations is presented. Next, the compatibility of the establishment of distinctions in access to public educational services with the principle of equality is addressed. The central part of the study is dedicated to identifying and discussing the most frequently used allocation criteria. **Results:** The analysis carried out shows the disputed and debatable nature of the majority of allocation criteria usually included in the regulations. **Conclusions:** In conclusion, the article

proposes an alternative system for allocating places, the weighted lottery, which allows for a better balance between families' freedom of choice of school and the principle of equity.

## KEYWORDS

Allocation of scarce resources; school; school places; freedom of choice; equity.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIAS PREVIAS. 1. EL SISTEMA DE ASIGNACIÓN DE PLAZAS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA. 2. IGUALDAD Y DIFERENCIAS DE TRATO EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 3. DISCUSIÓN DE LOS PRINCIPALES CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE PLAZAS. 3.1. CRITERIOS RELACIONADOS CON LA INTENDENCIA FAMILIAR. 3.1.1. La existencia de hermanos matriculados en el centro. 3.1.2. Padres o tutores que trabajan en el centro. 3.1.3. Cercanía del lugar de trabajo de los padres. 3.2. LA PROXIMIDAD DEL DOMICILIO. 3.3. NIVEL DE INGRESOS DE LA FAMILIA. 3.4. FAMILIAS O ESTUDIANTES CON NECESIDADES ESPECIALES. 3.4.1. Familia numerosa. 3.4.2. Alumnado nacido de parto múltiple. 3.4.3. Familia monoparental. 3.4.4. Situación de acogimiento familiar. 3.4.5. Familias con miembros con discapacidad. 3.4.6. Víctimas de violencia de género o de terrorismo. 3.5. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL CENTRO EDUCATIVO. 3.5.1. Familia de antiguo alumno. 3.5.2. Aula de dos años. 3.6. EL SORTEO PARA RESOLVER LOS DESEMPATES. 4. EL SORTEO PONDERADO O ASIMÉTRICO: UNA PROPUESTA PARA LA ADJUDICACIÓN. CONCLUSIONES. ANEXO I: NORMATIVA AUTONÓMICA QUE REGULA LA ADMISIÓN A LOS CENTROS FINANCIADOS CON FONDOS PÚBLICOS. ANEXO II. CRITERIOS DE ACCESO APLICABLES EN LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIAS PREVIAS<sup>1</sup>

Como han destacado entre nosotros Arroyo Jiménez (2015a) y Utrilla Fernández-Bermejo (2018), una de las actividades típicas de la Administración pública consiste en el adjudicación o reparto de recursos escasos. Estos recursos escasos son ciertamente heterogéneos: desde espacio en las aceras para vados de garaje a contratos con la Administración; desde plazas de funcionario a órganos para trasplantes; desde el espectro radioeléctrico al dinero destinado a subvenciones. Uno de estos recursos escasos que la Administración debe gestionar son las plazas en centros escolares de la red pública cuando en un determinado centro el número de solicitudes excede el de plazas disponibles.

El presente artículo se propone analizar críticamente los criterios que más frecuentemente utiliza la Administración educativa para distribuir ese recurso escaso. En concreto, abordaremos los criterios empleados para el acceso a los centros de educación infantil, primaria y secundaria, dejando de lado tanto el acceso a guarderías de 0 a 3 años como al bachillerato, la formación profesional y los estudios universitarios.

Para ello, en primer lugar, se presenta el sistema de asignación de plazas, cuya regulación básica se encuentra en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE), y que cada comunidad autónoma ha desarrollado en función de sus propias preferencias. A continuación, se aborda la compatibilidad del establecimiento de distinciones en el acceso a los servicios públicos educativos con el principio de igualdad. La parte central del estudio se dedica a identificar los criterios más frecuentemente empleados para adjudicar plazas escasas, analizando cada uno de ellos bajo una luz crítica. El artículo concluye proponiendo un sistema de asignación de plazas alternativo, el sorteo asimétrico, que permite equilibrar mejor la libertad de elección de centro de las familias y el principio de equidad. El trabajo consta de dos anexos. El anexo I consigna la normativa autonómica que, en desarrollo de la LOE, establece el sistema y los criterios de admisión en los centros sostenidos con fondos públicos. El anexo II, por su parte, recoge una tabla comparativa de los criterios de admisión aplicables en las distintas comunidades autónomas.

Valga cerrar esta introducción con cuatro advertencias previas. La literatura académica sobre el sistema de asignación de plazas en los centros educativos públicos y concertados es vastísima, tanto a nivel

<sup>1</sup> *Contribución científica del texto.* El manuscrito representa el primer estudio jurídico pormenorizado de los criterios de adjudicación de plazas en la red educativa pública española. Junto con una mirada global y crítica al sistema de adjudicación, que toma en consideración los baremos de todas las comunidades autónomas, se plantea una alternativa original que permite conjugar mejor los principales intereses en juego: la libertad de elección de las familias y la equidad.

doméstico como comparado. El grueso de esta literatura no es propiamente jurídico, sino que proviene de las ciencias de la sociología y la educación, por lo que aborda las cuestiones jurídicas de forma tangencial. Del sinfín de aspectos que esta literatura analiza, probablemente el nuclear es el de cómo la asignación de plazas en centros escolares influye en la segregación escolar, lo que habitualmente se plantea contraponiendo la libertad de elección de las familias con la equidad de un sistema en el que los poderes públicos tienen un mayor protagonismo en la decisión sobre a qué centro acude cada estudiante. Esta contraposición o dilema entre libre elección y equidad no hace sino traducir al ámbito que nos ocupa la clásica tensión entre libertad e igualdad (Fernández Soria, 2007, p. 42). En nuestro ordenamiento jurídico ambos principios encuentran abrigo constitucional. De un lado, la libre elección se sustenta en los valores superiores de libertad y pluralismo (art. 1.1), el mandato de promoción de la libertad efectiva (art. 9.2), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) y el derecho a la educación entendido como derecho de libertad (art. 27.1, 3, 6)<sup>2</sup>. De otro lado, la equidad viene exigida por el valor superior de la igualdad (art. 1.1), el mandato de promoción de la igualdad efectiva (art. 9.2), el derecho a la igualdad (art. 14), el derecho a la educación como derecho prestacional (art. 27.2 y 4) y el principio de asignación equitativa del gasto público (art. 31.2)<sup>3</sup>.

Pues bien, siendo tanto la libertad como la igualdad valores superiores del ordenamiento, el legislador educativo podrá inclinarse hacia uno u otro polo en el diseño del sistema de asignación de plazas, dando preferencia a la libertad de elección o a la equidad, pero respetando siempre un cierto equilibrio que no excluya de forma absoluta una u otra.

Sea de ello lo que fuere, y aquí la primera advertencia, el presente artículo no pretende cuestionarse ni abordar esa tensión entre libertad de elección y equidad, sino que partiendo de la regulación vigente –que teóricamente prima la libertad de elección de las familias– se pregunta acerca de la razonabilidad y proporcionalidad de los criterios de reparto de las plazas en los supuestos de escasez<sup>4</sup>. A la hora de discutir los diferentes criterios de asignación resultará inevitable referirse a dicho binomio libertad/equidad, pero quiere aclararse desde ahora que ni la existencia ni la resolución de dicha tensión son el objeto central de nuestro estudio.

En segundo lugar, se advierte al lector que no espere encontrar en lo que sigue un tratamiento exhaustivo ni concluyente de los criterios de asignación de plazas. El análisis no es exhaustivo por el elevado número de normativas autonómicas con sus respectivos listados de criterios, cada uno de los cuales podría ser objeto de un estudio más pormenorizado. Tampoco es concluyente, toda vez que la decisión de qué criterios ponderar para adjudicar plazas es eminentemente política y dependerá de las preferencias y objetivos de cada legislador y Gobierno –tanto estatal como autonómicos– en un momento determinado (Fernández Esquinas, 2004, p. 389)<sup>5</sup>. Por consiguiente, nos contentamos con realizar un primer abordaje de los criterios más frecuentemente empleados y con identificar qué finalidades se persiguen con cada uno de ellos, abriendo perspectivas para el debate.

En tercer lugar, no se ha querido abordar la *inevitabilidad* de la escasez de plazas a asignar, que quizá podría paliarse ajustando mejor la oferta a la demanda social, lo que en muchos casos equivaldría a ampliar el número de plazas en centros concertados. Esta posibilidad, prevista en el art. 109 de la reforma de la LOE del año 2013 (operada mediante la llamada Ley Wert<sup>6</sup>), plantea aristas de análisis y debate muy interesantes, pero que exceden el propósito de las presentes páginas y renunciamos a explorar.

La cuarta y última advertencia versa sobre las referencias a la regulación autonómica. A fin de no sobrecargar el aparato crítico del texto, estas referencias no irán acompañadas de llamadas al pie con indicación de la concreta normativa autonómica. Valga a tal fin la información recogida en los anexos I y II, donde se ofrece un elenco pormenorizado de la normativa autonómica citada y un cuadro resumen de los baremos vigentes al momento de redactarse las presentes páginas.

Tras estas advertencias, procedemos a exponer sucintamente el sistema de asignación de plazas previsto en la LOE.

<sup>2</sup> En favor de esta libertad se pronuncia el art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

<sup>3</sup> Sobre la relación entre los arts. 31.2 y 9.2 en el contexto de los servicios públicos educativos, véase Musoles Cubedo (1989, pp. 184-185). En palabras de Valero Heredia (2023, p. 35), «todo el artículo 27 supone un claro compromiso entre los principios de igualdad, libertad y participación», creándose así un auténtico derecho a la educación en libertad.

<sup>4</sup> Para un análisis en detalle de este diálogo entre libertad e igualdad en el ámbito educativo resultan de interés: Vidal Prado (2021); Guardia Hernández (2019); Valero Heredia (2023), y Aláez Corral (2011).

<sup>5</sup> Olmedo (2008, p. 7) apunta que el baremo con los criterios de asignación de plazas constituye una verdadera «herramienta ideológica». En sentido similar, Horcas López y García de Fez (2023, p. 213).

<sup>6</sup> Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE).

## 1. EL SISTEMA DE ASIGNACIÓN DE PLAZAS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Como es sabido, la red educativa española está compuesta por tres tipos de centros: los públicos, los concertados y los privados.

El acceso a los centros privados cae fuera de nuestro campo de estudio, ya que en él no participa directa ni indirectamente la Administración. En efecto, cada colegio privado determina libremente el procedimiento de admisión de su alumnado, con el único límite del respeto a los principios y derechos constitucionales, particularmente al de no discriminación (art. 10.2 CE)<sup>7</sup>.

La intervención de la Administración en la asignación de plazas se despliega pues en los centros financiados con fondos públicos, ya sean de titularidad pública o de iniciativa social, en los que se aplican idénticas reglas de adjudicación<sup>8</sup>.

Conforme al art. 84 LOE, en nuestro país rige un sistema de (relativa) libertad de elección de centro escolar por las familias. Solo cuando la libertad de las familias colisiona –en el sentido de que en un determinado centro no hay plazas suficientes para atender todas las solicitudes– está llamada a terciar la Administración mediante un sistema de adjudicación que permita priorizar a algunos solicitantes. De acuerdo con la normativa básica, el sistema dirimente se articula en torno a una serie de criterios –recogidos en baremos– que otorgan a cada candidato una serie de puntos, en función de cuya suma se asignan las plazas disponibles<sup>9</sup>.

Desde la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante, LODE) y su reglamento de desarrollo, estos criterios se dividen entre prioritarios y complementarios, y se aplican de forma concurrente<sup>10</sup>. La legislación estatal básica identifica los criterios prioritarios y algunos complementarios, dejando un margen de maniobra a los legisladores autonómicos, tanto para incluir criterios complementarios adicionales como para determinar el número de puntos que se otorga a cada criterio, sin que quepa otorgar a ninguno de ellos un peso tal que termine resultando excluyente<sup>11</sup>.

Fruto de la aplicación del baremo cada candidato obtiene una determinada puntuación, lo que permite confeccionar una clasificación que se va siguiendo para adjudicar las plazas disponibles. Cuando de la aplicación del baremo resulta un empate, obtiene plaza el candidato con más puntos en determinados criterios, especificados en cada normativa autonómica. Si a pesar de todo el empate persiste, la adjudicación se dilucida mediante un sorteo, que normalmente se realiza considerando las primeras letras del apellido.

En caso de que un solicitante no obtenga plaza en el primer centro deseado, se procede a considerar su segunda y sucesivas opciones, hasta que se encuentra un centro con plazas vacantes.

En la mayoría de las comunidades autónomas, la asignación se hace atendiendo inicialmente a las primeras opciones de cada candidato, para repartir después las plazas vacantes entre quienes no han entrado en su primera opción (Gortazar, 2020, p. 138). Este sistema de asignación –conocido como mecanismo Boston– incentiva a las familias a no optar por su centro preferido, sino por aquel en el que piensan que tienen más posibilidades de entrar para no verse abocados a un centro que consideran residual (Ferrer y Gortazar, 2021, pp. 21-22). En algunas comunidades autónomas –como la Valenciana– el mecanismo Boston ha sido sustituido por otro en el que todas las opciones de las familias *compiten* simultáneamente, de modo que no se fomenta el comportamiento estratégico y las preferencias expresadas en cada solicitud coinciden con las preferencias reales de las familias.

Concluido el proceso de adjudicación, la Administración educativa o los centros publican un listado donde se recogen la puntuación obtenida por cada solicitante, los conceptos por los que se ha obtenido y las plazas adjudicadas. Esta publicación sirve de motivación de la resolución de reparto, ofreciendo información relevante a efectos de la interposición de recursos<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Así se desprende de los arts. 115 LOE y 25 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

<sup>8</sup> Esta uniformización fue prevista ya en el art. 53 LODE, y se ha mantenido hasta hoy.

<sup>9</sup> A tenor de lo dispuesto en el art. 27.4 CE, todas las personas tienen derecho a una plaza en un centro escolar de la red pública, de modo que ningún estudiante se quedará sin plaza. En consecuencia, la actividad de la Administración al gestionar estas plazas no consiste *stricto sensu* en una asignación de recursos escasos –porque las plazas financiadas con fondos públicos no lo son–, sino en un reparto de recursos heterogéneos en el que no siempre podrán respetarse las preferencias manifestadas por todos los interesados. Cfr. Meix Cereceda (2018, p. 333).

<sup>10</sup> Arts. 20.2 y 53 LODE; y 7 y 11 del Real Decreto 2375/1985, de 19 de diciembre.

<sup>11</sup> En este sentido, el art. 84.2 LOE señala que ninguno de estos criterios «tendrá carácter excluyente ni podrá suponer más del 30 % del total de la puntuación máxima, salvo la proximidad al domicilio que podrá superar ese límite».

<sup>12</sup> Sobre los posibles recursos en este ámbito, véase Meix Cereceda (2018, pp. 348 y ss.).

Del breve análisis realizado pueden extraerse dos conclusiones. La primera es que el sistema de reparto condiciona sustancialmente la libertad de elección de las familias<sup>13</sup>. Y la segunda es que el hecho de que la inmensa mayoría de las familias obtenga plaza en el centro escolar que escoge como primera opción no implica que todas ellas estén satisfechas con el resultado del proceso de asignación (Calsamiglia y Güell, 2013, p. 15).

## 2. IGUALDAD Y DIFERENCIAS DE TRATO EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Una vez delineado el sistema de adjudicación, y antes de abordar los criterios en torno a los que se articula, resulta conveniente cuestionarse la admisibilidad misma del recurso a estos criterios. Y ello porque primar unos candidatos frente a otros podría suponer una quiebra de uno de los principios jurídicos básicos de nuestro sistema constitucional en general (arts. 9.2 y 14 CE), y de los servicios públicos en particular, como es el principio de igualdad<sup>14</sup>.

Como apunta Míguez Macho (1999, p. 138), la igualdad ha sido considerada tradicionalmente, y de modo unánime, como uno de los principios del servicio público, cuya finalidad consiste en garantizar determinadas prestaciones a los individuos sin distinciones –en idéntico sentido, González Rivas (1996)–. ¿Y no son precisamente distinciones lo que hace la normativa educativa al primar unas solicitudes respecto de otras en virtud de criterios como la renta o el lugar de residencia? Indudablemente lo son, con lo que procede esclarecer por qué dichas distinciones no constituyen una discriminación inaceptable.

Si el principio de igualdad recogido en la Constitución fuera puramente formal, entendido como un mero mandato de abstención a los poderes públicos, la distinción de trato en la asignación de plazas escolares resultaría injusta por discriminatoria. Ahora bien, habida cuenta que el principio de igualdad contenido en nuestra carta magna es también material, los poderes públicos pueden establecer distinciones de trato constitucionalmente admisibles, aplicando discriminaciones positivas, acciones afirmativas o políticas compensatorias<sup>15</sup>. Y ello, parafraseando el art. 9.2 CE, con el fin de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y para derribar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Con base en este razonamiento, jurisprudencia y doctrina vienen admitiendo de forma unánime la legitimidad del establecimiento de modalidades o condiciones de acceso diferentes a los servicios públicos en función de ciertas circunstancias subjetivas de los administrados (Santamaría Pastor, 2016, pp. 384-385)<sup>16</sup>. Esta diferencia de trato, como sostiene Machado Ruiz (2002, p. 36), «no solo no se opone al principio de igualdad, sino que parece exigida por dicho principio y constituye un elemento ineludible para su debida efectividad».

Para ser constitucionalmente lícitas, estas distinciones han de respetar una condición positiva y otra negativa: de un lado, deben descansar sobre criterios objetivos y razonables; de otro, no pueden resultar desproporcionadas (Arroyo Jiménez, 2015b, p. 52)<sup>17</sup>. Dentro de este amplio margen, el legislador y las Administraciones educativas pueden establecer los criterios de preferencia que estimen convenientes en función de las necesidades que en cada momento consideren prioritarias (Meix Cereceda, 2018, p. 341)<sup>18</sup>.

Despejada esta incógnita previa, procede adentrarse en el análisis de cada uno de los criterios que otorgan preferencia a algunos solicitantes.

<sup>13</sup> De forma un poco simplista, la STC 77/1985, de 27 de junio, sostiene en su FJ 5.º que los criterios de adjudicación de plazas no reemplazan la libertad de elección de los padres, ya que pueden elegir el centro preferido y solo serán eventualmente excluidos en un momento posterior, una vez constatado el exceso de demanda y aplicado el correspondiente baremo. Lo que no toma en consideración el intérprete constitucional es la irrelevancia que pueden llegar a tener las preferencias familiares en función de la planificación escolar, la configuración de los baremos y la demanda en un determinado colegio.

<sup>14</sup> La STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 5.º, avaló la constitucionalidad de los criterios de adjudicación, descartando que los mismos vulnerasen la libertad de las familias para escoger centro docente.

<sup>15</sup> Este tipo de acciones pretende «promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. Obedece a una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural» (Urteaga, 2009, p. 183).

<sup>16</sup> Respecto de los servicios públicos educativos, resulta elocuente la STS, Sala 3.ª, de 9 de diciembre de 1987 (ROJ: STS 7895/1987), FJ 2.º.

<sup>17</sup> Un análisis detenido de estos requisitos puede consultarse en Alonso García (1983).

<sup>18</sup> Sobre la amplia discrecionalidad de los poderes públicos en esta materia, véase las SSTS, Sala 3.ª, de 23 de junio de 2008 (ROJ: SSTS 6497 y 6498/2008) sobre el establecimiento de zonas de escolarización en Asturias.

### 3. DISCUSIÓN DE LOS PRINCIPALES CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE PLAZAS

Como se ha tenido ocasión de apuntar, el art. 84.2 LOE enumera una serie de criterios que permiten dilucidar la competencia en el acceso a aquellos centros con más demanda que oferta. En su redacción actual, el artículo contiene los siguientes criterios prioritarios: (1) la existencia de hermanos matriculados en el centro; (2) la proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres o tutores legales, y (3) la renta per cápita de la unidad familiar. Junto con ello, el artículo contiene hasta siete criterios complementarios: (1) que los padres o tutores legales trabajen en el centro; (2) la condición legal de familia numerosa; (3) de alumnado nacido de parto múltiple; (4) de familia monoparental; (5) la situación de acogimiento familiar del estudiante; (6) la concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos, y (7) la condición de víctima de violencia de género o de terrorismo.

A este abigarrado conjunto de criterios cada comunidad autónoma podrá añadir otros criterios de carácter complementario en el ejercicio de sus competencias en materia educativa<sup>19</sup>.

Una vez presentados, procedemos al análisis detenido de estos criterios, cuestionándonos respecto de cada uno de ellos los fines que persigue y su proporcionalidad<sup>20</sup>.

#### 3.1. Criterios relacionados con la intendencia familiar

Un primer grupo de criterios hace referencia a lo que podríamos denominar intendencia o agrupación familiar.

##### 3.1.1. La existencia de hermanos matriculados en el centro

Desde la primera regulación de los criterios de adjudicación, del año 1985, la existencia de hermanos ya matriculados en el mismo centro ha merecido la consideración de criterio prioritario<sup>21</sup>.

Como es natural, este criterio solo opera cuando los hermanos vayan a coincidir en el centro, de modo que no se aplicará cuando el hermano ya escolarizado en el centro deseado no vaya a solicitar plaza para el siguiente curso.

Este criterio obedece a una razón clara: facilitar a las familias con más de un hijo en edad escolar la intendencia familiar, o dicho en otros términos, ahorrar a las familias el esfuerzo –en términos de economía y de tiempo– de tener que llevar a sus hijos a colegios diferentes. Junto a este motivo, Olmedo (2008, p. 7) apunta el interés de las familias por «asegurar la igualdad de enseñanza entre los miembros de la familia». La razonabilidad de este criterio admite poca discusión, como atestigua su omnipresencia en todos los baremos vigentes, su inmutable carácter prioritario desde la primera regulación de 1985 y su importante peso específico en términos numéricos, que lo hace prácticamente determinante en la mayoría de las comunidades autónomas<sup>22</sup>.

Más allá de su posible solapamiento con otros criterios –que determinaría una cierta desproporcionalidad y analizaremos en su momento–, ninguno de los trabajos consultados en nuestro estudio plantea objeciones a la aplicación de este criterio. Por consiguiente, cabe concluir que nos encontramos ante un criterio justo, considerado de forma unánime como razonable y proporcionado.

##### 3.1.2. Padres o tutores que trabajan en el centro

Un segundo criterio relacionado con la intendencia familiar es el de la existencia de padres o tutores legales que trabajen en el centro. Su incorporación al elenco de criterios prioritarios fue relativamente tardía: en concreto, en 2006 con la primera redacción de la LOE. Excepción hecha de Andalucía, este criterio está presente con mayor o menor puntuación en todos los baremos autonómicos.

<sup>19</sup> De los Mozos Touya (2006, p. 181) critica la divergencia en los desarrollos normativos autonómicos, lo que en su opinión «pone en cuestión la igualdad de las condiciones básicas en el ejercicio del derecho a elegir centro de enseñanza no público y en condiciones de gratuidad (con arreglo al art. 149.1.1 CE)».

<sup>20</sup> Una agrupación de criterios alternativa a la aquí propuesta puede consultarse en De Madaria y Gabaldón (2023, pp. 233 y ss.).

<sup>21</sup> Cfr. Art. 20.2 LOE.

<sup>22</sup> Cfr. con el anexo II, donde se evidencia que este criterio es el de mayor peso específico en todos los baremos autonómicos, excepción hecha del extremeño. Como regla general, los baremos asignan un buen número de puntos por tener un hermano ya matriculado en el centro, puntos que se van incrementando por cada hermano adicional ya matriculado.

Tres son, al menos, los motivos que pueden justificar este trato prioritario a los hijos de los empleados en un determinado centro. En primer lugar, en la línea del criterio anterior, facilitar la intendencia o la agrupación familiar. En segundo lugar, la voluntad de ofrecer a los empleados de centros escolares una suerte de *beneficio social*, de forma análoga a como lo hacen algunas entidades privadas, con el fin de reforzar el sentido de pertenencia o el compromiso de sus trabajadores. Por último, y muy conectado con lo anterior, también puede recomendar esta preferencia la intuición de que el hecho de que los empleados de un centro escolaricen a sus hijos en el mismo puede contribuir a mejorar el servicio educativo para todos los estudiantes, reforzando los vínculos de la comunidad educativa. Y ello porque resulta razonable esperar que las personas que trabajan en el colegio de sus hijos se impliquen en el proyecto educativo del centro y pongan todos los medios para que el mismo sea excelente, lo que redundará en una mejora del servicio público de la que se beneficiarán todos<sup>23</sup>.

Ninguno de estos motivos, empero, está exento de objeciones. El argumento de la intendencia familiar puede contestarse señalando que resulta injusto dar un trato de favor a las prioridades de quienes trabajan en centros educativos frente a las de quienes tienen otros empleos (Nieto Salinas y García Clavel, 2008, p. 516). En este sentido, parece más justo aplicar exclusivamente el criterio genérico de cercanía con el centro de trabajo de alguno de los padres, de modo que se diera una igualdad de trato entre todos los padres o tutores, independientemente de su ocupación profesional<sup>24</sup>. Discriminar positivamente a quienes trabajan en centros educativos no se corresponde con ninguna desventaja que sufran estas personas y que resulte oportuno compensar.

En cuanto al argumento de los beneficios sociales para los empleados, *contrario sensu* puede esgrimirse que mientras en el sector privado quien soporta la carga de esos beneficios es el empresario, en el ámbito que nos ocupa dicha carga es soportada por la familia cuyas preferencias de escolarización son preteridas. Si renunciar a lo propio para beneficiar a terceros puede ser loable, quitárselo a un tercero para premiar a los propios empleados resulta mucho más problemático, y esto es exactamente lo que hace la Administración cuando prioriza en los baremos de admisión a los hijos de los empleados.

Finalmente, aun admitiendo que en muchos casos contar en un colegio con padres de estudiantes puede resultar positivo para toda la comunidad educativa, lo cierto es que dicha presencia también puede tener efectos disonantes en términos de imparcialidad e igualdad de trato de los estudiantes, ya que tanto los padres como otros compañeros pueden verse influenciados por dicha relación de parentesco y no tratar al niño igual que a los demás.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el principal argumento para sostener la admisibilidad de este criterio no radica en el interés particular de la familia de los trabajadores en los centros públicos –sea este una mejor intendencia o un beneficio social asociado al puesto de trabajo–, sino tan solo en el (muy discutible) interés público de contar con empleados implicados en el proyecto educativo de cada centro, extremo que la presencia de un hijo en el mismo parece razonablemente garantizar. Resulta muy cuestionable que tan borroso interés público revista entidad suficiente como para justificar la inclusión de este criterio en los baremos, por lo que abogamos por su eliminación.

### 3.1.3. Cercanía del lugar de trabajo de los padres

Un tercer criterio contenido en la LOE y en la mayoría de los baremos es la cercanía entre el centro escolar y el lugar de trabajo de uno de los padres<sup>25</sup>. Aunque este criterio suele enunciarse conjuntamente con el de la cercanía del domicilio familiar –y es de aplicación alternativa a este–, preferimos abordarlo separadamente y encuadrarlo en este epígrafe, ya que a nuestro entender su razón de ser se agota en facilitar la intendencia familiar, mientras que el criterio de la cercanía del domicilio presenta otras facetas relacionadas con la equidad y la segregación.

En efecto, el criterio de la cercanía del centro escolar con el lugar de trabajo de uno de los padres pretende simplificar la intendencia familiar. Este criterio, además, resulta idóneo para fomentar la conciliación entre la vida personal y laboral, puesto que facilita a los padres acompañar o llevar a los hijos al colegio de

<sup>23</sup> El preámbulo de la LOE 2006 apunta entre sus aspiraciones «conseguir que los padres y las madres se impliquen en la educación de sus hijos», lo que indudablemente es más fácil que suceda cuando padre e hijo asisten al mismo centro escolar.

<sup>24</sup> En muchos baremos autonómicos la puntuación de ambos criterios se acumula. Como excepción, el baremo del País Vasco prevé que ambas circunstancias –cercanía del trabajo y trabajar en el centro– no son acumulables a efectos de puntuación.

<sup>25</sup> Así lo previó ya el Real Decreto 2375/1985, en su art. 9.2.

camino a su propio centro de trabajo<sup>26</sup>. Teniendo en cuenta la desventaja competitiva que en el mercado laboral muchas veces supone la exigencia de hacerse cargo de hijos menores —a quienes a menudo hay que llevar o recoger del colegio—, la inclusión en los baremos de este criterio, tendente a compensar relativamente esa desigualdad y a facilitar la conciliación, parece razonable y oportuna.

A este argumento cabe oponer que las familias en las que la madre o el padre trabajan ven ampliada su libertad de elección frente a aquellas en que los padres están desempleados o trabajan en su propio domicilio, cuyas posibilidades de conseguir puntos por cercanía con el centro escolar se restringen a los centros próximos a su domicilio<sup>27</sup>. Siguiendo esta línea argumental, se ha sostenido que el criterio de la cercanía del centro del trabajo beneficia mayoritariamente a las familias de clase media o clase media alta, ampliando sus ya extensas posibilidades de elección (Andrada, 2008, p. 29). Sin ignorar esta objeción, consideramos que las ventajas de este criterio rebasan ampliamente sus inconvenientes. Además de contribuir a la conciliación, la cercanía entre colegio y centro de trabajo puede fomentar la inserción en el mercado laboral del progenitor que dedique más tiempo al cuidado de los hijos, que muy frecuentemente es la mujer. Asimismo, cuando solo trabaja uno de los progenitores, este criterio promueve el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, toda vez que normalmente será éste quien asuma la tarea de acompañar a los niños hasta su centro escolar<sup>28</sup>.

### 3.2. La proximidad del domicilio

Desde la primera redacción de la LODE, en 1985, la proximidad del domicilio familiar con el centro educativo deseado es otro de los criterios prioritarios para la adjudicación de plazas escasas.

Para aplicar este criterio, la Administración educativa establece una serie de zonas escolares, llamadas también áreas de influencia o distritos educativos, asignando puntos en función de si el domicilio familiar está en la misma zona que el centro educativo o en una zona contigua o limítrofe. El tamaño de las zonas es una decisión política que permite a la Administración facilitar o restringir la movilidad de los estudiantes entre los diferentes barrios<sup>29</sup>. La zonificación presenta el problema de que la pertenencia a una zona no siempre supone que los centros de esa zona sean los más próximos al domicilio, especialmente respecto de quienes residen cerca de los límites de cada zona<sup>30</sup>. Para paliar esta disfunción, los baremos suelen otorgar también puntos por residir en zonas limítrofes de los centros: excepcionalmente, algunas autonomías han empezado a tomar también en consideración la distancia lineal entre el domicilio y cada centro educativo<sup>31</sup>.

A diferencia de los criterios relativos a la intendencia familiar, el que ahora nos ocupa ha sido objeto de un intenso debate político y doctrinal, particularmente desde que ciertos Gobiernos autonómicos de tinte conservador optaron por implantar un sistema de distrito único, suprimiendo las zonas escolares<sup>32</sup>. Veamos a continuación las razones que se han esgrimido a favor y en contra de este criterio de proximidad entre centro escolar y domicilio.

Un primer motivo que justifica otorgar prioridad a las familias que viven cerca del colegio tiene que ver, una vez más, con la intendencia familiar, con el ahorro de recursos económicos y de tiempo.

A la comodidad o intendencia familiar hay que añadir un segundo motivo: la integración escolar y social o, formulado a la inversa, la lucha contra la segregación. De acuerdo con los defensores del

<sup>26</sup> Las medidas de fomento de la conciliación personal y familiar cuentan con un amplio reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. A título de ejemplo, cabe referir los arts. 14.8, 44 o 51.b de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

<sup>27</sup> Esta objeción fue despejada por la STS, Sala 3.ª, de 9 de diciembre de 1987 (ROJ: STS 7895/1987), FJ 8.º.

<sup>28</sup> El reparto equilibrado de las responsabilidades familiares es uno de los objetivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (cfr. arts. 14.8 y 44).

<sup>29</sup> Un ejemplo de diferentes políticas a este respecto lo representan las ciudades de Sevilla y Málaga. Mientras que Sevilla cuenta con 11 áreas de influencia (cada una con una horquilla de 5 a 21 colegios), Málaga se divide en 54, que a menudo solo cuentan con un colegio. Para una profundización en esta comparativa, véase Gómez Espino (2019).

<sup>30</sup> Sobre las diferencias entre el criterio de proximidad y la zonificación escolar, véase De Madaria y Gabaldón (2023, pp. 235-236).

<sup>31</sup> En ciertas autonomías, como el País Vasco, se combinan los criterios de pertenencia a una zona y de distancia lineal.

<sup>32</sup> La primera comunidad que estableció el «distrito único escolar» fue Madrid, en el año 2013. Actualmente el distrito único se reconoce expresamente en el art. 6.2 de la Ley 1/2022, de 10 de febrero, Maestra de Libertad de Elección Educativa de la Comunidad de Madrid. En la Comunidad Valenciana también rigió este sistema entre los años 2014 y 2016. Al momento de escribirse estas páginas, el Gobierno valenciano ha anunciado que volverá al sistema de distrito único a partir del curso 2024-2025.

sistema de zonificación, la escolarización por cercanía con el domicilio propicia una mayor heterogeneidad en las aulas, en términos socioeconómicos y raciales. Priorizando a las familias que viven cerca del colegio se evita un *efecto llamada* hacia colegios más atractivos capaces de atraer a familias con más recursos, información o aspiraciones. Al optar a centros más prestigiosos o demandados, estas familias *huyen* de los centros menos solicitados radicados en su zona, provocando una perpetuación de las diferencias sociales (Villarroya y Escardíbul, 2008, p. 4). En esta línea, se sostiene que las familias más desfavorecidas y vulnerables no se benefician igualmente de la movilidad que el distrito único propicia –ya sea por carecer de información, recursos para el transporte o interés–, de modo que los centros menos atractivos y más problemáticos tienden a serlo cada vez más, acentuándose las dinámicas de segregación (Bonal y Zancajo, 2020, p. 201).

Muy unido al argumento de la integración escolar está el de la integración de las familias en los barrios y escuelas (Calsamiglia y Güell, 2013, p. 16). En efecto, resulta frecuente que en torno a los centros educativos se establezcan redes sociales y amistades, por lo que la zonificación escolar propicia tanto la implicación de las familias en la escuela como la creación «de lazos comunitarios y vínculos sociales necesarios para la integración de las familias en el barrio donde residen» (Horcas López y García de Fez, 2023, p. 217).

A favor de la proximidad también se alega que contribuye a incrementar la autonomía de los escolares y a reducir el impacto ecológico del sistema educativo en su conjunto, en la medida en que se evitan desplazamientos contaminantes (De Madaria y Gabaldón, 2023, p. 233).

Un último argumento a favor del criterio de la proximidad reviste un carácter formal o positivista, y se apoya en el reparto competencial y en la configuración del sistema de fuentes en nuestro ordenamiento jurídico. Si la Ley estatal, de carácter básico, señala en su art. 84.2 que entre los criterios prioritarios de asignación de plazas debe tenerse en cuenta la proximidad entre el domicilio y el centro escolar, establecer un distrito único mediante ley o reglamento autonómico supone suprimir *de facto* dicho criterio, contraviniendo de manera indisimulada la voluntad del legislador estatal<sup>33</sup>.

A favor del distrito único, por su parte, se han ofrecido los siguientes argumentos.

En primer lugar, se sostiene que el distrito único amplía la esfera de decisión de las familias, que no se ven obligadas a escolarizar a sus hijos en los centros cercanos a su lugar de residencia. De este modo, las preferencias familiares son mejor atendidas, lo que concuerda con la libertad de los padres a la hora de decidir la educación que prefieren para sus hijos (art. 27.1, 3 y 6 CE). Este argumento se refuerza al considerar la dificultad del acceso a la vivienda, que condiciona enormemente la decisión de muchas familias sobre su lugar de residencia. Pues bien, la libertad de elección de centro escolar evita que la decisión sobre el lugar de residencia –a menudo muy condicionada por factores económicos y, por lo tanto, poco libre– se convierta en una decisión que afecte a otras dimensiones esenciales de la vida familiar, entre las que ocupa un lugar destacado el centro educativo al que asisten los hijos. Todavía en relación con la libertad de las familias, cabe señalar que su potenciación supone un incentivo a la implicación de los padres en el proyecto educativo del centro, que se percibe como un entorno libremente elegido y no impuesto desde instancias burocráticas.

Un segundo motivo que se esgrime en favor del distrito único apunta a que este puede contribuir a mitigar la segregación residencial, evitando la perpetuación de patrones de estratificación social asociados a la zona de residencia y la creación de guetos (Isaacs, 1999, p. 52 y Vidal Prado, 2021, p. 276)<sup>34</sup>. En efecto, la libertad de elección de centro abre la posibilidad de que familias vulnerables o con menos recursos, domiciliadas en barrios desfavorecidos, puedan escolarizar a sus hijos en escuelas de otras zonas, saliendo de un entorno menos estimulante<sup>35</sup>.

En tercer lugar, se subraya que el distrito único y la consiguiente libertad de decisión de las familias implica una mayor competencia entre los centros para atraer y retener a los estudiantes, lo que redundaría en una progresiva mejora en la calidad de la oferta educativa. En efecto, mientras los colegios tienen un *público cautivo* carecen de incentivos para mejorar sus prestaciones; por el contrario, si se liberaliza el

<sup>33</sup> El art. 84, en el que se establecen los criterios de asignación de plazas, tiene carácter básico, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final quinta de la LOE.

<sup>34</sup> Un estudio de Alegre Canosa *et al.* (2008, pp. 22-23) concluye que el distrito único –o las zonas escolares amplias, que integran una variedad de centros públicos y concertados– contribuye a mitigar la segregación.

<sup>35</sup> Para que esta mayor libertad pueda ser ejercida por todas las familias –y no solo por las de un cierto nivel socioeconómico o educativo–, resulta crucial que las Administraciones ofrezcan información y recursos –como ayudas al transporte–. En este sentido, López Rupérez *et al.* (2019, p. 20) y también Mancebón y Pérez-Ximénez (2007, pp. 93-94).

sector y se permite a las familias *votar con los pies* y acudir a cualquier centro educativo, estos deberán esforzarse por mejorar sus servicios a fin de resultar atractivos para las familias<sup>36</sup>. Además, en un contexto de natalidad decreciente —en el que van a sobrar muchas de las plazas ofertadas—, conocer las preferencias de los administrados a la hora de escolarizar a sus hijos resulta indudablemente valioso a fin de diseñar la política educativa y confeccionar una adecuada planificación de la oferta de plazas.

Un último argumento en favor del distrito único se fundamenta en su escaso impacto tanto en la elección efectiva de las familias, que de forma muy mayoritaria prefieren los centros más próximos a su domicilio, como en la segregación<sup>37</sup>. En efecto, si —como apuntan algunos estudios recientes, uno de ellos curiosamente para sostener la zonificación— la eliminación del criterio de proximidad «no modifica sustancialmente el comportamiento de las familias» y «apenas muestra impacto alguno en la segregación escolar», no se entiende por qué debe mantenerse dicho criterio restrictivo de la libertad<sup>38</sup>. Cuando una restricción de libertad para perseguir un interés público carece de impacto sustancial en la conducta de los ciudadanos y no resulta idónea para alcanzar el interés público perseguido, lo razonable no es mantenerla —como sugieren De Madaria y Gabaldón (2023, p. 257)—, sino suprimirla<sup>39</sup>. *In dubio, pro libertate*.

Todavía en relación con la cercanía entre centro escolar y domicilio, algunas autonomías otorgan puntos a las solicitudes de las familias que viven en el mismo municipio del centro solicitado<sup>40</sup>. Cabe imaginar que los motivos de esta asignación son análogos a los que subyacen en el criterio de la zonificación, y que estos puntos beneficiarán a residentes en municipios de un cierto tamaño en el que existan diferentes zonas escolares. En cualquier caso, pensamos que existe una poderosa razón para suprimir esa puntuación. En líneas generales, mientras las familias que residen en municipios grandes o medianos tienen diferentes alternativas de escolarización en su zona, las que viven en municipios pequeños a menudo solo cuentan con un centro educativo en su zona escolar, por lo que ven muy restringida su libertad de elección (Fernández Esquinas, 2004, p. 381). Pues bien, el hecho de otorgar puntos adicionales a las familias que residen en los municipios de los centros sobredemandados limita más si cabe la libertad de elección de esas otras familias domiciliadas en municipios pequeños, con una oferta educativa mucho más modesta (Villarroya y Escardíbul, 2008, p. 6).

### 3.3. Nivel de ingresos de la familia

El tercer criterio prioritario previsto en el art. 84.2 LOE es el de renta per cápita de la unidad familiar, criterio que se remonta a la redacción originaria de la LODE y que, con ligeras variaciones, se ha mantenido en las sucesivas reformas normativas.

Dicho criterio suele aplicarse de forma progresiva tomando como referencia, generalmente, el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), un índice de referencia muy utilizado para la asignación de ayudas y subsidios<sup>41</sup>. En función del umbral de renta per cápita en relación con el IPREM, la familia obtendrá un determinado número de puntos, que descienden de forma inversamente proporcional a la renta, hasta desaparecer. En algunas comunidades autónomas (como Aragón o Madrid) se asigna una puntuación fija a las familias beneficiarias de una renta social.

La lógica subyacente a este criterio resulta evidente: fomentar la igualdad material de los administrados, compensando las situaciones de desventaja económica de ciertas familias. Esta opción legislativa viene amparada por diferentes preceptos de la Constitución, como el 1 (valor superior de igualdad), el 9.2 (igualdad real y efectiva), el 31.2 (principio de equidad en el gasto público) o el 40.1 (principio de distribución equitativa de la renta).

<sup>36</sup> Las preferencias de las familias no dejan de ser, como señalan Calsamiglia y Güell (2013, p. 1), una evaluación implícita que puede resultar útil para regenerar el sistema educativo público.

<sup>37</sup> Como apuntan Villarroya y Escardíbul (2008, pp. 5 y ss.), «la tendencia a escoger el centro público más cercano sigue siendo importante»; y «los usuarios efectivos de este derecho [elegir centro educativo fuera de la zona escolar] son poco numerosos». En un estudio realizado en la ciudad de Madrid, con datos de los cursos 2010/2011 a 2016/2017, Gortazar *et al.* (2020, pp. 42-43) concluyen que el distrito único no tuvo incidencia apreciable en la segregación.

<sup>38</sup> Los estudios citados, referidos respectivamente a Madrid y la Comunidad Valenciana, son: Gortazar (2020, p. 136) y De Madaria y Gabaldón (2023, p. 257).

<sup>39</sup> Así lo exigen los principios de proporcionalidad y *favor libertatis* que debe presidir la intervención de las Administraciones públicas, reconocidos en el art. 4 LRJSP. Cfr. Santamaría Pastor (2016, pp. 297-298).

<sup>40</sup> Es el caso de Castilla La Mancha, Cataluña, Madrid y País Vasco.

<sup>41</sup> Algunas autonomías (v.g. Asturias, Baleares o La Rioja) continúan utilizando como referencia el salario mínimo interprofesional.

La inclusión de este criterio en los baremos ha sido muy poco discutida<sup>42</sup>. Las principales discrepancias doctrinales han recaído sobre su configuración concreta. Así, por ejemplo, se ha criticado la configuración binaria y no progresiva de este criterio, que impide discriminar entre familias con umbrales de ingresos muy diversos<sup>43</sup>; o la transformación del criterio de renta de la unidad familiar en el de renta por miembro de la unidad familiar, lo que termina beneficiando más a las familias numerosas que a las de rentas bajas (De Madaria y Gabaldón, 2023, pp. 241 y 244).

Dejando de lado estas objeciones, la unanimidad –tanto normativa como doctrinal– en torno a este criterio podría sugerir que no existen argumentos en contra de su inclusión en los baremos. Sin embargo, una mirada crítica permite identificar algunas razones que invitan a descartar el nivel de renta de los solicitantes a la hora de adjudicar las plazas escasas. Veamos cuáles son.

En primer lugar, cabe sostener que la discriminación positiva con las familias de menos recursos resulta injusta con las familias de rentas medias y altas, que, a la postre, son las que con sus impuestos sostienen el erario y, por ende, financian el sistema público de educación. En un Estado social los servicios públicos, máxime si son universales, son de todos: tanto de quienes pagan más impuestos como de quienes pagan menos. Preterir en el acceso a estos servicios a las personas de rentas medias y altas puede suponer excluir de los beneficios del Estado social a amplias capas de la sociedad, generando una deslegitimación del sistema y una desafección respecto de lo público que –a medio plazo– puede generar dinámicas de segregación e invitar al fraude. Habrá quien piense que esta objeción resulta predecible y egoísta<sup>44</sup>; ahora bien, parece comprensible que quien soporta una presión fiscal que puede ascender al 60 o 70 % de sus ingresos se sienta injustamente tratado cuando sus preferencias de acceso a los servicios públicos universales no es que no sean favorecidas, sino que son explícitamente ignoradas<sup>45</sup>. No se trata aquí de defender posiciones clasistas o excluyentes –*los ricos primero o el que paga manda*–, sino de no penalizar a las clases medias o pudientes en el acceso a los servicios públicos universales, que son de todos<sup>46</sup>.

Y ello porque, a diferencia de ciertas ayudas y prestaciones concebidas para ayudar a quien menos tiene, el servicio educativo es un servicio universal y gratuito, dirigido por lo tanto a toda la población: sin exclusiones por abajo –de los más pobres– ni por arriba –de los más ricos–. Igual que no parece justificado priorizar en el servicio de urgencias de un hospital a las personas en función de su renta, ni asignar un riñón para un trasplante al paciente más pobre, ni adjudicar los contratos públicos valorando la necesidad de cada licitador... a lo mejor tampoco lo es adjudicar las plazas de los colegios sobredemandados en virtud de los ingresos de las familias.

Ténganse en cuenta, además, dos consideraciones ulteriores. De un lado, que en ocasiones las personas con más recursos no podrán acudir al sector privado para obtener una prestación similar, por lo que su libertad efectiva de elección de centro y modelo educativo puede resultar comprometida<sup>47</sup>. Y, de otro, que la alternativa de las familias más desfavorecidas en caso de no obtener la plaza deseada no es quedar fuera del sistema educativo, sino obtener plaza en un colegio menos demandado.

Finalmente, puede sostenerse que en ocasiones el nivel de renta de las familias es consecuencia directa de las elecciones de sus miembros, que han optado por carreras menos lucrativas o que prefieren que uno de sus miembros se dedique por entero a la familia, disminuyendo así los ingresos familiares. Estas opciones personales, por supuesto, no deberían penalizar a esas familias; ahora bien, no está claro por qué deban favorecerlas frente a otras familias que han adoptado decisiones diferentes.

Quizá este conjunto de objeciones –prácticamente ignoradas por la literatura académica– explica el escaso peso que el criterio de la renta tiene en todos y cada uno de los baremos autonómicos. Este escaso

<sup>42</sup> El Tribunal Supremo tuvo ocasión de manifestarse en favor de este criterio de manera contundente en su STS, Sala 3.ª, de 9 de diciembre de 1987 (ROJ: STS 7895/1987), FJ 2.º.

<sup>43</sup> El Reglamento valenciano de 2016, por ejemplo, concedía 2 puntos a todas las familias con rentas iguales o inferiores a dos veces el IPREM. Dicho criterio se moduló posteriormente mediante diferentes órdenes, estableciéndose cuatro umbrales de ingresos diferenciados.

<sup>44</sup> Como apunta Urteaga (2009, p. 197), toda acción afirmativa lleva aparejada una «víctima inocente», ya que la ventaja concedida a unos se ejerce necesariamente en detrimento de los demás.

<sup>45</sup> Téngase en cuenta que el tipo máximo del IRPF puede rondar el 50 % del salario, al tiempo que el tipo general del IVA es el 21 %.

<sup>46</sup> Esta posición es defendida por De los Mozos Touya (2006, pp. 182-183), quien califica el criterio de la renta como una discriminación por motivos económicos.

<sup>47</sup> A este respecto, conviene recordar que el mismo art. 9.2 CE que consagra el principio de igualdad material o efectiva hace lo propio con la libertad, que también debe ser real y efectiva.

valor no ha dejado de ser criticado desde diferentes tribunas doctrinales, que reclaman un aumento de su peso en los baremos a fin de combatir la segregación por nivel socioeconómico (así, entre otros, Ferrer y Gortazar, 2021, p. 16).

### 3.4. Familias o estudiantes con necesidades especiales

Un cuarto conjunto de criterios de preferencia está compuesto por aquellos que aspiran a beneficiar a familias que afrontan situaciones objetivas de mayor dificultad más allá de lo estrictamente económico. Estos criterios, todos ellos complementarios, han sido incorporados progresivamente a los baremos de admisión.

Independientemente de las consideraciones particulares que respecto de cada criterio realizaremos, conviene apuntar de partida que en todos ellos late un idéntico propósito: promover la igualdad material y efectiva de los miembros de estas familias, que por una causa u otra atraviesan circunstancias que les sitúan en una posición de vulnerabilidad o desventaja<sup>48</sup>.

A la hora de analizarlos, y de cara a discernir su oportunidad, consideraremos dos factores relevantes. Por un lado, si la situación de dificultad en que se encuentra la familia ha sido libremente escogida, en cuyo caso la acción afirmativa resultará más cuestionable<sup>49</sup>. Por otro lado, si dicha situación se alinea con algún interés público, lo que justificará su promoción pública mediante medidas de discriminación positiva, como es dar prioridad a sus elecciones en materia de escolarización.

#### 3.4.1. Familia numerosa

El primer criterio complementario que menciona el art. 84.2 LOE en su redacción actual es la condición legal de familia numerosa, que se reconoce a aquellas con tres hijos o más<sup>50</sup>. Este criterio complementario se remonta al primer desarrollo reglamentario de la LODE de 1985<sup>51</sup>.

Dos parecen las razones que justifican el trato prioritario a estas familias. De un lado, las indudables complejidades que atender una familia numerosa comporta, ya sea en términos de tiempo como económicos<sup>52</sup>. De otro lado, una cierta voluntad promocional o de fomento de la natalidad, en un contexto de invierno demográfico que las Administraciones públicas están –tímidamente– tratando de revertir.

A los anteriores argumentos cabría oponer que quienes forman una familia numerosa lo hacen libremente, por lo que son ellos quienes debe asumir con responsabilidad las dificultades que implica su opción personal. En este sentido, dar prioridad a estas familias respecto de otras con menos hijos supone ponerse de parte de quienes han optado por un determinado tipo de familia, discriminando injustamente a los demás. Este contraargumento puede contestarse señalando que otorgar puntos a estas familias no responde solo a un deseo de compensar su posible situación de desventaja, sino también al fomento de un interés público, cual es el incremento de la natalidad.

Un segundo argumento contrario a otorgar puntos a las familias numerosas atiende a su solapamiento con otro criterio de mucho peso: el de contar con hermanos matriculados en el mismo centro<sup>53</sup>. En este sentido, a partir de la escolarización del segundo hijo, es posible que las familias numerosas puntúen dos veces por conceptos muy parecidos, lo que resulta desproporcionado e injusto con familias de menos hijos.

<sup>48</sup> Esta finalidad encuentra un doble asiento en el texto constitucional: el art. 9.2 (igualdad material) y el art. 39.1 (protección social, económica y jurídica de la familia).

<sup>49</sup> Este elemento de juicio ha sido propuesto por Roemer (1998, pp. 5-12), quien sostiene que la igualdad de oportunidades exige que la sociedad compense la desigualdad que es fruto de circunstancias que los individuos no pueden controlar, pero no aquella que es el resultado de sus opciones libres.

<sup>50</sup> Cfr. art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. El número de familias numerosas en nuestro país es relativamente escaso: en torno al 8,5 %, siendo España el cuarto país de la UE con menor porcentaje. Cfr. «España es el cuarto país de la UE con menos tasa de familias numerosas», *Servimedia*, 5-06-2022. Disponible en: <https://www.servimedia.es/noticias/espana-es-cuarto-pais-ue-menos-tasa-familias-numerosas/3411904>

<sup>51</sup> Cfr. art. 11.c del Real Decreto 2375/1985.

<sup>52</sup> La exposición de motivos de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, tras enumerar algunas dificultades que pueden afrontar estas familias, señala: «No debe olvidarse que el art. 9.2 de nuestra Constitución establece el principio de igualdad material, que debe llevar al legislador a introducir las medidas correctoras necesarias para que los miembros de las familias numerosas no queden en situación de desventaja en lo que se refiere al acceso a los bienes económicos, culturales y sociales».

<sup>53</sup> De Madaria y Gabaldón (2023, pp. 241 y 244) también apuntan un cierto solapamiento entre este criterio y el de renta cuando éste último se calcula con referencia al número de miembros de la unidad familiar. En sentido similar, Fernández-Miranda (2006, p. 54).

A la luz de lo anterior, consideramos que el criterio de familia numerosa debería excluirse cuando ya haya escolarizados dos hermanos en el mismo centro y dicha escolarización sea tenida en cuenta por el baremo.

Sea de ello lo que fuere, conviene subrayar el escaso impacto de este criterio en la asignación de plazas escasas. Habida cuenta el importante peso que otorga tener hermanos ya matriculados en el mismo centro, la competencia real entre las familias para entrar en un centro sobredemandado se dilucida en la escolarización del primer hijo. Pues bien, como esta primera escolarización suele producirse al comienzo del segundo ciclo de educación infantil, el número de familias que son numerosas para ese entonces – cuando su primogénito ronda los tres años– es ciertamente exiguo<sup>54</sup>. El criterio, por lo tanto, casi siempre beneficiará a las familias a la hora de escolarizar a sus hijos menores, momento en el que con un hermano ya admitido en el centro la puntuación por familia numerosa resulta casi siempre irrelevante<sup>55</sup>.

### 3.4.2. Alumnado nacido de parto múltiple

El segundo criterio complementario que menciona la LOE –incluido en su modificación del año 2020 y replicado por la inmensa mayoría de decretos autonómicos– es el de alumnado nacido de parto múltiple<sup>56</sup>. Este tipo de nacimientos suponen alrededor del 1,7 % de los partos totales<sup>57</sup>.

La inclusión de este criterio indudablemente responde a la voluntad de compensar las complicaciones que para una familia supone criar a dos o más hijos de la misma edad, sobre todo en las edades más tempranas. Dentro de la lógica del Estado social y de su compromiso con la igualdad material de los administrados, nada parece objetar la inclusión de este criterio en los baremos, especialmente si se toma en consideración que este tipo de partos –en líneas generales– no son directamente elegidos por las familias.

### 3.4.3. Familia monoparental

El criterio de pertenencia a familia monoparental también se incluyó en la LOE en su reforma de 2020. Muchas regulaciones autonómicas habían incluido dicho criterio con anterioridad, y actualmente consta en casi todos los baremos.

Con López-Conde *et al.* (2022, p. 16), podemos definir la familia monoparental como aquella «integrada por una única progenitora o progenitor con su progenie». De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística, en nuestro país un 14,6 % de los hogares con menores a su cargo son monoparentales<sup>58</sup>.

El trato prioritario a las familias monoparentales pretende compensar las mayores dificultades que estas afrontan en la crianza. La exposición de motivos de la Ley 3/2023, de 7 de marzo, de Familias Monoparentales en La Rioja contiene un buen resumen de estas dificultades: «Las familias monoparentales conllevan un importante factor de vulnerabilidad, superior al resto de estructuras familiares, ya que este tipo de familia está expuesta a un mayor riesgo de pobreza, a dificultades para conciliar la vida familiar y laboral y a situaciones de exclusión social. A todo esto, se suma, en muchas ocasiones, la discriminación por género, pues ocho de cada diez familias monoparentales están encabezadas por una mujer»<sup>59</sup>.

¿Cabe oponer algún tipo de objeción a este trato prioritario? La única sería la primera de las apuntadas respecto del criterio de la familia numerosa, y es que en algunos casos la condición de familia monoparental ha sido libremente elegida por el progenitor. En estos casos –pensemos como ejemplo arquetípico en la maternidad biológica en solitario por elección propia– la situación de dificultad es una opción libre de

<sup>54</sup> A este respecto, resulta interesante la previsión madrileña en virtud de la cual el concebido no nacido se contabilizará a los efectos de aplicación del criterio de familia numerosa. Una previsión análoga estuvo vigente en la Comunidad Valenciana entre 2013 y 2016.

<sup>55</sup> Toda esta argumentación se hace pensando que las familias suelen escolarizar a los hijos en el mismo centro. Como es lógico, puede haber familias numerosas que escolaricen a sus hijos en centros diferentes, quizá beneficiándose del criterio de familia numerosa para escolarizar a un hijo menor en un centro sobredemandado con la intención de «agrupar» allí al hermano mayor en un curso sucesivo. La casuística, como puede imaginarse, es variadísima.

<sup>56</sup> La reforma se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>57</sup> Cfr. *Partos por residencia de la madre, edad de la madre y multiplicidad/sexo*, Instituto Nacional de Estadística, 2023.

<sup>58</sup> *Encuesta Continua de Hogares*, Instituto Nacional de Estadística, 2021.

<sup>59</sup> Exposición de motivos, I. El art. 41.1 del Proyecto de Ley de Familias (BOCG, 151-1, de 14 de abril de 2023), prevé que las Administraciones educativas tengan en consideración la condición de familia monoparental en los criterios de acceso a las escuelas infantiles y centros educativos. La tramitación de dicha norma, no culminada en la XIV legislatura, probablemente sea retomada en la legislatura actual.

una persona, por lo que quizá no resulta justo que personas que han optado por otras formas de familia se vean peor tratadas por la Administración. Además, en este caso no cabría contraargumentar que concurre un interés público en que existan familias monoparentales –como sí que parece haberlo en el caso de las familias numerosas–, al menos si se atiende al generalizado riesgo de vulnerabilidad de sus componentes. De lo anterior se desprende que cuando la condición de monoparentalidad no haya sido elegida –v. g., por causa de viudedad–, el trato prioritario en el acceso a los centros educativos resulta plenamente justificado. Por el contrario, cuando sea fruto de una libre opción personal, su inclusión en los baremos resulta más discutible, ya que implica premiar conductas libremente asumidas y que no se alinean con ningún interés general<sup>60</sup>.

#### 3.4.4. *Situación de acogimiento familiar*

La situación de acogimiento familiar del estudiante fue incorporada al elenco de criterios del art. 84.2 LOE en el año 2015<sup>61</sup>. Excepción hecha de la Andalucía, la Comunidad Valenciana y Galicia, todas las comunidades autónomas han incluido en sus baremos la situación de acogimiento del estudiante, otorgándole un peso análogo al que tienen las familias numerosas o monoparentales.

El acogimiento familiar, regulado en los arts. 172 y 173 del Código Civil, es una medida de protección por la que se otorga la guarda del menor a una persona o núcleo familiar con la obligación de velar por él y procurarle una vida familiar sustitutiva o complementaria de la propia. De acuerdo con los últimos datos disponibles, en nuestro país hay en torno a 18000 menores en esta situación<sup>62</sup>.

La acción afirmativa en favor de las familias con menores en acogimiento –concretada en lo que aquí respecta en la preferencia de acceso a los centros escolares– está plenamente justificada. De un lado, porque la situación de desventaja o vulnerabilidad de estos menores, habitualmente en situación de desamparo y separados de su núcleo familiar, está fuera de toda duda. De otro lado, porque la opción libre de las familias de acogida se alinea con un interés público evidente, cual es la de ofrecer a estos menores entornos de convivencia familiar donde reciban una formación integral en un entorno afectivo<sup>63</sup>.

#### 3.4.5. *Familias con miembros con discapacidad*

Aunque no constaba como criterio prioritario en la LOE, ya desde el Reglamento 2375/1985 se incluyó en los baremos la existencia de alguna discapacidad física, psíquica o sensorial, tanto del estudiante como de alguno de sus padres o hermanos (art. 11.b). Este criterio –del que conforme a los datos oficiales puede beneficiarse en torno a un 3% del alumnado– se ha mantenido en las sucesivas reformas normativas y se ha incluido en todos los baremos autonómicos<sup>64</sup>.

Normalmente, la puntuación asignada se hace depender tanto de quién sea la persona con discapacidad –en una escala descendente: estudiante, padres, hermanos– como del grado de discapacidad<sup>65</sup>.

La justificación de este trato favorable es diáfana: compensar una situación de desventaja objetiva no elegida, cumpliendo así los mandatos contenidos en los arts. 9.2 y 49 CE, referidos respectivamente a la promoción de la igualdad material y a la integración de las personas con discapacidad.

Este criterio ofrece dos líneas de crítica. La primera, apuntada por De los Mozos, repara en la existencia de dos modelos básicos de escolarización de las personas con discapacidad. El primero es el inclusivo, que apuesta por la escolarización conjunta de estos niños con el resto de los estudiantes. El segundo es el diferenciado, que prefiere una escolarización separada de los menores con ciertas discapacidades

<sup>60</sup> No se nos oculta, empero, la dificultad de distinguir los casos en que la monoparentalidad ha sido libremente elegida.

<sup>61</sup> El criterio fue incorporado mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>62</sup> *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia. Datos 2022*, 25, Ministerio de Derecho Sociales y Agenda 2030, 2023, 21.

<sup>63</sup> Dicho interés encuentra anclaje constitucional en el art. 39.4.

<sup>64</sup> Conforme a los últimos datos publicados por el Gobierno, en el curso 2020-2021 en torno al 2,83% del alumnado padecía algún tipo de discapacidad o de trastorno grave. Cfr. «El 9,3% del alumnado recibió apoyo educativo específico en el curso 2020-21», nota de prensa de 24-04-2022, La Moncloa, 2022.

<sup>65</sup> Son muchas las autonomías, v.g. Andalucía, que toman como referencia los umbrales del 33 y el 66% de discapacidad. Otras, como Cantabria o Navarra, no especifican ningún grado mínimo de discapacidad para obtener puntos.

psíquicas o sensoriales. Ambos modelos cuentan con adalides y detractores entre la doctrina científica y –de forma quizá más elocuente– entre las propias familias de estas personas<sup>66</sup>. Pues bien, el derecho que asiste a los colegios concertados a definir su ideario o su carácter propio (derivado del art. 27.6 CE) exige respetar su opción por modelos educativos no inclusivos, por lo que resulta abusivo imponerles la admisión de personas con discapacidad vía preeminencia en los baremos. Con base en este argumento, la citada autora concluye que la oferta educativa concertada «no tiene por qué integrar alumnos con discapacidades psíquicas y/o sensoriales, si la naturaleza específica de tal oferta no se dirige a atender alumnos con esa especial necesidad de apoyo educativo. (...) No cabe imponer el deber a cualquier centro concertado de integrar a cualquier alumno, con cualquier necesidad educativa especial, por el hecho de recibir fondos públicos» (De los Mozos Touya, 2006, pp. 184-185). Frente a esta objeción se alza la apuesta decidida de la LOE por la educación inclusiva –concretada, por ejemplo, en su art. 87, que regula el equilibrio en la admisión de alumnos con necesidades educativas especiales en los centros de la red pública–, apuesta cuya legitimidad ha sido respaldada por la jurisprudencia constitucional<sup>67</sup>.

La segunda línea de crítica gira en torno al criterio de voluntariedad de la desventaja. En efecto, alguien podría subrayar que a veces la familia conoce durante la gestación la discapacidad que padece su descendiente y, a pesar de ello, decide seguir adelante con el embarazo. En estos casos podría aducirse que la familia elige tener un hijo con discapacidad, de forma que debería asumir responsablemente las dificultades consecuentes, que no habrían de recaer en el conjunto de la sociedad ni –por ende– perjudicar a otras familias en la elección de escuela. Este argumento debe ser rechazado, ya que ignora la diferencia entre elegir y aceptar, acciones sustancialmente diferentes. Nadie elige concebir un hijo con discapacidad, pero son muchas las familias que aceptan, acogen y cuidan de esas vidas<sup>68</sup>. En dicho esfuerzo, indudablemente humanizador, resulta justo que la sociedad les ofrezca ayuda y soporte mediante medidas de acción afirmativa, como es la de otorgarles prioridad a la hora de elegir centro educativo.

### 3.4.6. Víctimas de violencia de género o de terrorismo

El último criterio complementario introducido en la LOE –mediante la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre– es el de condición de víctima de violencia de género o de terrorismo.

Bajo de este criterio late el propósito de compensar a esas víctimas por los daños que han sufrido, que a menudo les sitúan en una posición de vulnerabilidad que se entiende oportuno mitigar. Esta vulnerabilidad puede ser particularmente acusada en las víctimas de violencia de género, ya que esta suele afectar a los pilares básicos de la convivencia familiar y, en consecuencia, al bienestar y a la educación de los hijos<sup>69</sup>.

La inclusión de este criterio en los baremos puede cuestionarse por dos razones. La primera es que muchas víctimas de delitos graves –como amenazas, lesiones, secuestro, homicidio o asesinato–, así como sus familias, también padecen situaciones de vulnerabilidad, y la normativa educativa no les otorga un trato de favor a la hora de seleccionar el centro educativo de sus hijos. ¿Por qué se da prioridad a las víctimas de determinados delitos, atendiendo a su naturaleza? ¿No sería más razonable atender a su gravedad, tomando por ejemplo como referencia la condena impuesta al delincuente? ¿Resulta más vulnerable una víctima de violencia de género que ha sufrido injurias que una víctima de lesiones o de una tentativa de asesinato? Con estas preguntas no se pretende minusvalorar los dramáticos efectos que la violencia de género o el terrorismo pueden tener sobre una determinada familia, sino apuntar que los mismos no son necesariamente mayores que los de muchos otros delitos, invisibles en las agendas políticas y mediáticas, a cuyas víctimas no se otorga un trato de favor.

La segunda objeción señala la concurrencia que a menudo se producirá entre este criterio con el de familia monoparental, otorgando a las víctimas de ciertos delitos una ventaja desproporcionada en el acceso a los colegios de su preferencia.

<sup>66</sup> Una aproximación a los diferentes modelos de atención escolar a las personas con discapacidad puede consultarse en Peñafiel Martínez (2014). En relación con la oposición de algunas familias a la educación inclusiva, véase Oliver, R.: «Por qué a la educación especial no le gusta la Ley Celaá», *Ethic*, 30-01-2021.

<sup>67</sup> STC 34/2023, de 18 de abril, FJ 4.º.

<sup>68</sup> No se nos oculta que estas afirmaciones pueden ser objeto de un amplio debate bioético y jurídico en las que no se abunda por exceder con mucho nuestro objeto de análisis.

<sup>69</sup> Así lo apunta, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su Exposición de Motivos (II).

### 3.5. Criterios establecidos por el centro educativo

El art. 11.d del Reglamento 2375/1985 incluyó como criterio complementario «cualquier otra circunstancia libremente apreciada por el órgano competente del centro de acuerdo con criterios objetivos». De este modo, se abrió la puerta a que cada centro educativo asignara un cierto número de puntos –habitualmente uno– en función de sus propios criterios de admisión, siempre que estos tuvieran un carácter objetivo<sup>70</sup>. Actualmente, en torno a la mitad de las comunidades autónomas admiten esta posibilidad. En unas –como Baleares o Castilla y León– la normativa contiene un elenco preestablecido de cuáles pueden ser estos criterios; en otras –como Galicia, Murcia o País Vasco–, los centros son libres de establecer sus propios criterios, siempre y cuando los mismos revistan un carácter objetivo y no resulten injustamente discriminatorios.

Antes presentar los argumentos a favor y en contra de estos criterios discrecionales, a los que han recurrido fundamentalmente los centros concertados, resulta oportuno destacar que su regulación ha sido muy cambiante. En la normativa nacional se incluyó su posibilidad en 1985, se suprimió en 1993, se volvió a incluir en 1997 y desapareció en el último reglamento vigente, del año 2009. En la normativa autonómica, por su parte, su presencia también ha sido y es muy variable. En líneas generales, puede sostenerse que los legisladores o Gobiernos de tinte conservador suelen incluir en los baremos este criterio, mientras que los de tinte progresista prefieren suprimirlo (Nieto Salinas y García Clavel, 2008, p. 512; y Fernández-Miranda, 2006, pp. 56 y ss.).

Veamos a continuación las posiciones en torno a estos criterios discrecionales, partiendo de unas consideraciones generales y deteniéndonos en dos de los criterios más comunes: ser familiar de antiguo alumno y haber sido escolarizado en el centro en el primer ciclo de educación infantil.

De entrada, conviene apuntar que estos criterios discrecionales deben ser objetivos y hacerse públicos con anterioridad a la apertura del proceso de admisión. La discrecionalidad de los centros opera así con carácter general y antes de la valoración de las solicitudes concretas, rodeando al proceso de la debida transparencia y otorgando a las familias una cierta seguridad jurídica.

¿Tiene sentido reconocer a los centros financiados con fondos públicos un margen de maniobra en la decisión de qué alumnos admiten? Quienes responden afirmativamente a esta pregunta subrayan la importancia de contar con un alumnado alineado con el proyecto educativo y el ideario del centro, extremo que será particularmente relevante en los colegios concertados, que suelen contar con un proyecto o ideario más definido y que frecuentemente tiene un componente religioso (Duro Carrión, 2021, p. 157)<sup>71</sup>. En esta línea argumental, se sostiene que la libertad de enseñanza y el derecho a crear centros docentes –reconocidos en el art. 27.1 y 6 CE– implican el derecho de dirigir u organizar el colegio conforme al propio proyecto, lo que a su vez exige contar con personas –con familias– que compartan los valores institucionales reflejados en el propio ideario<sup>72</sup>. Aunque posiblemente la aplicación de estos criterios determine en esos centros una cierta homogeneidad del alumnado –más católicos, más musulmanes, más francófonos–, quienes defienden los criterios discrecionales apuntan que ello redundará en un mayor pluralismo de la oferta educativa, lo que resulta más acorde con los principios constitucionales que una plana estandarización o uniformidad en la que todos los colegios sean iguales y la libertad de elección –por lo tanto– quede diluida.

En sentido contrario, se ha subrayado que reconocer a los centros esa capacidad de influencia en la determinación de qué alumnos admiten supone abrir la puerta a la arbitrariedad y a la segregación, al tiempo que fácilmente produciría la exclusión de alumnos más problemáticos o de contextos sociales desfavorecidos, comprometiendo así el principio de igualdad efectiva consagrado en el art. 9.2 CE (De Madaria y Gabaldón, 2023, p. 247). Si el dinero que financia el colegio es público –se sostiene–, el centro debe estar abierto a todos, sin que puedan establecerse preferencias «subjetivas» de cada centro que discriminen a unos solicitantes respecto de otros. Junto con ello, también se argumenta que la aplicación de criterios discrecionales generará centros educativos más homogéneos y menos plurales, encastillándose así las diferencias entre los diferentes grupos sociales. Finalmente, también se ha denunciado que dejar en manos de los centros la selección de los alumnos supone una «grave distorsión de los derechos concurrentes»,

<sup>70</sup> La admisibilidad de este punto «discrecional» ha sido avalada por el Tribunal Supremo. A título de ejemplo, véase la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2000 (ROJ: STS 190/2000).

<sup>71</sup> En algunos países, v. g. el Reino Unido, se admite que los centros religiosos contemplen entre los criterios de admisión la práctica religiosa de los candidatos. Como apunta Andrada (2008, p. 27), este criterio puede ser conflictivo «pero, al mismo tiempo, su existencia es coherente con la existencia de centros religiosos financiados con recursos públicos».

<sup>72</sup> En este sentido, Isaacs (1999, p. 52) lamenta que entre los criterios de admisión no se tenga en cuenta la alineación con el ideario, que considera el criterio más lógico en aquellos centros con un carácter propio. Opiniones similares son mantenidas por López Rupérez (1995, pp. 117 y ss.) y por De los Mozos Touya (2006, p. 181).

ya que el derecho a elegir centro es de los padres, tutores o alumnos, y no de los titulares de los centros (Fernández-Miranda, 2006, pp. 49 y 52)<sup>73</sup>.

Hecho este primer encuadramiento del debate, detengámonos en dos de los criterios discrecionales más comunes.

### 3.5.1. Familia de antiguo alumno

Uno de los criterios discrecionales preferidos por los centros y más controvertidos es el de ser familiar –normalmente, descendiente o hermano– de un antiguo alumno<sup>74</sup>.

A favor de este criterio se esgrime la idea de que un centro educativo es una comunidad de aprendizaje, y en las comunidades resultan esenciales la tradición y los lazos intergeneracionales. Que el candidato sea pariente de un antiguo alumno garantiza que la familia conoce, comprende y valora el proyecto educativo o el ideario del centro. Además, contribuye a crear una identidad y unos vínculos de pertenencia alrededor del colegio. Todo ello coadyuva a la consecución de uno de los fines declarados formalmente en la LOE: la implicación de los padres en el proceso educativo de sus hijos y en la vida de los centros docentes<sup>75</sup>. Asimismo, y en una perspectiva más amplia, la existencia de comunidades educativas bien definidas contribuye a la vertebración de la sociedad civil, creando entidades intermedias de participación y pertenencia entre lo público y lo estrictamente privado o familiar, lo que indudablemente se cohesiona con bienes de rango constitucional, como la participación (art. 9.2) o el propio derecho de asociación (art. 22).

Las ventajas previamente apuntadas tienen un envés, destacado por quienes se oponen a este punto discrecional, y que puede condensarse en una sola palabra: gueto. En efecto, vista bajo la sombra de la sospecha, toda comunidad puede ser interpretada como gueto, ya que tiene sus códigos y sus fronteras, allende las cuales quedan los extraños, *los otros*. Permitir que los centros educativos primen el acceso de los familiares de antiguos alumnos refuerza las dinámicas de segregación y produce comunidades educativas cerradas a las que solo tienen acceso unos pocos privilegiados por derecho *hereditario* o *dinástico*, lo que parece situarse en las antípodas de los principios de participación e igualdad que exige nuestro texto constitucional (de nuevo, art. 9.2)<sup>76</sup>.

¿Qué decir al respecto? ¿Conviene otorgar un trato de favor a las familias de los antiguos alumnos o es preferible no hacerlo? Ambas alternativas presentan ventajas y desventajas y cuentan con cobertura en el texto constitucional. En abstracto podría decirse que en sociedades igualitarias y desestructuradas, en las que conviene reforzar la sociedad civil, la opción por dar ese punto es razonable; mientras que en sociedades muy estratificadas y segmentadas, en las que es oportuno fomentar la mezcla social, será mejor no hacerlo. No se nos oculta, sin embargo, que el juicio sobre qué conviene hacer en cada momento es enormemente discrecional y esencialmente político.

En cualquier caso, sí que cabría buscar un punto de reconciliación entre ambas alternativas. Si se tiene en cuenta que la diferencia entre una comunidad y un gueto radica en la permeabilidad de sus barreras de entrada, quizá la solución pasa por permitir este punto discrecional siempre y cuando el mismo no constituya un muro impenetrable al centro educativo para quienes no son hijos de antiguos alumnos. Ello puede garantizarse al menos de dos formas: estableciendo un tope máximo de plazas vacantes que pueden ser cubiertas por familiares de antiguos alumnos, o –como se hace en la inmensa mayoría de los baremos– dando a ese criterio un peso relativo reducido, que no sea determinante.

### 3.5.2. Aula de dos años

Otro criterio discrecional frecuentemente empleado es el de estar escolarizado en el centro en el primer ciclo de educación infantil, en las conocidas como «aulas de dos años»<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido que el derecho a crear y dirigir centros docentes no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos. Cfr. SSTS, Sala 3.ª, de 9 de diciembre de 1987 (ROJ: STS 7895/1987) y de 28 de mayo de 2007 (ROJ: STS 3761/2007).

<sup>74</sup> En la Comunidad de Madrid este criterio no es discrecional de los centros, sino reglado, y cuenta con cuatro puntos de asignación automática, a los que pueden añadirse otros tres si el centro así lo considera conveniente.

<sup>75</sup> Cfr. LOE, preámbulo.

<sup>76</sup> El impacto de este punto discrecional en la segregación ha sido estudiado por Gortazar *et al.* (2020, pp. 42-43).

<sup>77</sup> Este criterio adelanta al momento de entrada en el segundo ciclo de educación infantil lo previsto con carácter general en el art. 84.6 para la admisión de alumnos en etapas educativas posteriores. El tenor literal de dicho artículo reza así: «En los procedimientos

Con este criterio se pretende garantizar la continuidad de los estudiantes en el centro, evitando los inconvenientes que un cambio de colegio puede comportar. Se reconoce así una prioridad a las familias *que ya están dentro*, frente a quienes *vienen de fuera* y pretenden escolarizar a su hijo en el colegio más tarde.

Este criterio presenta dos puntos débiles. El primero es que resta libertad a las familias porque las obliga a escolarizar a sus hijos a una edad muy temprana si quieren obtener plaza en un colegio muy demandado con aula de dos años. Estas aulas, además, no siempre están concertadas, por lo que pueden suponer un gasto importante para las familias. De hecho, no son pocos los colegios concertados que han aprovechado esta circunstancia para ofrecer un servicio lucrativo a un público al que el punto adicional convierte en cautivo.

Por otro lado, la preferencia por la continuidad de los niños en el mismo centro educativo tiene más sentido cuando los niños son mayores y han enraizado en un determinado entorno social. Para los niños muy pequeños –de dos o tres años– el cambio de centro escolar resulta mucho menos problemático, por lo que primar la permanencia no resulta tan justificado.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que este criterio resulta inadecuado. Unificar la edad en que se dilucida la competencia por las plazas escasas, manteniéndola en torno a los tres años –cuando comienza el segundo ciclo de educación infantil y la mayoría de las familias escolariza a sus hijos–, parece pues más justo y razonable<sup>78</sup>.

### 3.6. El sorteo para resolver los desempates

Como es natural teniendo en cuenta el elevado número de solicitudes, no es infrecuente que tras la aplicación del baremo se produzcan empates entre solicitantes de plaza en el mismo centro.

Para dirimir dichos empates, la normativa suele otorgar preferencia a las solicitudes que han obtenido mayor puntuación en determinados criterios. Si a pesar de todo persiste el empate, se recurre al sorteo público, en el que habitualmente se sortean unas letras y se asignan las plazas por apellidos, siguiendo un orden alfabético ascendente o descendente, que también se sortea<sup>79</sup>. Conviene apuntar que este sistema de sorteo alfabético presenta problemas de aleatoriedad, ya que la distribución de los apellidos a lo largo del abecedario no es uniforme, por lo que hay solicitudes con más probabilidad de éxito que otras (Martínez Pinilla, 2018). En algunas comunidades autónomas, v. g. Aragón, el sorteo se realiza adjudicando informáticamente un número aleatorio a cada solicitud, lo que resulta indudablemente más justo, al otorgar a todos los candidatos en liza las mismas opciones de obtener plaza.

La celebración de un sorteo como fórmula de adjudicación de recursos escasos no es extraña en nuestro ordenamiento<sup>80</sup>. Como señalan Arroyo Jiménez y Utrilla Fernández-Bermejo (2015, p. 39), este sistema de asignación procede cuando la selección del adjudicatario resulte irrelevante desde la perspectiva de los intereses públicos o cuando la utilización de otros criterios sustantivos se haya revelado inadecuada o insuficiente. Pues bien, si una vez aplicados todos los criterios de los baremos –que, de un modo u otro, pretenden proteger diferentes intereses públicos– persiste el empate, cabe concluir la irrelevancia de la asignación concreta y la insuficiencia de otros criterios, por lo que echarlo a suertes es la solución más conforme a derecho.

Desde ciertos sectores doctrinales se ha criticado que en algunas autonomías el diseño de los baremos resulta poco articulado y selectivo, lo que produce numerosos empates y aboca a la Administración a tener que sortear la asignación de abundantes plazas. Para estos autores, en estos casos la Administración autonómica está ignorando el mandato legal de asignar las plazas escasas atendiendo a los criterios prioritarios y complementarios previstos en la legislación (De Madaria y Gabaldón, 2023, pp. 246 y ss.). La solución a esta situación pasa –siempre según esta posición doctrinal– por afinar los criterios, pormenorizando más los puntos por cercanía o renta. Este nivel de detalle permitiría reducir sustancialmente el número de

---

de admisión (...) tendrán prioridad quienes procedan de los centros de educación infantil, educación primaria o educación secundaria obligatoria, respectivamente, que tengan adscritos». La normativa balear o la de Ceuta y Melilla admiten el establecimiento discrecional de este criterio.

<sup>78</sup> La preocupación aquí señalada late, por ejemplo, en la normativa catalana, que al regular la aplicación del criterio de hermanos matriculados en el mismo centro señala expresamente que el mismo no se aplica «en las enseñanzas de primer ciclo de educación infantil para garantizar el derecho de acceso en condiciones de igualdad».

<sup>79</sup> La primera referencia al sorteo público la encontramos en el art. 15.4 del Real Decreto 377/1993, de 12 de marzo.

<sup>80</sup> Cfr. art. 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, para el reparto de autorizaciones demaniales; o 196.c de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para la designación de alcalde.

empates, no hay duda. Ahora bien, aunque este planteamiento puede resultar razonable respecto de algunos criterios —estableciendo, por ejemplo, diferentes umbrales de renta para asignar más o menos puntos—, tampoco conviene absolutizar los criterios legales. Y ello porque una voluntad de evitar empates puede conducir a decisiones injustas o ridículas, como priorizar a quien vive en el número 57 de la calle frente a quien vive en el 59; a quien vive en el primer piso frente a quien vive en el segundo; o a la familia que ingresa 990 euros al mes frente a la que ingresa 1000. Quizá cuando las circunstancias vitales de los candidatos son parecidas —calle arriba o abajo, euro más o menos—, lo justo no es descender al milímetro a fin de evitar empates y asignar las plazas, sino sortearlas sin más<sup>81</sup>.

#### 4. EL SORTEO PONDERADO O ASIMÉTRICO: UNA PROPUESTA PARA LA ADJUDICACIÓN

En las páginas anteriores hemos presentado bajo un prisma crítico los criterios de asignación de plaza más comunes. Como se ha tenido ocasión de evidenciar, salvo contadísimas excepciones, todos los criterios son discutidos y discutibles. En efecto, con la Constitución en la mano pueden ofrecerse razones tanto a favor como en contra de casi todos ellos.

El sistema de asignación de plazas escasas en centros educativos de la red pública, cuyas líneas maestras se han mantenido estables desde 1985, gira en torno a un baremo y a unas puntuaciones que, mal que bien, toman en consideración diferentes intereses públicos de rango constitucional y legal. En cualquier caso, la heterogeneidad, la mezcolanza, el solapamiento y los continuos cambios en los criterios de los baremos genera un sistema de asignación de plazas algo caótico e imprevisible, marcado por una cierta inseguridad jurídica y que en algunos casos roza lo incoherente o arbitrario<sup>82</sup>. En este panorama, mientras un buen número de familias puede escoger el centro educativo de sus hijos, no son pocas las que —desfavorecidas por los baremos— se ven privadas de dicha opción, debiendo resignarse a opciones más *realistas* en una decisión que —como apuntan De Madaria y Gabaldón (2023, p. 223)— muchas familias perciben como «una de las decisiones más relevantes que deben tomar a lo largo de su proceso vital»<sup>83</sup>.

Para paliar esta desigualdad de trato en el acceso a los recursos públicos —que se percibe como injusta y da lugar a no pocos fraudes— proponemos un sistema de asignación que permite equilibrar hasta cierto punto los principales intereses públicos implícitos en los baremos con el derecho de todas las familias a optar a una plaza en su centro escolar preferido. El sistema consiste en un sorteo asimétrico o ponderado, en el que no todos los participantes tienen las mismas probabilidades de éxito<sup>84</sup>. Este tipo de sorteo para adjudicar plazas es utilizado en algunos contextos educativos en Estados Unidos y Países Bajos y ha sido propuesto para asignar tratamientos médicos en situaciones de pandemia<sup>85</sup>. Veamos esquemáticamente cómo podría diseñarse.

En primer lugar, del sorteo se excluiría a los solicitantes con hermanos ya matriculados en el centro, que tendrían acceso preferente. Esta medida no constituye *de facto* novedad alguna, ya que el peso de este criterio en los baremos vigentes lo hace totalmente determinante.

<sup>81</sup> Como apunta Boyle (2010, p. 173), en el reparto de bienes escasos por la Administración «la justicia implica tratar como iguales a todos aquellos que no son significativamente diferentes». En idéntico sentido, Arroyo Jiménez (2015b, p. 57).

<sup>82</sup> Así, y por señalar tan solo un ejemplo evidente, no resulta raro que quien reside cerca del linde de una zona escolar no pueda acudir al centro más cercano a su domicilio. Analizando una normativa autonómica que no viene al caso —ya derogada— Fernández-Miranda (2006, p. 57) la califica de «irracional y desproporcionada», para a continuación sostener que «podrían ponerse otros muchos [ejemplos] en todos los sentidos y en todas las direcciones». Por su parte, De los Mozos Touya (2006, p. 181) afirma que los baremos previstos en la LOE condicionan las opciones de las familias de manera «desproporcionada, arbitraria e injusta».

<sup>83</sup> Si, como resume Cotino Hueso (2012, p. 189), de acuerdo con la jurisprudencia constitucional el derecho a elegir centro es un derecho «a que en el proceso de escolarización se pueda mostrar la preferencia por un centro y a que el sistema esté configurado de modo que se tenga en cuenta la opción realizada», cabe concluir que las familias que no obtengan puntos en el baremo pueden considerar su derecho conculcado.

<sup>84</sup> Discrepamos de Wollenschläger (2015, p. 163) cuando sostiene que «el sistema de sorteo supone una renuncia a la adopción de decisiones de adjudicación fundadas en criterios jurídico-materiales», extremo que solo puede predicarse respecto de los sorteos puros o simétricos. En los sorteos ponderados como el que proponemos no hay una disyuntiva entre criterios materiales y formales de adjudicación, ya que los primeros son tenidos en cuenta.

<sup>85</sup> El sorteo asimétrico se aplica en algunos estados norteamericanos para asignar plazas en las *public charter schools*, centros que guardan cierta semejanza con nuestros colegios concertados. Cfr. Baum (2015). En Países Bajos, el acceso a estudios universitarios de la rama sanitaria también utiliza un sorteo asimétrico, que otorga diferentes probabilidades de acceso en función de la nota de cada candidato. Sobre el particular, véase Boyle (2010, pp. 141-162). En cuanto al sorteo ponderado en contextos de pandemia, cfr. Jansen y Wall (2021).

El sorteo incluiría todas las demás solicitudes de plaza en un centro, pero otorgando mayores probabilidades a algunas de ellas, en virtud de los criterios ya conocidos. Así, las personas en las situaciones legalmente previstas –proximidad, bajo nivel de ingresos, discapacidad o necesidades especiales...– verían incrementada su probabilidad de obtener plaza en un determinado porcentaje, que podría fijarse en un 50 %, un 100 % o un 200 %, en función de a qué criterios quisiera otorgarse una mayor relevancia. Como mucho, las familias beneficiadas por este sistema podrían tener el triple de opciones de ser admitidas que las demás (viendo incrementada su probabilidad en un 200 %) <sup>86</sup>.

Este sistema presenta algunas ventajas. En primer lugar, garantiza mejor el derecho a la libre elección de centro escolar de las familias, ya que de partida ninguna familia se queda sin opciones de entrar en su centro preferido por circunstancias que a menudo no ha elegido o no puede modificar. Se respeta así mejor la igualdad de oportunidades de los aspirantes, al reforzar las opciones de acceso de unas familias sin excluir a las demás. De este modo, las preferencias de ciertas familias pesan menos, pero no son ignoradas, lo que vaciaría *de facto* su libertad de elección <sup>87</sup>. El sorteo también aumenta la igualdad en la medida en que resta trascendencia a las estrategias de las familias que, como apunta la doctrina, suelen ser implementadas por aquellas con más recursos económicos o informativos (Ferrer y Gortazar, 2021, pp. 21-22).

En segundo lugar, el sorteo asimétrico garantiza la consecución de la igualdad material y del resto de intereses públicos latentes en los baremos –intendencia familiar, integración, fomento de la natalidad, etc.– porque de acuerdo con la ley de los grandes números serán las familias que puntúen en algún criterio las que obtengan más plazas en los centros sobredemandados. El sorteo asimétrico permite que la consecución de dichos intereses públicos se realice de forma más matizada, lo que concilia mejor los intereses en juego y hace menos punzantes los contraargumentos a cada criterio de los baremos, contraargumentos que a menudo –como se ha expuesto– resultan razonables <sup>88</sup>.

Finamente y como consecuencia de lo anterior, el sorteo dota al sistema de asignación de una mayor legitimidad en la medida en que todos los aspirantes a una plaza tienen opciones reales de obtenerla, y si no la obtienen no es debido a una decisión política discrecional –como el diseño de las zonas escolares– o de una circunstancia relativamente inmodificable –como no ser antiguo alumno o el lugar donde se trabaja–, sino simplemente por mala suerte, por azar. Es presumible que el hecho de tener opciones reales de entrar en el colegio deseado a pesar de no cumplir criterio alguno reduzca la tentación de fraude de algunas familias, al tiempo que mitigue la sensación de injusticia –y de desafección hacia lo público– de las familias que finalmente no resulten admitidas <sup>89</sup>.

Este conjunto de razones nos lleva a abogar por una modificación del sistema de reparto de plazas que sustituya la aplicación de baremos por una entrada directa de aquellos aspirantes con hermanos ya escolarizados y por un sorteo ponderado entre el resto de los solicitantes.

## CONCLUSIONES

El estudio hasta aquí realizado nos permite extraer las siguientes conclusiones.

La asignación de plazas escasas en los centros educativos de la red pública depende de una serie de criterios cuyo establecimiento corresponde al legislador básico estatal y a los poderes públicos autonómicos. Aunque los baremos autonómicos son bastante homogéneos, existen diferencias sensibles entre territorios, tanto en relación con los criterios aplicables como en lo referido a la importancia otorgada a cada uno de ellos.

<sup>86</sup> Estos porcentajes se ofrecen a título meramente tentativo. En abstracto, las probabilidades asignadas a cada candidato deberían ser proporcionales al peso de las razones que invitan a que el recurso escaso –en nuestro caso, la plaza escolar– le sea asignado a cada uno de ellos. Cfr. Broome (1991, p. 98).

<sup>87</sup> Sobre el argumento de que las preferencias otorgadas por la acción afirmativa no deben excesivas ni excluyentes, cfr. Urteaga (2009, pp. 198-199).

<sup>88</sup> Eckhoff (2011, pp. 196 y 200) sostiene que la asignación mediante sorteo resulta particularmente oportuna cuando los criterios alternativos de adjudicación resultan abundantes, difusos, complicados o discutibles, así como cuando el objeto a distribuir reviste una gran importancia para los solicitantes. Todas estas circunstancias concurren en los supuestos que nos ocupan.

<sup>89</sup> Como apunta Greely (1977, p. 123), las personas aceptan mejor ciertas decisiones cuando son dejadas al azar que cuando son consecuencia de la aplicación de principios que no comparten o de decisiones políticas. El mismo autor (*ibid.*, 1977, pp. 119 y 122) explica cómo el sorteo desincentiva la corrupción. Aunque su trabajo se refiere a los sorteos *puros* o simétricos, entendemos que ese desincentivo se extiende en cierta medida a los sorteos asimétricos.

El sistema de asignación de plazas mayoritario, conocido como mecanismo Boston, da prioridad a la primera opción de cada familia, incentivando que las familias se decanten como primera opción no por su centro preferido, sino por aquel en el que tienen más posibilidades de ser admitidos. En este sentido, la libertad de elección de las familias queda sustancialmente condicionada.

De todos los criterios analizados tan solo unos pocos se han considerado abiertamente justos o injustos. Entre los primeros, hemos destacado la existencia de hermanos matriculados en el mismo centro y la situación de acogimiento familiar. Entre los segundos, el hecho de que algún padre o tutor trabaje en el mismo centro y el de estar matriculado en el primer ciclo de educación infantil del centro preferido.

La mayoría de los criterios, sin embargo, resultan ambivalentes y están abiertos a controversia. Mientras que a la luz de ciertos intereses públicos y constitucionales puede defenderse su inclusión en los baremos, otros intereses de idéntica naturaleza recomiendan su exclusión. Este hecho no resulta sorprendente, ya que el marco de decisión legítima establecido por nuestra carta magna es amplio y permite a los poderes públicos un rango de decisiones y políticas públicas muy abierto. En cualquier caso, resulta pertinente subrayar el carácter relativo y opinable de los criterios a fin de no rodearlos de un aura de infalibilidad y justicia que casi nunca merecen.

Como se ha tenido ocasión de señalar, el complejo *juego de puntos* que implica la aplicación de los baremos supone que algunas familias se ven privadas de la libertad de elegir el centro educativo en el que quieren escolarizar a sus hijos. Esta privación, además de suponer una cierta injusticia, es idónea para generar agravios comparativos, deslegitimación del sistema, desafección hacia lo público y tentación de fraudes.

A fin de paliar estos efectos negativos, se ha propuesto un sistema alternativo de asignación de plazas en los centros de la red pública: la celebración de un sorteo asimétrico entre los solicitantes allí donde las plazas ofertadas no cubran la demanda. De acuerdo con este sistema, las familias en alguna de las situaciones actualmente incluidas en los baremos verán ampliadas sus probabilidades de conseguir plaza en el centro deseado, pero sin que este incremento excluya totalmente las opciones del resto de familias. De este modo se concilian mejor el derecho de todas las familias a optar a los centros educativos de su preferencia con la consecución de los intereses públicos subyacentes en los baremos, entre los que ocupa una posición preeminente la igualdad material.

## **ANEXO I. NORMATIVA AUTONÓMICA QUE REGULA LA ADMISIÓN A LOS CENTROS FINANCIADOS CON FONDOS PÚBLICOS**

A lo largo del artículo se hacen repetidas referencias a la regulación autonómica. En el presente anexo se contienen las referencias exactas a dicha normativa.

Teniendo en cuenta que los títulos de cada disposición son muy similares y tienden a ser prolijos, en pro de la brevedad se ha optado por incluir tan solo el número de cada disposición (añadiendo el correspondiente hipervínculo en la versión digital del artículo). En los casos en que los decretos no contienen la puntuación asignada a cada criterio de baremación, se ha añadido la referencia a la orden o resolución de desarrollo que pormenoriza dicha puntuación.

1. Andalucía: Decreto 21/2020, de 17 de febrero.
2. Aragón: Decreto 51/2021, de 7 de abril.; ORDEN ECD/116/2023, de 7 de febrero.
3. Asturias: Decreto 66/2007, de 14 de junio.
4. Canarias: Decreto 9/2022, de 20 de enero; Orden de 3 de marzo de 2022.
5. Cantabria: Decreto 30/2022, de 21 de abril.
6. Castilla y León: Decreto 32/2021 de 25 de noviembre; Orden 1623/2021 de 22 de diciembre.
7. Castilla La Mancha: Decreto 126/2021, de 28 de diciembre.
8. Cataluña: Decreto 11/2021, de 16 de febrero.
9. Comunidad Valenciana: Decreto 40/2016, de 15 de abril; Resolución de 7 de marzo de 2023.
10. Extremadura: Decreto 128/2021, de 17 de noviembre.
11. Galicia: Decreto 13/2022, de 3 de febrero.
12. Madrid: Decreto 244/2021, de 29 de diciembre.
13. Murcia: Decreto 12/2022, de 10 de febrero.

14. Navarra: Decreto foral 33/2021, de 28 de abril.
15. País Vasco: Decreto 132/2022, de 2 de noviembre.
16. La Rioja: Decreto 24/2021, de 30 de marzo.
17. Ceuta y Melilla: Orden ECD/724/2015, de 22 de abril.

Al momento de redactar estas páginas (enero de 2024), el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes ofrece una página web con información detallada sobre la admisión del alumnado y la elección de centro por comunidad autónoma, que incluye referencias normativas. La página puede consultarse aquí: <https://www.educacionyfp.gob.es/mc/redie-eurydice/sistemas-educativos/educacion-infantil/admision-alumnado-centros-sostenidos-fondos-publicos/legislacion.html>

## ANEXO II. CRITERIOS DE ACCESO APLICABLES EN LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

	Andalucía	Aragón	Asturias	Baleares	Canarias	Cantabria	Castilla y León	Castilla La Mancha	Cataluña	C. Valenciana	Extremadura	Galicia	Madrid	Murcia	Navarra	País Vasco	La Rioja	Ceuta y Melilla
<b>Hermanos matriculados en el centro</b>																		
Primer hermano matriculado	20	8	8	5,5	8	5	8	10	50	15	4	8	15	10	3	6,5	5	8
A partir del segundo	20		8	4			4			15	4	2	15	0,5			5	
<b>Padres empleados en el centro</b>		4	8	5,5	3	1	8	8	10	5	1	3	10	2,9	0,8	5	2	8
<b>Proximidad del domicilio</b>																		
Área de influencia	14	6	8	5,5	8	5	8	10	30	10	10	8		5	3	5	5	8
Área limítrofe	10	3	5	2,8	3	2		5	15	5	5	4			1	2	2	2
<b>Proximidad del empleo de los padres</b>																		
Área de influencia	10	5	8	5,5	8		8	8	20	10	10	6		5	3	2	5	6
Área limítrofe	6	2	5	2,8	3			5		5	5	3			1		2	2
<b>Solicitantes del mismo municipio</b>								3	10				12			1		
<b>Perceptor de una renta social</b>		5		2					15	4			12	3				1
<b>Renta per cápita (máx.)</b>	4		2	1,5	4	2	5	1		3,5	2	3		0,8	3	3	5	1
<b>Familia numerosa</b>																		
Especial	2,5	2	1	2	2	1	3	2	10	5	1	3	11	2	0,8	1,5	3	2
General	2	1	1	1	2	1	3	1	10	3	1	2	10	1	0,8	1	2	1
<b>Familia monoparental</b>																	2	
Especial	2,5	2	1	1	1	1	2	2	10	5	1	2	3	2	0,8	1		
General	2	1	1	1	1	1	2	2	10	3	1	2	3	2	0,8	1		
<b>Discapacidad</b>																		
Discapacidad del alumno (máx.)	4	1	1	1	4	1	4	3	15	7	5	4	7	2,9	2	2	4	2
Discapacidad de familiares (máx)	3	1	0,5	1	4	1	2	2	15	5	3	3	7	0,5	0,5	1	2	1

	Andalucía	Aragón	Asturias	Baleares	Canarias	Cantabria	Castilla y León	Castilla La Mancha	Cataluña	C. Valenciana	Extremadura	Galicia	Madrid	Murcia	Navarra	País Vasco	La Rioja	Ceuta y Melilla
<b>Punto de libre disposición por centro</b>				1	1		2					1	3	1		1		1
<b>Otros criterios</b>																		
Situación de acogimiento		1	1	1	1	1	3	2	10		4		3	2,9	0,8	1	2	1 ó 2
Víctima de violencia de género o terrorismo		1	1	3	4	1	3	2	10		2	2	2	1	1	1	3	
Alumnado nacido de parto múltiple		1	1		2	1	2	2	10		1	8	3	1	0,8	1	2	
Movilidad forzosa				1												0,5		
Familia con dos hijos	1																	
Matrícula en 1 <sup>er</sup> ciclo de educación infantil	1																	
Deportista de alto nivel				1														
Enfermedad crónica				1														
Familiares dependientes				2														
Condición de antiguo alumno													4					
Escolarización conjunta de varios hermanos		4																
Solicitud de centro en primer lugar														2				
Condición de socio cooperativista																0,5		

Fuente: Elaboración propia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aláez Corral, B. (2011). El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (17), 91-129. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3774214.pdf>
- Alegre Canosa, M. A., Benito Pérez, R. y González, I. (2008). Procesos de segregación y polarización escolar: la incidencia de las políticas de zonificación escolar. *Profesorado: Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, 12(2), 1-26. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/profesorado/article/view/20456>
- Alonso García, E. (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de Administración Pública*, (100-102), 21-92. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-100-102-enerodiciembre-1983/el-principio-de-igualdad-del-articulo-14-de-la-constitucion-espanola-2>
- Andrada, M. (2008). Libertad de elección escolar, mecanismos de atribución de plazas y preferencias familiares: una evaluación a partir de criterios de equidad. *Profesorado. Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, 12(2), 1-43. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/profesorado/article/view/20450>
- Arroyo Jiménez, L. (2015a). La adjudicación administrativa de recursos escasos. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 1-42. <https://indret.com/la-adjudicacion-administrativa-de-recursos-escasos/>
- Arroyo Jiménez, L. (2015b). Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. En L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla Fernández-Bermejo (dirs.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número* (pp. 47-107). Marcial Pons.
- Arroyo Jiménez, L. y Utrilla Fernández-Bermejo, D. (2015). La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas. En L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla Fernández-Bermejo (dirs.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número* (pp. 25-46). Marcial Pons.

- Baum, L. E. (2015). *State Laws on Weighted Lotteries and Enrollment Practices*. National Alliance for Public Charter Schools. <https://publiccharters.org/news/state-laws-on-weighted-lotteries-and-enrollment-practices/>
- Bonal, X. y Zancajo, A. (2020). Elección de escuela, movilidad y segregación escolar del alumnado vulnerable en Barcelona. *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 18(4), 197-218. <https://doi.org/10.15366/reice2020.18.4.008>
- Boyle, C. (2010). *Lotteries for education*. Imprint Academic.
- Broome, J. (1991). Fairness. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 91(1), 87-101. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/91.1.87>
- Calsamiglia, C. y Güell, M. (2013). ¿Cómo escogen los padres la escuela de sus hijos? Teoría y evidencia para España. *Documentos de trabajo (FEDEA)*, (9), 1-27.
- Cotino Hueso, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental: especial atención a su dimensión social prestacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De los Mozos Touya, I. (2006). La posición jurídica de los protagonistas de la actividad educativa ante la escolarización en la enseñanza obligatoria. En M. de Esteban Villar, M. A. Sancho Gargallo, R. Caballero Sánchez y J. M. Rodríguez de Santiago (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas* (pp. 175-194). Fundación Europea Sociedad y Educación.
- De Madaria, B. y Gabaldón Estevan, D. (2023). Zonificación y admisión. Una separación necesaria. En J. M. Rodríguez-Victoriano, L. Martínez Junquero y B. de Madaria (coords.), *La reproducción de las desigualdades sociales en el sistema educativo. El mapa escolar de València* (pp. 223-258). Universidad de Valencia.
- Duro Carrión, S. (2021). Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (36), 147-178. [https://www.ugr.es/~redce/REDCE36/articulos/06\\_DURO.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE36/articulos/06_DURO.htm)
- Eckhoff, T. (2011). Lotteries in Allocative Situations. En P. Stone (ed.), *Lotteries in Public Life: A Reader* (pp. 193-213). Andrews UK Limited.
- Fernández Esquinas, M. (2004). Elección de escuela: efectos sociales y dilemas en el sistema educativo público en Andalucía. *Revista de Educación*, (334), 377-390. <https://www.educacionfpydeportes.gob.es/revista-de-educacion/numeros-revista-educacion/numeros-anteriores/2004/re334/re334-21.html>
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (2006). El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo. En M. de Esteban Villar, M. A. Sancho Gargallo, R. Caballero Sánchez y J. M.<sup>a</sup> Rodríguez de Santiago (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas* (pp. 37-68). Fundación Europea Sociedad y Educación.
- Fernández Soria, J. M. (2007). Igualdad y libertad de elección de centro docente: una cuestión polémica para un acuerdo necesario. *Revista de Educación*, (344), 41-59. <https://www.educacionfpydeportes.gob.es/revista-de-educacion/numeros-revista-educacion/numeros-anteriores/2007/re344/re344-03.html>
- Ferrer, Á. y Gortazar, L. (2021). Diversidad y libertad. Reducir la segregación escolar respetando la capacidad de elección de centro. *Esade EcPol Insight*, (29), 1-28. <https://www.esade.edu/ecpol/es/publicaciones/segregacion-escolar-esadeecpol/>
- Gómez Espino, J. M. (2019). Zonificación escolar, proximidad espacial y segregación socioeconómica: los casos de Sevilla y Málaga. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (168), 35-54. <https://doi.org/10.5477/cis/reis.168.35>
- González Rivas, J. J. (1996). Introducción al régimen jurídico general de los servicios públicos. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (28) [ejemplar dedicado a Régimen Jurídico de los Servicios Públicos], 15-58.
- Gortazar, L. (2020). Segregación escolar y ciudades: ¿matrimonio inseparable? *Panorama Social*, (32), 127-141. <https://www.funcas.es/articulos/segregacion-escolar-y-ciudades-matrimonio-inseparable/>
- Gortazar, L., Mayor, D. y Montalbán, J. (2020). *School Choice Priorities and School Segregation: Evidence from Madrid* [Working Paper Series 1/2020]. Stockholm University, Swedish Institute for Social Research.
- Greely, H. (1977). The Equality of Allocation by Lot. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 12(1), 113-141.
- Guardia Hernández, J. J. (2019). Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: recorrido histórico y perspectivas a futuro. *Estudios Constitucionales*, 17(1), 321-362. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100321>
- Horcas López, V. y García de Fez, S. (2023). La enseñanza obligatoria en la ciudad de València: las políticas de zonificación escolar y criterios de baremación. En J. M. Rodríguez Victoriano, L. Martínez Junquero y B. de Madaria (dirs.), *La reproducción de las desigualdades sociales en el sistema educativo. El mapa escolar de València. Políticas de zonificación, libertad de elección y segregación escolar* (pp. 203-222). Publicacions de la Universitat de València (PUV). <https://hdl.handle.net/10550/94000>
- Isaacs, D. (1999). Posibilidades y limitaciones del carácter propio de los centros educativos concertados en la realidad. *Ius Canonicum*, 39(77), 43-56. <https://doi.org/10.15581/016.39.15768>
- Jansen, L. A. y Wall, S. (2021). Weighted Lotteries and the Allocation of Scarce Medications for COVID-19. *The Hastings Center Report*, 51(1), 39-46. <https://doi.org/10.1002/hast.1218>
- López-Conde, N., Moreno Parra, L. V. y Verde-Diego, C. (2022). Revisión conceptual y normativa de las familias monoparentales en España. *Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, (11), 15-25. <https://doi.org/10.6018/azarbe.546851>

- López Rupérez, F. (1995). *La libertad de elección en educación*. Fundación FAES.
- López Rupérez, F., Expósito Casas, E. y García García, I. (2019). Igualdad de oportunidades e inclusión educativa en España. Relieve: *Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa*, 25(2), 1-24. <https://doi.org/10.7203/relieve.25.2.14351>
- Machado Ruiz, M. D. (2002). *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*. Tirant lo Blanch.
- Mancebón Torrubia, M. J. y Pérez-Ximénez, D. (2007). Conciertos educativos y selección académica y social del alumnado. *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 180(1), 77-106.
- Martínez Pinilla, R. (2018). Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos. *TEMat*, (2), 1-13.
- Meix Cereceda, P. (2018). La adjudicación de prestaciones educativas. En L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla Fernández-Bermejo (coords.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos: ordenación sectorial y reconstrucción sistemática* (pp. 329-354). Tirant lo Blanch.
- Míguez Macho, L. (1999). *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Cedecs.
- Musoles Cubedo, M. C. (1989). Polémica que suscita el criterio de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, (5), 177-190. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-E-1989-10017700187](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-1989-10017700187)
- Nieto Salinas, A. y García Clavel, J. (2008). Estudio de los baremos para dirimir los accesos a los centros sostenidos con fondos públicos: iguales pero distintos. *Investigaciones de Economía de la Educación*, (3), 509-516. <http://hdl.handle.net/11162/44081>
- Olmedo Reinoso, A. (2008). De la participación democrática a la elección de centro: las bases del cuasimercado en la legislación educativa española. *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, 16(1), 1-32. <https://doi.org/10.14507/epaa.v16n21.2008>
- Peñafiel Martínez, F. (2014). De la educación especial a la educación inclusiva. En F. Peñafiel Martínez, J. A. Torres González y J. M. Fernández Batanero (coords.), *Evaluación e intervención didáctica. Atención a las necesidades específicas de apoyo educativo* (pp. 13-38). Pirámide.
- Roemer, J. E. (1998). *Equality of opportunity*. Harvard University Press.
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General* (vol. II, 4.ª ed.). Iustel.
- Urteaga, E. (2009). Las políticas de discriminación positiva. *Revista de Estudios Políticos*, (146), 181-213. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-146-octubre-diciembre-2009/las-politicas-de-discriminacion-positiva-1>
- Utrilla Fernández-Bermejo, D. (2018). La adjudicación administrativa de recursos escasos. En L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla Fernández-Bermejo (coords.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos: ordenación sectorial y reconstrucción sistemática* (pp. 25-42). Tirant lo Blanch.
- Valero Heredia, A. (2023). Libre elección de las familias y segregación escolar: análisis jurídico-constitucional. En J. M. Rodríguez-Victoriano, L. Martínez Junquero y B. de Madaria (coords.), *La reproducción de las desigualdades sociales en el sistema educativo: el mapa escolar de València* (pp. 33-56). Universidad de Valencia.
- Vidal Prado, C. (2021). Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad. *IgualdadES*, (4), 255-285. <https://doi.org/10.18042/cepc/lgdES.4.09>
- Villarroya Planas, A. y Escardíbul Ferrá, J. O. (2008). Políticas públicas y posibilidades efectivas de elección de centro en la enseñanza no universitaria en España. *Profesorado: Revista de Curriculum y Formación del Profesorado*, 12(2), 1-26. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/profesorado/article/view/20454>
- Wollenschläger, F. (2015). El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número en el Derecho administrativo general. En L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla Fernández-Bermejo (dirs.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número* (pp. 139-203). Marcial Pons.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 12-04-2024  
Modificado: 10-07-2024  
Aceptado: 12-07-2024  
Publicación anticipada: 10-09-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11371>  
Páginas: 53-75

Referencia: Fernández-García, J. F. (2024). La problemática de los parques eólicos y su solución a través del urbanismo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 53-75. <https://doi.org/10.24965/reala.11371>

## La problemática de los parques eólicos y su solución a través del urbanismo

### *The problem of wind farms and their solution through urban planning*

Fernández-García, José Francisco

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

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-6324-8410>

[josefranciscofg@uniovi.es](mailto:josefranciscofg@uniovi.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho Administrativo e investigador responsable del área jurídica del Instituto de Recursos Naturales y Ordenación del Territorio de la Universidad de Oviedo. Actualmente ocupa la Dirección Jurídica Municipal del Ayuntamiento de Santander, en situación de servicios especiales.

#### RESUMEN

**Objetivos:** el presente trabajo aborda el debate jurídico que suscita el encaje de las instalaciones eólicas en el territorio, a fin de identificar mecanismos de ordenación coordinada de esta actividad con otras políticas sectoriales. **Metodología:** la investigación realizada se orienta a dar solución a los problemas reales que plantea la aplicación del derecho en esta materia, empleando para ello la metodología habitual de las ciencias jurídicas (especialmente, el análisis normativo y doctrinal). **Resultados:** se ha conseguido precisar la forma en la que los planes urbanísticos han de llevar a cabo esa labor integradora, clarificando previamente los trámites administrativos exigidos para la implantación de este tipo de infraestructuras. **Conclusiones:** la implantación de un parque eólico debe conllevar un nuevo ordenamiento urbanístico del área en la que se ubica, a fin de que las servidumbres impuestas por la instalación de dichas infraestructuras sean contempladas en los regímenes de uso de los suelos situados en torno a las mismas. Con el fin de acometer esa función, la ordenación del territorio, la zonificación y los planes especiales se erigen en las tres piezas esenciales del sistema.

#### PALABRAS CLAVE

Energía eólica; urbanismo; medio ambiente.

#### ABSTRACT

**Objectives:** This work addresses the legal debate that arises about the fit of wind installations in the territory, in order to identify mechanisms for coordinated management of this activity with other sectoral policies. **Methodology:** From an eminently practical approach, the research carried out is aimed at providing solutions to the real problems posed by the application of Law in this matter, using the usual methodology of legal sciences (especially normative and doctrinal analysis). **Results:** It has been possible to specify the way in which urban plans must carry out this integrative work, previously clarifying the administrative procedures required for the implementation of this type of infrastructure. **Conclusions:** The implementation of a wind farm must entail a new urban planning of the area in which it is located, so that the easements imposed by the installation of said infrastructures are contemplated in the land use regimes located around the same. In order to undertake this function, territorial planning, zoning and special plans are the three essential pieces of the system.

#### KEYWORDS

Wind energy; urban planning; environment.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE MODELO ENERGÉTICO. 2. EL FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES Y SU MARCO REGULATORIO ACTUAL. 2.1. EL IMPULSO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LA UNIÓN EUROPEA. 2.2. EL DERECHO ESPAÑOL. 3. EL PROCEDIMIENTO AUTORIZATORIO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS. 3.1. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA: DISPONIBILIDAD DE LOS TERRENOS Y TRÁMITE AMBIENTAL. 3.2. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONSTRUCCIÓN: LA POSIBILIDAD DE EXCEPTUARLA. 3.3. LA AUTORIZACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN Y SU TRANSMISIÓN A TERCEROS. 4. LA NECESARIA INCARDINACIÓN PREVIA DE LOS PARQUES EÓLICOS EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL. 4.1. LA IDONEIDAD DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO COMO MARCO PARA EL ENCAJE DE LAS POLÍTICAS SECTORIALES. 4.2. OBJETIVOS Y CONTENIDO DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL EN MATERIA DE ENERGÍA EÓLICA: NORMAS DE APLICACIÓN DIRECTA Y CRITERIOS ORIENTATIVOS. 4.3. LA ELECCIÓN DEL MODELO TERRITORIAL DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA EÓLICA. 4.4. LA ZONIFICACIÓN PREVIA. 4.5. LOS CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE LOS EMPLAZAMIENTOS: IMPACTOS PRODUCIDOS Y RENTABILIDAD ENERGÉTICA. 4.5.1. El impacto ambiental. 4.5.2. El impacto sobre la estructura del territorio. 4.5.3. La rentabilidad energética. 5. TRATAMIENTO URBANÍSTICO DE LOS PARQUES EÓLICOS. 5.1. LA CONTEMPLACIÓN DE LA ACTIVIDAD EÓLICA EN LOS PLANES GENERALES. 5.1.1. El suelo rústico. 5.1.2. El suelo urbano y urbanizable. 5.2. LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA DEL ÁREA AFECTADA POR LA INSTALACIÓN DE PARQUES EÓLICOS: LOS PLANES ESPECIALES. 5.2.1. Actividades agrarias. 5.2.2. Actividades al servicio de las obras públicas, de equipamientos y servicios o de uso público. 5.2.3. Vivienda familiar. 5.2.4. Actividad cinegética y prácticas deportivas. 5.3. MECANISMOS DE RESTAURACIÓN DE LOS TERRENOS Y DE COMPENSACIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE MODELO ENERGÉTICO

La eólica es una de las fuentes de energía más antiguas empleadas por el hombre. En un principio, la fuerza del viento se aprovechaba directamente para facilitar el movimiento de máquinas y vehículos. Hoy, los modernos aerogeneradores transforman la energía cinética que se produce por los efectos de las corrientes de aire, generando electricidad para el consumo directo de miles de hogares y empresas.

Dado el carácter abundante e inagotable del viento, la eólica es una de las principales fuentes de energía *renovable*<sup>1</sup>, destacando, entre otras razones, por su bajo coste de generación. Además, es una fuente de carácter autóctono, disponible en casi todo el planeta, lo que evita la dependencia respecto de terceros países y los eventuales problemas de falta de suministro o de alza de precios. De igual modo, la eólica está conceptualizada como una de las energías más limpias, tras la energía solar, ya que su generación no lleva implícito un proceso de combustión y no produce, por tanto, emisiones atmosféricas o residuos tóxicos.

Como fuente de generación de electricidad, la energía eólica constituye así uno de los principales instrumentos para el cambio del modelo energético (el llamado proceso de «descarbonización» de la economía), basado en la sostenibilidad y la eficiencia, esto es, en la integración equilibrada de los desarrollos económico, social y ambiental, y cuyo principal reto es la eliminación progresiva del uso de los combustibles fósiles, enormemente contaminantes, y la lucha en definitiva contra el cambio climático<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático del País Vasco, define la energía renovable, en su art. 3, como «aquella que se obtiene a partir de fuentes naturales que producen energía de forma inagotable e indefinida». En términos similares se expresa el Real Decreto 376/2022, de 17 de mayo, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad y de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (art. 2), así como la Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y la Transición Ecológica de la Comunidad Valenciana, que incluye bajo esta categoría a «la energía procedente de fuentes renovables no de combustibles fósiles, es decir, la energía eólica, solar, aerotérmica, geotérmica y otras energías del ambiente, hidrotérmica, de las olas, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás y plantas de valorización energética» (anexo I, aptdo. 23).

<sup>2</sup> Conforme recuerdan Valencia y Rosa Moreno (2020), la descarbonización de la economía ha de apoyarse en las energías renovables, que son objeto de un «nuevo Derecho», de un nuevo marco regulatorio que tiende a facilitar su penetración masiva y, a la vez, ordenada, tanto a través de un planteamiento normativo general como específico en los distintos sectores. Véase, a su vez, Alenza y Mellado (2022), Bacigalupo (2022, pp. 923 y ss.) y Ruiz Olmo *et al.* (2021, pp. 59-96). En este trabajo se estudia el proceso de transición energética al hilo de la normativa de la Unión Europea y de la legislación nacional aprobada para su desarrollo, que tiene su exponente más reciente en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética.

Por ello, desde que en 1994 se instalara el primer parque eólico en España, nuestro país se ha convertido en uno de los mayores productores de esta clase de energía en el mundo<sup>3</sup>. En el último mes de 2023 las renovables generaron el 56,8% de toda la electricidad en España y registran así su mayor participación en el *mix* de generación desde que se cuenta con registros desde 2007. La eólica, responsable de algo más de la quinta parte de toda la producción (24%), fue la renovable con mayor presencia en una estructura de generación<sup>4</sup>.

No obstante, la producción de este tipo de energía también presenta inconvenientes o desventajas, que implican que la implantación de las infraestructuras requeridas no sea totalmente inocua y que obligan al legislador a ponderar los intereses jurídicos en liza. En efecto, estas instalaciones comportan servidumbres y cargas para el entorno y el hábitat en el que se localizan, que resulta transformados no solo por la incidencia de los aerogeneradores, sino por la del resto de elementos asociados que deben ejecutarse para su desarrollo, como son los caminos de acceso, o las líneas de evacuación<sup>5</sup>.

Los grandes parques eólicos generan un fuerte impacto paisajístico, toda vez que la altura de las turbinas o torres puede oscilar entre los 50 y 80 metros, y sus palas giratorias se elevan otros 40 metros, haciendo que estas instalaciones sean visibles desde largas distancias. Ocupan grandes áreas, ya que los aerogeneradores deben estar separados y su ubicación se produce además a gran altura, en parajes naturales o zonas particularmente sensibles, donde el viento es más aprovechable<sup>6</sup>.

Por otra parte, el principal problema de esta fuente de energía es que no resulta fácilmente almacenable, de ahí que, hoy por hoy, no ofrezca una alternativa completa frente al uso de otras fuentes más tradicionales, al tener que consumirse de manera inmediata a su producción. Por ello, para distribuir la energía que generan estas instalaciones es necesario construir líneas de alta tensión, capaces de conducir el máximo de electricidad generada<sup>7</sup>.

Los parques eólicos también pueden tener un impacto severo sobre las aves, incapaces de reconocer el movimiento de las palas giratorias de los aerogeneradores, cuya velocidad alcanza los 70 km/h (véase Lucas Castellanos, 2007).

Del mismo modo, aunque los parques eólicos suelen contribuir a generar riqueza y oportunidades de trabajo en las zonas rurales en donde suelen ubicarse, su plena compatibilidad con ciertas actividades tradicionales (agrícola, forestal o ganadera) a menudo resulta controvertida<sup>8</sup>.

Estos y otros aspectos ponen de manifiesto la importancia de dotar de garantías jurídicas la actividad que desarrolla este pujante sector energético. No olvidemos que en España 30 000 personas trabajan en torno a la producción de la energía eólica. Además, esta industria representa el 0,35% del PIB nacional y nuestro país es el tercer exportador de aerogeneradores del mundo y de tecnología por importe de unos 2062 millones de euros al año<sup>9</sup>.

Como cualquier otra de las energías renovables, la eólica no solo está llamada, por tanto, a ser uno de los elementos presentes en nuestra vida cotidiana, sino también a ser clave del desarrollo económico y social a lo largo de las próximas décadas<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> En España, el primer parque eólico se instaló en 1994 en la Sierra de El Perdón, Zariquiegui (Navarra). Actualmente, existen 1203 parques eólicos, repartidos en 807 municipios, que cuentan con una potencia instalada de 26 835 MW. Nuestro país es el segundo productor de energía eólica de la Unión Europea tras Alemania y ocupa el quinto lugar en el contexto internacional, siendo los principales productores China, Estados Unidos y la India. Véase <https://www.evwind.com/>; <https://www.aeeolica.org>

<sup>4</sup> Véase [www.energyavm.es](http://www.energyavm.es) y <https://www.ree.es>

<sup>5</sup> Acerca de su cuestionamiento, véase García González (2006, pp. 33-38).

<sup>6</sup> Véase Sanz Larruga (2010, pp. 899-924). Como recuerda este autor, en la regulación de este tipo de parques inciden tanto los instrumentos del derecho internacional del mar, como el derecho comunitario y las normas de los países miembros.

<sup>7</sup> Véase Estoa (2016). Conforme se indica en esta obra, desde 2009, y de manera progresiva hasta la actualidad, el recorte a las energías renovables hizo disminuir la instalación de tal generación y, con ello, la conflictividad. El conflicto más habitual pasó a ser el de acceso de parques eólicos a la red de distribución con influencia en la red de transporte. La interpretación del regulador energético favorable al acceso se ha visto limitada por una regulación que ha hecho prevalecer los intereses de seguridad en la operación de las redes, circunstancia que se ha plasmado en la regulación del acceso prevista en la Ley del Sector Eléctrico de 2013.

<sup>8</sup> El agricultor o propietario de las fincas, a cambio de la ocupación de estas, suele pactar bien que se le abone una cantidad fija por kilovatio instalado o por kilovatio producido. En el último caso participa del riesgo y de la rentabilidad de la operación. Junto a esta atractiva remuneración, no deben olvidarse otros aspectos fundamentales, pues la duración de estos contratos, que gira en torno a los veinticinco años, hace que durante ese tiempo el agricultor vea limitado su derecho de propiedad. El trazado de nuevos caminos o la ampliación de los existentes (para la instalación, supervisión y reparación de los aerogeneradores), la modificación de la hidrología natural de la zona o el lugar de emplazamiento de la subestación son algunos de los aspectos que pueden condicionar la futura explotación agrícola de los terrenos. Véase en tal sentido Pernas (2001, p. 80).

<sup>9</sup> Véase <https://industria.gob.es>; <https://www.ree.es>; <https://www.aeeolica.org>

<sup>10</sup> En 2018, el viento se constituyó en la segunda fuente de generación del sistema eléctrico por detrás de la nuclear, y se espera que sea la primera para 2030. Véase: <https://www.antala.es>; <https://www.aeeolica.org>

## 2. EL FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES Y SU MARCO REGULATORIO ACTUAL

### 2.1. El impulso de las energías renovables en la Unión Europea

Conforme acabamos de apuntar, la alternativa para conseguir un desarrollo sostenible significa la implantación de un nuevo paradigma sobre el que construir sistemas energéticos que impulsen tanto el ahorro y la eficiencia en el uso de la energía como la sustitución paulatina de las fuentes de energía convencionales por otras de naturaleza renovable<sup>11</sup>.

El fomento del desarrollo de energías nuevas y renovables constituye uno de los objetivos de la política energética de la Unión conforme establece el art. 194 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>12</sup>. En desarrollo de esa previsión, la Directiva 2009/28/CE sobre energías renovables, adoptada en codecisión el 23 de abril de 2009, estableció que para el año 2020 un 20% del consumo de energía en la Unión debía proceder de fuentes renovables.

Cabe así afirmar que la energía renovable desempeña un papel fundamental en la estrategia de la Unión Europea a largo plazo. La propia Comisión Europea, en su Comunicación de 6 de junio de 2012 (Energías renovables: principales protagonistas en el mercado europeo de la energía) definió las áreas en las que debían intensificarse los esfuerzos hasta 2020 para que la producción europea de energías renovables pueda seguir creciendo hasta 2030 y en años posteriores y, en particular, para que las energías renovables sean menos costosas, más competitivas y respondan a las necesidades del mercado.

Siguiendo esa misma senda, el 28 de noviembre de 2018 la Comisión presentó su visión estratégica a largo plazo para una economía próspera, moderna, competitiva y neutra desde el punto de vista del clima de aquí a 2050.

Finalmente, la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, establece un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables y fija un objetivo vinculante para la Unión en relación con la cuota general de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión en 2030<sup>13</sup>.

### 2.2. El derecho español

La competencia sobre la implantación de infraestructuras energéticas se encuentra compartida en nuestro ordenamiento interno atendiendo a que la producción, distribución y transporte de la energía que generan esas instalaciones afecte o transcurra por el territorio de una o más comunidades autónomas<sup>14</sup>. Bajo ese marco se dictaron distintas normas autonómicas que se encargaron de regular el aprovechamiento

---

<sup>11</sup> Tal como advierten Zamora y de la Cruz (2019), al igual que sucede con todos los sectores industriales, la Cuarta Revolución Industrial impone al sector de la energía que afronte una auténtica metamorfosis en la que debe cambiar tanto la estructura de la producción y el suministro como las pautas habituales de la demanda. La electricidad, el gas y los productos petrolíferos afrontan un período de profundas transformaciones con motivo de la «transición energética». Véase también a este respecto González Ríos (2024, pp. 59-96), Ruiz Olmo y Delgado Piqueras (2014, pp. 59-96).

<sup>12</sup> Un exponente de esta transformación podemos verlo en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2014, sobre el asunto *Alands Vindkraft*, en la que se examina cuestiones fundamentales del derecho europeo, como la aprobación de un sistema nacional de apoyo de certificados verdes, la ponderación entre los principios de protección al medio ambiente y fomento de las energías renovables frente a la libre circulación de mercancías dentro del territorio europeo, la aplicación del test de proporcionalidad y los resultados de su empleo, así como la importancia del principio de seguridad jurídica en la implementación de medidas de derecho comunitario en los distintos ordenamientos jurídicos. Véase un comentario a este pronunciamiento en Fuertes Giné (2019, pp. 383-397).

<sup>13</sup> Véase Galán Vioque y González Ríos (2017) en relación con el examen del «paquete de invierno» en materia de regulación energética y acerca del alcance de los instrumentos jurídicos existentes en la lucha contra el cambio climático. Véase igualmente García García (2019, pp. 141-144) y Rosa Moreno (2020, pp. 41-78). Según destaca esta última autora, la transformación renovable del sistema energético ha entrado en su etapa de transición con el nuevo marco normativo europeo aprobado en los últimos años. En esta transición, el papel de la Directiva 2018/2001 es esencial, ya que «actualiza y refuerza todos los requerimientos en materia de energía renovable, fija nuevas metas para alcanzar el objetivo final de neutralidad climática, y establece una regulación para facilitar el despliegue masivo de la energía renovable en el sistema energético». Un amplio estudio sobre la jurisprudencia específica del TJUE sobre la llamada «electricidad verde», que surge de la respuesta a las cuestiones prejudiciales acerca de la compatibilidad de la legislación de los Estados miembros respecto de diversos principios y reglas del Derecho europeo, puede verse en Delgado Piqueras (2020, pp. 140-174).

<sup>14</sup> Conforme a este marco competencial, las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra comunidad autónoma, corresponde otorgarlas al órgano competente de la respectiva Administración regional. Fuera del referido supuesto, el otorgamiento de las autorizaciones corresponde a la Administración General del Estado en los términos que establece el art. 3 de la citada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

de esta clase de energía y de establecer el procedimiento para autorizar la construcción y explotación de los parques eólicos y otras instalaciones vinculadas con el aprovechamiento de las energías renovables<sup>15</sup>.

En un principio, los modelos diseñados se basaron en un sistema de asignación de potencia eólica<sup>16</sup>, cuyo resultado se hacía depender de un trámite de concurso general expuesto a los riesgos derivados de eventuales impugnaciones y, consiguientemente, a una alta probabilidad de paralización de todo el mecanismo de implantación de estas infraestructuras energéticas<sup>17</sup>.

Posteriormente, se confeccionó un procedimiento de autorización de los parques eólicos cuya principal novedad radicaba en el establecimiento de un trámite previo de selección competitiva de proyectos<sup>18</sup>, más adecuado a la singularidad de este sector productivo (y a la existencia de un elevado número de iniciativas empresariales), con el que se pretendía garantizar la seguridad en el suministro de energía, la promoción de las nuevas tecnologías y, en definitiva, la protección ambiental del entorno.

Toda esta regulación se vio afectada, más tarde, con la entrada en vigor de la Ley estatal 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y, de manera más específica, por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico<sup>19</sup>.

Este nuevo marco jurídico trajo consigo que, en virtud de las correspondientes disposiciones de reenvío introducidas, el régimen de autorizaciones aplicable en gran parte de las comunidades autónoma sea, a la postre, el establecido en la citada Ley 24/2013 y sus normas de desarrollo (Blasco, 2015, pp. 38-39; 2019, pp. 33-35).

En último extremo, este régimen legal debe completarse con lo dispuesto en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, norma cuyo texto original ha sido, a su vez, objeto de reciente modificación por medio del Real Decreto-Ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.

Tal como veremos a continuación, esta normativa, sin embargo, aborda la autorización de la implantación de estas instalaciones prácticamente desde la exclusiva perspectiva energética, basada, en esencia, en promover el desarrollo y crecimiento de este pujante sector de la actividad industrial. En efecto, aunque la energía eólica ha experimentado un gran desarrollo en los últimos años, su regulación se ha centrado,

<sup>15</sup> Véase, entre otras, la Ley 7/2013, de 25 de noviembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en la Comunidad Autónoma de Cantabria. En la doctrina, véase Delgado Piqueras (2010, pp. 205-248).

<sup>16</sup> Véase el Decreto 19/2009, de 12 de marzo, por el que se regula la instalación de parques eólicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC 51, 16-03-2009). En esa época, algunas comunidades autónomas, incluso, estimulaban la participación del sector público en el capital social del proyecto de las empresas que, en virtud de los procedimientos diseñados, resultasen autorizadas para instalar parques eólicos generadores de energía eléctrica. En este sentido, véase el Decreto 242/2007, de 13 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia. En cualquier caso, el fomento público de las energías renovables sigue hoy muy presente en la legislación autonómica. Así, la Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética, califica como inversiones de interés autonómico a los proyectos relativos a la repotenciación de parques eólicos (art. 28). En términos similares se expresa la Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático del País Vasco, que considera esos mismos proyectos como inversiones territoriales prioritarias y urgentes a efectos de «planificación, tramitación administrativa y asignación de ayudas» (art. 64). Véase, igualmente, el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (art. 52.2); el Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (art. 14 bis); o la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (art. 36 ter).

<sup>17</sup> Como muestra de esa conflictividad, véase el Decreto Ley 2/2016, 30 agosto, de medidas urgentes para la ejecución de las sentencias dictadas en relación con los concursos convocados en el marco del Decreto 124/2010, de 22 de junio, y el impulso de la producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en Aragón (BOA. 31 agosto). Véase también la STS 15-06-2015 (Rec. 108/2013) sobre extralimitación de las bases de un concurso de asignación de potencia eólico, invadiendo en contenido propio de los instrumentos de planificación. Al respecto, Fernández-Espinar Muñoz (2020, pp. 72-91). Tal como se describe en este trabajo, a la anulación por parte de los Gobiernos autonómicos de concursos de asignación de potencia por el denominado «cambio de modelo energético» posterior a la celebración de los concursos, se unió la anulación por los órganos judiciales tanto de autorizaciones de explotación en instalaciones en funcionamiento derivada de la anulación de la declaración de impacto ambiental del proyecto aprobada por la Administración como de concursos por la omisión del trámite de la evaluación ambiental exigida en la propia convocatoria.

<sup>18</sup> Es el caso del citado Decreto 124/2010, de 22 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan los procedimientos de priorización y autorización de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA 7 Julio 2010). Al respecto, véase también, Gonzalo Miguel (2012, p. 38).

<sup>19</sup> Como antecedentes más inmediatos de esta normativa estatal cabe mencionar, en particular, la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad que, finalmente, imbrica los procedimientos de conexión a la red eléctrica y los de autorización administrativa. Asimismo, la ley del sector eléctrico fue reformada, posteriormente, por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.

en esencia, en fomentar la implantación de estas instalaciones, atendiendo a su carácter estratégico, como fuente de diversificación energética y, también, como parte de un compromiso para la protección del medio ambiente (véase Durá, 2024, pp.108-109).

### 3. EL PROCEDIMIENTO AUTORIZATORIO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LAS INSTALACIONES EÓLICAS

El Tribunal Supremo reconoce respecto del sector eléctrico en general «una cierta intervención pública» y el carácter de «sector necesariamente regulado», señalando que la circunstancia de que las autorizaciones tengan carácter reglado y se rijan por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación «no es incompatible con la exigencia de que aquéllos que las soliciten deban acreditar, entre otros extremos, las condiciones de eficiencia energética de las instalaciones propuestas»<sup>20</sup>.

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, aunque no resulte directamente aplicable a este sector, admite, utilizando la misma lógica, la opción de autorización con selección «cuando el número de autorizaciones disponibles para una determinada actividad esté limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se puedan emplear».

Conforme establece la vigente Ley 24/2013, la producción de energía eléctrica se realiza en régimen de libre competencia, regulándose las instalaciones de fuentes de energía renovable de manera análoga a la del resto de tecnologías que se integran en el mercado, sin que se empleen ya los conceptos diferenciados de régimen ordinario y especial, utilizados en la normativa precedente.

Como ya hemos apuntado con anterioridad, la actual regulación ha eliminado los procedimientos de asignación de potencia mediante concurso público, al revelarse como una solución ineficaz para la consecución de los objetivos de participación de la eólica en el *mix* energético<sup>21</sup>. No obstante, la instalación de un parque eólico exige, con carácter general, obtener tres tipos sucesivos de autorización, a las que seguidamente nos referiremos: la autorización administrativa previa, la autorización administrativa de construcción y la autorización de explotación de las instalaciones<sup>22</sup>.

La perspectiva de este modelo complejo, bajo el cual se configura el procedimiento administrativo que seguir, tiene como principal objeto verificar las condiciones de carácter técnico, socioeconómico y medioambientales que rigen el establecimiento de esta clase de infraestructuras.

#### 3.1. La autorización administrativa previa: disponibilidad de los terrenos y trámite ambiental

La obtención de la autorización administrativa previa exige la presentación de la correspondiente solicitud del promotor del parque, que debe ir acompañada de un anteproyecto de la instalación y de la acreditación de la capacidad del solicitante, en los términos que establece el art. 123 del Real Decreto 1955/2000.

El anteproyecto ha de incluir, entre otros extremos, el proyecto de ejecución elaborado y firmado por técnico facultativo competente; los estudios de mediciones de viento, particularizados para los emplazamientos concretos; el aval bancario, exigido por lo dispuesto en los arts. 59 bis y 66 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre; el punto de conexión otorgado por la empresa distribuidora o de transporte, según corresponda, así como la fianza que asegure el cumplimiento de los deberes de desmantelamiento de las instalaciones y de restauración de los terrenos.

<sup>20</sup> Véase STS 30-01-2007 (Rec. 3370/2004). Al respecto, en la doctrina, López Sako (2008).

<sup>21</sup> Sobre los reiterados cambios legislativos, tanto a nivel estatal como autonómico, que inciden en el inicial régimen retributivo obtenido por dichas instalaciones en el momento de su autorización, recuerda la doctrina que nuestros tribunales han emitido pronunciamientos muy debatidos en los que se establece una jurisprudencia restrictiva de la responsabilidad patrimonial y de la lesión y cuantía de la indemnización con base en la aplicación de los controvertidos principios de razonabilidad, margen de tolerancia y margen de apreciación que, unidos a la declaración del Tribunal Constitucional sobre la no existencia de «un derecho inmodificable», pugnan con el principio constitucional de seguridad así como los fundamentos de la responsabilidad objetiva de la Administración. Al respecto, Fernández-Espinar Muñoz (2020, pp. 72-91).

<sup>22</sup> Véase art. 115 del Real Decreto 1955/2000. En relación con la aplicación de este precepto véase la STSJ de Madrid 30-03-2023 (Rec. 1151/2021) y STSJ de Navarra 23-01-2024 (Rec. 99/2023). En la doctrina, Llanos (2012). En este trabajo se puede encontrar un estudio detallado de los diferentes procedimientos autorizatorios articulados por las comunidades autónomas españolas sobre las instalaciones eléctricas de energía eólica y la relevancia adquirida en ellos de los informes de acceso y conexión en el período inmediatamente anterior a la vigente Ley del Sector Eléctrico.

La acreditación fehaciente de la disponibilidad de los terrenos es otro de los extremos que ha de quedar debidamente contemplado y que ha suscitado una cierta controversia, particularmente en el caso de que el promotor precise la expropiación de ese suelo<sup>23</sup>.

A este respecto, algunas comunidades autónomas han venido exigiendo que la solicitud de reconocimiento en concreto de la utilidad pública de un parque eólico se presente al mismo tiempo que la solicitud de autorización de la instalación. Sin embargo, la práctica ha demostrado que esta exigencia dota de excesiva rigidez al procedimiento. En efecto, si bien resulta posible que el promotor identifique desde el inicio de la tramitación del parque eólico las afecciones y las servidumbres que se precisará imponer, también lo es que la expropiación forzosa se configura como vía a la que acudir en caso de falta de acuerdos voluntarios con los titulares de los bienes y derechos afectados.

Condicionar el recurso a la expropiación forzosa a que esta sea instada desde el principio de la tramitación del expediente, no solo puede resultar contrario al espíritu de procurar preferentemente acuerdos voluntarios, sino que puede obligar a las empresas interesadas a iniciar preventivamente los trámites de expropiación para evitar cerrar el acceso a ese trámite en caso de falta de acuerdo, dando lugar a proliferas tramitaciones que puedan resultar innecesarias. De acuerdo con lo anterior, resulta aconsejable permitir que el reconocimiento en concreto de la utilidad pública se solicite con posterioridad a la iniciación del procedimiento conducente a la obtención de la autorización administrativa<sup>24</sup>.

De otro lado, la documentación vinculada al anteproyecto debe someterse al trámite de información pública, incorporándose al mismo un estudio de impacto ambiental que exija la correspondiente normativa autonómica, al ser habitual que las instalaciones que utilizan la fuerza del viento para la producción de energía con 50 o más aerogeneradores, con más de 30 MW o que se encuentren a menos de 2 km de otro parque eólico en funcionamiento u autorización administrativa, se sometan necesariamente a declaración de impacto ambiental<sup>25</sup>.

Lo mismo ocurre con aquellos parques eólicos que tengan más de diez aerogeneradores o 6 MW de potencia, pero cuyos proyectos se pretendan desarrollar en ámbitos especialmente sensibles, como los espacios naturales protegidos de la Red Natura 2000 o las áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural de la Biodiversidad<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Véase STSJ Canarias 11-05-2023 (Rec. 133/2018), sobre la declaración de utilidad pública de los proyectos de instalación de parque eólico y su legitimación por el planeamiento. La disponibilidad de los terrenos y de los correspondientes derechos de uso se acredita, normalmente, mediante cualquiera de las siguientes vías: contrato de opción de compra; derecho de superficie; contrato de arrendamiento o cualquier otro título que permita acreditar la disponibilidad de los terrenos con el propietario y titular de los derechos de uso de suelo y vuelo de los terrenos, cuando no coincida con el promotor del parque eólico o, en último extremo, declaración en concreto de utilidad pública otorgada por la Administración competente en el marco de los procedimientos legales de declaración de utilidad pública y actas de ocupación en los procedimientos de expropiación forzosa, en su caso. Al respecto, véase Santos Couceiro (2022, pp. 26-29). Véase igualmente, Bernad (2022, pp. 2570-2605). Conforme concluye este autor, la posibilidad de gravamen del derecho de superficie separadamente del derecho que ostenta el propietario del suelo abre un abanico amplio para las empresas eléctricas propietarias del parque eólico y, por su través, el derecho constituido se presenta, al mismo tiempo, como una propiedad superficiaria y separada que coexiste con la propiedad del suelo sobre la que se efectúa la instalación, permitiendo continuar con el uso y explotación de la finca agrícola en la parte no afectada sustancialmente por lo construido, situación que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad y la teoría del numerus apertus sobre derechos reales, permite diseñar una modalidad de derecho de superficie *sui generis*, cual es el contrato de cesión de un derecho de superficie.

<sup>24</sup> Véase el Decreto 513/2005, de 22 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 302/2001, de 25 de octubre, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia.

<sup>25</sup> Véase el anexo 1, puntos 11 y 12 de la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de Evaluación Ambiental de las Islas Baleares o el anexo I, grupo 3 (industria energética) de la Ley de Cantabria 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado. En el derecho andaluz, los parques eólicos con diez o menos aerogeneradores o menos de 6 MW de potencia, y que no se encuentren incluidas en el anexo I de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, se someten a calificación ambiental y a declaración responsable de los efectos ambientales (anexo I de la Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental). Véase también la STJUE de 12-11-2019 (Rec. C-261/2018) acerca de la construcción de parques eólicos sin efectuar con carácter previo la debida evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, conforme al art. 2 de la Dir. 2001/42.

<sup>26</sup> Sobre el aparente conflicto de intereses entre la instalación de parques eólicos como apuesta estratégica y ambiental en la política energética de la Unión Europea y la protección de los valores ambientales en los espacios y en los entornos de la Red Natura 2000, véase Fernández-Espinar y López (2020, pp. 328-382). Critica este autor cómo, particularmente en estos espacios, las Administraciones competentes en las autorizaciones de parques eólicos, así como las empresas eléctricas promotoras de los mismos, asisten confusos a la anulación de autorizaciones de relevantes parques en explotación, en ocasiones aplicando una errónea doctrina relativa a la «fragmentación» de parques en contra de la propia normativa ambiental y eléctrica, y sin que los órganos judiciales marquen con claridad el camino de cómo debe concretarse en la práctica la «adecuada evaluación ambiental» de los mismos. Achaca esa situación a la existencia de numerosos «conceptos jurídicos indeterminados» en la aplicación a los parques eólicos de las disposiciones de la normativa de evaluación sobre la Red Natura 2000, ofreciendo al respecto soluciones interpretativas a cada uno de ellos y proponiendo la necesaria unidad de criterio de los órganos judiciales en orden a la necesaria compatibilidad de ambos bienes

El referido trámite de información pública va acompañado de una fase de consultas a otras Administraciones, organismos o empresas de servicio público, con el fin de que estas se manifiesten acerca del otorgamiento de la autorización solicitada o formulen los correspondientes reparos a la misma. Tras ese *iter* procedimental, la Administración competente debe emitir la pertinente resolución en el plazo máximo de tres meses desde la presentación de la solicitud, produciéndose en caso contrario silencio administrativo negativo<sup>27</sup>.

### 3.2. La autorización administrativa de construcción: la posibilidad de exceptuarla

La propia resolución de la autorización administrativa previa viene a fijar el plazo de caducidad en el que deberá procederse a la solicitud de la subsiguiente autorización administrativa de construcción.

Conforme establece el legislador autonómico, para tramitar esta autorización será preciso presentar un proyecto técnico de ejecución y una declaración responsable del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de aplicación (véase Ortega Bernardo, 2010, pp. 379-407).

Para su aprobación, el referido proyecto debe someterse a un periodo de consultas a otras Administraciones y organismos afectados, similar al descrito para la obtención de la autorización administrativa previa, y de cuya regulación se ocupa el art. 131 del Real Decreto 1955/2000. Una vez concedida esta autorización, su titular queda habilitado para la ejecución del proyecto, aunque, según cabe advertir, el Real Decreto ya prevé la posibilidad de que, una vez obtenida la autorización administrativa previa, puedan realizarse ciertas labores preparatorias o de acondicionamiento de los terrenos<sup>28</sup>.

A todo ello, es preciso añadir que la aprobación del proyecto de ejecución puede verse exceptuada, siempre que concurren razones de urgencia o excepcional interés para el sistema eléctrico. En tal caso, cabe iniciar, con carácter provisional, la construcción de la instalación, siempre y cuando esta haya obtenido la correspondiente autorización administrativa.

### 3.3. La autorización de la explotación y su transmisión a terceros

El último paso de este procedimiento administrativo complejo consiste en la obtención de la autorización de explotación, que es la que permite la puesta en servicio del parque eólico, de acuerdo con lo establecido en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y demás normas de desarrollo estatales y autonómicas<sup>29</sup>.

Su otorgamiento exige la presentación de la solicitud de la correspondiente acta, a la que se deberá acompañar un certificado final de obra suscrito por técnico competente<sup>30</sup>. Dicho certificado debe dejar constancia de que la instalación se ha realizado de acuerdo con las especificaciones contenidas en el proyecto de ejecución aprobado, así como con las prescripciones de la reglamentación técnica aplicable a la materia.

Al igual que la explotación de los parques, la transmisión de la titularidad de una instalación de producción, transporte o distribución de energía requiere autorización administrativa previa. Para ello, es preciso aportar la documentación que acredite la capacidad legal, técnica y económica del solicitante y una declaración del titular de la instalación que manifieste su voluntad inequívoca de traspasar la titularidad de la

---

e intereses constitucionales. Véase STSJ Navarra 23-01-24 (Rec. 99/2023), en relación con la legalidad del fraccionamiento de los parques en su implantación territorial atendiendo a su potencia eólica.

<sup>27</sup> Véase art. 128 del Real Decreto 1955/2000. Sobre la necesidad de recabar los informes sectoriales antes del trámite de información pública en la autorización de los parques eólicos, véase STS 25-01-2024 (Rec. 4795/2022). En la doctrina, Villares (2022, pp. 429-440).

<sup>28</sup> Véase Díaz (2002, pp. 87-90). Véase STS 27-04-2016 (Rec. 2688/2013), acerca del alcance de las licencias de obras en la preparación de la superficie para la implantación de un parque eólico.

<sup>29</sup> En relación con la problemática de las autorizaciones de explotación, véase STSJ de Castilla-La Mancha de 14-07-2011 (Rec. 399/2006). Conforme se desprende de la experiencia de algunas comunidades autónomas, el plazo medio de tramitación administrativa, incluida la nueva tramitación de las modificaciones de los proyectos inicialmente presentados por los promotores, hasta obtener la autorización administrativa de construcción viene a ser del orden de 15 meses para los proyectos de instalaciones eólicas. En el caso que resultara precisa la declaración de utilidad pública con fines expropiatorios, a este plazo habría que sumarle entre dos y tres meses más, que en algunos casos se podrían simultanear con lo construcción de aquellas infraestructuras que no precisaran de expropiación alguna para su construcción. A este plazo hay que añadir además el tiempo que va a invertir el promotor en la construcción de la planta de producción de energía eléctrica y de sus instalaciones de conexión a la correspondiente red de transporte o distribución que, dependiendo de la potencia, la tecnología y la longitud de las líneas eléctricas, puede oscilar entre seis y dieciocho meses. Véase al respecto la Orden ICD/384/2020, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón (BOA 15 de mayo de 2020).

<sup>30</sup> Véase art. 132 del Real Decreto 1955/2000.

misma. Estas autorizaciones tienen, a su vez, plazo de caducidad, de modo que, una vez otorgadas, si no se produce la transmisión en un período máximo de seis meses, la facultad que se otorga decae, volviendo, en su caso, a tener que plantearse la solicitud ante el órgano competente en materia de industria o energía.

#### **4. LA NECESARIA INCARDINACIÓN PREVIA DE LOS PARQUES EÓLICOS EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL**

La exclusiva perspectiva energética con la que a menudo se contempla la materia objeto de examen hace olvidar la problemática que suscita el encaje de las instalaciones de energía eólica en el territorio, siendo preciso identificar mecanismos de ordenación coordinada de esta actividad de generación eléctrica con los objetivos específicos de otras políticas sectoriales<sup>31</sup>.

De hecho, la regulación autonómica aplicable no siempre contempla de forma expresa la relación de la autorización energética para la instalación de los parques eólicos con la intervención administrativa por razón de la ordenación territorial y urbanística que el acto de transformación y uso del suelo que dichas instalaciones comportan, y ello, por más que se incluyan entre los requisitos formales que ha de reunir toda solicitud de autorización sectorial para la acreditación de la adecuación del proyecto a la situación del planeamiento urbanístico vigente en el área de implantación prevista.

Desde este ángulo se hace preciso examinar la forma en la que los planes urbanísticos han de llevar a cabo esa labor integradora de los diferentes usos que confluyen en estos espacios por medio de la zonificación, así como de clarificar los trámites administrativos exigidos para la implantación de esas infraestructuras, determinando las condiciones a las que han de quedar sujetas o, en su caso, impidiendo su autorización<sup>32</sup>.

##### **4.1. La idoneidad de la ordenación del territorio como marco para el encaje de las políticas sectoriales**

El impacto territorial que comporta la implantación de las infraestructuras de energía eólica hace que la ordenación de la localización de estas instalaciones se convierta en un elemento clave para su aceptación por la población en general y, particularmente, por quienes habitan en el entorno de sus áreas de influencia. Ello hace que los instrumentos expresivos de los fines y objetivos de la política territorial sean el cauce más adecuado para la toma de este tipo de decisiones, que han de preceder a los procedimientos de autorización de los parques eólicos<sup>33</sup>.

Corresponde, pues, a la ordenación del territorio el establecimiento de aquellos criterios que definan la zonificación sobre la que haya de aplicarse el modelo de producción industrial de esta energía (los llamados, parques eólicos convencionales, que vierten a la red general de distribución) y, en su caso, también, para la implantación de instalaciones de autoconsumo, o de las destinadas a la investigación de los recursos

---

<sup>31</sup> Véase Alenza (2021, pp. 91-129), Bassols (2006, pp. 677-710). Igualmente, cabe hacer referencia al análisis llevado a cabo por Cantó López (2023) acerca de los criterios de adaptación climática en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Señala esta autora que «la regulación aprobada ha optado por introducir la estrategia de adaptación desde actuaciones concretas en la urbanización y renovación urbana pero estas medidas han de tener una perspectiva integrada mediante una planificación territorial y urbanística basada en la naturaleza con una visión holística, para una ciudad adaptada al clima».

<sup>32</sup> Un ejemplo de esa visión integradora, a la que nos referiremos en este apartado y en el siguiente, es el Decreto 42/2008, de 15 de mayo, por el que se aprueban definitivamente las Directrices Sectoriales de Ordenación del Territorio para el aprovechamiento de la energía eólica del Principado de Asturias (BOPA 3 Junio 2008). Dicha norma trae causa última de la labor investigadora en la que participó el autor de este trabajo como de responsable del área jurídica del Instituto de Recurso Naturales de la Universidad de Oviedo (INDUROT), a través del contrato CN-02-118-B3, suscrito con esa Administración autonómica. En términos similares se expresa la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña, en la que, a su vez, se postula el principio de cohesión territorial en el marco de la transición energética. A este respecto, señala en su art. 19.6, que «la planificación territorial sectorial de las energías renovables para la generación solar y eólica debe contemplar medidas que minimicen los impactos derivados de la elevada demanda de suelo que requiere la implantación de estas energías y sus líneas de evacuación. La planificación energética y la de mitigación del cambio climático se elaborarán de forma integrada. Hay que tener en consideración especial el principio de justicia social en relación con aquellas personas, colectivos, sectores económicos y territorios que puedan resultar más afectados por la transición energética». Véase también, en relación con el principio de cohesión territorial, lo dispuesto en el art. 26 de la Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética, así como el art. 27 de la Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático del País Vasco. En la doctrina, véase Revuelta Pérez y Alonso Mas (2021), en cuyo trabajo se aborda el análisis de los principales problemas que plantea la transición energética, entre ellos la propia implantación territorial de las energías limpias.

<sup>33</sup> Véase STS 21-09-2015 (Rec. 4144/2012), acerca de la necesidad de armonizar los intereses energéticos con los valores paisajísticos y la protección del medio ambiente a través de la ordenación del territorio.

eólicos<sup>34</sup>. Conforme a ese modelo territorial, cada Administración deberá definir las correspondientes zonas de exclusión y los respectivos ámbitos geográficos de localización de estas infraestructuras, en función de su capacidad de acogida (alta o baja) y del tipo de instalaciones eólicas que puedan soportar en cada caso<sup>35</sup>.

La primera tarea, por tanto, de aquellos poderes públicos con competencias en la materia, ha de consistir en dotarse para todo su ámbito geográfico de aquellos instrumentos de planificación y coordinación capaces de regular y orientar la afección territorial de las actividades de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, en cualquiera de sus modalidades e independientemente de la potencia o del destino de estas<sup>36</sup>.

#### **4.2. Objetivos y contenido de los instrumentos de planificación territorial en materia de energía eólica: normas de aplicación directa y criterios orientativos**

Esos instrumentos de planificación deben ocuparse de regular el impacto territorial de estas actividades de generación de energía eléctrica, pero, a la vez, han de servir de marco de referencia no solo en el momento de la autorización de estas actividades, sino también en la hora de aprobar planes o programas de cualquier clase mediante la formulación de principios o reglas de coordinación con otros sectores de la actividad y demás Administraciones públicas implicadas<sup>37</sup>.

Se trata, pues, de lograr una ordenación coordinada de la actividad eólica junto con otras políticas con incidencia sobre el territorio. Por tanto, la idea guía no solo ha de ser lograr los niveles de reducción de emisiones atmosféricas, asumidos ya 1997 en el Protocolo de Kioto (Tercera Conferencia de las Partes de la Convención sobre el Cambio Climático) o, en consecuencia, impulsar el desarrollo de la generación de electricidad a partir de esta fuente de energía.

Se hace así preciso apostar por una visión integradora de los diferentes usos del suelo que, además de clarificar los trámites administrativos para la autorización de las actividades de generación eólica<sup>38</sup>, regulen la nueva implantación de grandes instalaciones de producción, fijando las reglas precisas para la evaluación de posibles alternativas en orden a su emplazamiento.

Por tanto, han de precisarse, en primer lugar, los criterios que han de tenerse presentes para la implantación del parque a fin de que este tenga la menor incidencia posible, no solo ambiental, sino también estructural sobre el territorio. Y, al mismo tiempo, es preciso que desde la ordenación del territorio se guíe al planeamiento municipal, de modo que las servidumbres que generan las instalaciones eólicas se incardinan urbanísticamente, dotándolas de un tratamiento uniforme en cada una de las partes del territorio de la respectiva comunidad autónoma<sup>39</sup>.

Como es lógico, dada la distribución competencial en materia de ordenación del territorio y urbanismo, las directrices que se fijan en el primero de estos ámbitos, y que corresponde aprobar a la Administraciones

<sup>34</sup> Se denominan parques eólicos de autoconsumo aquellas instalaciones de generación industrial de energía eléctrica a partir del viento que se destinen parcialmente al aprovechamiento del titular de la instalación, ya sea de forma directa (es decir, cuando solamente se viertan a la red los excedentes) o indirecta (si se vierte toda la energía a red y posteriormente se hace el balance anual de autoconsumo energético). Los parques eólicos de investigación se destinen principalmente al ensayo y experimentación de nuevas tecnologías o modelos de aerogenerador, con independencia de que pueda existir conexión para el vertido de los excedentes a la red general de distribución (Directriz 1.ª, 3 y 4 del Decreto 42/08 (ref. n. 39).

<sup>35</sup> Véase a este respecto el art. 19 de la Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y la Transición Ecológica de la Comunidad Valenciana.

<sup>36</sup> Véase Díaz Cuevas (2013). La STC 141/2014, de 11 de septiembre de 2014, recuerda que «el Estado no puede imponer un determinado modelo territorial o urbanístico a las Comunidades Autónomas, pero sí incidir o encauzar el mismo mediante directrices y normas básicas que éstas han de respetar». En este sentido, señala el art. 20 c) TRLSRU que las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo deben atender a los principios de eficiencia energética y de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente, entre otros.

<sup>37</sup> Acerca de la interpretación del concepto «planes y programas» respecto de los que se exige la evaluación de impacto ambiental, véase las STJUE de 25-06-2020 (Rec. C-24/2019). Véase también la STS 25-01-2013 (Rec. 4335/2009), sobre la insuficiencia de un plan especial urbanístico para la implantación de un parque eólico. Sobre la relevancia de la ordenación del territorio en la implantación de los parques eólicos, véase Gonzalo Miguel (2011, pp. 45-70), Lasagabaster (2016, pp. 91-116), Olcina y Elorrieta (2021, pp. 63-81).

<sup>38</sup> Cabe recordar que ya el art. 6 de la Directiva 2001/77/CE, relativa a la promoción de las fuentes de energía renovables, fijó la necesidad de clarificar los trámites administrativos para la autorización de las actividades de generación eólica, reduciendo los obstáculos reglamentarios y no reglamentarios al incremento de la producción de electricidad a partir de esta fuente de energía renovable.

<sup>39</sup> Para una descripción detallada de los objetivos de la ordenación del territorio sobre este ámbito sectorial, véase el art. 3 del Decreto 42/08 (ref. n. 39). En la doctrina, véase Rosa Moreno (2020, pp. 41-78). Véase Díez Sánchez (2019, pp. 281-306) y Fernández Carballal (2022, pp. 503-519).

autonómicas, han de operar con distinto alcance y efectos. Así, mientras que la definición de las llamadas «zonas de exclusión» han de constituir normas imperativas de directa aplicación desde un primer momento, otras directrices, como son las relativas a la determinación de los procedimientos de autorización a emplear, han de gozar de un carácter meramente informador u orientativo, tanto para el resto de órganos de la propia Administración regional como de las Administraciones locales competentes en la materia.

Por otro lado, resulta fundamental la progresiva actualización o revisión de estos instrumentos, debiendo ser adaptados sus aspectos más esenciales, siempre y cuando se vea alterado el entramado territorial en la que se soporta la planificación realizada o se deban someter a nuevos criterios de ordenación las zonas de exclusión previamente establecidas. Del mismo modo, el carácter integrador de estos instrumentos exige su permeabilidad a las posibles modificaciones relevantes que la política energética pudieran requerir sobre el modelo inicialmente establecido, por ejemplo, demandando, en su caso, un cambio de la red eléctrica que comporte la creación de nuevas líneas de transporte con una mayor capacidad, al margen de las ya contempladas en los instrumentos de ordenación territorial aprobados<sup>40</sup>.

### 4.3. La elección del *modelo territorial* de producción de energía eólica

A la hora de seleccionar los emplazamientos más adecuados para el desarrollo de las actividades eólicas es preciso partir de un determinado modelo territorial, que habrá de tomar en consideración los potenciales impactos que estas pueden llegar a producir. A tal efecto, bien puede optarse por propiciar la dispersión de las infraestructuras o, contrariamente, por favorecer su concentración en aquellas zonas del territorio que resulten más idóneas. El primero de estos modelos supone que la afectación sobre el medio natural se extienda sobre un mayor ámbito geográfico, aunque con un menor impacto. En el segundo caso, en cambio, esa mayor incidencia se concentra sobre los ámbitos de intervención elegidos, que, dada la concurrencia de efectos, sufrirían un mayor daño paisajístico o ambiental<sup>41</sup>.

Ambos modelos fluctúan, por tanto, entre primar el desarrollo de los parques eólicos de mayores dimensiones, y cuyo impacto sea admisible, en áreas que adquieren de este modo una determinada especialización productiva; o impulsar la construcción de pequeñas instalaciones alejadas del área principal de desarrollo de la energía eólica, con una elevada incidencia de su infraestructura asociada.

En este sentido, hay que tener presente que el mayor impacto que ocasionan los parques eólicos deriva, fundamentalmente, de los viales y líneas de transporte que estas precisan, de modo que dichas infraestructuras podrían utilizarse de forma compartida si se opta por la concentración, lo cual supone evitar el incremento de nuevas construcciones de transporte rodado y eléctrico por unidad de producción y se traduce, posiblemente, en una mayor rentabilidad económica y una mayor eficiencia ambiental<sup>42</sup>.

### 4.4. La zonificación previa

Como venimos señalando, en la base misma de la planificación energética llevada a cabo por las comunidades autónomas, y de sus respectivos programas de fomento de las energías renovables, se encuentra la necesidad de establecer mecanismos de coordinación con aquellos otros instrumentos que emanan de distintos ámbitos sectoriales como el urbanismo y la ordenación del territorio. Tal es así que, las políticas orientadas al fomento de las energías renovables suelen desarrollarse y concretarse, para determinadas áreas, mediante la elaboración de programas territoriales (que tienen la consideración de auténticos «planes» con

<sup>40</sup> En efecto, el desarrollo de las instalaciones de generación eólica puede llegar a requerir algunas modificaciones de la red de transporte y distribución de energía eléctrica, que deban coordinarse con las previsiones de la planificación energética a nivel nacional y también con los instrumentos y directrices de la ordenación del territorio. Ocurre así con la puesta en marcha de determinadas líneas empleadas para evacuar el excedente energético o para completar el mallado de la red de acuerdo con las previsiones de los citados instrumentos de planificación. E, igualmente, con la construcción de subestaciones que permitan introducir a la red la energía producida por los parques a desarrollar en determinadas áreas.

<sup>41</sup> Sostienen algunos autores que, con el paso del tiempo, la afección visual de los parques eólicos se ha reducido a una expresión mínima e, incluso, en algunos casos ha llegado a mejorar la calidad escénica del paisaje. En este sentido, véase López Martínez (2023, pp. 120-121). En una interpretación opuesta se muestra Sanz Rubiales (2010, pp. 185-216). Conforme se añade en este trabajo, las energías renovables pueden, a su vez, entrar en conflicto con la protección de especies y paisajes. Estos conflictos deberían resolverse por la evaluación de impacto ambiental que debe tener en cuenta los efectos acumulativos de otros parques existentes y distinguir entre efectos acumulativos de varios proyectos y fragmentación de un proyecto único.

<sup>42</sup> Un modelo territorial basado en la concentración de estas infraestructuras es el que se acoge en el referido Decreto 42/2008, del Principado de Asturias (véase su directriz 2.ª). En la doctrina, Cerezo (2023, pp. 331-370).

incidencia en la ordenación del territorio), en los que se definen las posibles zonas compatibles para infraestructuras de generación y transformación, así como los pasillos necesarios para la evacuación de la energía producida<sup>43</sup>.

Este cambio de paradigma comporta que el compromiso por parte de los promotores de aportar valor añadido y contribuir al desarrollo territorial esté asociado a cada proyecto de generación eléctrica a partir de la energía eólica, y no como sucedía hasta ahora, que estaba vinculado a los planes eólicos y, por tanto, con el largo plazo, tan permeable a cambios estructurales y estratégicos empresariales.

De igual forma, la planificación territorial y los planes urbanísticos vienen a garantizar que en los espacios vinculados a la generación y transporte de energías renovables previstos en esas áreas tengan preferencia esos usos frente a otros, con independencia de que la propia planificación territorial, de forma motivada, pueda establecer ubicaciones alternativas para estos, siempre que se aseguren los objetivos generales de la planificación energética y la coherencia del conjunto<sup>44</sup>. En este sentido, se han venido definiendo diferentes estrategias a la hora de seleccionar los emplazamientos más adecuados para el desarrollo de las actividades eólicas.

Algunas comunidades, como la de Valencia, a la hora de regular los procedimientos para autorizar la actividad eólica han determinado, a través de un estudio sobre la potencialidad del recurso, los ámbitos en los que sería posible el aprovechamiento de esa energía y, a continuación, han procedido a descartar aquellas áreas en las que el impacto, ambiental o territorial de su explotación se consideró alto (zonificación positiva)<sup>45</sup>.

Otras comunidades autónomas, como es el caso de Navarra, han propiciado que sea la iniciativa privada la que explore los emplazamientos más adecuados desde el punto de vista energético, pero, previamente, y por medio de procedimientos de evaluación de impacto ambiental, han delimitado una serie de zonas en las que estas infraestructuras se consideran incompatibles<sup>46</sup>.

Quizás, el modelo más indicado desde la óptica integradora que representa la planificación territorial sea aquel que, partiendo de los análisis ambientales previos, permita establecer diferentes zonas dentro del territorio, compaginando así el impacto que producen estas instalaciones con el potencial aprovechamiento de este recurso energético<sup>47</sup>.

A partir de esa operación es posible delimitar una primera categoría de zonas vetadas o excluidas, entre las que se incluirían aquellas áreas con especiales valores paisajísticos, faunísticos y forestales o con elementos susceptibles de interés para la conservación del patrimonio cultural que hayan de ser, igualmente, objeto de particular preservación. Han de incluirse aquí la totalidad de la franja costera<sup>48</sup>, los lugares

<sup>43</sup> Al respecto, véase art. 11 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía (BOE núm. 109, de 07-05-2007). En la doctrina, véase Galán Vioque (2022, pp. 353-377) y Parejo (2014, pp. 2313-2331).

<sup>44</sup> En la Comunidad de Cantabria, directamente, las instalaciones de un parque eólico gozan de la consideración de actuaciones de interés público a los efectos de lo establecido en los arts. 49 y 50 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (art. 6 de la Ley autonómica 7/2013).

<sup>45</sup> Véase Decreto Ley 14/2020, de 7 de agosto, del Consell, por el cual se aprueban medidas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables en la Comunitat Valenciana como respuesta a la emergencia climática y la necesidad de la urgente reactivación económica (DOGV núm. 8893, de 28-08-2020); Acuerdo de 26 de julio de 2001, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Pla Eólico de la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 4054, de 31-07-2001), y Decreto 88/2005, de 29 de abril, del Consell de la Generalitat, por el que se establecen los procedimientos de autorización de instalaciones de producción, transporte y distribución de energía eléctrica que son competencia de la Generalitat (DOGV núm. 4999, de 05-05-2005). El mismo modelo se ha seguido en el País Vasco. Véase Decreto 104/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba definitivamente el Plan Territorial Sectorial de la Energía Eólica en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 5 de junio de 2002); y Decreto 115/2002, de 28 de mayo, por el que se regula el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, a través de parques eólicos, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 10 de junio de 2002). Acerca del modelo de Castilla-La Mancha, véase Delgado Piqueras (2010, pp. 205-248).

<sup>46</sup> Véase Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos en Navarra (BON de 16 de mayo de 2019), y Decreto Foral 125/1996, de 26 de febrero, por el que se regula la implantación de los parques eólicos (BON de 13 de marzo de 1996).

<sup>47</sup> Es el caso del Principado de Asturias, que ha procedido a la zonificación del territorio en función de sus valores ambientales y del impacto esperado para las infraestructuras asociadas a la actividad eólica. Véase la directriz 3.ª del Decreto 42/08 (ref. n. 39).

<sup>48</sup> Cuestión distinta son los parques eólicos marinos, situados normalmente en alta mar. Al respecto de su régimen jurídico y su incidencia en el medio ambiente, véase Salvador Gimeno (2022, pp. 89-116). Tal como se destaca en este trabajo, el despliegue de estas tecnologías no puede ser ajeno a los sectores tradicionales del mar que ven peligrar sus medios de vida y a las comunidades costeras locales afectadas. En este trabajo se analiza también el choque de las energías renovables marinas con los intereses y valores ambientales que demanda la protección de la biodiversidad y del medio marino, cuya protección se encauza a través de diferentes instrumentos normativos de derecho comunitario. En términos similares, Sanz Larruga (2010, pp. 301-377), Soro (2011).

declarados de importancia comunitaria (LICs) y las zonas de especial protección de las aves (ZEPAs); y, en definitiva, aquellos ámbitos del territorio en los que la implantación de parques eólicos produzca impactos ambientales más relevantes<sup>49</sup>.

En estas zonas de exclusión deben autorizarse exclusivamente la implantación de instalaciones eólicas de baja potencia y por razón de un elevado déficit en el abastecimiento, pero, en ningún caso, sería pertinente el desarrollo o implantación de grandes parques eólicos de carácter industrial.

Fuera de esos ámbitos, la planificación territorial debe tomar en consideración la posible existencia de zonas amplias apropiadas para el desarrollo de las instalaciones eólicas en atención a la «capacidad de acogida» de estas. En función de ese hecho, corresponderá fijar la potencia que podrán superar los respectivos proyectos de parques eólicos que cabrá autorizar y, en definitiva, determinar el tamaño de estos, pudiendo tratarse de instalaciones de escasa entidad o bien de grandes parques en función del número de generadores que finalmente se permita implantar.

#### **4.5. Los criterios para la selección de los emplazamientos: impactos producidos y rentabilidad energética**

Partiendo de la zonificación previamente establecida, y atendiendo al impacto estructural o ambiental que puedan generar las instalaciones eólicas, la ordenación del territorio debe establecer los criterios para la evaluación de las posibles alternativas, y fijar así el marco para la selección de los proyectos que se sometan a autorización, orientando la implantación y el desarrollo de estos<sup>50</sup>.

##### **4.5.1. El impacto ambiental**

Aunque la idoneidad ambiental de cada uno de los posibles proyectos deberá ser valorada a menor escala en el seno de los procedimientos de autorización, los instrumentos de planificación han de incluir un examen a escala regional en el que se analice la idoneidad de cada ámbito territorial para la implantación de parques eólicos, tomando en consideración el valor natural de las distintas áreas, la visibilidad de las eventuales localizaciones y la facilidad de acceso a la redes de transporte de la electricidad y viaria, que son las variables principales de este tipo de infraestructuras, generadoras de impacto ambiental<sup>51</sup>.

La incidencia más severa de estas instalaciones es el que procede del impacto o alteración del medio físico a consecuencia de la obra civil asociada: la cimentación de los generadores y de la subestación, que lleva asociado importantes movimientos de tierra; la construcción de las infraestructuras el acceso a las áreas de trabajo, así como la instalación de la línea de evacuación en alta tensión, todo ello por medio de la utilización de maquinaria pesada de grandes dimensiones.

De igual modo, la incidencia sobre la fauna y, en particular, sobre las aves ha sido tradicionalmente uno de los aspectos más cuestionados de la instalación de los parques eólicos, principalmente en el caso de aquellas infraestructuras de este tipo que afectan a rutas migratorias (o zonas de especial concentración de avifauna) y a las especies que tienen una especial actividad nocturna<sup>52</sup>.

En cuanto al impacto sobre el paisaje, la incidencia visual de cada uno de los posibles emplazamientos obliga al análisis de su visibilidad sobre el conjunto del territorio, la afección visual sobre los núcleos de

<sup>49</sup> Con carácter general, y a salvo de lo que pudieran establecer en algunos casos los respectivos instrumentos de gestión, se entiende que la instalación de parques eólicos de cualquier tipología debe considerarse una actividad no permitida en la mayor parte de los espacios sujetos a algún tipo de protección (parques nacionales, parques naturales, reservas naturales, monumentos naturales, o áreas de distribución actual y potencial de determinadas especies). Véase la directriz 4.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39) y el art. 13, apdos. 4.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> del Acuerdo de 26 de julio de 2001, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Pla Eólico de la Comunitat Valenciana (ref. n. 51).

<sup>50</sup> Conforme establece el art. 31.2 de la Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética, «para la determinación de los suelos autorizables para la instalación de energía eólica se tendrán en cuenta una serie de factores limitantes, entre los que se incluyen los ambientales y paisajísticos, la producción agrícola, la conservación del patrimonio cultural, la ordenación territorial y la planificación urbanística, los riesgos naturales y la servidumbre de infraestructuras existentes o proyectadas». Al respecto, véase la STSJ de Canarias de 11-11-2020 (Rec. 132/2016).

<sup>51</sup> Véase la directriz 7.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39). Un análisis del balance de intereses que los jueces llevan a cabo, los requisitos del procedimiento de evaluación, junto con la afección a las zonas de la red Natura 2000 de los parques eólicos, puede verse en García Ureta (2014, pp. 7-44).

<sup>52</sup> Véanse las directrices 7.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39) y el art. 13.3 Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética, en el que se regula el fondo climático de Navarra, nutrido, entre otros recursos, con el importe de las indemnizaciones por muertes de ejemplares de fauna ocasionadas por los parques eólicos.

población, así como sobre la red de carreteras y otras infraestructuras de comunicación. No obstante, este tipo de impacto debe ser modulado atendiendo a la calidad del paisaje, particularmente en aquellas áreas en las que las instalaciones eólicas conviven con otros elementos industriales o urbanos con los que se mezcla y hasta se mimetiza<sup>53</sup>.

La construcción e instalación de parques eólicos puede suponer, a su vez, impactos notables sobre los elementos que conforman el patrimonio histórico y cultural, toda vez que las infraestructuras y la obra civil asociada a la producción de la energía eólica pueden causar afección inmediata sobre aquellos (por ejemplo, en los yacimientos arqueológicos) o, dada la alteración visual que produce en el paisaje, puede provocar el menoscabo o la pérdida de las cualidades estéticas o ambientales de ciertos elementos<sup>54</sup>.

En último término, cabe aludir a su vez a la contaminación acústica que generan los elementos del parque eólico, pudiendo afectar ese ruido tanto a las especies de la fauna a las que antes aludíamos como también a las poblaciones cercanas.

#### **4.5.2. El impacto sobre la estructura del territorio**

A diferencia de otras actividades industriales convencionales, en el caso de la actividad eólica no suelen producirse significativos impactos estructurales sobre el territorio, capaces de generar modificaciones en el poblamiento o la estructura productiva.

Igualmente, la incidencia sobre los servicios o instalaciones de abastecimiento o de saneamiento y, en general, sobre las infraestructuras del área sobre las que se asientan los parques eólicos es escasa, a excepción de la necesidad de conexión a la red eléctrica de distribución.

Mayor magnitud representan, en cambio, los impactos que se puedan llegar a producir sobre ciertos usos del suelo, sobre el que luego volveremos al abordar el tratamiento urbanístico de esta actividad<sup>55</sup>.

Téngase en cuenta que el principal destino del territorio en el que suelen instalarse los parques eólicos suele ser la ganadería extensiva y la actividad o producción forestal. En el primer caso la posible incompatibilidad suele estar acotada a las áreas en las que se implantan o localizan los elementos, máquinas y viales que conforman la infraestructura eólica. En cambio, el uso forestal o el minero pueden verse afectados más intensamente, en caso de producirse una fuerte concentración de instalaciones eólicas o de parques de gran envergadura, por la necesidad de establecer servidumbres que mantengan la capacidad de generación energética<sup>56</sup>.

Lo mismo puede decirse en relación con ciertos tipos de actividad turística que se desenvuelve en el ámbito rural, en el que el paisaje actúa como principal activo.

#### **4.5.3. La rentabilidad energética**

Finalmente, hay que señalar que desde el punto de vista ambiental y, también, desde la perspectiva energética no resulta asumible el desarrollo de proyectos en localizaciones con una potencia de viento baja o cuya prolongación o intensidad en el tiempo sea de escasa frecuencia. No resulta aceptable el impacto ambiental de aquellas instalaciones eólicas que no garanticen una mínima generación de energía. En este sentido, parece preciso excluir de los procedimientos de autorización a los proyectos de instalación de parques eólicos que no alcancen un determinado número de horas equivalentes de producción<sup>57</sup>.

Por tanto, todos los proyectos deben de perseguir la máxima eficacia energética de las instalaciones, de modo que para valores similares de impacto ambiental se opte con preferencia por aquellos proyectos que aseguren una mayor producción de energía.

<sup>53</sup> Véase la directriz 10.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39) y art. 13.6.<sup>o</sup> del Acuerdo de 26 de julio de 2001, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Pla Eólico de la Comunitat Valenciana (ref. n. 51). La integración en el paisaje de las instalaciones es uno de los aspectos más problemáticos de la actividad eólica, pues los emplazamientos energéticamente óptimos se sitúan siempre en áreas de gran visibilidad. Además, para el mejor aprovechamiento de la potencia del viento se requiere la elevación de la maquinaria y mantener su entorno libre de obstáculos, lo que impide la posibilidad de cualquier tipo de pantalla vegetal.

<sup>54</sup> Véase López Martínez (2023, pp. 120-121) y directriz 11.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39).

<sup>55</sup> Directriz 12.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39). Acerca del carácter determinante de la zonificación del planeamiento municipal en la declaración de impacto ambiental de un parque eólico, véase STSJ Extremadura 16-01-24 (Rec 440/2023).

<sup>56</sup> Véase STS 07-06-2011 (Rec. 2221/2007), relativa a la autorización para la ocupación de montes de utilidad pública afectados por el proyecto del parque eólico y STSJ Extremadura 09-05-2024 (Rec. 49/2024), sobre la limitación de parques eólicos en zonas de aprovechamiento forestal. Asimismo, véase la STSJ Canarias 22-06-2023 (Rec. 202/2019), en relación con la afectación de los aprovechamientos mineros a la implantación de los parques eólicos.

<sup>57</sup> Directriz 14.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39).

## 5. TRATAMIENTO URBANÍSTICO DE LOS PARQUES EÓLICOS

En última instancia, los criterios y directrices establecidos a través de la ordenación del territorio han de servir para orientar a las entidades locales en la elaboración de los planes urbanísticos, con el fin de abordar el tratamiento que debe darse a los proyectos de implantación de parques eólicos, así como en la fijación del régimen de usos que ha de operar en aquellas áreas afectadas por la implantación de estas infraestructuras<sup>58</sup>.

Para efectuar ese encaje último, la técnica de la «calificación» del suelo se presenta como un instrumento esencial en manos de la Administración local afectada, que tendrá que ejercer sus competencias en la materia, primero a través de los planes generales y, finalmente, concretando el régimen de usos resultante mediante la aprobación, en su caso, de planes especiales que den cobertura a estas instalaciones<sup>59</sup>.

### 5.1. La contemplación de la actividad eólica en los planes generales

#### 5.1.1. *El suelo rústico*

El art. 13 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, señala con carácter básico que el suelo que esté en la situación de rural ha de utilizarse conforme a su naturaleza y dedicarse, aparte de los usos agrícola, ganadero, forestal y cinegético, a «cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales».

Las instalaciones eólicas, al tener por objeto el aprovechamiento del viento para la producción de energía eléctrica, implican el destino del suelo al aprovechamiento de un recurso natural propiciado por el principio superior del desarrollo sostenible y, por tanto, el de aseguramiento de la calidad del medio ambiente, de lo que cabe concluir que suponen un destino del suelo conforme a la naturaleza de este, pues han de emplazarse allí donde el régimen del viento lo haga posible<sup>60</sup>.

Pese a todo, en las diferentes leyes autonómicas en materia de urbanismo la regulación del suelo rústico aparece centrada, principalmente, en la concreción de las competencias y procedimientos de autorización de usos, dejando en manos del planeamiento urbanístico el establecimiento de los regímenes finalmente aplicables a cada una de las categorías en las que se subdivide de esta clase de suelo (ordinario, de especial protección, de costas, de infraestructuras, etc.)<sup>61</sup>.

Esta normativa permite, por lo general, que siempre que la ordenación territorial y urbanística no prohíba el uso en edificación no vinculado a la explotación agrícola, pecuaria o forestal, y previa calificación urbanística que atribuya el correspondiente aprovechamiento, puedan realizarse en suelo no urbanizable los actos precisos para la materialización de dicho aprovechamiento mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones adecuados y ordinarios en las condiciones determinadas por aquella ordenación.

Muchos de esos planes no han previsto de manera específica la implantación del nuevo uso del suelo para parques eólicos, aunque sí contemplan, en cambio, diferentes clases de actividad industrial, como son la «industria extractiva» (canteras y minas), la «industria vinculada al medio rural» (de transformación de productos agrarios, talleres de artesanía, etc.) o la «gran industria», que puede requerir una amplia extensión territorial y, potencialmente, puede generar notables efectos contaminantes (industrias peligrosas, depósitos al aire libre, etc.)<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Véase la directriz 25.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39). Véase STS 04-06-2013 (Rec. 1949/2010), sobre el alcance de la discrecionalidad del Plan General en la implantación de los parques eólicos. En la doctrina, Galán Vioque (2014, pp. 293-316), Ortega Bernardo (2010, pp. 379-407) y Revuelta Pérez (2021, pp. 171-202).

<sup>59</sup> Véase STSJ Cataluña 27-09-2023 (Rec. 166/2019), sobre la incidencia de la instalación del parque eólico en el régimen de usos y edificación del suelo.

<sup>60</sup> Un ejemplo de la asunción del principio de desarrollo sostenible en la ordenación urbanística, basado en el fomento de la utilización de las energías renovables en suelo rústico, lo encontramos en el art. 3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. En el mismo sentido, el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, dispone que «en aquellos municipios en los cuales la generación de energía renovable no esté expresamente regulada en el planeamiento vigente, el uso de producción de energías renovables se considerará compatible en suelo no urbanizable común de moderada, baja o muy baja capacidad agrológica». Véase al respecto Díez Sánchez (2021, pp. 223-308), Lora-Tamayo (2006, p. 32) y Ramallo López (2011, pp. 391-442).

<sup>61</sup> Véase STS 22-03-2023 (Rec. 22-03-2022), sobre la vulneración del principio de no regresión en materia medioambiental en el planeamiento urbanístico. En la doctrina, Bengoetxea Arrieta (2010, pp. 47-70).

<sup>62</sup> Véase la directriz 26.<sup>a</sup>.1 del Decreto 42/08 (ref. n. 39). El Decreto 56/2008, de 28 de marzo, por el que se establece la habilitación urbanística de suelos no urbanizables para instalaciones de energía eléctrica a partir de energía eólica en la Comunidad Autónoma

Lo cierto es que ninguna de las mencionadas categorías es acorde a la naturaleza de un parque eólico, ya que, por más que pudiera buscarse su encaje en la última de estas, no concurren en este tipo de instalaciones las notas típicas para ser calificadas como una gran industria. Efectivamente, no son actividades que precisen de una gran superficie para su localización, pues el volumen edificado que exige su implantación comporta una escasa ocupación del suelo, por su porosidad, permitiendo que la mayor parte del área afectada sea susceptible de otro tipo de aprovechamientos. Tampoco cabe afirmar que estas infraestructuras puedan producir elevados efectos contaminantes o que resulten incompatibles con el suelo no urbanizable o rústico (característico de la gran industria), pues sus principales emplazamientos se encuentran de manera habitual sobre esta clase de suelo<sup>63</sup>.

Diferencias aparte, la problemática urbanística de las instalaciones eólicas tiene puntos en común con las actividades extractivas, ya que su implantación viene determinada también por la ubicación en el territorio de los recursos explotables. Ello hace que, frente a otros tipos de industria, que con frecuencia se llevan a suelos urbanos de uso industrial (que el planeamiento ya contempla así con carácter previo a su desarrollo, mediante su clasificación o delimitación), las infraestructuras eólicas deben emplazarse en zonas en la que los vientos alcancen determinada velocidad, principalmente en zonas de elevada altitud.

Parece claro, en todo caso, que la peculiaridad de los parques eólicos aconseja establecer en los planes generales un tipo de actividad industrial específica (que cabría denominar «industria eólica» o de «infraestructuras eólicas»), siendo, por otra parte, necesario que estos instrumentos recojan las condiciones generales de uso a las que habrá de someterse la implantación de las instalaciones requeridas para proceder al desarrollo de este<sup>64</sup>.

Paralelamente, fuera de los ámbitos en los que expresamente se acoja esa calificación para el suelo rústico, la actividad eólica deba considerarse en el plan como un «uso prohibido», particularmente, en aquellas áreas sujetas a regímenes de especial protección y de alta productividad agraria o equivalentes<sup>65</sup>, así como en las zonas rurales en las que se sitúen núcleos de población habitados.

En el caso del suelo no urbanizable ordinario, dicha actividad podría, en cambio, llegar a constituir un «uso autorizable», quedando la protección de los valores naturales de esos espacios a lo que resulte del trámite de evaluación de impacto ambiental en el momento de someterse el proyecto a autorización administrativa previa.

### 5.1.2. El suelo urbano y urbanizable

Aunque no suele ser frecuente su instalación en este tipo de suelos, el desarrollo de parques eólicos puede considerarse compatible en ámbitos clasificados como suelo urbano de uso industrial, toda vez que el impacto ambiental en esos ámbitos se ve minorado por la previa alteración del paisaje.

Como decimos, en la mayor parte de los casos estas localizaciones no son idóneas para la actividad eólica, bien por las características del terreno o por la insuficiente fuerza del viento. Cuestión distinta es

---

de Extremadura, soluciona esta cuestión, entendiendo que, a los efectos de la acreditación de la idoneidad urbanística de los terrenos, la declaración resultante de la evaluación ambiental que se practique en el procedimiento de autorización sectorial antes aludido producirá –en los propios términos de tal declaración– los efectos propios de la calificación urbanística exigible, en su caso y en virtud de la legislación de ordenación territorial y urbanística, a la correspondiente superficie y comportará, por tanto, la viabilidad de la ejecución y explotación de instalaciones eólicas conforme al correspondiente proyecto, bastando así para la acreditación de la idoneidad urbanística de los terrenos que deban constituir el soporte de la pertinente instalación.

<sup>63</sup> Véase la directriz 26.ª.2 del Decreto 42/08 (ref. n. 39).

<sup>64</sup> Véase STS 13-10-2003 (Rec. 8065/2000), sobre la calificación del suelo como zona de instalación de parques eólicos. Según quedó ya indicado, la implantación de estos usos exige un análisis previo de la potencialidad del territorio para la construcción de parques eólicos en determinadas zonas. En estos estudios deben quedar concretadas las áreas más idóneas, así como aquéllas en las que la instalación de estas infraestructuras resulte desaconsejable o incluso incompatible con otras actividades y usos del territorio. Un ejemplo de modelo locacional, utilizando las capacidades analíticas de los sistemas de información Geográfica (SIG) y las técnicas de evaluación multicriterio (EMC), puede verse en Díaz Cuevas *et al.* (2017, pp. 9-29). En el País Vasco los parques eólicos se incluyen dentro de las instalaciones técnicas de servicios de carácter no lineal, tipo B. Su implantación en los emplazamientos seleccionados en el Plan Territorial Sectorial de la Energía Eólica (PTS) constituye un uso o actividad admisible, sin necesidad de más planeamiento de desarrollo que la autorización de las instalaciones del proyecto concreto. Esa admisibilidad de uso o actividad de captación y suministro de energía eólica se incorpora automáticamente al planeamiento municipal tras la aprobación definitiva del PTS, sin perjuicio de que los ayuntamientos afectados puedan documentar aquella incorporación a su planeamiento mediante la incoación de los procedimientos que resulten precisos (véase el documento I.14 del Decreto 104/2022, de 14 de mayo).

<sup>65</sup> Véase STS 14-07-2014 (Rec. 3892/2011), respecto de la denegación de una autorización de implantación de parques eólicos en terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección paisajística.

la posibilidad de implantar parques eólicos en las zonas portuarias, ya que, desde el punto de vista de la obtención del recurso, sí pueden resultar económicamente viables y su afección al medio ambiente es ciertamente baja<sup>66</sup>.

## **5.2. La ordenación urbanística del área afectada por la instalación de parques eólicos: los planes especiales**

Particularmente en el suelo no urbanizable, la implantación de un parque eólico puede requerir la nueva ordenación urbanística de ese ámbito para que las servidumbres que acarrea la instalación de dichas infraestructuras sean contempladas en los regímenes de uso de los suelos situados en torno a las mismas. Con el fin de acometer esa función, los planes especiales se erigen en la figura idónea para llevar a cabo esa nueva ordenación urbanística<sup>67</sup>, delimitando el espacio sobre el que el parque eólico ejerza su influencia y estableciendo las determinaciones acerca de los usos que han de regir en ese suelo.

El objetivo que ha de perseguir esa nueva ordenación ha de ser el de garantizar el correcto funcionamiento de las instalaciones, evitando la cercanía de otras actividades o elementos que puedan provocar cambios en el flujo de aire, reduciendo su capacidad de producción energética o acelerando la obsolescencia de estas infraestructuras<sup>68</sup>.

### **5.2.1. Actividades agrarias**

En la actividad ganadera y agrícola el principal impacto es el que deriva de las servidumbres que derivan de la ocupación del suelo, producida, fundamentalmente, por la subestación de transformación y edificaciones asociadas, la cimentación de los aerogeneradores y los viales de acceso al parque y a cada una de las máquinas.

Sin embargo, el resto de las instalaciones del parque puede convivir con las actividades agrarias y de ganadería extensiva ya existentes o que pudieran generarse en un futuro, actividad que, incluso, puede resultar favorable para el funcionamiento de esas infraestructuras por cuanto que el pastoreo ayuda a limitar el crecimiento de la vegetación y a mejorar las características del terreno sobre el que se implantan dichas instalaciones<sup>69</sup>.

Según apuntamos ya en su momento, la actividad forestal es la que puede verse más afectada en estos casos, pues la presencia de grandes masas arboladas cercanas a los aerogeneradores constituye un freno para el flujo del aire, mermando su velocidad y el rendimiento de la maquinaria.

Por todo ello, parece viable que los planes especiales que sirvan para el desarrollo de los parques eólicos califiquen como «uso permitido» las actividades agrícolas y de ganadería extensiva, incluidas la puesta en cultivo de eriales o montes para la creación de prados o pastizales, así como la construcción o restauración de cierres u otros elementos para el mantenimiento de estos usos y la construcción de conducciones de agua y fuentes para el ganado.

En cambio, podrían tener la consideración de «uso autorizable» ciertas labores de restauración mediante el empleo de especies arbustivas de bajo porte que no alteren la circulación del aire y, en cambio, cabría calificar como «uso prohibido» las construcciones de nuevas edificaciones de uso agrícola o ganadero de

<sup>66</sup> Directriz 27.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39). En el caso de la Comunidad Valenciana los parques eólicos pueden implantarse exclusivamente sobre suelo clasificado como no urbanizable, o bien sobre suelo urbanizable o urbano, siempre que éste se encuentre calificado como de uso industrial [art. 23 del Acuerdo de 26 de julio de 2001 (ref. n. 51)]. Véase STS 29-06-2004 (Rec. 862/2001), sobre denegación de autorización de implantación en suelo urbano. En la doctrina, véase Rosa Moreno (2020, pp. 41-78).

<sup>67</sup> En relación con la idoneidad de los planes especiales de ordenación territorial en la implantación de parques eólicos, véase STS 15-07-2015 (Rec. 3164/2013), STSJ de la Comunidad Valenciana de 29-10-2019 (Rec. 110/2017) y STSJ de Cataluña (Rec. 246/2007).

<sup>68</sup> Véase la directriz 28.<sup>a</sup> del Decreto 42/08 (ref. n. 39). En la Comunidad Valenciana los planes especiales son los instrumentos de planeamiento que en desarrollo y ejecución del Plan Eólico de la Comunidad Valenciana ordenan los usos del suelo para una zona específica compatibilizando los existentes con el de producción de energía eléctrica mediante aerogeneradores y su evacuación. Su contenido y función es el que para este tipo de instrumentos de planeamiento establece la normativa urbanística y de ordenación del territorio [véase art. 12 del Acuerdo de 26 de julio de 2001, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Pla Eólico de la Comunitat Valenciana (ref. n. 51)].

<sup>69</sup> Sobre la incidencia de las actividades agrarias en la implantación de parques eólicos, véase la STSJ de Castilla-La Mancha de 24-02-2020 (Rec. 480/2016). En la doctrina, véase Pernas (2001, p. 80).

cualquier tipo, las explotaciones de carácter intensivo o las repoblaciones forestales en las que se empleen especies de gran tamaño o frondosidad<sup>70</sup>.

### **5.2.2. Actividades al servicio de las obras públicas, de equipamientos y servicios o de uso público**

Las actividades vinculadas al servicio de las obras públicas resultan, con carácter general, incompatibles con la actividad eólica, pues pueden producir una merma en la circulación del aire y afectar a la propia naturaleza de los suelos que resulten óptimos para la implantación de los parques. No obstante, dado que dichas actividades conllevan una afección ambiental que se vería reducida en un área ya alterada por las propias infraestructuras eólicas, cabría considerarlas como «uso autorizable», siempre que el mismo no se prolongue en el tiempo.

Del mismo modo, los equipamientos y servicios son también usos incompatibles con los emplazamientos idóneos para la implantación de las infraestructuras eólicas, pero, además, por motivos de seguridad y por la eventual interferencia en el correcto funcionamiento de las instalaciones, debe considerarse improcedente su desarrollo, independientemente de su entidad, si, además, pueden comportar edificaciones asociadas o conllevar aglomeraciones de público<sup>71</sup>.

Capítulo aparte merece el uso de la nueva red viaria que generan los parques eólicos, con la que, en ocasiones, se abre acceso rodado a zonas naturales que anteriormente pudieran encontrarse incomunicadas. Con carácter general, la nueva infraestructura viaria vinculada con el acceso a los parques eólicos debe considerarse de uso restringido, siendo tan solo utilizable por los vehículos de los operarios al servicio de la actividad, aunque también, ocasionalmente, por la población agraria que disponga de servidumbre de paso para acceder a sus explotaciones mediante el uso de tractores y maquinaria agrícola, ganadera o forestal.

Excepcionalmente, sin embargo, la red viaria del parque puede contribuir a suplir carencias en la infraestructura viaria de un determinado ámbito, por lo que cabría llegar a plantearse su incorporación a la red pública de carreteras. Tal circunstancia, no obstante, debería de estar contemplada en el plan especial que instrumente la implantación del parque eólico o, en su caso, en el planeamiento general, que habrá de calificar esa dotación como «sistema de carácter general», vinculada al servicio de toda la población<sup>72</sup>.

### **5.2.3. Vivienda familiar**

Las mismas motivaciones que hemos referido en relación con los equipamientos y dotaciones resulta trasladable tanto a la vivienda familiar como al conjunto de edificaciones auxiliares a esta, por lo que su construcción debe considerarse incompatible con los parques eólicos<sup>73</sup>.

### **5.2.4. Actividad cinegética y prácticas deportivas**

La actividad cinegética en las inmediaciones de un parque eólico puede comprometer tanto la integridad de las instalaciones (no olvidemos que en gran medida la producción de energía eólica es una actividad de carácter industrial) como la propia seguridad de las personas. Por ello estas actividades deben considerarse igualmente un «uso prohibido».

Lo mismo cabe considerar con cualquier modalidad de vuelo deportivo que se desarrolle a cierta altura o de otras prácticas que pretendan realizarse a una determinada distancia de esas instalaciones<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Véase Gifreu (2014, pp. 241-264), directriz 29.ª del Decreto 42/08 (ref. n. 39) y documento I.14.1 del Decreto 104/2022, de 14 de mayo (ref. n. 70).

<sup>71</sup> Véase las directrices 30.ª y 32.ª del Decreto 42/08 (ref. n. 39).

<sup>72</sup> Conforme dispone el art. 12 del Acuerdo de 26 de julio de 2001 del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Pla Eólico de la Comunitat Valenciana (ref. n. 51), en esa comunidad autónoma los caminos de acceso e intercomunicación de los parques eólicos forman parte del sistema viario regional, hasta el acceso cerrado a los mismos, y son clasificados e incorporados a la red correspondiente, aplicándose el régimen de limitaciones de los usos del suelo y actividades en las zonas contiguas, conforme a la Ley 6/1991, de 27 de marzo, de Carreteras de la Comunidad Valenciana. Igualmente, la directriz 34.ª del Decreto 42/08 (ref. n. 39). Sobre la red viaria asociada a los parques eólicos, véase la STSJ de Castilla y León de 7-06-2013 (Rec. 787/2008). En la doctrina, Díaz (2002, pp. 87-90).

<sup>73</sup> Véase la directriz 33.ª del Decreto 42/08 (ref. n. 39). Acerca de los límites legales a la instalación de aerogeneradores eólicos en los Estados y al régimen de distancias respecto de edificios residenciales, véase STJUE 28-05-2020 y STSJ de Andalucía de 21-03-2006 (Rec. 821/2004).

<sup>74</sup> Véanse las directrices 35.ª y 36.ª del Decreto 42/08 (ref. n. 39) y Documento I.14.2 del Decreto 104/2022, de 14 de mayo del País Vasco (ref. n. 70). En relación con la compatibilidad de estos usos con las instalaciones eólicas, véase STSJ del Principado de Asturias de 30-12-2009 (Rec. 538/2007).

### 5.3. Mecanismos de restauración de los terrenos y de compensación de los aprovechamientos

Habitualmente, la implantación de parques eólicos y, en general, las actuaciones que tienen por objeto la generación de energía mediante fuentes renovables, incluidas las infraestructuras de evacuación, tiene lugar en suelos de naturaleza rústica y se caracterizan por tener una duración limitada en el tiempo, aunque prorrogable, nunca inferior al plazo de amortización de las inversiones previstas para su materialización.

El hecho de que se opere en esta clase de suelo conlleva dos consecuencias fundamentales. De un lado, al término de la explotación de estas infraestructuras, el promotor de la actuación queda obligado a devolver los terrenos al estado en que se encontraban en el momento inicial, a cuyo fin deberá prestarse la correspondiente garantía que cubra los gastos derivados de esta obligación en caso de incumplimiento<sup>75</sup>. Por otro lado, es habitual que la implantación del parque eólico quede sujeta al pago de una prestación patrimonial de carácter público no tributario, con la que se grava el uso temporal de ese suelo<sup>76</sup>.

En el primer caso, el importe de la garantía se determina en proporción de la cuantía del proyecto de desmantelamiento, que el promotor de la actuación debe presentar en el momento de la solicitud de la licencia urbanística municipal. En cambio, la prestación patrimonial que ha de abonarse por el uso del suelo se fija mediante la aplicación de un porcentaje del importe total de la inversión prevista para su materialización, del que se excluyen el valor y los costes asociados a la maquinaria y equipos requeridos para la implantación efectiva del parque o para el funcionamiento de sus instalaciones<sup>77</sup>.

Ese uso intensivo del suelo rústico viene motivado, esencialmente, por la necesidad de aumentar la capacidad global de evacuación de esta clase de energía, lo que obliga a la ejecución de grandes infraestructuras y a la mejora de la gestión de los nudos eléctricos, junto con un mayor desarrollo tecnológico de los aerogeneradores que mejoren la calidad de onda entregada a la red de transporte o distribución (véase García García *et al.*, 2004, pp.113-117).

En paralelo, y de la mano de la imbricación entre las políticas energéticas, el urbanismo y la protección del medio ambiente, se han venido trasladando a nuestro ordenamiento interno los criterios definidos desde la Unión Europea en relación con las ventajas que aporta la generación distribuida, empleando redes eléctricas cercanas y disponibles, contribuyendo de esta manera a la seguridad y calidad de suministro.

De esta forma, se alumbran infraestructuras afines a los parques eólicos tradicionales, como las instalaciones eólicas de interés singular, los miniparques, los parques de innovación y desarrollo o las figuras de la repotenciación y ampliación de los parques eólicos, cuya especial vocación es armonizar la minimización del impacto ambiental de la energía eólica, al actuar sobre áreas en las que ya existe aprovechamiento eólico, con su contribución al reequilibrio y la vertebración territorial<sup>78</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Como fuente de generación de electricidad, la energía eólica constituye uno de los principales instrumentos para el cambio del modelo energético. No obstante, la producción de este tipo de energía también presenta inconvenientes o desventajas que implican que la implantación de las infraestructuras requeridas no sea totalmente inocua y que obligan al legislador a ponderar los intereses jurídicos en liza.

<sup>75</sup> Acerca del deber de restauración de los terrenos y el alcance del mismo, véase SSTSJ de Galicia de 31-03-2010 (Rec. 7952/2003) y del TSJ de Castilla-La Mancha de 17-12-2020 (Rec. 168/2018).

<sup>76</sup> Entre otros, véase al respecto el art. 65 de la Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático del País Vasco o la DA octava, primero de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria. En relación con la naturaleza jurídica y finalidad del canon eólico, véase STS 11-06-2020 (Rec. 106/2018), STSJ de Castilla-La Mancha de 06-07-2020 (Rec. 646/2018) y STSJ de Castilla y León de 01-12-2023 (Rec. 691/2022). Un análisis del régimen jurídico y evolución normativa experimentada en varias comunidades autónomas por los llamados cánones eólicos (tributos propios de naturaleza medioambiental que someten a gravamen las afecciones en el medioambiente ocasionadas por los parques eólicos) a la luz de la reciente jurisprudencia elaborada por los tribunales de justicia, puede verse en Calvo Végez (2022, pp. 43-78). Véase también Mora Ruíz (2022, pp. 655 y ss.) y Marco Ciria (2011, pp. 37-38). Como indica este autor, la implantación de esta figura tributaria obedece a la necesidad de contrarrestar los perjuicios que supone para terceros la instalación de estos grandes parques eólicos, toda vez que la Administración pública no es ajena al hecho de que la instalación de estas infraestructuras limita el desarrollo de otras actividades e impide el aprovechamiento del viento para otros usos, sino de manera total sí en parte, en los términos que hemos venido exponiendo a lo largo del presente estudio.

<sup>77</sup> Véase art. 12 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía.

<sup>78</sup> Véase art. 2 del Decreto 124/2010, de 22 de junio, del Gobierno de Aragón.

Conforme establece la vigente Ley 24/2013, la producción de energía eléctrica se realiza en régimen de libre competencia, regulándose las instalaciones de fuentes de energía renovable de manera análoga a la del resto de tecnologías que se integran en el mercado. No obstante, la instalación de un parque eólico exige, con carácter general, obtener tres tipos sucesivos de autorización, de tal modo que la perspectiva de este modelo complejo bajo el cual se configura el procedimiento administrativo que seguir tiene como principal objeto verificar las condiciones de carácter técnico, socioeconómico y medioambientales que rigen el establecimiento de esta clase de infraestructuras.

De este modo, la habitual perspectiva energética con la que a menudo se contempla la materia objeto de examen esconde la problemática que suscita el encaje de las instalaciones de energía eólica en el territorio, siendo preciso identificar mecanismos de ordenación coordinada de esta actividad de generación eléctrica con los objetivos específicos de otras políticas sectoriales. Dado el impacto territorial que comporta la implantación de las infraestructuras de energía eólica, la ordenación de la localización de estas instalaciones se convierte en un elemento clave, lo que hace que los instrumentos expresivos de los fines y objetivos de la política territorial sean el cauce más adecuado para la toma de este tipo de decisiones, que han de preceder a los procedimientos de autorización de los parques eólicos.

Se hace por ello preciso apostar por una visión integradora de los diferentes usos del suelo que, además de clarificar los trámites administrativos para la autorización de las actividades de generación eólica, regulen la nueva implantación de grandes instalaciones de generación, estableciendo los criterios más adecuados para la evaluación de las diferentes alternativas de su emplazamiento. Por tanto, han de fijarse, en primer lugar, las condiciones en que debe desarrollarse la instalación, a fin de que tenga el menor impacto no solo ambiental, sino también estructural sobre el territorio. Y, al mismo tiempo, es preciso que desde la ordenación del territorio se oriente al planeamiento municipal respecto de las servidumbres derivadas de la presencia de grandes instalaciones eólicas, de manera que puedan integrarse urbanísticamente, dándoles un tratamiento homogéneo en las distintas partes del territorio de cada comunidad autónoma.

Parece claro, en todo caso, que la peculiaridad de los parques eólicos aconseja definir en el planeamiento un tipo de actividad industrial específica (que cabría denominar «industria eólica» o de «infraestructuras eólicas»), siendo, por otra parte, necesario que estos instrumentos recojan las condiciones generales de uso a las que habrá de someterse la implantación de las instalaciones requeridas para proceder al desarrollo de este.

Particularmente en el suelo no urbanizable, la instalación de un parque eólico debe conllevar un nuevo ordenamiento urbanístico del área a fin de que las servidumbres impuestas por la instalación de dichas infraestructuras sean contempladas en los regímenes de uso de los suelos situados en torno a las mismas. Con el fin de acometer esa función, los planes especiales se erigen en la figura idónea para llevar a cabo esa nueva ordenación urbanística, delimitando el área sobre la que el parque eólico imponga las servidumbres y definiendo el régimen de usos a aplicar sobre esas bolsas de suelo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alenza García, J. F. (2021). Planificación climática local: ordenación del territorio, urbanismo y movilidad. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 91-129.
- Alenza García, J. F. y Mellado Ruiz, L. (2022). *Estudios sobre cambio climático y transición energética*. Marcial Pons.
- Bacigalupo Saggese, M. (2022). Política energética y política climática: los desafíos regulatorios y jurídicos de la transición energética. En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética* (pp. 923-934). Marcial Pons.
- Bassols Coma, M. (2006). La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible. En J. Esteve Pardo (coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local* (pp. 677-710). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Bengoetxea Arrieta, F. (2010). Los efectos de la Jurisprudencia del TSJ de Cataluña en el nuevo régimen urbanístico para la instalación de parques eólicos e instalaciones fotovoltaicas en suelo no urbanizable. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, (258), 47-70.
- Bernad Mainar, R. (2022). Derechos reales de nuevo cuño: a propósito de las afecciones y externalidades derivadas de la construcción de parques eólicos en suelo agrícola. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (16 bis) [ejemplar dedicado a: Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor Cesare Massimo Bianca], 2570-2605. <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/102.-Rafael-Bernad-pp.-2570-2605.pdf>
- Blasco Hedo, E. (2015). Decreto 6/2015, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento que regula la instalación y explotación de los Parques Eólicos en Canarias. (BOCAN núm. 29, de 12 de febrero de 2015). *Actualidad Jurídica Ambiental*, (44), 38-39. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-canarias-energia-eolica-2/>

- Blasco Hedo, E. (2019). Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo, por el que se regula la autorización de parques eólicos en Navarra. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (91), 33-35. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-navarra-parques-eolicos-autorizacion/>
- Calvo Végez, J. (2022). La evolución del llamado «canon eólico» en el sistema tributario autonómico a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, (52), 43-78.
- Cantó López, M. T. (2023). La incorporación de medidas de adaptación al cambio climático en la ordenación territorial y urbanística: la prioridad de las soluciones basadas en la naturaleza. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (140), <https://doi.org/10.56398/ajacieda.352>
- Cerezo Ibarrodo, A. (2023). Las determinaciones, estudios e informes de la regulación básica para el Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado en los instrumentos de ordenación urbanística. *Revista Vasca de Administración Pública*, (126), 331-370. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.126.2023.09>
- Delgado Piqueras, F. (2010). La naturaleza jurídica de la energía eólica. En M. J. López Sako (coord.) y M. A. Torres López y E. Arana García (dirs.), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales* (pp. 205-248). Thomson Reuters-Civitas.
- Delgado Piqueras, F. (2020). Las energías renovables (electricidad verde) en la jurisprudencia de la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102(2), 140-174.
- Díaz, J. D. (2002). La construcción de parques eólicos. *Energía: Ingeniería energética y medioambiental*, (167), 87-90.
- Díaz Cuevas, M. P. (2013). *Energía eólica y territorio. Potencialidades para la implantación de parques eólicos en Andalucía* [tesis doctoral]. Universidad de Sevilla.
- Díaz Cuevas, M. P., Pita López, M. F., Fernández Tabales, A. y Limones Rodríguez, N. (2017). Energía eólica y territorio en Andalucía: diseño y aplicación de un modelo de potencialidad para la implantación de parques eólicos. *Investigaciones Geográficas*, (67), 9-29. <https://doi.org/10.14198/INGEO2017.67.01>
- Díez Sánchez, J. J. (2019). Sobre la integración de las energías renovables en la ordenación territorial con especial referencia al derecho español. En D. Zegarra Valdivia (coord.), *La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* (pp. 281-306). Palestra Editores.
- Díez Sánchez, J. J. (2021). Energías renovables y ordenación territorial. En J. Rosa Moreno y G. Valencia Martín (dirs.), *Derecho y energías renovables* (pp. 223-308). Aranzadi.
- Durá Alemañ, C. J. (2024). Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (143), 108-109.
- Estoa Pérez, A. (2016). Acceso a redes de energía eléctrica, resolución de conflictos y evolución normativa en la materia. *Revista General de Derecho Administrativo*, (43). [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=417907](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417907)
- Fernández Carballal, A. (2022). Cambio climático y planificación territorial y urbanística. En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética* (pp. 503-520). Marcial Pons.
- Fernández-Espinar Muñoz, C. (2020). De la responsabilidad patrimonial de la administración pública con motivo de la anulación de concursos de energías renovables por vulneración de la normativa de evaluación ambiental (a propósito de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2020). *Actualidad Jurídica Ambiental*, (99), 72-91. <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00286>
- Fernández-Espinar y López, L. C. (2020). Las autorizaciones de parques eólicos y el régimen jurídico de evaluación ambiental: un análisis de la conflictividad existente y de los problemas actuales en la aplicación de la normativa ambiental y del sector eléctrico por parte de los órganos judiciales. En G. Valencia Martín y J. Rosa Moreno (coords.), *La transformación renovable del modelo energético* (pp. 328-382). Thomson Reuters Aranzadi.
- Fuertes Giné, L. (2019). La prevalencia de la protección ambiental sobre las libertades comunitarias: la jurisprudencia Alands Vindkraft. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (54), 383-397.
- Galán Vioque, R. (2014). Implantación territorial de las energías renovables. En J. F. Alenza García (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (pp. 293-316). Thomson Reuters Aranzadi.
- Galán Vioque, R. (2022). El reto de las energías renovables en Andalucía: ¿es posible un marco jurídico propio? En E. Guichot Reina (dir.), *Retos jurídicos actuales de la administración andaluza. I Jornadas del Instituto Clavero Arévalo en homenaje al profesor Manuel Clavero Arévalo*. Sevilla, 23 y 24 de septiembre de 2021 (pp. 353-377). Instituto Andaluz de Administración Pública. <https://hdl.handle.net/11441/137523>
- Galán Vioque, R. y González Ríos, I. (2017). *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*. Thomson Reuters Aranzadi.
- García García, D., García Gracia, M. y Comech, M. P. (2004). Estudio de la conexión de parques eólicos a la red. *Energía: Ingeniería energética y medioambiental*, 30(177), 113-117.
- García García, S. (2019). Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (87), 141-144. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-union-europea-energia-renovables/>
- García González, A. (2006). Parques eólicos, ¿son realmente una alternativa? *Ecosostenible*, (17), 33-38.
- García Ureta, A. (2014). Evaluación de impacto ambiental y proyectos de parques eólicos: balance de intereses, Red Natura 2000 y aspectos procedimentales. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (37), 7-44 <http://dx.doi.org/10.56398/ajacieda.00069>

- Gifreu Font, A. (2014) La implantación de los parques eólicos y el régimen del suelo y su utilización para el desarrollo de actividades de generación de energías renovables en Cataluña. En R. C. Oliveira do Prado (coord.) y A. Pigrau i Solé y S. Borràs Pentinat (dirs.), *Derecho internacional y comparado del medio ambiente: temas actuales* (pp. 241-264). Huygens.
- González Ríos, I. (2024). La aplicación del derecho de la Unión Europea sobre transición energética por las comunidades autónomas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (21), 55-73. <https://doi.org/10.24965/reala.11275>
- Gonzalo Miguel, C. M. (2011). Planificación territorial y energía eólica. En *Estudios sobre parques eólicos* (pp. 45-70). Thomson Reuters Aranzadi.
- Gonzalo Miguel, C. M. (2012). Decreto 216/2012, de 23 de octubre, de primera modificación del Decreto 43/2008, de 15 de mayo, sobre procedimientos para la autorización de parques eólicos por el Principado de Asturias (BOPA núm. 250 de 27 de octubre de 2012). *Actualidad Jurídica Ambiental*, (18). <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/?s=Decreto+216%2F2012%2C+de+23+de+octubre%2C+de+primera+modificaci%C3%B3n+del+Decreto+43%2F2008%2C+de+15+de+mayo%2C+sobre+procedimientos+para+la+autorizaci%C3%B3n+de+parques+e%C3%B3licos+por+el+Principado+de+Asturias+%28BOPA+n%C3%BAm.+250+de+27+de+octubre+de+2012%29>
- Lasagabaster Herrarte, I. (2016). Ordenación del territorio, evaluación ambiental estratégica y planificación de parques eólicos. En A. García Ureta (coord.), *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años* (pp. 91-116). Marcial Pons. <http://dx.doi.org/10.2307/j.ctv10qr0gc.6>
- Llanos Castellanos Garijo, M. (2012). *Régimen jurídico de la energía eólica: los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexiones a la red*. Editorial Universidad de Alcalá.
- López Martínez, F. (2023). Impacto visual de los parques eólicos, ¿un aspecto negativo? *PH: Revista del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, 31(108), 120-121. <https://doi.org/10.33349/2023.108.5260>
- López Sako, M. J. (2008). *Regulación y autorización de los parques eólicos*. Civitas.
- Lora-Tamayo Vallvé, M. (2006). *Derecho urbanístico y medio ambiente. Hacia el desarrollo urbano sostenible*. Dykinson.
- Lucas Castellanos, M. (2007). *Aves y parques eólicos: efectos e interacciones* [tesis doctoral]. Universidad Autónoma de Madrid.
- Marco Ciria, B. (2011). Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el Canon Eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha. (DOCM núm. 63, de 31 de marzo). *Actualidad Jurídica Ambiental*, (2), 37-38.
- Mora Ruiz, M. (2022). comunidades autónomas, cambio climático y energía. En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética* (pp. 655-674). Marcial Pons.
- Olcina, J. y Elorrieta Sanz, B. (2021). Reducción del riesgo natural y del cambio climático mediante ordenación del territorio. El papel de la infraestructura verde. *Cuadernos de Ordenación del Territorio*, (2), 61-78. <http://hdl.handle.net/10045/114041>
- Ortega Bernardo, J. (2010). Intervención local en la implantación de parques eólicos. Reflexiones a partir de las últimas novedades aprobadas en este sector con el objetivo de la simplificación del procedimiento administrativo. En M. J. López Sako (coord.), M. A. Torres López y E. Arana García (dirs.), *Energía eólica. Cuestiones jurídicas, económicas y ambientales* (pp. 379-407). Thomson Reuters Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (2014). Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible. *Revista Vasca de Administración Pública*, (99-100), 2313-2331. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.100>
- Pernas, B. (2001). Los parques eólicos y las explotaciones agrarias. *Agricultura: Revista Agropecuaria y Ganadera*, (824), 80-95.
- Ramallo López, F. E. (2011). El principio de desarrollo urbano sostenible. Un nuevo paradigma en la planificación urbanística. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (150), 391-442.
- Revuelta Pérez, I. (2021). La actividad de los Gobiernos locales en el ámbito de la energía limpia: marco normativo. *Anuario del Gobierno Local*, (1), 171-202.
- Revuelta Pérez, I. y Alonso Mas, M. J. (dirs.) (2021). *La regulación de la energía limpia ante la emergencia climática*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Rosa Moreno, J. (2020). Requerimientos sectoriales del nuevo marco europeo de la energía renovable. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (103), 41-78. <http://dx.doi.org/10.56398/ajacieda.00150>
- Ruiz Olmo, I. y Delgado Piqueras, F. (2014). La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico. En J. F. Alenza García (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (pp. 59-96). Thomson Reuters Aranzadi.
- Ruiz Olmo, I., Amaral Winter, J. M., Delgado Piqueras, F., Galán Vioque, R., Garrido Cuenca, N. M. y González Ríos, I. (2021). *Los desafíos jurídicos de la transición energética*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Salvador Gimeno, S. (2022). El desarrollo de las energías renovables marinas en el marco de la unión europea. Análisis jurídico de los principales retos y desafíos ambientales y sociales. *Revista Escuela Jacobea de Posgrado*, (23), 89-116.
- Santos Couceiro, J. (2022). Sobre el parque eólico y las indemnizaciones. *Dinamo técnica: Revista de Ingeniería y Energía*, (28), 26-29. <https://dinamotecnica.es/2022/08/parque-eolico-indemnizaciones.html>

- Sanz Larruga, F. J. (2010). Los parques eólicos marinos en el marco de la gestión integrada del litoral. En M. J. López Sako (coord.) y M. A. Torres López y E. Arana García (dirs.), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales* (pp. 301-377). Thomson Reuters-Civitas.
- Sanz Rubiales, Í. (2010). Los efectos ambientales acumulativos de los parques eólicos. Su evaluación. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (21), 185-216. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1272897195146/Redaccion>
- Soro Mateo, B. (2011). La Autorización de parques eólicos marinos en España. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2(2). <http://dx.doi.org/10.17345/rcda1190>
- Valencia Martín, G. y Rosa Moreno, J. (dirs.) (2020). *La transformación renovable del modelo energético*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Villares Naveira, L. (2022). Duración y contenido del trámite de información pública en los procesos de autorización de parques eólicos. Apuntes jurisprudenciales del TSXG a la luz del Derecho comunitario. En L. Tolivar Alas, A. J. Huergo Lora y T. Cano Campos (dirs.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático: actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Oviedo 3-5 de febrero de 2022 (pp. 429-440). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Zamora Santa Brígida, I. (coord.) y de la Cruz Ferrer, J. (dir.) (2019). *Energía y Derecho ante la transición renovable*. Thomson Reuters Aranzadi.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 21-07-2024  
Modificado: 14-10-2024  
Aceptado: 16-10-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11417>  
Páginas: 76-91

Referencia: Mora-Ruiz, M. (2024). La protección del medio ambiente en el Valle de Arán como modelo especial de ordenación determinado por el territorio. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 76-91. <https://doi.org/10.24965/reala.11417>

## La protección del medio ambiente en el Valle de Arán como modelo especial de ordenación determinado por el territorio

### *Environmental protection in Aran Valley as a special regulatory model determined by the territory*

Mora-Ruiz, Manuela

Universidad de Huelva. Departamento de Derecho Público y del Trabajo (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5056-0204>

[manuela@uhu.es](mailto:manuela@uhu.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesora titular de Derecho Administrativo. Sus principales líneas de investigación se vinculan al derecho administrativo ambiental, con especial consideración de los sistemas de protección territoriales. Asimismo, desarrolla su investigación en el ámbito de la contratación pública y en relación con las fórmulas de intervención de la Administración en la actividad de los ciudadanos.

#### RESUMEN

**Objetivos:** el presente estudio plantea el análisis de un modelo particular de protección del medio ambiente como el que se desarrolla en el Valle de Arán en un marco constitucional claro de descentralización territorial. **Metodología:** se expone el régimen jurídico aplicable al Valle de Arán a nivel estatutario y se revisa el régimen jurídico desarrollado en los últimos veinticinco años, así como se analiza la capacidad de ordenación de la Administración aranesa en aras de la consolidación de su autonomía como entidad local de carácter especial. **Resultados:** se evidencia el peso del territorio y sus especialidades para la articulación de un modelo de gestión y tutela ambiental concreto, que tiene correspondencia con un estatus jurídico propio del Valle de Arán. **Conclusiones:** reconocimiento de una ordenación ambiental fuertemente determinada por el territorio; sin embargo, no puede tratarse como un modelo de gestión aislado o autónomo, sino que deben existir conexiones con estrategias y fórmulas de protección generalmente compartidas bajo el paraguas del derecho ambiental, que debe garantizar la eficacia de los instrumentos de protección de este bien jurídico aplicados.

#### PALABRAS CLAVE

Tutela ambiental; competencias; autonomía local; territorio; Consejo General de Arán.

#### ABSTRACT

**Objectives:** The current study proposes the analysis of a particular model of environmental protection such as the one developed in the Aran Valley in a clear constitutional framework of territorial decentralization. **Methodology:** Presentation of the legal system applicable to the Val d'Aran at Statutory level; review of the legal system developed over the last 25 years; and analysis of the Aranese administration's management capacity, regarding its autonomy as a local entity of a special character. **Results:** Evidence of the weight of the territory and its specialities for the articulation of a specific environmental management and protection model; correspondence and reflection in the Valle d'Aran's own legal status. **Conclusions:** Recognition of an environmental management strongly determined by the territory; however, it cannot be treated as an

isolated or autonomous management model; there must be connections with strategies and formulas of protection generally shared under the umbrella of Environmental Law; it must guarantee the effectiveness of the instruments of protection of this legal good applied.

## KEYWORDS

Environmental protection system; competencies; local autonomy; territory; General Council of Aran Valley.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO ESTATUTARIO DEL VALLE DE ARÁN EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE EN EL CONTEXTO AUTONÓMICO. 2. LA ORDENACIÓN AMBIENTAL A PARTIR DE LAS LEYES DE RÉGIMEN ESPECIAL DEL VALLE DE ARÁN EN CLAVE DE PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS. 2.1. LA REGULACIÓN INICIAL DE LA LEY 16/1990, DE 13 DE JULIO, SOBRE RÉGIMEN ESPECIAL DEL VALLE DE ARÁN. 2.2. LOS DECRETOS DE TRANSFERENCIA DE SERVICIOS Y FUNCIONES: LA AMPLIACIÓN SOSTENIDA EN EL TIEMPO DE LA COMPETENCIA AMBIENTAL. 2.3. EL MÁXIMO GRADO DE AUTONOMÍA PARA LA GESTIÓN DE LOS INTERESES AMBIENTALES A TRAVÉS DE LA LEY 1/2015, DE 5 DE FEBRERO, DEL VALLE DE ARÁN. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN: POSIBILIDADES PARA RECONOCER UN MODELO PROPIO DE ORDENACIÓN Y GESTIÓN AMBIENTAL EN EL VALLE DE ARÁN. FINANCIACIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO ESTATUTARIO DEL VALLE DE ARÁN EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE EN EL CONTEXTO AUTONÓMICO

El presente trabajo aborda una de las cuestiones o aspectos del gobierno del Valle de Arán más peculiares, dado que se trata de un territorio especial desde una perspectiva geográfica, en el que la montaña resulta determinante<sup>1</sup>, convirtiéndose el medio ambiente en un ámbito esencial para la atención de los intereses propios de dicho territorio.

Junto a ello, aproximarse al régimen jurídico de las competencias ambientales que el Consejo General, como órgano de gobierno y administración del Valle<sup>2</sup>, puede ejercer en el territorio considerado no está exento de complejidad en la medida en que estamos ante una materia que, como título competencial (cualquiera que sea la escala territorial en la que nos situemos), resulta bastante complicado, ya que su punto de partida es el marco jurídico resultante de la relación entre las normas adicionales de protección del medio ambiente y las bases estatales, puesto que la protección del medio ambiente constituye, como señala Valencia Martín (2017, p. 73), «una tarea compartida», de Estado y Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.)<sup>3</sup>: estamos ante un entramado de normas jurídicas difícil y prolijo, que van a condicionar el desenvolvimiento de las competencias ambientales de los órganos de gobierno del Valle de Arán, en tanto que territorio cualificado y objeto de reconocimiento específico por el ordenamiento jurídico. Por tanto, las atribuciones que pueden reconocerse sobre el medio ambiente al Consejo General, principal órgano de la Administración aranesa, y desde el máximo nivel del Ordenamiento catalán, deben comprenderse a partir de las competencias estatutarias que la Comunidad Autónoma de Cataluña ostenta, en primer lugar, en materia de régimen local y, en segundo término, en medio ambiente, constituyendo el marco de referencia sobre el cual construir el marco jurídico de lo ambiental en el Valle de Arán.

Así, respecto de la especialidad del Valle de Arán, tanto la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña<sup>4</sup>, como la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, por la que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, parten de la necesidad

<sup>1</sup> Así lo señala de forma expresa el art. 94.4 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 179, de 20 de julio).

<sup>2</sup> Véase art. 3.2 de la Ley 1/2015, de 5 de febrero, de Régimen Especial de Arán en relación con el art. 26.1 de la misma (DOGC núm. 6810, de 13 de febrero).

<sup>3</sup> Resulta obligada la referencia a la STC 102/1995, de 26 de junio, en cuanto a la definición de lo básico, entendida como «ordenación de mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos» (FJ 9).

<sup>4</sup> BOE núm. 306, de 22 de diciembre.

de reconocer la identidad lingüística (Magaldi, 2022, pp. 62 y ss.)<sup>5</sup>, histórica, cultural, geográfica e, incluso, política del Valle de Arán y, por tanto, de la oportunidad y conveniencia de impulsar un estatus jurídico específico, derivado del reconocimiento expreso del Valle de Arán como «entidad territorial singular». Para ello, debe contar con un régimen jurídico a la medida de estas especialidades, con proyección en la actuación de sus órganos de gobierno en todos los ámbitos en que así se reconozca, tal y como expresamente recoge el art. 11.2 del Estatuto vigente en relación con el art. 94.1, al disponer específicamente el establecimiento de un régimen jurídico propio mediante ley del Parlamento, con reconocimiento de la especificidad de la organización institucional y administrativa de Arán y la garantía de autonomía «para ordenar y gestionar los asuntos públicos de su territorio»<sup>6</sup>.

En este sentido, debe señalarse que se trata de un planteamiento propio o natural, si se me permite la expresión, a la legislación de régimen local, tal y como lo demuestran las previsiones del art. 2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local en relación con el art. 25.1, al poner el acento en las «necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». De hecho, el territorio se sitúa en un primer plano en la legislación de régimen local de Cataluña, como un elemento determinante de la atribución de competencias, en la medida en que el art. 9.5 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, una vez reconoce las competencias de los entes locales como cauce para la realización del principio de autonomía, dispone que, «en todo caso, la atribución de competencias a los Entes Locales tiene que hacerse de acuerdo con la naturaleza y características de estos entes (...), de acuerdo con el principio de subsidiariedad y procurando, de manera general, que el ejercicio de las competencias corresponda, de manera preferente, a las autoridades más próximas al territorio»<sup>7</sup>. Por tanto, la especialidad del Valle de Arán y de su Administración obedece a características territoriales y culturales que, a la vez, constituyen el fundamento último de la autonomía y capacidad de gestión que, desde el Estatuto, deben disfrutar los entes locales. Ello otorga a esta entidad un estatuto jurídico específico que, en lo que a este trabajo interesa, se proyecta de forma especial en las cuestiones ambientales.

Se trata de un planteamiento que, en cierta medida, ha ido evolucionando en densidad y contundencia desde la Ley Orgánica de 1979 a la reforma del Estatuto de 2006, no solo desde la perspectiva institucional, sino, y en el marco de este trabajo, en materia medioambiental. En este sentido, la regulación estatutaria de la materia ambiental ha pasado de una consideración un tanto elemental, en el sentido de que el art. 10.1 de la Ley Orgánica de 1979 atribuía el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de protección del medio ambiente, «sin perjuicio de las facultades de la generalidad para establecer normas de protección», a una auténtica ordenación de lo ambiental, en el Estatuto de 2006, que tiene como punto de partida la obligación de los poderes públicos de Cataluña de promover diferentes valores, entre los que se encuentra el desarrollo sostenible (art. 4.3).

La consecuencia inmediata de esta previsión es, por un lado, el reconocimiento de diferentes derechos en torno al medio ambiente y que incluyen el derecho «a vivir en un medio equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud...», el derecho de todos a la protección «ante las distintas formas de contaminación» y el derecho de acceso a la información ambiental (art. 27, apdos. 1, 2 y 3, respectivamente)<sup>8</sup>; y, por otro, en el marco de los principios rectores (Valencia Martín, 2017, pp. 118-119), la imposición de obligaciones de las Administraciones públicas en la garantía de estos derechos, en clave de función pública de tutela ambiental, íntimamente ligada a las previsiones del art. 45.2 CE (Rodríguez Beas, 2017, p. 38)<sup>9</sup>. En mi opinión, incluso desde esta relativización de la entidad jurídica de los derechos reconocidos estatutariamente por determinadas CC.AA. (especialmente desde 2006), no puede menospreciarse la importancia de estas previsiones, en la medida en que, vinculadas a los denominados por los propios estatutos como «principios

<sup>5</sup> La lengua occitana se convierte, así, en la base del tratamiento diferenciado del Valle de Arán, como lo demuestra, inicialmente, el art. 3.4 del Estatuto de 1979, en relación con la disposición adicional primera, en cuya virtud «en el marco de la Constitución y del presente Estatuto serán reconocidas y actualizadas las peculiaridades históricas de la organización administrativa interna del Valle de Arán». La Ley Orgánica de 2006 consolida e institucionaliza este planteamiento, reconociendo el carácter oficial de la lengua aranesa, ex art.6.5, lo que se proyecta en la expresa declaración del Valle de Arán como «entidad territorial singular» y en la garantía de autonomía para la gestión de los intereses propios, tal y como dispone los arts. 11 y 94, respectivamente.

<sup>6</sup> Se trata de un régimen refrendado, en cierto modo, en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 15.

<sup>7</sup> DOGC núm. 3887, de 20 de mayo de 2003.

<sup>8</sup> A la vez, el art. 27.1 dispone el deber de todos de «hacer un uso responsable de los recursos y evitar su despilfarro», y el art. 27.2 impone el deber de colaborar en la conservación del patrimonio natural, dando carta de naturaleza al principio de responsabilidad compartida que deriva del art. 45 CE. Sobre este principio, véase Mora-Ruiz (2007, pp. 108 y ss.).

<sup>9</sup> *Ibid.* pp. 31-39.

rectores» constituyen el haz y en envés de la que puede considerarse una política autonómica propia en la materia de que se trate, de forma que el ciudadano se ve reconocido, aun de forma más o menos programática, como sujeto activo de estas políticas, y la Administración debe articular medidas al efecto y, a la vez, es objeto de la imposición de obligaciones de las que no puede separarse, so pena de infracción de la norma estatutaria.

A ello se suma, el reconocimiento de una amplia competencia de la Generalidad sobre medio ambiente, espacios naturales y meteorología que regula el art. 144 del Estatuto, abarcando una multiplicidad de ámbitos que robustecen la competencia ambiental, con el consiguiente reflejo, como se verá a continuación, en las atribuciones en medio ambiente que, progresivamente, se han ido realizando a favor del Consejo General del Valle de Arán. De hecho, los diferentes decretos de traspasos de servicios y funciones aprobados por la Generalidad desde 1997 han evidenciado esta ampliación material<sup>10</sup>. Así, el referido art. 144, en su apdo. primero, contempla competencias que van desde «el establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos», «la regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos», a cuestiones como «la regulación y la gestión de los vertidos efectuados en las aguas interiores de Cataluña, así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas que no pasen por otra Comunidad Autónoma» o «la prevención, restauración y reparación de daños al medio ambiente, así como el correspondiente régimen sancionador» –letras a), c), g) y k), respectivamente–<sup>11</sup>, ofreciendo una materia con una amplitud considerable, a modo de «blindaje competencial», como señala Casado Casado (2018, p. 102), en clave de normas adicionales de protección<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva, debe hacerse referencia a la configuración *estable* de las competencias estatutarias de las entidades locales en Cataluña (Fuentes y Gasó, 2015, p. 81), pese a los retrocesos que en régimen local han venido de la mano de la Ley 27/2013, de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local<sup>13</sup> y su correspondiente proceso de reorganización de competencias (Casado Casado, 2014, p. 2), en clave de limitación de las mismas. Estamos ante un posicionamiento de consolidación del régimen local de Cataluña y su aplicación<sup>14</sup> que, a la postre, robustece el tratamiento diferenciado que se le da al Valle de Arán, llegando incluso, como señala Fuentes i Gasó (2015, p. 83), a tener reconocimiento expreso en el Decreto Ley 3/2014, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la Ley 27/2013, cuya disposición adicional octava expresamente contemplaba el respeto y mantenimiento de todas las competencias y servicios reconocidos al territorio de Arán por el Estatuto de Autonomía, atendiendo a los derechos históricos y su régimen especial<sup>15</sup>.

En definitiva, y con ello concluimos este apartado, el Estatuto de Autonomía de Cataluña proporciona un marco jurídico idóneo para permitir el desenvolvimiento de una política ambiental del Valle de Arán, tanto por la garantía de autonomía que acaba de referirse, imprescindible para la gestión de los intereses propios, como porque ello va a tener reflejo directo en la ordenación y gestión del medio ambiente, como se indicará en los siguientes epígrafes, a partir de la legislación ordinaria aprobada por la Generalidad.

<sup>10</sup> Mientras que el Decreto 288/1997, de 31 de octubre, ordenaba el traspaso de competencias a favor del Consejo General en materia de caza, pesca fluvial y aprovechamientos forestales, el Decreto 368/2001, de 7 de noviembre, sobre transferencia de competencias en materia de medio ambiente, recoge un elenco de actividades bastante más amplio.

<sup>11</sup> Para una consideración más detenida de este precepto y su conexión con otros títulos competenciales que, tangencialmente, se vinculan a la materia ambiental, Rodríguez Beas (2017, pp. 40-42).

<sup>12</sup> Casado Casado (2018, p. 138): la autora insiste en diferenciar la competencia autonómica de mero desarrollo de la legislación básica, de la competencia relativa al establecimiento de normas adicionales de protección, ex art. 149.1.23.<sup>a</sup> CE y en cuya virtud es posible establecer niveles de protección más altos por las CC.AA.

<sup>13</sup> BOE núm. 312, de 30 de diciembre.

<sup>14</sup> En este sentido, debe hacerse referencia a la nueva disposición adicional 17.<sup>a</sup> de la Ley 7/1985, en cuya virtud se realiza un reconocimiento específico de los derechos históricos de Cataluña, al contemplar que «las previsiones de esta Ley se aplicarán respetando en todo caso la posición singular en materia de sistema institucional recogida en el art. 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, así como las competencias exclusivas y compartidas en materia de régimen local y organización territorial previstas en dicho Estatuto, de acuerdo con el marco competencial establecido en la Constitución y en especial en el Estatuto de Autonomía». La disposición se introduce como consecuencia de la modificación operada por el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, y, como señala Velasco Caballero (2024), supone una modulación respecto del condicionamiento básico sobre régimen local, en tanto en cuanto se otorga un espacio diferente a las previsiones estatutarias sobre esta materia.

<sup>15</sup> DOGC núm. 6647, de 19 de junio de 2014. No obstante, el Decreto Ley no fue convalidado, por lo que su período de vigencia fue mínimo. Al respecto, véase Fuentes i Gasó (2015, pp. 83-84).

## 2. LA ORDENACIÓN AMBIENTAL A PARTIR DE LAS LEYES DE RÉGIMEN ESPECIAL DEL VALLE DE ARÁN EN CLAVE DE PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS

### 2.1. La regulación inicial de la Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre régimen especial del Valle de Arán

La Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre régimen especial del Valle de Arán<sup>16</sup>, da cumplimiento al mandato estatutario de crear un régimen jurídico especial para el Valle de Arán, teniendo en cuenta, como señala su preámbulo, que se trata de un territorio ligado a «las tierras gasconas y a la gran familia occitana pero unido históricamente, a través de pacto, al principado de Cataluña» y que, en consecuencia, precisa de una organización propia, sin perjuicio de la organización municipal, para atender los «intereses particulares del territorio». El reconocimiento expreso de esta especialidad territorial de carácter histórico se traduce, en lo que a este trabajo interesa, en la definición de Arán, como «Entidad Local territorial determinada por la agrupación de los territorios municipales... que tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad y autonomía para el cumplimiento de sus fines» (art. 1.2). La Ley establece, así, tres elementos configuradores esenciales para el reconocimiento de una entidad territorial como entidad de gobierno y administración, con capacidad para atender ámbitos materiales en los que, claramente, lo ambiental ha de tener cabida<sup>17</sup>.

De esta manera, el Valle de Arán constituye un escalón territorial diverso, que no puede ser incluido en ninguna división territorial propia de Cataluña que no sea él mismo (tal y como dispone el art. 3 de la Ley examinada), y que recibe funciones y competencias mediante una fórmula *sui generis* en la medida en que, por un lado, recuerda al modo en que se atribuyen competencias a las entidades locales por la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local<sup>18</sup>, las normas autonómicas de régimen local y la legislación sectorial (tanto estatal como autonómica); y, por otro, la Ley 16/1990 reconoce un elenco de ámbitos materiales en los que el Consejo General será competente, sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes del Parlamento (art. 20), que se materializan en decretos de traspaso de funciones y servicios, articulando un régimen competencial diferente que, a la postre, no hace sino evidenciar la singularidad del Valle de Arán como Administración pública de carácter territorial.

Sobre esta base, el art. 20 de la Ley distingue entre las competencias plenas del Consejo General en fomento y enseñanza del aranés y su cultura (apdo. 1), y la cesión de competencias sobre determinadas materias que podrán ser de carácter pleno si así lo determinan las leyes (apdo. 2 en relación con el 4). Y entre las materias que son objeto de cesión cabe diferenciar, a su vez, entre la materia ambiental, prevista en la letra n) del art. 20.2, sin mayor especificación, y otra serie de competencias que, desde mi punto de vista, son parte de la materia ambiental, y vienen, en cierto modo, a garantizar que todo lo ambiental tiene cabida en la Ley: ordenación del territorio, protección de la naturaleza, montaña y vías forestales, recogida y tratamiento de residuos sólidos o salubridad pública (letras e), h), o) y p), respectivamente—. Se trata de un artículo complejo, que recuerda a los arts. 25 y 26 de la Ley de Bases del Régimen Local en tanto en cuanto parece incluir ámbitos competenciales propios del Valle de Arán, junto a otros ámbitos de actuación que se aproximan a los servicios de las entidades locales.

Con todo, la Ley no va mucho más lejos, y de ahí el interés que tienen los diferentes decretos que se suceden desde 1997 y en virtud de los cuales se van concretando las funciones y servicios que ha de desempeñar la Administración aranesa, en tanto que organización territorial de carácter supramunicipal.

### 2.2. Los decretos de transferencia de servicios y funciones: la ampliación sostenida en el tiempo de la competencia ambiental

Como acaba de señalarse, los decretos de traspaso o transferencia de competencias aprobados entre 1997 y 2001 van armando la materia ambiental competencia del Consejo General, teniendo en cuenta lo limitado e impreciso de las competencias reconocidas por ley. En este sentido, debe destacar que los

<sup>16</sup> DOGC núm. 1326, de 3 de agosto.

<sup>17</sup> Así lo pone de manifiesto Rodríguez Beas (2017, p. 43), aunque en relación con los entes locales en sentido estricto, haciéndose eco de la afirmación de Lozano Cutanda acerca del alcance del art. 137 CE respecto del art. 45 CE, en cuya virtud «(...) no hay duda de que nada afecta de modo más importante a los intereses locales que todo aquello que, al deteriorar el medio ambiente, puede incidir directamente en la salud o la calidad de vida de los vecinos (...): Lozano Cutanda (2014, p. 244, citada en Rodríguez Beas, 2017, nota al pie 17, p. 43).

<sup>18</sup> Téngase en cuenta el art. 2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en relación con el art. 25.1 de la misma norma.

decretos articulan una cierta ordenación ambiental del Valle de Arán que puede considerarse en expansión desde el punto de vista del contenido y de las potestades que el Consejo puede ejercer al respecto. Así, como ahora se verá, mientras que los primeros decretos tienen un contenido esencialmente ligado a los aprovechamientos de los recursos naturales del medio natural, los decretos de principios del siglo XXI evidencian una concepción mucho más amplia del bien jurídico medio ambiente, en el que van a tener cabida los aspectos relativos al control de la contaminación como consecuencia de actividades económicas, el acceso a la información ambiental y la responsabilidad por daños, expandiendo, por tanto, el núcleo inicial de competencias, muy apegado a la tutela del medio natural. Incluso, en relación con este último aspecto, hay una cierta sofisticación de las competencias en los términos que se indicarán a continuación. Además, también se amplían las potestades que puede ejercer el Consejo General, incluyendo la vigilancia y control y la potestad sancionadora.

Con todo, en el marco del reforzamiento de la competencia ambiental de la Generalidad tras la aprobación de la modificación del Estatuto de Autonomía, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, la Ley 1/2015, de 5 de febrero, de Régimen Especial de Arán, va a representar un punto de inflexión en las competencias atribuidas al Consejo General a través de los aludidos decretos, pues las mismas se perfeccionan y amplían, consolidando toda una política ambiental de la Administración aranesa, que ha vuelto a expandirse con la aprobación del Decreto 54/2019, de 11 de marzo, de traspaso de funciones y servicios de la Generalidad de Cataluña al Consejo General de Arán en materia de gestión de espacios naturales protegidos en el territorio de Arán<sup>19</sup>.

El primero de los decretos aprobados es el núm. 288/1997, de 31 de octubre, de transferencia de competencias y servicios en materia de caza, pesca y aprovechamientos forestales<sup>20</sup>, de forma que el anexo de la norma concreta las competencias y funciones que van a corresponder en cada uno de estos ámbitos. Sin ánimo exhaustivo, destacaremos algunas cuestiones.

En materia de caza y pesca fluvial, se permite el otorgamiento de autorizaciones y la vigilancia y denuncias de las infracciones de la correspondiente legislación<sup>21</sup>. Se trata de competencias que podríamos considerar de gestión, de forma que la legislación aplicable es la aprobada para toda Cataluña, incluidas las órdenes de vedas en ambas actividades<sup>22</sup>. Por tanto, en lo que toca al aprovechamiento de los recursos naturales, el Valle de Arán tiene, en este momento, competencias de ordenación un tanto limitadas, pues el régimen jurídico es el que existe en el nivel general<sup>23</sup>.

Por otro lado, es importante llamar la atención sobre los efectos que van a concederse a las autorizaciones de caza y pesca otorgadas por el Consejo General, en el sentido de que las mismas «serán válidas para ejercer estas actividades en toda Cataluña y en todas aquellas comunidades autónomas donde hayan reconocido las licencias de Cataluña», sin perjuicio de la reciprocidad que, igualmente, se reconoce a las licencias expedidas por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca, que tendrán plena validez en el territorio del Valle de Arán. Se trata de una medida con la que, claramente, se materializa el estatus privilegiado del territorio que analizamos.

<sup>19</sup> DOGC núm. 7830, de 14 de marzo.

<sup>20</sup> DOGC núm. 2518, de 14 de noviembre.

<sup>21</sup> Debe señalarse que la disposición final tercera de la norma examinada reconoce que la competencia para instruir los expedientes sancionadores en estos casos es del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca, a partir de las denuncias que formulen los agentes rurales transferidos al Consejo General.

<sup>22</sup> Así lo establece la disposición final primera del Decreto. No obstante, la disposición asegura que las especialidades del territorio aranes sean tenidas en cuenta, en la medida en que se señala que las aludidas órdenes de veda harán constar las especialidades que el Consejo transmita. Asimismo, se contemplan limitaciones derivadas de figuras concretas de territorios específicos, como señala la disposición final segunda, ya que «dentro de los territorios de La Valle de Arán delimitados a tal efecto regirán las normas vigentes relativas a la Reserva Nacional de Caza de L'Alt Aran-Pallars, las de zona de caza controlada en el ámbito de El Mig y Baix Aran y la de zona de pesca controlada en todo el territorio».

<sup>23</sup> Al respecto, no obstante, debe llamarse la atención sobre la posibilidad de modular este régimen general en atención a intereses municipales concretos que ha reconocido la jurisprudencia. En este sentido, téngase en cuenta la STSJ Cataluña núm. 161/2005, de 22 de febrero (rec. núm. 257/2002; ROJ: STSJ CAT 2166/2005), que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Canejan contra Resolución del síndico del Valle de Arán de 22-02-2002, relativa a denegación de segregación de terrenos municipales de la zona de caza controlada del Valle de Arán, llevada a cabo por el jefe de los Servicios de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Consejo General del Valle, de fecha 11 de octubre de 2001. En este sentido, el Consejo General había venido aplicando un régimen cinegético aprobado por Resolución de la Dirección General del Medio Natural del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat, de 8 de septiembre de 1989, en cuya virtud, y por plazo de diez años, terrenos cinegéticos de determinados municipios se incluyen en el régimen común. Para el Tribunal es claro que, en aplicación de la Resolución, no cabe mantener el régimen común.

En materia de aprovechamientos forestales, el Decreto examinado atribuye competencias de gestión de los recursos forestales, en la medida que el Consejo General puede otorgar autorizaciones para aprovechamientos de esta naturaleza, prestar asesoramiento, aprobar proyectos técnicos de gestión, autorizaciones de ocupaciones y servidumbres en montes de titularidad pública, la vigilancia y denuncia, actuaciones para la prevención de incendios. Desde esta última perspectiva, las competencias a favor del Consejo General pueden considerarse alineadas con las de la Ley 6/1988, de 30 de marzo, Forestal de Cataluña, que, de forma expresa, recoge actuaciones en materia de prevención de incendios forestales (arts. 33 y ss.).

El anexo del Decreto se completa con una genérica competencia sobre la vigilancia y denuncias de las infracciones relativas a la protección de los animales (sin que se llegue a concretar que sólo se está considerando la fauna y flora silvestre), y la circulación motorizada en espacios naturales, cualquiera que sea la calificación (si la hay) de dicho espacio.

Como puede observarse, se trata de un decreto muy limitado en su contenido, en cuanto a la extensión de las competencias, tanto por los ámbitos materiales a los que afecta como por la densidad de las mismas, ya que se mueven en el terreno de una gestión muy estrecha, incluso en los supuestos de control.

El Decreto 150/1999, de 1 de julio, de transferencia de servicios y funciones de la Generalidad al Consejo General de Era en materia de restauración hidrológico-forestal, fauna, espacios incluidos en el Plan de Espacios de Interés Natural, Artesanía Alimentaria y ampliación de los traspasos de aprovechamientos forestales, pesca fluvial, circulación motorizada y prevención de incendios forestales de la Generalidad de Cataluña al Consejo General de Era Val d'Aran es, como puede observarse, una norma que amplía la extensión de las competencias ambientales no solo por los ámbitos que ahora incluye, sino, también, porque algunos ámbitos se cualifican como consecuencia de la consideración de espacios concretos. Tal y como se indicaba con anterioridad, el Consejo General va ampliando los espacios ambientales en los que puede actuar y, de igual modo, las potestades y facultades de actuación que puede asumir.

Así, se incorpora el ámbito de la restauración hidrológico-forestal, asumiendo competencias que pueden considerarse de gestión en la medida en que, de forma conjunta con el departamento de la Generalidad competente, determinará obras y trabajos de restauración dentro del territorio aranés –art. 2.a)–. De igual modo, se reconoce la competencia de gestión de espacios considerados de interés natural dentro del correspondiente plan<sup>24</sup>, siempre que sean los que se ubican en el territorio del Valle de Arán –art. 2.c)–. En este caso, ya no se trata de un cuidado genérico del medio natural, sino de una competencia de toma de decisiones sobre espacios cualificados, lo que supone, en mi opinión, un salto cualitativo. De hecho, la inicial competencia de vigilancia y denuncia de circulación motorizada, en consonancia con esta cualificación de las competencias, se transforma en la competencia de autorización de dicha circulación en el caso de que se produzca en espacios naturales de protección especial y en los caminos y pistas que discurren por el territorio, a lo que se suma el resto de competencias que prevé el Decreto 166/1998, de 8 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural<sup>25</sup>, provocando una considerable ampliación de las competencias del Consejo General en la gestión del medio natural.

En otros casos, más que competencias se introduce la posibilidad de reconocer que el Consejo General pueda acogerse a ayudas técnicas o económicas, como ocurre en relación con los espacios incluidos en el Plan de Espacios de Interés Natural y en materia de prevención de incendios forestales (art. 2.h). Y, junto a ello, destaca la previsión de subrogación en los derechos y deberes inherentes a los convenios o consorcios suscritos por la Administración forestal con la Administración aranesa para la deforestación y tratamiento de las masas forestales de su propiedad (art. 2.e). En cierto modo, este tipo de posibilidades, que más que en el reconocimiento de nueva competencia se sitúan en la atribución de nuevas funciones sobre un ámbito en el que ya podía actuar el Consejo General, evidencian una suerte de menor dependencia y/o mayor autonomía para la gestión de los recursos propios, en el sentido de que la Administración aranesa parece

<sup>24</sup> Sobre la centralidad del Plan de Espacios de Interés Natural en la identificación y gestión de espacios protegidos desde la Ley 12/1985, de 13 de junio, de Espacios Naturales, véase Iglesias Lucía (2017a, pp. 710-711).

<sup>25</sup> DOGC núm. 2680, de 14 de julio. La norma desarrolla, así, Ley 9/1995, de 27 de julio, de Regulación del Acceso Motorizado al Medio Natural, que surge como reacción al deterioro observado en los terrenos forestales y en los espacios naturales, precisándose una ordenación específica de carácter tutelador, como señala el preámbulo de la norma. En este sentido, el art. 2.a del Decreto dispone como ámbito territorial de aplicación los siguientes: «a) Els espais naturals definits per la Llei 12/1985, de 13 de juny, d'espais naturals. b) Els terrenys forestals definits per la Llei 6/1988, de 30 de març, forestal de Catalunya. c) El conjunt de camins rurals, camins i pistes forestals, camins de bast i ramaders, senders i corriols. d) Els llits de les corrents naturals d'aigua, contínues o discontinúes i els dels llacs, llacunes i embassaments superficials en lleres públiques».

superar un escalón inicial de *tutela* (la cursiva es nuestra) por parte de la Generalidad, que ahora permite la subrogación en derechos y deberes.

Finalmente, debe llamarse la atención sobre dos ámbitos que ahora van a tratarse de manera diferenciada, frente al Decreto de 1997, y que demuestran la importancia de estos recursos para el Valle de Arán. Así, la anterior competencia sobre caza y pesca fluvial se escinde ahora la entre competencia sobre fauna y pesca fluvial, incorporando nuevas funciones a una y otra.

En el caso de la fauna, el Consejo General puede, en primer lugar, asumir funciones de planificación, lo que supone la atribución de una potestad importante para la gestión del territorio, aunque con el departamento competente de la Generalidad. A ello se suman la realización de actuaciones de supervisión del furtivismo, el recuento cinegético de aprovechamiento o censos y el otorgamiento de autorizaciones previstas en la normativa para la realización de actividades fotográficas, científicas y deportivas (art. 2.b), lo cual robustece la actividad de policía que, hasta este momento, ha correspondido al Consejo General.

Por su parte, en materia de pesca fluvial, se asumen las funciones del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad en la gestión y ordenación de esta materia, se permite la autorización de nuevas modalidades de pesca, y se reconoce la participación del Consejo mediante informe en relación con los trabajos que hayan de realizarse en los ríos y respecto de todas aquellas cuestiones que afecten a la pesca fluvial «y de las cuales, de acuerdo con la normativa vigente, deba informar al Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca». Este último aspecto debe valorarse en positivo, en la medida en que la garantía o exigencia del informe por parte del Consejo General constituye una vía por la que se reconoce la existencia de un ámbito de interés propio en el que ejercer competencias.

En definitiva, los decretos de 1997 y 1999 tienen el valor de crear un elenco de funciones y servicios a favor del Consejo General con el que, por un lado, se robustece la Administración aranesa y, de otro, se institucionaliza la capacidad de la misma para gestionar sus recursos naturales<sup>26</sup>, prestando bastante atención a la protección del medio natural considerado de forma amplia, aunque se vaya introduciendo la referencia al espacio protegido. Los decretos destacan, así, por la minuciosidad con la que atribuyen funciones, sin que se recurra a cláusulas generales de habilitación competencial a favor del Consejo General, puesto que ello correspondía a la Ley de 1990.

Los decretos 365/2000, de 7 de noviembre, y 368/2001, de 18 de diciembre<sup>27</sup>, de transferencia de competencias en materia de medio ambiente, consolidan la línea evolutiva en materia de competencias ambientales de la Administración aranesa en el sentido de ir ampliando el contenido y ámbitos de actuación en los que pueden desenvolverse y avanzar en las potestades que se reconocen al Consejo General. En mi opinión, estos decretos implican un cambio sustancial en la materia que nos ocupan, pues, aunque llevan a cabo un traspaso de servicios y funciones, lo cierto es que establecen los anclajes necesarios para que desde el Consejo General pueda desenvolverse una auténtica política ambiental del Valle de Arán a la medida de la especialidad de sus territorios.

Sin ánimo exhaustivo, puesto que ello sobrepasaría las dimensiones de este trabajo, pueden destacarse, en primer lugar, que el Decreto 365/2000, de 7 de noviembre, resulta novedoso porque introduce ámbitos materiales de actuación que no habían sido explicitados en los decretos ya examinados. Así, el art.2.a) incorpora la educación ambiental, de forma que se reconoce la competencia en la elaboración de programas y actuaciones «encaminadas a promover la información ambiental, la sensibilización ciudadana y la educación ambiental»: la información ambiental y la educación suponen, en mi opinión, vías de modernización de la política ambiental que puede llegar a desenvolverse por la Administración aranesa, de forma que el ciudadano se sitúa en un plano diferente al del mero sujeto controlado en cuanto a las actividades que vaya a desarrollar.

Junto a ello, el Decreto arbitra la participación del Consejo General en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de actividades sujetas a esta técnica, como no podía ser de otro modo, si atendemos a la caracterización de este dispositivo y a las posibilidades que ofrece de implicación de las Administraciones que puedan verse afectadas. De esta manera, el art. 2.d) regula la «participación en las subponencias y órganos técnicos especializados encargados de formular las propuestas de declaración de impacto ambiental de las obras, proyectos y actividades ubicados en territorio de la Val d'Aran»,

<sup>26</sup> No puede perderse de vista que ambos decretos dedican un apartado a la transferencia de medios, tanto financieros (entre los que se incluyen los gastos derivados del personal) como materiales, a fin de permitir el ejercicio de las funciones atribuidas y el desenvolvimiento de los servicios previstos.

<sup>27</sup> DOGC núms. 3271, de 22 de noviembre y 3546, de 4 de enero de 2002, respectivamente.

así como la elaboración de informes relativos a las obras o actuaciones que afecten a la recuperación de los componentes del entorno.

De otra parte, las competencias relativas a bosques y protección de la fauna se amplían y no solo son competencias de gestión, sino también de ordenación, por cuanto pueden aprobarse planes en uno y otro ámbito y tomar decisiones de carácter conservacionista. Así, a modo de ejemplo, la función genérica «mejora de bosques» incluye ahora cuestiones como la aprobación de los planes de ordenación forestal y las actuaciones encaminadas a la ordenación de los caminos rurales (art. 2.b). Por su parte, en cuanto a la «protección de la fauna» se introducen funciones diversas que evidencia un cambio en el aprovechamiento de los recursos naturales, en el sentido de introducir la variable de la protección. El art. 2.c) contempla cuestiones como «la gestión y vigilancia de la parte aranesa de la Reserva Nacional de caza», la aprobación de los planes técnicos de gestión cinegética y la «gestión integral de la fauna autóctona protegida, de la fauna cinegética y demás fauna no catalogada» o la «conservación y recuperación de ecosistemas acuáticos continentales». Además, el art. 3.1 del Decreto transfiere al Consejo General el ejercicio de la potestad sancionadora en las materias enunciadas en los apartados que acaban de verse, matizando que «esta delegación comprende la incoación, la instrucción y la resolución de los expedientes sancionadores correspondientes», lo que supone cerrar y completar las potestades de gestión y ordenación de bosques y fauna.

Tanto las previsiones relativas a la mejora de los bosques como a la protección de la fauna son atribuciones que tienen anclaje en la Ley de 1990 y en los decretos anteriores, por lo que no pueden considerarse absolutamente novedosas. Sin embargo, y ello es lo que quiero destacar, se trata de nuevas funciones con las que, en el fondo, se completa el régimen jurídico anterior y, sobre todo, se adquiere una visión más integral de la fauna silvestre y, en su caso, de sus aprovechamientos<sup>28</sup>.

Los espacios protegidos también se reconocen como parte de las funciones que han de traspasarse mediante este decreto, de forma que el Consejo General asumirá la «gestión y administración de los espacios del PEIN (Plan de Interés Natural) y demás espacios protegidos, siempre que no estén dentro del espacio del Parque Nacional de Sant Maurici i Aigüestortes». Como antes se indicaba, se trata de una cierta cualificación en la competencia que ya se reconocía en los decretos anteriores.

De otra parte, el art. 3.2 transfiere el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con la circulación motorizada en los espacios naturales de protección especial, así como los caminos y pistas que discurren por el territorio aranes de acuerdo con la Ley 9/1995, de 27 de julio, de Acceso Motorizado al Medio Natural. De esta manera, y como antes se indicaba, el Decreto 365/2002 amplía también el elenco de potestades que puede ejercer la Administración aranesa en materia ambiental, evidenciando una progresiva sofisticación de funciones clara. En este último sentido, es importante señalar que el Decreto también mejora desde un punto de vista técnico-normativo, en el sentido de que se incluyen referencias generales a tasas y participación de subvenciones y ayudas (arts. 5 y 6) y se integra el seguimiento en el desarrollo de las transferencias competenciales, ya que el art. 7 del Decreto impone al Consejo General que facilite la información necesaria al Departamento de Medio Ambiente respecto al ejercicio de las competencias traspasadas «para que se pueda dar cumplimiento a las obligaciones que deriven de la normativa comunitaria»<sup>29</sup>; y, de otra parte, el art. 8 crea una «Comisión de Seguimiento», integrada paritariamente por representantes del Consejo General y del Departamento de Medio Ambiente, que «velará por la aplicación de las transferencias previstas en el Decreto y por la elaboración de los convenios que sean necesarios en otras materias»<sup>30</sup>. Una vez más, estas últimas previsiones ponen de manifiesto la especial naturaleza jurídica del Valle de Arán como entidad territorial singular, pues las relaciones entre sus órganos y la Administración autonómica se articulan de manera especial, frente a otras entidades territoriales existentes en la Comunidad Autónoma.

El Decreto 368/2001, de 18 de diciembre, continúa en la línea de ampliación del Decreto que acabamos de examinar, introduciendo cambios puntuales respecto de algunos de los ámbitos ya señalados. Es, por ejemplo, lo que sucede en materia de protección de fauna, en donde se introduce la competencia sobre «gestión de la fauna piscícola y los ecosistemas acuáticos continentales» (art. 2.a) y, en cierta medida, con la previsión del art. 2.c), en el sentido de que en materia de animales se atribuye «el ejercicio de las funciones previstas por la Administración de la Generalidad de Cataluña en la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de Protección de los Animales», esto es, tanto respecto de determinados animales domésticos como en relación con fauna silvestre

<sup>28</sup> De hecho, el art. 2.c) incluye una referencia al Programa de Reintroducción del Oso, procurando la participación del Valle de Arán, habida cuenta que se trata de un programa de carácter supraestatal.

<sup>29</sup> Idéntica previsión se reproduce en el art. 5 del Decreto 368/2001, de 18 de diciembre.

<sup>30</sup> Así lo dispone también el art. 6 del Decreto 368/2001, de 18 de diciembre.

autóctona (con previsión de medidas de protección y conservación), la no autóctona, la prohibición de determinados medios de captura o la conservación *ex situ*, a través de agrupaciones zoológicas, además de un auténtico régimen disciplinario, lo cual supone una ampliación importante de las funciones que puede desempeñar el Consejo General en esta materia, ya que la remisión es general a lo dispuesto por la Ley<sup>31</sup>.

De otro lado, el Decreto atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora al Consejo General en muchas más materias de las que preveía el Decreto inmediatamente anterior, incluyendo ahora la pesca fluvial, los espacios naturales, la protección de los animales, los perros considerados potencialmente peligrosos y los aprovechamientos forestales (art. 3.1). En mi opinión, ello consolida la competencia ambiental de la Administración aranesa que ejerce la potestad sancionadora de forma menos fragmentada, en la medida en que se incluyen nuevos ámbitos y la misma abarca la incoación, la instrucción y la resolución de los expedientes sancionadores correspondientes, así como la imposición de las sanciones y su ejecución (art. 3.2). Además, y es importante destacarlo, un modelo óptimo de protección ambiental debe comprender no solo las estrategias de prevención en clave de planificación, otorgamiento de autorizaciones y vigilancia y control, sino también un sistema eficaz de reacción frente a las infracciones de la norma: que la potestad sancionadora en las materias enumeradas pueda residir en el Consejo General proporciona una inmediatez en el ejercicio de la competencia que redundará en la eficacia de la protección del medio ambiente que se despliega.

Junto a ello, puede destacarse el esfuerzo del nuevo Decreto por introducir a la Administración aranesa en el ámbito del control integrado de la contaminación, por la vía de asegurar la participación del Consejo en los órganos técnicos especializados encargados de formular las propuestas de resolución e informes que corresponden a la Administración de la Generalidad de Cataluña en los supuestos de autorización y licencia ambientales previstos en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental, sustituida en la actualidad por la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control de las Actividades<sup>32</sup>. Por tanto, evaluación de impacto ambiental y control integrados de la contaminación se configuran como ámbitos en los que, de forma natural, deberá tener presencia el Consejo General en la medida en que las actividades o proyectos puedan afectar o se sitúen en el territorio de Arán. De nuevo, se articula una participación orgánica que debe valorarse como una garantía de los intereses propios del territorio que nos ocupan.

### **2.3. El máximo grado de autonomía para la gestión de los intereses ambientales a través de la Ley 1/2015, de 5 de febrero, del Valle de Arán**

Como ya se ha indicado, la reforma estatutaria de 2006 tuvo como consecuencia inmediata la aprobación de una nueva ley con la que desarrollar y consolidar el régimen jurídico *ad hoc* del Valle de Arán.

En este sentido, la competencia ambiental general que reconocía la Ley de 1990, y que se ha ido dotando de contenido de forma paulatina a través de los decretos de transferencias que se han examinado en el apartado anterior, es objeto de revisión con la nueva Ley, en la medida en que la misma acrecienta el grado de autonomía sobre el que deben atenderse los intereses del Valle de Arán.

Dos son, desde mi punto de vista, las disposiciones claves que justifican la expansión material de la competencia sobre medio ambiente a partir de la nueva Ley: de un lado, el art. 1, que reitera la consideración del Valle de Arán como entidad territorial formada por la agrupación de *terçons*, con personalidad jurídica propia y plena capacidad y autonomía, garantizada estatutariamente, para la gestión de los intereses propios, pero de la que ahora se considera «comunidad política»<sup>33</sup>; de otro, el art. 2.1, que al señalar el objeto de la Ley, esto es, la creación de un régimen especial, reconoce «el derecho y la realidad de la organización institucional, política y administrativa de Arán, y garantiza sus competencias, recursos y autonomía para ordenar, gobernar y gestionar los asuntos públicos e intereses generales de su territorio». Ambos preceptos atribuyen una entidad territorial y político-administrativa muy superior a la que se había reconocido hasta este momento para la gestión de los intereses propios del Valle de Arán, lo cual se proyecta, en primer lugar,

<sup>31</sup> La Ley 3/1988 citada fue derogada en 2003 y, desde ese momento se produjeron diferentes reformas. En la actualidad, la materia se encuentra regulada por el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Protección de Animales (DOGC núm. 5113, de 17 de abril). En esencia, la norma ha mantenido el esquema del 88, ya que el art. 1 del Texto Refundido dispone que su objeto es establecer las normas generales para la protección y el bienestar de los animales que se hallan de forma permanente o temporal en Cataluña, con independencia del lugar de residencia de las personas propietarias o poseedoras, y el título V sigue dedicándose por entero a la fauna salvaje, autóctona y no autóctona.

<sup>32</sup> DOGC núm. 5524, de 11 de diciembre.

<sup>33</sup> Esta es una consideración que se reitera en el art. 3.1 de la Ley.

en las funciones que se reconocen y el tipo de potestades que se van a ejercer. Así, el art. 3.2 de la norma explicita que las instituciones aranesas ejercen funciones propias del Gobierno y de la Administración de la Generalidad y funciones que corresponden a la Administración local, de forma que las competencias ambientales del Consejo General van a incrementarse de forma exponencial, como luego se verá. Por su parte, el art. 6, relativo a la autonomía y posición institucional, insiste en el reconocimiento de competencias para la gestión de los intereses propios y otorga «la capacidad de intervenir en cualquier asunto que afecte al territorio» –apdo. a)–, lo cual se traduce en disponer las «potestades administrativas superiores que la legislación atribuye a las entidades de naturaleza territorial, especialmente la potestad para adoptar disposiciones de carácter general, que el Consejo General de Arán puede ejercer con la máxima amplitud reconocida por el ordenamiento jurídico» –apdo. c)–. Como puede apreciarse, llevado este enfoque robustecido de la autonomía de Arán para la gestión de sus intereses a la cuestión ambiental<sup>34</sup>, el resultado es la atribución de competencias orientadas al establecimiento de medidas adicionales de protección, en los términos del art. 61.1 de la Ley de 2015.

A partir de este marco jurídico, lo ambiental, de forma equivalente a como lo hace el Estatuto de Autonomía, es objeto de consideración en la Ley a través de fórmulas diferentes y no solo mediante la atribución de ámbitos de actuación, articulándose toda una ordenación de la política ambiental del Valle de Arán, en la que pueden destacarse varios aspectos.

En primer lugar, se incorpora a esta Ley un título II, relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos y los principios rectores, fijándose así los objetivos orientadores de la actuación del Consejo General, que deberá adoptar las medidas necesarias para su garantía, tal y como dispone el art. 15 de la norma.

De esta manera, el art. 21 tiene como objeto el Medio Ambiente, el Desarrollo Sostenible y el Equilibrio Territorial, ordenando de forma expresa el atender la especificidad de la montaña y el cuidado del medio ambiente. En este sentido, el apdo. primero del precepto, en plena sintonía con el art. 45.2 CE, exige la adopción de políticas basadas en el principio de desarrollo sostenible y la solidaridad colectiva e intergeneracional, con lo que la Ley 1/2015, de 5 de febrero, incorpora como rasero de validez y eficacia de la actuación administrativa en el Valle de Arán el principio de desarrollo sostenible. La cuestión no es baladí, puesto que el modo en que el principio se materializa supone situar la variable ambiental en una posición preferente, seguida de los aspectos sociales y económicos de dicho principio, concretándose así una orientación precisa de la gestión y ordenación ambiental de la Administración aranesa, que debe estar presente en otras políticas sectoriales, tal y como señala el apdo. 3 del art. 21. Por tanto, y ello es lo que se quiere destacar, dos son las señas de identidad de la ordenación ambiental del Valle de Arán: el parámetro de la sostenibilidad y la exigencia de la transversalidad de la política ambiental en el resto de políticas públicas que pueda desarrollar la Administración aranesa<sup>35</sup>. Claramente, ello supone situar lo ambiental en el centro de los intereses de este territorio.

Sobre esta base, el art. 21 recoge los que, en mi opinión, son los objetivos ambientales concretos que debe perseguir el Consejo General, si bien escindidos en los apdos. 2 y 3 del mismo, en el afán de no dejar nada que mínimamente pueda resultar ambiental fuera del ámbito de actuación del Consejo. Así, es llamativo que el art. 21.2 relacione grandes objetivos como «la utilización racional de los recursos naturales y el respecto a los principios de preservación del medio y conservación de los recursos naturales», que pueden considerarse próximos a determinados principios ambientales, con objetivos de carácter sectorial. En este sentido, hay objetivos que se vinculan al control y prevención de la contaminación, especialmente por las actividades económicas de la sociedad, como el relativo a la «reducción de las distintas formas de destrucción del medio ambiente por las diferentes actividades económicas e industriales», que puede conectarse, a su vez, a la previsión de «fijación de estándares y niveles mínimos de protección<sup>36</sup>» y a la articulación de medidas correctivas de impacto ambiental. Junto a ello, se incluyen objetivos de «responsabilidad y reciclaje y reutilización de los bienes y productos», dando cabida a un ámbito tan fundamental como el de los

<sup>34</sup> En este sentido, es importante destacar que el art. 47 de la Ley caracteriza las potestades que se atribuyen al Consejo General para la atención de las correspondientes competencias. Así, el apdo. primero del precepto alude, entre otras, a la potestad normativa, tanto en el ámbito interno administrativo «como para regular las actividades privadas», potestad de autoorganización, planificación y programación, potestad de inspección y sanción; e introduce una cláusula general que favorece la autonomía del Valle de Arán, en la medida en que se contempla «el resto de potestades y prerrogativas de las entidades de naturaleza territorial».

<sup>35</sup> A modo de ejemplo, el art. 22.1 de la Ley se refiere a la «movilidad y seguridad vial», incluyendo «la promoción de políticas de transporte y comunicación basadas en criterios de sostenibilidad».

<sup>36</sup> No obstante, habrá que estar a los estándares fijados por la correspondiente legislación básica del Estado y la que la Comunidad Autónoma de Cataluña establezca en desarrollo de la misma.

residuos, apuntando a planteamientos que hoy se identifican con el paradigma de la economía circular. En mi opinión, se trata de un precepto ambicioso, puesto que se incluyen muchas cuestiones relativas a la tutela del bien jurídico medio ambiente, lo que permite dar carta de naturaleza a la multiplicidad de funciones y potestades que asume el Consejo General a partir de los decretos de 2000 y 2001 ya considerados.

Por su parte, el Consejo General también tiene la obligación de hacer efectivas las condiciones para «la preservación de la naturaleza y la biodiversidad» y «debe establecer las condiciones que permitan a todas las personas el goce del patrimonio natural y paisajístico». Por tanto, hay una clara preeminencia de los objetivos vinculados a la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad, término que aparece citado por primera vez en la legislación ambiental aranesa. Con ello se consigue, desde mi punto de vista, alcanzar una visión integradora y actualizada de la tutela de los espacios y las especies silvestres a partir de nociones esenciales de la legislación relativa al patrimonio natural<sup>37</sup> y de la idea de función social de este patrimonio, en tanto que ligado al bienestar de las personas, sin perjuicio de su aprovechamiento<sup>38</sup>.

De hecho, este enfoque se refleja en el artículo que examinamos en la medida en que el Consejo General ha de velar por «la cohesión económica y territorial, aplicando políticas que aseguren un tratamiento especial de las zonas de montaña, la protección del paisaje, el fomento de las actividades agrarias, ganaderas y silvícolas y una distribución equilibrada al territorio de los diferentes sectores productivos, los servicios de interés general y las redes de comunicación». El art. 21.4 de la Ley asegura, así, la compatibilidad entre la protección y conservación del patrimonio natural y el desenvolvimiento de actividades económicas, y ello desde un enfoque totalmente actual como el que representa la garantía aludida de cohesión económica y territorial. En este último sentido, debe insistirse en que la Ley de 2015 conecta directamente con los deberes que el art. 5 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, impone a los poderes públicos en el sentido de exigirles en sus respectivos ámbitos competenciales la aludida garantía de la conservación de este patrimonio y su utilización racional y, sobre todo, materializa las opciones de protección mediante medidas normativas adicionales, que expresamente reconoce la disposición adicional 2.ª de la citada Ley 42/2007 a favor de las entidades locales.

Por último, los principios rectores y/o objetivos y obligaciones que recaen sobre el Consejo General para la configuración de la política ambiental del Valle de Arán se completan con una cuestión esencial del derecho ambiental de nuestros días al incluir la información ambiental de sus ciudadanos, junto al fomento de la educación «en los valores de la preservación y de la mejora del medio ambiente como patrimonio común» (art. 21.5). De esta forma, la ley de Arán incorpora directamente al ciudadano como sujeto activo de la tutela del bien jurídico que nos ocupa, sea a partir de la información que puede demandar y que ha de garantizarse por la Administración aranesa, sea a través de la interiorización de un deber de tutela del medio ambiente mediante la educación ambiental<sup>39</sup>, pero en línea con lo dispuesto por el art. 45 CE<sup>40</sup>.

En segundo lugar, la política ambiental del Valle de Arán se sustenta en la atribución de competencias que realiza el art. 61 de forma directa, a la que se suma el art. 62, relativo al patrimonio y recursos naturales, junto a otros preceptos de contenido ambiental, aunque de forma tangencial (en particular, el art. 54, sobre ordenación del territorio y urbanismo y el art. 63, respecto de las energías y minas). La consecuencia inmediata de este esquema de competencias es la articulación de una clara competencia ambiental del Consejo General, que puede identificarse con una habilitación general a su favor, en cuya virtud «ejerce las competencias para la protección y gestión del medio ambiente», debe ejecutar las leyes vigentes en esta materia, atendiendo a las facultades reconocidas a partir de los decretos de transferencia de competencias y servicios y, finalmente, puede establecer medidas adicionales de protección (apdo. 1). En cierto modo, el estatus administrativo especial del Valle de Arán se materializa en atribuciones ambientales que se mueven entre la propia regulación, en tanto en cuanto se trate del establecimiento de medidas adicionales de protección,

<sup>37</sup> Piénsese que el art. 3.27 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad (BOE núm. 299, de 14 de diciembre) define este concepto como el «conjunto de bienes y recursos de la naturaleza fuente de diversidad biológica y geológica, que tienen un valor relevante medioambiental, paisajístico, científico o cultural». En este sentido, debe destacarse que el Valle de Arán se ha declarado reserva de la biosfera recientemente, en julio de 2024: <https://www.lavanguardia.com/natural/20240705/9784401/unesco-val-d-aran-reserva-biosfera.html>

<sup>38</sup> Téngase en cuenta el art. 4.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, al señalar que «el patrimonio natural y la biodiversidad desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico».

<sup>39</sup> Sobre el significado de las políticas de educación ambiental, Roca Fernández-Castanys (2022, pp. 884-885).

<sup>40</sup> Debe tenerse en cuenta que el art. 19 de la Ley regula el fomento de la participación, que contempla la promoción de la «participación social en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas», lo que proporciona un fundamento adicional a la implicación de los ciudadanos en la protección del medio ambiente.

y la ejecución/gestión que, salvando las distancias, corresponde a las CC.AA. como competencia constitucional. Con ello, las competencias ambientales del Valle de Arán alcanzan un grado de institucionalización importante y estabilizan el marco competencial creado por los decretos de transferencia, si bien con el límite que supone la exigencia del art. 61.2, en cuya virtud el Consejo General, con carácter previo a la tramitación y aprobación de cualquier norma en materia de medio ambiente en Arán, debe informar a la Generalidad en los ámbitos en que por razones de gestión deba coordinarse. Ello asegura, en el marco del principio de coordinación<sup>41</sup>, una cierta preeminencia de la Generalidad en la creación de normas, conforme, obviamente, con las previsiones estatutarias sobre la materia ambiental.

Este enfoque general se proyecta, a su vez, sobre una facultad general de intervenir en procedimientos de control de las actividades públicas y privadas que puedan afectar al medio ambiente (apdo. 3) y, de forma específica, en la posibilidad de que el Consejo General emita informes preceptivos cuando así lo establezca la normativa reguladora del procedimiento de que se trate y, en todo caso, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. En este supuesto, la participación del Consejo se blinda, puesto que se consideran vinculantes, al igual que en los casos en que sean desfavorables o impongan medidas de protección en los procedimientos de autorización o licencia de actividades privadas. La cualificación que adquieren por ley los informes del Consejo General en procedimientos de control ambiental supone, desde mi punto de vista, un reforzamiento extraordinario de la competencia ambiental del Valle de Arán y, por extensión, de sus intereses territoriales.

Finalmente, el art. 61 concluye con dos ámbitos adicionales de actuación de la Administración aranesa en la materia ambiental, de carácter diverso, a saber: de un lado, se reconoce la posibilidad de creación de un cuerpo de agentes medioambientales por parte del Consejo General, a los que se atribuyen funciones de vigilancia y control, de colaboración en la gestión, de protección y prevención integrales del medio ambiente y de policía administrativa especial, superando con creces el mero traspaso de medios materiales (apdo. 5). En este sentido, es importante que estos agentes se consideren de forma expresa agentes de la autoridad en el ejercicio de estas funciones, lo que los equipara a los agentes autonómicos.

De otro lado, se impone a la Generalidad la obligación de garantizar la participación y colaboración del Consejo General en el suministro de información meteorológica y climática, conectando con la nueva competencia reconocida por el art. 144.5 del Estatuto de Autonomía a la Comunidad Autónoma (apdo. 6)<sup>42</sup>. De esta manera, la Ley evidencia su pretensión de aprovechar al máximo las posibilidades de gestión de los intereses propios que el nuevo marco estatutario ofrecía.

El otro gran ámbito competencial relacionado con el medio ambiente se encuentra, como ya se ha señalado, en el art. 62 de la Ley, relativo al «Patrimonio y los recursos naturales». En mi opinión, se trata de un precepto que, en primer lugar, tiene el valor de elevar el rango de las competencias del Consejo General en la ordenación, planificación y vigilancia y control de los ecosistemas sistemas fluviales y terrestres que ya habían atribuido los últimos decretos de traspasos de funciones y servicios<sup>43</sup>, reforzando algunos aspectos como los relacionados con la potestad sancionadora y la restauración del medio natural, mediante la posibilidad de que el Consejo General pueda establecer mecanismos para la eliminación de construcciones e instalaciones en el dominio público hidráulico en determinadas cuencas<sup>44</sup>, o la obligación de que disponga de un servicio de prevención de riesgos naturales (fundamentalmente aludes y riesgos hidrológicos, como señala el art. 62.6).

Pero, junto a ello, debe destacarse la atribución de nuevas competencias en materia de espacios protegidos, de forma que se reconoce la potestad de declarar figuras de protección y delimitación de espacios, bienes, hábitats y valores «que merecen medidas especiales de protección». No obstante, el art. 62.3.a) resulta un tanto confuso, pues una vez reconocida esta potestad, dispone que la proposición de declaración

<sup>41</sup> Téngase en cuenta el art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>42</sup> Debe señalarse que el precepto incluye la referencia al control y seguimiento de las situaciones meteorológicas de riesgo como parte del contenido de esta información.

<sup>43</sup> Esto puede observarse, fundamentalmente, en los apdos. primero y segundo del precepto examinado. Así, el apdo. 1 dispone que «el Consejo General de Arán ejerce competencias en la ordenación, planificación, la gestión, denuncia y vigilancia de las actuaciones relacionadas con la protección y la recuperación de los recursos de los ecosistemas fluviales y terrestres, incluidos la fauna, la flora y los hábitats»; mientras que el apdo. 2 le atribuye «competencias en la ordenación, la planificación, gestión, denuncia, vigilancia y ejercicio de la potestad sancionadora de la actividad piscícola y cinegética, en cuyo ejercicio aprueba anualmente los planes técnicos piscícolas y cinegéticos de Arán».

<sup>44</sup> En este sentido, el art. 62.5 se refiere a las cuencas del Garona, del Noguera Pallaresa y del Noguera Ribagorzana en el ámbito de Arán, e incluye también la competencia para la realización de actuaciones que se ejecuten en los tramos urbanos, «de acuerdo con los convenios de gestión de cuenca firmados con la Confederación Hidrográfica del Ebro».

de cualquier espacio del territorio aranés como figura de protección especial requiere la previa participación del Consejo General de Arán, de los ayuntamientos implicados y de las entidades municipales descentralizadas afectadas, planteando un procedimiento diferente cuando se trata de espacios que se consideran de protección especial, en los que la competencia ha de ser de la Generalidad. La Ley parece articular una doble vía de reconocimiento de espacios, en los que da cabida a la proximidad territorial de la Administración aranesa para conservación de los mismos, evidenciando la importancia en esta cuestión de lo local y la relevancia de su participación en la protección directa de los espacios naturales (Esteve Pardo, 2006, p. 762).

A ello se suma una competencia amplia de gestión de los espacios del territorio de Arán, que incluye la gestión y vigilancia de los espacios de la Red Natura 2000 y otros espacios declarados, incluyendo en este caso la gestión de los recursos económicos vinculados a dichos espacios –apdos. b) y c) del art. 62.3–. Sin duda, esta previsión evidencia la complejidad de la gestión de los espacios naturales en el territorio de Arán, en la medida en que se va a dar la concurrencia de las figuras de protección establecidas por la legislación básica y la de desarrollo de la Comunidad Autónoma, junto a aquellos espacios que sean objeto de protección por decisión propia de la Administración aranesa, superponiéndose diferentes regímenes jurídicos, pese a que el gestor es único.

Esta competencia es objeto de desarrollo específico en el Decreto 54/2019, de 11 de marzo, de traspaso de funciones y servicios de la Generalidad de Cataluña al Consejo General de Arán en materia de gestión de espacios naturales protegidos en el territorio de Arán<sup>45</sup>, que precisa que la competencia de gestión del Consejo General afecta a los espacios de la Red Natura 2000 y a los del Plan de Interés Natural (PEIN) (cfr. Iglesias Lucía, 2017a, pp. 712 y ss.). situados íntegramente en el Valle de Arán. A ello se añade la necesidad de institucionalizar la coordinación entre el Consejo General del Valle de Arán y la Generalidad de Cataluña para la gestión de la zona periférica del Parque Nacional de Aigüestortes i Estany de Sant, Maurici, habida cuenta que, como pone de manifiesto el anexo del Decreto, una parte importante del territorio del Valle forma parte de la zona periférica del Parque Nacional de Aigüestortes i Estany de Sant, Maurici<sup>46</sup>.

De otra parte, en íntima conexión con lo dicho sobre los espacios naturales, debe destacarse cómo el paisaje es objeto de consideración específica, otorgándose al Consejo General la posibilidad de participación «para aprobar los mapas del paisaje y elaborar un catálogo del paisaje en su ámbito territorial<sup>47</sup>, previa conformidad de los ayuntamientos y entidades municipales descentralizadas afectados» –apdo. d)–. En este sentido, la disposición adicional sexta de la Ley, relativa al «Paisaje y el patrimonio cultural de Arán» reconoce que se trata de elementos «especiales del territorio» y exige a las Administraciones públicas el velar

<sup>45</sup> DOGC núm. 7830, de 14 de marzo.

<sup>46</sup> En este sentido, el Decreto crea una Comisión de Coordinación Técnica, de carácter paritario, (integrada por dos personas técnicas del Parque Nacional de Aigüestortes i Estany de Sant Maurici y dos personas técnicas del Consejo de Arán), a la que se le asignan funciones concretas de informe y evaluación de proyectos. Al respecto, es importante llamar la atención sobre la complejidad de la gestión de la zona, especialmente en cuanto a la articulación de determinados usos y aprovechamientos. La STS núm. 1084/2022, de 21 de julio de 2022 (rec. núm. 3079/2021; ROJ STS 3245/2022), aunque relativa al Valle de Aneu, resulta ilustrativa de los conflictos que pueden surgir en la gestión de la zona periférica del Parque Nacional citado. Así, la Sentencia estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Alt Aneu y la Mercantil Baqueira Beret, S. A. contra la STSJ de Cataluña, núm. 4898/2020, de 25 de noviembre en cuya virtud se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Institució de Ponent per la Conservació i l'Estudi de l'Entorn Natural (IPENA) contra el Acuerdo de 28 de septiembre de 2017 de la Comisión Territorial de Urbanismo del Alto Pirineo por el que se aprueba el Plan Especial Urbanístico del Área Esquiable Peüllà-Montanyó-Rialba del Alt Aneu. En esencia, la sentencia de instancia estima la nulidad del Plan en lo que respecta a la instalación de un remontador mecánico R5Bis, por considerarlo excluido de los usos tradicionales compatibles con los fines de protección y conservación que pueden desarrollarse en la zona periférica de protección del Parque Nacional, así como en relación con la posibilidad de vertidos de aguas residuales (procedentes de determinadas zonas de servicios) en el río Bonaigua, por afectar a una zona declarada reserva natural. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, sí es posible admitir en esta zona otros usos que no sean los tradicionales, siempre y cuando se cuente con la autorización del órgano competente del Parque Nacional (FJ 5 y 6), y debe admitirse el vertido, puesto que la previsión del Plan impugnado está en línea con la legislación de aguas y, en todo caso, será la evaluación de impacto ambiental concreta que se emita sobre el concreto proyecto de instalación de depuración la que valore de forma más precisa los efectos ambientales de la misma, sin que pueda otorgarse una prevalencia absoluta a la clasificación de reserva natural (FJ7). Con un argumentario un tanto enrevesado, la sentencia evidencia que las exigencias de protección pueden relativizarse incluso en espacios tan particulares como el examinado, lo cual influye de forma decidida en las decisiones de gestión que pueda adoptar el Consejo General del Valle de Arán respecto del espacio sobre el que ejerce sus competencias.

<sup>47</sup> Sobre el significado de estos instrumentos de protección, véase Iglesias Lucía (2017b, pp. 731-733). En este sentido, la autora señala la funcionalidad de estos catálogos, mediante la referencia al art. 4 del Decreto 343/2006, de 19 de septiembre, en desarrollo del art. 10.1 de la Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje, destacando, en mi opinión, su configuración como herramienta para elaborar un diagnóstico de la situación del paisaje y proponer de medidas de integración del paisaje con el planeamiento urbanístico y territorial, así como la fijación de objetivos de calidad paisajística que sirvan para la evaluación ambiental de planes y programas.

por su conservación y preservación, en plena sintonía con la protección de este elemento que despliega la Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje<sup>48</sup>.

De otro lado, el otro aspecto novedoso de la Ley es el reconocimiento expreso de funciones del Consejo General propias de la Administración forestal, alcanzándose un nivel mucho más denso de competencias en la ordenación y gestión de los recursos forestales que el otorgado por los decretos de traspaso.

Finalmente, el análisis de la Ley en cuanto a la materia ambiental debe concluir con la referencia a otros artículos que, tangencialmente, afectan a este sector y que ya han sido aludidos. Especialmente debe llamarse la atención sobre la inclusión de competencias del Consejo General sobre «Energía y minas», de forma que el art. 63.1 contempla la participación en la planificación de actividades de producción, almacenaje y transporte de energía, tramitación de autorizaciones y en la promoción y fomento de las energías renovables y eficiencia energética. Sin duda, se trata de una competencia limitada, pero debe llamarse la atención sobre el hecho de que se dé cabida a la promoción y fomento de las energías renovables en el nivel del Consejo General porque ello podría justificar y abrir la puerta a opciones como la participación de la Administración aranesa en figuras tan novedosas como las que representan las comunidades de energías renovables y comunidades energéticas ciudadanas a las que se refiere de forma expresa el art. 19.1.c) bis de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del Cambio Climático de Cataluña, dado que se imponen como un medio para alcanzar objetivos de neutralidad climática de toda la Comunidad Autónoma<sup>49</sup>.

Lo expuesto hasta aquí en relación con la Ley 1/2015, de 5 de febrero, del Régimen Especial de Arán permite reconocer, sin ningún tipo de dudas, un alto grado de autonomía del Consejo General en la gestión de sus intereses ambientales, que se ha traducido en competencias generales de elevación del nivel de protección, junto a una ampliación considerable de competencias y facultades que se inscriben claramente en el ámbito de la gestión del bien jurídico que nos ocupa.

### **3. A MODO DE CONCLUSIÓN: POSIBILIDADES PARA RECONOCER UN MODELO PROPIO DE ORDENACIÓN Y GESTIÓN AMBIENTAL EN EL VALLE DE ARÁN**

A la vista de las consideraciones que se han realizado en los apartados anteriores, procede la valoración del modelo de protección del medio ambiente que la legislación examinada ha ido configurando de manera paulatina en el Valle de Arán.

En este sentido, la primera caracterización que puede ofrecerse se vincula a la propia especialidad organizativa y territorial del Valle, que ha justificado un modelo, en cierta medida mixto, entre las competencias que, con carácter general, corresponden a las entidades locales, y las entidades de ámbito superior. El Valle de Arán no es reconducible, como entidad territorial especial, a ninguna de las divisiones de la Comunidad Autónoma de Cataluña, como ya se ha indicado, y, en consecuencia, las competencias, funciones y potestades ambientales son reflejo de este estatuto jurídico de carácter particular.

En segundo lugar, y por efecto de lo anterior, las regulaciones sucesivas han posibilitado una ampliación permanente de las competencias ambientales del Consejo General y su paulatina modernización, además de una integración a distintos niveles: en relación con otras materias, favoreciendo la transversalidad de lo ambiental respecto de la actuación de la Administración aranesa, y desde la perspectiva de la prevención y la reacción frente a los eventuales incumplimientos de la legislación ambiental. Con ello, llegamos a una construcción sistemática e integradora de la política ambiental, que se configura como un espacio específico de atención y gestión de los intereses propios del Valle de Arán.

Por último, no puede desconocerse que el parámetro de referencia de esta política ambiental, especialmente desde la Ley 1/2015, de 5 de febrero, de Régimen Especial de Arán, es la sostenibilidad, en cuya virtud lo ambiental se coloca como vértice y nexo de unión que debe existir entre las exigencias del desarrollo social y el económico. Desde esta perspectiva, el desarrollo sostenible es el principio de referencia en todas las cuestiones estrictamente ambientales que se han analizado, pero es también el rasero de validez en el desarrollo de otras políticas sectoriales, como el turismo o la movilidad. Sin duda, ello proporciona un marco *principialista* fundamental para el desenvolvimiento de una acción pública ajustada al territorio y plenamente conectada con las exigencias del derecho ambiental más reciente.

<sup>48</sup> DOGC núm. 4407, de 16 de junio.

<sup>49</sup> DOGC núm. 7426, de 3 de agosto.

Estamos, pues, ante un marco jurídico suficiente: los retos se sitúan, en mi opinión, en el plano de la efectiva gestión del territorio en la medida en que puedan concurrir intereses diversos, además de los ambientales<sup>50</sup>, y proceda la toma de decisiones concretas. La cooperación administrativa entre la Administración aranesa y los municipios del Valle se convierte en pieza clave del modelo.

## FINANCIACIÓN

Proyecto de Investigación PID2022-139090NB-I00, «La potestad reglamentaria. Concepto y régimen jurídico de los reglamentos (POTERES)».

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Casado Casado, L. (2014). Derecho y políticas ambientales en Catalunya (primer semestre 2014). *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2(1). <https://doi.org/10.17345/rcda1441>
- Casado Casado, L. (2018). *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*. Institut d'Estudis de l'Autogovern, Generalitat de Catalunya.
- Esteve Pardo, J. (2006). Espacios naturales protegidos y patrimonio forestal. En J. Esteve Pardo (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local* (2.ª ed.) (pp. 755-764). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Fuentes i Gasó, J. R. (2015). Consecuencias de la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local, en el régimen local de Cataluña. *Revista Vasca de Administración Pública*, (101), 55-88. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.101.2015.02>
- Iglesias Lucía, M. (2017a). Les competències locals en matèria de protecció de la natura. En L. Casado Casado y J. R. Fuentes i Gasó (dirs.), *Dret ambiental local de Catalunya* (pp. 705-726). Tirant Lo Blanch.
- Iglesias Lucía, M. (2017b). Les competències locals en matèria de protecció, gestió i ordenació del paisatge. En L. Casado Casado y J. R. Fuentes i Gasó (dirs.), *Dret ambiental local de Catalunya* (pp. 727-746). Tirant Lo Blanch.
- Magaldi Mendaña, N. (2022). Lengua y derechos lingüísticos en Arán: régimen jurídico de la oficialidad del aranés. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (18), 56-76. <https://doi.org/10.24965/reala.11111>
- Mora-Ruiz, M. (2007). *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*. Lex Nova.
- Roca Fernández-Castanys, M.ª L. (2022). La «educación» como clave en la lucha contra el cambio climático. En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruíz (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética. Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella* (pp. 877-898). Marcial Pons.
- Rodríguez Beas, M. (2017). Els ens locals i la distribució competencial en matèria de medi ambient. En L. Casado Casado y J. R. Fuentes i Gasó (dirs.), *Dret ambiental local de Catalunya* (pp. 37-89). Tirant Lo Blanch.
- Valencia Martín, G. (2017). *Jurisprudencia constitucional y medio ambiente*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Velasco Caballero, F. (2024, 17 de enero). *Reformas urgentes en la LBRL y un nuevo régimen local para Cataluña*. Instituto de Derecho Local. <https://www.idluam.org/blog/reformas-urgentes-en-la-lbri-y-un-nuevo-regimen-local-para-cataluna/>

<sup>50</sup> Baste recordar la STS núm. 1084/2022, de 21 de julio, ya citada, y en contraposición la declaración por la UNESCO del Valle de Arán como reserva de la biosfera, <https://www.lavanguardia.com/natural/20240705/9784401/unesco-val-d-aran-reserva-biosfera.html>



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES  
Recibido: 07-02-2024  
Modificado: 12-06-2024  
Aceptado: 17/06/2024  
Publicación anticipada: 15-07-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11350>  
Páginas: 92-117

Referencia: Tahirí Moreno, J. A., Cofrades Aquilué, L. (2024). Déficits y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 92-117. <https://doi.org/10.24965/reala.11350>

## Déficits y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña<sup>1</sup>

*Regulatory deficits and excesses in the field of transparency, good administration and good government: An analysis of the subject based on state and extremaduran legislation*

Tahirí Moreno, Jesús A.

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7063-8697>

[jtahiri@unizar.es](mailto:jtahiri@unizar.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Contratado predoctoral en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Graduado en Derecho con Premio Extraordinario y máster universitario en Abogacía por la Universidad de Extremadura.

Cofrades Aquilué, Lucía

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

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-5168-3573>

[lcofrades@unizar.es](mailto:lcofrades@unizar.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Contratada predoctoral en el Área de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza. Máster en Derecho de la Administración Pública por las universidades de Zaragoza y Rovira i Virgili, con Premio Extraordinario.

---

### RESUMEN

**Objetivos:** realizar una revisión crítica del estado de la cuestión en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno con ocasión del décimo aniversario de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. **Metodología:** con la finalidad de construir un estudio sistemático y completo del tema tratado, la investigación se lleva a cabo mediante un análisis legal, doctrinal y jurisprudencial de los elementos que afectan a dos pilares clave de las políticas públicas de gobierno abierto: la

---

<sup>1</sup> El estudio forma parte de las actuaciones del grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), proyecto S22\_23 R (BOA, núm. 80, de 28-04-2023) y se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación nacionales «Innovación para una salud de vanguardia: compra pública, tecnología, sostenibilidad ambiental y factores socioeconómicos (IN-SALVAN)» (PID2021-127828NB-I00), y «Los retos de la inteligencia artificial para el Estado social y democrático de derecho», (PID2022-136548NB-I00), financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Los autores manifiestan su agradecimiento al profesor Juan M.<sup>a</sup> Pemán Gavín, a la profesora Elisa Moreu Carbonell, así como a los evaluadores por sus valiosas observaciones al trabajo.

transparencia y la colaboración (concepto este último que comprende la integridad y la rendición de cuentas o accountability). Además, se analiza el impacto del principio de buena administración en el procedimiento administrativo a la luz de la jurisprudencia más reciente. El método empleado es el comparativo, tomándose como muestra la normativa estatal y la extremeña. **Resultados:** la investigación constata diversos déficits y excesos que convendría tener presentes en futuras reformas legislativas, tanto a nivel estatal como autonómico. **Conclusiones:** se considera necesario realizar una modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre con la finalidad de integrar la jurisprudencia de la Sala Tercera y depurar defectos de técnica normativa. Asimismo, se concluye que sería adecuado regular un régimen de acceso especial a la información pública aplicable a aquellos sujetos que juegan un papel determinante en la formación de la opinión pública. A nivel autonómico, como conclusión principal, se recomienda llevar a cabo una refundición de la legislación en materia de transparencia y buen gobierno. Por lo que respecta a la buena administración, sería conveniente –siguiendo la CDFUE, la normativa autonómica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo– que el legislador estatal reconociera expresamente el derecho a una buena administración. Finalmente, se critica la técnica empleada para regular los principios de buen gobierno y los códigos de conducta, así como la inexistencia de evaluaciones objetivas y obligatorias que permitan conocer su grado de cumplimiento.

### **PALABRAS CLAVE**

Transparencia; buena administración; buen gobierno; integridad; gobierno abierto.

---

### **ABSTRACT**

**Objectives:** To carry out a critical review of the state of the art of transparency, good administration and good government on the occasion of the tenth anniversary of the approval of the Spanish Law on Transparency and Good Government. **Methodology:** In order to build a systematic and comprehensive study of the subject, the research is guided by a legal, doctrinal and jurisprudential analysis of the elements that affect two key pillars of open government policies: transparency and collaboration (the latter concept includes integrity and accountability). It also analyses the impact of the principle of good administration in the administrative process in the light of recent case law. The method used is comparative, taking as a sample the regulations of the State and those of Extremadura. **Results:** The research reveals several shortcomings and excesses that should be taken into account in future legislative reforms, both at the level of the State and of the Autonomous Communities. **Conclusions:** It is considered necessary to amend Law 19/2013, of 9 December 2013, in order to integrate the jurisprudence of the Spanish Supreme Court and to correct the shortcomings of the regulatory technique. Likewise, it is concluded that it would be appropriate to regulate a special regime of access to public information applicable to those subjects that play a decisive role in the formation of public opinion. At the regional level, the main conclusion is that a recast of the legislation on transparency and good governance is recommended. With regard to good administration, it would be advisable for the State legislator to expressly recognise the right to good administration, in line with the CDFUE, the regional regulations and the jurisprudence of the Spanish Supreme Court. Finally, the technique used to regulate the principles of good governance and the codes of conduct is criticised, as is the lack of objective and binding evaluations to determine the degree of compliance.

### **KEYWORDS**

Transparency; good administration; good government; integrity; open government.

### **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. 2.1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO. 2.2. UNAS OBLIGACIONES SUJETAS A CONTROL Y JURÍDICAMENTE EXIGIBLES POR LOS CIUDADANOS. 2.3. REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO. 2.4. EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 1.ª EN LOS REGÍMENES DE ACCESO ESPECIALES REGULADOS EN LA NORMATIVA SECTORIAL. 3. TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA (PUBLICIDAD ACTIVA) Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (PUBLICIDAD PASIVA). 3.1. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA. 3.2. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA EN EL SECTOR PÚBLICO. 3.3. EL DERECHO DE ACCESO

A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 4. EL CAUCE PROCEDIMENTAL ESTATAL Y AUTONÓMICO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 4.1. SOLICITUD. 4.2. EXAMEN DE LOS LÍMITES Y CAUSAS DE INADMISIÓN. 4.2.1. Límites generales al derecho de acceso a la información pública. 4.2.2. El régimen de protección de datos como límite especial al derecho de acceso. 4.2.3. Causas de inadmisión. 4.3. TRAMITACIÓN. 4.4. RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 4.5. SISTEMA DE IMPUGNACIONES: LA VÍA ESPECIAL DE LA RECLAMACIÓN POTESTATIVA ANTE EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO EN MATERIA DE DERECHO DE ACCESO FRENTE AL SISTEMA ORDINARIO DE RECURSOS. 5. LA REGULACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES. 5.1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE ACCESO DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES. 5.2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LOS CARGOS ELECTOS LOCALES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. 6. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO. 6.1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN. 6.2. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN FORMA PARTE DEL DERECHO EUROPEO ORIGINARIO. 6.3. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO INTERNO. 6.4. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 7. LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO Y LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: UNA CRÍTICA A LA JURIDIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ÉTICOS. 7.1. ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO? 7.2. LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL Y LA NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE BUEN GOBIERNO. 7.3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 8. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pone el foco en dos pilares clave del gobierno abierto<sup>2</sup>: la transparencia y la colaboración (concepto este último que comprende la integridad y la rendición de cuentas, lo que justifica el estudio del buen gobierno). Por añadidura, se analiza también, en conexión con la transparencia, la configuración normativa y jurisprudencial del derecho a una buena administración. Desde esta óptica, se aborda la buena administración como un concepto de amplio espectro cuyo contenido abarca y entronca con el principio de transparencia.

Siendo conscientes de la importancia que tiene la transparencia, la buena administración y el buen gobierno para el óptimo funcionamiento del Estado democrático de derecho, consideramos necesario realizar una revisión de la situación normativa en España con ocasión del décimo aniversario de la aprobación de la LTBG<sup>3</sup>. Y ello con la finalidad de encontrar posibles déficits o excesos regulatorios en la legislación básica estatal y en las normas autonómicas de desarrollo.

La metodología utilizada para el desarrollo de la investigación parte de un análisis comparativo de la normativa autonómica y la estatal<sup>4</sup>, teniendo en cuenta, como no puede ser de otro modo, la doctrina jurisprudencial dictada por el Tribunal Supremo y, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Junto a los textos normativos y jurisprudenciales se ha utilizado como material de apoyo la doctrina académica española que ha trabajado en profundidad la cuestión. Asimismo, conviene precisar que son varias las

<sup>2</sup> El gobierno abierto ha sido definido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como «una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo» (Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Gobierno Abierto de 14 de diciembre de 2017). Siguiendo a Schimdt-Assmann, nos encontramos ante lo que el autor denomina como conceptos-puente o compuestos, categoría que nace fruto del diálogo continuo de la ciencia jurídica con otras disciplinas (Schimdt-Assmann, 2021, p. 66).

<sup>3</sup> Abreviaturas usadas en el artículo: CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; CE: Constitución española; CTBG: Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; EAEX: Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura; EBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; FEMP: Federación Española de Municipios y Provincias; FJ: fundamento jurídico; LFPEX: Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura; LGAEX: Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; LGAMEX: Ley 3/2019, de 22 de enero, de Garantía de la Autonomía Municipal; LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; ROF: Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; STC: sentencia del Tribunal Constitucional.

<sup>4</sup> Consideramos que la perspectiva multinivel es necesaria para analizar el objeto de estudio en toda su complejidad.

razones que nos llevan a tomar como muestra del estudio comparativo la legislación de Extremadura. Primero, porque la Ley de Gobierno Abierto de Extremadura fue una de las normas de transparencia que se aprobó con anterioridad a la ley estatal. Segundo, porque no nos consta que haya sido aún analizada en profundidad, ni aisladamente ni en relación con la legislación básica. Tercero, porque Extremadura es una de las comunidades que no se ha dotado de un organismo de transparencia autonómico. Y, finalmente, por economía, ya que partir de un objeto de estudio que comprenda todas las normas autonómicas excedería los límites de un artículo científico. Ahora bien, ello no obsta a que a lo largo del trabajo se haga referencia al articulado de otras leyes de transparencia, las cuales, por supuesto, forman parte del material de trabajo.

El trabajo se estructura en ocho apartados. En el segundo se plantean una serie de consideraciones previas sobre el régimen constitucional de distribución de competencias, el papel de la normativa sectorial y el alcance de la disposición adicional 1.ª de la Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno. A continuación, en el tercer apartado se analiza el concepto y la naturaleza del principio de transparencia administrativa, tanto en su vertiente de publicidad activa como pasiva. Como elemento novedoso respecto de los estudios clásicos sobre transparencia, se aborda someramente el concepto de transparencia algorítmica, cuya regulación actual, adelantamos, se encuentra todavía en una fase embrionaria.

El cuarto y quinto apartado tienen un carácter menos sustantivo y más procedimental. Así, en el cuarto se lleva a cabo un análisis comparado del procedimiento dirigido a garantizar el derecho de acceso a la información, utilizando como modelo explicativo la normativa extremeña y la estatal. Por otro lado, se estudia el sistema de impugnaciones fundamentado en un sistema que denominamos de «doble vía», que puede llevar a errores de interpretación a la hora de determinar el órgano competente. En el quinto, se profundiza en el régimen especial de acceso de los cargos electos de las entidades locales. La causa por la que se ha decidido analizar este régimen especial y no otro es doble: de una parte, por tratarse del cauce esencial para la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos a través de sus representantes, ex art. 23 CE; de otra, por la existencia de doctrina jurisprudencial novedosa que amplifica las garantías del derecho de acceso a la información de los miembros de las corporaciones locales.

El sexto apartado se dedica al análisis del valor-principio-derecho (siguiendo la teoría de Ponce Solé, 2023, p. 166) a una buena administración y sus efectos en el procedimiento administrativo. Por último, pero no por ello menos importante, se dedica el apartado séptimo al estudio de los principios de buen gobierno y los códigos de conducta de los empleados públicos. En este epígrafe se afronta desde una perspectiva esencialmente dogmática la técnica empleada por el poder legislativo y el poder ejecutivo para regular reglas comportamentales que pertenecen al campo de la ética pública. Como broche final, en el último epígrafe se recogen, en numerales ordinales y a modo de recomendaciones, los resultados de la investigación.

En definitiva, los objetivos del estudio son humildes y se reducen a dos. Primero, pretende aportar, desde un enfoque holístico, una panorámica del marco jurídico que desarrolla parte de las políticas de gobierno abierto, con especial referencia al ámbito de la transparencia e integridad públicas. Segundo, realizar una revisión del estado de la cuestión en el décimo aniversario de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ambos propósitos se llevarán a cabo teniendo muy presente la complejidad de nuestro sistema normativo, fruto de la descentralización política y la existencia de varios centros territoriales de poder.

## **2. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS**

### **2.1. El marco constitucional de distribución de competencias en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**

Antes de entrar a desarrollar el objeto del presente estudio, conviene realizar una aproximación al régimen constitucional de distribución de competencias. En materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la legislación básica estatal (LTBG) actúa como una regulación de mínimos dirigida a establecer un común denominador en todo el territorio nacional. A este respecto, el título competencial invocado por el legislador estatal para arrogarse la competencia se encuentra en la disposición final octava LTBG. Esta disposición declara, de forma imprecisa y genérica, que la norma se dicta al amparo del

art. 149.1., materias 1.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> de la Constitución española. A pesar de la referencia al art. 149.1.1.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup>, el pleno del Tribunal Constitucional declaró (únicamente en relación con el art. 20.4 LTBG) que ambos títulos quedan desplazados por el 149.1.18.<sup>a</sup>, al ser este más preciso y tener la norma estatal un mejor encuadre en la competencia exclusiva del Estado para regular las bases del procedimiento administrativo común (STC 104/2018, FJ 4)<sup>5</sup>.

Por lo que se refiere a las competencias autonómicas, las comunidades autónomas disponen de un margen relativamente amplio de desarrollo normativo (principalmente en materia de participación y colaboración en el diseño de políticas públicas), de tal modo que podremos encontrar obligaciones específicas procedentes de leyes autonómicas. Ahora bien, estas leyes deberán respetar las bases estatales que configuran la estructura general del procedimiento administrativo establecido por el legislador básico estatal. En caso de contradicción, la normativa autonómica incurrirá en un vicio de inconstitucionalidad por vulnerar indirectamente el art. 149.1.18.<sup>a</sup>.

Por otra parte, en el supuesto de que una comunidad autónoma no haya regulado cuestiones de carácter básico, el alcance de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> LTBG obliga a integrar los preceptos de la legislación básica estatal en las leyes de transparencia autonómicas que no hayan incorporado tales preceptos, de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la STS 422/2022, de 5 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1422). Así, razona la Sala en el FJ 4 de la resolución citada que el hecho de que el legislador murciano no haya incluido en el ámbito subjetivo de la ley de transparencia a las entidades locales no impide que sus resoluciones puedan ser objeto de impugnación ante el Consejo de la Transparencia de Murcia. Opera aquí, en palabras del TS, la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE, cuya aplicación obliga a realizar una interpretación integradora que cohoneste la normativa autonómica con la estatal.

Pese a estar de acuerdo con el sentido de la sentencia, siendo precisos, la normativa básica no se aplica en este supuesto con carácter supletorio, sino que tiene eficacia directa y desplaza a la norma autonómica. La razón es simple: las comunidades autónomas no tienen competencia legislativa sobre los aspectos básicos de una materia regulada por el legislador estatal (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 5). Todo lo más que puede hacer es reproducir el precepto estatal en la ley autonómica (*leges repetitae*) o remitirse a las bases. La sentencia citada incurre, a nuestro juicio, en un error dogmático al aplicar la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE en supuestos en los que una norma autonómica contradice o no reproduce fielmente la normativa básica estatal. Esta última, como ya ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y la doctrina académica, es de directa aplicación y no requiere de un desarrollo posterior para adquirir un valor normativo completo (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2022, p. 333). Baste recordar que el máximo intérprete de nuestra Constitución ya confirmó, en su STC 204/2016, de 1 de diciembre, que el operador jurídico primario debe dar preferencia a la normativa básica en virtud, no de la cláusula de supletoriedad, sino de la de prevalencia. Opera aquí, pues, la técnica del desplazamiento.

Algunas comunidades autónomas aprobaron leyes de transparencia con anterioridad a que entrara en vigor la legislación básica estatal. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura con la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura. El legislador extremeño dictó la LGAEX al amparo del art. 9.1.1. del Estatuto de Autonomía de Extremadura<sup>6</sup>, y ello con la finalidad de satisfacer el mandato estatutario previsto en los arts. 37 y 39.2 EAEX (que regulan el principio de transparencia como principio genérico de actuación y específico en el ámbito de la tramitación administrativa, respectivamente).

Descendiendo otro escalón competencial, el ejercicio de la acción de gobierno de los municipios extremeños deberá llevarse a cabo conforme al principio de integridad institucional y transparencia de la actividad política y administrativa municipal [art. 5.3. f) de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura]. Asimismo, los municipios extremeños habrán de ejercer su competencia propia en materia de transparencia, buen gobierno y acceso a las nuevas tecnologías en su ámbito institucional u organizativo [art. 15.1. a), apdo. 7.º LGAMEX]. En el ejercicio de la autonomía local

<sup>5</sup> Dicho esto, debe tenerse presente que los otros dos títulos competenciales invocados pueden tener operatividad en otras materias reguladas por la ley de transparencia estatal. En aras de la seguridad jurídica, sería recomendable que en la próxima reforma de la LTBG se delimitaran con precisión los preceptos que tengan naturaleza básica y el título que otorga la competencia estatal.

<sup>6</sup> El art. 9.1.1. del EAEX regula la competencia exclusiva en materia de «creación, organización, régimen jurídico y funcionamiento de sus instituciones, así como la organización de su propia Administración y la de los entes instrumentales que de ella dependan».

constitucionalmente garantizada (ex art. 137 CE), las Administraciones locales pueden aprobar una regulación propia en materia de transparencia y derecho de acceso. Ahora bien, siempre y cuando su contenido no contradiga lo dispuesto en la normativa estatal y/o autonómica.

En esta línea, y con la finalidad de servir de apoyo a las entidades locales, la Federación Española de Municipios y Provincias aprobó el 27 de mayo de 2014 una ordenanza tipo de transparencia, acceso a la información y reutilización. Este documento ha sido sustituido por la ordenanza tipo de transparencia pública, aprobada por la Junta de Gobierno de la FEMP el 28 de noviembre de 2023.

## 2.2. Unas obligaciones sujetas a control y jurídicamente exigibles por los ciudadanos

Las obligaciones de publicidad activa (transparencia) y pasiva (derecho de acceso a la información) constituyen auténticos deberes para los poderes públicos. En consecuencia, su debido cumplimiento puede ser exigido judicialmente y, respecto a la garantía del derecho de acceso, los ciudadanos pueden formular una reclamación administrativa ante un órgano independiente y especializado. Interesa destacar aquí el relevante papel que desempeña el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, una autoridad administrativa «independiente»<sup>7</sup>, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar pública y privada. El Consejo de Transparencia actúa con autonomía e independencia en el cumplimiento de sus funciones (previstas en el art. 38 LTBG y en el art. 3 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno).

La mayoría de comunidades autónomas han creado sus propios consejos<sup>8</sup>. Estos organismos públicos autonómicos de naturaleza colegiada tienen competencia para resolver las reclamaciones que se interpongan contra las resoluciones en materia de acceso a la información pública (con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa) y el control del cumplimiento de la obligación en materia de publicidad activa en el ámbito autonómico<sup>9</sup>. En palabras del legislador estatal en la exposición de motivos, su misión es la de «ser un órgano de supervisión y control para garantizar la correcta aplicación de la ley». Como dato histórico de interés, la creación de órganos independientes y especializados en materia de derecho de acceso fue objeto de incorporación durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley<sup>10</sup>.

En la Comunidad Autónoma de Extremadura es el CTBG el órgano encargado de resolver las reclamaciones previstas en el art. 24 LTBG y 25.2 LGAEX. El apdo. 2 de la disposición adicional cuarta LTBG prevé que las comunidades autónomas puedan atribuir la competencia para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso, lo que ha hecho el legislador extremeño en el art. 43 LGAEX. De momento, no parece que exista voluntad política de constituir una autoridad independiente autonómica en materia de transparencia. Por Resolución de 10 de febrero de 2021 de la Presidencia del CTBG, se publicó la prórroga del Convenio con la Comunidad Autónoma de Extremadura, para el traslado del ejercicio de la competencia para la resolución de las reclamaciones previstas en el art. 24 LTBG.

<sup>7</sup> El entrecomillado se justifica porque la nota de independencia puede verse seriamente debilitada por la forma en que se nombra a los miembros que forman parte de estos organismos.

<sup>8</sup> Este es el caso, entre otros, del Consejo de Transparencia y Participación, creado por la Ley 10/2019 de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid y el Consejo de Transparencia de Aragón, creado por la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

<sup>9</sup> No obstante, la carencia de recursos materiales y personales de algunos consejos de transparencia autonómicos hace que, en la práctica, difícilmente puedan cumplir su función con eficacia y eficiencia. Un ejemplo del poco interés que suscita la materia lo encontramos en la política de «coste cero» implementada por la comunidad de Aragón. La disposición adicional cuarta («No incremento del gasto público») del Decreto 32/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, dispone que la creación y funcionamiento del consejo no podrá suponer «incremento de dotaciones, retribuciones u otros gastos de personal ni, por otros conceptos, incremento neto de estructura o de personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón». Honestamente, ¿cómo se puede pretender controlar, supervisar y satisfacer un derecho público de esta importancia sin invertir en medios personales y materiales? Tanto el deber de transparencia como el derecho de acceso solo pueden garantizarse eficazmente si se cuentan con los recursos necesarios. Consideramos imprescindible, pues, dotar de un presupuesto estable y adecuado al volumen de trabajo de este organismo. Asimismo, debe satisfacerse una retribución a los consejeros que sea proporcional a la carga de trabajo asumida (v.g., el art. 15.2 del Decreto 32/2016 del Gobierno de Aragón dispone que el cargo se desempeñará gratuitamente, es decir, *ad honorem*).

<sup>10</sup> También ha de reconocerse el mérito a administrativistas de la talla de Mestre Delgado o Fernández Ramos, quienes ya defendieron mucho antes la conveniencia de apostar por un órgano independiente de control en materia de acceso a la información pública. Las tesis propuestas por los autores pueden verse en Mestre Delgado (1993, p. 184) y Fernández Ramos (1997, p. 563). Sobre el proceso de tramitación parlamentaria, véase Guichot Reina (2014, pp. 17-34).

### 2.3. Reutilización de la información del sector público

Otra de las obligaciones que debe cumplir la Administración es la de adaptar la información a la normativa sobre reutilización de la información. La finalidad perseguida es que la información sea alojada en formato reutilizable para beneficio de la ciudadanía. A tal fin deberá atenderse a lo dispuesto en el articulado de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, modificada por el Real Decreto-ley 24/2021. Este real decreto ley llevó a cabo la transposición de distintas directivas europeas, entre las que se encuentra la Directiva (UE) 2019/1024 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

La referida directiva se enmarca en la estrategia europea para la creación de un mercado único de datos. Con esta estrategia se pretende que los datos abiertos circulen libremente por el espacio de la UE en beneficio de todos los sectores de la sociedad. Mención aparte merece la reutilización de los datos protegidos, y que en el mes de septiembre de 2023 entró en vigor el Reglamento 2022/868 de Gobernanza de Datos<sup>11</sup>. El objetivo del citado reglamento es implementar un marco armonizado en todo el territorio UE que permita garantizar el intercambio de datos protegidos de forma segura. En lo relativo a los datos protegidos que obren en poder del sector público, el acto legislativo europeo tiene por objeto crear las condiciones necesarias para su reutilización dentro de la Unión.

A nivel autonómico, la Ley de Gobierno Abierto de Extremadura recoge en la sección tercera del capítulo II del título I unas previsiones sobre la reutilización de la información administrativa, cuya correcta aplicación debe tener en cuenta la normativa nacional y europea citada. Así, el art. 27.1 LGAEX recoge un mandato dirigido a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley para que procedan a la efectiva apertura de los datos públicos. La finalidad de este mandato legal es poner a disposición de los ciudadanos cualquier información pública que pueda ser de utilidad para la comunidad. Respecto a los objetivos fundamentales, el apdo. 3 del mismo precepto dispone que con la reutilización de los datos se pretende favorecer la creación de productos y servicios de información, además de facilitar su uso para la generación de valor añadido en los servicios y productos ofertados por el sector privado.

### 2.4. El alcance de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> en los regímenes de acceso especiales regulados en la normativa sectorial

Las previsiones de la LTBG y LGAEX quedan desplazadas y actúan como supletorias en la medida en que exista un régimen jurídico específico en la materia, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> LTBG y la disposición adicional 6.<sup>a</sup> LGAEX. Como botón de muestra podemos destacar el régimen especial de acceso a las historias clínicas de los pacientes<sup>12</sup> o el régimen de acceso de los cargos electos de las entidades locales, quienes cuentan con su propia normativa. Para un correcto discernimiento de la cuestión tratada es necesario conocer la jurisprudencia más reciente, pues ha dado respuestas de sumo interés para la doctrina y para el resto de operadores jurídicos.

En relación con el alcance de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> en materia de recursos, es de sobra conocido que algunas autoridades de transparencia se han declarado incompetentes para conocer cuestiones reguladas por normativa sectorial, al entender que su remisión al sistema general de recursos les impedía examinar tales asuntos<sup>13</sup>. Algunos autores, entre los que destacan Martín Delgado (2021, p. 81), y Guichot Reina y Barrero Rodríguez (2021, p. 830)<sup>14</sup> han defendido que con carácter general cabría sostener la competencia del CTBG para conocer aquellas reclamaciones en las que resulte de aplicación un régimen especial de acceso.

A nuestro juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente ello será posible, sí, pero solo en los supuestos en los que la regulación especial no prevea un recurso de alzada. Esto es, únicamente cuando se limite a remitir al sistema de recursos ordinarios previsto en la LPAC. Así se extrae de la doctrina fijada

<sup>11</sup> Reglamento 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.

<sup>12</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>13</sup> Así lo apuntaba Guichot Reina (2019, p. 28): «La sorpresa ha sido mayúscula cuando algunos Consejos, entre ellos el estatal, que ha inspirado a algunos autonómicos, se han entendido incompetentes por considerar que la remisión al sistema general de recursos administrativos les impedía conocer de los asuntos, pese a tratarse de una ley posterior y de una garantía nueva».

<sup>14</sup> El manual cuenta con una segunda edición actualizada de 2024.

por la STS 312/2022 (ECLI:ES:TS:2022:1033), cuyo FJ 4 reconoce la coexistencia del recurso potestativo de reposición previsto en el régimen de acceso de los miembros de las corporaciones locales con la reclamación ante el CTBG. No así cuando quepa la interposición de un recurso de alzada, cuestión esta última que no es objeto del recurso y que parece plantearse con efectos *obiter dicta*<sup>15</sup>.

En consecuencia, entendemos que aquellos regímenes especiales que contemplen un recurso administrativo de naturaleza preceptiva impedirán la aplicación supletoria de la LTBG y, por tanto, la posibilidad de formular reclamación ante los consejos de transparencia. Esta interpretación nos parece más respetuosa con el espíritu de la D. A. 1.<sup>a</sup>, pues si una ley especial prevé expresamente un mecanismo de impugnación obligatorio al regular un régimen específico de acceso, la naturaleza supletoria de la LTBG impide, *ipso iure*, formular la reclamación, pues la norma supletoria queda desplazada.

Si bien la Sala Tercera parece acoger en el último párrafo del FJ 4 la tesis propuesta por buena parte de la doctrina en cuanto a la sustitución del recurso de alzada en todos los regímenes especiales, una interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal nos lleva a rechazar tal interpretación. Respecto a la interpretación histórica, como acertadamente señala Guichot (Guichot Reina y Barrero Rodríguez, 2024, p. 863) –aunque lo emplee con ingenio para razonar a favor de la sustitución del recurso de alzada–, en el trámite parlamentario de la LTBG se rechazó la inclusión de una enmienda cuya finalidad era precisamente la de extender el ámbito de aplicación de la reclamación a los regímenes específicos de acceso.

Por lo que se refiere a la interpretación teleológica, porque la voluntad real del legislador fue la de otorgar naturaleza supletoria a la LTBG, no estableciendo excepción alguna en la disposición adicional 1.<sup>a</sup>. Finalmente, pero no por ello menos importante, el tenor literal (que prevalece sobre el resto de criterios interpretativos) del precepto también parece confirmar la tesis aquí defendida, pues la D. A. 1.<sup>a</sup> es taxativa y no admite una interpretación que se aleje del contenido semántico del enunciado. Así, el apdo. 2 establece que «*Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información*». A continuación, el apdo. 3 dispone «en este sentido, esta Ley será de aplicación, *en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización*» (la cursiva es nuestra).

La literalidad del precepto es cristalina: de una parte, solo cabrá la reclamación cuando la LTBG pueda aplicarse de forma supletoria; de otra, solo se aplicará, en el supuesto del acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización, cuando la normativa específica no regule la cuestión. En el caso que nos ocupa, si el legislador prevé un recurso de alzada, no cabrá de ningún modo aplicar la LTBG. Es decir, el alcance que la Sala Tercera y parte de la doctrina otorga al art. 24 supone una interpretación que desvirtúa la diferenciación querida por el legislador entre el régimen genérico de acceso y los regímenes especiales.

En nuestra humilde opinión, solo será posible aplicar el art. 24 LTBG cuando: i) la normativa específica únicamente prevea el recurso potestativo de reposición; ii) la normativa específica se remita genéricamente al sistema ordinario de recursos, y iii) la normativa específica guarde silencio respecto de los mecanismos de impugnación.

En el caso de Extremadura, al margen del carácter supletorio de la LGAEX, resulta de interés destacar su configuración como norma de mínimos, cuestión que no ha sido abordada, al menos, por las leyes autonómicas que se han utilizado para realizar la investigación. Así, el primer párrafo de la disposición adicional sexta establece que las obligaciones de transparencia y acceso a la información se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad. Es decir, nos encontramos ante una remisión directa en el supuesto de que exista una normativa que contenga obligaciones o derechos de acceso más favorables para el ciudadano.

<sup>15</sup> Guichot Reina (2022, p. 23), pese a mostrar su conformidad con la sentencia, considera que incurre en un error jurídico al permitir la coexistencia de la reclamación con el recurso de reposición, ya que el art. 23.1 habla de los «recursos administrativos» en plural. Efectivamente, la remisión del art. 23.1 LTBG a «los recursos» del derogado 107.2 de la Ley 30/1992 (actual art. 112.2 LPAC) debería interpretarse en el sentido de que la reclamación es sustitutiva tanto del potestativo de reposición como del de alzada. No obstante, en la medida en que el solicitante puede elegir libremente (pues ambos mecanismos de impugnación tienen carácter potestativo), no vemos que la interpretación vulnere en modo alguno las garantías del ciudadano. Una interpretación que tenga en cuenta la realidad de las cosas nos lleva a concluir que, teniendo el ciudadano vía directa para formular la reclamación ante el CTBG o sus homólogos autonómicos, raro será el que este formule recurso de reposición contra el órgano que, o bien ha desestimado su solicitud, o bien ha dado la llamada por respuesta.

### 3. TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA (PUBLICIDAD ACTIVA) Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (PUBLICIDAD PASIVA)

#### 3.1. El concepto de transparencia administrativa

Como señala el CTBG en su criterio interpretativo 2/2019, sobre el concepto y la naturaleza de la publicidad activa, aunque, a diferencia de las leyes autonómicas<sup>16</sup>, la LTBG no recoge una definición de publicidad activa, es posible inferir un concepto por vía interpretativa del preámbulo y de algunos de sus preceptos puestos en conexión con la normativa autonómica. Siguiendo al CTBG, la transparencia se configura como una obligación *ex lege* de publicar proactivamente, en los lugares y con las condiciones establecidas, información sobre la actividad de su titular. Por su parte, el legislador extremeño define el principio de transparencia pública como un deber de las Administraciones cuyo objeto es «facilitar de oficio a la ciudadanía información constante, veraz y objetiva sobre la actuación de las entidades que define el artículo 2 de esta ley, potenciando su accesibilidad en tiempo real y sin tratar para que pueda, además, ser compartida de forma libre y gratuita o reutilizada por la ciudadanía respecto de aquellos datos puestos a disposición en formatos abiertos» [art. 4. c) LGAEX].

El deber de transparencia se extiende al conjunto de Administraciones públicas, entidades del sector público, órganos constitucionales y sus equivalentes a nivel autonómico, así como las fundaciones del sector público, asociaciones o sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria [art. 2.1. a) LTBG y 2 LGAEX]<sup>17</sup>. Se trata, en consecuencia, de una obligación de hacer que exige a los sujetos obligados publicar los datos indicados en la LTBG (arts. 5 a 11) y en la LGAEX (arts. 5 a 14). Con carácter básico se prevé la publicación de toda una serie de información clasificada en «institucional, organizativa y de planificación»; información «de relevancia jurídica» e información «económica, presupuestaria y estadística» (arts. 6 a 8 LTBG). Esta información coincide en lo sustancial con la enumerada en los arts. 5 a 14 LGAEX, aunque el legislador extremeño ha optado por regular algunas materias en preceptos independientes.

La publicidad activa implica, por tanto, la obligación de publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de manera que se facilite de oficio aquella información que mayor interés suscita en la ciudadanía. La idea esencial es que debe publicarse aquella información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad pública. La publicación ha de hacerse en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web. Para la Administración estatal se dispone la creación de un Portal de Transparencia en virtud del art. 10 LTBG. En cuanto a la regularidad de la difusión, el art. 5.1 LTBG obliga a que toda información que sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relativa al control y el funcionamiento de la actuación pública se publique de forma periódica y actualizada.

Las comunidades autónomas también han creado sus propios portales de transparencia para garantizar las obligaciones de publicidad activa. En Extremadura, la disposición adicional decimocuarta de la Ley 4/2022, de 27 de julio, de Racionalización y Simplificación Administrativa de Extremadura ha modificado la denominación del Portal de Transparencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura creado en virtud de la disposición adicional segunda LGAEX. Así, ha pasado de denominarse Portal de Transparencia y Participación Ciudadana a Portal de Transparencia de la Junta de Extremadura.

El Portal de Transparencia contendrá información publicada de acuerdo con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente, debiéndose adecuar a los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización (art. 11 LTBG). Por otro lado, conforme al art. 5 de la ley estatal serán de aplicación los límites al derecho de acceso a la información pública (art. 14 LTBG) y los relativos a la protección de datos de carácter personal (art. 15 LTBG).

En el ámbito local, la mayoría de leyes autonómicas prevén la colaboración de las Administraciones autonómicas y provinciales, sin perjuicio de los mecanismos de colaboración intermunicipales. A tal efecto, el art. 22.1 LGAMEX dispone expresamente que los municipios cuenten con la asistencia técnica de las diputaciones provinciales en materia de transparencia y acceso a la información pública.

<sup>16</sup> El art. 4. c) de la LGAEX define el principio de transparencia pública como un deber de las Administraciones cuyo objeto es «facilitar de oficio a la ciudadanía información constante, veraz y objetiva sobre la actuación de las entidades que define el art. 2 de esta Ley, potenciando su accesibilidad en tiempo real y sin tratar para que pueda, además, ser compartida de forma libre y gratuita o reutilizada por la ciudadanía respecto de aquellos datos puestos a disposición en formatos abiertos». Una definición similar ha sido acogida por gran parte de las leyes autonómicas de transparencia.

<sup>17</sup> Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de las leyes de transparencia, véase Barrero Rodríguez (2018, pp. 222-226).

### 3.2. Una aproximación a la regulación de la transparencia algorítmica en el sector público

El uso de sistemas de inteligencia artificial por la Administración plantea nuevos retos en materia de transparencia que no han sido abordados aún en profundidad por el legislador estatal. Así, en la actualidad solo contamos con el art. 41 de la Ley 40/2015; el 23 de la Ley 15/2022 y el art. 11.1. i) del Real Decreto 203/2021<sup>18</sup>. En la esfera del *softlaw*, el Gobierno de España aprobó la Carta de Derechos Digitales en 2021. Pese a no tener naturaleza normativa, la cláusula XVIII contiene una serie de principios que pueden servir para orientar la actuación de la Administración. Sin duda, lo deseable sería que estos principios se incluyeran en la legislación básica estatal de procedimiento y fueran vinculantes.

En el ámbito de la Unión Europea, ha sido adoptado recientemente el Reglamento de Inteligencia Artificial, que introduce obligaciones específicas en materia de transparencia que la Administración deberá respetar cuando utilice sistemas de IA. Esta norma, a diferencia de la Carta de Derechos Digitales, sí contiene una regulación exigente y específica que obligará a las Administraciones públicas a cumplir determinados requisitos esenciales cuando el sistema sea calificado como de alto riesgo<sup>19</sup>.

Entrando ya en el marco conceptual, la transparencia algorítmica es un concepto de nuevo cuño que pretende dar respuesta a los riesgos derivados de la opacidad de determinados modelos (principalmente los que operan con técnicas de aprendizaje automático no supervisado) (Tahirí Moreno, 2024, p. 152). Como sostiene Cotino Hueso (2023, p. 20), se trata de «un elemento instrumental que favorece la necesitada confiabilidad en la IA». En efecto, la ausencia de transparencia impide que podamos saber con certeza por qué una máquina que emplea IA en su funcionamiento llega a una determinada conclusión. Esto es peligroso, pues el estado actual de la técnica nos demuestra que no son pocas las ocasiones en que los algoritmos empleados operan con técnicas manifiestamente discriminatorias (por ejemplo, los algoritmos de clúster) o contienen sesgos cuyo origen radica en los datos empleados para entrenar el sistema (Tahirí Moreno, 2023, pp. 188-214). También el modelo puede generar sesgos por defectos en el ajuste de sus parámetros (lo que se conoce técnicamente como sobreajuste o subajuste). De ahí que su utilización en determinados ámbitos como el sector público deba prohibirse o someterse a determinadas condiciones.

De lo expuesto es fácil llegar a la siguiente conclusión: para que la Administración pueda usar un sistema de IA que respete los derechos del ciudadano este debe ser, no solo transparente, sino también explicable. Es decir, es necesario que podamos ver sus *entrañas*, sí, pero mucho más importante es comprender cómo y por qué ha llegado a un resultado concreto. Imaginen que lo que tiene que decidir el sistema de IA es la concesión de una ayuda pública, el acceso a la universidad o la iniciación de un procedimiento sancionador. En todos los supuestos en que se tome una decisión desfavorable para el interesado, la Administración tiene que poder explicar en lenguaje natural los razonamientos fácticos y jurídicos que determinan el sentido de la resolución. Por eso es tan importante el requisito de la explicabilidad.

Con la finalidad de minimizar los riesgos expuestos y garantizar el control de la actuación administrativa, algunas comunidades autónomas han tomado la iniciativa incluyendo medidas de transparencia algorítmica. Verbigracia, el legislador valenciano incluyó en el art. 16.1. l) de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana la obligación de publicar tanto la relación de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan un impacto en los procedimientos administrativos como el diseño y funcionamiento de los mismos<sup>20</sup>.

Especial mención merece el caso de Extremadura, comunidad que ha sido la primera en regular de forma específica la utilización de la inteligencia artificial en la Administración. El Decreto Ley 2/2023, de 8 de marzo, de Medidas Urgentes de Impulso a la Inteligencia Artificial en Extremadura contiene en los arts. 11 y 12 del capítulo IV, denominado «Garantías para la utilización de la inteligencia artificial en los procedimientos administrativos», tres obligaciones dirigidas a garantizar la transparencia algorítmica. Así, el art. 11.2 impone a la Administración el deber de hacer público el mecanismo de toma de decisiones, las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y, finalmente, los datos que influyan en el resultado.

Por su parte, el apartado primero del art. 12 prevé que se haga referencia expresa al impacto del uso de sistemas de IA en las normas que regulen los procedimientos que empleen esta tecnología. A diferencia del art. 16.1. l) de la Ley 1/2022 valenciana, el decreto ley extremeño va más allá, ya que obliga a incluir y

<sup>18</sup> Un análisis específico sobre la cuestión puede encontrarse en Boix Palop y Soriano Aranz (2023, pp. 247-283).

<sup>19</sup> Para profundizar en la regulación de los sistemas de inteligencia artificial desde la perspectiva normalizadora y de los controles técnicos se recomienda la lectura de Álvarez García y Tahirí Moreno (2023).

<sup>20</sup> Se recomienda la lectura de Cotino Hueso *et al.* (2023).

publicar *ex ante* la evaluación del impacto del sistema en la prestación del servicio. Respecto al apartado segundo, el órgano responsable del procedimiento tendrá que hacer constar en el Inventario de Información Administrativa todas las validaciones llevadas a cabo en relación con el proceso para la elaboración de los actos, los riesgos que puede implicar dicho proceso y, a modo de cajón de sastre, «cualesquiera otros aspectos que garanticen los derechos de los interesados».

En conclusión, la transparencia algorítmica en la Administración es una exigencia del Estado democrático de derecho. Ningún manto de oscuridad puede cubrir la actuación de los poderes públicos so pretexto de la innovación, la eficacia o la eficiencia en la satisfacción de los intereses generales. La falta de controles facilita la configuración de espacios de arbitrariedad proscritos por el art. 9.3 CE. De ahí que sea necesario superar la situación a través de la adecuación normativa de todos los procedimientos en los que se use IA, con independencia de la actuación administrativa en que se emplee. Los ciudadanos tenemos el derecho a conocer qué herramientas utiliza la Administración como apoyo o fundamento para la toma de decisiones; cómo operan dichas herramientas y, finalmente, cuáles han sido los datos tenidos en cuenta para tomar cualquier tipo de decisión.

### 3.3. El derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública –reflejo del principio de transparencia administrativa y cuyo desarrollo constituye un mandato constitucional impuesto al legislador en el art. 105. b) CE (Mestre Delgado, 2018, p. 494)– opera solo a instancia de parte, no de oficio. Ello se traduce en que es el ciudadano quien debe formular una solicitud si pretende acceder a la información pública que se encuentre en poder de la Administración. Respecto a su objeto, el derecho de acceso otorga a cualquier persona – arts.13. d) LPAC y 12 LTBG– la posibilidad de acceder a aquella información pública que, con independencia de su soporte, obre en poder de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley (art. 2 LTBG y 2 LGAEX). El ámbito de aplicación de la norma estatal y autonómica previsto en los arts. 2.1 LTBG y 2 LGAEX tiene un radio de alcance amplio, quedando obligadas todas las entidades integradas en el sector público.

Por otra parte, debe diferenciarse el derecho de acceso a la información en calidad de interesado del genérico derecho de acceso a la información pública (apdo. 1 de la disposición adicional 1.ª LTBG). Si la información solicitada forma parte de un procedimiento administrativo en curso y el solicitante goza de la condición de interesado, se ha de estar a lo previsto en el art. 53.1. a) de la ley 39/2015, reguladora del procedimiento administrativo común. Tampoco será de aplicación la LTBG o la LGAEX si existe un régimen jurídico que regule un procedimiento de acceso específico, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera LTBG y la disposición adicional sexta LGAEX. Como se expondrá en el siguiente epígrafe, el derecho de acceso no requiere ostentar legitimación de ningún tipo para su reconocimiento. En otras palabras, no se necesita ser titular de un derecho o interés legítimo para acceder a la información.

Desde el prisma del derecho de la Unión Europea, el acceso a la información pública que se encuentre en poder de las instituciones tiene rango de derecho fundamental, conforme a lo establecido en el art. 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A nivel estatal, un sector de la doctrina defiende la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso, alegando que en realidad este derecho forma parte del contenido del derecho fundamental a la participación política del art. 23.1 CE o del art. 20 CE<sup>21</sup>. Por lo que se refiere al art. 20 CE, el Tribunal Supremo recientemente ha resuelto en casación que ni la libertad de expresión ni la de información prestan cobertura al derecho de acceso, puesto que el cauce para su ejercicio tiene su plasmación concreta en el art. 105. b) CE (STS 140/2023, FJ 4, ECLI:ES:TS:2023:319)<sup>22</sup>.

Pese a las buenas intenciones de dicha interpretación, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala Tercera que declara su naturaleza de derecho constitucional «ordinario» es pacífica<sup>23</sup>. Algo lógico teniendo

<sup>21</sup> Entre ellos, Rey Martínez (2014) y Cotino Hueso (2019). Los autores sostienen que es posible subsumir el derecho en el art. 20 CE (derecho de acceso a la información a través de la libertad de información) y, asimismo, conectarlo con otros derechos como la participación en asuntos públicos (art. 23 CE).

<sup>22</sup> Razona la Sala Tercera en el FJ 4 de la sentencia «que el artículo 20.1. d) de la CE, sobre la libertad de información o el derecho a la información, es un derecho fundamental que no presta cobertura a la solicitud formulada por la parte recurrente sobre las autorizaciones concedidas para la exportación de porta-morteros a Arabia Saudí, pues esa solicitud encuentra su cauce constitucional y legal adecuado en la interpretación y aplicación del artículo 105 b) de la CE, y de la mentada Ley 19/2013 [...]».

<sup>23</sup> Así lo recuerda el FJ 3 de la STS 502/2023, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1648). En palabras de la Sala, el derecho de acceso a la información «se trata, por tanto, de un derecho que no es un derecho fundamental, como se infiere de su configuración y

en cuenta los términos en que el constituyente redactó la Constitución. Una interpretación sistemática y finalista de nuestra Norma Fundamental permite deducir sin dificultad la naturaleza del derecho constitucional de acceso. Cuestión distinta es que en determinados ámbitos, ya sea por la condición del sujeto que ejerce el derecho o por la finalidad a la que sirve la información solicitada, pueda entrar en conflicto con otros derechos o someterse a determinados límites impuestos por la propia Constitución o el legislador.

Ahora bien, en ningún caso ello nos puede llevar a concluir que exista una pluralidad de derechos de acceso en función de la finalidad a la que sirva la información solicitada. Tampoco a afirmar que, en caso de conflicto, el juicio ponderativo deba inclinarse siempre y en todo caso a favor de la prevalencia del derecho fundamental al que supuestamente sirve la información. Como ya consagrara el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, no existen derechos absolutos, ni aun cuando ostenten la categoría de derechos fundamentales (así lo ha confirmado recientemente el TC en relación con el derecho a la vida en la STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023).

En consecuencia con lo expuesto, negamos la existencia de «derechos de acceso cualificados». La Constitución reconoce un derecho de acceso único para toda la ciudadanía (con la excepción del derecho de acceso de los cargos electos a la información que sea esencial para el ejercicio de sus funciones, que encuentra su fundamento en el art. 23 CE). Sin distinciones. Si realmente el constituyente hubiera querido dotar de naturaleza iusfundamental al derecho de acceso a la información pública, así lo habría hecho.

#### **4. EL CAUCE PROCEDIMENTAL ESTATAL Y AUTONÓMICO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

##### **4.1. Solicitud**

Como ya adelantábamos en el epígrafe anterior, el ejercicio del derecho de acceso solo puede disfrutarse previa solicitud del ciudadano. Dicha solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de: a) la identidad del solicitante; b) la información que se solicita, y c) una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones. El solicitante no está obligado a motivar su solicitud, aunque nada impide que pueda exponer los motivos por los que solicita la información a fin de que puedan ser tenidos en cuenta. Esto último sería lo recomendable a efectos de facilitar al órgano competente la realización del juicio ponderativo<sup>24</sup>. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la ausencia de motivación no es motivo suficiente para rechazar la solicitud de acceso (art. 17.3 LTBG y 19.4 LGAEX). Respecto al idioma utilizado, los solicitantes podrán dirigirse a las Administraciones públicas en cualquiera de las lenguas cooficiales del Estado en el territorio en que radique la Administración destinataria, ex art. 17.4 LTBG.

##### **4.2. Examen de los límites y causas de inadmisión**

Las solicitudes de acceso solamente pueden ser rechazadas por rebasar los límites dispuestos en los arts. 14-15 LTBG y 16-17 LGAEX o por incurrir en alguna de las causas de inadmisión expresamente previstas<sup>25</sup> (arts. 18 LTBG y 21 LGAEX). En consecuencia, para resolver si la información puede ser facilitada el órgano competente deberá examinar si concurre alguna de las causas o límites expresamente previstos.

En este análisis es esencial tener muy presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En palabras de la Sala Tercera, la «formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en su art. 14.1, como las causas de inadmisión de solicitudes de información enumeradas en el art. 18.1» –STS 1547/2017, de 16 de octubre, FJ 4 (ECLI:ES:TS:2017:3530)–. La regla general debe ser, pues, la estimación del derecho de acceso. En realidad, la Sala Tercera se limita a realizar una interpretación literal de la normativa estatal, ya que en ella se establece de forma taxativa la interpretación restrictiva de los límites.

---

ubicación sistemática en la Constitución, en el Título IV CE “del Gobierno y la Administración”, y al margen, en definitiva, de la previsión del artículo 53.2 de la CE. Es un derecho subjetivo ejercitable ante los poderes públicos. Si bien puede entrar en conexión con otros derechos, o en colisión con ellos [...]».

<sup>24</sup> Consideración compartida también por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el punto 3 del criterio 2/2016: «Información relativa a las agendas de los responsables públicos».

<sup>25</sup> Sobre este extremo resulta de interés el estudio de Barrero Rodríguez (2017).

#### **4.2.1. Límites generales al derecho de acceso a la información pública**

Los arts. 14.1 LTBG y 16.1 LGAEX prevén una serie de supuestos en los que el derecho de acceso puede ser restringido en la medida en que el acceso a la información pueda producir un perjuicio para los intereses protegidos por las materias enumeradas en dichos preceptos. Aquí interesa destacar que la letra e), apdo. 1 del art. 16 LGAEX contiene una remisión total a los límites regulados por otras normas con rango de ley y por la normativa básica estatal.

Una aplicación de los límites será conforme a derecho solo en la medida que esté justificada y sea proporcionada a su objeto y finalidad de protección. Además, debe atenderse a las circunstancias del caso concreto<sup>26</sup>, especialmente a la existencia de intereses superiores que justifiquen el acceso (art. 14.2 LTBG y 16.2 LGAEX). De acuerdo con la exposición de motivos de la LTBG, el órgano encargado de autorizar o denegar el acceso deberá realizar un test de daño, entendido como la valoración del perjuicio que pudiera causarse al bien protegido, así como un test de interés público en la divulgación. Junto a estos requisitos, conviene destacar que el legislador extremeño va un paso más allá. Así, el art. 16.2 LGAEX reconoce expresamente la necesidad de valorar la posible afectación del derecho fundamental a la libertad de información de los medios de comunicación del art. 20.1.d) CE.

Finalmente, los arts. 16 LTBG y 18 LGAEX disponen que en los supuestos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en los arts. 14 LTBG y 16 LGAEX no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada. La concesión del acceso parcial deberá dejar constancia de la reserva e indicar al solicitante que parte de la información ha sido omitida.

#### **4.2.2. El régimen de protección de datos personales como límite especial al derecho de acceso**

En el supuesto de que existan datos personales en la información solicitada, esta debe adecuarse a la normativa que regula el derecho a la protección de datos<sup>27</sup>. La protección de datos de carácter personal hace referencia al deber de cualquier sujeto de almacenar con las debidas cautelas y no revelar ni difundir este tipo de información, sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas en la ley. Como regla general, la Administración pública deberá omitir aquellos datos que hagan identificable a su titular, no pudiendo alegar la Administración como causa de inadmisión el que alguien haya de realizar específicamente la labor de omisión de datos<sup>28</sup>. También deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 15.1 LTBG y 17 LGAEX respecto a las categorías de datos personales de especial protección. En el supuesto de que la información solicitada pueda revelar datos personales sobre la ideología, afiliación sindical, religión o creencias solo podrá autorizarse el acceso en caso de exista consentimiento expreso y por escrito del afectado o porque la persona afectada haya hecho públicos dichos datos con anterioridad.

Si la información contuviera datos que hicieran referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, datos genéticos o biométricos o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, solo podrá concederse el acceso si existe consentimiento expreso del afectado o una norma con rango de ley lo permite.

A pesar de la existencia de estos límites, la propia LTBG permite en su art. 15.4 autorizar el acceso a la información previa disociación o anonimización de los datos de carácter personal. En términos parecidos se pronuncia el art. 18.2 LGAEX. Empero, no cabe utilizar el argumento de la protección de datos como escudo para obstaculizar el derecho de acceso a la información pública, sino que es preciso llevar a cabo un juicio ponderativo que tenga en cuenta todos los intereses en conflicto<sup>29</sup>. Por ejemplo, si los datos personales que se solicitan corresponden a personas de reconocido prestigio cuyos perfiles profesionales y académicos han sido hechos públicos por los propios afectados, no operará este límite<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Es decir, no cabe, por ejemplo, apelar de forma genérica a la «seguridad nacional» para desestimar una solicitud de acceso, aun cuando la información proceda del Departamento de Seguridad Nacional. De este modo lo entendió el CTBG en la Resolución 823/2020.

<sup>27</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

<sup>28</sup> Criterio interpretativo 7/2015 del CTBG, sobre causas de inadmisión de solicitudes de información que requieran para su divulgación una reelaboración.

<sup>29</sup> A pesar de su diferente naturaleza constitucional, sostiene Mir Puigpelat (2017) que «el derecho de acceso y el derecho (fundamental) a la protección de datos personales se sitúan en un mismo nivel en el juicio ponderativo».

<sup>30</sup> Así lo ha interpretado el CTBG en su Resolución 666/2020.

### 4.2.3. Causas de inadmisión

Las causas de inadmisión se encuentran enumeradas en los arts. 18 LTBG y 21 LGAEX. La inadmisibilidad de una solicitud solo puede declararse previa resolución motivada. A diferencia de los límites al derecho de acceso, las causas de inadmisión no tienen por objeto evitar un perjuicio público o privado, sino más bien excluir el acceso a determinada información pública en supuestos de abuso de derecho, solicitudes de información que tengan naturaleza auxiliar o información incompleta. Son límites que tienen un carácter formal, y dada su naturaleza, quedan directamente excluidos del derecho de acceso. De ahí que ni el legislador estatal ni el autonómico exijan al órgano competente realizar un ejercicio de ponderación de intereses o analizar los posibles perjuicios que pudieran irrogarse. No hay ponderación porque no existe un conflicto entre derechos. No obstante, la denegación del derecho de acceso deberá interpretarse, al igual que los límites, de forma restrictiva.

### 4.3. Tramitación

La tramitación de la solicitud se realizará conforme a lo dispuesto en los arts. 19 LTBG y 20, 22 y 23 LGAEX<sup>31</sup>. El art. 20 LGAEX prevé un trámite de subsanación cuando la petición sea genérica o imprecisa, requiriéndose al solicitante para que la concrete en un plazo de diez días, con indicación de que, si no lo hace, se le tendrá por desistido.

También se regula un trámite de audiencia en el art. 22 LGAEX en el supuesto de que la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros. En su caso, a los interesados se les concederá un plazo de quince días a fin de que aleguen cuanto estimen oportuno. Dicho trámite no es preceptivo para la Administración, salvo que el órgano competente considere que las alegaciones pueden ser determinantes del sentido de la resolución. En el supuesto de que así lo considere ha de informarse al solicitante de tal circunstancia, así como de la suspensión de los plazos para resolver hasta que se hayan recibido las alegaciones haya transcurrido el plazo de quince días.

Por último, si la información requerida se encuentra en otra unidad administrativa, entidad u órgano al que se dirige la solicitud, se remitirá al órgano que la posea para que la resuelva, dando cuenta al solicitante de la remisión. Ahora bien, si la información obrara en poder de una Administración que no se encuentra en el ámbito subjetivo de aplicación de la LGAEX, el órgano competente deberá informar al administrado sobre la Administración a la que ha de dirigirse para solicitar la información.

### 4.4. Resolución del procedimiento

La resolución por la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes (art. 20 LTBG) o treinta días hábiles (art. 24 LGAEX) desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo podrá ampliarse por otro mes (en la regulación estatal) o treinta días (en el procedimiento extremeño) en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante. Aquí, como habrá podido comprobar el lector, nos encontramos ante una contradicción entre la normativa estatal y la autonómica. Así pues, mientras que los plazos fijados por meses se computan de fecha a fecha (art. 30.4 LPAC), el cómputo de días hábiles excluye sábados, domingos y festivos. En suma, el legislador extremeño amplía el plazo de resolución en comparación con el estatal.

Corolario de lo anterior es que la normativa autonómica regula un régimen de plazos más gravoso para el ciudadano que el previsto en la legislación básica. Para entender la importancia del plazo en el procedimiento de acceso ha de acudirse a la exposición de motivos de la LTBG. Así, señala el legislador estatal que «con objeto de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública la Ley establece un procedimiento ágil, con un breve plazo de respuesta [...]». A nuestro juicio, el art. 24 LGAEX podría incurrir en una tacha de inconstitucionalidad por vulnerar indirectamente el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE. El art. 20 LTBG regula el plazo de resolución. Un plazo que, a nuestro juicio, tiene carácter básico. Y ello porque aceptar lo contrario quebraría la uniformidad buscada por el legislador estatal al articular un procedimiento caracterizado precisamente por su agilidad en los tiempos de respuesta.

<sup>31</sup> La legislación extremeña se limita a configurar tramitación del procedimiento de forma idéntica a la norma estatal.

En cuanto al deber de motivación, serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que cedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero (20.2 LTBG y 24.3 LGAEX). En este último supuesto se indicará expresamente al interesado que el acceso sólo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo del art. 22.2 LTBG. Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud.

Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada. En relación con la naturaleza del silencio, interesa destacar la STC 104/2018, cuyo FJ 5 reconoció el carácter básico del sentido del silencio administrativo regulado en la legislación de transparencia estatal y declaró inconstitucional el art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón<sup>32</sup>.

Algunas comunidades, como la valenciana, han adaptado su silencio a esta doctrina. De forma distinta han actuado Cataluña y la Comunidad Foral de Navarra<sup>33</sup>, que aún prevén en sus leyes el silencio positivo<sup>34</sup>, lo que constituye una vulneración palmaria de la normativa básica estatal (arts. 35.1 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña y 41.2 de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno)<sup>35</sup>.

#### **4.5. Sistema de impugnación: la vía especial de la reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en materia de derecho de acceso frente al sistema ordinario de recursos**

En materia de impugnaciones la LGAEX regula una doble vía que es importante tener presente para evitar errores jurídicos formales. Así, debe distinguirse entre las resoluciones expresas o presuntas que tengan relación directa con el ejercicio del derecho de acceso (sección segunda LGAEX) de aquellas otras que afecten a derechos en materia de información (publicidad activa), participación y colaboración públicas.

Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el art. 24 ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o equivalente autonómico<sup>36</sup>. En relación con el régimen jurídico de la reclamación, el art. 43 LGAEX dispone que será de aplicación la normativa básica estatal.

Si lo que se pretende impugnar es un acto, inactividad o vía de hecho no comprendido en el derecho de acceso a la información, deberán interponerse los recursos administrativos ordinarios que procedan, de acuerdo con la normativa básica del Estado y la Ley 1/2002, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; o, en su caso, el recurso contencioso contra las actuaciones materiales en vía de hecho previsto en la Ley 29/1998. Así lo declara el art. 44 LGAEX y debe tenerse muy presente de cara a determinar el órgano competente y los plazos de interposición del recurso.

Por otra parte, debe también tenerse en cuenta que en el caso de que exista una normativa específica que regule el derecho de acceso será de aplicación el sistema de recursos que se disponga en aquella. Esta ha sido la doctrina seguida por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en aplicación de la cláusula de supletoriedad prevista en la disposición adicional 1.ª LTBG. Ahora bien, como ya señalábamos

<sup>32</sup> El Tribunal Constitucional entiende que el legislador estatal configuró el sentido negativo del silencio para proteger otros derechos con los que eventualmente pudiera entrar en colisión el derecho de acceso, y ello lo hizo al amparo de su competencia exclusiva para regular las bases del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.ª CE).

<sup>33</sup> Las únicas comunidades que regularon el sentido del silencio como positivo fueron Aragón, Comunidad Valenciana, Cataluña y Navarra.

<sup>34</sup> Aunque con matices, pues ambas leyes prevén excepciones en caso de que una norma con rango de ley establezca lo contrario para determinado tipo de información. Aquí podría razonarse que la LTBG es una de esas excepciones. Sin embargo, no tendría sentido regular el silencio positivo a nivel autonómico si su efectividad es nula, por lo que entendemos que la intención real del legislador autonómico era desmarcarse del silencio negativo establecido por el legislador básico estatal. A esta conclusión no nos lleva no solo el sentido común, sino también las exposiciones de motivos de las leyes catalana y navarra.

<sup>35</sup> Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional expuesta, el operador jurídico debe aplicar directamente la normativa básica estatal que regula el sentido negativo del silencio. A nuestro juicio, el legislador autonómico no tiene competencia para determinar el sentido del silencio en materia de acceso a la información pública. En consecuencia, todo lo más que puede hacer es reproducir literalmente lo dispuesto por el legislador estatal.

<sup>36</sup> Recuérdese que el art. 122. 2 LPAC prevé que las leyes podrán sustituir el recurso de alzada en supuestos o ámbitos sectoriales determinados.

*supra*, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de formular reclamación ante el CTBG cuando el régimen especial prevea únicamente la interposición de recurso potestativo de reposición (STS 312/2022, FJ 4, ECLI:ES:TS:2022:1033)<sup>37</sup>.

## 5. LA REGULACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

### 5.1. Fundamento y naturaleza del régimen especial de acceso de los miembros de las corporaciones locales

El derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer la función representativa constitucionalmente atribuida a los miembros de las corporaciones locales tiene una relevancia capital en nuestro Estado democrático y de Derecho. Por esta razón, la legislación básica de régimen local ya contemplaba un régimen específico de acceso a la información aplicable a los miembros de las corporaciones locales<sup>38</sup>.

El régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública por parte de los cargos locales electos se recoge en el art. 77 de la LBRL y en los arts. 14 a 16 del ROF<sup>39</sup>. Junto a la normativa estatal, debe tenerse en cuenta la regulación autonómica de régimen local que, en su caso, resulte de aplicación. Respecto a la cuestión de si la LBRL (art. 77) y el ROF (arts. 14 a 16) establecen un procedimiento de acceso a la información pública especial que excluya la aplicación de la LTBG, el TS ha confirmado que la regulación específica prevista en la normativa de régimen local se aplica con carácter preferente a la regulación contenida en la LTBG, que no resulta excluida, sino que será de aplicación supletoria –STS 312/2022, 10 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1033)–.

En cuanto a la *ratio* de este régimen específico, debe quedar claro que no se trata de un privilegio *ad personam* que los políticos puedan utilizar para satisfacer sus intereses personales o los del partido político en el que militen (lo que haría incurrir a la solicitud en una causa de inadmisión por uso abusivo, siempre, claro está, que pueda ser acreditado por el alcalde o presidente tal abuso). La especialidad en el acceso a la información pública deriva de la necesidad de garantizar el correcto ejercicio de las funciones del cargo representativo que ostentan. Se trata, pues, de un derecho de naturaleza instrumental dirigido a garantizar la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos. Por este motivo, el derecho de acceso de los miembros de las corporaciones locales no se encuentra en el mismo plano constitucional que el derecho genérico de acceso a la información de los ciudadanos.

El primero tiene rango de derecho fundamental, ex art. 23 CE, mientras que el segundo es un derecho constitucional ordinario (que carece de la protección reforzada prevista para los derechos fundamentales) reconocido en el art. 105. b) CE. Desde la perspectiva procesal, su naturaleza iusfundamental permite al solicitante que vea desestimada su solicitud acudir al procedimiento especial de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y formular recurso de amparo.

Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, el derecho de acceso a la información de los miembros de las corporaciones locales supone una manifestación del derecho fundamental a la participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos públicos por medio de representantes, reconocido en el art. 23 CE. Ahora bien, no cualquier solicitud de acceso tiene relevancia constitucional, siendo objeto de dicha protección especial sólo aquella información que afecte al núcleo esencial de las funciones del cargo. Este núcleo esencial se concreta, en palabras de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, «por el derecho a

<sup>37</sup> Cabe destacar que ya se habían declarado competentes con anterioridad todos los consejos autonómicos de transparencia, salvo el de Andalucía, que seguía el criterio del CTBG estatal.

<sup>38</sup> Sobre esta cuestión véase Gifreu Font (2016). En el estudio la autora defiende la aplicación de los avances incorporados en la legislación estatal y autonómica de transparencia a los miembros electos de las corporaciones locales, puesto que sería un contrasentido que los miembros electos de las corporaciones locales no pudieran beneficiarse de las garantías del régimen general.

<sup>39</sup> Es importante destacar que, desde la perspectiva del sistema de fuentes, el ROF queda, en teoría, desplazado por la normativa autonómica de desarrollo, debiendo tenerse en cuenta también lo dispuesto en los reglamentos orgánicos municipales (en ocasiones estos últimos prevén condiciones de acceso más favorables). Así, han regulado el procedimiento de acceso, entre otras, la Comunidad Autónoma de Aragón, en el art. 107 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local; Cataluña, en el art. 164 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local, o Galicia, en el art. 226 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local. También los reglamentos orgánicos municipales de las ciudades de Zaragoza y Barcelona regulan el derecho de acceso en sus arts. 15 a 17 y 12, respectivamente. Un estudio interesante que da buena muestra de la complejidad de la materia puede encontrarse en Escanilla Pallás (2006).

obtener cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función». En cuanto a la clase de información que debe facilitarse a los miembros de las corporaciones locales, concluye la Sala que esta no puede quedar condicionada a aquella que vaya a ser tratada en el pleno municipal u órgano colegiado que corresponda (STS 167/2022, de 10 de febrero, FJ 4, ECLI:ES:TS:2022:486).

## **5.2. El procedimiento administrativo especial de los cargos electos locales en materia de acceso a la información pública**

Aclarada la naturaleza y el fundamento del régimen específico de acceso, abordaremos a continuación el procedimiento administrativo a seguir. Según lo establecido en el art. 77.1 LBRL, los miembros de las corporaciones locales tienen derecho a obtener del alcalde, del presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de sus funciones. Dicha solicitud habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado (art. 77.2 LBRL). En caso de que no se dicte resolución o acuerdo denegatorio en este plazo, la petición se entenderá concedida por silencio administrativo (art. 14.2 ROF).

Como podrá observar el lector a simple vista, el silencio positivo contrasta con la desestimación presunta del derecho de acceso genérico de la LGAEX y la LTBG. La denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse mediante resolución o acuerdo motivado (art. 14.3 ROF). Asimismo, es importante tener presente que el art. 15 ROF prevé una serie de supuestos tasados en los que se concederá el acceso directo (sin requerir la autorización del alcalde o presidente o de la Comisión de Gobierno) ante los servicios administrativos. En muchas ocasiones, es probable que al personal al servicio de la administración le surjan dudas sobre si deben facilitar o no la información. No obstante, el precepto es cristalino: si nos encontramos ante uno de los supuestos del art. 15 la información debe ser facilitada.

En relación con la forma de acceso a la información, el art. 16 ROF establece las pautas para la consulta y el examen específico de expedientes, libros y documentación. Según lo dispuesto, la consulta general de cualquier expediente o antecedente documental podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la corporación. La expedición de copias queda restringida a los supuestos de acceso libre de los concejales a la información y en los casos en que sea expresamente autorizado por el presidente de la Comisión de Gobierno (art. 16.1.a ROF). Por lo que se refiere a la obtención de copias, la Sala Tercera entiende que no forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental del art. 23 CE. Sin embargo, el incumplimiento injustificado en el otorgamiento de copias cuando concurren los requisitos legales sí lesiona el derecho a la participación política, ya que impide al cargo electo local el ejercicio de sus funciones (STS 2554/2006, de 29 de marzo, FJ 4, ECLI:ES:TS:2006:2554).

Finalmente, sobre los miembros de la corporación pesa un deber de confidencialidad en relación con la información que les sea facilitada para garantizar el desarrollo de su función, especialmente sobre aquella que haya de servir de antecedente para la toma de decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio (art. 16.3 ROF). Esta restricción es coherente con la regulación del derecho de acceso genérico a nivel estatal y autonómico, puesto que en ambos casos se excluye este tipo de información del contenido del derecho, bien sea como causa de inadmisión –arts. 18.1. a) LTBG y 15.4. a) LGAEX–; bien como límite material –arts. 14.1. k) LTBG y 16.1. d) LGAEX–.

## **6. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO**

### **6.1. Concepto y naturaleza del derecho a una buena administración**

Pese a la creciente importancia de la noción de «buena administración» en los últimos años, no resulta sencillo definir, *prima facie*, qué se entiende por tal concepto. La falta de una definición clara en la

legislación y en la jurisprudencia, así como la amplitud de sus términos, ha generado una multiplicidad de interpretaciones y propuestas<sup>40</sup>.

De acuerdo con Martín Rebollo (2020, p. 568), la buena administración puede considerarse como una de esas expresiones más que, en realidad, dicen muy poco, pero que tienen un enorme potencial y un cierto «efecto balsámico» en tanto que se utiliza ampliamente, pero a menudo sin una comprensión clara de sus implicaciones, innovaciones o significado concreto. En la misma línea, Gómez Díaz (2024, p. 186) ha llegado a señalar que el concepto de buena administración es extremadamente fluido y variable, reflejando las características de una sociedad líquida según la teoría de Zygmunt Bauman.

En términos generales, podemos distinguir dos posturas principales en la doctrina. Por un lado, existe una concepción más restrictiva del término, que distingue claramente la buena administración de otros conceptos como el buen gobierno o la buena gobernanza (Menéndez Sebastián, 2021, pp. 20-21). La profesora Menéndez Sebastián (2021, pp. 113 y ss.) sostiene esta visión, entendiendo la buena administración como aquella que cumple adecuadamente su función al servicio del interés general, considerando debidamente los intereses de los ciudadanos.

Por otro lado, existe una concepción más amplia, que engloba diversos aspectos y principios, como la transparencia, la participación ciudadana, la justificación de las decisiones administrativas o los derechos en el procedimiento administrativo. Entre los autores que parten de un concepto amplio destacan, entre otros, Meilán Gil (2013) y Rodríguez Arana (2013). Para estos autores, la buena administración se alinea con una concepción del derecho administrativo al servicio de los ciudadanos, destinatarios naturales de las políticas públicas y de las acciones del poder público (Rodríguez Arana, 2010, p. 238).

Elucubraciones teóricas aparte, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* define el derecho a una buena administración como el «derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de las administraciones públicas traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable». La *ratio* de este derecho subjetivo, siguiendo a Ponce Solé (2023, p. 166), es poder «superar una visión de la actividad administrativa que, dando por supuesto que no puede ser arbitraria, todavía parece aceptarse en algunos ámbitos que pueda ser ejercida de cualquier modo y con cualquier resultado por el decisor administrativo».

En nuestra opinión, la buena administración constituye un derecho esencial para garantizar una Administración pública diligente y respetuosa en sus relaciones con la ciudadanía. Desde esta óptica, se configura como un auténtico deber de actuación de la Administración que puede ser exigido por el ciudadano y controlado, como veremos a continuación, por la jurisdicción contenciosa. El concepto, que en sus albores surgió como un principio general del derecho europeo, hace las veces de catalizador y acicate, dirigiendo a las Administraciones públicas hacia una praxis y una cultura administrativa basada en la buena fe y el respeto a los derechos de la ciudadanía (Schmidt-Assmann, 2021, pp. 115-118).

## 6.2. El derecho a una buena administración forma parte del derecho europeo originario

El derecho fundamental europeo a una buena administración se reconoce expresamente en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE). En cuanto al valor normativo de la Carta, debe tenerse presente que los preceptos de la CDFUE son vinculantes (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea) y forman parte del derecho originario de la Unión en virtud de la reforma operada por el Tratado de Lisboa adoptado en el año 2009.

Esta *juridificación* de lo que por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se aplicaba inicialmente como un principio general del derecho europeo tiene, a nuestro juicio, efectos significativos. Así, la positivización de un principio implica siempre la superación de su eficacia meramente informadora o interpretativa. En otras palabras, la configuración de un principio como auténtico derecho subjetivo transforma su naturaleza y refuerza su efectividad, pues solo desde que se le reconoce tal naturaleza el ciudadano podrá exigir su tutela y protección.

Por otra parte, pese a que el ámbito de aplicación del art. 51 CDFUE circunscribe la efectividad del derecho fundamental a una buena administración a los supuestos en que se aplique el derecho europeo,

<sup>40</sup> Llama la atención, como ha destacado Menéndez Sebastián (2021, pp. 15 y ss.), que desde hace tiempo se utiliza la expresión *buena administración* en el ámbito jurisprudencial y en la normativa estatal y autonómica, sin proporcionar un concepto o definición precisa de su significado o de cómo debe interpretarse.

lo cierto es que la Sala Tercera ha optado por una interpretación favorable a su proyección general (STS 1312/2021, de 4 de noviembre de 2021, FJ 2, ECLI:ES:TS:2021:4117)<sup>41</sup>.

### 6.3. El desarrollo jurisprudencial del derecho a una buena administración en el derecho interno

Desde la óptica del derecho interno contamos con un cuerpo jurisprudencial consolidado que ha entendido que la buena administración encuentra su fundamento en los mandatos constitucionales de los arts. 9.3 y 103.1 CE, desarrollados por el art. 3.1., letras d) y e) de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJSP) (STS 196/2019, de 19 de febrero, FJ 6, ECLI:ES:TS:2019:579). A nivel autonómico, son varias las comunidades autónomas que, de una forma u otra, ya han regulado el derecho a una buena administración en leyes ordinarias<sup>42</sup> e incluso en sus estatutos de autonomía<sup>43</sup>.

En palabras de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, este principio «constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y –como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones– no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene –debe tener– plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos» (Sentencia del Tribunal Supremo 1309/2020, 15 de octubre de 2020, FJ 3, 1, ECLI:ES:TS:2020:3279).

El derecho a que las Administraciones guíen su actividad conforme a los postulados de una buena administración se encuentra en íntima conexión con principios como el de transparencia y acceso a la información pública. No obstante, si bien la buena administración abarca un ámbito más amplio que el principio de transparencia, no cabe duda de que la segunda contribuye a maximizar la efectividad de la primera. Como acertadamente a nuestro parecer señaló en sus conclusiones el abogado general Trstenjak, el principio de buena administración «no constituye un principio administrativo autónomo, sino que el mismo engloba varios principios, constituyendo en cierto modo un concepto colectivo para todos o algunos principios del derecho administrativo»<sup>44</sup>.

En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares calificó el derecho a una buena administración como derecho «de última generación», enlazando este con el principio de transparencia y el derecho de acceso a registros y archivos. Así, sostiene el TSJBAL que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos –art. 105. b) CE– se configura como una manifestación del principio de transparencia, que a su vez se integra en el marco de lo que debe ser una buena administración (STJBAL 1123/2010, FJ2, ECLI:ES:TSJBAL:2010:1540).

En el contexto de la publicidad pasiva, una buena administración será aquella que, tras valorar imparcialmente los límites y causas de inadmisión y ponderar diligentemente los intereses que convergen en el supuesto concreto<sup>45</sup>, resuelva de forma motivada y en un plazo razonable la solicitud de acceso a la información. En el terreno de la publicidad activa, una buena administración será aquella que sea proactiva y actúe con la diligencia debida en lo que se refiere a la actualización y la difusión de la información pública.

<sup>41</sup> La sentencia cuenta con un brillante voto particular del magistrado Dimitry Berberoff en el que se expone de forma pormenorizada el origen y desarrollo del derecho a una buena administración. Entiende el magistrado disidente que en el caso concreto no debería operar tal derecho, pues el plazo de prescripción de cuatro años corría a favor del expedientado. Así, considera «que la aplicación ponderada del derecho a una buena administración resultaría posible cuando ese devenir temporal hubiera supuesto una ventaja fraudulenta para la Administración (por ejemplo, como hemos dicho en otras ocasiones, “anticipando” algunos actos, en lugar de dictarlos en el procedimiento posterior) o, por el contrario, cuando comporte un inconveniente para el administrado, disminuyendo, por ejemplo, sus posibilidades de defensa, circunstancias que no advierte la sentencia».

<sup>42</sup> Como muestra, destacamos el art. 58 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña y el art. 37 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

<sup>43</sup> Art. 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; art. 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, o el art. 9, ap. 1 y 2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, entre otros.

<sup>44</sup> Conclusiones del abogado general Trstenjak presentadas el 11 de septiembre de 2008, Asunto C-308/07P, en el TJUE.

<sup>45</sup> El FJ 4 de la STS 2563/2016, 5 de diciembre de 2016, (ECLI:ES:TS:2016:5451) razona que «el derecho a una buena administración, contemplado en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes [...]».

#### 6.4. Los efectos jurídicos de la buena administración en el procedimiento administrativo

Respecto a los efectos jurídicos que despliega este derecho-deber, estos son, en nuestra opinión, de primer orden. Y ello porque la vulneración del derecho a una buena administración puede viciar todo el procedimiento administrativo. En relación con su ámbito de aplicación, consideramos que, aunque gran parte de la jurisprudencia afecta a la Administración tributaria, su aplicabilidad tiene una proyección general.

A título ilustrativo resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo 1312/2021, de 4 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4117), en cuyo FJ 2 la Sala Tercera concluye que la inactividad injustificada y desproporcionada de la Administración desde la terminación de las diligencias previas a la incoación de un expediente sancionador (transcurrieron quince meses) quebranta el derecho del interesado a una buena administración en su manifestación de no sufrir dilaciones indebidas, lo que vicia de anulabilidad todas las actuaciones posteriores. Así, aun cuando las actuaciones previas a la iniciación del procedimiento no están sometidas legalmente a plazo alguno, entiende el TS que el derecho a una buena administración impide que la Administración, atendiendo a una clara interpretación abusiva o fraudulenta de la norma, extienda *sine die* las investigaciones en perjuicio de los ciudadanos.

También en el ámbito tributario, pero con alcance general, la Sentencia 586/2020, de 28 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1421) da un buen «tirón de orejas» a la Administración al modular el principio de autotutela ejecutiva de los actos administrativos del art. 38 LPAC. En este caso, y en virtud del principio de buena administración (como principio «metajurídico inspirador» que emana de los arts. 9.1, 9.3, 103.1 y 106 CE), la ejecutividad de un acto administrativo permanecerá en suspenso cuando la Administración incumpla el plazo de resolución del recurso (ya sea de alzada o reposición) planteado por el ciudadano. Y ello aun cuando no se haya solicitado la suspensión del acto impugnado, pues razona el TS, con buen acierto, que la Administración no puede verse favorecida por sus propios incumplimientos (*allegans turpitudinem propriam non auditur*). Es cierto que la doctrina jurisprudencial emanada de esta resolución ha generado cierta polémica en la academia (Fernández Farreres, 2020), pues obvia e incluso vulnera lo dispuesto en el art. 117 LPAC. Es la opinión de Fernández Farreres, que entiende que la sentencia crea derecho al realizar una interpretación *contra legem* del art. 117 LPAC.

A nuestro juicio, el desarrollo jurisprudencial del principio de buena administración resulta audaz y digno de elogio. Como bien sabe todo aquel que nada en las oscuras aguas de la Administración, no son pocas las ocasiones en las que esta, ya sea por falta de medios, por dejadez, e incluso por una errónea concepción del interés general no actúa con la diligencia debida que la Constitución le impone.

En definitiva, como afirmara Meilán Gil (2013, p. 256) hace ya más de una década, entendemos que la Administración pública debe actuar de manera eficaz en beneficio del interés general, siempre con pleno respeto a la ley y al derecho. Ahora bien, sin que este respeto deba interpretarse como un positivismo excesivamente legalista que excluya u obvie los principios y valores que informan nuestro ordenamiento jurídico. Dicho esto, somos plenamente conscientes de los problemas que plantea esta doctrina jurisprudencial. Por ello, vemos necesaria una reforma a nivel estatal que reconozca el derecho a una buena administración en todas sus vertientes y garantice la seguridad jurídica en la aplicación de la ley.

### 7. LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO Y LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: UNA CRÍTICA A LA JURIDIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ÉTICOS

#### 7.1. ¿Qué son los principios de buen gobierno?

Define el *Diccionario panhispánico del español jurídico* el buen gobierno como la «acomodación de la actividad desarrollada por las administraciones públicas y organismos de ellas dependientes, así como otros organismos públicos en lo que concierne a sus actividades administrativas, a los principios de transparencia, dedicación al servicio público, imparcialidad, igualdad y corrección en el trato a los ciudadanos, responsabilidad, reserva, así como el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas».

En sentido estricto, el buen gobierno es un concepto que tiene por finalidad orientar la conducta de los responsables públicos cuando desarrollan funciones de dirección ajenas al ejercicio de las potestades administrativas ordinarias. Es decir, el buen gobierno se predica solo de aquellas decisiones políticas no

sujetas al derecho administrativo<sup>46</sup>. Cuando el acto o resolución queda sujeto a derecho administrativo operará el derecho a una buena administración. Debe tenerse en cuenta, pues, la naturaleza de la actuación para identificar correctamente si nos encontramos ante una decisión que pueda evaluarse conforme a parámetros de buen gobierno o de buena administración.

## 7.2. La legislación básica estatal y la normativa autonómica en materia de buen gobierno

En el plano normativo, el título II de la LTBG, relativo al «Buen Gobierno»<sup>47</sup>, otorga rango legal a los principios generales (art. 26.2.a LTBG) y de actuación (art. 26.2.b LTBG) que han de presidir la actividad de los miembros del Gobierno y altos cargos. Estos principios informan la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en la ley (art. 26.3 LTBG). En ocasiones también pueden constituir infracciones administrativas, en el supuesto de que las conductas estén tipificadas en el régimen disciplinario. En la misma línea, el título II LGAEX (arts. 30 a 35) incorpora al ordenamiento autonómico una serie de principios y obligaciones dirigidas a garantizar la transparencia y la integridad pública de los miembros del Consejo de Gobierno y a los altos cargos del sector público autonómico (art. 30.1 LGAEX)<sup>48</sup>. Junto a estos sujetos, será también de aplicación a los cargos electos de las corporaciones locales y de la Asamblea de Extremadura, cuando así se establezca expresamente<sup>49</sup> (art. 30.2 LGAEX).

Los preceptos contenidos en el título II LGAEX deben interpretarse en concordancia con la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. La norma, a tenor de su art. 1, tiene por finalidad garantizar la implantación de los principios de buen gobierno, regular el régimen de responsabilidades en materia de conflicto de intereses, la transparencia en la acción de gobierno y la responsabilidad en la gestión de los recursos públicos. Ahora bien, la regulación no es completa, pues la norma remite en su disposición adicional cuarta a los regímenes de responsabilidad disciplinaria y materia económico-presupuestaria aprobados por el legislador estatal para los altos cargos (arts. 28 a 32 LTBG).

En el plano reglamentario, y al amparo de la habilitación normativa de la disposición final tercera de la Ley 1/2014, el Ejecutivo extremeño adoptó el Decreto 3/2015, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. La norma tiene por objeto la regulación del régimen de conflictos de intereses de la Administración autonómica, así como el procedimiento sancionador derivado de su incumplimiento (art. 1 Decreto 3/2015).

Visto someramente el marco normativo relativo a la transparencia y el buen gobierno en Extremadura, no podemos sino criticar el uso que hace el legislador extremeño de las disposiciones adicionales. En aras de facilitar la aplicación de la norma, sería más sencillo remitir expresamente dentro del articulado de la ley a lo dispuesto en la legislación básica del Estado que regule la materia. Yendo más allá, consideramos que debería promoverse la redacción de una ley que refunda todo el marco normativo y ponga fin a una situación de dispersión innecesaria. Un texto legislativo que comprenda todo el régimen en materia de transparencia y buen gobierno es un paso necesario para simplificar el ordenamiento jurídico en este ámbito. Sin duda, una iniciativa en la dirección planteada contribuiría a mejorar la calidad normativa y, en consecuencia, a facilitar a todas las partes interesadas el acceso y la comprensión de sus derechos y obligaciones.

Por último, en este apartado relativo al buen gobierno es obligatorio realizar una crítica a la *legalización* de los principios éticos que realiza la norma estatal y la extremeña. En primer lugar, porque si son éticos no pueden ser jurídicamente exigibles. Se incurre, por tanto, en una contradicción imposible de soslayar. Y, en segundo lugar, porque aun admitiendo su eficacia interpretativa o informadora a efectos disciplinarios, la mayoría están planteados en términos tan genéricos que en la práctica resulta imposible acreditar de forma precisa su cumplimiento. Prueba de ello es la forma en que la Junta de Extremadura cumple con la obligación de presentar un informe anual sobre el grado de cumplimiento de estos principios éticos y de conducta (art. 31.4

<sup>46</sup> Un estudio más desarrollado de los aspectos conceptuales en Ponce Solé (2019, pp. 64-116).

<sup>47</sup> Es importante tener en cuenta lo dispuesto en el art. 25 LTBG, cuyo apdo. 2 dispone que el título II relativo al buen gobierno es aplicable en su totalidad a los altos cargos autonómicos y locales. Luego, la norma extremeña será de aplicación sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación básica estatal.

<sup>48</sup> También deben tenerse en cuenta los principios generales del art. 4. l) (integridad, responsabilidad y rendición de cuentas), y m) (respeto del código de conducta).

<sup>49</sup> Es el caso, entre otros, de las obligaciones impuestas a los diputados de la Asamblea de Extremadura en materia de declaraciones de actividades, bienes, derechos e intereses (art. 33 LGAEX).

LGAEX). El último «informe» (no debería llamarse así, pues su naturaleza se asemeja más a una declaración responsable) publicado en el Portal de Transparencia de la Junta de Extremadura dedica solo dos páginas llenas de generalidades y autoafirmaciones sin fundamento para justificar que se cumple con tal obligación<sup>50</sup>.

El documento no aporta ni un solo dato que determine el grado de cumplimiento ni arroja luz sobre la metodología utilizada para llevar a cabo las evaluaciones. De hecho, todos los informes publicados en el Portal de Transparencia de la Junta de Extremadura son prácticamente idénticos e indican un grado del 100% de cumplimiento. En otras palabras, podría decirse que nos encontramos ante una Administración perfecta e inmaculada desde una dimensión ética y/o comportamental. Sin tacha. Algo teóricamente imposible. Para evitar este tipo de actuaciones ajenas totalmente al espíritu de la ley sería adecuado establecer índices y métodos de evaluación basados en criterios objetivos<sup>51</sup>. Solo así podremos saber de forma precisa cual es el grado de cumplimiento de los principios de buen gobierno. Finalmente, por lo que respecta al ámbito de competencias de la Administración local, las entidades locales pueden elaborar su propio código o adherirse al Código del Buen Gobierno Local de la Federación Española de Municipios y Provincias<sup>52</sup>.

### 7.3. Los códigos de conducta de los empleados públicos

Mientras el ámbito subjetivo de aplicación de los principios de buen gobierno se limita a los miembros del Gobierno o Consejo de Gobierno y a los altos cargos, los códigos de conducta tienen por destinatarios a los empleados públicos en general (funcionarios y personal laboral).

Con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se introdujo por primera vez en una norma estatal de carácter básico una regulación general de los deberes éticos de los empleados públicos de todas las Administraciones. A tenor de lo expuesto por el legislador en el preámbulo de la ley, la finalidad de su inclusión fue pedagógica y orientadora, además de constituir un límite a las actividades lícitas que puede acarrear consecuencias disciplinarias.

Actualmente, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) articula un código de conducta mediante la configuración de unos principios éticos (art. 53 EBEP) y de conducta (art. 54 EBEP). Más allá del deber moral de respetar estos principios, los empleados públicos deben modular también su actuación con arreglo a una lista de principios inspiradores previstos en el art. 52.1 EBEP<sup>53</sup>.

En cuanto a la regulación de los principios éticos y de conducta por parte de legislador extremeño, la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura remite en bloque a lo dispuesto en los arts. 53 y 54 EBEP (art. 67.1 LFPEX)<sup>54</sup>. Asimismo, el art. 67.3 LFPEX prevé la posibilidad de que los órganos competentes de las Administraciones públicas autonómicas aprueben códigos de conducta específicos para colectivos de empleados públicos cuando así se requiera por la peculiaridad de sus servicios. Este marco es aplicable tanto a los empleados públicos de la Junta de Extremadura como al personal al servicio de las entidades locales [ex art. 3.1. a) y b) LFPEX y 2.1. b) y c) EBEP].

<sup>50</sup> Puede accederse al informe del año 2022 en el siguiente enlace: [http://gobiernoabierto.juntaex.es//transparencia/filescms/web/uploaded\\_files/CodigoEtico/2022/Anexo\\_VII\\_2022.pdf](http://gobiernoabierto.juntaex.es//transparencia/filescms/web/uploaded_files/CodigoEtico/2022/Anexo_VII_2022.pdf)

<sup>51</sup> Así lo hace el Sindic de Greuges desde hace algunos años en el Informe sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En el estudio se utilizan técnicas cuantitativas basadas en datos aportados por el sector público para medir el grado de cumplimiento. También se emplea una técnica denominada del «solicitante oculto». El informe analiza una ingente cantidad de datos como, por ejemplo, el número de expedientes sancionadores vinculados a incumplimientos de la ley de transparencia o los relativos a los gastos protocolarios o de representación de los cargos públicos. Dicho esto, los resultados de los últimos informes evidencian la necesidad de articular un régimen sancionador que garantice la efectividad y aplicabilidad de la ley.

<sup>52</sup> El Código del Buen Gobierno Local de la FEMP es una herramienta destinada a introducir la ética en el ámbito local, que recoge las líneas estratégicas para una correcta gestión pública local. Se articula en torno a los siguientes ejes: estándares de conducta para la mejora de la democracia local; compromisos éticos en materia de conflictos de intereses, régimen de incompatibilidades y retribuciones; relaciones entre cargos electos y empleados públicos y relaciones entre cargos electos y empleados públicos.

<sup>53</sup> El art. 53 EBEP establece que «los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes».

<sup>54</sup> Técnica esta empleada también por el legislador andaluz en el art. 33 Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía. Otras comunidades, como Galicia, han optado por la técnica *leges repetitae*, reproduciendo íntegramente los principios éticos y de conducta en el articulado de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia.

Empero, más allá del mandato legal del art. 52.2 EBEP que obliga a que los principios recogidos en el Capítulo VI sean tenidos en cuenta en la interpretación y aplicación del régimen disciplinario, consideramos que la utilidad práctica de los códigos de conducta es mínima. Primero, porque como ya señalamos anteriormente en relación con los principios de buen gobierno, la inclusión en una norma jurídica de unos principios éticos no exigibles resulta fútil, salvo que la voluntad real del legislador no sea la de orientar la conducta del empleado (efectos *ad intra*), sino simplemente generar una sensación de confianza en el ciudadano (efectos *ad extra*). Y segundo, porque la mayoría de estos principios en realidad ya están previstos en nuestro ordenamiento jurídico y son plenamente aplicables, lo que los convierte en redundantes e innecesarios.

Así, ¿acaso es una cuestión de principios éticos el acatamiento de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico?<sup>55</sup> No, es una obligación impuesta a la Administración por los arts. 9.1. CE y 103 CE. ¿No deben abstenerse ya los empleados públicos por imperativo legal de todo asunto en el que tenga un interés personal?<sup>56</sup> Podríamos seguir razonando uno por uno cada principio y en casi todos encontraríamos un fundamento que obliga al funcionario o al personal laboral a comportarse conforme a tal conducta, ya sea en la Constitución<sup>57</sup>, en el ordenamiento jurídico-administrativo o en el ordenamiento penal o laboral.

Es cierto que los códigos de conducta promueven los valores éticos y normas de conducta que han de guiar la actuación de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo. Ahora bien, a nuestro juicio su uso en el ámbito del sector público tiene poca eficacia práctica<sup>58</sup>. Y ello porque la mayoría de comportamientos denominados como «principios éticos y de conducta» constituyen, en puridad, verdaderas obligaciones para los empleados públicos. De lo expuesto, consideramos que la regulación de códigos de conducta que regulen comportamientos éticos en sentido estricto (es decir, no exigibles ni vinculantes) deberían quedar extramuros de una norma jurídico-administrativa con eficacia *ad extra*, ya tenga fuerza de ley o rango reglamentario<sup>59</sup>.

## 8. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Fruto de la investigación realizada hemos llegado a los siguientes resultados:

*Primero.* El título competencial que habilita al Estado para regular las bases del procedimiento administrativo en materia de transparencia, derecho de acceso y buen gobierno es el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE. Tanto el 149.1.1.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> han quedado, en principio, desplazados por la doctrina constitucional. No obstante, la formulación genérica e imprecisa de la disposición final octava exige una reforma en la que el legislador concrete de forma específica los preceptos que tengan naturaleza básica y el título competencial en el que se amparan.

*Segundo.* El derecho de acceso a la información pública emana del art. 105. b) CE y no tiene carácter iusfundamental, a tenor de lo sentado por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo. Ahora bien, consideramos que, en aras de la seguridad jurídica, convendría llevar a cabo una reforma legislativa que tenga en cuenta la especialidad del régimen de acceso a la información de los cargos electos, a fin de integrar la doctrina jurisprudencial en la legislación.

En relación con el derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1. d) CE, la jurisprudencia entiende que no presta cobertura normativa al derecho de acceso. Ante eventuales conflictos, el art. 20.1.d) CE se tendrá en cuenta a efectos de ponderación, pero no puede ser interpretado como un derecho absoluto que deba prevalecer en todo caso cuando colisione con otros límites legales o constitucionales. Alguna legislación autonómica, como la extremeña, ha incluido expresamente la libertad de información como parámetro a tener en cuenta en el juicio ponderativo a realizar con la finalidad de aplicar los límites. Pese a no tener carácter iusfundamental, creemos que sería beneficioso para nuestro sistema democrático

<sup>55</sup> Art. 53.1 EBEP.

<sup>56</sup> Art. 53.5 EBEP.

<sup>57</sup> En términos similares se pronuncia Darnaculleta Gardella (2020, p. 67) cuando concluye que «la regeneración de lo público no requiere más valores que los que ya están incluidos en la Constitución».

<sup>58</sup> Con excepción de las entidades públicas empresariales o sociedades públicas que se rijan por el derecho privado.

<sup>59</sup> Entendemos que sería más adecuado regular los códigos de conducta a través de otros instrumentos como las circulares o instrucciones. En términos parecidos se ha pronunciado la Sala Tercera de forma indirecta, al afirmar que la regulación de los códigos de conducta en normas reglamentarias «es una técnica legislativa no muy satisfactoria» (STS 403/2023, de 27 de marzo, FJ 6, ECLI:ES:TS:2023:990).

regular mediante ley orgánica un régimen especial de acceso a la información cuando el sujeto solicitante desempeñe un papel relevante en la formación de la opinión pública o represente intereses colectivos.

*Tercero.* El alcance del apartado segundo de la disposición adicional primera LTBG permite que en aquellas regulaciones especiales en las que no se haya previsto un recurso de alzada pueda formularse la reclamación del art. 24 LTBG, ya sea contra la resolución que deniega el derecho de acceso o contra la que desestime el recurso de reposición interpuesto contra la resolución. En palabras del TS, se permite la coexistencia del recurso de reposición con la reclamación. En aras de la seguridad jurídica, vemos necesaria una reforma de la legislación básica estatal que extienda la reclamación de forma expresa a todos los regímenes especiales, con independencia de la naturaleza del recurso.

*Cuarto.* En aquellos supuestos en los que la normativa autonómica no haya regulado algunas de las cuestiones consideradas básicas por la legislación estatal, se deberá realizar una interpretación integradora conforme al art. 149.3 CE. Empero, no en virtud de la cláusula de supletoriedad, sino de la cláusula de prevalencia. La legislación básica es directamente aplicable y no actúa con carácter supletorio. El operador jurídico primario, a tenor de la jurisprudencia constitucional, debe desplazar la norma autonómica que contradiga las bases estatales. La técnica del legislador autonómico basada en la reproducción literal de la normativa básica (*leges repetitae*) puede ser admisible por motivos varios (v.g., para dotar de coherencia al texto). Ahora bien, la reiteración no puede en ningún caso alterar las bases. Tampoco puede hacerse de forma fragmentada. En definitiva, si se utiliza esta técnica, la norma autonómica deberá ser fiel reflejo de la norma estatal.

*Quinto.* El derecho de acceso a la información pública de los cargos electos de las corporaciones locales, al tener un carácter instrumental destinado a garantizar la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos, goza de un nivel distinto de protección que el derecho genérico de acceso del art. 105 b) CE. Así, el acceso a la información de los cargos electos locales constituye una manifestación del derecho fundamental a la participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23 CE). En cuanto a la cuestión de si la LBRL y el ROF establecen un procedimiento especial de acceso a la información pública que excluya la aplicación de la LTBG, el Tribunal Supremo ha ratificado que la regulación específica contemplada en la normativa de régimen local se aplica de manera preferente sobre la normativa de la LTBG. Sin embargo, esta última no queda excluida, sino que se aplicará de forma supletoria.

*Sexto.* El legislador extremeño ha previsto un plazo de resolución más amplio en comparación con el establecido a nivel estatal. A nuestro juicio, y teniendo en cuenta la doctrina constitucional que declaró que el sentido del silencio tiene carácter básico, el art. 24 de la LGAEX podría incurrir en una tacha de inconstitucionalidad mediata al vulnerar indirectamente el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE. Concluimos, pues, que toda aquella normativa autonómica que regule aspectos referentes al iter procedimental deberá ceñirse a lo dispuesto por la normativa básica estatal.

*Séptimo.* La complejidad del derecho a una buena administración deriva de su naturaleza diversa y elástica. Mientras que en la Unión Europea se ha configurado como un derecho fundamental y forma parte del derecho originario, a nivel estatal sigue siendo considerado como un derecho subjetivo-valor-principio construido por la vía pretoriana. En la esfera autonómica, son varias las comunidades autónomas que han configurado el derecho a una buena administración como un auténtico derecho subjetivo. Tras finalizar la investigación concluimos que el legislador estatal debería reconocer expresamente el derecho a una buena administración en la LPAC, a fin de evitar interpretaciones judiciales demasiado amplias que puedan comprometer la seguridad jurídica.

*Octavo.* La regulación extremeña en materia de transparencia y buen gobierno adolece de múltiples defectos que deben corregirse. Así, existe una situación de dispersión normativa innecesaria que atenta contra los principios de buena regulación y calidad normativa. Tras la investigación consideramos que sería recomendable realizar una refundición que ponga fin al uso abusivo de las disposiciones adicionales y dote al régimen de transparencia extremeño de una sistematización clara y coherente.

*Noveno.* La juridificación de los principios de buen gobierno y los códigos de conducta no es la técnica más apropiada y supone una muestra clara de motorización legislativa. Primero, porque si son éticos son inexigibles. Segundo, y más importante, porque la mayoría son obligaciones que ya vienen impuestas por una norma jurídica previa o incluso por el propio régimen sancionador de la ley de transparencia estatal y autonómica. Ergo, elevarlos a rango de ley o reglamentario solo contribuye a alimentar a ese gran monstruo llamado hipertrofia normativa. Concluimos, pues, que tanto los principios de buen gobierno como los códigos de conducta deberían quedar al margen del ordenamiento jurídico-administrativo. Una regulación

de estos a través de otros instrumentos como las instrucciones o las circulares sería más respetuosa con la naturaleza de este tipo de reglas comportamentales.

*Décimo.* Finalmente, por lo que atañe al grado de cumplimiento de los principios de buen gobierno, debemos denunciar tanto las malas prácticas de alguna Administración en la elaboración de los informes sobre la materia como la ausencia de evaluaciones obligatorias basadas en criterios metodológicos empíricos. El caso de la Junta de Extremadura es paradigmático, pues cumple un mandato legal a través de un mal llamado informe que no aporta ni un solo dato que justifique su cumplimiento real. Así, consideramos que debería llevarse a cabo una reforma de la legislación básica estatal que incluya una evaluación obligatoria y rigurosa dirigida a determinar el grado de cumplimiento, no solo de los principios de buen gobierno y de conducta, sino de toda la normativa de transparencia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez García, V. y Tahirí Moreno, J. (2023). La regulación de la inteligencia artificial en Europa a través de la técnica armonizadora del nuevo enfoque. *Revista General de Derecho Administrativo*, (63). [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=426000](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=426000)
- Barrero Rodríguez, C. (2017). Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información; en particular, la doctrina de las autoridades independientes de transparencia. *Revista General de Derecho Administrativo*, (46). [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=419188](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419188)
- Barrero Rodríguez, C. (2018). El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia. *Dilemata* [ejemplar dedicado a: El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho], (27), 221-244. <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000223>
- Boix Palop, A. y Soriano Arnanz, A. (2023). Transparencia y control del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas. En F. Balaguer Callejón y L. Cotino Hueso (coords.), *Derecho público de la inteligencia artificial* (pp. 247-283). Fundación Manuel Giménez Abad. [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27\\_10\\_andres\\_boix\\_alba\\_soriano\\_es\\_o.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_10_andres_boix_alba_soriano_es_o.pdf)
- Cotino Hueso, L. (2019). Criterios relevantes e innovadores del Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana. *Revista Española de la Transparencia*, (9), 39-69. <https://doi.org/10.51915/ret.57>
- Cotino Hueso, L. (2023). Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida. *Revista Española de Transparencia*, (16), 17-63. <https://doi.org/10.51915/ret.272>
- Cotino Hueso, L., Boix Palop, A., Castellanos Claramunt, J., Palma Ortigosa, A. y Soriano Arnanz, A. (2023). *La implantación de la transparencia algorítmica. Informe para la implantación del registro de algoritmos públicos y el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa de la Ley 1/2022 valenciana de transparencia*. Universidad de Valencia. [https://www.uv.es/cotino/publicaciones/informe\\_gvav3logos.pdf](https://www.uv.es/cotino/publicaciones/informe_gvav3logos.pdf)
- Darnaculleta Gardella, M. M. (2020). Ética pública y derecho administrativo en la era de la posverdad. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, (1), 41-74. [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_1\\_2020\\_23](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_23)
- Escanilla Pallás, J. M. (2006). Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. Derecho de acceso a la documentación. Su dimensión práctica. *Revista Vasca de Administración Pública*, (76), 271-326. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.76.2006.08>
- Fernández Farreres, G. (2020). *Recurso administrativo y ejecutoriedad del acto recurrido: (comentario a la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, R. C. 5751/2017)*. Asociación Española de Profesores/as de Derecho Administrativo. <https://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2899-Recurso-administrativo-y-ejecutoriedad-del-acto-recurrido.aspx>
- Fernández Ramos, S. (1997). *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Marcial Pons.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo* (vol. 1, 20.ª ed.). Civitas.
- Gifreu Font, J. (2016). La configuración del derecho de acceso a la información pública de los electos locales en el marco de la normativa sobre transparencia. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (181), 147-189.
- Gómez Díaz, A. B. (2024). ¿Para qué sirve la buena administración? Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, (223), 181-214. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.223.07>
- Guichot Reina, E. (2014). El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En E. Guichot Reina (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (pp. 17-34). Tecnos.
- Guichot Reina, E. (2019). Nuevos retos de la transparencia. *Cuadernos de Derecho Local*, (49), 12-31.
- Guichot Reina, E. (2022). La competencia de las autoridades de transparencia para conocer de las reclamaciones contra resoluciones que aplican regímenes especiales de acceso a la información: La luz al final del túnel. *Revista Española de Transparencia*, (15), 17-33. <https://doi.org/10.51915/ret.246>
- Guichot Reina, E. y Barrero Rodríguez, C. (2021). *El derecho de acceso a la información pública* (1.ª ed.). Tirant lo Blanch.

- Guichot Reina, E. y Barrero Rodríguez, C. (2024). *El derecho de acceso a la información pública* (2.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Martín Delgado, I. (2021). Los límites efectivos al derecho de acceso. En L. Cotino Hueso y A. Boix Palop (coords.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 65-98). Tirant lo Blanch.
- Martín Rebollo, L. (2020). Buena administración. En B. Pendás García (ed. lit.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Ciencias Políticas y Jurídicas* (pp. 568-570). Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Boletín Oficial del Estado.
- Meilán Gil, J. L. (2013). El paradigma de la buena administración. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (17), 233-257. <http://hdl.handle.net/2183/12531>
- Menéndez Sebastián, E. M. (2021). *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en Estado social y democrático de Derecho*. Marcial Pons.
- Mestre Delgado, J. F. (1993). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Civitas.
- Mestre Delgado, J. F. (2018). Artículo 105. En M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), E. Arnaldo Alcubilla y J. Remón Peñalver (eds. lit.) y M. Pérez Manzano e I. Borrajo Iniesta (coords.), *Comentarios a la Constitución Española* (pp. 487-501). BOE y Wolters-Kluwer.
- Mir Puigpelat, O. (2017). L'accés a la informació pública en la legislació espanyola de transparència: crònica d'un canvi de paradigma. *Revista Catalana De Dret Públic*, (55), 48-66. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3018>
- Ponce Solé, J. (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Editorial Universidad de Alcalá.
- Ponce Solé, J. (2023). El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la sentencia de la sala 3.ª del tribunal supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017. *Revista de Administración Pública*, (221), 163-182. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.06>
- Rey Martínez, F. (2014). Quod omnes tangit ab ómnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. *Revista jurídica de Castilla y León*, (33). <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284319297625/Redaccion>
- Rodríguez Arana, J. (2010). El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea. *Revista Galega de Administración Pública*, 1(40), 233-263. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/2869>
- Rodríguez Arana, J. (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6(6), 23-56. <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>
- Schmidt-Assmann, E. (2021). *La dogmática del derecho administrativo* (1.ª ed.). Global Law Press.
- Tahirí Moreno, J. A. (2023). El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables. Una nueva garantía jurídica frente a las decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la administración pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (60), 188-214.
- Tahirí Moreno, J. A. (2024). Una panorámica de los sistemas de inteligencia artificial desde la perspectiva del derecho administrativo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (61), 137-168.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES  
Recibido: 22-04-2024  
Modificado: 11-07-2024  
Aceptado: 04-09-2024  
Publicación anticipada: 09-10-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11372>  
Páginas: 118-136

Referencia: Segura Martínez, A. (2024). Los criterios sujetos a juicio de valor. El caballo de Troya de la contratación pública. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 118-136. <https://doi.org/10.24965/reala.11372>

## Los criterios sujetos a juicio de valor. El caballo de Troya de la contratación pública

### *The criteria subject to judgment of value; the Trojan Horse of public procurement*

Segura Martínez, Antonio  
Ayuntamiento de Puerto Lumbreras (España – Spain)  
[antonio\\_segura\\_@hotmail.com](mailto:antonio_segura_@hotmail.com)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho. Secretario de la Administración Local, categoría de entrada. Máster en Dirección Pública Local (Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional). Máster en Derecho y Administración Local (Universidad de Almería y Burgos). Experto en Contratos del Sector Público (Universidad de Deusto).

#### RESUMEN

**Objetivos:** este artículo lleva a cabo una reflexión sobre el alcance actual de los criterios sujetos a juicio de valor en nuestro marco público de contratación, para lo cual analizaremos los diferentes aspectos que envuelven a los criterios subjetivos. **Metodología:** la habitual en los estudios jurídicos, con manejo del derecho positivo, la doctrina científica, las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales y la jurisprudencia. **Resultados:** la raquítica y desarmonizada regulación que de los mismos realiza la actual ley de contratos, convierte a los criterios sujetos a juicio de valor, con más asiduidad de la deseada, en un artefacto jurídico maleable y arbitrario. **Conclusiones:** inferimos la necesidad de acometer un proceso de reforma de los criterios sujetos a juicio de valor que, sin implicar un cambio disruptivo que comprometa la esencia de los mismos, permita una mejora normativa que garantice un adecuado equilibrio entre su utilización con un terreno de juego marcado y abonado por la certidumbre en el que deben desenvolverse todos los operadores económicos, dando lugar a la configuración de un marco jurídico claro y seguro.

#### PALABRAS CLAVE

Contratos públicos; criterios subjetivos; criterios sujetos a juicio de valor; discrecionalidad técnica; motivación; arbitrariedad.

#### ABSTRACT

**Objectives:** This article aims to carry out a reflection on the current scope of the criteria subject to value judgment in our public contracting framework, for which we will analyze the different aspects that involve subjective criteria. **Methodology:** The usual one in legal studies, with handling of positive law, scientific doctrine, resolutions of contractual appeals courts and jurisprudence. **Results:** The rickety and disharmonized regulation that the current Contract Law makes of them, turns the criteria subject to value judgment, with more assiduity than desired, into a malleable and arbitrary legal artifact. **Conclusions:** We infer the need to undertake a process of reform of the criteria subject to value judgment that, without implying a disruptive change that compromises the loss of their essence, allows a regulatory improvement that guarantees an adequate balance between their use with a playing field marked and fertilized by certainty in which all economic operators must operate, giving rise to the configuration of a clear and secure legal framework.

#### KEYWORDS

Public contracts; subjective criteria; criteria subject to value judgment; technical discretion; motivation; arbitrariness.

## SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. CARACTERIZACION Y REGULACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; MÁS INTUICIÓN QUE INFORMACIÓN. 2.1. CARACTERISTICAS DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 2.2. REGULACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 2.3. NIVEL DE CONCRECIÓN DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR EN LOS PLIEGOS. 3. DISCRECIONALIDAD TECNICA EN MATERIA DE CONTRATACION PUBLICA; LA MOTIVACION COMO BARRERA DE CONTENCIÓN. 3.1. LA DISCRECIONALIDAD TECNICA. 3.2. LA MOTIVACION DE LA VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 4. EL INFORME DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL ORIGEN DE LA CUESTION. 4.1. CONDICIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ DEL INFORME. 4.2. COMPETENCIA PARA SU EMISION. 5. FASE DE VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL DIABOLICO UMBRAL MINIMO. 5.1. SEPARACION DE LAS FASES DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS. 5.2. EL UMBRAL MINIMO DE CUMPLIMIENTO DE CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 6. IMPUGNACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; CONSECUENCIAS PERVERSAS DERIVADAS DE LA MISMA. 6.1. IMPUGNACION DEL ACTO DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR. 6.2. EFECTOS DE LA ESTIMACION DE LA IMPUGNACION. 7. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCION

El caballo de Troya ha sido (y sigue siendo) uno de los mitos más célebres de la historia de humanidad, una argucia ideada por el astuto Ulises allá por el 1124 a.C. y que en la Edad Contemporánea se emplea como metáfora recurrente para describir una situación en la que un elemento aparentemente positivo se torna en vehículo de destrucción para quien lo recibe, un acto de engaño que bajo el paraguas de la buena fe y la confianza produce el efecto perverso de traicionar a quien abre las puertas de manera amistosa para finalmente tomar el control de la situación. No es casualidad que tal metáfora fuera utilizada por Hans Huber (1953) para definir la discrecionalidad, nada más y nada menos, como «el caballo de Troya dentro del Estado de derecho», expresión que bien podríamos hacer extensible a los criterios sujetos a juicio de valor (cuyo establecimiento y valoración se incardinan dentro de la discrecionalidad técnica) y de la que tomamos por título del presente artículo.

Efectivamente, la discrecionalidad técnica tiene esa capacidad de supervivencia propia de una mala hierba, con una sutileza imperceptible penetra en el sistema hasta apoderarse de él, expandiéndose sigilosamente, tomando el mayor de los protagonismos hasta el punto de ser decisiva, situación que se produce actualmente en la contratación pública española.

Tal problemática siempre ha existido, pero observamos (con cierta preocupación) cómo su carácter decisivo se ha agudizado debido a las circunstancias empresariales actuales. No podemos pasar por alto que el encarecimiento de los costes financieros, la subida de las materias primas, las crisis producidas en el sector logístico, la contención de la demanda y, en general, la situación de incertidumbre económica hacen inevitablemente que el tejido empresarial absorba el impacto de tales costes mediante la reducción de sus márgenes comerciales, lo que hace que las ofertas se ajusten cada vez más y que lo verdaderamente decisivo (en una gran parte de las licitaciones) sean los aspectos subjetivos de la misma debido a que los objetivos (con el precio como máximo exponente) se mueven en unos márgenes apreciativos mínimos. Y es ahí donde los criterios sujetos a juicio de valor encuentran el caldo de cultivo idóneo para convertirse en un artefacto jurídico maleable y en más ocasiones de las deseadas arbitrario.

Sería un grave error conceptualizar los criterios sujetos a juicios de valor de forma romántica (más aún de forma simplista como lo hace la actual ley), considerando que los mismos generaran una valoración armónicamente equilibrada exenta de perturbaciones y prejuicios propios de quien será evaluador de los mismos. En efecto, cada uno ve la realidad y aplica los resultados valorativos desde la óptica de sus experiencias y conocimientos, sujetos al tamiz de los sesgos cognitivos inherentes a la condición humana. Las valoraciones valen lo que valen las razones con las que sus autores las respalden y es que ¿es justo que la valoración resultante de los criterios sujetos a juicios de valor dependa del técnico al que se le asigne la referida tarea? ¿Acaso son más validas que las razones que pudiera aportar otro técnico al que se le hubiera encargado la valoración de tales criterios? La contratación pública es algo muy serio para que la contestación a tales preguntas aplique la misma lógica que el cubo de Rubik, en la que baste un cambio de perspectiva para que cambie el resultado.

Lo que pretendemos denunciar no es el resultado de su existencia inalterable a lo largo de nuestro marco legislativo, que también, sino su completo carácter decisivo, erigiéndose como uno de los aspectos más oscuros o ambivalentes de la contratación pública española, y es que, siguiendo a Dworkin (1984), que definió la discrecionalidad como «el agujero de una rosquilla», vemos con inquietud cómo a través de ese agujero se están colando la mayor parte de los resultados licitatorios en nuestro país, generando de esta forma una innegable inseguridad jurídica que compromete muy seriamente los principios sagrados de igualdad, transparencia y competencia efectiva que han de regir toda licitación pública.

Sobre la base de tales premisas, y bajo una perspectiva crítica que nos acompañara a lo largo del presente artículo, pasaremos a analizar los diferentes aspectos que envuelven a los criterios sujetos a juicio de valor, pasando desde su (escasa) regulación positiva hasta su (todavía más escaso) tratamiento jurisprudencial y doctrinal, las dificultades derivadas de su impugnación y el contenido y requisitos del informe objeto de la misma, para terminar esbozando una serie de propuestas que podrían contribuir a compatibilizar un adecuado equilibrio entre su utilización y el respecto a los principios rectores de toda licitación pública.

## **2. CARACTERIZACION Y REGULACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; MÁS INTUICIÓN QUE INFORMACIÓN**

### **2.1. Características de los criterios sujetos a juicio de valor**

Los criterios sujetos a juicios de valor se definen por oposición a los criterios objetivos, de tal forma que son criterios sometidos a juicio de valor todos aquellos que no son susceptibles de cuantificación mediante la mera aplicación de una fórmula o resultado matemático. Dicho de otro modo, todos aquellos que no se hallan impregnados de automatismo son juicios de valor. Por consiguiente, la nota característica de los mismos es que son susceptibles de diferentes enfoques y precisamente es lo que les diferencia de los criterios de adjudicación objetivos, respecto de los cuales no cabe valoración alguna, cuya aplicación no deja margen alguno a la subjetividad. En efecto, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, que lleva implícito un margen apreciativo en la valoración técnica singularizada de una parte de la oferta presentada por cada licitador, no mensurable con una inequívoca exactitud científica susceptibles de ser contrastada numéricamente.

Resta decir que, aunque dicha subjetividad sea inherente a cualquier criterio que dependa de un juicio de valor, no debe confundirnos (como más adelante desarrollaremos) con la atribución en tal valoración de una carta en blanco para sobrepasar los límites a los que este tipo de criterios se someten, y es que como señala la Resolución núm. 1065/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: «(...) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica».

### **2.2. Regulación de los criterios sujetos a juicio de valor**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), pese al derroche normativo que presenta, con más caracteres (que no artículos) que el propio Código Civil, y no digamos que el Código Penal, apenas dedica de forma raquítica y con cierta desarmonía nueve referencias a los criterios sujetos a juicio de valor, a saber:

- Art. 63.3.e). Determina que el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante.
- Art. 63.5. Establece que la designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor deberán ser igualmente objeto de publicación en el perfil de contratante.
- Art. 146.2. De especial relevancia resulta este artículo en el que, además de consagrar la preponderancia de aquellos criterios de adjudicación que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes

obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas, determina las siguientes reglas con respecto a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor:

- En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas, o bien encomendar esta tarea a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. En relación a esta cuestión, téngase en cuenta la previsión contenida en el apartado 8 de la disposición adicional segunda de la LCSP, referente al comité de expertos en el ámbito local, de acuerdo con la cual podrá estar integrado por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, para terminar añadiendo la preceptiva presencia en el citado órgano de un técnico jurista especializado en contratación pública.
- En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que se consideren precisos de conformidad con lo previsto en el art. 150.1<sup>1</sup> y art. 157.5<sup>2</sup> de la LCSP.
- Art. 157.2. Determina la regla procedimental conforme a la cual los licitadores deberán presentar su proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.
- Art. 159.1.b). Analiza la posibilidad de que se utilice un procedimiento abierto simplificado cuando se cumplan, además de los límites económicos descritos en la letra a) del citado artículo, que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total.

No hace falta ser un experto en contratación pública para darse cuenta de que la regulación empleada por la ley es a todas luces insuficiente, vaga y falta de precisión. La LCSP comete su pecado capital en la poca compensación que ofrece entre el exceso de regulación en muchos aspectos y el poco celo, meticulosidad y diligencia que emplea en la cuestión que ahora nos ocupa. Es bien sabido por todos los operadores jurídicos que el exceso de derecho trae consigo su inoperatividad, pero una carencia normativa genera un caos que se sitúan en las antípodas de la seguridad jurídica. En el derecho como en la vida, la virtud está en el punto medio, y para alcanzar ese punto medio resulta necesario un desarrollo normativo más profundo que permita juridificar aspectos demasiado amplios y abiertos, de manera que sitúen a los criterios sujetos a juicio de valor en ese adecuado equilibrio entre el exceso y el defecto regulatorio.

### 2.3. Nivel de concreción de los criterios sujetos a juicio de valor en los pliegos

El análisis del presente apartado debe partir de lo dispuesto en el art. 145.5, apartados b) y c), de la LCSP, conforme al cual los criterios de adjudicación:

- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

<sup>1</sup> «Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes».

<sup>2</sup> «Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego».

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

Esta previsión incorpora el contenido del art. 67.4 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, estableciendo que la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores exige que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor precisen y detallen los aspectos sujetos a evaluación así como las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no puedan otorgar al mismo una libertad de decisión ilimitada.

Efectivamente, la correcta determinación y concreción en los pliegos de todos los extremos sobre los que se realizara el posterior proceso valorativo constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad. El principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

Sin embargo, podemos observar cómo a menudo los criterios sujetos a juicio de valor figuran en los pliegos con una formulación excesivamente genérica e imprecisa, sin que se determinen claramente qué aspectos se van a valorar más allá de su enumeración, aumentando irrazonablemente el margen de discrecionalidad del órgano evaluador, lo que acrecienta la inseguridad jurídica de los licitadores a la hora de preparar sus ofertas.

Lo anterior conduce en muchas ocasiones a que se establezca ex profeso subcriterios de ponderación de las ofertas no previstos en los pliegos que rigen la licitación. En este sentido existe una consolidada doctrina que señala que una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los participantes. Esto es, los criterios establecidos en los pliegos no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general<sup>3</sup>. No debemos olvidar que estamos ante un procedimiento competitivo y ante tal situación el órgano de valoración no puede alterar ni reinterpretar los criterios definidos en los pliegos, dando lugar a la fijación *ex post* de subcriterios ni reglas de ponderación sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores, poniendo en entredicho una competencia sana y efectiva en la licitación. El riesgo de ser una lista abierta a la inventiva de cada propuesta licitadora sería susceptible de brindar al órgano de valoración una libertad ilimitada para la emisión del juicio de valor y, con este, una libertad absoluta de elección entre las ofertas que se presenten<sup>4</sup>, proclive a determinar indefensión al resto de los participantes en la licitación.

En apoyo de tal tesis podemos traer a colación, por su claridad expositiva y recopilación de los pronunciamientos realizados hasta el momento, la Resolución núm. 302/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que establece lo siguiente:

Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, resultando de interés la doctrina sentada en la Resolución 317/2017, de 30 de junio de 2017, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos: «(...) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas».

También hemos indicado al respecto en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que: «(...) el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permi-

<sup>3</sup> Resolución núm. 301/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

<sup>4</sup> Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, *EVN y Wienstrom*.

tiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración».

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la temprana Resolución 139/2014, de 23 de junio, que «(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada». Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que: «Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática».

En el ámbito comunitario hemos de destacar la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto *Alexandroupolis y otros*, C-532/06 (ECLI:EU:C:2008:40), que determina: «45 (...) a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación». Ello, no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005, asunto C 331/04 (*ATI EAC y Viaggi di Maio*), cuyo apartado 32 dispone:

En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los arts. 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboro el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

En definitiva, los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en los pliegos, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración<sup>5</sup>, pues en otro caso, además de conculcarse la objetividad y transparencia que debe presidir la actuación del sector público, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello<sup>6</sup>, teniendo bien presente tal y como ha declarado en numerosas ocasiones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>7</sup> que «las cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contrarias a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho, porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta». Por consiguiente, el mencionado principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de

<sup>5</sup> Resolución núm. 923/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

<sup>6</sup> Resoluciones núm. 263/2011 y núm. 102/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

<sup>7</sup> Resoluciones núm. 69/2012 y núm. 207/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones<sup>8</sup>, sobre la base de elementos sólidos, evitándose en particular la vaguedad de su enunciado o la confusión.

### 3. DISCRECIONALIDAD TECNICA EN MATERIA DE CONTRATACION PUBLICA; LA MOTIVACION COMO BARRERA DE CONTENCIÓN

#### 3.1. La discrecionalidad técnica

El estudio de la discrecionalidad técnica siempre ha resultado interesante al saber administrativo. Mucho se ha dicho y escuchado sobre la discrecionalidad técnica en diferentes ámbitos del derecho administrativo y de manera principal en el acceso a la función pública. Sin embargo, podemos observar huérfana de desarrollo doctrinal la incidencia de tal concepto en la contratación pública. Resulta sorprendente cuando su impacto puede ser igual o mayor en el resultado de los procesos licitatorios que en los procesos selectivos descritos.

La discrecionalidad técnica es un concepto equívoco y muy controvertido, más aún cuando en la misma participa un juego de sumas como en el presente caso, ya que partimos de una doble discrecionalidad, la primera con respecto al establecimiento de los criterios de adjudicación<sup>9</sup> y la segunda con respecto a la valoración de estos, un doble juego de discrecionalidades altamente peligroso que se produce en los criterios sujetos a juicio de valor.

Pese a las dificultades que ofrece su concreta y correcta determinación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), define la discrecionalidad técnica de un modo plausible en los siguientes términos:

La discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción «iuris tantum» solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

Sentado lo anterior, podemos decir que es unánime la doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales y de los tribunales de justicia que señala que la valoración de las ofertas en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor constituye una manifestación particular de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. En este sentido, resulta de especial interés la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de diciembre de 2013 (rec.1649/2010), de acuerdo con la cual:

CUARTO.– La decisión a ese problema principal que ha sido apuntado pasa por examinar cuales son los cometidos que corresponden a las Mesas de Contratación y, más particularmente, qué finalidad o alcance ha de reconocerse a los asesoramientos técnicos que tales Mesas pueden recabar para el mejor desempeño de sus cometidos.

La doctrina de esta Sala, reflejada en la sentencia de 13 de marzo de 2013, Casación núm. 100/2011 (que cita varias anteriores, entre ellas dos de 28 de diciembre de 2012, Casacio-

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111.

<sup>9</sup> Sobre el ámbito de discrecionalidad del que goza el órgano de contratación en la definición del contrato se pronunció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución núm. 688/2015, manifestando que «la determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen».

nes 573/2011 y 4506/2011, y la de 11 de enero de 2013, casación 4506/2011), ha desarrollado, respecto de los cometidos y exigencias de las Mesas de Contratación, las siguientes ideas básicas:

1. La obligación de partir de lo que establece el art. 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], que claramente exige que en el procedimiento conste la concreta fundamentación que ha determinado la adjudicación del contrato:
2. «La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte».
3. La conveniencia también de señalar que los procedimientos de selección del contratista y adjudicación de los contratos del sector público hacen necesaria la realización de constataciones y calificaciones que, por requerir saberes especializados, son encuadrables en la denominada discrecionalidad técnica; que esto es lo que justifica que sea la Mesa de Contratación el órgano a quien se asigna la valoración de las ofertas, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a fin de seleccionar la más idónea; y que todo ello determina, así mismo, que esa valoración de la Mesa será la que constituirá el principal elemento de fundamentación de la adjudicación que finalmente se decida.

Por lo que respecta al ámbito propio de los tribunales contractuales, destacamos al respecto la Resolución núm. 329/2022, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública, afirmando con rotundidad que: «(...) se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012».

En consecuencia, hablar de discrecionalidad técnica y de valoración de criterios sujetos a juicio de valor es hablar de dos caras de una misma moneda, no se entienden la una sin la otra, y es que lo que hay entre ellas no es una relación interesada o sincera, de amor o de odio, es simplemente una relación de inmortalidad.

### **3.2. La motivación de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor**

La motivación de toda actuación administrativa no es un acto de cortesía por parte de la Administración, sino un deber legal para garantizar la interdicción de la arbitrariedad del poder público (art. 9.3 de la Constitución Española de 1978) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española de 1978).

Efectivamente, la motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado/a, y es que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia 5168/2006, de 27 de julio, recurso 2393/2003: «la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad (Sentencia de este Tribunal de 11 de junio de 1991), pues, en suma, la motivación de la decisión es el medio que hace posible diferenciar lo discrecional de lo arbitrario». En efecto, la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente. Así pues, la cuestión que se plantea es de vital importancia en materia de contratación pública, puesto que de la motivación de los criterios sujetos a juicio de valor dependerá el control que posteriormente puedan efectuar los tribunales<sup>10</sup>.

Por tanto, la motivación se vuelve trascendental cuando entra en juego la discrecionalidad técnica, y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984:

<sup>10</sup> En este sentido, la Sentencia del TJUE dictada en el asunto *Uniplex* (UK); C-406/08, de 28 de enero de 2010, EU:C:2010:45, ha señalado que «el candidato o licitador afectado por la exclusión solo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato».

(...) lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como *sit pro ratione voluntas*, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda, pormenorizada o exhaustiva de cada fundamento del acto de valoración, o se exige una determinada extensión, esto es, el deber de motivación no comparta exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de las cuestiones a decidir<sup>11</sup>, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, es decir, que las resoluciones den a conocer los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión<sup>12</sup> (o lo que es lo mismo su *ratio decidendi*), de forma que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en derecho le correspondan. A título meramente ejemplificativo puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1988, que dispone: «No cabe confundir la brevedad y concisión de los términos de un acuerdo administrativo con su falta de motivación; ésta queda cumplida con la referencia sucinta de hechos y fundamentos jurídicos, con la expresión de las razones y argumentos que determinan la adopción del acuerdo, para que el administrado pueda conocerlos y entablar los pertinentes recursos».

Entrando de lleno en el ámbito de la contratación pública, encontramos apoyo en la tesis necesaria de la motivación en el art. 151, apartado 1 y 2, de la LCSP, en los siguientes términos:

1. La resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.
2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del art. 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:
  - a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
  - b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el art. 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.
  - c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores.

Sentando lo anterior, y a pesar de las referencias positivas y jurisprudenciales descritas, el problema a mi juicio es cuando la motivación, aparentemente suficiente, se viste de burdos argumentos que no permiten la adecuada valoración de las calificaciones otorgadas, ni son explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales, incluyendo expresiones abstractas y estereotipadas, pero, aun así, no deja de ser una motivación que convierte al informe técnico de valoración en inatacable, lo que hace inevitable

<sup>11</sup> STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000.

<sup>12</sup> Resoluciones núm. 305/2011 y núm. 33/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

que nos venga a la cabeza la célebre frase atribuida a Platón: «La obra maestra de la injusticia es parecer justo sin serlo».

La motivación, a pesar de ser un requisito de índole formal y substantivo, presenta enormes limitaciones a la hora de garantizar la completa seguridad jurídica del procedimiento valorativo. Buena prueba de los límites inherentes a la motivación es la argumentación manifestada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015 (Roj 3391/2015), que con una evidente clarividencia determina «(...) la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica».

En definitiva, la motivación se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas. Sin embargo, la línea que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad siempre será de una delgadez que a veces la hace casi invisible, por muchas esperanzas que pongamos en la motivación; así, para el que resulte beneficiado por tales criterios, la valoración siempre estará revestida de todas las garantías y parabienes posibles de fondo y forma; por el contrario, para el que resulte perjudicado por los mismos, tal motivación siempre será insuficiente.

#### **4. EL INFORME DE VALORACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL ORIGEN DE LA CUESTION**

##### **4.1. Condiciones y requisitos de validez del informe**

Debemos recordar que los principios jurídicos que han de informar todo tipo de licitación son la publicidad, la competencia, la contradicción y la igualdad de oportunidades para con los licitadores, teniendo tales principios un contenido normativo inferido del análisis de los arts. 1.1 y 14 de la Constitución Española de 1978, de forma que la Administración no puede adjudicar el concurso a cualquiera que arbitrariamente estime pertinente, sino que ha de atenerse a la oferta más ventajosa mediante una adecuada formación de la voluntad del órgano, sustentada en el debido asesoramiento por el órgano técnico correspondiente. Y es aquí donde entran en juegos los informes técnicos que pretendemos analizar.

Tales informes tienen una presunción de acierto, veracidad y validez, apoyada sobre la cualificación técnica de quienes los emiten, lo cual supone, de facto, otorgar al evaluador una especie de inmunidad que convierte al técnico en infalible en dicha actividad y materia, dado que el análisis que subyace de la valoración comporta una actividad intelectual o tarea valorativa que implica un ejercicio de fe (que podríamos calificar de ciega) en tal cualificación, no solo ya por parte de todos los miembros de la mesa de contratación y el órgano de contratación, sino que incluso sobrepasa las fronteras de la Administración Pública para colarse en la *ratio decidendi* de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, como venimos sosteniendo, podemos observar como en la práctica el contenido del informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, no menciona pautas de ponderación ni regla alguna sobre cómo se distribuyen los puntos, limitándose a asignar puntos a cada oferta sin la más mínima explicación o exteriorización del razonamiento técnico que ha llevado a dicha atribución de puntuación, siendo necesario hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios.

En los actos discrecionales, al existir un mayor o menor margen de apreciación, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión<sup>13</sup>. El informe técnico ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto. Esto obliga a un esfuerzo de razonar las puntuaciones otorgadas a los criterios sujetos a juicio de valor que se utilizan para la adjudicación de los contratos, cuyo principio rector deber ser la averiguación o búsqueda de la mejor oferta real, pero, por desgracia, en tal valoración pueden influir condicionantes que contaminen tales intenciones, convirtiéndose más en una opinión personal, lo que hace que esos fundamentos sobre los que se asienta una presunción de acierto, excesivamente proteccionista con la validez del informe, nos parezcan excesivos.

<sup>13</sup> STS de 7 de febrero de 1987, Núm. 173.

Así pues, como apuntábamos anteriormente, en el término medio esta la virtud, y en algunas ocasiones el contenido de los informes técnicos puede pasar de plasmar una completa y sonrojante opinión personal a verse absorbidos por la plena objetividad en la valoración de los mismos. Es el caso de la situación analizada en la Resolución núm. 1160/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y que merece el reproche del tribunal al decir:

En el caso de la valoración efectuada por parte de la unidad informática, lo que hace es convertir un criterio que debía estar sujeto a juicio de valor en un criterio evaluable mediante fórmula, si bien usando una fórmula que ni estaba prevista en el pliego, ni permite ordenar proporcionalmente las ofertas. Efectivamente, si lo que se pretendía valorar era el número de elementos objeto de cesión, lo adecuado habría sido incorporar este criterio dentro del sobre relativo a los criterios evaluables mediante fórmula, estableciendo además la fórmula concreta a utilizar, fórmula que debería permitir asignar la máxima puntuación a quién mayor número de ítems ceda y a partir de ahí de forma proporcional en función del número ofrecido por cada licitador.

En similares circunstancias observamos la Resolución núm. 30/2023 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales Central, estableciendo:

(...) no cabe la incorporación de factores que han ser objeto de una valoración matemática en criterios dependientes de un juicio de valor. Lo correcto, a juicio de este Tribunal, habría sido desglosar la valoración del plan de comunicación en dos ámbitos, aquellos elementos del plan que pueden ser objeto de una valoración objetiva y aquellos otros que, por el contrario, requieren una valoración del órgano de contratación a fin de asignar una mayor o menor puntuación. Solo así se garantiza la imparcialidad y objetividad en la valoración determinante de la adjudicación del contrato, habida cuenta que se trata además de información que ha de contenerse en sobres distintos (...). Es por ello que procede estimar el segundo motivo de impugnación del recurso, pues nos encontramos ante un supuesto paradigmático, en el que incluye un parámetro («número de horas semanales»), claramente objetivo que pues la inclusión de elementos que son valorados mediante criterios objetivos o automáticos no puede incorporarse, ni aun de forma parcial, a la valoración dependiente de un juicio de valor, pues de ser así quebrarían los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de los licitadores que trata de garantizarse a través de la normativa reguladora del proceso de licitación pública.

En definitiva, los principios de defensa, igualdad e interdicción de la arbitrariedad como mandatos de obligado respeto por el técnico evaluador deberá presidir toda su actuación, por lo que en el citado informe habrán de expresarse los criterios, elementos de juicio o datos tenidos en cuenta para determinar el valor a que se refieren, respetando unos cánones mínimos de razonabilidad e incorporando necesariamente los siguientes aspectos<sup>14</sup>:

1. Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, dado que faltando una motivación que incluya tales elementos no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en todas las ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica, constatándose si ese mismo juicio fue o no igualitario.
2. Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico, con la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que estos merecen y la puntuación que en consecuencia corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos.
3. Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador sobre los demás.

Finalmente, decir que el citado informe de valoración, siempre que cumpla los condicionante anteriores, no es necesario que se sujete a un esquema formal concreto<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> STS de 24 de septiembre de 2014, recurso 1375/2013.

<sup>15</sup> Resolución núm. 72/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

## 4.2. Competencia para su emisión

Como observamos, el elevado componente técnico o especializado que subyace de la calificación de las condiciones de los licitadores para el específico objeto contractual hace que las valoraciones practicadas por la Administración deban ser emitidas por técnicos idóneos con acreditada capacidad intelectual de juzgar méritos científicos, técnicos o artísticos.

En este sentido, cobra una especial relevancia el denominado comité de expertos, que toma carta de naturaleza como órgano asesor en la contratación pública española, una apuesta decidida del legislador español por profesionalizar las diferentes fases de la contratación pública (Bejarano Lucas, 2021, pp. 38-53).

El comité de expertos ha de tener un marcado carácter técnico acreditado, pues de lo contrario perdería su razón de ser, cuya ausencia merece el reproche del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución núm. 195/2020, en los siguientes términos:

(...) el contenido del informe no denota la suficiencia del parecer de miembros expertos en la materia, ni da razón plena del proceso lógico y técnico determinante de la decisión, tampoco muestra de manera clara e inequívoca que el razonamiento que se ha seguido lo haya sido por técnicos expertos en el objeto de la licitación (...). En definitiva, la valoración realizada por el comité de expertos, en el supuesto aquí examinado, en relación con el objeto del contrato, no permite acreditar la cualificación apropiada exigible a sus miembros, pues tras el análisis efectuado del informe de valoración no es posible inferir del mismo que haya sido efectuado con suficiencia y solidez de conocimientos en los aspectos evaluables que constituye el objeto del presente contrato.

A mayor abundamiento, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe núm. 21/2009 determina:

La finalidad de esta nueva figura creada en la LCSP, que recordemos no está exigida por las directivas comunitarias, no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas, de manera que en los casos en que esta dependa mayoritariamente de juicios de valor y no de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, la valoración de los mismos recaerá no en la mesa de contratación sino en un grupo de personas expertas. Esta es la diferencia fundamental respecto de los miembros de la mesa de contratación que no tienen por qué ser expertos en la materia sobre la que versa la valoración.

Y en similar sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su Informe núm. 34/09 al indicar que:

(...) la ley indica que el mencionado comité ha de estar formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, está explícitamente requiriendo la independencia entre ambos órganos y su especial preparación técnica, de manera que la valoración de tales criterios no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiera deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...).

La intervención del comité de expertos entendemos que aporta una solidez en la defensa de los argumentos que nace de la fuerza colegiada del mismo, aportando una consensuada, meditada y discutida valoración que no ofrece la emisión del informe por un único técnico. Sin embargo, su preceptiva intervención estriba en un simple porcentaje, de tal forma que si el pliego prevé que un 50% de los criterios de adjudicación dependan de un juicio de valor no habrá de constituirse el comité de expertos, pero si los mismos alcanzan la cifra de 51% si será preceptiva su intervención, poca cintura ofrece la Ley siendo fácilmente superable por aquellos que utilizan la contratación pública como un subterfugio para satisfacer sus intereses particulares y no públicos.

En definitiva, resta decir que ya sea a través de la intervención colegiada mediante el comité de expertos o de forma individual, el técnico jamás podrá apartarse de la técnica que maneja porque, si llegara a hacerlo, dejaría de ser un técnico y se convertiría pura y simplemente en un político (Rivero Ysern y Rivero Ortega, 2012), pudiendo ser, incluso, constitutivo de una prevaricación administrativa.

## **5. FASE DE VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; EL DIABOLICO UMBRAL MINIMO**

### **5.1. Separación de las fases de valoración de los criterios subjetivos y objetivos**

Como anteriormente analizamos, el art. 157.2 de la LCSP dispone que los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Esta separación entre las dos fases de valoración, de suerte que la relativa a los criterios sujetos a juicios de valor se efectúe con anterioridad a los criterios evaluables mediante fórmulas, deriva de la necesidad de evitar que puedan verse mediatizadas o contaminadas entre sí ambas valoraciones, en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa, exigencias que, como vemos, van más allá de establecer un procedimiento ordenado, pues su finalidad última es garantizar la máxima objetividad posible. Esto es, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de algún licitador, de tal suerte que pueda otorgarse mayor o menor puntuación en función de algún interés espurio.

Por tal motivo, la inclusión en el sobre relativo a criterios sujetos a juicio de valor de datos o cifras relativos a criterios evaluables mediante fórmula ha de determinar la exclusión del licitador, cuando dicho error pudiera influir en la valoración a efectuar por el órgano de contratación<sup>16</sup>.

Lo llamativo es que la propia ley refleje, aunque sea de manera discreta y prudente, que tales criterios de adjudicación pueden dar lugar a efectos perversos en nuestro sistema de contratación pública, y la única medida prevista sea ponerlos delante de los criterios objetivos. Resulta sorprendente que el propio legislador sea consciente del efecto distorsionador que pueden ofrecer los criterios sujetos a juicio de valor, sabedor de que en la valoración de tales criterios puede tener cabida la finalidad torticera de favorecer o dificultar a alguno o algunos de los licitadores, y para ello los coloca en primera posición con respecto a los automáticos, como si tal solución fuera una esponja sanadora que limpiara y purificara todos los males que llevan implícitos estos criterios de adjudicación. Sea en el sobre B o C, podrán observarse las circunstancias negativas descritas y podrían ser igualmente determinantes. Muy positivo es el legislador pensando que en los procedimientos de licitación donde los criterios sujetos a juicios puedan representar el 30 %, el 40 % o el 50 % del total de los criterios de adjudicación, cuando no más, y si la voluntad del técnico es alterar el resultado de la licitación, ¿acaso esa primera valoración de criterios subjetivos no va a condicionar el resultado final? ¿Tal garantía incluida por el legislador es a todas luces suficiente? Preguntas que por desgracia tienen muy fácil respuesta.

### **5.2. El umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicio de valor**

Como decimos, los criterios sometidos a juicio de valor tienen cada vez un impacto más sustancial en la valoración de las ofertas y, por ende, en el resultado de la licitación, pero incluso, dada su ubicación en el procedimiento de adjudicación (que, como observamos, se incardina en el sobre B), pueden alzarse como una barrera para seguir en la licitación, pudiendo establecerse umbrales mínimos que conlleven la exclusión del procedimiento al no haber alcanzado la puntuación mínima exigida.

En efecto, la LCSP permite el establecimiento de umbrales mínimos no solo para criterios objetivos, sino también para criterios subjetivos. Esto supone que los criterios sujetos a juicio de valor pueden actuar como puerta de entrada o salida de la licitación, lo que puede suponer per se un riesgo potencial.

La mencionada ausencia de toda interferencia entre ambos tipos de criterios de adjudicación (subjetivos y objetivos) salta por los aires cuando se establecen umbrales mínimos en los criterios sujetos a juicio de valor, dado que los mismos se configuran como una suerte de muro insalvable para continuar a la siguiente fase (sobre C). Esa distinción procedimental como garantía del legislador para evitar una posible contaminación resulta completamente inaplicable cuando no se puede pasar a la siguiente fase.

<sup>16</sup> Resoluciones núm. 260/2014 y 135/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Lo anterior ha generado la controversia, no resuelta, de si ante el establecimiento de tal umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicios de la valor, ha de considerarse obligatoria la intervención del comité de expertos, esto es, si el establecimiento de un umbral mínimo de puntuación en los criterios sometidos a juicio de valor supone otorgar a los mismos un 100 % de la ponderación en esa primera fase de valoración y, en consecuencia, sea preceptiva la constitución e intervención de un comité de expertos.

En este sentido, el Tribunal de Cuentas mantiene que la configuración de la valoración de los criterios subjetivos en una primera fase que resulte eliminatoria de no alcanzarse cierta puntuación implica que la ponderación atribuida a los criterios subjetivos comporte la inevitable atribución a los mismos de una ponderación del 100 %, aun siendo en una única fase, por lo que resulta necesaria la intervención de un comité de expertos<sup>17</sup>.

Sin embargo, existen pronunciamientos contrarios (que no compartimos), como pudiera ser la Resolución núm. 381/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que determina que lo dicho anteriormente por el Tribunal de Cuentas no puede ir más allá de lo previsto por el legislador; de ahí que solo efectúe una recomendación sobre aquella intervención que no puede tener fuerza vinculante para los órganos de contratación. O el sostenido por la Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución núm. 90/2019, al considerar que, aunque en la primera fase de valoración los criterios subjetivos gozan de una ponderación del 100 %, en el conjunto del contrato son menores que los automáticos y, por consiguiente, determina que no es preceptiva la intervención de un comité de expertos.

El legislador debería tomar buena nota de ello, y en el escueto y casi raquítico artículo que le dedica sería conveniente incluir la previsión de que en ningún caso el establecimiento en los pliegos de criterios sujetos a juicio de valor (dado su carácter eminentemente subjetivo) pueda alzarse como puerta de entrada a la licitación mediante el establecimiento de umbrales mínimos. Y, en cualquier caso, si no establece tal determinación, contemplar la necesaria constitución de un comité de expertos para supuestos en lo que se establezca un umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicio de valor, ya que, si bien en su conjunto pueden ser inferiores a los objetivos, no cabe duda que en cuanto eliminatorios supone otorgar de facto un 100 % en esa primera fase de valoración.

## **6. IMPUGNACION DE LOS CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR; CONSECUENCIAS PERVERSAS DERIVADAS DE LA MISMA**

### **6.1. Impugnación del acto de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor**

La impugnación de los criterios sujetos a juicio de valor se erige como uno de los aspectos más problemáticos que se observa en la *praxis* de la contratación pública o, al menos, las posibilidades de satisfacción en esas pretensiones impugnatorias. En efecto, la posibilidad de rectificar a través de un recurso la valoración efectuada, incluso cuando se utiliza el manido recurso de disfrazar de discrecionalidad lo que es arbitrario, resulta ser una tarea tremendamente complicada, aunque no por ello imposible. Y es que, efectivamente, dicha discrecionalidad está sujeta a un control menos intenso por parte de los tribunales, pero no por ello exenta de fiscalización; simplemente, su alcance y control se torna un problema más complejo, que demanda un refuerzo taxonómico para su concreción (De la Cuétara, 1986) y que trataremos de dilucidar sobre la base de los numerosos pronunciamientos al efecto, que han ido evolucionando hasta conseguir una jurisprudencia muy consolidada.

Entrando de lleno en el fondo de la cuestión, en su Sentencia de 7 de julio de 2011 (recurso de casación núm. 4270/2009), el Tribunal Supremo, trayendo a colación otra anterior de 18 de julio de 2006 (recurso

---

<sup>17</sup> En diversos informes, entre ellos el Informe núm. 1320, de fiscalización de las CC.AA. y ciudades autónomas sin OCEX, ejercicios 2016 y 2017, disponible en el siguiente enlace: <https://www.tcu.es/repositorio/d6c87020-293c-4cb2-8ada-476b87d42c7e/11320.pdf>. En el apartado II.3.3 de dicho informe, el Tribunal de Cuentas señala lo siguiente: «En los contratos 15 a 19/2016 se utilizan criterios sometidos a juicio de valor que podrían considerarse como criterios objetivos, a lo que debe añadirse el establecimiento en estos contratos de umbrales mínimos, con la exigencia de alcanzar 15 sobre 30 puntos para que sea valorada la oferta económica, lo que supone atribuir al órgano de contratación, en base a criterios subjetivos la continuación de los licitadores en el procedimiento. En supuestos similares este Tribunal ha señalado que “la configuración de la valoración de los criterios subjetivos en una primera fase, que resultaba eliminatoria de no alcanzarse cierta puntuación implicaba que la ponderación atribuida a los criterios subjetivos era, de hecho, en esa primera del 100 %. Por ello la valoración de los criterios subjetivos debió encargarse a un comité de expertos y organismo técnico especializado”. En conclusión, la valoración de los criterios de adjudicación no fue realizada de manera correcta».

de casación núm. 693/2004), admite la posibilidad de la impugnación de un criterio sujeto a juicio de valor, afirmando que:

(...) existiendo, como existe un órgano técnico para efectuar la evaluación y habiendo este señalado los criterios de adjudicación, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, sentencias 11 de diciembre de 1998, 14 de julio de 2000 y 13 de octubre de 2004, y del Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de mayo y auto 8 de junio de 1983, la revisión de esa evaluación, solo podía aceptarse, cuando, bien, no hubiera aplicado a todos los concursantes los mismos criterios, bien cuando esa evaluación no se ajustara a las bases del concurso, bien cuando existiera dolo, coacción o error manifiesto.

Así pues, el Tribunal Supremo<sup>18</sup> nos deja claro que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros o evaluadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico, delimitándose más adelante por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de Mayo de 2017 (rec. 2504/2015)<sup>19</sup> el ámbito de la discrecionalidad en los siguientes términos:

(...) la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados. Por lo demás, la jurisprudencia insiste en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. En el control judicial de esa discrecionalidad, son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Sobre esta limitación de las facultades revisoras de las decisiones de cariz técnico, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la cuestión<sup>20</sup> en la Sentencia 34/1995, de 6 de febrero (fundamento de derecho cuarto), no dejando margen a la duda al reconocer en similares términos que el Tribunal Supremos que «la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado».

Por lo que respecta a los pronunciamientos realizados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pasaremos a citar y exponer las siguientes Resoluciones, a saber:

- *Resolución núm. 159/2012*. Sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación –seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde–, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.
- *Resolución núm. 456/2015*. Tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se

<sup>18</sup> STS de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013).

<sup>19</sup> En idénticos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017. Consideramos igualmente de interés sobre la cuestión las sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 4 de julio de 2003 (Roj STS 4724/2003), 28 de diciembre de 2006 (Roj STS 8634/2006) y 23 de febrero de 2012 (Roj STS 1102/2012).

<sup>20</sup> Asimismo, podemos citar, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 39/1983, 34/1995 y 86/2004, en las que reconoce la plena conformidad a la Constitución de la denominada discrecionalidad técnica.

haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

En definitiva, son muchos los pronunciamientos judiciales<sup>21</sup> y de los tribunales de recursos contractuales<sup>22</sup> que existen acerca del control de la discrecionalidad técnica, cuyo análisis nos permiten distinguir dos aspectos diferentes; por un lado, el núcleo material de la decisión, esto es, el estricto dictamen o juicio valorativo técnico; y por otro lado, sus aledaños, que comprenden las actividades preparatorias o instrumentales, como son si se han seguido los trámites procedimentales establecidos, la competencia, si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible, esto es, observancia de los elementos reglados y la existencia o no de errores ostensibles o manifiestos.

El primero de los elementos descritos, el núcleo material de la decisión, hace referencia al análisis comparativo reflejado en el informe técnico, que suficientemente individualizado y justificado, indicando los aspectos que han sido considerados para realizar las valoraciones e, inmediatamente, desarrollando la aplicación de cada uno de ellos sobre las diversas ofertas, de acuerdo con la jurisprudencia analizada lo convierte en inatacable. Se podrá o no estar de acuerdo con los razonamientos manifestados, pero siempre que la adopción del criterio de elección discrecional esté justificado, motivado y no sea arbitrario, dicha valoración, que se presume imparcial, no puede ser sustituida por otra, y menos por la de uno de los licitadores, argumentando que los tribunales no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate, entendiéndose que solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores<sup>23</sup>. Por contra, cuando hablamos de los aledaños de la decisión, o lo que es lo mismo, los aspectos formales de la valoración (respeto a las normas de competencia y procedimiento), sí que se podrá ejercer una función de control jurisdiccional. Por consiguiente, el resultado será la automática exclusión del control judicial de los actos administrativos que expresan un juicio técnico sin que se advierta indicio alguno de arbitrariedad, dolo, ilegalidad o error manifiesto, que operarían como límites a la discrecionalidad técnica y en cuyo incumplimiento podría basarse un eventual recurso.

Lo anterior nos conduce a pensar que, más allá de que se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable, la voluntad del licitador de impugnar la valoración obtenida en los criterios sujetos a juicio de valor dará lugar a una *probatio diabólica*, generando una frustración que está en las antípodas de la seguridad jurídica, y es que no podemos dejar pasar por alto la sorpresa que resulta que en un Estado de derecho existan actos administrativos que puedan quedar fuera del alcance de la revisión por un juez o tribunal (Coca Vita, 1985, pp. 205-214), circunstancias estas más propias de regímenes políticos superados en los que la opacidad e infalibilidad del gobernante eran incuestionable (Hernández-Guijarro, 2021, pp. 405-425).

Finalmente decir que la resolución de adjudicación o al acuerdo de exclusión debidamente notificado será el momento procesal óptimo para que la entidad licitadora pueda proceder a la impugnación alegando que el informe técnico de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, en que uno u otro se sustentan, adolece de un vicio o irregularidad que determina su anulación.

## 6.2. Efectos de la estimación de la impugnación

La principal problemática que genera la estimación de una impugnación de los criterios de adjudicación analizados deriva de las siguientes cuestiones; ¿cuándo podría revocarse la valoración efectuada? ¿Sería posible la retroacción del procedimiento para una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio

<sup>21</sup> Recomendamos, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2019 (rec. c-a núm. 1078/2016).

<sup>22</sup> Téngase en cuenta las resoluciones núm. 269/2011, núm. 280/2011, núm. 28/2015, núm. 739/2015, núm. 563/2015, núm. 448/2016, núm. 129/2021 y núm. 310/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; el Acuerdo núm. 1/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; las resoluciones núm. 51/2018 y núm. 155/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; el Informe núm. 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; la Resolución núm. 93/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, o la Resolución núm. 458/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

<sup>23</sup> Resoluciones núm. 618/2016, núm. 52/2015, núm. 177/2014, núm. 788/2017, núm. 41/2020 y núm. 129/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

de valor una vez que ya se han valorado los criterios automáticos? Para una adecuada contestación a tales cuestiones hemos de diferenciar dos supuestos: la ausencia total y absoluta de motivación o la insuficiente motivación de la valoración.

Así pues, ante la sonrojante ausencia absoluta de motivación explícita, metódica y razonada de la valoración efectuada, existe unanimidad entre los tribunales administrativos de recursos contractuales. En este sentido, podemos citar las resoluciones núm. 317/2023 y núm. 321/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que ante una total y absoluta falta de motivación anula la adjudicación y el procedimiento de licitación en su totalidad. En opinión del Tribunal, la ausencia de motivación no puede permitir retrotraer las actuaciones pues estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes. Por tanto, para el Tribunal no cabe la subsanación mediante una nueva evaluación de las ofertas toda vez que ya se han valorado las ofertas económicas, pues de lo contrario se estarían valorando *ex novo* las ofertas técnicas cuando ya se han abierto las ofertas económicas, vulnerando de esta forma el art. 146.2 LCSP. Consideramos plenamente acertado el planteamiento, ya que la ausencia de toda motivación nos debe conducir necesariamente al conocido aforismo jurídico *quod non est in actis non est in mundus*, esto es, lo que no está en el expediente no está en el mundo, evitando de este modo que la Administración no tenga patente de corso para escapar o salir airoso de una infracción clamorosa de toda actuación administrativa, que no es otra que la ausencia de motivación.

Sin embargo, cuando nos encontramos ante una motivación insuficiente, que no total y absoluta, resulta ilustrativo el caso analizado por la Resolución núm. 390/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en los siguientes términos:

En definitiva, a la vista del informe técnico que sirve de base al acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, no puede sostenerse ausencia de motivación, aunque sí que la motivación es insuficiente, por lo que procede la estimación del recurso. Por tanto, como ya ha sostenido este Tribunal en sus resoluciones (v.g. Resoluciones 205/2018, de 3 de julio y 156/2018, de 21 de mayo) y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 308/2017, de 31 de marzo), al no apreciarse ausencia sino insuficiencia de motivación y afectar este defecto al informe técnico, debe anularse el acto de exclusión con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión de dicho informe, para que se proceda a justificar adecuada y suficientemente la valoración efectuada con respeto estricto de las puntuaciones ya asignadas.

Un criterio similar al del órgano andaluz, en caso de motivación insuficiente pero existente, parecen seguir tanto el OARC del País Vasco en su Resolución núm. 146/2020 como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones núm. 1226/2020 y num.1134/2019.

Sin embargo, ante un caso semejante de motivación insuficiente, a juicio del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en su Resolución núm. 412/2020, para que pueda tener lugar la retroacción de las acciones no basta con que tal motivación sea insuficiente, sino que además las deficiencias de motivación han de afectar a cuestiones muy puntuales dentro de la valoración, determinando:

Ciertamente, en alguna ocasión los tribunales han evitado la declaración de la nulidad de todo el procedimiento de licitación cuando se aprecian vicios en la motivación de la valoración de las ofertas por los criterios dependientes de un juicio de valor, con la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración para que se proceda a una nueva evaluación ajustada a derecho y con respeto estricto a las puntuaciones ya asignadas. Sin embargo, esto se ha reconducido, a los efectos que ahora interesa, a supuestos muy particulares en los que el déficit afectaba la motivación de aspectos puntuales de la valoración de las ofertas que imposibilitaban el cambio de puntuaciones (por todas, las resoluciones 259/2019, 196/2018, 44/2018 y 106/2017 de este Tribunal) y no, como sucede en este asunto, en la valoración de los criterios dependientes de juicios de valor donde una nueva valoración puede conllevar una nueva puntuación de estos criterios y la alteración de la puntuación total, y más aun teniendo en cuenta la pequeña diferencia de puntuación existente entre la oferta adjudicataria y la presentada por la recurrente, en segunda posición de la clasificación.

Asimismo, hemos de destacar el supuesto analizado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias en su Resolución núm. 277/2022, que ante un recurso contra la adjudicación del contrato por errónea valoración de los criterios sujetos a juicios de valor, entiende que para que se produzca la retroacción de las actuaciones, además de la citada insuficiencia de la

motivación, debe darse la circunstancia de que la evaluación de las ofertas con respecto a los criterios sujetos a juicio de valor se pueda realizar atendiendo a parámetros objetivos fácilmente identificables y cuantificables.

No obstante lo anterior, podemos encontrar otra postura que no diferencia entre motivación insuficiente o inexistente a efectos de determinar la retroacción del procedimiento. La misma se mantiene impasible ante tal circunstancia, y dado que considera que la retroacción entraría de lleno en colisión con el principio de secreto de las ofertas, entiende incensario el debate sobre la motivación suficiente o insuficiente por carecer de sentido y significado. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución núm. 319/2022, mantiene que: «En síntesis, el conocimiento de la oferta económica o de los criterios evaluables mediante fórmula o de forma automática con carácter previo a la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor constituye una causa de nulidad del procedimiento, porque podría restar objetividad e imparcialidad al órgano de contratación». A juicio del Tribunal supone una «contaminación o una clara influencia a la hora de valorar otra vez las proposiciones y un condicionante que no permite garantizar la obligada imparcialidad en la nueva valoración y la absoluta limpieza en la valoración de las proposiciones que viene exigiendo el Tribunal Supremo». Por ello, el Tribunal anuló no solo el acuerdo de adjudicación, sino todos los trámites y actuaciones de la fase de licitación del expediente, lo que conllevó la nulidad del procedimiento en su totalidad. En apoyo de la tesis de la anulación, que no retroacción del procedimiento, podemos citar la Resolución núm. 350/2023 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, según la cual, y teniendo en cuenta que ya no es posible llevar a término una nueva evaluación técnica con la debida separación procedimental, la preservación del secreto de las proposiciones y la objetividad e imparcialidad en las valoraciones técnicas en los términos exigidos en los arts. 139.2 y 146.2 LCSP, entiende acertada la anulación de la licitación seguida. A mayor abundamiento encontramos también un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución núm. 4/2024, que ante la estimación de un recurso que versa sobre la impugnación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, mantiene que ante la circunstancia de que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas no se pueden volver a valorar los criterios sujetos a juicio de valor, por lo que decide no retrotraer el procedimiento sino declarar la nulidad de la integridad del mismo.

Por consiguiente, con las salvedades descritas, y dependiendo de la casuística, podemos distinguir dos supuestos con consecuencias igualmente diferentes:

- Que la motivación sea inexistente, lo que supone la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado, dando lugar a una nueva licitación.
- Que la motivación sea insuficiente, lo que conlleva la retroacción de las actuaciones al momento justo anterior al de la valoración de los criterios dependientes de juicio de valor con la única finalidad de que se proceda a una nueva valoración de la oferta de la recurrente, redactando un nuevo informe de valoración que motive adecuadamente las puntuaciones asignadas y aplicando los parámetros que fueron empleados para la valoración del resto de ofertas, lo cual entendemos que se trata de una solución más proporcionada y que casa mejor con el interés público al conservar todas las actuaciones sustanciadas mediante la corrección del error cometido en el seno del expediente. Téngase asimismo en cuenta que existen determinados pronunciamientos que exigen además que tal insuficiencia en la motivación sea fácilmente objetivable o que se trate de aspectos muy puntuales de la motivación.

## 7. CONCLUSIONES

El establecimiento de criterios sujetos a juicio de valor no presume *per se* que estos sean ilegales, pero si aumenta de manera significativa un riesgo manifiesto de que su materialización mediante la correspondiente valoración genere inseguridad jurídica en las licitaciones, dando lugar a un escenario de enorme confusión tanto para quien licita como para quien gestiona la contratación.

Sería un falso dilema pensar que principios como la seguridad jurídica, publicidad, igualdad de trato y transparencia, como principios básicos de todo procedimiento competitivo, encuentran en los criterios sujetos a juicio de valor su más fiel escudero. No debemos partir de la utopía de que todas las ofertas se encuentran en condiciones de perfecta igualdad, pero debemos hacer todo lo posible por que así sea. Los operadores económicos deben desenvolverse en un terreno de juego marcado y abonado por la certidumbre, han de

estar en disposición de presentar sus ofertas en condiciones de certezas y coherencia con la objetividad que debe regir la contratación pública. Por tanto, que contratos de una gran envergadura en lo económico, temporal y, sobre todo, en el impacto en la ciudadanía, al tratarse de servicios básicos obligatorios muy vinculados al bienestar de la ciudadanía, como pudieran ser la recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria o el abastecimiento de agua potable y alcantarillado, puedan resolverse al albur de lo que es una opinión personal revestida de informe técnico que lo elevan *de facto*, aunque no de fondo, a la categoría de criterio técnico, crea más sombras que luces en todo procedimiento competitivo, generando lugares de opacidad y oscuridad en la contratación pública que están muy lejos del sentir y sentido de una Administración moderna y transparente, que mira al futuro aprendiendo de sus errores, y más aún cuando estamos plenamente convencidos de que la búsqueda de la calidad del contrato podría conseguirse por otros medios distintos de la primacía de los criterios subjetivos que, mediante la distorsión o minimización de la ponderación atribuida a factores objetivos en pro de memorias técnicas, proyectos de servicio, proyectos de obras u otros conceptos similares, puedan contribuir de manera clara e inequívoca a valorar la calidad técnica de la oferta.

Para poder conciliar los principios de seguridad jurídica, publicidad, igualdad de trato y transparencia con el respeto a la discrecionalidad técnica permitida en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, debemos poner límites a esta última, pues si no, cogerá peso hasta comerse a los primeros. Los criterios sujetos a juicio de valor deben acercarse cada vez más a parámetros de objetividad que, sin perder la esencia de lo mismos, puedan permitir un adecuado equilibrio entre discrecionalidad y objetividad, tarea compleja, pero que merece el esfuerzo. Ante tal situación debería añadirse un plus en la regulación de los criterios sujetos a juicio de valor que permita juridificar aspectos demasiado abiertos, planteándose como posibles alternativas:

1. Ampliar la actuación del comité de expertos más allá de la situación actual. El carácter colegiado del órgano permitirá una mayor garantía y objetividad, permitiendo revisar, baremar y puntuar las ofertas de forma consensuada y homogénea.
2. Impedir la posibilidad de que los criterios sujetos a juicio de valor actúen como barrera de entrada o salida a la licitación mediante el establecimiento de umbrales mínimos. Y, en cualquier caso, si no se establece tal determinación, contemplar la necesaria constitución del comité de expertos para supuestos en lo que se establezca un umbral mínimo de cumplimiento de criterios sujetos a juicio de valor, ya que, si bien en su conjunto pueden ser inferiores a los objetivos, no cabe duda de que en cuanto eliminatorios supone otorgar de facto un 100 % en esa primera fase de valoración.
3. Reducir el uso de criterios sujetos a juicio de valor, como máximo a un 50 % del conjunto de los criterios de adjudicación.

Nos encontramos ante un momento clave por las circunstancias anteriormente citadas, que constriñen las ofertas presentadas por los operadores económicos, haciendo especialmente necesario una reforma legislativa en la materia, y es que parafraseando al político estadounidense Theodore Roosevelt: «En cualquier momento de decisión lo mejor es hacer lo correcto, luego lo incorrecto, y lo peor es no hacer nada», y mucho me temo que el legislador optara por la última opción.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bejarano Lucas, J. M. (2021). Régimen jurídico del comité de expertos y sus especialidades en la contratación pública local. *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, (173), 38-53.
- Coca Vita, E. (1985). También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales. *Revista de Administración Pública*, (108), 205-214. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-108-septiembre-diciembre-1985/tambien-la-discrecionalidad-tecnica-bajo-el-control-ultimo-de-los-tribunales-2>
- De la Cuétara, J. M. (1986). *Las potestades administrativas*. Tecnos.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Huber, H. (1953). *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*. Polygraphischer Verlag.
- Hernández-Guijarro, F. (2021). Los principios jurídicos como límite a la discrecionalidad técnica en los concursos públicos de personal. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (25), 405-425. <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.13>
- Rivero Ysern, E. y Rivero Ortega, R. (2012). ¿Acaso existe la discrecionalidad técnica? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010. En E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón*, vol. 1 (pp. 2063-2078). Thomson-Reuters.



Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES  
Recibido: 22-05-2024  
Modificado: 06-09-2024  
Aceptado: 09-09-2024  
Publicación anticipada: 04-10-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11383>  
Páginas: 137-166

Referencia: Cerezo Ibarrodo, Á. (2024). La organización y la dirección público profesional del área de urbanismo municipal en el País Vasco. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 137-166. <https://doi.org/10.24965/reala.11383>

## La organización y la dirección público profesional del área de urbanismo municipal del País Vasco

### *The organization and professional public management of the municipal urban planning department in the Basque Country*

Cerezo Ibarrodo, Álvaro

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9823-9057>

[acerezo@aci-arquitectos.es](mailto:acerezo@aci-arquitectos.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctorando en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), doctor arquitecto en Sostenibilidad y Regeneración Urbana (UPM ETSAM) y arquitecto (UPV/EHU ETSASS). Profesor contratado doctor, profesor de la Cátedra UNED-Instituto Lincoln de Políticas de Suelo. Experto en urbanismo, derecho urbanístico, valoraciones, ordenación y gestión del territorio y evaluación ambiental.

#### RESUMEN

**Objetivos:** a partir de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi y de la reciente Ley de Empleo Público Vasco, el art. realiza una descripción y un análisis del novedoso régimen jurídico de la figura del directivo público profesional en sus municipios distintos de los de gran población y plantea una aplicación de dicha figura en el área de urbanismo de un ayuntamiento. **Metodología:** se ha empleado la metodología habitual en las ciencias jurídicas: estudio de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia, pero también se realiza un estudio analítico de los datos que describen la organización de unos ayuntamientos característicos del País Vasco. **Resultados:** se define una propuesta de modelo organizativo de un área de urbanismo en un ayuntamiento intermedio considerando la nueva figura del directivo público profesional. **Conclusiones:** el nuevo escenario habilitado por la Ley de Instituciones Locales de Euskadi para la implantación de la figura del directivo público profesional permitirá desplegar un nuevo modelo organizativo en los ayuntamientos intermedios del País Vasco y responder a las nuevas y tradicionales necesidades de la sociedad que estas Administraciones tienen la obligación de satisfacer, como en áreas tan trascendentales como la de urbanismo.

#### PALABRAS CLAVE

Organización; ayuntamientos; urbanismo; capacitación; directivos profesionales.

#### ABSTRACT

**Objectives:** Based on the Law of Local Institutions of Euskadi and the recent Basque Public Employment Law, the paper carries out a description and analysis of the new legal regime of the professional public director profile in the Basque Country intermediate municipalities and proposes an application of this Director profile in the urban planning area of a city council. **Methodology:** The usual methodology in legal sciences has been used: study of legislation, doctrine and jurisprudence, but an analytical study of the data that describes the organization of some characteristic city councils of the Basque Country is also carried out. **Results:** A proposal for an organizational model of an urban planning area is defined in an

intermediate city council, considering the professional public director new profile. **Conclusions:** The new scenario enabled by the Law of Local Institutions of Euskadi for the implementation of the professional public director profile will allow the deployment of a new organizational model in the intermediate town councils of the Basque Country and will be able to respond to the new and also traditional social needs that these administrations have to fulfill, in areas such as urban planning.

## KEYWORDS

Organization; municipality; urban planning; capacities; public management.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DE LA COMPETENCIA MUNICIPAL SOBRE EL URBANISMO. 2.1. EVOLUCIÓN DE LA COMPETENCIA URBANÍSTICA DE LOS AYUNTAMIENTOS. 2.2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE SUELO Y URBANISMO, DE LA LS56 AL TRLSR. 3. CLASIFICACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS EN EL PAÍS VASCO. 3.1. REGULACIÓN BÁSICA. 3.2. REGULACIÓN DEL PAÍS VASCO. 4. ESTUDIO DE LOS AYUNTAMIENTOS INTERMEDIOS. 4.1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO. 4.2. DELIMITACIÓN DE CASOS. 4.3. EVALUACIÓN COMPARATIVA DE LOS SEIS CASOS. 4.4. SÍNTESIS DE LOS MUNICIPIOS ANALIZADOS. 5. LA LILE, LA LEPV Y EL NUEVO ESCENARIO PARA EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DIRECTIVA. 5.1. ANTECEDENTES. 5.2. REGULACIÓN DEL PAÍS VASCO. 5.2.1. Ley Empleo Público Vasco (LEPV). 5.3. SÍNTESIS. 6. DEFINICIÓN DE LA FIGURA DEL DIRECTOR PÚBLICO PROFESIONAL PARA EL ÁREA DE URBANISMO DE UN AYUNTAMIENTO INTERMEDIO EN EL PAÍS VASCO. 7. RECAPITULACIÓN. 8. CONCLUSIONES. LISTADO DE ABREVIATURAS. ANEXO A. TABLAS DEL ANÁLISIS COMPARATIVO DE MUNICIPIOS INTERMEDIOS DEL PAÍS VASCO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las temáticas más complejas de la Administración local es el Urbanismo, que irradia sus efectos a prácticamente todo el resto de áreas y competencias municipales, puesto que estas se despliegan sobre el suelo municipal y la determinación de lo qué es posible o no se establece en función del régimen estatutario de este (a través de su situación básica, clasificación, calificación del suelo y actuaciones urbanísticas en su caso) y de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación de ordenación territorial, urbanística y sectorial (art. 11.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, TRLSR en adelante), lo que supone en sí una notoria complejidad y la conjunción de múltiples disciplinas e intereses.

Por ello, en sintonía con la regulación constitucional (Constitución española 137, 140, 149.1 y 149.18), la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL en adelante) establece en su art. 25.1 que «el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», definiendo en su art. 25.2 el urbanismo como una competencia propia «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas».

El urbanismo, más allá de su definición semántica, abarca según la vigente LBRL los siguientes conceptos: «Planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística; protección y gestión del Patrimonio histórico; medio ambiente; promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera; conservación y rehabilitación de la edificación». No obstante, esta definición, siquiera competencial o material, resulta limitada en cuanto que sus determinaciones afectan al resto de competencias propias de los municipios (letras b-o del art. 25.2 de la LBRL), puesto que todas ellas se despliegan y desarrollan sobre el territorio que, precisamente, define el urbanismo y el planeamiento urbanístico en particular.

En el mismo sentido, y de acuerdo con el ejercicio de las competencias transferidas al País Vasco (CE 148.1.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> y Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, EAPV, en su art. 10.4), la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE en adelante) replica cuasi miméticamente las competencias en materia de urbanismo de la regulación básica.

La LILE, pionera en muchos apartados en el ámbito estatal, como recoge su exposición de motivos, ha positivado diversas habilitaciones de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la LBRL («Sobre el marco local en régimen foral vasco»). Entre ellas, tal y como recoge su exposición de motivos VI, se crea la figura del personal directivo público profesional (DPP en adelante), y cuya regulación se completa con la reciente Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco –LEPV– (arts. 31 a 39, DA10, DT2 y DT13). Esta regulación pretende reforzar institucionalmente los gobiernos locales vascos por medio de la figura del personal directivo público en la organización municipal. Así, en el capítulo III del título IV de la LILE (arts. 36 a 41), se define y se desarrolla la figura del DPP de las entidades locales distintas de los municipios de gran población (figura que ya se encontraba habilitada en los arts. 121 y 130 de la LBRL), cuyas funciones en términos generales son las de coordinación general, gerencia municipal, direcciones de área o gerencias de sector y de la estructura administrativa de las entidades locales.

Para el desarrollo de estas funciones se requieren toda una serie de aptitudes, habilidades y conocimientos específicos, y que en el caso del área de urbanismo son unos conocimientos que trascienden de los propios de la materia técnica (urbanismo, vivienda, patrimonio, obras, medio ambiente, etc.). Por tanto, se requiere un conocimiento y aplicación de las materias de organizativas, coordinación, personal, presupuestarias, Administración electrónica, innovación, evaluación, calidad y sobre todo de planificación estratégica y operativa pública (Gorriti, 2010, p. 53, citando a Maeso, 2006 y Ramió, 2017, pp. 4-5).

No obstante, a la hora de concretar el perfil y funciones de la figura del DPP, como señala la LILE, interesa acotar el marco en el cual se puede producir, debido a las determinaciones legales establecidas y a las circunstancias concretas que hacen que un ayuntamiento del País Vasco deba desplegar estructuras, mecanismos y servicios de naturaleza diferente en función del tipo de municipio que sea, de acuerdo con las especificaciones de la legislación básica de régimen local. Por ello, cabe delimitar el rango de análisis y propuesta organizativa municipal para el área de urbanismo dentro de un marco territorial concreto y en términos de población. Así, el presente trabajo se circunscribirá a la definición de un modelo organizativo del área de urbanismo para municipios del País Vasco cuya población sea superior al umbral mínimo definido por la LILE, en su art. 36, para poder disponer de personal directivo público profesional (40 000 habitantes) y que sea inferior al que permite excluir las tres capitales de cada uno de sus territorios históricos (175 000 habitantes), por cuanto que estas pertenecen a la categoría de municipios de gran población y responden a una realidad muy diferente.

En consecuencia, en este trabajo, previo análisis de los seis municipios del País Vasco delimitados (Barakaldo, Getxo, Irún, Santurtzi, Portugaleta y Basauri), se pretende alcanzar un parámetro organizativo y de dimensionamiento de personal del área de urbanismo (que incluye materias como planeamiento, gestión, disciplina, edificios municipales, vivienda, patrimonio, obras y servicios urbanos) y la consiguiente configuración de su dirección pública profesional, para articular un modelo que permita asumir los nuevos retos de la administración local en materia de urbanismo, ahora basado necesariamente en el desarrollo urbano sostenible e integrado (DUSI).

En la sociedad de nuestros días, el urbanismo es una suerte de Matrix, donde la profusión normativa y los retos del desarrollo sostenible e integrado hacen necesario afrontar sus problemáticas con un enfoque y visión distintos, a la cual la organización municipal tampoco puede resultar ajena.

Sin embargo, los quehaceres diarios y las urgencias hacen de esa necesidad de reorganizar las áreas de urbanismo una tarea compleja o imposible de afrontar, máxime en el caso de municipios de tamaño intermedio, que se encuentran a caballo entre los municipios de gran población y el resto de los municipios de régimen común. Además, los retos que se plantean, propios de la escala territorial y de dimensión poblacional de ese tipo de municipios en el País Vasco, devienen en la mayoría de las ocasiones en la imposibilidad de aunar las estrategias y proyectos políticos con los recursos humanos y estructuras organizativas disponibles.

En consecuencia, el presente trabajo se justifica en la necesidad de articular un nuevo modelo organizativo para el área de urbanismo de una serie de municipios que comparten problemáticas acordes a su condición metropolitana de las conurbaciones de las capitales del País Vasco y las realidades prestacionales de servicios propios de su dimensión poblacional intermedia y situación urbanística análoga.

Es dentro de ese marco espacial y dimensional donde la LILE ha habilitado una nueva figura que permite acompañar las necesidades de respuesta política con la organizativa y técnica, para afrontar los retos del nuevo modelo urbanístico, la figura del director público profesional, del área de urbanismo en este caso.

Por todo ello, con este trabajo se propone definir un nuevo modelo organizativo o, cuando menos, extrapolar un criterio de dimensionamiento para el área de urbanismo de un municipio del País Vasco entre 40 000 y 175 000 habitantes; explorar la potencialidad del nuevo marco del personal directivo público profesional habilitado por la LBRL y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba

el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP), y positivizado, a su vez, por la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE) y concretado en la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco (LEPV) y exponer de manera aplicada las funciones, requisitos, competencias generales y específicas del director/a público profesional (DPP) de un área de urbanismo de un municipio del País Vasco que no sea ninguna de sus tres capitales.

## 2. DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DE LA COMPETENCIA MUNICIPAL SOBRE EL URBANISMO

El urbanismo y lo local siempre han sido dos ámbitos estrechamente unidos, al menos en el ordenamiento jurídico español, por cuanto que, frente a otras disciplinas como la ordenación del territorio u otras más sectoriales, el urbanismo ha condicionado la implantación urbana en su esfera más cercana y ha afectado a la evolución de ciudades y asentamientos para el desarrollo de la vida y el bienestar de sus ciudadanos, que constituye el objetivo fundamental de la acción pública.

Si desde un punto de vista histórico, dentro del marco jurídico español, tuviésemos que fijar un hito temporal donde confluye ese binomio que constituyen el urbanismo y lo local, sin duda tendríamos que señalar el año 1955.

En 1955 alumbraron o comenzaron su tramitación dos de las regulaciones fundamentales que han configurado el ordenamiento local y urbanístico y que han permitido siquiera la transformación de un país (Bassols, 1973, p. 556 y 558; García de Enterría y Parejo, 1981, p. 93). En el ámbito local se promulgó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, RSCL) y en el ámbito urbanístico se comenzó la tramitación paralela de la Ley de 12 de mayo de 1956 de Suelo (LS56). La primera continúa vigente en nuestros días y la segunda, si bien ha sido sustituida por diversas leyes de suelo, subyace contradictoriamente, pero sin la menor duda, en la totalidad de las diecisiete legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas.

Procede en consecuencia realizar un breve periplo descriptivo de la evolución de una y otra regulación para ilustrar cuál ha sido la evolución expansiva de ambas, tanto de la materia urbanística como del alcance de dicha competencia en las Administraciones locales.

### 2.1. Evolución de la competencia urbanística de los ayuntamientos

Sin perjuicio de normativas sobre la regulación local más remotas, como el Estatuto Municipal de Carlos Sotelo de 1924 (la primera normal general de la Administración local), en 1955 se promulgó el RSCL, dando pie al nacimiento a las formas de gestión de los servicios públicos (Romero, 2021, p. 2). Así, en su art. 1, el RSCL establece que los ayuntamientos podían intervenir: «3.º En el orden del urbanismo, también para velar por el cumplimiento de los planes de ordenación aprobados» y «4.º En los servicios de particulares destinados al público mediante la utilización especial o privativa de bienes de dominio público, para imponer la prestación de aquéllos debidamente y bajo tarifa».

Como señala Almonacid (2014), el RSCL supuso una gran aportación en muchos aspectos y, particularmente, en materia urbanística al incorporar el planeamiento «como plan de conjunto de la ciudad, y declara preceptivo el Plan General de urbanización en todo el municipio» y sustituir «las Comisiones Sanitarias por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos». En consecuencia, «el urbanismo sigue apareciendo como una de las competencias propias del municipio, consolidando la doctrina del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes municipales de 1924».

En esta legislación primaria podemos detectar que la competencia urbanística municipal no solo aborda el diseño o crecimiento de la nueva ciudad, sino también la regulación de lo ya existente. Obsérvese cómo, en un sentido más amplio de ese apartado quinto del art. primero del RSCL, podemos denotar la sensibilidad hacia la pluralidad o infinitud de circunstancias, usos y casuísticas que se presentan sobre el medio urbano o la ciudad existente (véase también el art. 21 del mismo RSCL).

Desde un punto de vista temporal, sería la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, la que vendría a reformar la competencia municipal sobre el urbanismo y a ensanchar su alcance como establecen los puntos 2 y 3 de su base octava.

Esta ley aprobada en los últimos estertores del anterior régimen (curiosamente un día antes de la muerte del jefe del Estado del régimen anterior) supuso, en parte, la base de la que sería y es la ley sustantiva del

régimen local vigente, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Una ley que ha sido reformada o modificada 37 veces desde su dicción original, con un progresivo ensanchamiento, tanto desde el punto de vista de desarrollo del principio de autonomía local (CE 137 y 140) como de las competencias que se han ido otorgando a los municipios. En este sentido, basta comparar la dicción original y vigente del art. 25 de la LBRL.

Por tanto, y como señala Almonacid (2014):

Las competencias enumeradas en la letra d) –del art. 25.2 de la LBRL original–, que no son ni más ni menos que el desarrollo o el contenido del urbanismo según la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 –STC 61/1997–, se ejercerán de acuerdo con el criterio general establecido en la legislación local en cuanto al reparto de competencias a las EELL, es decir en el marco de lo que establezca la legislación sectorial del Estado y, sobre todo, de la CCAA, que es quien en definitiva tiene la competencia legislativa en materia de urbanismo (planeamiento, ejecución del planeamiento, otorgamiento de licencias, protección de la legalidad urbanística...), y también en materia de medio ambiente.

Con ello, ya podemos observar que, más allá de la concepción clásica de la materia urbanística (planeamiento, gestión y disciplina, siguiendo la clasificación de los tres reglamentos de desarrollo del TRLS76 del año 1978), se establece todo un ensanchamiento competencial sobre las actividades, servicios y políticas a desplegar por parte de los ayuntamientos, todas ellas vinculadas a la materia urbanística.

En este sentido ahonda Almonacid (id.):

Sin entrar en la valoración de este criterio de asignación «por defecto» de todas las competencias urbanísticas a los municipios, lo cierto es que se ha propiciado un desarrollo competencial de los municipios en materia urbanística, dando pie a interpretaciones extensivas en relación a las competencias que ostentan, ya que además de que el urbanismo en sentido práctico sólo tiene sentido en ámbitos territoriales reducidos (téngase en cuenta la diferencia entre el «urbanismo» municipal y la «ordenación del territorio» autonómica), lo cierto es que se ha avanzado hacia un mayor nivel competencial (en general) de los municipios. Las sucesivas reformas en la legislación urbanística agilizando, por ejemplo, los trámites de determinadas modificaciones del Plan General, que se sustancian íntegramente en sede municipal, avalan esta teoría.

El periplo de las competencias locales concluye sustantivamente con la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) –aunque la última modificación de la LBRL es del 20 de diciembre de 2023, BOE–, donde se va a producir una ampliación y categorización de las competencias municipales en (LBRL 7): propias (art. 25.2), servicios mínimos (art. 26), competencias delegadas (art. 27) y servicios reservados (art. 86.2).

Como su propio título indica, la LRSAL toma la sostenibilidad como eje o leitmotiv, en una senda ya iniciada por la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011) y por el RDL 8/2011 en materia urbanística en el año 2011 respectivamente, pero en este caso aplicada a la esfera municipal. Así, el vigente art. 25.2 de la LBRL detalla las competencias propias, entre las que destacan, sin ánimo de resultar exhaustivo, las siguientes:

- a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.
- b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.
- c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.

Como se puede observar, se ha producido una importante ampliación competencial que se refuerza con la regulación de servicios mínimos del art. 26: servicios mínimos graduados en función de la población (LBRL 26.1) y coordinación de los servicios con las diputaciones para municipios de menos de 20 000 habitantes (LBRL 26.2).

La regulación de la LBRL también posibilita la definición de las competencias delegadas o delegables por otras Administraciones, pero siempre previo acuerdo entre ambas, que se pueda garantizar la suficiencia

y sostenibilidad financiera y que se eviten duplicidades administrativas; que se mejore la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, sobre todo, que se contribuya a los procesos de racionalización administrativa y optimización de recursos.

En todo caso, se mantienen una serie de servicios reservados o indelegables o intransferibles a las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales, las cuales sin duda están relacionadas con el medio ambiente: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable.

Hasta aquí estaría descrita la evolución sintética de la regulación básica del Estado vinculada a los ayuntamientos, una regulación que en el caso del País Vasco se completaría con las determinaciones y atribuciones que describe la LILE tal como recoge su EM I:

Al no haber dispuesto de ella hasta ahora, nuestros municipios y demás entidades locales vascas han tenido que actuar a partir de un marco normativo institucional caracterizado por su precariedad. Si bien es cierto que en el ámbito tributario y económico-financiero, así como en otros asuntos de su competencia, los territorios históricos han aprobado distintas normas forales directamente aplicables a los municipios y entidades locales de sus respectivos ámbitos territoriales, no es menos cierto que, ante la ausencia de una ley propia de la Comunidad Autónoma de Euskadi que abordara en su globalidad las cuestiones municipales, los órganos de gobierno de nuestros municipios y demás entidades locales han aplicado la legislación básica estatal sobre régimen local y las leyes sectoriales aprobadas por el Parlamento Vasco, que han ido incidiendo sobre diferentes materias y que, en muchos supuestos, repercutían directamente sobre las competencias municipales, por ejemplo, en temas como el urbanismo, el medio ambiente o los servicios sociales.

Y en este mismo sentido, la LILE (EM VI)

define el concepto de competencia municipal, y su tipología, estableciendo que las competencias propias son las que garantizan el autogobierno y las transferidas o delegadas resultan excepcionales a ese fin. Además, determina que la atribución de una competencia, salvo determinación legal expresa, conllevará la atribución de todo el haz de funciones o facultades referidas a su ejercicio. Se recoge también el listado de competencias propias de los municipios, mediante la relación de un listado material extenso, que representa una decidida apuesta de las instituciones vascas por salvaguardar unos estándares de autonomía municipal que van mucho más allá de los previstos por el legislador básico y que conforman un modelo de autogobierno municipal vasco de notable singularidad y cualitativamente más elevado. Ello implica que la Ley de Instituciones Locales de Euskadi, en cuanto ley de contenido institucional, confiere a los municipios vascos un estándar mínimo de autonomía local que posteriormente podrá ser mejorado por las leyes sectoriales, y, en todo caso, ese estándar de autonomía es, como se indicaba, muy superior en todo caso al previsto actualmente en la legislación básica.

En consecuencia, cabe señalar que el art. 17.1 de la LILE reordena las competencias propias de los municipios vascos, entre las que se encuentran todas las vinculadas a la materia urbanística en su sentido más amplio.

## **2.2. Evolución de la regulación de suelo y urbanismo, de la LS56 al TRLSR**

A la par de lo indicado en el inicio del apartado 2, si hubiese que fijar un punto en la historia para definir el urbanismo y el derecho urbanístico español, en parte tal y como lo conocemos hoy, ese sería la promulgación de la LS56 que, como se ha indicado, inició su tramitación paralela con el RSCL de 1955 (Bassols, 1973, p. 556-558).

La LS56, con respecto a las regulaciones de ensanche/crecimiento y reordenación/saneamiento anterior precedentes, se configuró como un código unitario (Bassols, 1973, p. 559; García de Enterría y Parejo, 1981, p. 95).

Pero si por algo se caracterizó aquella ley es porque «en el nivel administrativo local se configura –en la LS56– el municipio como entidad básica en materia urbanística asignándole una competencia universal

sobre la materia, con dos importantes condicionamientos (LS56 202): el de que la naturaleza de la competencia sea propiamente de “índole local” y que no hubieran sido expresamente atribuidas por la presente ley a otros organismos» (Bassols, 1973, pp. 556-558). Una competencia urbanística que luego se iría ampliando, al comienzo limitada en el caso del planeamiento, mientras que la de gestión o ejecución del planeamiento y la de disciplina urbanística serían con carácter pleno (LS56 EM VII). Por tanto, se identifica el urbanismo como una función pública, cuya competencia es algo propio de la ciudad y que corresponde, cuando menos en su aplicación, a los municipios (Bassols, *í.d.*).

Desde el punto de vista de contenido, la LS56 divide el urbanismo clásico en tres grandes bloques: planeamiento y régimen urbanístico del suelo, ejecución de las urbanizaciones y disciplina (LS56 2). Interesa señalar que esa ha sido la concepción ha perdurado prácticamente hasta el siglo XXI o, cuando menos, hasta la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (LS07), identificando el urbanismo como una disciplina mayoritariamente de transformación física del suelo y de regulación de los usos que se dan sobre él.

La Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (LS75) y su Texto refundido (TRLR76) es una ley continuista con respecto a ley precedente de 1956 (Parejo, 1979, pp. 273 y 291), tanto en la propia concepción de la disciplina urbanística, cuyo objetivo fundamental es la producción de ciudad, como en lo competencial donde su regulación se remite a lo establecido en la legislación de régimen local (LS75 DF4).

Igualmente, el art. 214 de la LS75 define en favor del municipio la competencia urbanística, de modo que se atribuyen todas las competencias de índole local sobre la materia, salvo aquellas que la ley atribuya expresamente a otras instancias distintas, tal y como exponen García de Enterría y Parejo (1981, pp. 50-51):

Con independencia de esa declaración general de competencia, la LS75 define muchas competencias específicas en favor de los Ayuntamientos. Enumeremos como más características, sin ánimo de agotarlas todas:

- a) aprobación inicial y provisional de los planes generales municipales y las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento;
- b) aprobación inicial y provisional de los planes parciales, especiales, proyectos de urbanización y programas de actuación urbanística, ordenanzas, delimitación del suelo urbano, delimitación de polígonos y unidades de actuación;
- c) aprobación inicial, provisional y definitiva de los estudios de detalle;
- d) informe de todos los planes de cualquier clase (salvo el Plan Nacional de Ordenación) que afectando a su término respectivo no hayan sido aprobados inicialmente por ellos;
- e) suspensión de licencias de parcelación y edificación para estudiar o reformar los Ppnes cuya aprobación provisional les corresponda;
- f) creación de la cédula urbanística;
- g) expropiación forzosa por razón de urbanismo;
- h) beneficio de recibir gratuitamente las cesiones forzosas de terrenos destinados a viales, parques, jardines, centros de enseñanza general básica y otros servicios públicos necesarios, así como los terrenos equivalentes al 10 % del aprovechamiento medio del sector en el caso del suelo urbanizable programado;
- i) formulación y aprobación de proyectos de reparcelación;
- j) ejecución de planes urbanísticos;
- k) constitución de sociedades anónimas o de empresas de economía mixta para la ejecución de los planes;
- l) convocar concursos para la formulación y ejecución de los programas de actuación urbanística o formulación directa de los mismos;
- m) constitución y administración del Registro Municipal de Solares y aplicación de todo el régimen de edificación forzosa y declaraciones de ruina;
- n) constitución del patrimonio municipal del suelo;
- o) constitución de derechos de superficie sobre suelo propio;
- p) otorgamiento de licencias de parcelación, edificación, obras, apertura, demolición, etc.; es esta la competencia municipal por excelencia;
- q) demolición de obras no legalizables;
- r) revisión de licencias que incluyan infracciones urbanísticas graves;
- s) potestad sancionatoria por infracciones urbanísticas.

Continuando con el tracto histórico, la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (LS90) y su texto refundido de 1992 (TRLS92) tampoco introducen variación alguna con respecto a la regulación precedente, configurada por el TRLS76 y sus tres reglamentos de 1978 (RPU 123, RGU 7 y 19 y RDU 6, 10 y 65), tal como señalan los arts. del TRLS92 107 a 124, 141, 243 y 260.

Sin embargo, la ya famosa STC 61/1997 de 20 de marzo, vino a resituar la competencia legislativa en materia urbanística, al declarar inconstitucional gran parte de la LS90/TRLS92 por invasión competencial. A partir de ese momento la competencia legislativa en materia urbanística se residencia en la comunidad autónoma que así la tuviera transferida en su estatuto de autonomía (p. ej. de acuerdo con CE 148.1. 3.<sup>a</sup> y el art. 10.31 del EAPV, el País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda), sin perjuicio de las competencias exclusivas que ostenta el Estado (CE 149.1. 1.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup>, 23.<sup>a</sup> y otras sectoriales). Por lo que desde entonces el binomio y tensión competencial Estado/local se traslada a la CC. AA./local, sin perjuicio de lo cual, señala Menéndez Rexach (2007, p. 89) que el «Tribunal Constitucional tuvo que abordar, desde sus primeras sentencias, el significado de la autonomía local». En este sentido cabe identificar las siguientes sentencias sobre la cuestión:

1. Compatibilidad de la autonomía municipal con el control de la legalidad concreta (no genérica) y sin que exista un principio de subordinación o dependencia jerárquica de las Administraciones supramunicipales (STC 4/1981, de 2 de febrero).
2. La preservación de la institución municipal de manera cognoscible según lo regulado en cada momento histórico y que no se pueda producir un vaciamiento de las competencias municipales (STC 32/1981, de 28 de julio y STC 40/1998, de 19 de febrero, entre otras).
3. La graduación de la participación de los intereses públicos por parte de los ayuntamientos en función de los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias (STC 170/1989, de 19 de octubre).
4. El régimen de competencias concurrentes del régimen jurídico local impide su definición como intracomunitarias o extracomunitarias porque el Estado tiene competencia para establecer las bases sobre el régimen local (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE), a diferencia del de las CC. AA. (STC 84/82, de 23 de diciembre).

El modelo iniciado con la LS56 se cierra con la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LRSV98), que siendo consciente de los efectos y límites de la STC 61/1997 se abstiene de introducir determinación urbanística, ni competencial, alguna.

Sin embargo, con la LS07 se abre un nuevo periodo y modelo de urbanismo, el modelo por la sostenibilidad (Baño León, 2007, p. 302), con el cual se va a iniciar el ensanchamiento del urbanismo de manera expresa.

Desde un punto de vista competencial, la LS07 y las sucesivas leyes de suelo hasta nuestros días (TRSL08, LES, RDL 8/2011, L3R y TRLSR) no han introducido modificación alguna, tanto porque es una competencia de las comunidades autónomas como porque ya resulta pacífico que su aplicación es de los ayuntamientos, todo ello sin perjuicio de los casos de intromisión de las comunidades autónomas sobre algunos ayuntamientos tratando de socavar sus competencias o por cuestiones de corrupción o funcionamiento anómalo (p. ej., caso del Ayuntamiento de Marbella y la Junta de Andalucía, pero que en todo caso fue censurado por el Tribunal Constitucional en la STC 154/2015, de 9 de julio y resuelto en favor del Ayuntamiento al amparo del principio de autonomía municipal).

Con todo, la LS07 instaura el modelo de la sostenibilidad en el urbanismo que, más allá de la noción generalista de asociar dicho concepto a la componente medioambiental, trasciende al concepto de la integralidad, vinculando los objetivos determinaciones de naturaleza, social, económica y medioambiental sobre todo en el ámbito urbanístico de acuerdo con la definición Brundtland del *desarrollo sostenible*.

En el caso del País Vasco, de manera conforme con la regulación precedente, son la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LvSU), la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda y la propia LILE las que atribuyen mayormente a los ayuntamientos la competencia urbanística, sin perjuicio de algunas determinaciones en favor de las diputaciones forales en el caso de los municipios más pequeños. Así, la LvSU establece las competencias de planeamiento en los arts. 84 a 110, las de gestión y ejecución en los arts. 131 a 188 y 194 a 196 y las de disciplina en el art. 241 de la LvSU.

En cuanto al concepto de urbanismo, si bien la LvSU es deudora del modelo clásico (LS56-LRSV98), trata de introducir diversos aspectos de la LS07 que ya se vislumbraban en el horizonte, singularmente en materia de vivienda y algunas cuestiones medioambientales, pero lejos de la revolución que se avecinaba.

No es objeto de este trabajo desgranar el proceso evolutivo de la incorporación de la sostenibilidad integrada, pero, no obstante, sí es posible identificar en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRUR) todas las notas que describen el cambio de objetivos y determinaciones que hacen del urbanismo una nueva materia y disciplina.

Partiendo del propio objeto de la Ley (TRLRUR 1.b), esta garantiza las condiciones básicas (CE 149.1.1.<sup>a</sup>) de un «desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». Como elemento de cierre del nuevo modelo (TRLRUR 3) establece el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible y para todo ello se va a valer de:

1. Unos criterios básicos de utilización del suelo (TRLRUR 20):
  - a) Que implican la justificación de la necesidad de transformar el suelo, por ser un bien escaso y difícilmente recuperable a su estado natural.
  - b) Desde la perspectiva social, se obliga a la reserva de un determinado porcentaje de viviendas protegidas en todas las actuaciones de urbanización a los efectos de garantizar el derecho de acceso a una vivienda (CE 47).
  - c) El planeamiento y la acción urbanística estará sujeta a la perspectiva de género, de la accesibilidad universal, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación, limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente y la prevención de riesgos naturales y accidentes graves derivados del cambio climático entre otros.
  - d) La integración del paisaje natural y urbano y el patrimonio histórico-cultural.
2. Unos instrumentos de evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, y garantía de la viabilidad técnica y económica de las actuaciones sobre el medio urbano (TRLRUR 22):
  - a) Integración de la evaluación de impacto ambiental.
  - b) La consideración de los riesgos naturales en todas las actuaciones.
  - c) Las perspectivas y determinaciones sectoriales:
    - I. Hidrológica.
    - II. Marítimo terrestre/costas y aérea.
    - III. Carreteras y ferrocarriles.
  - d) La consideración de la sostenibilidad económica, a través de la determinación de los impactos sobre las haciendas públicas y la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.
  - e) La viabilidad económica especial de las actuaciones sobre el medio urbano, con la reformulación del derecho de propiedad.
  - f) El seguimiento y evaluación del planeamiento en el tiempo.
  - g) La consideración de los efectos significativos sobre el medio ambiente.

Por tanto, como síntesis de estos dos análisis evolutivos expuestos, se pueden extraer dos conclusiones fundamentales:

1. Sin perjuicio de la evolución histórica de la organización administrativa del Estado, al menos desde el año 1955 la competencia de aplicación del urbanismo ha quedado residenciada en los municipios por ser una materia propiamente de índole local.
2. Desde una visión clásica tripartita del urbanismo definida por la Ley de Suelo de 1956 (planeamiento, gestión y disciplina urbanísticas), hemos pasado a un urbanismo de la sostenibilidad integrada que abarca toda una serie de materias que impactan en el medio físico rural y urbano, por tanto, configurando un urbanismo transdisciplinar.

### 3. CLASIFICACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS EN EL PAÍS VASCO

Si en el apartado 2 se ha analizado la evolución competencial en materia urbanística en el seno de la Administración municipal, en este apartado se procede a analizar los distintos tipos de ayuntamientos, puesto que dicha determinación no resulta inocua en cuanto a las posibilidades de su organización.

Por tanto, para clasificar los distintos ayuntamientos del País Vasco se procede a analizar, primero, las determinaciones de la regulación básica del Estado (CE 149.1. 18.<sup>a</sup>) y, en segundo lugar, las derivadas de la asunción de las competencias transferidas a Euskadi mediante el EAPV (CE 148.1.2.<sup>a</sup> y EAPV 10.4).

#### 3.1. Regulación básica

En el marco de la legislación básica del Estado es la LBRL la que regula y distingue los distintos tipos de municipios, diferenciando los de gran población y los de aplicación del régimen común (LBRL 19.3).

El art. 121 de la LBRL define dos vías de acceso a la condición de municipio de gran población: la poblacional, según la cuantía de habitantes del padrón (municipios que superen los 250 000 habitantes), y la de su condición de capital de provincia o que sea sede de instituciones autonómicas, sin perjuicio de otras posibles circunstancias especiales (municipios con más de 75 000 habitantes y dispongan de circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales).

A partir de esa categorización como municipio de gran población, la Ley habilita la posibilidad de disponer de un marco organizativo diferenciado:

1. Organización y atribuciones del pleno (LBRL 122 y 123).
2. Distribución mediante distritos (LBRL 123 y 128).
3. Atribuciones a la Junta de Gobierno Local (LBRL 126 y 127).
4. Disponer unos órganos superiores y directivos (LBRL 130).

En el caso del resto de municipios del régimen común su organización se regula en los arts. 19 a 24 de la LBRL (Funciones del alcalde –20 y 21–, del Pleno –22– y de la Junta de Gobierno Local –20, 21 y 23–), sin que a priori se haga categorización diferencial alguna entre este tipo de municipios.

Sin perjuicio de esta regulación dual, la DA2 de la LBRL habilita al País Vasco a poder dictar las leyes para su organización y funcionamiento (EAPV 10.4), cuya consecuencia no fue únicamente la promulgación de la denominada ley de territorios históricos (Ley 27/1983, de 25 de noviembre de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos), sino sobre todo, en el marco municipal, fue la promulgación de la LILE en el año 2016.

#### 3.2. Regulación del País Vasco

La LILE dictada como desarrollo de la DA2 de la LBRL, en virtud del EAPV 10.4 y de manera conforme con el CE 149.1 18.<sup>a</sup> (LILE EM II), va a replicar en parte la regulación organizativa y tipológica de los municipios con respecto a la regulación del Estado. Pero en igual medida, esta ley, pionera en varios aspectos como señalan diversos autores (Etxebarria, 2017, p. 360; García Romero, 2017, p. 2; Jiménez, 2017, p. 661; Romero, 2021, p. 12), va a introducir si no una categoría nominal expresa, una distinción para un tipo de ayuntamiento en virtud de un determinado umbral de población, lo que permite identificarlo como municipio intermedio.

Así, en el País Vasco podemos distinguir tres tipos de municipios: las tres capitales de los territorios históricos (Bilbao, Donostia-San Sebastián y Vitoria-Gasteiz), que gozan de la condición de municipios de gran población (LILE 27, 28, 42 y DA1); los municipios que, no siendo ninguno de los tres anteriores, tengan una población superior a los 40 000 habitantes (LILE 36.5), puesto que a nivel organizativo les permite disponer la habitual capacidad de distribución en concejalías e introducir la figura del DPP (al cual cabe investir de una serie de competencias que permiten reformular la organización de dichos ayuntamientos) y el resto de municipios equiparados a los del régimen común.

### 4. ESTUDIO DE LOS AYUNTAMIENTOS INTERMEDIOS

Atendiendo a la clasificación del apartado anterior y consultada la base de datos de población más actualizada disponible (Fuente: INE, año 2023), son seis los municipios (cinco de Bizkaia y uno de Gipuzkoa)

que cumplen la condición de disponer de más de 40 000 habitantes y no ser capitales de provincia: Barakaldo (Bizkaia, 101 229 hab.), Getxo (Bizkaia, 776 104 hab.), Irún (Gipuzkoa, 62 920 hab.), Santurtzi (Bizkaia, 46 057 hab.), Portugalete (Bizkaia, 44 629 hab.) y Basauri (Bizkaia, 40 413 hab.).

#### 4.1. Justificación del estudio

La justificación del estudio de los seis ayuntamientos del País Vasco, denominados intermedios, reside en la conveniencia del análisis de la implantación pionera de un cambio organizativo y de gestión en la esfera municipal que brinda la LILE para los municipios que no disponen de la condición de gran población y que, por tanto, disponen de recursos y estructuras muy diferentes a aquellos.

En todo caso, los seis municipios señalados comparten una serie de rasgos entre sí:

1. Se ubican en la esfera metropolitana de dos de las capitales de los territorios históricos del País Vasco, en las conurbaciones metropolitanas de Bilbao y Donostia, con la tensión gravitacional que supone en servicios y estándares ciudadanos.
2. Desde un punto de vista poblacional, los seis municipios aglutinan el 16 % de la población del País Vasco, frente al 35 % de las tres capitales y el 49 % de los 243 municipios restantes: un tercio de la población de Bizkaia y el 13 % de la población de Gipuzkoa.
3. Todos tienen problemáticas urbanas comunes y análogas: desequilibrios demográficos, sociales y económicos, junto a problemáticas medioambientales de distinto impacto (inundabilidad, suelos y tejidos industriales obsoletos, etc.) e incidencia sustantiva de importantes infraestructuras sectoriales (puertos de interés general, aeropuertos e infraestructuras ferroviarias de la red nacional de primera magnitud).
4. Los seis municipios tienen que afrontar el importante problema urbano de la obsolescencia en sus edificaciones, urbanizaciones, dotaciones y equipamientos para garantizar la prestación de servicios públicos, los derechos ciudadanos y afrontar los retos que la sostenibilidad integrada demanda.
5. Desde el punto de vista urbanístico, con excepción del municipio de Irún (su PGOU fue aprobado definitivamente en 2015), todos tienen que afrontar el reto de adaptar su planeamiento (con las consiguientes derivadas a las materias de gestión, disciplina y otras cuestiones sectoriales) a las directrices de ordenación del territorio (Decreto 128/2019, de 30 de julio, por el que se aprueban definitivamente las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco) y a la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LvSU), ya que todos los planeamientos son deudores de una ley no vigente, la LS90/TRLR92. Esta adaptación supone un cambio conceptual, organizativo y técnico en todos los planos.

#### 4.2. Delimitación de casos

De acuerdo con lo expuesto hasta este punto podemos constatar no solo que los ayuntamientos son las entidades administrativas en quienes recae la aplicación de la competencia urbanística, sino que esta se ha visto ampliada desde su división tripartita original (planeamiento, gestión y disciplina) hasta un urbanismo basado en la sostenibilidad integrada y en la intervención en lo ya existente.

Igualmente, se ha descrito la distribución tipológica tripartita de los municipios vascos con respecto a las singularidades de su organización (gran población, intermedios y resto de municipios).

Por tanto, escogidos o delimitados los seis municipios objeto de este trabajo, procede describir las distintas concejalías o áreas en las que organizan la materia urbanística bajo esa concepción amplia y abarcadora del nuevo urbanismo, analizando en cada municipio la distribución de su personal asesor, jefaturas, técnicos de distintas categorías (A1 y A2) y personal administrativo (C1 y C2) según establece el art. 76 del TRLEBEP. Para ello, se han consultado las páginas web municipales, sus portales de transparencia y los boletines oficiales de los territorios históricos respectivos, donde se publican las relaciones de puestos de trabajo (RPT) de cada uno de los seis municipios.

Paralelamente a la libertad de autoorganización que dispone cada ayuntamiento (en función del número de habitantes dispone de número distinto de concejalías), los equipos de gobierno respectivos tienen un diferente grado de representación, lo que incide en la organización de las concejalías y áreas (aunque todos los equipos de gobierno gozan de mayoría absoluta) (datos del periodo 2019-2023):

1. Barakaldo: 19 concejales del equipo de gobierno de un total de 27 concejales.
2. Getxo: 14 concejales del equipo de gobierno de un total de 25 concejales.
3. Irún: 17 concejales del equipo de gobierno de un total de 25 concejales.
4. Santurtzi: 15 concejales del equipo de gobierno de un total de 21 concejales.
5. Portugalete: 15 concejales del equipo de gobierno de un total de 21 concejales.
6. Basauri: 15 concejales del equipo de gobierno de un total de 21 concejales.

Sin perjuicio de este factor y las distintas denominaciones que adopta cada ayuntamiento, para cada área o concejalía existe un tronco común identificable en:

- a) Planeamiento, gestión y disciplina urbanística.
- b) Obras públicas, infraestructuras y servicios de municipales.
- c) Patrimonio y vivienda, desdoblándose en algunos casos por la existencia de una sociedad municipal de vivienda.
- d) Medioambiente.

### 4.3. Evaluación comparativa de los seis casos

Como se ha indicado anteriormente, para realizar la evaluación comparativa se ha seguido la siguiente metodología:

1. Se han ordenado los municipios de mayor a menor según el número de habitantes, de acuerdo con los datos estadísticos del INE del año 2023 (últimos disponibles).
2. Se han consultado las bases de información municipal disponibles, tanto en sus páginas web y portales de transparencia como la consulta de los boletines oficiales de Bizkaia y Gipuzkoa en sus casos respectivos y los informes de auditoría disponibles en el caso de las distintas sociedades municipales.
3. En cada concejalía se han desglosado las áreas y subáreas según la organización respectiva.
4. En cada área y subárea se han desglosado el personal en las siguientes categorías (referenciadas a los grupos y subgrupos descritos en el TRLEBEP 76):
  - a) *Directivos*. Se constata que todos ellos son cargos de designación política y, por tanto, tendrían más la notación de asesores, no pudiendo ser enmarcados ninguno de ellos en el seno de la nueva figura del director público profesional.
  - b) *Jefaturas de servicio o unidad*. Son personal funcionario de categoría A1 con dos orígenes o perfiles, técnico o jurídico.
  - c) *Técnicos A1*:
    - Arquitectos.
    - Ingenieros, industriales o de caminos, canales y puertos u otras especialidades.
    - Juristas.
  - d) *Técnicos A2*:
    - Arquitectos técnicos y aparejadores.
    - Ingenieros técnicos industriales o de obras públicas.
  - e) *Personal administrativo*:
    - Administrativos y otras titulaciones (delineantes, topógrafos, etc.).
    - Auxiliares administrativos.
5. Extraída la información anteriormente descrita, se ha procedido a analizar las ratios en cada grupo y en total por cada 10 000 habitantes, al efecto de poder realizar una comparación ponderada. Se considera que la ratio de personal por cada 10 000 habitantes resulta idónea para efectuar la comparación, por cuanto que el parámetro poblacional es el determinante a efectos de ingresos y gastos públicos, así como para el despliegue de los servicios públicos junto con el parámetro de extensión superficial. Si bien es cierto que este segundo factor se ha detectado menos relevante y concluyente, dado que la conformación histórica de cada municipio es muy diferente (p. ej. las villas históricas –que fueron conformadas detrayendo suelo de las anteiglesias contiguas–, tales como Irún y Portugalete, que son el municipio más grande y el más pequeño en extensión respectivamente y no tienen una correlación con la población).

Para ver los datos concretos y análisis particularizados de cada uno de los seis ayuntamientos, consúltese el anexo de este trabajo.

#### 4.4. Síntesis de los municipios analizados

De los seis casos analizados cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. La distribución de concejalías, áreas y subáreas es diversa en cada caso, pero existe una cierta concentración temática en las materias de urbanismo, infraestructuras y servicios, vivienda y medioambiente.
2. Todos los municipios disponen de personal directivo, pero ninguno es tipificable como DPP y son todos cargos de confianza política.
3. Existe una fluctuación entre las jefaturas de servicio y el personal A1, atribuible en gran medida a la evolución de dicho personal en cada ayuntamiento, a la definición de un cierto grado de jerarquía y a la necesidad de retribución adicional de un personal altamente cualificado (la jefatura implica un aumento de retribución salarial).
4. Cabe extraer un coeficiente de diseño o de plantilla por cada 10 000 habitantes (su valor promedio es 6,05 personas/10 000 hab.), si bien se observa una clara tendencia a que, cuanto más poblado es el municipio se produce una mayor sinergia u optimización de recursos humanos.
5. De los seis municipios cabe observar una segmentación en dos bloques, los más grandes (por encima de 60 000 habitantes, Barakaldo, Getxo e Irún) con un coeficiente medio de 5,54 personas/10 000 habitantes, y los tres restantes, que se encuentran más cerca del límite legal de los 40 000 habitantes, cuyo coeficiente medio es de 6,56 personas/10 000 habitantes.
6. En todo caso, se pueden extraer unas ratios de diseño organizativo, cuando menos a efectos dimensionamiento orientativo:
  - Directivos: 0,33 personas /10 000 hab.
  - Jefaturas de servicio: 0,62 personas/10 000 hab.
  - Técnicos A1: 0,85 personas /10 000 hab.
  - Técnicos A2: 1,45 personas /10 000 hab.
  - Administrativos: 2,80 personas /10 000 hab.
  - TOTAL: 6,05 personas /10 000 hab.
7. Resulta propicio indicar que todas las áreas deben disponer de una jefatura de servicio, siendo recomendable que la misma tenga preferentemente un perfil técnico, a fin de que pueda tener una noción más específica de la materia, así como transversal con el resto de áreas también de perfil técnico.

Sin perjuicio de los datos, análisis y conclusiones alcanzadas, y en lo que se refiere a uno de los objetivos del presente trabajo, la figura del DPP, se puede observar que cuantitativamente queda suficientemente justificada su provisión, al menos para estos seis municipios, si bien la naturaleza actual de designación política y no orgánica del puesto (con sus correspondientes, funciones, atribuciones, potestades y responsabilidades) limita considerablemente sus capacidades y posibilidades de poder alcanzar los objetivos estratégicos y políticos que se quieran definir en cada administración.

Ante este escenario la LILE nos aporta una nueva alternativa, la definición y habilitación de la nueva figura del DPP con unas nuevas posibilidades orgánicas y funcionales.

#### 5. LA LILE, LA LEPV Y EL NUEVO ESCENARIO PARA EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DIRECTIVA

Adicionalmente a lo ya descrito en el apartado 2 sobre la evolución histórica de la competencia municipal sobre el urbanismo, y siguiendo la estela de la conclusión extraída en el apartado 3 sobre el estudio de los ayuntamientos intermedios del País Vasco, la LILE ha venido a desarrollar la figura del DPP, ahora completado por la LEPV con carácter supletorio (LEPV 31.1). Pero antes de entrar a analizar su regulación y determinaciones es necesario realizar una descripción somera de su evolución en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, a pesar de las intenciones, no ha sido hasta recientes fechas y en el caso único del País Vasco (a raíz de su inclusión en la LILE y refuerzo con la LEPV) que es posible su implantación en ayuntamientos distintos de los de gran población.

## 5.1. Antecedentes

Desde un punto de vista histórico y para el análisis de la figura del personal directivo podemos fijar como punto de partida la dicción original de la LBRL y su posterior texto refundido del año 1986, que en su art. 176 sobre el personal eventual y laboral señalaba que deberían figurar en la RPT y que en ningún caso el desempeño del mismo constituía mérito para el acceso a la función pública o a la promoción interna. Sin embargo, esta regulación solo sirvió para una cosa, para la designación del personal de confianza o asesores, ya que no se produjo proceso, ni selección de DPP alguno de acuerdo con dicha regulación (Romero, 2021, p. 3).

En el marco de la regulación local, el siguiente hito fue la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que fue la primera ley en recoger el término *directivo público* en su art. 23, pero que en todo caso se limitaba a los técnicos de la Administración Civil del Estado. Aunque también es cierto que la LOFAGE sirvió para que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local recogiera ese mismo perfil, pero de forma limitada a los municipios de gran población, tal y como recoge en la actualidad el art. 130.1.B de la LBRL (Jiménez, 2009, p. 10-11; Blanco, 2010, pp. 192-198; Carrillo, 2020, pp. 51-52; Romero, 2021, pp. 4-5): los coordinadores generales de cada área o concejalía; los directores generales; el titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local; el titular de la asesoría jurídica; el secretario general del Pleno; el interventor general municipal y el titular del órgano de gestión tributaria.

Como se puede observar, el art. 130.B.1 de la LBRL recoge siete supuestos de órganos directivos posibles en las entidades públicas locales de gran población,

diferenciando entre éstos los de carácter necesario y los de carácter potestativo. Dentro de los primeros, el titular de la asesoría jurídica, el Secretario General del Pleno, el Interventor General, el titular de órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y el Concejal-Secretario de la misma, así como los titulares de los órganos de dirección de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales de la entidad. Respecto a los de carácter potestativo, se incluyen los Coordinadores Generales y Directores Generales: los primeros dependientes de la Junta de Gobierno Local, siendo su número variable y determinado por el Alcalde, y los segundos, dependientes a su vez de los Coordinadores Generales y de número igualmente variable determinado por el Alcalde, culminando estos la organización administrativa dentro de cada una de las grandes Áreas o Concejalías (Romero, 2021, p. 4).

Sin embargo,

estos puestos directivos no pueden ser asimilados al personal eventual, siendo compatible su existencia con la de estos, y correspondiendo su creación al Pleno de la Corporación, por mayoría absoluta, perteneciendo su nombramiento y cese de manera libre a la Junta de Gobierno Local, no cesando necesariamente cuando finaliza el mandato de esta. Son nombrados sin convocatoria pública y debiendo ostentar el requisito de ser funcionario de carrera de las Entidades Locales, Comunidades Autónomas, Estado o Funcionario de Habilitación de carácter nacional, correspondientes al Subgrupo A1 de clasificación, salvo que se exceptione por el Pleno en atención a las características específicas del puesto directivo. Además, los nombramientos han de efectuarse motivadamente de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada» (Romero, 2021, p. 5).

Tal y como indica art. 130.3 de la LBRL:

El nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

Con la modificación de la LBRL por la LRSAL se produce la aclaración sobre el personal directivo de las provincias, cabildos y de los municipios de gran población (LBRL 32bis<sup>1</sup>), pero nada se dice con respecto los restantes municipios, los de régimen común (Bacigalupo, 2014, pp. 330-333; Carrillo, 2020, p. 52).

<sup>1</sup> Art. 32 bis. Personal Directivo de Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares: «El nombramiento del personal directivo que, en su caso, hubiera en las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares deberá efectuarse de acuerdo a criterios de competencia

Posteriormente, tras la derogación de la LOFAGE por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (DDU), es la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) la que contiene la regulación básica del personal público directivo, concretamente en su art. 13 sobre el personal directivo profesional:

El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Señala Romero (2021, p. 7) que el art. 13 del EBEP define el personal directivo de una manera ecléctica entre las tradicionales concepciones orgánicas y funcionales, al disponer que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, es decir, se refiere tanto a las funciones a desempeñar como a quién las desempeña.

En cuanto a su designación, se dispone que atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. Es decir, por un lado, efectúa la traslación de los principios constitucionales de acceso al empleo público, mérito y capacidad (CE 103), muestra del deseo de profesionalización de la función directiva y suponiendo el tránsito de procedimientos discrecionales a reglados en la selección, aunque, por otro, mantiene ciertos tintes de discrecionalidad dada la formulación genérica con la que el EBEP recoge tales principios de mérito y capacidad.

Igualmente, especial mención requiere lo novedoso del art. 13.3 del EBEP al someter a evaluación al personal directivo, «con arreglo a criterios de eficacia, eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de los resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados», precepto sin duda trascendente.

En consecuencia, autores como Jiménez (2009, p. 14) y Romero (2021, p. 7) interpretan que

en el ámbito local, a partir de ese momento, nada debía impedir que la propia entidad local en el ejercicio de sus potestades de autoorganización aprobara un reglamento de desarrollo de las previsiones del art. 13 EBEP, existiendo, además, opiniones relevantes que consideran que tras el EBEP ha de entenderse derogado el art. 176.3 del Texto Refundido y normas autonómicas de desarrollo de la misma naturaleza, en orden a la imposibilidad de que el personal eventual pueda realizar funciones de naturaleza directiva, centrándose solamente en las de asesoramiento especial o confianza, ex art. 12 de la misma norma.

Continúa Romero (2021, p. 8) cuando dice:

Bien es verdad de que en muchos de los municipios de régimen común, este espacio que estaría reservado al personal directivo, viene ejerciéndose por el personal funcionario de habilitación de carácter nacional, especialmente en los municipios pequeños o medianos, si bien en su configuración legal no están concebidos como el tipo de directivos que estamos tratando, con independencia de que se les atribuya este carácter, más de tipo formal, y que miembros de

---

profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente Reglamento Orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario».

tal cuerpo hayan desarrollado competencias directivas o se hayan formado para ejercerlas a lo largo de su trayectoria profesional, pero siendo en todo caso sus funciones las reservadas en la normativa reguladora (Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, y normativa conexas).

Sin embargo, a pesar de estas proactivas opiniones doctrinales, la STS 4148/2019 de 17 de diciembre de 2019<sup>2</sup> vino a limitar el alcance de la regulación básica en su interpretación del art. 13 del TRLRBP. En este recurso, de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, se analizó la posibilidad ejercida por la Diputación Provincial de Cáceres para regular en su reglamento orgánico la figura del personal directivo profesional, tal y como recoge el acuerdo segundo del auto de admisión del recurso de casación, recogido a su vez en el antecedente de hecho tercero de la STS 4148/2019. Las cuestiones objeto de formación de jurisprudencia fueron las siguientes:

1. Si el art. 13 TREBEP es relevante y resulta de aplicación en la determinación de las competencias de los entes locales para la regulación de su personal directivo.
2. Si entra dentro de las competencias de los entes locales y, en particular, de las Diputaciones Provinciales la regulación de su personal directivo.
3. Si existe una reserva de ley en la regulación del personal directivo de los entes locales y, en ese caso, qué grado de densidad normativa se ha de contener en la norma de rango legal para entender satisfecha la reserva de ley sin menoscabo de la potestad de autoorganización de los entes locales.

Tras realizar un repaso sobre la evolución normativa de la figura del DPP en el FJ4 de la STS 4148/2019, la sentencia explica la jurisprudencia sobre la misma:

También impone la aplicación del régimen del art. 75.7 al personal directivo local.

Las conclusiones que pueden extraerse de los anteriores preceptos son las siguientes: (i) ninguno de ellos confiere atribución alguna a las entidades locales para regular el personal directivo; (ii) el art. 13 del Estatuto Básico –ya lo hemos dicho– no las apodera para adentrarse en esta materia: sólo habilita al Gobierno y a las Comunidades Autónomas; (iii) del art. 85 bis solamente resultan las facultades de decidir si los puestos directivos los desempeñan funcionarios, laborales o profesionales del sector privado, o sea, prácticamente lo mismo que el art. 32 bis, y de fijar sus retribuciones; (iv) la disposición adicional décimo quinta se refiere a las directrices generales que dicte el ente local, no sobre el régimen del personal directivo, sino sobre las funciones de gestión o ejecución de carácter superior de las que se encargue y en materia de incompatibilidades.

Así, pues, vemos que las concretas y muy específicas atribuciones a los entes locales sobre el personal directivo conducen a la misma conclusión a la que apunta el art. 32 bis: se prevén porque no tienen competencia para dictar regulaciones generales de desarrollo del art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público ya que, si la tuvieran serían innecesarias.

Por otro lado, hay que decir que la autonomía garantizada constitucionalmente, al igual que las potestades del art. 4.1 a) –reglamentaria y de autoorganización– no son, por sí solas, título suficiente para ejercer cualquier tipo de competencia regulatoria, pues no pueden utilizarse en contra de previsiones legales específicas ya que la Ley delimita una y otra. Y, en este caso, al igual que en otros extremos del régimen de los empleados públicos, el legislador ha confiado, con un criterio que no es irrazonable y, por tanto, no puede considerarse contrario a la autonomía local ni a sus corolarios de autonormación y autoorganización, que sean el Gobierno o las Comunidades Autónomas los que se encarguen de desarrollar el art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Y es en el FJ5 donde queda fijado el criterio definitivo y se determina el límite para la disposición del directivo profesional, que no es otro que una ley básica o una autonómica sobre función local así lo habilite.

QUINTO.- La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión. Las consideraciones expuestas llevan a responder a las cuestiones que nos ha sometido el auto de admisión diciendo que del art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta la habilitación a los entes locales para regular el régimen jurídico de su personal directivo.

Como recoge Romero, en referencia al profesor Jiménez Asensio, esta sentencia ha supuesto un retroceso y un «amedrentamiento» normativo por parte de las CC. AA., como en el caso catalán, que ha llevado

<sup>2</sup> CENDOJ: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/714f036634ce4790/20200108>

a regular la figura únicamente para entidades comarcales, pero en todo caso supramunicipales. Dicha sentencia coarta la capacidad de autoorganización municipal, incluso de manera conforme con sus reglamentos orgánicos de funcionamiento, lo que supone un choque con la interpretación que sobre la figura del DPP realiza la Carta Europea de Autonomía Local y recoge el propio voto particular de la sentencia (Etxebarria, 2016, p. 444, y en igual sentido Romero, 2021, p. 14).

De manera resumida para el ámbito municipal, la LBRL únicamente habilita la figura del DPP para los municipios de gran población (LBRL 130.1.B). En el caso de los municipios de régimen común no es posible esa figura salvo que una ley autonómica de regulación de las Administraciones locales lo habilite, cuestión que precisamente la DA 2.7 de la LBRL ya induce a que se pueda producir en el caso del País Vasco (Régimen Foral Vasco), siempre de manera conforme con el art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE.

## 5.2. Regulación del País Vasco

Como ya se ha indicado, una de las novedades de la LILE es precisamente la definición de la figura del DPP, obviamente solo para el País Vasco (Jiménez, 2017, p. 661).

La LILE define la figura y condiciones del DPP en sus arts. 36 a 41 y en la DT 12. Adicionalmente, la LEPV (arts. 31 a 39, DA10, DT2 y DT13) profundiza con carácter supletorio en la definición de la figura del DPP para todas las Administraciones vascas.

Una vez más conviene resaltar que esta ley pionera y conforme tanto con la LBRL y el TRLEBEP, se dicta de acuerdo con el EAPV 10.4 y

pretende reforzar institucionalmente los gobiernos locales vascos por medio de la posibilidad de inserción (pues se trata de una potestad en todo caso discrecional de cada entidad local) de la figura del personal directivo público en la organización municipal. La profesionalidad en el proceso de designación se fundamenta principalmente en la necesidad de que las directivas y directivos públicos deban acreditar previamente determinadas competencias, sin perjuicio de que por parte del órgano competente de cada entidad local, acreditadas esas competencias mínimas, se pueda proceder a designar a tales cargos con unos márgenes razonables de discrecionalidad (LILE EM VI; en igual sentido, Rodríguez, 2018, p. 56).

El art. 36 de la LILE define los puestos directivos públicos de las entidades locales en función de la competencia de autogobierno (36.1) y para ello establece un límite objetivo, los municipios que tengan más de 40 000 habitantes censados en el padrón, aunque las tres capitales ya disponían de dicha posibilidad en virtud de los arts. 121 y 130 de la LBRL.

Las funciones del DPP podrán ser (LILE 36.5):

- a) Los puestos que asuman funciones de coordinación general, gerencia municipal, direcciones de área o gerencias de sector, de la estructura administrativa de las entidades locales.
- b) Los puestos de máxima responsabilidad de los organismos públicos, sociedades mercantiles, consorcios o fundaciones de sector público local.
- c) Asimismo, siempre que así se acuerde por el órgano competente, podrán tener la consideración de directivos los puestos de mayor responsabilidad de las estructuras o de los programas que se creen para desarrollar proyectos de gestión o encomienda especial de carácter temporal con la finalidad de desarrollar o impulsar, por razones excepcionales o coyunturales, una determinada política sectorial. Tales puestos directivos no tendrán naturaleza estructural y se amortizarán cuando finalice el proyecto de gestión o la encomienda especial.

Siendo competencia del pleno, a propuesta de la Alcaldía (LILE 36.2), su designación e integración en las áreas que se establezcan y se realizará mediante su inclusión en el instrumento de ordenación de los puestos de trabajo municipal (RPT).

No obstante, esta figura dispone de una regulación jurídica diferenciada, tanto con respecto a los funcionarios con habilitación nacional (que habitualmente estaban llamados a ocupar estos puestos) como a la de los asesores de designación política y el resto de empleados públicos municipales (LILE 36.4). Su nombramiento o la formalización del correspondiente contrato laboral será de alta dirección por parte de la entidad local y será competencia de la presidencia de la entidad de acuerdo con lo que se prevé en la LILE.

En cualquier caso, el acceso a la condición de DPP pasa por ser, alternativamente, funcionario de carrera o laboral fijo y, excepcionalmente, que no tenga la condición de empleado público (LILE 37.2). Sin

perjuicio de lo cual, es requisito disponer de la titulación de grado o equivalentes a los efectos de acceso al empleado público (LILE 37.3 y LEPV 34.1) y aquellas otras que se definen en la LEPV.

En cuanto a las funciones de los DPP, la ley distingue entre los empleados comunes y los funcionarios con habilitación nacional, a los que reserva las funciones de las competencias de las escalas y subescalas de funcionarios en la normativa de régimen local. No obstante, los DPP les podrán ser atribuidas las siguientes funciones:

- a) Dirección y coordinación técnica del área, o de las distintas áreas en el caso de la coordinación general o gerencia municipal o de la entidad del sector público, función que implicará impulsar la planificación estratégica y operativa con la finalidad de alinear la política y la gestión.
- b) Dirección y gestión técnica de los servicios y del personal asignado, en su caso, a cada área, organismo autónomo o entidad instrumental.
- c) Propuesta de la política presupuestaria del área y gestión de su ejecución.
- d) Impulso de la administración electrónica, la transparencia y el gobierno abierto, así como la escucha activa y la participación ciudadana, en su ámbito de actuación.
- e) Garantía de la rendición de cuentas en aquellas materias atribuidas a su gestión.
- f) Promoción de la innovación permanente en su área, organismo autónomo o entidad de actuación.
- g) Seguimiento y evaluación de las políticas y del personal asignado a su área, organismo o entidad.
- h) Elaboración de informes y propuestas de resolución.
- i) Cualquiera otras que, a través de la estructura organizativa que se adopte por cada entidad local, se les puedan asignar, por su proximidad material o por la especial cualificación del personal, y que deban desarrollar de manera complementaria.

El art. 39 define el régimen jurídico del DPP, que en todo caso será conforme con lo previsto en la regulación básica estatal (LBRL y TRLEBEP) y con lo previsto en la legislación vasca de empleo público (ahora la LEPV). Adicionalmente, la regulación laboral del DPP, que se define como una regulación laboral de alta dirección (LILE 39.2), quedará sometida al régimen de incompatibilidades de la regulación básica (LBRL DA15 y TRLEBEP DF3 en referencia a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas) y del marco vasco de empleo público (LEPV 39.5), así como a lo referido a los conflictos de intereses, códigos de conducta y régimen sancionador que cada ayuntamiento disponga (LILE 39.3 y 39.4).

El puesto de DPP se deberá cubrir mediante convocatoria pública y sin perjuicio de la capacitación pública específica que establece el LEPV y que, en todo caso, deberá estar especificado en el instrumento de ordenación de empleo y/o la RPT del ayuntamiento respectivo y en los requisitos del puesto de la convocatoria.

Entre los requisitos específicos, además de poder exigirse una formación específica de postgrado en función pública o de gestión administrativa de recursos (LILE 40.4), el DPP deberá tener una experiencia mínima en el sector público o privado en las siguientes funciones (LILE 40.3): funciones directivas, gestión de personas, gestión de recursos económicos y gestión de recursos tecnológicos.

A su vez, cabe indicar que el proceso de acreditación de la capacitación podrá ser realizado por el propio ayuntamiento, el Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP) o una empresa externa, pero siempre salvaguardando los principios de mérito, capacidad, publicidad y concurrencia (LILE 40.7 y 40.8) (Etxebarria, 2016, pp. 413-414; 2017, p. 360).

No obstante, y a diferencia de la habitual figura del asesor político en los ayuntamientos que suele estar ligada a la discrecionalidad y confianza de los cargos electos y a la correspondiente duración de las legislaturas de estos, el DPP tiene unos rasgos diferenciadores:

1. Su elección deberá producirse mediante procedimiento de concurrencia pública y su designación solo puede producirse entre los que concurran a la convocatoria (LILE 40.9).
2. El nombramiento y contratación le inviste de la capacidad de ejercer las funciones y potestades atribuidas al puesto (LILE 40.10).
3. Su nombramiento conlleva la continuidad en el puesto de trabajo, siempre que los resultados de la evaluación de su gestión sean satisfactorios y al menos hasta el 31 de diciembre del año en que se celebren las siguientes elecciones municipales (LILE 40.11).
4. Está sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados, todo ello en relación con las metas y objetivos que le hayan sido fijados. En todo caso, esas metas y objetivos se establecerán en un acuerdo de gestión en un plazo

máximo de tres meses desde el nombramiento y podrán ser redefinidos en función de las políticas públicas que se impulsen en cada momento (LILE 41.1).

Como indican tanto García Romero (2017, p. 11) como Etxebarria (2017, p. 359), la LILE enfoca la figura del DPP desde la perspectiva de su función y su finalidad, definiendo un nuevo régimen de vínculo personal que va más allá de la legislación básica, aun siendo conforme con ella (incluso con la STS 4148/2019). Además, define prácticamente la guía para su implantación para los seis municipios vascos indicados y seguramente para el resto de municipios vascos en el futuro (Jiménez, 2017, p. 661; Romero, 2021, p. 10).

La regulación se cierra con la DT 12 de la LILE, que define el régimen transitorio hasta que se promulgase la LEPV (que entró en vigor el 7 de enero de 2023 según la DF 5 LEPV, BOPV).

### **5.2.1. Ley Empleo Público Vasco (LEPV)**

Tal y como señala su exposición de motivos, la Ley de Empleo Público Vasco (LEPV) entronca directamente con ese largo proceso de racionalización y modernización de la función pública en un camino que se inició con la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca como puesta en marcha de un modelo que dio cobertura a las políticas de empleo público de las diferentes Administraciones públicas vascas.

Igualmente, y sin perjuicio de las singularidades derivadas de cada Administración vasca y de sus potestades de autoorganización, la LEPV incorpora el marco legal necesario para poder implantar la dirección pública profesional, definida como «aquel conjunto de puestos de trabajo que cada administración pública determina de tal naturaleza en uso de sus potestades de autoorganización» (EM V).

La LEPV define con carácter general «quiénes tendrán la consideración de personal directivo público profesional, añadiendo a continuación una descripción de las funciones que permiten a la Administración identificar, en el marco de su capacidad de autoorganización, la naturaleza directiva de los puestos y los requisitos para su desempeño». No obstante, de acuerdo con el principio de respeto y capacidad de autoorganización de las entidades locales, remite a que sea la LILE quien regule la figura de la dirección pública profesional, estableciendo que la LEPV opera únicamente con carácter supletorio.

En consecuencia, únicamente se van a destacar aquellos elementos que complementan la regulación del DPP que no fueron recogidos en la LILE y que ahora se contienen en la LEPV. Las determinaciones de aplicación a las Administraciones locales de carácter municipal añadidas en la LEPV son:

1. La distinción de los DPP de los cargos de nombramiento político, por cuanto que a los segundos les resulta el Estatuto Jurídico del Personal Alto Cargo (LEPV 32.2).
2. La necesidad de que el puesto de DPP sean recogido en los instrumentos de ordenación de empleo y/o RPT de cada ayuntamiento (LEPV 33.1) y será donde se fijen los requisitos específicos de cada puesto (LEPV 34.2).
3. La definición con carácter preferente de las siguientes funciones del DPP (LEPV 33.2):
  - a) Establecimiento y evaluación de objetivos.
  - b) Participación en la formulación y ejecución de políticas públicas adoptadas por los niveles de dirección política.
  - c) Planificación, coordinación, evaluación, innovación y mejora de los servicios y proyectos de su ámbito competencial, bajo la inmediata supervisión de los órganos de dirección política.
  - d) Dirección de personas, gestión de recursos y ejecución del presupuesto en el ámbito de sus competencias.
  - e) Cumplimiento de sus objetivos, ajustándose a las directrices generales establecidas por los órganos de gobierno del ayuntamiento.
  - f) Puesta en marcha y desarrollo de las políticas públicas.
4. La preceptividad de elaborar una monografía del DPP que describa las competencias del puesto, que quedaran estructuradas, al menos, con los siguientes apartados (LEPV 35.2):
  - a) Conocimientos mínimos exigidos.
  - b) Experiencia profesional mínima en puestos de trabajo del mismo o similar ámbito funcional, así como, en su caso, los programas de formación que serán valorados en el proceso de provisión del puesto directivo.
  - c) Otras competencias vinculadas con el correcto desempeño del puesto de trabajo.

5. Si bien la inclusión del puesto de DPP en el instrumento de ordenación no será objeto de negociación colectiva, sí deberán incluirse las siguientes cuestiones en su descripción (LEPV 36.2):
  - a) Denominación del puesto de trabajo.
  - b) Los requisitos generales y su eventual reserva a personal funcionario de carrera o laboral fijo de la Administración o, incluso, a quienes no tienen la condición de empleados públicos.
  - c) Requisitos y competencias específicas del puesto.
  - d) En los casos en que tales puestos de naturaleza directiva se encuadren dentro del sistema de función pública, grado o grados de desarrollo profesional requeridos para su cobertura, en los supuestos en que se haya implantado un sistema de carrera profesional o, en su caso, el grado personal consolidado requerido asimismo para su cobertura.
  - e) Perfil lingüístico del puesto de trabajo y fecha de preceptividad.
  - f) Las retribuciones complementarias y, especialmente, el porcentaje máximo de las retribuciones variables que se podrán percibir en el caso de superar o alcanzar los objetivos previstos de acuerdo con lo que se determine en los respectivos presupuestos de la entidad con las limitaciones porcentuales previstas en la ley (5-15 % de la retribución fija sin contar antigüedad y complementos, sujeto a los criterios de la Comisión de Coordinación del Empleo Público).
  - g) Periodo mínimo de desempeño, con un mínimo de cinco años.
6. La regulación se completa con la definición del proceso de nombramiento (LEPV 37), de las responsabilidades y su evaluación (LEPV 38) y el régimen jurídico del puesto (LEPV 39).

### 5.3. Síntesis

La LILE, siendo una ley conforme con la regulación básica del TRLEBEP, es una ley pionera que, adicionalmente a la regulación para los municipios de gran población, habilita la posibilidad para que los ayuntamientos del País Vasco denominados intermedios (de más de 40 000 habitantes) puedan disponer de la figura del DPP y así poder responder a sus objetivos y desplegar sus políticas públicas.

La LILE no solo define la figura del DPP, sino que concreta sus funciones en una posición intermedia entre lo político y lo técnico-administrativo, el acceso a la condición DPP (vía concurso público) y la naturaleza de su nombramiento, contratación y cese.

Pero donde la LILE es notablemente innovadora es en la posibilidad que asignar al DPP las funciones de dirección y coordinación técnica de las áreas, tanto en cuanto a planificación estratégica, operativa de los servicios y de personal, la definición de la política presupuestaria, así como la implantación y desarrollo de las políticas innovadoras y su evaluación. Todo ello supone la introducción de un modelo gerencial y profesional que supera esa vieja visión dual y a veces desconectada de la política y lo administrativo.

El único hueco normativo que tiene la LILE es la regulación concreta del acceso al puesto del DPP, tanto en los instrumentos de su definición, integración en las estructuras municipales, el procedimiento de acceso y la acreditación de competencias profesionales. Esas lagunas o aspectos concretos precisamente se recogen en la LEPV, con la que, a falta del desarrollo reglamentario de ambas leyes, será posible cerrar el sistema para la implantación de la figura del DPP en el País Vasco mediante la definición del puesto en el instrumento de ordenación de puestos de trabajo y/o seno de la RPT de cada Ayuntamiento y su correspondiente monografía del puesto.

## 6. DEFINICIÓN DE LA FIGURA DEL DIRECTOR PÚBLICO PROFESIONAL PARA EL ÁREA DE URBANISMO DE UN AYUNTAMIENTO INTERMEDIO EN EL PAÍS VASCO

A la hora de definir esta figura es preciso reconocer que la misma debe responder y responde a una triple condición: la gestión de lo político, lo público-administrativo y la gestión del urbanismo.

Frente a no pocos formadores y profesionales que opinan que la dirección y gestión es inocua o puede ser indistinta al objeto concreto que manejan, nada más lejos de la realidad. Ciertamente es uno de los problemas de la filosofía gerencial y empresarial que de unos años para aquí parece imperar en los centros formativos, en el mundo de la gestión y nuestra sociedad en general, donde un gerente, gestor o *manager* puede dirigir *cualquier cosa* (al fin y al cabo, parece que únicamente se trata de gestionar problemas y personas, y, para esa filosofía, todos ellos se presumen que son análogos). No cabe duda de que con esa manera de pensar acabamos en el error y en el descrédito político, público, corporativo y personal.

La dirección de cualquier disciplina requiere disponer de un profundo y específico conocimiento de la misma para saber gestionar los problemas y personas dentro de esa esfera y más si es pública, donde no solo hay que cohesionar las temáticas, las regulaciones, los problemas, las personas, sino también los objetivos políticos y públicos que tiene que gestionar (Ramíó, 2017, p. 6).

Precisamente dentro de la esfera pública y más concretamente la municipal, el urbanismo, en su sentido pleno, es una de las piedras angulares de toda acción pública, ya que trasciende igualmente a la esfera privada y al despliegue de cualquier actividad socioeconómica o de desarrollo espacial o vital.

En igual medida, un DPP de un área de urbanismo debe ser competente en distintas áreas de conocimiento que podemos clasificar en<sup>3</sup>:

1. Competencias vinculadas con el contexto y el entorno del sector público local:
  - a) Conocimiento del marco institucional de la dirección pública local. Imprescindible para el diseño y ejecución de políticas públicas. El ciudadano como centro de atención de la actuación del DPP.
  - b) Valores públicos y ética pública (transparencia y código de conducta). Transcendental para transmitir una imagen de integridad (vinculada como factor a los rasgos de personalidad) y para la legitimidad de las instituciones.
  - c) Conocimiento y aprendizaje continuo, así como *familiaridad* sobre la organización local y su contexto.
  - d) Conocimiento y manejo (experiencia) del entorno del trabajo directivo en el sector público y, especialmente, en el local (por tanto, destrezas). Los DPP se encuentran en una encrucijada en la que intervienen diversos actores: políticos, oposición, gerentes y directivos públicos, sindicatos, empleados públicos, medios de comunicación, grupos de presión, organizaciones no gubernamentales, etc.
2. Puesto que la esfera municipal tiene unos rasgos específicos que la hacen diferente al resto de Administraciones: la cercanía al ciudadano, la transversalidad e integralidad de gestión (frente a lo sectorial y especialidad de las otras Administraciones) y la escasez de recursos humanos, materiales y económicos con mecanismos legales limitados por otras Administraciones y poderes superiores que, en ocasiones, socavan la autonomía municipal (CE 140), es preciso disponer de una serie de competencias genéricas o básicas en el ámbito local (Jiménez, 2009, p. 112):
  - a) Planificación, supervisión y evaluación. Especialmente buen manejo de los instrumentos de planificación estratégica y operativa y de los sistemas de evaluación. Saber fijar metas y objetivos, establecer prioridades, uso del cuadro de mando, determinar indicadores, etc.
  - b) Gestión de personas. Buen conocimiento y aplicación de las técnicas de gestión de recursos humanos (descripción de puestos, selección, carrera profesional, provisión, retribuciones, etc.).
  - c) Gestión presupuestaria. Conocimiento y aplicación del papel de los presupuestos en el diseño y aplicación de las políticas públicas.
  - d) Gestión de tecnologías de la información y de las comunicaciones. Aprovechar todas las potencialidades de los sistemas de información en la gestión e impulsar la implantación de la administración electrónica en los gobiernos locales.
  - e) Gestión de la calidad y del marketing público e institucional. Herramientas imprescindibles para prestar mejores servicios a los ciudadanos y posicionar a los gobiernos locales en un mercado público competitivo.

A esas materias interdisciplinarias se deben añadir otras transversales de naturaleza pública, como son los procedimientos generales y específicos de la Administración concreta en la que despliegue su función, principios básicos del derecho administrativo y otros (civil y mercantil), contratación pública, subvenciones, patrimonios, responsabilidad patrimonial, jurisdicción contencioso-administrativo, hacienda pública, regulación laboral pública, comunicación pública, calidad, transparencia, buen gobierno y regulación, medios electrónicos, etc. Todo ello se sintetiza en una serie de competencias y destrezas personales (Jiménez, 2009, p. 112):

1. Comunicación eficaz. Tanto oral como escrita. Las herramientas comunicativas son fundamentales en el desarrollo del trabajo directivo y, en especial, a la hora de interactuar con el entorno mediato e

<sup>3</sup> La siguiente descripción es una reelaboración de las descripciones realizadas por Jiménez (2009, p. 16 y 112-113) y Ramíó (2017, p. 8).

- inmediato plagado de actores y de procesos de negociación y transacción.
2. Dirigir equipos. Es una competencia necesaria del DPP, que, entre otras cosas, requiere un estilo de dirección abierto y receptivo, así como ser capaz de estimular a las personas que trabajan en su entorno para que desarrollen sus funciones de forma más eficiente, coordinada y mediante el contraste permanente de los diferentes puntos de vista.
  3. Resolución de problemas, Identificación correcta del problema y búsqueda inmediata de soluciones. Una competencia vinculada a la inteligencia o al manejo de la complejidad. El DPP es, sobre todo, al menos en organizaciones de *respuestas inmediatas*, como son las Administraciones locales, un *gestor de anomalías*. El desarrollo de habilidades en este campo es capital para el buen quehacer del DPP. Saber gestionar la contingencia y dar respuestas rápidas y eficientes a los problemas es una necesidad objetiva en el ámbito local.
  4. Trabajar por resultados. El DPP debe centrar su trabajo en la obtención de resultados, siendo en todo momento consciente que los recursos son ajenos y que los ciudadanos deben recibir los mejores servicios y al menor coste. Ha de saber involucrar a sus empleados en la obtención de las metas marcadas y poder premiarlos si su gestión es eficiente.
  5. Equilibrio personal y emocional, así como focalizar la atención sobre la mejora continua. El DPP debe ser plenamente consciente de que su *imagen* trasciende externamente a la organización. Su carácter y estilo de dirección *contamina*, positiva o negativamente a las personas que con él trabajan. El equilibrio emocional representa, entre otras cosas, saber gestionar con inteligencia el tiempo, los silencios y tener el don de la oportunidad.

Por tanto, un DPP, junto con una importante capacidad de coordinación, liderazgo, responsabilidad y autonomía, debe ser capaz de:

1. Analizar y diagnosticar grupos de trabajo y capacidades de otras personas, especialmente en el medio público municipal considerando su especial idiosincrasia.
2. Facilitar, catalizar, estimular e inspirar la bondad de los cambios para lograr una mejora en el servicio público en términos generales. Elaborar planes de cambio y llevarlos a término.
3. Identificar problemas, percibir oportunidades, anticipar las posibles amenazas y evaluar las debilidades para su superación.
4. Articular los objetivos y proyectos políticos con los mecanismos y estructuras públicas.
5. Poder desplegar distintos roles a lo largo del proceso de cambio en la administración donde desarrolle su labor (función multidisciplinar).
6. Tener una visión transversal para evaluar y cohesitar todas las áreas y funciones públicas sobre las que afecte el cambio.

Por tanto, debe ser una persona proactiva, empática y generadora de confianza, resiliente y servicial para el conjunto de la organización y para el personal que la compone, lo que implica disponer de unas competencias específicas (ibid., p. 113) que se han de determinar en cada momento, pero en este caso han de vincularse estrechamente con los conocimientos y la experiencia contrastada en el desempeño de puestos directivos que pertenezcan a la misma *familia de puestos* o a *familias próximas*. Las competencias específicas en las que el conocimiento, la experiencia y las destrezas acreditadas en ese campo concreto deben ser generalmente un requisito y un indicador clave del buen desempeño futuro del puesto de trabajo directivo.

En el caso de un DPP del área de urbanismo las materias específicas requieren un mayor detalle. En el momento actual donde el paradigma de la acción pública está presidido por el desarrollo urbano sostenible e integrado, la materia urbanística trasciende de la habitual división de planeamiento, gestión y disciplina y por tanto, un DPP debe tener pleno conocimiento de todo un conjunto de materias sectoriales, administrativas y procedimentales para poder desarrollar su tarea, que no es otra que la de dirigir esta área, aunando los objetivos políticos con los procedimientos administrativos y la gestión del personal municipal (Gorriti, 2010, p. 53) para lograr la satisfacción ciudadana y el desarrollo sostenible e integrado de esta.

## 7. RECAPITULACIÓN

En el presente trabajo sobre la organización y dirección pública profesional del área de urbanismo de un ayuntamiento de tamaño medio de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aúnan tres esferas

o materias de conocimiento: lo urbanístico, lo local y lo directivo. Tres materias que tienen una naturaleza plástica, que han tenido una evolución normativa en nuestro ordenamiento de manera aplicada hasta nuestros días y que están llamadas a dar respuesta a las necesidades de nuestra sociedad desde la redefinición y reformulación de las políticas públicas basándose en el desarrollo urbano sostenible e integrado (DUSI).

El profesor Manuel Villoria (2007, p. 494), citando a Manuel Tamayo Sáez (1997, p. 281), definió las políticas públicas como «el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un determinado momento los ciudadanos y el propio gobierno consideraran prioritarios». Por lo que cabe preguntarse, ¿Qué mayor expresión de esas políticas públicas que el urbanismo?

Precisamente, uno de los padres del urbanismo clásico que emergió con la Ley del Suelo de 1956, Pedro Bidagor, definió el urbanismo como «el arte de proyectar y construir las ciudades de concentración humana de forma que sean satisfechas todas las premisas que garantizan la vida digna de los hombres y la eficacia de la gran empresa que constituye una ciudad» (Bidagor, 1962, p. 58; 1969, p. 58). Obsérvese cómo esta definición fundacional aglutina el siguiente componente de este trabajo, que es esa idea que relaciona la ciudad con la empresa y la gestión eficaz de la misma, y que constituye una llamada visionaria por el momento histórico en que se produjo (en los primeros estertores del urbanismo español y que sirvió para transformar un país tras la Guerra Civil y la II Guerra Mundial).

Si bien aquel urbanismo fundacional estaba basado sustantivamente en la transformación física del territorio y en la débil regulación de lo ya existente, el paso del tiempo ha demandado su superación y ha derivado en lo que podría tipificarse como un *ensanchamiento* disciplinario de manera progresiva hasta nuestros días, donde el paradigma del urbanismo y de lo urbano ahora se basa en el DUSI.

El DUSI implica que el urbanismo no se limita al diseño, ocupación y transformación del suelo junto con la asignación de derechos y cargas, sino que todo el fenómeno territorial se va a ver permeado y condicionado por la cuádruple perspectiva física, social, económica y medioambiental, para definir a priori y evaluar a posteriori todo el modelo urbano.

Por ello, si el DUSI ha venido a reconfigurar de una manera plena el urbanismo, no hay lugar más evidente donde ver ese cambio que en el segundo elemento de este trabajo, la esfera local y más concretamente la municipal.

El municipio y su administración, el ayuntamiento, es donde se ve palpar más claramente esas tensiones, colisiones y necesidades que requieren nuevas soluciones y Administraciones innovadoras que quieran y sepan afrontar unos nuevos retos a partir y con las herramientas legales, administrativas y de gestión profesional que tienen a su alcance. Para ello, las Administraciones locales deben adoptar procesos, estructuras organizativas y perfiles innovadores. Este mismo sentido, el profesor Carles Ramió define el concepto de innovación en la gestión pública como «el proceso de explorar, asimilar y explotar con éxito una novedad, en las esferas institucional, organizativa y social, de forma que aporte soluciones inéditas a los problemas y permita así responder a las nuevas y tradicionales necesidades de los ciudadanos y de la Sociedad» (art. 2 de la Carta de Innovación en la gestión pública, CLAD 2020).

Por tanto, es en ese marco de la innovación en la gestión pública donde emerge un nuevo perfil, el DPP, municipal en este caso. Un puesto que se inserta entre la dirección política, el pleno y profundo conocimiento técnico y la función pública superior de carrera. El DPP es un profesional con capacidad de liderazgo, que posee la formación y las habilidades necesarias para hacer que funcione adecuadamente el complicado engranaje administrativo bajo la dirección del correspondiente gobierno electo y cuya gestión ha de quedar sometida a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos previamente marcados, en este caso, los que conciernen a la materia urbanística en su sentido pleno y dentro de la esfera municipal.

## 8. CONCLUSIONES

Expuestas las líneas conceptuales que sustentan este trabajo, se procede a compilar las conclusiones de los apartados precedentes que describen el proceso evolutivo de las tres esferas (la competencia urbanística, el concepto de urbanismo y el desarrollo de la figura del DPP), para sintéticamente poder describir los rasgos organizativos del área de urbanismo de un municipio de tamaño intermedio y la definición del puesto de DPP de dicha área.

*Primera.* El urbanismo clásico español emergido con la Ley del Suelo de 1956 ha tenido un proceso evolutivo desde los objetivos iniciales de transformación de suelo y su regulación administrativa, hasta el modelo de la sostenibilidad y por la ciudad como contempla el actual TRLSR, basado en el DUSI y, por tanto, conformado como un urbanismo transdisciplinar.

*Segunda.* En cuanto a la competencia urbanística, si bien la competencia legislativa siempre ha recaído en los distintos poderes legislativos, primero estatal y después autonómico (según la STC 61/1997), su aplicación siempre ha recaído en los ayuntamientos, puesto que esta es la Administración más cercana al fenómeno urbano y la que se ve afectada mayormente a la hora de desplegar las políticas públicas que tienen como objetivo resolver las necesidades de la ciudadanía.

*Tercera.* Al igual que el ensanchamiento de la disciplina urbanística, la competencia municipal también se ha visto ampliada, siquiera desde la promulgación de ley *gemela* de la Ley de Suelo de 1956, el RSCL de 1955, hasta la dicción actual de la LBRL, tal y como se define en su art. 25.

*Cuarta.* Fruto del desarrollo autonómico del Estado y de la propia formulación del EAPV, Euskadi, en virtud de su competencia en materia de régimen local, del estatuto de los funcionarios del País Vasco y de su Administración local, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE, ha desarrollado una ley pionera, la LILE. Esta ley recoge tanto el marco competencial de los ayuntamientos en materia de urbanismo como habilita la primera configuración en el Estado de la figura del DPP para ayuntamientos que sean distintos de los municipios de gran población (LBRL 121 y 130).

*Quinta.* En virtud de lo estipulado en la LILE es posible clasificar los ayuntamientos del País Vasco en tres categorías: los de gran población (las tres capitales de los territorios históricos, Bilbao, Donostia-San Sebastián y Vitoria-Gasteiz), los intermedios (los de más de 40 000 habitantes: Barakaldo, Getxo, Irún, Santurtzi, Portugalete, y Basauri) y los comunes (los restantes 243 municipios).

*Sexta.* Los municipios intermedios del País Vasco comparten una serie de rasgos comunes que hacen necesario que dispongan de una organización y unas plantillas en el área de urbanismo que, de acuerdo con su capacidad de autoorganización y requisitos de los servicios que despliegan de manera acorde al parámetro poblacional, pueden y deben ser reformulados o reconfigurados.

*Séptima.* A partir de la investigación organizativa y de personal efectuada de los seis municipios intermedios identificados es posible definir unos parámetros objetivos de dimensionamiento proporcional a su población, considerando todos los perfiles, directivos, técnicos y jurídicos, así como los distintos grupos y subgrupos que establece el art. 76 del TRLEBEP y la DA9 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En este sentido cabe adoptar una ratio global para el área de urbanismo incluyendo todas las áreas (planeamiento, gestión, disciplina, infraestructuras y servicios municipales, patrimonio y medio ambiente) de seis empleados públicos por cada 10 000 habitantes (dicho coeficiente de diseño puede ser desglosado según la organización concreta, pero resulta constante en los casos analizados).

*Octava.* De los datos de los seis municipios analizados cabe concluir no solo la conveniencia, sino también la justificación de la disposición de una dirección profesional del área, que tendrá los rasgos, requisitos y condiciones de un nuevo perfil que se sitúa entre la dirección política y la función pública superior de carrera.

*Novena.* La LILE define el puesto, las funciones, el régimen jurídico, la forma de provisión, acceso y cese, así como las responsabilidades del DPP en el País Vasco y su regulación se complementa con lo que dispone la LEPV. Esta ley, junto con los futuros criterios y orientaciones generales dictados por la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Euskadi y el propio Gobierno Vasco, establece las reglas concretas para la incorporación de este perfil a los organismos municipales, que a su vez será recogido en el instrumento de ordenación de puestos de trabajo y/o la RPT municipal respectiva y que conllevará la definición de su monografía específica correspondiente.

*Décima.* Frente a otros perfiles y concepciones gerenciales, al menos para la figura del director profesional del área de urbanismo, patrimonio y vivienda requiere la disposición de las habilidades, actitudes y competencias provenientes de la disciplina urbanística en su sentido pleno, las administrativas, singularmente las locales, y las directivas o gerenciales.

Finalmente, indicar que la figura del director profesional público permitirá afrontar un nuevo modelo organizativo municipal, que como dice Carles Ramió, aportará «soluciones inéditas a los problemas y permitirá así responder a las nuevas y tradicionales necesidades de los ciudadanos y de la sociedad» (Ramió, 2021, p. 16).

## LISTADO DE ABREVIATURAS

art./arts.	Artículo/artículos
CE	Constitución española
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
DA	Disposición adicional
DD	Disposición derogatoria
DF	Disposición final
DPP	Director/a o directivo público profesional
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
DT	Disposición transitoria
DUSI	Desarrollo urbano sostenible e integrado
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco. Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
EM	Exposición de motivos
FJ	Fundamento jurídico de la sentencia a que se refiera (p. ej., STSJ AND 3237/2005, FJ2: Fundamento Jurídico Segundo de la STSJ...)
L3R	Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LEPV	Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco
LILE	Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
LS07	Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo
LS56	Ley de 12 de mayo de 1956 de Suelo
LS75	Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana
LS90	Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo
LvSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (País Vasco)
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
RDU	Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio)
RGU	Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto)
RPU	Reglamento del Planeamiento Urbanístico para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio)
RPT	Relación de puestos de trabajo
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional, seguido de su número, p. ej. STC 37/1987
STS	Sentencia del Tribunal Supremo seguido del número de referencia Roj del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), p. ej., STS 1405/2016
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia seguido del código de comunidad autónoma y del número de referencia Roj del Centro de Documentación Judicial
TRLEBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLS08	Texto Refundido de la Ley de Suelo del año 2008 (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)
TRLS76	Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril)
TRLS92	Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio)
TRLSR	Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre)

**ANEXO A. TABLAS DEL ANÁLISIS COMPARATIVO DE MUNICIPIOS INTERMEDIOS DEL PAÍS VASCO**

**TABLA 1. ESTUDIO DE PERSONAL AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO (BIZKAIA)**

AYUNTAMIENTO	BARAKALDO	PERSONAL (2023)											
POBLACIÓN (2023)	101 229	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1			TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL
CONCEJALÍAS/ÁREAS		POLÍTICO	PROF.		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
Urbanismo, infraestructuras y servicios municipales		1									1		2
Urbanismo				2				2			3		7
Infraestructuras municipales				3				1	2		7		13
Servicios municipales				2				2	2		5	1	12
Disciplina urbanística, medioambiente y sanidad											1		1
Disciplina				2				1			5	1	9
Medioambiente				2				2	2		5		11
Vivienda (ERETZA, S. A.)		1		1				1			2		5
<b>TOTAL</b>		2	0	12	0	0	0	9	6	0	29	2	60
Ratio personal/10.000 hab.		0,20	0,00	1,18	0,00	0,00	0,00	0,89	0,59	0,00	2,86	0,20	5,91

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la web municipal.

Notas:

- Dispone de un cargo de director de designación política y un director gerente, también, de designación política en la sociedad de vivienda municipal.
- Cada subárea dispone de dos jefes de servicio o unidad, uno técnico y otro jurídico (ambos A1), si bien carecen de técnicos de categoría A1 adicionales.
- Los distintos servicios o sub-áreas se completan con los distintos técnicos A2 y administrativos C1 y C2.
- La plantilla total de esta área o concejalía asciende a un total de 60 personas, lo que arroja un coeficiente de 5,91 personas/10 000 hab.

**TABLA 2. ESTUDIO DE PERSONAL AYUNTAMIENTO DE GETXO (BIZKAIA)**

AYUNTAMIENTO	GETXO	PERSONAL (2023)											
POBLACIÓN (2023)	76.104	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1			TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL
CONCEJALÍAS/ÁREAS		POLÍTICO	PROF.		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
Planeamiento, gestión y disciplina urbanística. Edificios municipales		1											1
Dirección área de servicios técnicos					1						3	2	6
Urbanismo y arquitectura				1	1		2	5			3	2	14

AYUNTAMIENTO	GETXO	PERSONAL (2023)											
POBLACIÓN (2023)	76.104	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1			TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL
CONCEJALÍAS/ÁREAS		POLÍTICO	PROF.		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
Infraestructura y servicios				1		1	3		5	2	4	4	20
Patrimonio y vivienda				1	1		1				1		4
<b>TOTAL</b>		1	0	3	3	1	6	5	5	2	11	8	45
Ratio personal/ 10.000 hab.		0,13	0,00	0,39	0,39	0,13	0,77	0,64	0,64	0,26	1,41	1,03	5,79

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la web municipal.

Notas:

- Dispone de un asesor político, asignado exclusivamente al área de planeamiento, gestión y disciplina urbanística.
- Las jefaturas de servicio o unidad son unipersonales, siendo asignadas indistintamente a personal técnico o jurídico.
- Existen otros técnicos A1 y A2 en las distintas subáreas.
- La plantilla total de esta área o concejalía asciende a un total de 45 personas, lo que arroja un coeficiente de 5,79 personas/10 000 hab.

**TABLA 3. ESTUDIO DE PERSONAL AYUNTAMIENTO DE IRÚN (GIPUZKOA)**

AYUNTAMIENTO	IRÚN	PERSONAL (2023)											
POBLACIÓN (2023)	62.920	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1			TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL
CONCEJALÍAS/ÁREAS		POLÍTICO	PROFESIONAL		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
Dirección área urbanismo		1		1	1		1				2		6
U. T. Desarrollo urbano y vivienda				1					3	1	1		6
Disciplina urbanística				2				1	1				4
Medioambiente										1	2		3
Vivienda (IRUNVI, S. A.)		1			1		1	2		1	3	3	12
<b>TOTAL</b>		2	0	4	2	0	2	3	4	3	8	3	31
Ratio personal/ 10 000 hab.		0,32	0,00	0,64	0,32	0,00	0,32	0,48	0,64	0,48	1,27	0,48	4,93

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la web municipal.

Notas:

- Presenta unos rasgos análogos a los dos ayuntamientos anteriores, disponiendo de un director de designación política y un director gerente en la sociedad de vivienda municipal.
- Cada sub-área dispone de dos jefes de servicio o unidad, uno técnico y otro jurídico, si bien carecen de técnicos de categoría A1 adicionales.
- Disponen de jefes de servicio, técnicos A1, A2 y administrativos C1 y C2.
- La plantilla total de esta área o concejalía asciende a un total de 31 personas, lo que arroja un coeficiente de 4,93 personas/10 000 hab.
- Es el municipio con menor cantidad de recursos humanos por habitante y también por extensión (es el municipio más extenso con 42,40 km<sup>2</sup>).

**TABLA 4. ESTUDIO DE PERSONAL AYUNTAMIENTO DE SANTURTZI (BIZKAIA)**

AYUNTAMIENTO	SANTURTZI	PERSONAL (2023)											
POBLACIÓN (2023)	46.057	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1		TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL	
CONCEJALÍAS/ÁREAS		POLÍTICO	PROFESIONAL		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
Obras y Servicios, edificios municipales		1		3	1		1	1	2		7		16
Urbanismo y medioambiente		1		4			1	1		1	9		17
<b>TOTAL</b>		2	0	7	1	0	2	2	2	1	16	0	33
Ratio personal/10.000 hab.		0,43	0,00	1,52	0,22	0,00	0,43	0,43	0,43	0,22	3,47	0,00	7,16

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la web municipal.

Notas:

- Dispone de una configuración dual, asignando dos directivos de designación política en cada área.
- Al igual que en el caso de Barakaldo dobla las jefaturas de servicio o unidad con una persona técnica y otras jurídica.
- La plantilla total de esta área o concejalía asciende a un total de 33 personas, lo que arroja un coeficiente de 7,16 personas/10 000 hab.

**TABLA 5. ESTUDIO DE PERSONAL AYUNTAMIENTO DE PORTUGALETE (BIZKAIA)**

AYUNTAMIENTO	PORTUGALETE	PERSONAL (2023)											
POBLACIÓN (2023)	44.629	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1		TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL	
CONCEJALÍAS/ÁREAS		POLÍTICO	PROFESIONAL		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
Medioambiente										1			1
Obras y mantenimiento						1		1	2				4
Urbanismo		1			2		2	2			6		13
Vivienda (SURPOSA)		1			1		1	1			3	3	10
<b>TOTAL</b>		2	0	0	3	1	3	4	2	1	9	3	28
ratio personal/10.000 hab.		0,45	0,00	0,00	0,67	0,23	0,67	0,88	0,45	0,23	1,98	0,67	6,20

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la web municipal.

Notas:

- Igual que su municipio contiguo, Santurtzi, dispone de dos directivos de designación política, uno en el área de urbanismo y otro en la sociedad pública de vivienda.
- No disponen de jefes de servicio o unidad, pero disponen del mayor porcentaje de personal A1 del conjunto de los 6 ayuntamientos.
- Los distintos servicios o subáreas se completan con los distintos técnicos A2 y administrativos C1 y C2.
- La plantilla total de esta área o concejalía asciende a un total de 28 personas, lo que arroja un coeficiente de 6,12 personas/10 000 hab.

**TABLA 6. ESTUDIO DE PERSONAL AYUNTAMIENTO DE BASAURI (BIZKAIA)**

AYUNTAMIENTO	BASAURI	PERSONAL (2023)											TOTAL
POBLACIÓN (2023)	40.413	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1			TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL
CONCEJALÍAS/ÁREAS		POLÍTICO	PROFESIONAL		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
Política Territorial y Contratación		1									5		6
Urbanismo					2			1			3		6
Obras y contratación						2	1	2	2		5		12
Vivienda (BIDEBI, S. A.)		1									1		2
<b>TOTAL</b>		2	0	0	2	2	1	3	2	0	14	0	26
Ratio personal/ 10.000 hab.		0,49	0,00	0,00	0,49	0,49	0,25	0,74	0,49	0,00	3,45	0,00	6,40

Fuente: elaboración propia a partir de datos de la web municipal.

Notas:

- Aun siendo el municipio más pequeño en población de los 6 replica las características de aquellos.
- Dispone de dos directivos de designación y no tiene jefes de servicio o unidad.
- La plantilla se conforma con un conjunto de técnicos A1, A2 y administrativos C1 y C2 hasta un total de 26 personas, lo que arroja un coeficiente de 6,40 personas/10 000 hab.

**TABLA 7. VALORES PROMEDIO DE LOS SEIS AYUNTAMIENTOS**

VALOR PROMEDIO	DIRECTIVO		JEF. DE SERV.	TÉCNICOS A1			TÉCNICOS A2			ADM.		TOTAL
CONCEJALÍAS/ÁREAS	POLÍTICO	PROFESIONAL		ARQ.	ING.	JUR.	APA.	ING. TEC.	OTROS	ADM.	AUX. ADM.	
<b>VALOR PROMEDIO ratio x 10 000 hab.</b>	0,33	0,00	0,62	0,34	0,14	0,40	0,68	0,54	0,19	2,40	0,39	6,05
<b>VALOR REDONDEADO</b>	0,33		0,62	0,35	0,15	0,35	0,70	0,55	0,20	2,80		6,05

Fuente: elaboración propia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almonacid Lamelas, V. (2014, 7 de agosto). Las competencias de los Ayuntamientos en materia de urbanismo y medio ambiente. *NoSoloAytos*. <https://nosoloytos.wordpress.com/2014/08/07/las-competencias-de-los-ayuntamientos-en-materia-de-urbanismo-y-medio-ambiente/>
- Bacigalupo Saggese, M. (2014). Un apunte sobre el desarrollo de la figura del Directivo público profesional, en particular en el ámbito de la Administración Local. En J. A. Fuentetaja Pastor (coord.), *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, 330-333. Aranzadi.
- Baño León, J. M. (2007). El objeto de la Ley y el orden de las competencias legislativas. La depuración del ordenamiento en la materia. *Ciudad y Territorio*, (152-153), 301-309. <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/75778>
- Bassols Coma, A. M. (1973). *Génesis y evolución del derecho urbanístico español (1812-1956)*. Montecorvo.
- Blanco Gaztañaga, C. (2010). La figura del directivo público profesional: reclutamiento y estatuto. *Documentación Administrativa*, (286-287), 192-198. <https://doi.org/10.24965/da.v0i286-287.9669>
- Bidagor Lasarte, P. (1962). *Discurso de apertura del Primer Congreso Nacional de Urbanismo*. Urbanismo-COAM.
- Carrillo Donaire, J. A. (2020). Claves para la definición de un Estatuto del directivo público profesional. *Documentación Administrativa*, (7), 49-62. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10891>

- Etxebarria Etxeita, I. J. (2016). Aproximación a los contenidos de la Ley 2/2016 de 7 de abril de Instituciones Locales de Euskadi. *Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, 14(27), 399-447. <https://www.avd-zea.com/descargas/articulos/395.pdf>
- Etxebarria Etxeita, I. J. (2017). Organización y funcionamiento municipal y personal directivo público profesional. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (107), 349-366. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.107.2017.2.10>
- García de Enterría, E. y Parejo Alfonso, A. J. (1981). *Lecciones de derecho urbanístico*. Civitas.
- García Romero, M. (2017). La dirección pública profesional desde la perspectiva local. Notas sobre su regulación, naturaleza, régimen y posibles vías de desarrollo. *Revista Digital CEMCI*, (35). <https://revista.cemci.org/numero-35/pdf/trabajos-de-evaluacion-1-la-direccion-publica-profesional-desde-la-perspectiva-local-notas-sobre-su-regulacion-naturaleza-regimen-y-posibles-vias-de-desarrollo.pdf>
- Gorriti Bontigui, M. (2010). Los directivos públicos profesionales (DPP) en la AGE (origen, ubicación, funciones, perfil, profesionalización y cambio. En L. Ortega Álvarez y L. F. Maeso Seco (coords.). *La alta dirección pública: análisis y propuestas* (pp. 47-72). INAP.
- Jiménez Asensio, R. (2009). *El personal directivo en la administración local*. Diputación de Barcelona. [https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/fitxers/CEMICAL\\_personal\\_directivo\\_cast.pdf?noredirect=1](https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/fitxers/CEMICAL_personal_directivo_cast.pdf?noredirect=1)
- Jiménez Asensio, R. (2017). La «Ley Municipal» de Euskadi: ¿Y ahora qué? Naturaleza y retos de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (107-2), 647-687. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.107.2017.2.17>
- Maeso Seco, L. F. (2006). *Una aproximación al régimen jurídico de los directivos públicos: el caso de Francia, Reino Unido, Italia y España* [Informe para la Comisión de estudio de la situación actual y perspectivas de la Administración general del Estado].
- Menéndez Rexach, A. (2007). Autonomía urbanística municipal: planeamiento, disciplina y obras públicas. *Anuario de Derecho Municipal*, (1), 87-114. [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664216/ADDM1\\_3.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664216/ADDM1_3.pdf?sequence=4&isAllowed=y)
- Parejo Alfonso, L. J. (1979). *La ordenación urbanística. El periodo 1956-1975*. Montecorvo.
- Ramió Matas, C. (2017). El eslabón perdido de la administración pública española la ausencia de una dirección pública profesional. *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, (8), 1-14. <https://doi.org/10.5944/repp.8.2017.16980>
- Ramió Matas, C. (2021). *Innovación pública en Iberoamérica: presente y tendencias de futuro*. CLAD. <https://clad.org/wp-content/uploads/2021/11/Innovacion-publica-en-Iberoamerica-Carles-Ramio.pdf>
- Rodríguez Duque, F. (2018). La libre designación de los funcionarios locales. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, (4), 47-59. <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzUwMzE7WY1KLizPw8WYMDQwSDY0OwQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAJEGYDJUAAAA=WKE>
- Romero Alonso, L. (2021). La regulación de la dirección pública profesional en la administración local: una asignatura pendiente. *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, (7), 94-107.
- Tamayo Sáez, M. (1997). El análisis de las políticas públicas. En R. Bañón y E. Carrillo (comps.). *La nueva Administración pública*. Alianza.
- Villoria Mendieta, M. (2007). Las nuevas medidas al servicio de la transparencia, la participación y el control en el gobierno local en la Ley de Suelo. *Ciudad y Territorio*, (152-153), 493-513. <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/75787>

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 22-06-2024  
Modificado: 02-09-2024  
Aceptado: 02-09-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11404>  
Páginas: 167-170



Referencia: Rodríguez Portugués, M. (2024). Luis Medina Alcoz: Historia del derecho administrativo español. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 167-170. <https://doi.org/10.24965/reala.11404>

## Luis Medina Alcoz: *Historia del derecho administrativo español*

Rodríguez Portugués, Manuel

Universidad de Córdoba. Departamento de Derecho Público y Económico (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5715-6677>

[marodriguez@uco.es](mailto:marodriguez@uco.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba. Miembro del grupo de investigación Ordenación Pública de la Economía, del Medioambiente y del Territorio (SEJ-196, Junta de Andalucía). Miembro del equipo investigador de los proyectos «La Administración sancionadora de la Unión Europea» (Ministerio de Ciencia e Innovación, 2023-2026) y «La nueva seguridad pública, derecho administrativo sancionador y Estado de derecho en Europa» (Junta de Andalucía).

### RESUMEN

Recensión del libro de Luis Medina Alcoz: *Historia del derecho administrativo español*, con prólogo de Manuel Rebollo Puig, Marcial Pons, 2022, 535 pp.

### PALABRAS CLAVE

Administración pública; derecho administrativo; historia.

### ABSTRACT

Review of the book by Luis Medina Alcoz: *Historia del derecho administrativo español*, con prólogo de Manuel Rebollo Puig, Marcial Pons, 2022, 535 pp.

### KEYWORDS

Public administration; administrative law; history.

A diferencia de la reseña, la recensión no pretende sólo dar a conocer un libro recién publicado. Tiene por objeto una exposición crítica de la obra recensionada. Por eso, lo normal es que la recensión sea consecuencia de una lectura atenta y reposada. Y de ahí, también, que la recensión no tenga por qué reservarse para libros recién publicados, más cuando con ellos se aborda un tema especialmente rico y complejo. Este es el caso de *Historia del derecho administrativo español*, de Luis Medina Alcoz, y con prólogo de Manuel Rebollo Puig, publicado ya hace dos años.

Se trata de un libro extraordinario en varios sentidos. En primer lugar, porque tiene por objeto una reconstrucción unitaria y general de la historia de nuestro derecho administrativo, algo que no se había hecho hasta la fecha. Sí ha habido muchas obras histórico-jurídicas sobre la Administración española, pero o son preámbulo histórico de trabajos sobre derecho actual o se trata de obras más bien sectoriales. Por tanto, desde este punto de vista, el libro de Luis Medina es una aportación bibliográfica única en el panorama de nuestra disciplina.

Pero esta obra de Luis Medina es extraordinaria también porque tiene la ambición de abordar históricamente el derecho administrativo, por así decir, en su integridad. Como bien saben los juristas que se precien, el derecho no se deja reducir a una sola dimensión o a un principio único. Por lo pronto, en el derecho hay

una dimensión normativa u objetiva –la ley, las normas, el sistema normativo...–, y una dimensión subjetiva, es decir, el derecho como derecho subjetivo y el entramado de garantías y procedimientos para su ejercicio y tutela. Pero el derecho tiene también una dimensión organizativa, como ordenamiento, y existe también el derecho como ciencia jurídica, a la que pertenecen la doctrina y las distintas disciplinas jurídicas.

Pues bien, Luis Medina no renuncia a ninguna de estas dimensiones. En efecto, proyecta su atención sobre las principales instituciones generales del derecho administrativo: procedimiento, recursos, responsabilidad extracontractual, expropiación forzosa, sanciones... Pero, consciente de aquella complejidad, articula su historia del derecho administrativo español conforme a esa *pluridimensionalidad* de la realidad jurídica. Y esto se percibe incluso con solo leer el índice del libro, estructurado en tres partes y trece capítulos. Mientras que las partes son períodos históricos, los capítulos se refieren a cada una de aquellas dimensiones del derecho administrativo, que para Medina se puede decir que son fundamentalmente cuatro: la dimensión institucional-organizativa, la dimensión normativa, la dimensión subjetiva y la dimensión científico-doctrinal.

De esta manera, identifica tres grandes períodos históricos del derecho administrativo español: i) la «parte primera» o «prehistórica», que arranca de la monarquía «jurisdiccional» de los Austrias hasta la implantación del Estado «administrativo» ya bien entrado el siglo XIX, pasando por la monarquía «administrativa» de los Borbones; ii) la «parte segunda» (o «del Estado liberal al Estado autoritario»), que va desde el triunfo de las ideas liberales en Cádiz hasta el primer franquismo, pasando por la Restauración, la dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República, y iii) la «parte tercera» (o «del Estado autoritario al Estado constitucional»), que se extiende desde el franquismo de la segunda posguerra mundial hasta la actualidad. A su vez, en cada una de esas partes se dedica un capítulo o un apartado específico a estudiar cada una de las dimensiones citadas: cómo eran el Estado y la Administración (dimensión institucional-organizativa), qué posiciones jurídico-subjetivas se protegían (dimensión subjetiva y que Luis Medina denomina «derecho administrativo en sentido subjetivo»), cómo y con qué garantías se protegían esas posiciones (dimensión normativa o «derecho administrativo en sentido objetivo») y cuál era el estado de la ciencia jurídica administrativa en cada momento.

Sin embargo, incurriríamos en un craso error si consideráramos que se trata solo de un libro de historia destinado a rellenar un hueco en la bibliografía existente. Para el jurista académico y para el que, de alguna forma, ejerza sus funciones en o desde las altas magistraturas del Estado, la historia es una herramienta imprescindible. Y es que, sin perspectiva histórica es imposible hacer buen derecho, tampoco buen derecho administrativo. La razón es bien sencilla y tiene que ver con la condición esencialmente histórica de todo lo humano, también del derecho y de las instituciones sociales.

Para entenderlo, lo primero que hay que tener claro es que las instituciones son fórmulas estables para la satisfacción de determinadas necesidades sociales. Pero las necesidades cambian con el transcurso del tiempo. Mientras que algunas de esas necesidades son más o menos permanentes, la mayor parte de ellas son variables. El caso es que si las instituciones tienden por definición a la permanencia, las necesidades y los modos de satisfacerlas se inclinan al cambio. Se establece así una tensión entre dos elementos contradictorios que es de tipo estructural, constitutiva del derecho. Las circunstancias que ayer hicieron nacer a la institución mañana cambian y la hacen desaparecer. La institución que antes era *útil* y provechosa, ahora deja de serlo y se torna dañina. Y cuando esto último sucede, lo que en verdad ocurre es, por decirlo con expresión clásica, que cesa su *causa*, de forma que la institución de que se trata deja de tener sentido. En estos casos a veces lo oportuno será suprimir la institución; en otros, modificarla o adaptarla para que continúe desempeñando su cometido en unas circunstancias que son nuevas. Si, por el contrario, la institución se perpetuase tal cual, ello sería a costa de no servir ya a una auténtica necesidad social, sino al interés particular de algunos individuos en perjuicio de los demás. Y ello, obviamente, ya no sería derecho sino opresión.

Pues bien, poner de manifiesto todo esto es parte irrenunciable de la misión del jurista, de cada generación de juristas. Y para ello es indispensable que el jurista cuente con una historia que sea apta para tales propósitos y que será, en general, la que hagan él mismo u otros juristas con el apoyo de los historiadores y sus instrumentos de conocimiento. Por eso, libros como el de Luis Medina no son solo útiles e interesantes, sino imprescindibles. Al menos para quienes aspiren a ser juristas en el sentido propio de la palabra.

Por lo demás, ante un libro con tan variados enfoques y registros, sería temerario tratar de reconstruir aquí aun sus principales líneas argumentales. Solo haré una reflexión en torno al vínculo entre Administración y derecho administrativo. De la lectura del libro se puede extraer muy sintéticamente la idea de que el nacimiento de la Administración contemporánea obedeció *grosso modo* a la siguiente secuencia. En los antiguos reinos peninsulares la organización política era similar a la del resto de Europa: la gestión de las diversas parcelas de la vida social estaba encomendada a un entramado de señoríos, gremios y corporaciones de

todo género, de cuyas controversias se conocía por vía *judicial*. Tan solo en parcelas más especial y directamente conectadas con el ejercicio del poder real, como hacienda, ejército y mercedes, se reconocía un ámbito regio de actuación desembarazado de aquellas *trabas* judiciales. Era lo que se conocía como «lo gubernativo», por oposición a «lo contencioso».

Superado el primer momento revolucionario, en el que se suprimió la sociedad corporativa del Antiguo Régimen, el nuevo Estado que la sustituyó hubo de levantar en su seno una institución a la que encomendar muchas de las antiguas funciones que hasta entonces ejercían gremios y corporaciones (beneficencia, sanidad, agricultura, ganadería, educación...), más algunas otras de nuevo cuño (obra pública, transportes, energía, comunicaciones...). Esa nueva institución burocrática y más o menos centralizada fue la Administración pública. Por supuesto, el asentamiento de este «Estado administrativo» no fue cosa de un día. Durante mucho tiempo se encontró con múltiples resistencias. En nuestro caso, por ejemplo, a las dificultades financieras habría que sumar la inestable situación política del siglo XIX. Por tanto, en este contexto, y por lo que a lo administrativo se refiere, los esfuerzos se dirigieron prioritariamente a crear no solo una Administración, sino una Administración que ante todo fuera *útil*, es decir, que ejerciera sus funciones con eficacia y sin resistencias. Esta disposición hacia una Administración autoritaria se exacerbó más tarde por influencia de las ideologías totalitarias y se prolonga hasta la aparición del Estado constitucional, que entre nosotros no se produce plenamente hasta 1978, aun con importantes antecedentes. En el Estado administrativo, por tanto, la prioridad la tuvo siempre la eficacia, lo cual no significa que ya tempranamente no fueran desarrollándose, poco a poco y no sin dificultades, determinadas garantías (procedimiento administrativo, recursos, jurisdicción contencioso-administrativa, responsabilidad extracontractual de la Administración...).

A lo largo de sus páginas, el libro alude con frecuencia a la antiquísima pugna entre la *iustitia* y la *utilitas*. Y, aunque no lo señala expresamente, deja entrever que este conflicto podría servir como clave para dar sentido a la historia del derecho administrativo. Así, frente al paradigma jurisdiccional del poder (la *iustitia*), propio de la Edad Media, en la modernidad se va abriendo paso una concepción más «gubernativa» del mando, en la que este no se justifica solo por su función de impartir justicia, sino por el logro de los más variados bienes comunes (la *utilitas*). Después, la relación dialéctica entre *iustitia* y *utilitas* tornaría a hacerse evidente a partir del nacimiento de la Administración contemporánea, cuando, al momento de la *iustitia*, representado por los proyectos garantistas del liberalismo revolucionario, le sucedería un momento más marcado por la *utilitas*, y que sería el de la Administración autoritaria. De igual forma, la *iustitia* encarnada por el neoconstitucionalismo de la segunda posguerra mundial estaría siendo sustituida actualmente por un momento más volcado hacia la *utilitas*.

En cualquier caso, siendo este el panorama histórico, una de las preguntas que se impone es la siguiente: ¿cuándo nació el derecho administrativo? Sabemos cuándo lo hizo la Administración pública contemporánea: en España, cuando triunfan las ideas liberales, se supera el Antiguo Régimen y se establece definitivamente –durante la regencia de María Cristina– una Administración de nuevo cuño, de carácter tendencialmente burocrático y centralizado. Pero, ¿es suficiente esto para decretar también el nacimiento del derecho administrativo? ¿Nació el derecho administrativo al mismo tiempo en que lo hacía la Administración? Entender que hay ya derecho administrativo por el solo hecho de que haya Administración supondría afirmar que, dado que esta existe, hay también necesariamente algún derecho que le es aplicable o por el que aquella se rige. Pero para una afirmación de ese tipo está claro que el derecho es sobre todo norma y que esta, la dimensión normativa, es su única dimensión o, al menos, la preponderante.

Pues bien, no temo equivocarme si afirmo que la visión de Luis Medina es otra. El derecho administrativo no es solo lo que se acaba de señalar. Ya hemos visto que para nuestro autor el derecho es un fenómeno complejo, irreductible a una de sus dimensiones. Por eso es posible que una dimensión del derecho administrativo haya nacido en un momento, y otra en otro... Para una concepción multidimensional del derecho administrativo, seguramente habría que hablar de varias fechas: una sería la del nacimiento del derecho administrativo como entramado normativo-institucional, otra la del derecho administrativo como disciplina científica, otra como sistema de garantías del administrado, etc.

Lo que sí hay en el libro comentado es un dato significativo: nuestro autor diferencia tajantemente la dimensión organizativa de las dimensiones objetiva y subjetiva. A la primera dedica en cada parte sendos capítulos titulados lacónicamente «Estado» y «Administración». En cambio, a las segundas les dedica otros capítulos en cuyos títulos ya sí figura la expresión «derecho administrativo» («en sentido subjetivo» y «en sentido objetivo»). Lo que esto quiere decir es que para Luis Medina el derecho administrativo propiamente dicho es sobre todo lo que trata en este segundo grupo de capítulos, es decir, fundamentalmente el reconocimiento de la posición subjetiva del ciudadano frente a la Administración y el sistema de garantías de aquel

frente a la actividad de esta. Por decirlo de otra manera, para Medina el derecho administrativo estaría más en el ámbito de la *iustitia* que en el de la *utilitas*. Por eso, el nacimiento del derecho administrativo –podríamos añadir– no sigue *necesariamente* al de la Administración. Puede haber Administración sin que haya todavía derecho administrativo. O puede haber una Administración fortísima y eficacísima, pertrechada de formidables potestades y prerrogativas, servida por funcionarios disciplinados y dóciles a sus superiores, y por otro un derecho administrativo todavía débil, rudimentario y poco desarrollado... Todo se resolvería, entonces, en establecer a partir de cuándo y cómo se reconocieron esas posiciones del ciudadano y se establecieron por vez primera sus garantías frente a la Administración contemporánea.

En el fondo, estamos comprobando una vez más el cumplimiento del viejo aforismo recogido por Bártolo en sus *Commentaria ad Codicem*, según el cual «el derecho nace del hecho» (*ius ex facto oritur*), es decir, que primero es la vida de una sociedad –en nuestro caso, la Administración– y luego, al aparecer los conflictos, surge el derecho... En este sentido, podría decirse que el derecho administrativo español nació cuando, una vez levantada la Administración contemporánea e inclinado el ordenamiento de su lado, se equilibró o reequilibró la balanza con las garantías del ciudadano en relación con aquella. Y la historia del derecho administrativo sería, así, la historia de la búsqueda incesante de ese equilibrio, una búsqueda interminable porque la historia nunca se detiene. La *utilitas* cambia porque surgen nuevas necesidades y formas de satisfacerla y hay que buscar de nuevo el equilibrio. Esa historia, por supuesto, tiene páginas oscuras, como la del derecho administrativo «fascistizado», y otras particularmente luminosas y fecundas, como lo fue la de la «generación de la RAP», tal y como Medina describe en su libro.

Es conocida la frase según la cual no hay nada tan práctico como una buena teoría. Modificando esta sentencia se podría decir también que no hay nada tan actual como una buena historia. El libro de Luis Medina que aquí se ha recensionado es un buen ejemplo de esto último. En él se nos ofrece por vez primera un panorama histórico del derecho administrativo general. Gracias a él disponemos ahora de una visión panorámica y multiseccular acerca de cuáles son sus tendencias y tensiones históricas dominantes. Y esto, a su vez, permite también imaginar e identificar con mayor facilidad cuáles son las amenazas que hoy se cierren sobre él y desde dónde pueden venir en el futuro. Por todas estas razones, su lectura resulta más que recomendable, especialmente para quienes inician su formación y aspiran a ser algo más que *expertos en leyes*. En definitiva, y por decirlo con las palabras con que el profesor Rebollo Puig comienza su «Prólogo», ciertamente estamos ante «una obra de historia llamada a hacer historia».

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Medina Alcoz, L. (2022). *Historia del derecho administrativo español* [prólogo de Manuel Rebollo Puig]. Marcial Pons.

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 07-06-2024  
Aceptado: 17-06-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11389>  
Páginas: 171-173



Referencia: Brufao Curiel, P. (2024). Álvaro Soriano Hinojosa: Las Administraciones públicas ante el arbitraje. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 171-173. <https://doi.org/10.24965/reala.11389>

## Álvaro Soriano Hinojosa: *Las Administraciones públicas ante el arbitraje*

Brufao Curiel, Pedro

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0407-4053>

[pbrufao@unex.es](mailto:pbrufao@unex.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Derecho Administrativo. Sus principales líneas de investigación son el derecho administrativo económico, el ambiental, el de aguas y el relativo a los empleados públicos.

---

### RESUMEN

Recensión del libro de Álvaro Soriano Hinojosa, *Las Administraciones públicas ante el arbitraje*, Atelier, 2023, 592 pp.

### PALABRAS CLAVE

Arbitraje; Administración pública; contratos públicos; derecho administrativo.

---

### ABSTRACT

Review of the book by Álvaro Soriano Hinojosa, *Las Administraciones públicas ante el arbitraje*, Atelier, 2023, 592 pp.

### KEYWORDS

Arbitration; Public Administration; public contracts; Administrative Law.

Empezamos con un ejemplo señero: el Estado se sometió al derecho inglés y al arbitraje internacional para resolver las disputas que pudieran surgir en la interpretación del contrato firmado con Favorita Trustees Limited y la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza para que la mayor parte de la colección Thyssen-Bornemisza se instalase en España.

Esta obligación libremente contraída lo fue en virtud de los dos breves artículos del RD 1525/1988, de 16 de diciembre, por el que se autoriza el sometimiento a legislación extranjera y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la colección Thyssen-Bornemisza. Este reglamento fue a su vez aprobado en cumplimiento del art. 39 de la Ley General Presupuestaria, el cual establece que «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno».

La lectura de este ejemplo, en principio, nos provoca un sobresalto por cuanto las atribuciones conferidas a las Administraciones públicas, como es notorio, se rigen bajo el principio de su actuación objetiva a la hora de servir los intereses generales y ejercer su *imperium* sobre terceros, máxime si son sujetos de derecho privado. Por tanto, se puede afirmar que la recepción del arbitraje por las Administraciones públicas

hace que se tambaleen esos principios tan firmes y bien asentados. Aquellas características nucleares de la Administración tienen entonces que hacer frente a la naturaleza verdaderamente *sui generis* del arbitraje, que alquitara esencias propias respecto de la doctrina contractual, jurisdiccional y procesal tradicionales, particularidades que se derivan de los principios jurídicos de la autonomía de la voluntad y la libertad, libertad que es el fundamento constitucional de esta figura (STC 176/1996, de 1 de noviembre) y que también rige el convenio arbitral que pueda suscribir una entidad pública.

El paso y el peso del tiempo, así como unos vertiginosos cambios sociales y económicos de corte liberal<sup>1</sup>, han visto cómo ha variado la cuestión de la admisión del arbitraje extramuros del derecho privado en nuestra época contemporánea, cuestión histórica que el autor muestra con brillantez. Sabemos de este modo que Bravo Murillo ordenó en su Real Decreto de 27 de febrero de 1852 que ningún contrato celebrado con la Administración pudiera «someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa». Recordamos que en la primera mitad del siglo XIX se consolidaron las bases de importantes transformaciones del poder público, como lo han glosado eminentes juristas<sup>2</sup>.

Esta tajante prohibición fue atemperándose con el paso del tiempo, como se describe al tratar la reforma practicada por la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, que permitía que por ley se sometiesen a arbitraje las contiendas que se suscitasen sobre la hacienda. Este criterio general fue recogido con un cierto atemperamiento en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964. Las sucesivas normas que regulaban el arbitraje, como la ley de 1988, fueron abriendo las puertas a materias administrativas hasta la aprobación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la cual sigue los pasos de la ley modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL).

La estructura de la obra que comentamos se acompaña muy bien para hacerse una idea cabal y adentrarse con detalle en la larga serie de particularidades del arbitraje. El autor comienza con una referencia a la evolución histórica, de la que hemos dado noticia de algunos de sus aspectos. Seguidamente, recoge el derecho comparado del arbitraje de derecho público en Francia, el Reino Unido y los Estados Unidos y el papel de las cámaras de comercio.

Ya en el plano nacional se entra de lleno en el encaje constitucional del arbitraje administrativo, discutido como «equivalente jurisdiccional» por su afección a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción, en este caso la jurisdicción contenciosa<sup>3</sup> por mor del art. 24 de la LOPJ. De la misma manera se plantea el sometimiento del arbitraje administrativo a la legalidad, el control de la actuación administrativa y la actuación pública al servicio del interés general. Esta obra califica el arbitraje de las Administraciones públicas como un «elemento sospechoso ante el poder público», como un elemento extraño en la estructura del derecho administrativo. Frente a aquellos límites, se defiende la posibilidad de que el arbitraje se plantee como una alternativa a la jurisdicción contenciosa, pero no a la propia actividad administrativa en sí, y que se sometan la Administración y el Estado carentes entonces de *imperium* frente a disputas con particulares, como ejemplifican los laudos sobre instalaciones de energías renovables en aplicación del Tratado de la Carta de la Energía<sup>4</sup> y los laudos dictados por la Cámara de Comercio de Estocolmo o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

El que el poder público pierda parte de sus prerrogativas sale a la palestra cuando recordamos sin más el art. 2.2 de la Ley de Arbitraje de 2003 y las implicaciones que su simple lectura nos sugieren de forma inmediata: «Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral». Nos remitimos a la «radiografía» (sic) que se hace de esta norma principal en el libro que comentamos y, especialmente, a sus efectos en la contratación del sector público, donde además del caso Thyssen aporta la doctrina del Consejo de

<sup>1</sup> La intervención pública ha practicado un intervencionismo en múltiples sectores, que se han contrapesado con figuras propias del ámbito privado. Recomendamos a este respecto el estudio seminal de Soriano García (1993).

<sup>2</sup> Como el añorado profesor Nieto García (1996). Esta obra fue galardonada con el Premio Nacional de Ensayo. Ya sobre el Ecuador del siglo XIX, en apenas diez años se llevaron a la práctica importantísimas reformas, a pesar de la caótica situación económica y social de nuestro país. *Vid.* Fernández (2021). Esta obra dedica un capítulo entero a la obra administrativa del gobierno de Bravo Murillo, donde destacan sus reformas «siempre por decreto» sobre el grave problema de la deuda pública y la Hacienda.

<sup>3</sup> Afectada también por la aplicación del instituto de la mediación. *Vid.* Soriano García (2020).

<sup>4</sup> La denuncia de este tratado, muy criticado por ciertos sectores, se publicó en el BOE n.º 117, de 14 de mayo de 2024. Esta denuncia empezará a surtir sus efectos el 17 de abril de 2025.

Estado sobre los aviones de combate Mirage, los acuerdos con tabaqueros sobre contrabando y falsificación de sus productos o la puesta a disposición de una línea de crédito a la Argentina.

Con precisión de escarpelo se prosigue con el análisis de figuras similares cuyos débiles contornos puedan hacernos parecer que nos encontramos ante el arbitraje. Se trata de los pseudoarbitrajes administrativos «con forma arbitral y alma administrativa», confusión que califica de sistemática, como la sustitución de los ineficaces recursos de alzada y reposición<sup>5</sup>. En la parte final de esta sistematización del arbitraje se detallan diferentes tipos de arbitraje, como son los de consumo, deportes, patentes y marcas, los de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o el más reciente sobre discapacidad.

La audacia investigadora del autor nos lleva a reproducir sus propias conclusiones, elocuentes por sí solas y que se dirigen a borrar ciertos mitos que ocultan o desdibujan la realidad. De esta forma, afirma que:

el árbitro actúa igual cuando uno de los sujetos es una Administración pública que cuando son dos particulares y el objeto del arbitraje en el ámbito del derecho público se basa en las mismas premisas (art. 2 LA 2003) que el arbitraje en el ámbito del derecho privado. Si eso es así, la conclusión evidente que anticipábamos es que no existe el arbitraje de derecho público. Es una falacia (...). La Administración no acudirá al arbitraje con prerrogativas propias de otros órdenes y, por consiguiente, no existen diferentes clases de arbitrajes. No existe un arbitraje de derecho privado y uno de derecho público, existe el arbitraje.

El estudio que comentamos en esta ocasión, con el prólogo del profesor Fernández Rozas, culmina una trayectoria doctrinal de recientes trabajos (Bauzá Martorell, 2022) que analizan esta figura. Está llamado a ser una referencia de obligada consulta por la amplitud y profundidad que ha alcanzado su autor. Por otra parte, es notorio que Soriano Hinojosa, abogado con una larga trayectoria en arbitraje, sabe aunar calidad, análisis crítico y claridad expositiva, que se realzan con un dominio del lenguaje realmente admirable, ocasión que nos muestra una vez más que sencillez y rigor no han de ir separados, un mito más.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bauzá Martorell, F. J. (2021). *El acto previo. Del mito a la realidad*. Iustel.
- Bauzá Martorell, F. J. (dir.) (2022). *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia*. Wolters Kluwer.
- Fernández, T. R. (2021). *La «década moderada» y la emergencia de la administración contemporánea*. Iustel.
- Nieto García, A. (1996). *Los primeros pasos del estado constitucional. Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*. Ariel.
- Soriano García, J. E. (1993). *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*. Real Colegio de España.
- Soriano García, J. E. (2020). Solución extrajudicial de conflictos y ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La mediación como remedio (asunto edificio Conde de Fenosa, La Coruña). *Revista de Urbanismo y Edificación*, (44), 163-175.
- Soriano Hinojosa, A. (2023). *Las Administraciones públicas ante el arbitraje*. Atelier.

<sup>5</sup> La vía administrativa previa al recurso contencioso-administrativo supone las más de las veces un esfuerzo inútil, como se detalla en Bauzá Martorell (2021).

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 04-04-2024  
Aceptado: 22-04-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11366>  
Páginas: 174-177



Referencia: Díaz González, G. M. (2024). Agustín García Ureta: Cooperación al desarrollo. Aspectos jurídico-administrativos. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 174-177. <https://doi.org/10.24965/reala.11366>

## Agustín García Ureta: *Cooperación al desarrollo. Aspectos jurídico-administrativos*

Díaz González, Gustavo Manuel

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4796-2883>

[diazgustavo@uniovi.es](mailto:diazgustavo@uniovi.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Gustavo Manuel Díaz González es licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo (2011), doctor en Derecho por las universidades de Bolonia (2015) y Oviedo (2018), profesor laboral de sustitución de Derecho Administrativo (art. 80.2 LOSU) de la Universidad de Oviedo y miembro del grupo de investigación Derecho Administrativo (DA), dirigido por el profesor Alejandro Huergo Lora. Su actividad investigadora se ha orientado principalmente al estudio del sistema de fuentes, los fenómenos de la europeización e internacionalización del derecho público y la digitalización de las Administraciones públicas. Ha sido investigador postdoctoral en la Cátedra de Derecho Constitucional, Administrativo, Europeo y Comparado de la Universidad de Constanza, dirigida por el profesor Hans Christian Röhl, durante los cursos 2016/2017 y 2017/2018, así como vocal asesor en la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales (2020-2022).

---

### RESUMEN

Recensión del libro de Agustín García Ureta, *Cooperación al desarrollo. Aspectos jurídico-administrativos*, Iustel, 2023, 248 pp.

### PALABRAS CLAVE

Cooperación al desarrollo; política exterior; acción exterior; comunidades autónomas; entidades locales.

---

### ABSTRACT

Review of the book by Agustín García Ureta, *Cooperación al desarrollo. Aspectos jurídico-administrativos*, Iustel, 2023, 248 pp.

### KEYWORDS

Development cooperation; foreign policy; external action; autonomous communities; local entities.

La última monografía del profesor Agustín García Ureta se centra en un ámbito de la actuación de los poderes públicos, la cooperación al desarrollo, que, como certeramente señala el autor, se encuentra *–rectius*: se encontraba antes de la aparición de la obra– incomprensiblemente ayuno de análisis desde la perspectiva del derecho administrativo. Efectivamente, entre nosotros parecía haber cundido la idea de que este era un ámbito cuya fuerte mediatización por instrumentos normativos de origen supranacional conducía inevitablemente a un estudio preferente desde el punto de vista del derecho internacional, cuando lo cierto es que en la puesta en marcha de iniciativas en este contexto –y en su novísima regulación a nivel estatal, incorporada por la Ley 1/2023, de 20 de febrero, de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global– no dejan de confluír múltiples variables precisadas de un tratamiento

jurídico-administrativo en sentido estricto. A este objetivo responde, en primer término, la contribución del profesor García Ureta, en la que se desgranar con rigor las numerosas y muy complejas implicaciones de la cooperación al desarrollo relevantes para nuestra disciplina.

Con todo, no puede dejar de advertirse que, en puridad –en contra, incluso, de lo que podría deducirse del propio título de la obra–, el autor no limita su enfoque al derecho administrativo. La obra es, en este sentido, fiel a la mejor tradición iuspublicista, toda vez que la cooperación al desarrollo es analizada desde una perspectiva integral: el autor, en suma –rechazando, como ya ha hecho en ocasiones precedentes, una división del derecho público en compartimentos estancos–, afronta con extraordinaria solvencia el reto de analizar jurídicamente todas las vertientes de la materia objeto de estudio (constitucional, administrativa, europea, financiera). Así, a través de un total de nueve capítulos, redactados con un estilo directo y ameno, el autor ofrece una completa exposición de la disciplina jurídica vigente en materia de cooperación al desarrollo en los ordenamientos europeo, estatal y autonómico, sin abstenerse de adoptar una posición crítica en relación con diversos aspectos problemáticos –singularmente, el competencial–.

En el primer capítulo, el profesor García Ureta efectúa un sintético repaso de la evolución histórica de la cooperación al desarrollo, a partir del cual se destacan sus principales hitos y se subraya la transformación experimentada por el propio concepto, que hoy, junto a las tradicionales iniciativas de ayuda a los países en vías de desarrollo, incorpora la noción de sostenibilidad. Desde la perspectiva española, a la dificultad derivada de este último extremo se añade, una vez superada la situación económica de la etapa franquista y producido el ingreso en las entonces Comunidades Europeas, la complejidad inherente a la adopción de políticas propias por parte de las comunidades autónomas y las entidades locales. En dicho contexto, la adopción por parte del legislador español de la citada Ley 1/2023, de 20 de febrero, representa un intento de modernización de la normativa vigente en la materia a partir de la toma en consideración de los aspectos referidos.

En el segundo capítulo, el profesor García Ureta analiza la siempre delicada cuestión referente a la distribución de competencias. Como subraya, la Ley 1/2023, de 20 de febrero, presenta en este punto una significativa novedad, toda vez que, a diferencia de su predecesora –la derogada Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo–, hace referencia expresa al art. 149.1.3.<sup>a</sup> CE como título competencial. Como es sabido, la interpretación de este precepto ha experimentado una profunda transformación en la doctrina constitucional, que desde una perspectiva general ha sido codificada en la importante Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. El autor enmarca en dicho contexto, en primer lugar, el tratamiento de las políticas de cooperación al desarrollo de las comunidades autónomas tanto por la Ley de 2023 como por la propia normativa autonómica y, en segundo lugar, el papel de las entidades locales en este ámbito, reconocido inicialmente por el legislador de 1998 y hoy mencionado expresamente tanto en las citadas leyes estatales como en la legislación autonómica. En el análisis de esta última cuestión presenta especial interés la referencia a la normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que si bien reconoce, de una parte, la cooperación al desarrollo como competencia municipal propia en el art. 17.1 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, y de otra, como ámbito competencial concurrente con otras Administraciones públicas en el art. 15 de la Ley 1/2007, de 22 de febrero, de Cooperación al Desarrollo del País Vasco, no incorpora mención alguna a los territorios históricos. Ello no ha obstado, subraya el profesor García Ureta, a la implementación de políticas propias en la materia por parte de los mismos como manifestación externa de sus competencias en otros sectores concretos, atribuidas por vía estatutaria o legal.

En el tercer capítulo, el autor, en coherencia con el enfoque global de la obra, acomete el análisis de las bases legales de la cooperación al desarrollo en el contexto de la Unión Europea. La exposición del profesor García Ureta parte, en este punto, de un breve repaso histórico, con referencia al compromiso alcanzado en el denominado Consenso Europeo sobre Desarrollo y a la doctrina del Tribunal de Justicia en relación con el carácter no exclusivo de la competencia de las instituciones en la materia. Sobre dichas bases, la atención se centra seguidamente en el tratamiento de la cooperación al desarrollo dentro del entramado competencial diseñado por el derecho originario: en este sentido, el art. 208 TFUE configura esta materia como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, con la particularidad de que no opera en este contexto la retención de la misma por las instituciones comunitarias en los supuestos de su ejercicio efectivo, lo que conduce al autor, con apoyo en diversas exposiciones doctrinales especializadas, a caracterizarla como una «competencia paralela» (p. 75); con todo, puntualiza el profesor García Ureta, la actuación de los Estados miembros en este contexto ha de ser coherente con las iniciativas de la Unión (p. 80). Las dificultades en la delimitación y articulación de las competencias de las instituciones europeas, sin embargo, no se agotan aquí. En este sentido, examina el autor, en primer lugar,

los puntos de conexión que cabe identificar entre las iniciativas en materia de cooperación al desarrollo, la acción exterior de la Unión y la PESG —esta última vinculación plantea, de hecho, problemas específicos, por razón del carácter intergubernamental de esta política—; en segundo lugar, la pluralidad de ámbitos sectoriales específicos que pueden verse afectados por las acciones de cooperación al desarrollo de las instituciones, lo que no ha obstado a la admisión por parte del Tribunal de Justicia de la incoordinación de las correspondientes iniciativas en la base jurídica relativa a la cooperación al desarrollo de conformidad con una doctrina jurisprudencial de cuyas aplicaciones concretas no se deja de dar puntual cuenta y, por último, otras cuestiones conexas —en particular, la cooperación con países «distintos» de los de desarrollo y el caso de la ayuda humanitaria—. El capítulo concluye con un breve análisis del Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional-Europa Global para el período de vigencia del marco financiero plurianual 2021-2027, regulado por el Reglamento 2021/947.

En los siguientes capítulos, el autor examina la regulación vigente en materia de cooperación al desarrollo en la esfera interna, partiendo de la Ley 1/2023, de 20 de febrero, y completando el discurso con referencias al tratamiento de las diversas variables analizadas en la normativa autonómica. Así, en el cuarto capítulo, efectúa el profesor García Ureta una presentación general de la referida norma estatal, en la que, partiendo en algunos casos del dictamen emitido por el Consejo de Estado en relación con el anteproyecto del Gobierno, se identifican, como principales aspectos destacables, la plasmación de los avances y nuevos enfoques en la materia —adoptados durante la vigencia de la Ley de 1998—, el carácter programático de un elevado número de sus previsiones o la introducción de numerosas remisiones al desarrollo reglamentario, al tiempo que se incorporan algunas regulaciones de carácter excesivamente detallado para una norma «marco». El autor se muestra particularmente crítico con la Ley desde la perspectiva competencial, toda vez que en su art. 1.4 se pretende reconducir la cooperación al desarrollo de las comunidades autónomas y entidades locales «a los principios, objetivos y prioridades de la política de la cooperación internacional para el desarrollo» fijados en la misma. Al margen de esta —tan relevante— cuestión, tanto la formulación de los principios y objetivos como la configuración de los instrumentos de planificación plantean dudas, en opinión del autor, desde la perspectiva de su efectividad, que, en contra de lo que ciertas normas de última generación parecen presuponer, depende antes de las acciones y políticas que finalmente se pongan en marcha que de la mayor o menor exhaustividad de la regulación legal.

En el quinto capítulo se examina la organización administrativa de la cooperación al desarrollo. De entre las disposiciones que la Ley 1/2023, de 20 de febrero, dedica a esta cuestión, destaca especialmente el tratamiento que se dispensa a comunidades autónomas y entidades locales, que se caracterizan como «ejecutoras» de la política de cooperación al desarrollo «formulada» por la Administración General del Estado. Como subraya el autor, este entendimiento —común, por lo demás, a otras importantes regulaciones, como la Ley 2/2014, de 25 de marzo— «dista de ser real», habida cuenta de que nada impide que aquellas definan sus propias políticas en la materia, razón por la que la caracterización legal controvertida, que entronca con los planteamientos competenciales certeramente criticados por el autor, ha de quedar circunscrita a los efectos de la propia Ley de 2023.

El sexto capítulo se dedica a uno de los más relevantes aspectos de la cooperación al desarrollo, como es el relativo a la cooperación financiera. A este respecto, la Ley 1/2023, de 20 de febrero, incorpora dos importantes novedades: en primer lugar, la sustitución del Fondo para la Promoción del Desarrollo (FONPRODE) —cuya ley reguladora se deroga— por el Fondo Español para el Desarrollo Sostenible (FEDES); en segundo lugar, el compromiso de dedicación de un 0,7 % de la renta nacional bruta a la cooperación al desarrollo en el año 2030. Ambos extremos son objeto de un detenido análisis a cargo del profesor García Ureta; nos permitimos, en todo caso, centrar aquí nuestra atención en las consideraciones que el autor expone en relación con el segundo de los aspectos aludidos. A este respecto, el autor, tras dar cuenta de las críticas vertidas contra la plasmación del compromiso controvertido en la Ley por parte del Consejo de Estado y del Ministerio de Hacienda y Función Pública, así como de la ausencia de consulta específica al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, subraya, en primer lugar, la inhabilidad de la Ley de 2023 para vincular al legislador futuro; en segundo lugar, la debida sujeción de toda Ley de Presupuestos a los límites dimanantes del art. 135 CE y, por último, la flexibilidad con que se define el objetivo, toda vez que el art. 1.6 de la norma establece que habrán de contemplarse «a través de una planificación indicativa plurianual, las asignaciones necesarias en los Presupuestos Generales del Estado basadas en las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio» (pp. 168-169).

En el séptimo capítulo de la obra se aborda el examen de las previsiones incorporadas por la Ley 1/2023, de 20 de febrero, en relación con el análisis de la efectividad de las políticas de cooperación al

desarrollo. Es posible destacar dos extremos particularmente relevantes en la exposición del profesor García Ureta a este respecto. En primer lugar, la regulación presenta, en su opinión, una cierta indefinición en lo que hace a las implicaciones derivadas de las exigencias de coherencia y seguimiento de las correspondientes acciones –especialmente, aunque no solo, por razón de la indeterminación en relación con las consecuencias invalidantes de la eventual inobservancia del principio de coherencia; cfr., a este respecto, las consideraciones del autor en la p. 177–. En segundo lugar, también en este punto la Ley 1/2023, de 20 de febrero, se halla precisada de matizaciones en orden a depurarla de eventuales excesos competenciales, toda vez que, si bien las remisiones a la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, se acompaña de la referencia a que las comunidades autónomas cuentan con sus propios sistemas, aquellas se refieren a la evaluación de las políticas de cooperación al desarrollo «en su conjunto», lo que podría suponer su no limitación «a la desarrollada por la Administración del Estado» (p. 184).

En el octavo capítulo se estudian las disposiciones aplicables al personal cooperante. En este punto, la sistemática empleada por el autor es acorde con la de la propia Ley 1/2023, de 20 de febrero, que diferencia entre el personal al servicio de la Administración General del Estado, las personas cooperantes y el régimen jurídico del voluntariado. El autor destaca, entre otros aspectos, la relevancia que en este contexto se ha reconocido al dictamen del Consejo de Estado, toda vez que, atendiendo las observaciones formuladas por el supremo órgano consultivo del Gobierno, se ha acordado la incorporación de modificaciones en relación con las situaciones administrativas del personal al servicio de la Administración General del Estado; asimismo, subraya el autor las dudas que, desde diversas perspectivas, plantea la regulación relativa a las personas cooperantes por razón de la indefinición que presenta en varios puntos su régimen jurídico.

La obra se cierra con el capítulo noveno, dedicado a las ayudas públicas y la cooperación al desarrollo. En este contexto, dos son los principales aspectos en los que el profesor García Ureta centra su atención: en primer lugar, la aplicabilidad del régimen de ayudas de Estado ilegales a las otorgadas a las ONG; en segundo lugar, la regulación de las ayudas a la cooperación al desarrollo en la normativa estatal y autonómica. En lo que hace a la primera cuestión, el autor, con base en un detenido repaso de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, identifica los principios que determinan la (no) aplicación del régimen de las ayudas de Estado ilegales a las ONG para la cooperación al desarrollo, entre los que destacan extremos tales como la ausencia de ánimo de lucro –con respecto al cual existe una rica casuística jurisprudencial, que el profesor García Ureta examina en detalle– y la responsabilidad pública en este contexto. En lo relativo a la segunda cuestión, el autor subraya la relevancia de la habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario del régimen de ayudas de cooperación internacional incorporada por la disposición adicional 18.<sup>a</sup> de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que permite excepcionar la aplicación de los principios de publicidad o concurrencia u otros elementos del régimen general, y que ha sido ejercida a través de la aprobación del Real Decreto 794/2010, de 16 de junio, por el que se regulan las subvenciones y ayudas en el ámbito de la cooperación internacional. Esta última disposición es objeto de un exhaustivo análisis por parte del autor, en el que destacan algunas consideraciones de extraordinario interés en relación con la recta comprensión del alcance e implicaciones de la habilitación prevista en la citada disposición adicional –particularmente, desde la perspectiva de la inaplicación del principio de concurrencia o del eventual control jurisdiccional de las líneas de ayudas–, y que se completa con un repaso de las tres modalidades de subvenciones contempladas en la norma, así como de la situación en los ordenamientos autonómicos.

Como ha podido comprobarse, la obra del profesor García Ureta, lejos de circunscribir el examen de la cooperación al desarrollo a una sola de las ramas del derecho público, acomete, con un rigor y profundidad notables, un análisis transversal de la legislación aplicable en este contexto. No cabe sino celebrar esta decisión, toda vez que el tratamiento normativo de la cooperación al desarrollo exige del jurista la adopción de un enfoque precisamente global, al alcance tan solo de quien, desechando una incorrecta comprensión de la especialización jurídica, es capaz de observar su objeto de estudio desde todos los ángulos. En este sentido, la obra que se ha reseñado en estas páginas no solo se encuentra llamada a convertirse en referencia en la materia, sino que también es una auténtica reivindicación –con toda probabilidad, sin pretenderlo siquiera– de la mejor metodología investigadora en el derecho público.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

García Ureta, A. (2023). *Cooperación al desarrollo. Aspectos jurídico-administrativos*. Iustel.

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 12-03-2024  
Aceptado: 22-04-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11359>  
Páginas: 178-179



Referencia: Ruiz Magaña, I. (2024). M.<sup>a</sup> Ángeles González Bustos: Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 178-179. <https://doi.org/10.24965/reala.11359>

## M.<sup>a</sup> Ángeles González Bustos: *Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural*

Ruiz Magaña, Inmaculada  
Universidad de Jaén. Área de Derecho Administrativo (España – Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2466-7235>  
[irmagana@ujaen.es](mailto:irmagana@ujaen.es)

### NOTA BIOGRÁFICA

Inmaculada Ruiz Magaña es graduada en Derecho, máster de Abogacía y doctora en Derecho por la Universidad de Jaén y por la Universidad Milán Bicocca. En su formación predoctoral destaca la realización de dos estancias de investigación en la Universidad Milán Bicocca y en la Universidad de Bolonia. Su tesis doctoral versa sobre Administraciones públicas, turismo sostenible y desarrollo rural.

### RESUMEN

Recensión del libro de M.<sup>a</sup> Ángeles González Bustos, *Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural*, Atelier, 2023, 165 pp.

### PALABRAS CLAVE

Despoblación; dinamización rural; legislación; políticas públicas.

### ABSTRACT

Review of the book by M.<sup>a</sup> Ángeles González Bustos, *Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural*, Atelier, 2023, 165 pp.

### KEYWORDS

Depopulation; rural dynamization; legislation; public policies.

En los últimos años, el reto demográfico y, con este, la despoblación y el mundo rural se han convertido en el foco de atención de los poderes públicos. Los desafíos a los que se enfrentan los municipios rurales españoles no son nuevos pero han despertado un renovado interés por abordarlos. En estas circunstancias, la monografía titulada *Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural*, de la profesora M.<sup>a</sup> Ángeles González Bustos, titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, ya acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, adquiere una gran relevancia al ofrecer un análisis minucioso del marco jurídico para dinamizar las zonas rurales. Como indica el profesor Mellado Ruiz, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería, que prologa la citada obra, el estudio resulta no solo oportuno sino necesario en el contexto en el que nos encontramos de aparente falta de resultados y de cuestionamiento de los logros reales de tales políticas.

El libro se estructura en cinco capítulos que presentan un contenido claro y ordenado que facilita enormemente su comprensión. En primer lugar, se parte de un análisis de la situación actual de los municipios españoles que permite poner de manifiesto las insuficiencias en cuanto a las medidas adoptadas hasta el momento. Sin perjuicio de ello, como señala la autora, nos encontramos en un momento idóneo para

adoptar políticas públicas sostenibles que permitan aprovechar las oportunidades que ofrece el territorio rural y atraer así población.

En segundo lugar, se lleva a cabo un detallado examen de las políticas públicas y de los instrumentos normativos dirigidos a revitalizar el medio rural; este se desarrolla tanto a nivel europeo como interno y, a su vez, dentro de este se distingue entre los ámbitos estatal y autonómico. El complejo panorama que ofrece la consulta de todas estas disposiciones pone de relieve la trascendencia de que las políticas se adecúen a las particularidades de cada territorio así como la necesidad de una actuación coordinada. Asimismo, se atiende de forma especial a la legislación de régimen local que también cuenta con instrumentos que pueden contribuir a afrontar la cuestión de la dinamización rural. En el capítulo tercero, se abordan los mecanismos legales existentes, como la potenciación del papel de las diputaciones provinciales, los consorcios locales, las mancomunidades de municipios, los planes provinciales o la fusión de municipios, entre otros.

En la ejecución del análisis del régimen jurídico necesario para dinamizar el territorio rural se reclama la importancia de prestar atención a que las políticas públicas que se aprueben garanticen el cumplimiento de los instrumentos jurídicos puestos a disposición por el legislador. Desde esta perspectiva, pueden ser elementos claves disponer de una buena organización administrativa que gestione adecuadamente las oportunidades de estas zonas –se llega a proponer, incluso, la creación de un órgano que estudie los problemas de las zonas rurales–, el patrimonio local, la protección del medio ambiente y la sostenibilidad y una política agraria común adaptada al desarrollo rural. Todos ellos se tienen en consideración en el capítulo cuarto.

En el capítulo quinto se propone la intervención en ámbitos materiales que por su trascendencia pueden actuar como potenciadores del territorio. Es el caso del sector agroalimentario, el aprovechamiento de los valores ecosistémicos del territorio, la transición energética, infraestructuras y servicios, el empoderamiento de colectivos como la población femenina y los jóvenes o la ordenación del territorio y urbanismo.

En definitiva, como puede comprobarse, la autora no solo ofrece un estudio riguroso y completo sino que aporta un conjunto de ideas para reflexionar y abordar auténticos desafíos a los que nos enfrentamos en la actualidad. Todo ello convierte la obra en un referente imprescindible en el estudio del derecho administrativo aplicado al ámbito rural.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

González Bustos, M. A. (2023). *Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural*. Atelier.

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 04-06-2024  
Aceptado: 11-06-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11388>  
Páginas: 180-182



Referencia: Zapata Sevilla, J. (2024). M.<sup>a</sup> Remedios Zamora Roselló: Minería y comunidades autónomas: territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 180-182. <https://doi.org/10.24965/reala.11388>

## M.<sup>a</sup> Remedios Zamora Roselló: *Minería y comunidades autónomas: territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y Andalucía*

Zapata Sevilla, José  
Universidad de Málaga. Departamento de Derecho Público (España – Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1328-1118>  
[jose.zapata7675@gmail.com](mailto:jose.zapata7675@gmail.com)

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho, máster en Asesoría Jurídicas de Empresas y grado en Derecho por la Universidad de Málaga; máster en Abogacía y Práctica Jurídica por la Universidad Internacional de Valencia, y posgrado en Money, Banking and Central Banking por The University of Buckingham. Líneas de investigación en derecho digital, regulación económica y Administración pública.

### RESUMEN

Recensión del libro de M.<sup>a</sup> Remedios Zamora Roselló, *Minería y comunidades autónomas: territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y Andalucía*, Tirant lo Blanch, 2024, 276 pp.

### PALABRAS CLAVE

Materias primas fundamentales; actividades extractivas; comunidades autónomas; políticas sectoriales; planificación territorial; urbanismo.

### ABSTRACT

Review of the book from M.<sup>a</sup> Remedios Zamora Roselló, *Minería y comunidades autónomas: territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y Andalucía*, Tirant lo Blanch, 2024, 276 pp.

### KEYWORDS

Critical raw materials; extractive industry; autonomous communities; sectorial policies; territorial planning; urbanism.

La evidencia de que la competitividad de una economía productiva depende de un acceso fiable y económico a determinados recursos estratégicos ha quedado de manifiesto con la presentación por parte de la Comisión Europea de la Propuesta de Ley de Materias Primas Fundamentales. La norma plantea reducir la dependencia de los Estados miembros de las importaciones de terceros países mediante el impulso de las actividades extractivas en el territorio de la Unión para asegurar así la resiliencia de la economía europea frente a las perturbaciones de las cadenas de suministro internacionales de estos recursos.

España dispone de un territorio rico en muchos de los recursos designados por la Comisión Europea como fundamentales o estratégicos. No obstante, el impulso para la extracción de estos materiales se ve lastrado a nivel nacional por una normativa de minas preconstitucional desfasada, desconocedora del

reparto competencial existente en la materia y de la afección de la minería por parte de materias como la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente.

La inacción estatal se traduce en la necesidad de estudiar la normativa y los instrumentos de planificación que las comunidades autónomas han dictado en el ejercicio de sus competencias en la materia. La profesora doctora Zamora Roselló plantea en la obra reseñada un estudio comparativo del régimen jurídico que las comunidades de Galicia, Islas Baleares y Andalucía han establecido para las actividades extractivas en sus respectivos territorios. El enfoque de la investigadora resulta novedoso y de indudable interés para acercarse al problema del marco jurídico de las actividades extractivas, ya que el análisis de las distintas experiencias autonómicas le permite analizar los aciertos y defectos de cada régimen jurídico, así como detectar deficiencias comunes a todos los modelos regulatorios.

No obstante, como la autora explica a lo largo de la monografía, es preciso incluir en el régimen jurídico de las actividades extractivas las prescripciones de la regulación de la ordenación del territorio, del medio ambiente y de otras políticas sectoriales con incidencia en esta materia. La determinación de los suelos en los que pueden localizarse estas actividades, así como las condiciones en las que las explotaciones deben desarrollarse, se determinan en gran medida por los instrumentos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente. El objeto de estudio de la monografía va, en consecuencia, más allá del análisis de la legislación minera autonómica, pues se aborda la actividad extractiva desde una perspectiva integral. La obra también incluye el comentario de casos específicos de actividades extractivas que han presentado algún tipo de dificultad socioeconómica o ambiental. La casuística escogida permite vislumbrar las consecuencias de un marco jurídico o de unos controles administrativos insuficientes.

Tras una introducción en la que la autora presenta el interés del objeto de su investigación y la metodología empleada, el desarrollo del estudio comparativo se estructura en tres capítulos dedicados al régimen jurídico de las actividades extractivas en Galicia, Islas Baleares y Andalucía, respectivamente.

En el segundo capítulo, dedicado al caso gallego, la autora glosa la ley de ordenación de la minería y las determinaciones de los instrumentos normativos y de planificación pertenecientes a las materias de ordenación del territorio, urbanismo y protección del medio rural, energía y medio ambiente que afectan a las actividades extractivas. La profesora doctora destaca cómo, a pesar de que en un principio la comunidad promueve la seguridad jurídica en el sector mediante la publicación de la ley de ordenación de la minería, el esfuerzo inicial no viene acompañado ni del necesario desarrollo reglamentario de la ley ni del también imperioso plan sectorial de actividades extractivas. Estas lagunas perjudican significativamente la consecución de los objetivos estratégicos marcados en la Agenda de Impulso de la Minería Sostenible de Galicia.

El tercer capítulo se centra en la situación de las Islas Baleares. El trasfondo del régimen jurídico está marcado por el tipo de actividad extractiva que se lleva a cabo en esta comunidad, la explotación de canteras, y el hecho insular. Estas circunstancias, sin olvidar la apuesta por la sostenibilidad, explican la importancia de la regulación de cuestiones como los planes de restauración o la ubicación de nuevas explotaciones. La posible apertura de nuevas canteras solo podrá tener lugar en los espacios designados como aptos por los planes sectoriales y territoriales. Asimismo, estos instrumentos están llamados a prever las condiciones de explotación. No obstante, una vez más la autora destaca cómo la pasividad de las Administraciones locales en el desarrollo de los planes sectoriales de canteras correspondientes a las islas fomenta la inseguridad jurídica: los ayuntamientos no incorporan las determinaciones del plan director sectorial de canteras de la Comunidad Autónoma en su planeamiento y bloquean así la concesión de licencias respecto de explotaciones incluidas en el catálogo de canteras activas.

El cuarto capítulo se ocupa del caso de Andalucía. La ausencia de una ley autonómica de minas contrasta con el hecho de que la comunidad autónoma andaluza constituye el territorio español más relevante en cuanto a la presencia de actividades extractivas. Los esfuerzos de esta comunidad autónoma se limitan a difundir estrategias y directrices que establecen una serie de objetivos en materia de minería sostenible sin el necesario respaldo normativo que permita alcanzar dichas metas. La investigadora enfatiza algunos de los problemas jurídicos que plantea la casuística de las actividades extractivas en Andalucía y que requieren de una respuesta normativa. Así, se destacan los problemas para recuperar los costes de la restauración de desastres medioambientales (Aznalcóllar), para dirimir responsabilidades y asegurar el cumplimiento normativo (Cobre de las Cruces) y la intersección entre las materias de urbanismo, medio ambiente y actividades extractivas (Canteras de Alhaurín).

En última instancia, la autora incorpora unas reflexiones finales que exponen la esencia de los problemas detectados a lo largo del análisis y que apuntan a las posibles líneas de actuación con capacidad para

desbloquear el potencial de las actividades extractivas en España. Entre los problemas cabe destacar: la ausencia de un marco jurídico estatal actualizado; un desigual e incompleto desarrollo normativo y planificador por parte de las comunidades autónomas concernidas; descoordinación entre los distintos niveles administrativos; falta de integración de las actividades extractivas en otras políticas públicas; insuficiente participación ciudadana; control del cumplimiento normativo laxo, y falta de voluntad de reforma. Las soluciones pasan por el desarrollo de las herramientas normativas y planificadoras que afronten las disfunciones identificadas.

En definitiva, con su estudio la autora aporta una visión comparada del régimen jurídico de las actividades extractivas en España desde la perspectiva de las comunidades autónomas. Los resultados de la investigación no se limitan a exponer las diferencias que resultan de la diversidad de los territorios y de las políticas legislativas escogidas, sino a identificar problemas que responden a patrones comunes y a proponer su resolución mediante el desarrollo de las correspondientes iniciativas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Zamora Roselló, M.<sup>a</sup> R. (2024). *Minería y comunidades autónomas: territorio, sostenibilidad y energía. Especial referencia a Galicia, Baleares y Andalucía*. Tirant lo Blanch.

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, número 22, octubre de 2024  
Sección: RECENSIONES  
Recibido: 04-09-2024  
Modificado: 09-09-2024  
Aceptado: 10-09-2024  
Publicado: 28-10-2024  
ISSN: 1989-8975 – DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11434>  
Páginas: 183-185



Referencia: Quintiá Pastrana, A. (2024). Gustavo Manuel Díaz González (coord.): *Blockchain y Gobiernos locales*.  
*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 22, 183-185. <https://doi.org/10.24965/reala.11434>

## Gustavo Manuel Díaz González (coord.): *Blockchain y Gobiernos locales*

Quintiá Pastrana, Andrei  
Universidad de Groningen (Países Bajos – Netherlands)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3005-7318>  
[a.quintia@rug.nl](mailto:a.quintia@rug.nl)

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Investigador postdoctoral en el Departamento de Metodología Jurídica de la Universidad de Groningen. Su investigación se centra en la interrelación entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad privada y el impacto de la digitalización y automatización en el derecho.

---

### RESUMEN

Recensión del libro coordinado por Gustavo Manuel Díaz González, *Blockchain y Gobiernos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, 373 pp.

### PALABRAS CLAVE

Administración local; Administración digital; blockchain.

---

### ABSTRACT

Review of the book coordinated by Gustavo Manuel Díaz González *Blockchain y Gobiernos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, 373 pp.

### KEYWORDS

Local Governments; digital administration; blockchain.

Hace tiempo que nos preguntamos si los funcionarios sueñan con procedimientos electrónicos. La automatización de la actividad administrativa es un fenómeno que trascendió la ciencia ficción para plantear problemas jurídicos en el presente. Cada día se habla más sobre los riesgos y oportunidades de la digitalización de la Administración pública. Sin embargo, las referencias en el debate público a estas tecnologías se quedan, a menudo, en lugares comunes y significantes vacíos. El libro que ha coordinado Gustavo Manuel Díaz González tiene la virtud de contribuir significativamente a estos debates con rigor técnico y jurídico, delimitando cuidadosamente los impactos del cambio tecnológico en la Administración local.

La consolidada experiencia del profesor Díaz González en el ámbito del derecho local, autor de decenas de libros y artículos de revista sobre esta materia, avalan la calidad de esta coordinación. *Blockchain y Gobiernos locales* es una obra colectiva que recoge una selección de voces especializadas en diversas áreas del derecho administrativo para discutir aspectos relevantes sobre la implementación de la tecnología basada en «cadenas de bloques» (blockchain). Las virtudes de esta tecnología –que ha servido como base de las llamadas «criptodivisas»– han sido matizadas por la investigación tras una efervescencia inicial, apuntado cuestiones jurídicas y técnicas que deben ser tenidas en cuenta cuando pensamos en impulsar su

adopción. El estudio que coordina el profesor Díaz González viene, precisamente, a arrojar luz sobre esta materia desde la perspectiva de la Administración local, escasamente discutida en la literatura especializada en la inteligencia artificial y otras soluciones tecnológicas.

¿Cuál es el espacio justo para la incorporación del *blockchain* en el ámbito local? Un vistazo al índice nos permite observar un tratamiento profundo de esta pregunta, que incluye tanto aproximaciones teóricas relevantes desde una perspectiva general como análisis más prácticos desde la perspectiva de sectores específicos, e incluye también algún estudio de caso. El trabajo se divide en diez capítulos que serán de interés tanto para estudiantes que deseen profundizar en el sector del derecho local como para académicos interesados en la relación entre el derecho y las nuevas tecnologías y cualquier tipo de operadores jurídicos vinculados a la Administración local. Los títulos de los capítulos orientan la atención del lector a áreas específicas, como la protección de datos, la contratación pública, los servicios, la participación pública, las subvenciones, la gestión tributaria o el presupuesto.

El libro abre con el capítulo «Blockchain y Administraciones públicas: una visión panorámica» (pp. 9-82), de Gustavo Manuel Díaz González, que ofrece un análisis general de la relación de la tecnología *blockchain* con el derecho administrativo. En este capítulo –el más extenso de la obra– se exponen con claridad los fundamentos y principios de funcionamiento de la tecnología, que son necesarios para el análisis jurídico. La contribución de Díaz González es relevante para comprender aspectos relevantes de otros capítulos, explicándonos, por ejemplo, cuáles son los riesgos generales de la aplicación de esta tecnología o los principales enfoques regulatorios que nos permiten entender los pilares teóricos que sustentan las principales aproximaciones a este tema de investigación.

Tras esta introducción general, Vicenç Aguado i Cudolà encuadra el análisis en el marco de las *smart cities* con su capítulo «Ciudades inteligentes y tecnología de cadena de bloques: hacia un ejercicio compartido de funciones públicas» (pp. 83-124), que constituye una contribución especial a este trabajo con el tratamiento del fenómeno de las ciudades inteligentes desde la perspectiva del derecho a la ciudad. Este cambio de enfoque permite desplazar nuestro marco de análisis del sector tecnológico a uno basado en el derecho y los derechos. Antonio David Berning Prieto continúa en el tercer capítulo, «Tecnología *blockchain* y entidades locales: nuevas formas de funcionamiento interno y de interacción con el ciudadano» (pp. 125-152), con un análisis de la implementación de la tecnología *blockchain* en diferentes áreas de la Administración local que incluyen la contabilidad, la participación ciudadana o los convenios interadministrativos.

Andrés Boix Palop y Manuel Pereiro Cárceles profundizan en el cuarto capítulo sobre las implicaciones que esta tecnología tiene para el tratamiento de los datos personales («Transparencia y protección de datos personales en el uso de la tecnología *blockchain*: especial consideración de su impacto en el ámbito local» (pp. 153-188). El trabajo muestra cómo algunas de las aplicaciones de esta tecnología, además de contribuir a una mayor transparencia en la actividad administrativa, pueden también incidir positivamente en el control de la legalidad, el control de la eficacia o, incluso, funcionar como presupuesto de la participación en la vida pública. Sin embargo, advierten también de los riesgos que este tipo de sistemas descentralizados acarrearán en términos de privacidad.

El análisis sobre el impacto de la tecnología en el ámbito de los contratos lo conduce María Hernando Rydings en el quinto capítulo (pp. 189-212). La autora se muestra escéptica sobre la potencialidad de esta tecnología. Nos dice que debido a «sus limitaciones intrínsecas (...) habría que preguntarse de manera honesta (...) si su aplicación aporta algún valor añadido en comparación con las tecnologías existentes». Si bien, como contrapunto positivo destaca también el potencial de la «compra pública innovadora» y la necesidad de «invertir, experimentar e innovar con el *blockchain*». En relación con esta cuestión, resulta de especial interés la lectura del siguiente capítulo, «Servicios locales y *blockchain*» (pp. 213-236), de la profesora Andrea Garrido Juncal. Partiendo del estudio de la experiencia SMARTIAGO, desarrollada por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, la autora muestra las utilidades y debilidades (desde la perspectiva de la defensa de competencia) de las consultas preliminares de mercado para potenciar aplicaciones inteligentes en materia de alumbrado, movilidad o gestión de residuos urbanos. Garrido Juncal concluye con la necesidad de consolidar la «contratación pública innovadora» para impulsar un entorno favorable a la innovación en el entorno municipal que posibilite avanzar en la incorporación de estos avances tecnológicos en los servicios municipales.

Patricia García Majado y Miguel Ángel Presno Linera investigan en el capítulo «Democracia local y tecnología *blockchain*» los márgenes de implementación de tecnologías basadas en cadenas de bloques para administrar la participación ciudadana en la Administración local. El análisis cubre una amplia serie de procesos participativos, como la iniciativa popular sobre ordenanzas y reglamentos locales, la elaboración

de los presupuestos de las entidades locales o las consultas populares de ámbito local. Sin embargo, los autores se muestran reticentes a la incorporación de estas soluciones tecnológicas. Por una parte, estas no suscitan todavía «expectativas amplias» en la sociedad. Por otra, los autores consideran que la brecha digital es todavía una barrera para implementar el voto tecnológico sin que medie la presencia de autoridades e instituciones públicas, lo que «rebaja las expectativas que puede ofrecer esta tecnología».

Antonio Bueno Armijo arranca el capítulo «Subvenciones locales, *blockchain* y actuación administrativa automatizada» (pp. 275-324) con una contundente conclusión: el *blockchain* aplicado en el ámbito de la actividad subvencional es una «solución en busca de problemas» (p. 277). La utilidad de una tecnología cuya principal contribución es la desintermediación de redes descentralizadas puede ser cuestionable en un ámbito de relaciones estrictamente bilaterales. Destaca también la reflexión que el autor hace sobre los obstáculos que la digitalización impone a los particulares que, no estando obligados a relacionarse con la Administración de manera digital, carecen de los medios adecuados para relacionarse con ellos de esta manera. El autor concede, no obstante, un margen de interés para la implementación del *blockchain* en ciertas áreas, como el acto de convocatoria de subvenciones mediante algoritmos lógicos que permitan detectar el momento óptimo de publicación.

El libro lo cierran dos capítulos que ofrecen interesantes reflexiones desde una perspectiva económico-financiera. En «Gestión tributaria: *blockchain* y otras nuevas tecnologías» (pp. 325-346), José Pedreira Menéndez profundiza en los beneficios que estos nuevos métodos ofrecen para una gestión más eficiente de tributos indirectos, como el IVA, atajando el fraude y aligerando la carga documental. Si bien, para alcanzar esos beneficios apunta también a la necesidad de un «desarrollo normativo que establezca las líneas básicas por las que deban regirse gestores y usuarios» y «mejorar la cooperación interadministrativa». El último capítulo (pp. 347-373), firmado a varias manos por Roberto Fernández Llera, Mariola Pérez Rodríguez y Magdalena Cordero Valdivida ofrece un análisis general sobre la introducción del *blockchain* en el ámbito del presupuesto, el control interno y la fiscalización externa de la Administración local. Aunque los autores apuntan que esta tecnología «puede ser una ayuda, un complemento, una nueva vía de circulación y gestión de la información», se muestran prudentes sobre el espacio justo de implementación.

En síntesis, este libro nos acerca a imaginar con prudencia el espacio cierto para la incorporación del *blockchain* en el ámbito de la Administración local. A lo largo del libro se recogen una serie de ámbitos concretos o formas bajo a las que nuevas soluciones tecnológicas basadas en el *blockchain* pueden contribuir a mejorar la Administración local. Pero la mayoría de los trabajos se inclinan por una visión cuanto menos escéptica sobre su uso real. Por una parte, se apunta en general a las limitaciones intrínsecas de la propia tecnología, que no se adapta a todas las aplicaciones que se esperan de ella. Por otra parte, resulta también relevante la preocupación que parece existir en torno al impacto que la brecha digital tendría para su recepción generalizada entre la ciudadanía. Dos años después de la publicación de este libro sigue siendo cierto el apunte que Fernández Llera, Pérez Rodríguez y Cordero Valdivida hacen en el último capítulo cuando advierten que la «inmersión tecnológica que está en la base del proceso de digitalización no ha sido suficiente hasta el momento para que el *blockchain* explote como en su momento sí lo hicieron internet o las redes sociales» (p. 369).

En este libro se echa en falta, no obstante, una reflexión más profunda de los costes ambientales en la implementación de esta tecnología. Aunque algunos capítulos hacen referencia expresa a este extremo, el trabajo podría mejorar con una evaluación más profunda. ¿Es compatible el coste energético de escalar esta tecnología con los mandatos jurídicos ambientales en materia de desarrollo sostenible? ¿Compensan realmente los beneficios en términos de eficiencia los impactos ambientales y sus externalidades?

En todo caso, estamos ante un trabajo equilibrado, con un análisis profundo y matizado que va más allá de los lugares comunes y de la efervescencia. Las conclusiones que extraen de su análisis esta selección de voces especializadas nos ayudan a imaginar, como si se tratase de una línea de puntos, el camino a seguir. Si bien, también estas conclusiones nos señalan los potenciales peligros y rebajan las expectativas de una tecnología todavía emergente y con una implantación reducida. Es, en síntesis, una contribución extraordinaria a la agenda general de investigación en materia de *blockchain* con conclusiones relevantes para el ámbito de la Administración local, estructurado de una forma accesible y de interés para una audiencia amplia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Díaz González, G. M. (coord.) (2022). *Blockchain y Gobiernos locales*. Fundación Democracia y Gobierno Local.