

# 66 Regap

## Revista Galega de Administración Pública

Núm. 66 (xullo-decembro 2023)

**\_ESTUDIOS [01]** VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Adrián Agustín. A Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia no réxime constitucional de atribución de competencias entre Estado e comunidades autónomas **[02]** COELLO MARTÍN, Carlos. GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando. A execución de sentenzas e o caso Valdecañas **[03]** Díez Sastre, Silvia. E se licitar non sempre fose a forma máis eficiente para proveerse de bens e servizos? **[04]** ARENILLA SÁEZ, Manuel. Desexos e realidades despois de 10 anos da reforma local **[05]** REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. É o dereito á protesta un novo dereito fundamental? **\_COMENTARIOS E CRÓNICAS [06]** GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Aplicación da LCSP de 2017 desde a súa promulgación **[07]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIÓNS [08]** CANEDO ANTELO, Belén. Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público.

**\_ESTUDIOS [01]** VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Adrián Agustín. La Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia en el régimen constitucional de atribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas **[02]** COELLO MARTÍN, Carlos. GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando. La ejecución de sentencias y el caso Valdecañas **[03]** Díez Sastre, Silvia. ¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios? **[04]** ARENILLA SÁEZ, Manuel. Deseos y realidades después de 10 años de la reforma local **[05]** REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. ¿Es el derecho a la protesta un nuevo derecho fundamental? **\_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [06]** GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Aplicación de la LCSP de 2017 desde su promulgación **[07]** DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa **\_RECENSIONES [08]** CANEDO ANTELO, Belén. Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público.



A REGAP, que iniciou a súa andaina en 1992, estruturábase ao xeito clásico das publicacións deste tipo con estudos doutrinarios, xurisprudenciais e normativos. Pero é vontade desta Administración que se dedique a temas de actualidade, que analice e achegue a contribución dos máximos e máis destacados especialistas en temas como o dereito autonómico, as novas tecnoloxías, os retos da Administración no século XXI, o estatuto dos empregados públicos ou a ordenación do territorio e o medio. E en especial, pretende reservarlle un espazo destacado á Administración local, aos seus funcionarios, ao réxime xurídico destas administracións e a problemas que lle afectan directamente, como a súa articulación territorial, financiamento, réxime xurídico dos seus bens, urbanismo, etc. Os principais destinatarios desta revista son os empregados públicos e os profesionais do sector privado que desenvolven as súas actividades no eido do dereito.

En suma, pretende converterse na publicación de dereito público de referencia da Comunidade Autónoma de Galicia, e ao tempo alcanzar as máis altas cotas de calidade científica. Actualmente atópase catalogada no Directorio Latindex e está incluída na base de datos DICE (Difusión e Calidade Editorial das Revistas Españolas de Humanidades e Ciencias Sociais e Xurídicas - CSIC), REBUIN (Rede de Bibliotecas Universitarias) e DIALNET.

#### CONSELLO DE REDACCIÓN:

Directora: **Sonia Rodríguez-Campos González**, Directora de la EGAP, España, directora técnica: **Diana Santiago Iglesias**, Universidade de Santiago de Compostela, España, secretario: **Alejandro Villanueva Turnes**, Universidade de Santiago de Compostela, España, vogais do Consello editorial: **Luis Míguez Macho**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Raposo Arceo**, Universidade de A Coruña, España; **Marcos Almeida Cerredá**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Beatriz Allegue Requeijo**, Xunta de Galicia, España; **José Manuel Blanco González**, Xunta de Galicia, España; **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Gallego Fouz**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Patricia Iglesias Rey**, Consello de Contas de Galicia, España; **Jacinto Lareo Jiménez**, Universidade de Vigo, España; **Ana María López Guizán**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Antonio Cándido Macedo de Oliveira**, Universidade do Minho, Portugal; **Jesús Martínez Girón**, Universidade de A Coruña, España; **Montserrat María Otero Oitavén**, Universidade de Vigo, España; **Portugalio Antonio Roura Gómez**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Pérez González**, Consello de Sada, España; **Manuel Pillado Quintáns**, Xunta de Galicia, España; **José Antonio Redondo López**, Universidade de Santiago de Compostela e Consello de Contas, España; **Xosé Antón Sarmiento Méndez**, Universidade de Santiago de Compostela, España

#### COMITÉ CIENTÍFICO:

**Jean-Bernard Auby**, SciencesPo, Francia; **Luis Béjar Rivero**, Universidad Panamericana, México; **Roberto Blanco Valdés**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **María José Bravo Bosch**, Universidade de Vigo, España; **María Pilar Canedo Arrillaga**, Deustuko Unibertsitatea, España; **Pedro Costa Gonçalves**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Iñigo Del Guayo Castiella**, Universidade de Almería, España; **Antonio Fernández de Buján y Fernández**, Universidad Autónoma de Madrid, España; **Juan Ramón Fernández Torres**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Giuseppe Franco Ferrari**, Università Luigi Bocconi, Italia; **Jesús Fuentetaja Pastor**, Universidad Nacional a Distancia, España; **José García Pita y Lastres**, Universidade de A Coruña, España; **Julio González García**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Vicente González Radio**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Lema Devesa**, Universidad Complutense de Madrid, España; **María Belén Noguera de la Muela**, Universidade de Barcelona, España; **Fernanda Paula Oliveira**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Miguel Pérez Álvarez**, Universidade de A Coruña, España; **Thomas Perroud**, Université Panthéon-Sorbonne, Francia; **Johann-Christian Pielow**, Ruhr-Universität Bochum, Alemania; **Giuseppe Piperata**, Universidade de Venecia, Italia; **Ricardo Rivero Ortega**, Universidade de Salamanca, España; **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, Universidade de A Coruña, España; **Joan Manuel Trayter Jiménez**, Universidade de Girona, España; **Claudia Tubertini**, Universidade de Bolonia, Italia

#### Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas

15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)

Tel. +34 981 546 040 - Fax +34 981 546 249

Web: <http://egap.xunta.es/publicacions> | correo-e: [regap@xunta.gal](mailto:regap@xunta.gal)

<b>Periodicidade:</b> semestral <b>Formato:</b> en liña   papel <b>ISSN-L:</b> 1132-8371 <b>DOI:</b> <a href="https://doi.org/10.36402/regap.v2i66">https://doi.org/10.36402/regap.v2i66</a> <b>Depósito legal:</b> C-1.596-91 <b>Tradución e supervisión lingüística:</b> Ramiro Combo García <b>Deseño cuberta:</b> Campus na nube, SL <b>Deseño gráfico e impresión:</b> Campus na nube, SL	<b>Siglas utilizadas:</b> UDC: Universidade da Coruña USC: Universidade de Santiago de Compostela UVigo: Universidade de Vigo UAM: Universidad Autónoma de Madrid UB: Universitat de Barcelona UCM: Universidad Complutense de Madrid UdG: Universitat de Girona UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia USAL: Universidad de Salamanca IUAV: Università IUAV di Venezia RUB: Ruhr-Universität Bochum UC: Universidade de Coimbra UNIBO: Università di Bologna
--	---

A EGAP non se identifica necesariamente cos xuízos emitidos polos autores dos artigos que aparezan nesta revista, senón que serán única e exclusivamente responsabilidade do ou dos seus autores.  
Ningunha parte desta revista poderá ser reproducida sen o consentimento expreso dos titulares do *copyright*.

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 66, julio-diciembre 2023 \ Number 66, July-December 2023

## Sumario/Summary

### 1 ESTUDIOS / STUDIES

#### **Adrián Agustín Vázquez Rodríguez**

La Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia en el régimen constitucional de atribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas ..... 245  
*The Law on coastal planning and integrated management of Galicia in the constitutional regime of attribution of competences between State and autonomous communities*

#### **Carlos Coello Martín / Fernando González Botija**

La ejecución de sentencias y el caso *Valdecañas* ..... 275  
*Enforcement of judgments and the Valdecañas case*

#### **Silvia Díez Sastre**

¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios? ..... 329  
*What if tendering was not always the most efficient way to procure goods and services?*

#### **Manuel Arenilla Sáez**

Deseos y realidades después de 10 años de la reforma local ..... 365  
*Wishes and realities ten years after local government reform*

#### **Miguel Revenga Sánchez**

¿Es el derecho a la protesta un nuevo derecho fundamental? ..... 389  
*Is the right to protest a new fundamental right*

## 2 COMENTARIOS Y CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

**Santiago González-Varas Ibáñez**

Aplicación de la LCSP de 2017 desde su promulgación .....411  
*Application of the 2017 Public Sector Contracts Act since its enactment*

**Francisco de Cominges Cáceres**

Jurisprudencia contencioso-administrativa.....441  
*Contentious-administrative jurisprudence*

## 3 RECENSIONES / REVIEWS

**Belén Canedo Antelo**

Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación  
ambiental del dominio público.....483

# Regap

Estudios

1





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_julio-diciembre 2023 | pp. 245-274  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5118>  
© Adrián Agustín Vázquez Rodríguez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 04/08/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

66 Regap

A Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia no réxime constitucional de atribución de competencias entre Estado e comunidades autónomas

## La Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia en el régimen constitucional de atribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas

The Law on coastal planning and integrated management of Galicia in the constitutional regime of attribution of competences between State and autonomous communities

ADRIÁN AGUSTÍN VÁZQUEZ RODRÍGUEZ  
Miembro del Observatorio del Litoral  
Universidad de A Coruña

[aavazquezrodriguez@gmail.com](mailto:aavazquezrodriguez@gmail.com)

**Resumo:** Este traballo analiza a repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de ordenación do litoral, tomando como referencia a recente Lei de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia. En primeiro termo, exponse como o litoral é concibido na doutrina constitucional e a noción de territorio e competencias “extraterritoriais” das comunidades autónomas. Aténdese especialmente á Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991, sobre a Lei de costas de 1988, e á evolución que esta doutrina sufriu, moi especialmente nas sentenzas 31/2010 e 18/2022. Finalmente, examínase a regulación da nova lei galega e as súas innovacións con respecto deste réxime de competencias.

**Palabras clave:** Litoral, competencias, dominio público marítimo-terrestre, costas, medio ambiente.

Regap



ESTUDIOS

**Resumen:** Este trabajo analiza el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de ordenación del litoral tomando como referencia la reciente Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia. En primer término, se expone cómo el litoral es concebido en la doctrina constitucional y la noción de territorio y competencias “extraterritoriales” de las comunidades autónomas. Se atiende especialmente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, sobre la Ley de costas de 1988, y a la evolución que esta doctrina sufrió, muy especialmente en las sentencias 31/2010 y 18/2022. Finalmente, se examina la regulación de la nueva ley gallega y sus innovaciones con respecto de este régimen de competencias.

**Palabras clave:** Litoral, competencias, dominio público marítimo-terrestre, costas, medio ambiente.

**Abstract:** This paper analyses the distribution of competences between the Spanish State and its autonomous communities regarding coastal planning, taking the recent Law on Coastal Planning and Integrated Management of Galicia as a reference. Firstly, it explains how the coastline is conceived in the Spanish constitutional doctrine and the notion of territory and the “extraterritorial” competences of the autonomous communities. Special attention is paid to Constitutional Court ruling 149/1991, on the 1988 Coastal Law, and the evolution of this doctrine, especially in rulings 31/2010 and 18/2022. Finally, it examines the regulation of the new Galician Law and its innovations with respect to this system of competences.

**Key words:** Coastline, competences, maritime-terrestrial public domain, coasts, environment.

**SUMARIO:** 1 El título de ordenación del litoral. 1.1 Introducción. 1.2 El territorio de las comunidades autónomas. 1.3 Competencias autonómicas sobre el mar. 2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de costas. 2.1 La Ley de costas de 1988 y la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991. 2.2 Evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia. 2.3 La reciente Ley de ordenación y protección del litoral catalana y su adecuación constitucional. 3 La Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia. 3.1 Aspectos generales e instrumentos de ordenación. 3.2 El régimen de competencias. 3.3 Las áreas de protección, mejora y reordenación y otras disposiciones. 4 Conclusiones.

# 1 El título de ordenación del litoral

## 1.1 Introducción

El litoral es esa “franja de anchura variable, a ambos lados de la orilla del mar, en la que se produce la interacción entre la naturaleza, las comunidades humanas y las actividades socioeconómicas que se sustentan en la existencia o influencia del mar”. Así lo define la Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia (LOLGA en adelante) en su artículo segundo<sup>1</sup>. Esta definición es realmente novedosa en el ordenamiento jurídico español<sup>2</sup>. No solo por su contenido, que trata de revolverse contra un visión estricta del territorio que será comentada en este trabajo, sino también por su propia existencia.

<sup>1</sup> La LOLGA fue aprobada por el Parlamento de Galicia en sesión plenaria el día 4 de julio de 2023. V. *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*, XI legislatura, número 518, 5 de julio de 2023, pp. 198971 a 199097.

<sup>2</sup> Para un análisis del concepto “ordenación del litoral”, vid. AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 49 y ss.

El tratamiento del litoral en el Estado español desde un punto de vista jurídico parte del llamado bloque de la constitucionalidad<sup>3</sup>. La Constitución de 1978 (CE en adelante) no contiene ninguna mención a la palabra “litoral”. Claro que ese “bloque” está conformado no solo por la CE, sino también por los estatutos de autonomía (EA) de las distintas comunidades autónomas (CA) en las que actualmente se divide el territorio del Estado. El Estatuto de autonomía de Galicia (EAG) sí contiene la palabra litoral, en concreto en dos preceptos. En primero lugar, en el artículo 27:

*«En el marco del presente Estatuto le corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias:*

(...)

*3. Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda».*

También en el artículo 29, en donde se afirma que le corresponde a la CA de Galicia la ejecución de la legislación del Estado en materia de vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral gallego.

Pues bien, ese “litoral gallego” no tendrá hasta la promulgación y sanción de la LOLGA una definición que permita comprenderlo de manera tangible, y no solo en abstracto. Continúa aquel artículo 2 LOLGA especificando, en medidas reales, cuál es esa *franja litoral de anchura variable*:

*«A efectos de esta ley, el litoral de Galicia se extiende hacia el interior, hasta el límite administrativo de los municipios costeros o, cuando lo supere, el límite interior de los espacios naturales que radiquen en los mismos; y mar adentro, hasta el límite exterior del mar territorial<sup>4</sup>».*

Hasta este punto, sin conocer la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC en adelante) y los numerosos conflictos de competencias que han ocurrido, ya desde los primeros años del Estado autonómico, sobre el litoral, la materia podría parecer sencilla. El artículo 149.1 CE no incluye el litoral como competencia propia del Estado, y las CA, en virtud de la cláusula del artículo 149.3 CE, pueden asumir competencias no atribuidas expresamente al Estado, como así lo hace el EAG en el punto tercero de su artículo 27 al incluir el litoral como competencia exclusiva de la CA gallega.

Sin embargo, la competencia sobre el litoral está lejos de ser pacífica. Esta conflictividad proviene de un precepto de la Constitución que ni siquiera se inserta en su título octavo, sobre organización territorial del Estado, sino en el título séptimo: “Economía y Hacienda”. Se reproducen a continuación sus dos primeros apartados:

<sup>3</sup> En general, sobre la distribución de competencias en materia de ordenación del litoral, vid. TRAYTER, J.M., “Las coordenadas constitucionales y estatutarias en materia de costas y litoral”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, pp. 15 a 25; GARCÍA PÉREZ, M., “Autonomía y dominio público marítimo-terrestre: la problemática competencial sobre el DPMT en el marco del estado de las autonomías”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, pp. 223 a 256.

<sup>4</sup> El mar territorial se define y se delimita en la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial.

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.
2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Las playas, la zona marítimo-terrestre y el mar territorial son, precisamente, una parte muy importante de esa *franja litoral*. Este artículo obliga a que tales bienes sean de dominio público<sup>5</sup> estatal<sup>6</sup>. Como no ha dejado de repetir el TC, y según se expondrá en este trabajo, que el Estado sea el *dominus (publicus)* de esta parte del litoral no quiere decir que tenga competencia alguna sobre ella. Dicha titularidad pública no es fuente de competencias, dirá el TC desde hace ya más de 30 años, pero sí de facultades que le permiten al Estado garantizar esos principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que la CE le obliga a imprimir en el régimen jurídico de estos bienes<sup>7</sup>.

A esta concurrencia de competencias y facultades hay que añadir la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo y que el TC acogió plenamente respecto del territorio municipal, a tenor de la cual todo el territorio estatal está dividido en municipios, que a su vez se agrupan en provincias y, una vez constituidas, en comunidades autónomas, en su caso uniprovinciales (art. 143 CE). Así, el territorio autonómico quedaría constituido por el territorio de sus municipios. No incluiría, entonces, el territorio que se adentra en el océano, ese “otro lado de la orilla del mar”, sino solo la porción de terreno sobre el que los ayuntamientos ejercen su jurisdicción<sup>8</sup>.

Los elementos que acaban de ser introducidos distorsionan la configuración sencilla del litoral que podría haber bajo el Estado de las autonomías. En los siguientes apartados se tratará de dar una visión amplia y clarificadora sobre la evolución al respecto, primero sobre el “territorio” autonómico y sus competencias y después sobre esas “facultades” estatales sobre el dominio público. Tras esto, se atenderá a la propuesta de la LOLGA, el encaje constitucional que le parece dar por asegurado

---

<sup>5</sup> Así, la CE sigue una profunda tradición heredada ya de las Partidas de Alfonso X el Sabio, que consideraban el mar y su ribera, junto con el aire y las aguas de la lluvia, *cosas comunes a todas las criaturas*. Vid. MENÉNDEZ REXACH, A., “La distribución de competencias en la Ley de costas y la gestión integrada del litoral”, Sanz Larruga, F.J. (dir.) y García Pérez, M. (coord.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión el litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Barrié de la Maza y Observatorio do Litoral da Universidade da Coruña, A Coruña, 2009, pp. 119 y 120.

<sup>6</sup> Sobre el alcance de este adjetivo “estatal”, vid. MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 108, 1988, p. 15.

<sup>7</sup> Por todas, vid. la explicación que al efecto hace la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 149/1991, de 4 de julio de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:149), en su fundamento jurídico (FJ en adelante) 1.C), sobre la que el alto tribunal vuelve durante todo el desarrollo del texto.

<sup>8</sup> Esta situación es fruto de una doctrina emanada primero del Consejo de Estado y después adoptada por el Tribunal Supremo (la primera vez en la sentencia de 2 de octubre de 1967). Vid. BELADÍEZ ROJO, M., “Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo IV. Del poder judicial. Organización territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991, p. 3677 y jurisprudencia citada; y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Administración Pública*, n. 158, 2002, pp. 51 y ss.

el Consejo Consultivo de Galicia y la experiencia en otras CA, especialmente en Cataluña.

## 1.2 El territorio de las comunidades autónomas

Galicia es la Comunidad Autónoma con más kilómetros de costa de todo el Estado, por encima incluso de las CA insulares, Islas Baleares y Canarias<sup>9</sup>. La importancia del litoral, del contacto mar-tierra<sup>10</sup> y del poblamiento humano en los márgenes litorales es remarcada por la propia exposición de motivos (EM) de la LOLGA. Ahora bien, la doctrina del Tribunal Constitucional es contraria a reconocer que las aguas territoriales de Galicia sean verdaderamente territorio gallego.

Para entrar en los conceptos que está manejando el TC en estos años de Estado autonómico, se trae a colación su Sentencia 3/2014, de 16 de enero (ECLI:ES:TC:2014:3). Esta tiene relevancia en cuanto trata, precisamente, de un conflicto positivo de competencias interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Real decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial. Aquí la CA gallega consideraba que el Estado no tenía título competencial que lo amparara para regular ese tipo de instalaciones. El TC resume el argumentario autonómico (antecedente primero):

(i) el hecho de que el Estatuto de autonomía solo se refiera a las cuatro provincias como parte del territorio gallego no implica que Galicia no tenga competencias sobre el mar, pues el propio Tribunal Constitucional reconoció lo contrario (STC 38/2002 y 9/2001); (ii) la referencia a las provincias no implica una visión plana del territorio, pues tampoco se refiere el Estatuto de autonomía al espacio aéreo o al subsuelo; y (iii) si este debate se saldara con este argumento, resultaría que el Estado tampoco sería competente, pues no existe una definición clara del territorio estatal.

El TC no acoge tales razones<sup>11</sup>. Estas, aunque podrían ser entendidas en un análisis descontextualizado de la CE y del EAG, no se compadecen con la doctrina que el TC viene manteniendo sobre el territorio de las CA. No se trata del artículo 132.2 CE, sobre dominio público marítimo-terrestre (DPM-T), que, como se ha dicho, no atribuye competencias (sí lo que el TC llama “facultades”), y tampoco de una problemática de concurrencia de competencias sobre el mar territorial. Por el contrario, se trata del

<sup>9</sup> Confróntese POUSA GARCÍA, A., “La pluralidad competencial en materia de costas y litoral (Illes Balears)”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, p. 117. La exposición de motivos de la LOLGA se hace eco de este dato al afirmar que “Galicia es una Comunidad Autónoma marítima por excelencia con el litoral más largo de toda España: un total de 2.555 kilómetros considerando no solo los 1.659 kilómetros de su perímetro costero, sino también los 432 kilómetros que rodean sus cientos de islas e islotes y los 464 kilómetros de sus marismas y arenales”.

<sup>10</sup> Para un análisis de este concepto y su relevancia en la gestión integrada del litoral, *vid.* SANZ LARRUGA, F.J., “La planificación espacial marina, la interacción tierra-mar y su incidencia sobre las competencias autonómicas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, pp. 177 y ss.

<sup>11</sup> Para una visión desde el punto de vista del derecho internacional en contrario de lo sostenido por el TC, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, *cit.*

artículo 143 CE, configurador del derecho de las nacionalidades y regiones a la autonomía, interpretado conjuntamente con el artículo 137 CE, sobre división territorial del Estado. Se debe entender, dice el TC, que el territorio autonómico se extiende al ámbito de los municipios que integran la correspondiente comunidad autónoma pero que estos nunca se extendieron ni tampoco ahora se extienden al mar territorial, siendo esta y no otra la idea razón que subyace en la doctrina constitucional.

La elocuencia de las alegaciones de la CA de Galicia llegaba tarde. Ya en su Sentencia 77/1984, de 3 de julio (ECLI:ES:TC:1984:77), el TC se había manifestado en el sentido expuesto. El objeto de esta sentencia era otro conflicto de competencias, esta vez interpuesto por el Gobierno del Estado, que entendía que el Plan general de ordenación urbana de Bilbao y su comarca, así como el Plan especial para la ejecución de la solución “Ugaldebieta”, invadían la competencia exclusiva sobre el puerto de Bilbao, que correspondía al Estado por ser de interés general. La CA del País Vasco se amparaba en los títulos de competencia exclusiva sobre ordenación del territorio y del litoral y urbanismo. Interesa de esta sentencia el siguiente extracto del fundamento jurídico (FJ) tercero:

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado han sostenido en forma inequívoca, y concretamente respecto a los puertos y a la zona marítimo-terrestre, que unos y otra forman parte del término municipal en que están enclavados, basándose en que legalmente todo el territorio nacional se divide en términos municipales, de forma que no pueden quedar espacios territoriales excluidos de ellos (...). Parece claro que la misma doctrina hay que aplicarla a la división del territorio nacional en las comunidades autónomas (...).

Así, el TC entendió en esta sentencia que, dado que el puerto de Bilbao se encuentra en el territorio del País Vasco, territorio que a su Administración autonómica corresponde ordenar, el ejercicio de competencias autonómicas sobre este puerto era constitucional, siempre que respetara las del Estado. La consecuencia que aquí interesa es que las CA no pueden ejercer competencias sobre el mar, dado que su territorio se identificaría exclusivamente con el de sus municipios<sup>12</sup>.

### 1.3 Competencias autonómicas sobre el mar

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que las comunidades autónomas sí ejercen, bajo aparente constitucionalidad, competencias sobre espacio marino. Basta un vistazo a la composición orgánica de la Xunta de Galicia en el momento en el que se escribe para ver que existe incluso una Consellería del Mar, cuyas funciones y estructura

<sup>12</sup> En realidad, el propósito de este argumento era *ab initio* el de incluir el demanio público dentro de las competencias de los ayuntamientos, por no haber en el territorio estatal espacios de “jurisdicción exenta”. En GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, cit., pp. 54 a 58, se afirma que el Estado español ejerce igual soberanía tanto en el área terrestre como en las aguas interiores. “Bien, pues si el régimen de la soberanía entre espacios terrestres y marinos es similar, si el Estado español tiene la misma capacidad para aplicar su legislación interna y de sancionar las conductas contrarias a ella, la conclusión solo puede ser una: las aguas que componen el mar territorial forman parte del territorio español igual que el área terrestre y, por tanto, sería de aplicación la regla del artículo 137 CE, esto es, está dividido también en Comunidades Autónomas y la división de competencias será la que proceda de las listas de los artículos 148 y 149 de la Constitución, junto con las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía” (p. 56).

regula el Decreto 50/2021, de 11 de marzo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consellería del Mar. Entre las competencias de esta *consellería* se incluyen “proponer y ejecutar las directrices generales del Gobierno en materia de ordenación pesquera en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, cofradías de pescadores/as y demás organizaciones (...), industrias pesqueras y conserveras, establecimientos de almacenamiento, manipulación, ventas y transformación del pescado” y otras que aparecen nombradas en el artículo 1 de ese decreto.

Para comprender que la CA de Galicia ejerza competencias sobre el mar cuando el mar no es parte de su territorio, es preciso acudir de nuevo a la jurisprudencia constitucional. La STC 38/2002, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2002:38), es una de las sentencias que la representación de la Xunta de Galicia citaba para defender la competencia de la CA sobre el mar territorial. Aquí el alto tribunal resuelve sobre un doble conflicto positivo de competencias que interpone el Gobierno del Estado contra un decreto de la Junta de Andalucía y la propia Junta contra una orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. La problemática se refería a la ordenación de la pesca en un extremo del parque natural “Cabo de Gata-Níjar” que comprende una franja marina de una milla.

Sin perjuicio de la decisión de la sentencia, interesa la interpretación del TC sobre la “territorialidad de las competencias autonómicas”. Tras transcribir íntegramente el párrafo de la STC 77/1984 aquí también transcrito, se continúa (FJ 6):

*«Distinto es el caso del mar territorial. En el mar territorial excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad esta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario (...) bien de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad (...)».*

Además de esas dos excepciones, el TC, atendiendo al caso que en ese momento le incumbía (la regulación de un parque natural), apunta que “las circunstancias y características específicas del espacio a proteger pueden demandar, en ocasiones excepcionales, que (las competencias autonómicas) se extienda(n) en alguna medida sobre el mar territorial, singularmente cuando así venga exigido por la continuidad y unidad de dicho espacio físico”<sup>13</sup>.

Esta doctrina del TC acerca de las competencias autonómicas sobre el mar parece verdaderamente paradójica. Las CA litorales o costeras, Galicia por lo que aquí respecta, poseen un territorio que se identifica exclusivamente con el territorio de sus municipios, en este caso los municipios pertenecientes a las provincias de A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra, como el EAG establece en su artículo 2. Esto significa que el mar, sea o no mar territorial, no es parte de su territorio, y por ello, de acuerdo con la doctrina de la “territorialidad de las competencias”, que proviene

<sup>13</sup> Cabe destacar que, a pesar de la aparente inclinación del TC por permitir a la CA andaluza gestionar la franja marina del parque natural de “Cabo de Gata-Níjar”, una serie de preceptos del decreto autonómico son declarados inconstitucionales por afectar a la competencia exclusiva del Estado en pesca marítima, mientras que el orden ministerial no es considerado inconstitucional. Una opinión del sentido contrario, favorable a la unidad ecológica que la sentencia solo defiende en su parte considerativa, puede encontrarse en el voto particular y en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, cit.

ya de resoluciones del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado previas al Estado autonómico, no pueden ejercer competencias sobre él<sup>14</sup>.

Sin embargo, Galicia y otras CA costeras sí pueden ejercer competencias sobre el mar, como ya había apuntado también la Xunta en su alegación contra el decreto estatal relativo a la energía marina. Lo pueden hacer (repite varias veces el TC que “excepcionalmente”) cuando (a) así se reconozca en su estatuto, (b) así resulte de la interpretación constitucional de las competencias o (c) así sea necesario para la protección de espacios naturales que presentan una continuidad tierra-mar. De esta situación parte el legislador gallego cuando pretende promulgar una norma como la LOLGA, de “ordenación y gestión integrada del litoral”.

Volviendo a la sentencia con la que se inició este apartado, la STC 3/2014, se puede traer ahora, como ejemplo, la competencia que la Xunta de Galicia alegaba en ese momento como conculcada respecto de su pretensión. Después de resumir esta doctrina sobre las “competencias extraterritoriales”, recordando en qué casos corresponde su ejercicio, y de recalcar que “el territorio autonómico no se extiende al mar territorial”, el TC finaliza diciendo que ni existe un reconocimiento explícito para el ejercicio de la competencia autonómica en materia de régimen energético sobre el mar territorial, ni ello se deriva de la naturaleza con que esta competencia se configuró en el bloque de la constitucionalidad, ni, finalmente, la autorización de las instalaciones de producción de energía en el mar territorial resulta imprescindible, con carácter general, para el ejercicio de las competencias de las que la Comunidad Autónoma de Galicia es titular.

Es preciso, en definitiva, un título *ad hoc* para regular cada aspecto del litoral en su vertiente marina, *v. gr.* el régimen energético como en este supuesto. Esto hace adivinar, aun incluso sin atender al contenido específico de la LOLGA, que va a ser necesario encajar todas las competencias que la CA de Galicia posee para garantizar una gestión integrada<sup>15</sup>. A la hora de analizar el propio contenido del articulado de la LOLGA, habrá que atender al concreto fundamento competencial autonómico que esté detrás de cada actuación sobre el medio marino, pues ya se sabe que, de no haber este fundamento, la actuación devendrá inconstitucional.

A pesar de todo, no hay que ser pesimista sobre la capacidad autonómica de actuación sobre el mar. Galicia tiene competencia exclusiva sobre los puertos no calificados de interés general del Estado, pesca en las rías y demás aguas interiores, marisqueo y acuicultura (art. 27.9 y 15 EAG<sup>16</sup>); competencia de desarrollo y ejecución

<sup>14</sup> La propia STC 38/2002 llega a decir que “el mar territorial, como soporte topográfico del medio ambiente se integra en primer término por un elemento móvil –las aguas–, que por obvias razones físicas no pueden adscribirse de modo permanente a un lugar determinado”. La idea de fondo parece querer desviarse de la realidad: las aguas, naturalmente, se mueven, pero el mar no cambia de sitio.

<sup>15</sup> Sobre el concepto de “gestión integrada del litoral”, *vid.* SANZ LARRUGA, F.J., “El reto para una visión y gestión integradas de las Estrategias Marinas en la Unión Europea: reflexiones a propósito del Informe de la Comisión de 2020”, Sanz Larruga, F.J. y Ortiz García, M. (dirs.) y Morelle-Hungria, E. (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 37 y ss., y normativa y doctrina ahí citadas.

<sup>16</sup> Acerca del ejercicio de la competencia exclusiva sobre acuicultura y la concurrencia con otras competencias del Estado (en concreto, las competencias sobre bases de la actividad económica y coordinación general de la investigación científica y técnica, artículo 149.1.13ª y 15ª), *vid.* la STC 103/1989, de 8 de julio (ECLI:ES:TC:1989:103).

en materia de ordenación del sector pesquero y puertos pesqueros (art. 28.5 y 6 EAG); y ejecución legislativa en materia de salvamento marítimo y vertidos industriales y contaminantes (art. 29.3 y 4 EAG). Existen otros dos títulos competenciales que el EAG reserva a la CA de Galicia de manera exclusiva: el de ordenación del territorio y *del litoral* (art. 27.3 EAG) y el de establecer normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje en los términos del artículo 149.1.23° CE, relativo a la competencia estatal sobre medio ambiente (art. 27.30 EAG).

## 2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de costas

### 2.1 La Ley de costas de 1988 y la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991

Al amparo del artículo 132.2 CE se dictó la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC). La LC fue impugnada ante el TC por la Xunta de Galicia, el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, el Gobierno Vasco, el Parlamento de Cataluña, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, el Gobierno de Canarias, el Gobierno valenciano y 50 diputados de las Cortes. De esta impugnación fue fruto la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:149)<sup>17</sup>.

En el núcleo del debate sobre a LC permanece latente una cuestión: si el Estado, al regular los bienes de dominio público que ese artículo 132.2 CE menciona, entre los que destaca el dominio público marítimo-terrestre (DPM-T), se extralimitó, afectando a la competencia exclusiva sobre ordenación del litoral que las CA se habían atribuido en sus respectivos EA amparándose en el 149.3 CE. De la respuesta a esta cuestión dependerá el contenido de la competencia exclusiva sobre ordenación del litoral. Sin perjuicio de las muchas perspectivas con las que pueda ser mirado, litoral solo hay uno, que puede ser definido de muchas formas, de las cuales la del artículo 2 LOLGA parece suficientemente solvente. Según la amplitud con la que entienda el TC que el Estado puede regular ese litoral y, en su caso, ejecutar esa regulación, quedará la competencia “exclusiva” de las CA más o menos engrosada.

Como es sabido, esta sentencia se basa en la concepción de que “la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial”. Aunque “es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural”, de las que el Estado es titular, dicha titularidad no es generadora de competencias, sino de facultades. Resume el TC

<sup>17</sup> Para un análisis tanto de la ley como de la sentencia, *vid.* AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 56 y ss. y 80 y ss. *Vid.* también BLASCO ESTEVE, A., “Competencias estatales y autonómicas en materia de costas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, pp. 27 y ss.

sobre estas facultades: “el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrara de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado de la zona marítimo-terrestre, tolerara que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas” (FJ 1.C)).

La respuesta del Tribunal parece sencilla y acorde con el propio texto constitucional, pues efectivamente el artículo 132.2 CE, del que se deriva la titularidad estatal del DPM-T y las facultades inherentes a esta titularidad, no se inserta en el apartado relativo a la distribución de competencias entre CA y Estado. Sin embargo, el TC invierte el sentido de estas palabras y, a pesar de reconocer al Estado solo *facultades* sobre la ordenación del litoral en su ámbito terrestre, estas *facultades* acaban por alterar la distribución competencial establecida en los artículos 148 y 149 CE<sup>18</sup>.

Esta sentencia también interpreta lo que el litoral es. En su FJ 1.a) se analiza el alcance de la competencia de ordenación del litoral. Los EA, afirma el Tribunal, acogieron dos interpretaciones de esta competencia. La primera, “más restrictiva”, según la cual el litoral es un título competencial de por sí, diverso de la ordenación del territorio; y una segunda, “más amplia”, de acuerdo con la cual el litoral forma parte del territorio de las CA costeras, por lo tanto subsumible en el título de ordenación del territorio.

El TC acoge esa segunda interpretación que el mismo alto tribunal infiere del texto de los EA. Es necesario apuntar que aquí los EA no eran unánimes, e incluso algunos como el cántabro no incluían la competencia sobre ordenación del litoral. Esto, dice el TC, es irrelevante, pues la distinción entre litoral y territorio es “innecesaria”. Aquí realiza el alto tribunal una igualación del techo competencial<sup>19</sup>, afirmando que la competencia de ordenación del territorio, que la CE atribuye de manera exclusiva a las CA (art. 149.3), incluye en todo caso la ordenación del litoral, independientemente de la definición que los estatutos realicen de esta.

Para apoyar esta tesis, el TC trae a colación su doctrina, acogida a su vez del TS, de la territorialidad de las competencias, ya analizada *supra*. El TC entiende que la competencia de ordenación del litoral no puede ser ejercida sobre la franja marítima de este litoral, dado que las CA están conformadas por municipios. Para este razonamiento acude el TC al EA de Cantabria, que precisamente habla de “municipios comprendidos dentro de los límites administrativos de la actual provincia de Santander”, por ser esta CA uniprovincial. La ecuación queda de la siguiente manera: las CA ejercen competencias sobre su territorio y, dado que su territorio no incluye el mar, la ordenación del litoral no puede ser más que una concreción (innecesaria) de la ordenación del territorio.

Los expuestos fueron los argumentos que el TC utiliza conjuntamente para no solo limitar (y prácticamente dar por inexistente) la competencia autonómica sobre el litoral, sino también para arrogar esa competencia al Estado central, bajo la cobertura de unas “facultades” derivadas de la titularidad del DPM-T. El alto tribunal olvida

<sup>18</sup> Confróntese BLASCO ESTEVE, A., “Competencias estatales y autonómicas en materia de costas”, cit., p. 30.

<sup>19</sup> Confróntese AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 52 a 54.

en muchos casos el sentido literal del bloque de la constitucionalidad en detrimento de las CA<sup>20</sup>. El TC afirma que la atribución de la ordenación del territorio a las CA “no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio” (FJ 1.B)). Esas competencias son, por una parte las “facultades” dominicales estatales, ya comentadas, que permiten “limitar o condicionar de algún modo las utilidades del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él” (FJ 1.D)).

Sin embargo, “en lo que toca a los terrenos colindantes está claro (...) que tal titularidad no existe”. Por ello, el TC acude a “otra vía, apoyándose en otras competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1 CE”. Los títulos generales que permiten al Estado actuar no solo sobre los terrenos del litoral de los que es titular, sino también sobre los adyacentes, son los de “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1ª CE) y “legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protecciones” (art. 149.1.23ª CE)<sup>21</sup>.

El primero de los artículos mencionados, que el TC relaciona con el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona (art. 45 CE), permite diversas cosas al Estado. Estas son: “garantizar, en condiciones básicamente iguales, la utilización pública, libre y gratuita del demanio para los usos comunes”, establecer “el régimen jurídico de aquellos usos u ocupaciones que no lo son”, “asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre”, “garantizar su accesibilidad”, imponiendo servidumbres y limitando las facultades dominicales de los propietarios, y también regulando las “condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes de la zona marítimo-terrestre”. En este esquema, las CA pueden condicionar “adicionalmente el uso que a esos terrenos pueda darse”.

En segundo lugar, el TC interpreta en esta Sentencia 149/1991 de manera expansiva el artículo 149.1.23ª CE. “El constituyente”, dice el alto tribunal, “entendió que debía ser el Estado el que estableciera toda la normativa que considerara indispensable para la protección del medio ambiente”. Sigue diciendo que “en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es menor que en otros ámbitos”, amparando que las normas estatales, “por el detalle con el que están concebidas, no permit(an)

<sup>20</sup> En este sentido, ya en MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., p. 18, se ponía de manifiesto que “la concreta competencia sobre ordenación del litoral supone algo no reconducible e identificable agotadoramente con la ordenación del territorio y el urbanismo. (...) el protagonismo de la ordenación del litoral debe corresponder, como regla general, a la CA, con los límites y excepciones que puedan derivar de otros títulos estatales”. Así, también se señalaba (p. 33) que en el entonces proyecto de la LC “el título de dominio público se utiliza como ariete para incrementar las competencias estatales en detrimento de las autonómicas y locales al amparo de un expansivo régimen jurídico de la protección y utilización del DPM-T. (...) Este se convierte así en un espurio título de ordenación del territorio y del litoral y del urbanismo”.

<sup>21</sup> En AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 56 y ss. se analiza la incidencia de la LC sobre la ordenación del litoral y el urbanismo.

desarrollo normativo alguno”. Esta doctrina fue, sin embargo, rechazada en la STC 102/1995 (ECLI:ES:TC:1995:102)<sup>22</sup>.

Es preciso resumir lo que se ha dicho hasta ahora, bajo la premisa de aquella definición que la LOLGA da del litoral, de la que se reitera su novedad y audacia. El mar y la tierra forman el litoral, y ese mismo litoral, mar y tierra, es objeto de una regulación y ordenación, tanto desde el punto de vista legislativo como administrativo. A pesar de ser la “ordenación del litoral” una de las competencias que el EAG atribuye a la CA gallega con el carácter de exclusivas, el “litoral” que fue labrando la jurisprudencia constitucional es bien distinto al litoral que la LOLGA hace su objeto.

En primer lugar, el TC descartó desde un inicio el ejercicio de competencias sobre el mar con carácter general por las CA, bajo la premisa de un principio de territorialidad “local”, que fue trasladado incondicionalmente a las CA, como si se tratasen de una mera amalgama de provincias o de municipios, y no entidades de carácter descentralizado y no periférico. Bajo la premisa de que las CA son *solo* municipios o *solo* provincias, el TC desarrolló la doctrina, paradójica, de la “extraterritorialidad” de las competencias. En vista de que los EA recogen competencias que son ejercidas parcial o totalmente en el mar, por normativizar actividades con este relacionadas (v. gr. la pesca y la acuicultura), el alto tribunal entendió que esto se trata de una excepción, y que *solo* cuando de la competencia así se infiera podrán las CA regular o gestionar aspectos del mar.

En segundo término, el TC limitó el título competencial de ordenación del litoral, hasta el punto de entenderlo innecesario e incluido en el de ordenación del territorio. Así, si el territorio municipal es equivalente al territorio autonómico y el litoral es *solo* territorio, las CA solo podrían actuar basándose en este título en la franja terrestre de la costa. Además, en esta franja concurren con la competencia estatal de garantizar la igualdad de los ciudadanos españoles en todo el territorio del Estado y de proteger el medio ambiente, pudiendo las CA establecer normas adicionales de protección de este. Se utiliza, al mismo tiempo, el artículo 132.2 CE como título competencial *de facto*, dificultando así las posibilidades autonómicas de ordenar su litoral en la vertiente terrestre.

## 2.2 Evolución de la jurisprudencia constitucional en la materia

A pesar del punto de partida en la legislación y jurisprudencia constitucional, nada auspicioso para un norma como la LOLGA, lo cierto es que el Consello Consultivo de Galicia (CCG), en su Informe 227/2022, de 20 de julio de 2022<sup>23</sup>, afirma que es posible dictar, “en el ejercicio de la competencia autonómica en materia de ordenación del

<sup>22</sup> El FJ 8 entiende que este título de atribución de competencias estatales “no puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991 (fundamento jurídico 1, D, *in fine*) de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido”.

<sup>23</sup> Este informe da respuesta a la siguiente cuestión, planteada por el presidente de la Xunta de Galicia: “Si es posible entender, sin necesidad de modificación del Estatuto de autonomía de Galicia, que la competencia autonómica de ordenación del litoral comprende la gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre”. Se puede acceder a los dictámenes del CCG en <https://www.knosys.es/ccgalicia/knpag?x=index&lang=GAL>.

litoral, normas de rango legal y/o reglamentario”, destinadas a regular el ejercicio de las funciones ejecutivas y de gestión sobre lo litoral que a la CA de Galicia le corresponden y que no están aún traspasadas (octava consideración, conclusión quinta). El CCG señala que dentro de la competencia de “ordenación del territorio y del litoral” se encuentran las facultades de gestión de los títulos de uso y ocupación del DPM-T, así como las funciones de otorgamiento, prórroga, modificación y extinción de las autorizaciones y concesiones para la utilización y ocupación del DPM-T previstas en la normativa de costas.

En todo caso, esa gestión no puede ser aún posible porque no hay decreto de traspaso de los medios y servicios por parte del Estado. Hay, en la fecha en que se escribe, cuatro CA a las que les han sido traspasados los servicios y medios materiales para desarrollar esa competencia. Estas son Cataluña<sup>24</sup>, Andalucía<sup>25</sup>, Canarias<sup>26</sup> e Islas Baleares<sup>27</sup>. El traspaso a esta última CA se hizo efectivo el 1 de julio de 2023, mostrando una tendencia descentralizadora que comenzó desde los reales decretos catalanes, de 2007 y 2008, y que se vino a oponer a la visión centralista<sup>28</sup> del DPM-T en la LC y en la STC 149/1991. El punto de inflexión fue la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña (EAC) de 2006, que introdujo en su artículo 149 una nueva definición de la competencia sobre ordenación del litoral.

El objeto del informe del CCG, al margen de la respuesta que en su consideración octava da a la pregunta de la Presidencia de la Xunta de Galicia sobre las autorizaciones en el DPM-T, es también examinar la evolución de la competencia autonómica en materia de ordenación del litoral a partir de la STC 149/1991. Este examen, que permite al órgano consultivo gallego dar esa respuesta afirmativa, sin ambages, a la cuestión a este formulada, pasa por el artículo 149 EAC de 2006 y por la STC 31/2010, de 28 de junio (ECLI:ES:TC:2010:31), sobre este EA, así como por la STC 18/2022, de 8 de febrero (ECLI:ES:TC:2022:18), entre otras.

Antes de dar cuenta de la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de litoral, el CCG vuelve a la STC 149/1991 para destacar un aspecto que es necesario

<sup>24</sup> Real decreto 1404/2007, de 29 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de ordenación y gestión del litoral (autorizaciones e instalaciones marítimas), y Real decreto 1387/2008, de 1 de agosto, sobre ampliación de funciones y servicios traspasados a la Generalitat de Cataluña por el Real decreto 1404/2007, de 29 de octubre, en materia de ordenación y gestión del litoral. Un análisis de estos reales decretos, en BERGA VAYREDA, F.X., “Los traspasos de funciones y servicios en materia de costas. La experiencia catalana”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, pp. 87 a 106.

<sup>25</sup> Real decreto 62/2011, de 21 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación y gestión del litoral.

<sup>26</sup> Real decreto 713/2022, de 30 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de ordenación y gestión del litoral. Un análisis de este real decreto, en LOBO RODRIGO, A., “Los traspasos de competencias en materia de costas a Canarias: una visión prospectiva”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, pp. 141 a 166.

<sup>27</sup> Real decreto 994/2022, de 29 de noviembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Islas Baleares en materia de ordenación y gestión del litoral. Un análisis sobre este traspaso, en POUSA GARCÍA, A., “La pluralidad competencial en materia de costas y litoral (Illes Balears)”, cit.

<sup>28</sup> En MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., p. 26, se habla de “neocentralismo” y de una “tradicción vinculada a la convicción de la superioridad técnica de la Administración estatal y de sus cuerpos especiales” no superada por la LC. Así, el proyecto de la LC “perdió la oportunidad de plantear el DPM-T de acuerdo con las exigencias que se derivan del Estado autonómico” (p. 33).

también aquí destacar. El artículo 110 LC regula las competencias de la Administración del Estado en materia de costas. Además de otras que el precepto prevé (el artículo contiene hasta 13 apartados), su apartado b) dispone que le corresponde al Estado la “gestión del dominio público marítimo-terrestre, incluyendo el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento”. Sobre esta atribución de competencias, dice el TC que es “constitucionalmente posible y, por tanto, legítimo atribuir a la Administración del Estado” estas facultades, de acuerdo con lo ya dicho en la sentencia respecto del título III de la ley.

De esa explicación que la STC 149/1991 da sobre la atribución de la gestión del DPM-T al Estado, transcrita en las páginas 19 y 20 del Informe CCG 227/2022, se deriva una consecuencia que el CCG quiere destacar: la atribución al Estado no es la única constitucionalmente aceptable. La Constitución ampararía, en su caso, que la gestión de ese DPM-T la realizaran las CA, como así ocurre ya en Cataluña, Andalucía, Canarias e Islas Baleares, en los términos de sus respectivos decretos de traspaso. El problema estriba aquí en qué norma puede atribuir esta gestión del DPM-T.

La LC regula en su título VI (dentro del que se incluye el art. 110) las “Competencias administrativas”, aludiendo a las competencias de la Administración del Estado, de las CA y de los municipios. También, como el CCG pone de manifiesto, “la LC, al regular esas funciones ejecutivas como funciones del Estado, no opera ni como norma atributiva ni como norma delimitadora de competencias” (pp. 20 y 21 y jurisprudencia ahí citada). A efectos de conocer lo que puede y no puede hacer el legislador estatal con respecto de la delimitación de competencias, la STC 162/2012, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TC:2012:162), es de gran interés. Esta sentencia se pronunció sobre el artículo 114 LC<sup>29</sup> en su modificación realizada por la Ley 53/2002<sup>30</sup>, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La STC 162/2012 señala en su FJ 7 que la modificación se “limita a recordar, conforme a la doctrina constitucional en la materia, que esa competencia concreta que puede incidir en el dominio público marítimo-terrestre (...) se circunscribe al límite común constituido por el territorio autonómico”. El legislador, al hacer esto, “se sujeta a la doctrina constitucional relativa al soporte material al que se extiende la competencia autonómica”, recordando el alto tribunal que, desde la STC 149/1991, “la competencia autonómica sobre ordenación del territorio no se extiende al mar”. A pesar de esta corrección material, el TC niega la “posibilidad de que el legislador estatal pueda, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria para ello, llevar a cabo no ya una mera remisión a las normas atributivas de competencias (...), sino (...) una interpretación conceptual y abstracta del sistema de distribución de

<sup>29</sup> El artículo 114 afirma lo siguiente: “Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias que, en las materias de ordenación territorial y del litoral, puertos, urbanismo, vertidos al mar y demás relacionadas con el ámbito de la presente Ley, tengan atribuidas en virtud de sus respectivos Estatutos”.

<sup>30</sup> Esta ley le introducía un segundo párrafo: “La competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral, a la que se refiere el párrafo anterior, alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores”.

competencias con el objetivo de delimitar las atribuciones de las comunidades autónomas” (FJ 7), declarando inconstitucional la modificación<sup>31</sup>.

Fue la reforma de 2006 del EAC la que transformó la capacidad de la CA de Cataluña de gestionar el DPM-T<sup>32</sup>. El EAC de 1979 ya había acogido la ordenación del litoral como una competencia exclusiva de la CA catalana, como así también lo había hecho el EAG de 1981. Sin embargo, la reforma del EA de Cataluña, aprobada por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, comprendió una resignificación de esta competencia, detallando los puntos que a Cataluña le corresponden. Su artículo 149.3, parcialmente transcrito en la página 23 del informe CCG 227/2022, atribuye a la Generalitat esa misma gestión e intervención administrativa sobre el DPM-T que la LC declaraba (y sigue declarando) de competencia de la Administración del Estado.

El TC se pronunció sobre la nueva redacción en la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:31). El precepto había sido impugnado al amparo de una posible contradicción con la STC 149/1991. El alto tribunal se refiere aquí directamente a la “competencia estatal de protección del demanio<sup>33</sup>” (FJ 91), afirmando que “concorre con las señaladas competencias autonómicas (sobre la ordenación del litoral)”. A pesar de esta “conurrencia de competencias”, la STC declara la constitucionalidad del precepto, de tal manera que el artículo 149.3 “se limita a reconocer a la Generalitat las señaladas funciones ejecutivas de su competencia cuyo ejercicio expresamente se somete al respeto del ‘régimen general del dominio público’”<sup>34</sup>.

A la modificación del Estatuto de Cataluña de 2006 le siguió la modificación de otros estatutos. En lo que a este trabajo interesa, fueron modificados el EA de las Islas Baleares, de Andalucía y de Canarias, precisamente las CA autónomas a las que les fueron transferidos los medios materiales para ejecutar esta competencia<sup>35</sup>. Por orden de aprobación, la Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares, introdujo un apartado 17 en su artículo 32, relativo a las competencias ejecutivas. Este, a pesar de no estar redactado igual que el artículo 149.3 EAC, otorga a la CA la gestión del DPM-T, en especial la concesión

<sup>31</sup> En el mismo sentido si había pronunciado ya la STC 149/1991 sobre el primer párrafo del artículo 114 LC, afirmando que “los preceptos de esta naturaleza no tienen razón de ser en las leyes en cuanto pudieran llevar a la idea falsa de que pueden estas alterar el orden competencial dispuesto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía”, sin declarar inconstitucional el precepto por ser una mera remisión, carente de relevancia material.

<sup>32</sup> Acerca de la incidencia de esta reforma sobre la competencia en materia de ordenación del litoral, *vid.* AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, pp. 92 a 130.

<sup>33</sup> Énfasis añadido.

<sup>34</sup> Sobre la atribución en específico a la Administración autonómica catalana de las concesiones de obras fijas en el mar, el TC reserva una explicación a mayores, dado que se trata de un espacio litoral marítimo y las CA, en la interpretación del alto tribunal, solo pueden excepcionalmente ejercer competencias en el mar. A pesar de esto, el TC afirma que esta previsión es constitucional siempre que se entienda de acuerdo con la doctrina de la “extraterritorialidad” de las competencias. “Por tanto”, dice el TC, “no es posible descartar la existencia de obras fijas situadas en el mar que se proyecten sobre las aguas de la zona marítimo-terrestre (territorio autonómico) o sobre el mar territorial (que no tiene tal condición) que tengan como referencia, en ambos casos, competencias de las Comunidades Autónomas en los términos estrictos antes señalados”. Nótese que aquí el TC entiende que la zona marítimo-terrestre es territorio autonómico.

<sup>35</sup> Sobre estos estatutos “de segunda generación” y la competencia de ordenación del litoral, *vid.* AGUIRRE I FONT, J.M., “Bases jurídicas para una gestión integrada del litoral: el ejemplo catalán”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autonòmics (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023, pp. 204 a 207.

de autorizaciones<sup>36</sup>. Por su parte, la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía, incorporó un artículo 56 que en su apartado sexto hace referencia a la “competencia exclusiva en materia de ordenación del litoral” y que en su redacción es un calco de la reforma catalana. Finalmente, la Ley orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de autonomía de Canarias, introdujo un artículo relativo a la ordenación y gestión del litoral, el 157, muy semejante al artículo 149.3 EAC, añadiendo dos apartados respecto de la atribución autonómica de los servicios prestados en el litoral y del informe previo relativo a obras de interés general en el litoral, de competencia estatal.

No se pueden dejar de destacar las dudas que la evolución que acaba de ser expuesta puede causar. La LC opera de hecho una atribución de competencias al Estado en detrimento de la competencia autonómica sobre ordenación del litoral<sup>37</sup>. Prueba de ello es que son ahora los EA catalán, balear, andaluz y canario los que atribuyen la competencia a la CA. No se discute que tanto la gestión autonómica como la gestión estatal son ambas opciones “constitucionalmente lícitas”<sup>38</sup>. No obstante, corresponde a los estatutos de autonomía determinar quién será la Administración encargada de gestionar su litoral, y no al legislador estatal, que solo puede “interpretar” el bloque de la constitucionalidad, no crearlo<sup>39</sup>.

## 2.2 La reciente Ley de ordenación y protección del litoral catalana y su adecuación constitucional

A partir de la nueva consideración de la competencia sobre ordenación del litoral a la que el EAC reformado en 2006 dio inicio, y tras los reales decretos de traspaso de medios materiales a Cataluña de 2007 y 2008, se promulgó en esta CA la Ley 8/2020, de 30 de julio, de protección y ordenación del litoral (LPOL en adelante)<sup>40</sup>. Esta norma, que se aplica sobre los “bienes de dominio público y ecosistemas marítimo-terrestres del litoral de Cataluña” y sobre una “franja mínima de mil metros, aplicada en proyección horizontal hacia el interior” (art. 2) regula, entre otros aspectos, el

---

<sup>36</sup> Llega a afirmar este artículo 32.17 EA de las Islas Baleares que “se entiende por dominio público marítimo-terrestre el comprendido tanto por el ámbito terrestre como por las aguas interiores y el mar territorial”, contra la propia jurisprudencia del TC, que en la STC 31/2010 y a propósito de la competencia catalana diferenciaría entre “aguas de la zona marítimo-terrestre (territorio autonómico)” y “mar territorial (que no tiene tal condición)”.

<sup>37</sup> Así lo señalan AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014*, cit., pp. 80 y ss.; y MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., pp. 33 y 34. En contra, BELADÍEZ ROJO, M., “Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas”, cit.

<sup>38</sup> La expresión es de la STC 198/1991, de 15 de noviembre de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:198) (FJ 4.F.b)). Se puede afirmar que tanto la gestión estatal como la autonómica del DPM-T son constitucionalmente posibles porque las STC 149/1991 y 198/1991 refrendan la gestión estatal de la LC, y las STC 31/2010 y 18/2022 refrendan la gestión autonómica del EAC.

<sup>39</sup> Confróntese el Informe CCG 227/2022, pp. 20 y 21, y jurisprudencia ahí citada.

<sup>40</sup> Un análisis de esta norma, en AGUIRRE I FONT, J.M., “La nueva regulación de la costa en Cataluña: la Ley 8/2020, de 30 de julio, de Protección y Ordenación del Litoral”, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, n. 46, 2021, pp. 35 a 62.

régimen de utilización del DPM-T (título IV)<sup>41</sup> y las competencias administrativas en la materia (título VII)<sup>42</sup>.

De una mera lectura de los artículos 29 LPOL y 110 LC se aprecia su manifiesta confrontación. Es el acuerdo de la comisión bilateral<sup>43</sup> Generalitat-Estado lo que da la primera de las claves de la constitucionalidad de esta LPOL catalana. Este acuerdo tuvo por objeto “resolver las discrepancias competenciales suscitadas en relación con los artículos 2 (y, por conexión, el 3 y el 6), 7, 9, 11, 13, 15, 18, 19, 20, 23, 25, 27, 29, 30, 31, 33 y 34” de la ley. La lista incluye el ámbito de aplicación de la norma, que se entiende constitucional siempre que las referencias al DPM-T se basen en el ejercicio legítimo de las competencias de la CA o de la interpretación de estas competencias, es decir, en la doctrina del TC sobre la “extraterritorialidad” de las competencias. Se expone igualmente que la CA no puede incidir en la *competencia* estatal para regular el régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre. Las competencias de las que la CA estaría haciendo uso en la ley serían, por el contrario, la de ordenación del territorio y del paisaje, del litoral y urbanismo y la de protección del medio ambiente.

La mayoría de las discrepancias sobre el articulado fueron resueltas a través del acuerdo. No obstante, Generalitat y Estado central no pudieron llegar a un acuerdo en lo relativo a los artículos 20.1.b) y 30.d) LPOL. Estos preceptos otorgan a los municipios del litoral catalán la competencia para conceder autorizaciones sobre el DPM-T para las actividades previstas por los planes de uso del litoral y de las playas. Esta falta de acuerdo permitió conocer el parecer del TC sobre la cuestión, dado que el presidente del Gobierno central interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra esos artículos, que derivó en la STC 18/2022, de 8 de febrero (ECLI:ES:TC:2022:18).

El problema constitucional que le es planteado al TC no es, en esencia, material, sino formal, relativo a lo que en este trabajo se viene comentando: qué norma puede regular estas competencias; si la Ley de costas, emanada del legislador estatal y esta a su vez del artículo 132.2 CE, o si la LPOL, emanada del artículo 149.3 EAC y este a su vez de la delimitación competencial de los artículos 148 y 149 CE. La oposición entre el artículo 115 LC (“Competencias municipales”) y el artículo 30 LPOL (“Competencias de los municipios”) es frontal. El TC trae igualmente a examen el artículo 110.b) LC, que otorga la competencia en la gestión del DPM-T a la Administración del Estado,

<sup>41</sup> Los artículos 20 y ss. de la LPOL establecen a quién corresponde otorgar las autorizaciones administrativas para la utilización del DPM-T en lo que respecta a explotación de servicios de temporada de las playas y las actividades previstas por los planes que la ley regula (municipios), actividades no reguladas en estos planes (Generalitat), concesiones para obras o instalaciones no desmontables (Generalitat) y obras en construcciones existentes (Generalitat).

<sup>42</sup> Así, son competencias de la Administración autonómica “la gestión del dominio público marítimo-terrestre con respecto al otorgamiento de las concesiones y de las autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento no previstas por los planes de uso del litoral y de las playas”, “las concesiones de obras fijas en el mar” y “la intervención administrativa mediante el régimen de declaración responsable de las obras de reparación, mejora, consolidación y modernización de las construcciones existentes en el dominio público marítimo-terrestre”; en cuanto a los municipios, a estos corresponde “el otorgamiento de las autorizaciones para actividades previstas por los planes de uso del litoral y de las playas”.

<sup>43</sup> Publicado en el BOE de 26 de mayo de 2021 (pp. 64046 a 64050) como “Resolución de 10 de mayo de 2021, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, en relación con la Ley 8/2020, de 30 de julio, de protección y ordenación del litoral”. Se exponen los aspectos principales del acuerdo en AGUIRRE I FONT, J.M., “Bases jurídicas para una gestión integrada del litoral: el ejemplo catalán”, cit., pp. 217 a 220.

lo que choca con ese actual artículo 149.3 EAC. El alto tribunal es claro en sus conclusiones (FJ 3.c):

*«La interpretación del artículo 115 de la Ley de costas de 1988, que forma parte del régimen de autorizaciones y concesiones de uso y explotación del dominio público marítimo-terrestre, debe cohererse con la reforma del Estatuto de autonomía de 2006. El artículo 110.b) de la Ley de costas, formalmente no derogado, atribuye a la Administración del Estado el otorgamiento de las autorizaciones para ocupación y uso del dominio público, pero por efecto del artículo 149.3.b) EAC esa competencia pasó directamente a la Generalitat de Cataluña como competencia propia que vino ejerciendo además pacíficamente desde aquella fecha, según se desprende de las actuaciones».*

Tras ello, el TC aclara que el régimen jurídico de las autorizaciones sigue siendo el establecido en la LC. El cambio se produce solo en la Administración, en este caso la local, con potestad para otorgar estas autorizaciones. Para ello, dice también el TC, “la ley autonómica se ampara en la competencia general sobre ordenación del litoral, que no cuestionó el recurrente”. Así, “forma parte de la lógica del sistema que la ley atribuya a los municipios, y no a la Administración autonómica, la verificación reglada del cumplimiento de lo dispuesto en el plan municipal”. Para llegar a estas conclusiones, el alto tribunal tuvo que aclarar que el término “gestión” que se utiliza en el artículo 149.3.b) EAC no tiene un significado restrictivo y excluyente, sino que es una “norma por la que la comunidad autónoma asume expresamente, frente al Estado, la competencia sobre los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre que hasta entonces ejercía este último, de acuerdo con el artículo 110.b) de la Ley de costas de 1988” (FJ 2.c)). Esta competencia de gestión del DPM-T “se integra en la competencia más amplia de ordenación del litoral” (FJ 2.b)).

Las consecuencias de este pronunciamiento quedan aún para el futuro. Desde luego, supone una novedad en lo que venía siendo la doctrina jurisprudencial del TC. Primeramente, es un referéndum del EAC reformado, así como de los demás EA reformados que también han incorporado las competencias de gestión del litoral. Es, también, una rectificación con relación a la STC 149/1991, que devuelve alguno de su contenido a la competencia exclusiva sobre ordenación del litoral que, recuérdese, la propia STC 149/1991 hizo extensiva a todas las CA con litoral, independientemente del texto de sus EA. Pero el alto tribunal evitó manifestarse sobre el contenido y la posición en el texto constituyente del artículo 132.2 CE, que había sido la principal base para afirmar la constitucionalidad del grueso de la LC. Enmienda, de hecho, la distribución de competencias que sobre ese artículo se hizo, pero evita referirse a él directamente.

A la luz de estas novedades, el CCG habla de una “‘matización’ de las reglas de reparto competencial sentadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 149/1991, de 4 de julio” (p. 26). A partir de esta “matización”, “cambio” o “matiz” (p. 30), el Informe del CCG 227/2022 pasa en su consideración sexta a hacer un amplio razonamiento en favor de la aplicación del concepto de “ordenación del litoral” que el EAC incorporó a su texto en 2006 también a los estatutos no reformados, especialmente

en el caso de Galicia, cuyo EA recoge en el artículo 27.3 una mención abstracta a la “ordenación del litoral”, sin detallarla<sup>44</sup>. La idea más potente parece la siguiente: la competencia de ordenación del litoral proviene, en última instancia, no de su configuración en los EA, sino de la Constitución y, en concreto, de la competencia que a las CA corresponde en materia de ordenación del territorio (art. 149.1.3ª CE), como el TC estableció. De acuerdo con este argumento, esta competencia es la misma en todas las CA, independientemente de su texto estatutario, precisamente porque no proviene de este, sino de la CE, norma en último término fuente de las competencias autonómicas<sup>45</sup>.

Del TC dependerá, en caso de que la futura LOLGA llegue a su jurisdicción, considerar que la competencia sobre ordenación del litoral fue siempre la misma, desde la promulgación y sanción de la CE, e independientemente de los contenidos más o menos dialécticos de los estatutos, o si por el contrario la definición de esta competencia en el respectivo estatuto es un paso necesario para alcanzar una gestión autonómica del DPM-T. El primero supondría un paso más en la superación de la doctrina de la STC 149/1991 y una sanción *a posteriori* de la repetida doctrina conforme a la cual la titularidad pública del DPM-T no es presupuesto de atribución de competencias.

Sin pretender hacer vaticinios sobre lo que el TC pueda juzgar de la LOLGA, pues ni siquiera se puede conocer si se pronunciará o no sobre ella, lo cierto es que el CCG (p. 25) hace bien en rescatar la STC 57/2016, de 17 de marzo (ECLI:ES:TC:2016:57). Esta sentencia, al resolver sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias con relación a la modificación de la LC por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, transcribe específicamente el contenido de la STC 31/2010 relativo al artículo 149.3 EAC, afirmando que esta sentencia “introdujo un matiz en este reparto competencial”. Hay, entonces, margen para el optimismo.

Regap



ESTUDIOS

### 3 La Ley de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia

#### 3.1 Aspectos generales e instrumentos de ordenación

La LOLGA parte de la situación que se expuso en los apartados precedentes. Su regulación es, no obstante, novedosa, y algunos de sus artículos deben ser leídos a la luz

<sup>44</sup> En la página 30 del informe se apunta que “esta nueva doctrina sobre el reparto competencial no puede circunscribir sus efectos a la Comunidad Autónoma catalana y a aquellas otras (como la andaluza, la balear y la canaria) cuyos estatutos recojan la mención expresa de la gestión de los títulos de dominio público marítimo-terrestre. Al contrario, este cambio doctrinal se proyecta asimismo sobre la competencia autonómica gallega en materia de ordenación del litoral, pues, también en el caso de la Comunidad Autónoma gallega, ha de entenderse que las funciones ejecutivas relativas a la gestión de títulos de utilización y ocupación del dominio público marítimo-terrestre no forman parte de competencias estatales, por lo que su encaje en la competencia sectorial sobre ordenación del litoral (recordemos, explícitamente admitido ya en las SSTC 149/1991, de 4 de julio, y 198/1991, de 17 de octubre) es la opción que se presenta, en el estado actual de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el reparto competencial en este campo, como ajustada al bloque de constitucionalidad”.

<sup>45</sup> Confróntese artículo 1 EAG. A mayores, ya la STC 149/1991 igualó el techo competencial de las CA en materia de litoral (FJ.1.A)).

de la evolución que la STC 149/1991 tuvo en las STC 31/2010 y 18/2022, expuesta en el dictamen CCG 227/2022. A continuación, y sin ánimo de ser exhaustivo, se tratará de destacar los principales puntos de innovación de esta LOLGA, dentro del espacio que la norma está llamada a ocupar en el ordenamiento jurídico estatal.

Primeramente, y como su EM expone, “esta ley aspira a la ordenación y gestión del litoral desde un enfoque ecosistémico e integrado, que garantice un desarrollo sostenible”<sup>46</sup>. De esta aspiración beben los artículos 7 y 8 del texto, sobre “Enfoque ecosistémico” y “Gestión integrada del litoral”<sup>47</sup>, respectivamente. El enfoque ecosistémico debe “garantizar que la presión conjunta de las (actividades humanas) se mantenga en niveles compatibles con la consecución del buen estado ambiental de los ecosistemas costeros y marinos y que su capacidad de respuesta a los cambios inducidos por los seres humanos no se vea comprometida”. En cuanto a la gestión integrada, el propio artículo 8 LOLGA se remite a la Recomendación 2002/413/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2002, relativa a la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras de Europa<sup>48</sup>.

La LOLGA no se basa solo en el artículo 27.3 EAG, que recoge la competencia exclusiva de Galicia en ordenación del litoral, proveniente a su vez del artículo 149.3 CE, sobre competencias autonómicas en ordenación del territorio. Esta norma, como su EM señala, está también amparada en la competencia exclusiva sobre la pesca en las rías y demás aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura (art. 29.15 EAG) y sobre los puertos autonómicos (art. 27.9 EAG), la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en materia de ordenación del sector pesquero (art. 28.5 EAG) y puertos pesqueros (art. 28.6 EAG), o la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de salvamento marítimo (art. 20.3 EAG) y vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral gallego (art. 29.4 EAG), por citar los títulos más significativos.

Este párrafo de la EM pone de manifiesto que la LOLGA, tratando de buscar ese enfoque ecosistémico e integrado sobre el litoral, hace uso de todas las competencias que el bloque de la constitucionalidad, interpretado como fue expuesto en los apartados anteriores, le otorga. El artículo 2, que ya al principio de este trabajo se definía como de enorme novedad, dispone que, a los efectos de la LOLGA, el litoral es no solo tierra, sino también mar. Y, dado que la competencia sobre el litoral según fue interpretada por el TC desde la STC 149/1991 abarca *solo tierra*, todas las regulaciones de esta norma que se refieran al mar deben tener una base competencial

<sup>46</sup> Confróntese artículo 1 LOLGA (“Objeto de la Ley”).

<sup>47</sup> Ambos conceptos provienen del Protocolo del Mediterráneo de 2008 y de la Carta Europea del Litoral. Como la EM de la LOLGA expone, el Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo fue ratificado como tratado internacional por el Estado español el 20 de mayo de 2010, asumiendo de este modo la Recomendación 2002/413/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2002, relativa a la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras de Europa. En cuanto a la Carta Europea del Litoral, esta fue aprobada en la Conferencia de Regiones Periféricas Marítimas de la CEE (hoy UE) en 1981.

<sup>48</sup> Este texto ya apuntaba en su considerando decimosexto que “la gestión integrada de las zonas costeras implica muchos factores, entre los cuales la ordenación territorial y la utilización del suelo solo se ven afectados de forma accesoria”. Son también relevantes sus capítulos I (“Un abordaje estratégico”) y II (“Principios”). En el capítulo I se afirma que los Estados miembros deben basar la gestión de sus zonas costeras (h) en una “mejor coordinación de las medidas tomadas por todas las autoridades participantes, tanto en el mar como en tierra, en la gestión de la interacción mar-tierra”.

en algún título diverso de la ordenación del territorio. Es decir, deben sustentarse en alguna de las competencias extraterritoriales que permiten a la CA “salir” de la tierra, atribuyéndole competencia también sobre el mar.

Así lo dice meridianamente el propio apartado tercero del citado artículo 2 LOLGA:

*«Las disposiciones sobre el mar territorial se entenderán referidas exclusivamente a actuaciones que deriven del ejercicio legítimo de las competencias que la Comunidad Autónoma de Galicia tiene reconocidas en el Estatuto de autonomía explícitamente en ese medio o a las que deben realizarse en el mar por la naturaleza de la competencia tal y como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad, sin perjuicio de las competencias en materia de costas, protección y ordenación del espacio marítimo o cualquier otra que corresponda al Estado<sup>49</sup>».*

Es con esta teoría de la “activación” de múltiples competencias cómo la ley pretende salvar los importantes obstáculos que de la interpretación constitucional de los artículos 132.2 y 149.3 CE y 27.3 EAG pueden surgir para alcanzar una gestión autonómica del litoral.

La LOLGA comienza partiendo de una serie de fines (art. 3 LOLGA) y principios (capítulo II LOLGA, artículos 4 a 10). El fin primero de la norma es “la ordenación y gestión del litoral de Galicia como una entidad única”, y los principios fundamentales son los de colaboración, cooperación y coordinación<sup>50</sup>, en un marco de lealtad constitucional<sup>51</sup> y de participación. El título II de la LOLGA (arts. 20 a 28) regula los instrumentos de ordenación del litoral que deben seguir a la aprobación de la norma. Estos son los que el artículo 21.1 LOLGA enumera: la Estrategia de economía azul de Galicia, las Directrices de ordenación del litoral de Galicia, el Plan de ordenación costera, el Plan de ordenación marina, los planes especiales de ría, los planes especiales de playas y los planes sectoriales. Dichos planes se desarrollan en los artículos posteriores, pero en todo caso “conforman un único sistema integrado” (art. 21.2 LOLGA)<sup>52</sup>. El Plan de ordenación marina, que por definición comprende la planificación de una parte del litoral no incluida en la competencia de ordenación del litoral, se elaborará “en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia”, según el artículo 25 afirma. Estas serán, necesariamente para el encaje constitucional del plan, las de índole extraterritorial.

<sup>49</sup> Este apartado está en evidente sintonía con el Acuerdo de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado sobre la LPOL (confróntese punto 1°).

<sup>50</sup> Confróntese principio (h) de la Recomendación 2002/413/CE.

<sup>51</sup> Confróntese EM de la LOLGA: “No formando parte tales funciones ejecutivas de las facultades del Estado derivadas de la titularidad del dominio público marítimo-terrestre, ni de la competencia estatal sobre protección del medio ambiente, y sin que las retenga el Estado en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 de la CE, resulta posible y se considera necesario el ejercicio de dichas funciones de gestión de carácter ejecutivo, pendiente de que se proceda, en virtud del principio de lealtad constitucional, al traspaso de funciones y servicios por parte del Estado”. En iguales términos se pronuncia el CCG en su informe 227/2022 (conclusión quinta).

<sup>52</sup> Recuerda el artículo 21.3 LOLGA: Las previsiones contenidas en este título deben entenderse en el marco de la legislación básica del Estado y con respecto de las facultades que derivan de su titularidad sobre los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre. Confróntese el Acuerdo de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado sobre la LPOL.

## 3.2 El régimen de competencias

El tratamiento del aspecto competencial es una parte fundamental de la LOLGA, que concentra un número relevante de sus preceptos. Así, los artículos 11, 12 y 13 regulan las competencias de la Administración general de la CA de Galicia, de los entes instrumentales de esta Administración y de los municipios costeros, respectivamente. El primero de estos preceptos contiene una enumeración de las competencias autonómicas relacionadas con la ordenación y gestión integrada del litoral. Esta no puede ser considerada, por su naturaleza, como *numerus clausus*, pero sí permite conocer la mayoría de los títulos competenciales en juego. La lista es la siguiente:

- Medio ambiente (art. 27.30 EAG<sup>53</sup>).
- Ordenación del territorio y del litoral (art. 27.3 EAG).
- Pesca en las rías y demás aguas interiores, marisqueo y acuicultura (art. 27.15 EAG).
- Ordenación del sector pesquero (art. 28.5 EAG<sup>54</sup>).
- Planificación portuaria (arts. 27.9 y 28.6 EAG).
- Control de la calidad de las aguas interiores y costeras.
- Lucha contra la contaminación marina.
- Promoción del deporte y adecuada utilización del ocio (art. 27.22 EAG).
- Ordenación del turismo (art. 27.21 EAG).
- Protección del patrimonio histórico, artístico, arquitectónico y arqueológico de Galicia (art. 27.18 EAG<sup>55</sup>).

Sentadas estas bases competenciales, se detalla a continuación en la LOLGA qué actuaciones corresponden a qué determinado órgano o entidad. Seguidamente se exponen las atribuciones más destacadas:

- Consello de la Xunta: aprobación de los instrumentos de ordenación del litoral autonómicos<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Este artículo, en línea con el artículo 149.1.23ª CE, se refiere a las "normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje". Este carácter *adicional* debe ser comprendido de acuerdo con la STC 102/1995, ya citada.

<sup>54</sup> Compete en esta materia a la CA gallega el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado.

<sup>55</sup> Sin perjuicio del artículo 149.1.28ª CE.

<sup>56</sup> Instrumentos relevantes de carácter autonómico son la Estrategia de Economía Azul de Galicia, las directrices de ordenación del litoral, el Plan de ordenación costera y el Plan de ordenación marina.

- *Consellería* con competencias en medio ambiente<sup>57</sup>: otorgamiento de títulos de intervención referidos a los espacios naturales protegidos.
- *Consellería* con competencias en materia de ordenación del territorio<sup>58</sup>: otorgamiento de los títulos de intervención, o la emisión de informes equivalentes, para la utilización de los espacios terrestres del dominio público marítimo-terrestre.
- *Consellería* con competencias sobre el mar<sup>59</sup>: otorgamiento de los títulos de intervención para la utilización de los espacios intermareales y marinos del dominio público marítimo-terrestre.
- Ayuntamientos costeros: elaboración, aprobación, desarrollo y gestión de los instrumentos de ordenación litoral de ámbito municipal.

Esta distribución de competencias se opone directamente al artículo 110 LC, que establece que la gestión del DPM-T corresponde a la Administración del Estado. Este precepto fue superado, como ya se explicó *supra*, por la reforma del EAC en 2006 y de otros estatutos a partir de este, que supusieron una nueva distribución de competencias en esta materia, al detallar el título de “ordenación del litoral” e incluir en este detalle la gestión del DPM-T como competencia exclusiva autonómica. Ahora bien, el EAG sigue teniendo el mismo texto que cuando se aprobó, en el año 1981, y no hace referencia alguna a la gestión del DPM-T.

No obstante, y siguiendo la jurisprudencia del Constitucional en lo que a la naturaleza de las competencias se refiere<sup>60</sup>, dentro del título de ordenación del litoral del artículo 27.3 EAG se debe entender incluida la gestión del DPM-T. Teniendo en cuenta que la redacción del *Estatut* catalán de 2006 y, por extensión, de los demás EA reformados que le siguieron, fue declarada constitucional, así como la LPOL catalana, se debe entender que la competencia de ordenación del litoral incluye la gestión del DPM-T, pues lo contrario sería introducir una discriminación que no se compadece con la “necesaria uniformidad” a nivel estatal de la competencia<sup>61</sup>. Es preciso tener en cuenta, una vez más, que el techo competencial en materia de litoral es el mismo para todas las CA desde la STC 149/1991.

El otorgamiento de títulos de intervención para la utilización de los espacios del DPM-T, tanto terrestres como marinos, se regula en el artículo 48 LOLGA. Este artículo se inserta en el capítulo V (“Régimen de la intervención administrativa”) del título III (“Usos y actividades en el litoral”) de la ley. Este es uno de los preceptos de más peso en la norma, dado que establece que “las autorizaciones y concesiones de dominio público marítimo-terrestre serán otorgadas por las *consellerías* competentes

<sup>57</sup> Consellería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda actualmente.

<sup>58</sup> Consellería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda actualmente.

<sup>59</sup> Consellería del Mar actualmente.

<sup>60</sup> Confróntese el Informe CCG 227/2022, pp. 31 y ss

<sup>61</sup> CCG 227/2022, pp. 32 a 35 y jurisprudencia ahí citada.

en materia de ordenación del territorio o mar, según proceda, en el momento en que se produzca el efectivo traspaso de funciones y servicios de la Administración general del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de ordenación del litoral”.

El apartado tercero de ese artículo 48 LOLGA interpreta el artículo 32 LC, que dispone que “únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”. “En cumplimiento de la normativa de costas”, y tras trasladar esa norma del artículo 32 LC, el artículo 48.3 LOLGA pasa a enumerar una serie de establecimientos, dotaciones, infraestructuras, instalaciones y actividades que se considera que, por sus características, requieren la ocupación del DPM-T.

Entre esos elementos se destacan los establecimientos de la cadena mar-industria alimentaria (concepto regulado específicamente en el art. 55 LOLGA) y las instalaciones de generación eléctrica renovable que ocupen el mar, así como sus instalaciones complementarias en tierra. Las autorizaciones y concesiones en el DPM-T que las Consellerías de Mar o Territorio otorguen deberán garantizar que la ocupación sea la mínima posible y que el DPM-T no quede desprotegido, de acuerdo con el apartado cuarto del artículo 48 LOLGA. A su vez, este apartado reafirma la existencia de facultades que le corresponden al Estado en su condición de titular del DPM-T.

Por su parte, el artículo 49 LOLGA determina que los usos y actividades en la zona de servidumbre de protección del DPM-T precisarán de autorización de la *consellería* competente en materia urbanística, actualmente la Consellería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda. La autorización de los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección había sido originariamente regulada en el artículo 26 LC, atribuyéndole a la Administración del Estado esta potestad. Esta previsión fue declarada inconstitucional por la STC 149/1991 (FJ 3.D.d)), entendiéndose que se trataba “de una competencia de carácter ejecutivo ajena a las constitucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las comunidades autónomas”<sup>62</sup>.

Seguía diciendo aquella STC 149/1991 que “corresponderá, pues, ejercitar esa potestad autorizatoria a los pertinentes órganos de las comunidades autónomas o, en su caso, a los ayuntamientos, que, como es obvio, deberán ajustarse a la normativa estatal”. Pues bien, el artículo 49 LOLGA también introduce una determinada interpretación de esa normativa estatal. Para la servidumbre de protección se aplica también la regla de que solo se permiten aquellas “obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación” (art. 25.2 LC). La LOLGA afirma que entre estas obras, instalaciones y actividades se encuentran las señaladas en el dicho artículo 48.3 LOLGA (art. 49.3), así como aquellas enumeradas en su artículo 49.4, por prestar servicios necesarios o convenientes para el uso del DPM-T.

Esta regulación de la LOLGA recoge el testigo de la LPOL catalana, que ya estableció en la CA de Cataluña un régimen de gestión autonómica (en aspectos a través

<sup>62</sup> Aquí el alto tribunal sí se manifestó concorde con MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit., pp. 27 y ss.

de los ayuntamientos) del DPM-T. La LOLGA no solo acoge un régimen autonómico propio de intervención administrativa en el DPM-T, con las Consellerías de Territorio y Mar como principales protagonistas, sino que también incorpora, como acaba de transcribirse, una determinada interpretación de lo que la normativa de costas señala. No se trata de una nueva regulación, que vaya a superar los artículos de la LC y de su reglamento relativos a las autorizaciones en DPM-T y en su zona de servidumbre de protección, sino de una serie de criterios de examen de las autorizaciones que dichas *consellerías* deben seguir, partiendo de lo dispuesto con carácter general en la normativa de costas.

De dicho artículo 132.2 CE emanan, como el TC afirmó en la STC 149/1991, una serie de facultades que tienen por base la protección del DPM-T, protección que “el legislador estatal no está solo facultado, sino obligado” a garantizar (FJ 1.D). Esta protección se articuló en la LC por medio de la cláusula “que no puedan tener otra ubicación”, utilizada tanto en el artículo 25.2 como en el 32.1 de su texto. La concreción de esta “necesidad de ubicación” en el DPM-T dependerá de la Administración que otorgue la determinada autorización o concesión, sujetándose siempre a la normativa y al fin último de esta, que es esa protección de los bienes sujetos al artículo 132.2 CE de la que el TC habla. Ahora bien, lo cierto es que la propia LC regula en el artículo 25.2 algunas de esas obras, instalaciones y actividades que no pueden tener otra ubicación, a título ejemplificador (“como...”). Por su parte, el artículo 32.2 LC especifica, en sentido contrario, utilizaciones que quedan expresamente excluidas. Estas especificaciones de la regla general son accesorias, y son mandatos a los poderes públicos para considerar determinadas utilizaciones u ocupaciones del DPM-T o de su zona de servidumbre como “necesarias”.

Una vez entendido que es a la CA de Galicia a la que le corresponde otorgar las autorizaciones y gestionar no solo la zona de servidumbre de protección, sino también el DPM-T, de acuerdo con la evolución del TC en la materia, es necesario entender que las precisiones de los artículos 48 y 49 LOLGA son acordes con el régimen constitucional, dado que son un simple mandato a las administraciones correspondientes, como los que se encuentran en la LC. Las Consellerías de Territorio y Mar, que en términos generales deben interpretar esa “necesidad”, no tienen margen de interpretación cuando se les presente uno de los supuestos regulados en los artículos 25 o 32 LC o 48 o 49 LOLGA. Se trata de un simple cambio de una potestad discrecional, en la que es la Administración la que debe motivar la existencia o no de esa “necesidad”, a una potestad reglada en ciertos casos en los que dicha “necesidad” ya viene dada. No habría un cambio en la regulación sustantiva, pues el criterio rector sigue siendo el de “necesidad de ubicación” establecido en la LC<sup>63</sup>.

El otro aspecto de relevancia que los artículos 11 y 48 LOLGA incorporan es el otorgamiento de los títulos de intervención para la utilización de los espacios intermareales y marinos del dominio público marítimo-terrestre por la Consellería del

<sup>63</sup> La LOLGA no puede regular materialmente el régimen del DPM-T en virtud del artículo 132.1 y 2 CE, que establece el carácter estatal de la titularidad del DPM-T, y por tanto también de su regulación. Confróntese NOGUERA DE LA MUELA, B., “Las competencias estatales y autonómicas en la Ley de Costas de 1988”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurala-riazako Euskal Aldizkaria*, n. 30, 1991, pp. 109 y ss.

Mar. Esta atribución es original de la ley gallega, no habiendo disposición semejante en la LPOL catalana. Esta, aunque habla de competencias de gestión del dominio público *marítimo-terrestre*, solo se refiere al mar cuando establece la competencia de la Administración autonómica para la concesión de obras fijas en el mar<sup>64</sup>, instalaciones marítimas menores y otras análogas y autorización de vertidos de tierra en el mar. La LOLGA da un paso más y declara la competencia general de la Consellería del Mar para otorgar títulos de intervención sobre los espacios marítimos del DPM-T. Esta declaración complementa y trae causa de la definición del litoral que la LOLGA establece, como a la vez espacio terrestre y marítimo. Ocurre que, como se viene reiterando, si bien en la parte terrestre la CA tiene competencia de ordenación del *litoral*, entendida según el TC como incluida dentro de la genérica de ordenación del territorio, sobre el mar es preciso observar lo que ya el artículo 2.3 LOLGA afirma, es decir, la doctrina de la “extraterritorialidad” de las competencias autonómicas, de modo que la Consellería del Mar solo podrá otorgar las autorizaciones que otras competencias, distintas de la general de ordenación del litoral, le permitan.

### 3.3 Las áreas de protección, mejora y reordenación y otras disposiciones

Otra de las principales aportaciones de esta LOLGA es la zonificación que realiza del litoral gallego, basándose en las características de este y con un enfoque ecosistémico, como la propia norma promulga. Aquí la competencia que destaca es la de protección del medio ambiente (arts. 149.1.23<sup>a</sup> CE y 27.30 EAG), entendida de acuerdo con la STC 102/1995, que, apartándose del criterio de la STC 149/1991, afirmó que la legislación básica estatal debe permitir necesariamente un margen de desarrollo legislativo a las CA. Los artículos 29 a 46 LOLGA responden precisamente a la competencia autonómica para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente, que se vienen a sumarse a las que ya el Estado estableció en la LC como titular del DPM-T. De este modo, el litoral gallego se divide en tres áreas (art. 30 LOLGA): (a) de protección ambiental, (b) de mejora ambiental y paisajística y (c) de reordenación.

El área de protección ambiental (a) está conformada por los “espacios del litoral que conservan singulares e insustituibles características naturales y valores excepcionales ambientales”. Se incluyen en esta área, en todo caso, (i) los espacios del DPM-T (art. 3.1 LC) que mantengan las características naturales de la ribera del mar y de las rías, (ii) el mar territorial y las aguas interiores<sup>65</sup> (art. 3.2 LC) y (iii) los espacios naturales protegidos<sup>66</sup> que se encuentren en el litoral, tanto terrestres como terrestres y marinos cuando haya una continuidad ecológica<sup>67</sup>.

Por su parte, el área de mejora ambiental y paisajística (b) está conformada por los espacios que, a pesar de no conservar singulares e insustituibles características

<sup>64</sup> De acuerdo con el EAC, artículo 149.3, y la STC 31/2010.

<sup>65</sup> En los términos del artículo 3.2 LC.

<sup>66</sup> Artículo 21 y siguientes de la Ley 5/2019, de 2 de agosto, del patrimonio natural y de la biodiversidad de Galicia.

<sup>67</sup> Confróntese la STC 38/2002 (FJ 7).

naturales y valores excepcionales ambientales, sí se mantienen mayoritariamente libres de procesos de degradación, o los procesos de desnaturalización que sufrieron son parcialmente reversibles. El área de mejora acoge en todo caso (i) el DPM-T no clasificado en las otras dos áreas, (ii) los espacios contiguos al área de protección que contribuyan a preservar los valores naturales del litoral y a prevenir o evitar impactos ecológicos o paisajísticos sobre ellos, (iii) la zona de servidumbre de protección, (iv) la zona periférica de protección de los espacios naturales protegidos, en su caso, (v) los espacios de interés ambiental y paisajístico que el plan de ordenación costera delimite y (vi) los espacios clasificados como suelo rústico<sup>68</sup>.

Finalmente, el área de reordenación (c) está conformada por los “espacios degradados o desnaturalizados, los espacios en suelo urbano o de núcleo rural o los espacios afectados por cualquier tipo de acción humana transformadora que haya provocado la pérdida irreversible de sus valores naturales”. Esta área abarca, en todo caso, (i) todos los espacios no comprendidos en las áreas de protección o de mejora, (ii) la zona de servicio de los puertos autonómicos y (iii) la zona de servidumbre de protección del DPM-T de veinte metros regulada en la DA 3<sup>a</sup>.3 LC<sup>69</sup>.

La LOLGA establece una serie de objetivos y usos permitidos, compatibles y prohibidos en las áreas (a) (arts. 33 a 36), (b) (arts. 39 a 42) y (c) (arts. 45 y 46). Tanto en el área de protección como en la de mejora se establece para resolver los posibles concursos de normas o instrumentos el criterio de la regla de mayor protección (arts. 37 y 43 LOLGA). La ley se apoya en la competencia de ordenación del territorio y litoral (art. 27.3 EAG) para regular el régimen de usos en los espacios terrestres y en las demás que le correspondan de acuerdo con su artículo 2.3 para regular los espacios marinos. Basándose en la LC, la LOLGA procura adecuarse a las realidades del territorio gallego formando una estructura mayor de protección, especialmente en aquellos espacios en los que dicha protección es perentoria.

En los artículos 54 a 60, la LOLGA introduce una serie de actuaciones estratégicas para el desarrollo sustentable del litoral. Se trata de otro aspecto más de la “multi-competencialidad” de la ley, que pretende agotar las posibilidades competenciales de la CA. Las competencias que aquí se traen a colación, detalladas en el artículo 54.2 LOLGA, son la de pesca en las rías y demás aguas interiores, marisqueo y acuicultura, promoción del deporte y adecuada utilización del ocio, promoción y ordenación del turismo, patrimonio histórico, artístico, arquitectónico y arqueológico de interés de Galicia, aguas y desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal en materia de ordenación pesquera y de vertidos de aguas residuales. Se destaca, dentro de estas actuaciones estratégicas, la relativa a la cadena mar-industria alimentaria<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Se entiende que de los municipios costeros, confróntese el artículo 2.2 LOLGA.

<sup>69</sup> Hay que destacar la DA 1<sup>a</sup> LOLGA: “Por Decreto del Consello de la Xunta podrán declararse áreas de influencia litoral, conformadas de espacios no comprendidos en el litoral de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de esta Ley, en las que serán de aplicación las disposiciones de esta ley necesarias para el mantenimiento de bienes y servicios ecosistémicos del litoral”.

<sup>70</sup> Artículo 54 (Usos de la cadena mar-industria alimentaria): “1. A efectos de esta ley se entiende por cadena mar-industria alimentaria el conjunto de empresas y entidades que desarrollan actividades económicas propias del sector pesquero, marisqueo y de la acuicultura, incluidas las actividades de extracción, cultivo, producción, manipulación, transformación y comercialización de los productos de la pesca, el marisqueo y la acuicultura”.

Finalmente, la LOLGA dispone en sus artículos 61 a 64 unas normas adicionales de protección y sostenibilidad del litoral, desde igual enfoque “multicompetencial”. Estas consisten en la elaboración de estudios sobre el grado de resiliencia de la costa ante el cambio climático, la evaluación del impacto económico y social de los proyectos y programas que se pretendan llevar a cabo en el litoral gallego y la garantía de los objetivos de calidad y ambientales de las aguas costeras e interiores de Galicia. Los artículos 65 a 68 LOLGA, en ejercicio de la competencia sobre patrimonio, regulan el patrimonio público litoral, señalando qué bienes integrarán este. Por su parte, los artículos 69 a 71 se dedican a la “cultura litoral, concienciación y educación ambiental”. En último término, a la inspección del litoral y a la potestad sancionadora se reservan los artículos 72 y 73.

## 4 Conclusiones

La LOLGA sigue abriendo un camino reactivado por el EAC de 2006 y supone un paso más en la ordenación autonómica del litoral, de acuerdo con el reparto competencial que existe en la CE. La novedad de la LOLGA puede ser afirmada desde dos puntos de vista. En primer lugar, en cuanto a las competencias de la CA de Galicia, es un impulso para expresar la capacidad de autogobierno, pues tras su promulgación y sanción es previsible que Gobierno central y Xunta de Galicia inicien las negociaciones para obtener un decreto como los que ya existen en Cataluña, Andalucía, Canarias e Islas Baleares. Pero es un texto que tiene también gran relevancia en el contexto estatal, en la redefinición de la competencia de ordenación del litoral.

Como se trató de poner de manifiesto durante este trabajo, y como también se puede conocer de una lectura de su texto, la LOLGA hace uso de todas las competencias posibles para regular y ordenar tanto la parte terrestre como la parte marina del litoral, es decir, el lugar donde mar y tierra se encuentran. Para ello, el legislador gallego debió encajar todas las piezas de esa “multicompetencialidad”, tratando de sacar el máximo partido al EAG y a la CE. Este esfuerzo tiene por objetivo alcanzar una verdadera gestión integrada que conciba el litoral con la entidad que necesita, no como un apéndice *innecesario* de la competencia de ordenación del territorio, como la STC 149/1991 pretendía que fuera.

En la superación del concepto de litoral que el TC estableció es donde radica el otro punto meritorio de la LOLGA. El litoral conforma una realidad propia, *singular*, cuyas características especiales precisan de un tratamiento jurídico especial<sup>71</sup>. La LOLGA le da ese tratamiento especial a costa de hacer una “matemática” competencial, pero, como se comentaba al inicio de este trabajo, esto podría no ser necesario.

El concepto de litoral de la STC 149/1991 es ciertamente estrecho<sup>72</sup>, tanto en el sentido figurado como en el sentido geográfico. Parece más acorde con la naturaleza

<sup>71</sup> Así se manifestaba en MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, cit.

<sup>72</sup> Es la palabra usada en MENÉNDEZ REXACH, A., “Prólogo”, Sanz Larruga, F.J. y Ortiz García, M. (dirs.) y Morelle-Hungria, E. (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, p. 27.

del propio litoral entenderlo comprensivo tanto de la tierra como del mar, como la LOLGA hace. Sin perjuicio de la constitucionalidad de la LOLGA en la interpretación actual de esta competencia, es seguramente momento de dejar atrás la ordenación del litoral como ordenación de la *tierra* litoral y acoger también la ordenación del *mar* litoral, pues el primero no existiría sin el segundo.

Decir, finalmente, que Galicia está conformada exclusivamente por su territorio “terrestre” es también estrecho. Lo es porque, como la EM de la LOLGA señala, Galicia está profundamente vinculada con su litoral, es una de sus señales de identidad. La soberanía del Estado español es ejercida de manera prácticamente idéntica tanto sobre el mar territorial como sobre el espacio terrestre. Prueba de ello son el artículo 132.2 CE y la LC, que regulan en detalle el DPM-T. Estos espacios no deben ser sustraídos a la división en CA del territorio estatal por una confusión de estas con sus municipios<sup>73</sup>.

## Bibliografía

- AGUIRRE I FONT, J.M., *El régimen jurídico del litoral catalán. Especial referencia a la reforma de la Ley de costas operada por la Ley 2/2013 y al nuevo Reglamento General de Costas aprobado por el Real decreto 876/2014*, Atelier, Barcelona, 2014.
- AGUIRRE I FONT, J.M., “La nueva regulación de la costa en Cataluña: la Ley 8/2020, de 30 de julio, de Protección y Ordenación del Litoral”, *Revista Aranzadi de urbanismo y edificación*, n. 46, 2021.
- AGUIRRE I FONT, J.M., “Bases jurídicas para una gestión integrada del litoral: el ejemplo catalán”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.
- BELADÍEZ ROJO, M., “Problemas competenciales sobre la zona marítimo-terrestre y las playas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo IV. Del poder judicial. Organización territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991.
- BERGA VAYREDA, F.X., “Los traspasos de funciones y servicios en materia de costas. La experiencia catalana”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.
- BLASCO ESTEVE, A., “Competencias estatales y autonómicas en materia de costas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d’Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.
- GARCÍA PÉREZ, M., “Autonomía y dominio público marítimo-terrestre: la problemática competencial sobre el DPMT en el marco del estado de las autonomías”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d’Estudis de l’Autogovern (Generalitat

<sup>73</sup> Confróntese GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas”, cit.

- de Catalunya) e Institut d'Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las comunidades autónomas”, *Revista de Administración Pública*, n. 158, 2002.
- LOBO RODRIGO, A., “Los trasposos de competencias en materia de costas a Canarias: una visión prospectiva”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d'Estudis de l'Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d'Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.
- MEILÁN GIL, J.L., “Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 108, 1988.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “La distribución de competencias en la Ley de costas y la gestión integrada del litoral”, Sanz Larruga, F.J. (dir.) y García Pérez, M. (coord.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión el litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Barrié de la Maza y Observatorio do Litoral da Universidade da Coruña, A Coruña, 2009.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “Prólogo”, Sanz Larruga, F.J. y Ortiz García, M. (dirs.) y Morelle-Hungria, E. (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Las competencias estatales y autonómicas en la Ley de Costas de 1988”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n. 30, 1991.
- POUSA GARCÍA, A., “La pluralidad competencial en materia de costas y litoral (Illes Balears)”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d'Estudis de l'Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d'Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.
- SANZ LARRUGA, F.J., “El reto para una visión y gestión integradas de las Estrategias Marinas en la Unión Europea: reflexiones a propósito del Informe de la Comisión de 2020”, Sanz Larruga, F.J. y Ortiz García, M. (dirs.) y Morelle-Hungria, E. (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: Estado actual y nuevos retos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.
- SANZ LARRUGA, F.J., “La planificación espacial marina, la interacción tierra-mar y su incidencia sobre las competencias autonómicas”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d'Estudis de l'Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d'Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.
- TRAYTER, J.M., “Las coordinadas constitucionales y estatutarias en materia de costas y litoral”, *Autonomía, costas y litoral*, Institut d'Estudis de l'Autogovern (Generalitat de Catalunya) e Institut d'Estudis Autònoms (Govern de les Illes Balears), Barcelona y Palma, 2023.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_junio-diciembre 2023 | pp. 275-327  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5140>  
© Carlos Coello Martín  
© Fernando González Botija  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 2/11/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A execución de sentenzas  
e o caso *Valdecañas*

## La ejecución de sentencias y el caso *Valdecañas*

Enforcement of judgments  
and the *Valdecañas* case

66 Regap

Regap



ESTUDIOS

CARLOS COELLO MARTÍN  
Magistrado Contencioso-Administrativo  
Juzgado N.º 1 de Logroño  
[cm.coello@poderjudicial.es](mailto:cm.coello@poderjudicial.es)

FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid  
<https://orcid.org/0000-0003-1040-8133>

[suricato@ucm.es](mailto:suricato@ucm.es)

A José Trillo-Figueroa y Pedro Brufao Curiel

**Resumo:** Este traballo analiza a evolución xurisprudencial referida ao coñecido caso da urbanización ilegal construída en Valdecañas. O proxecto presentouse como unha actuación de desenvolvemento socioeconómico da zona. Non obstante, afectaba a un terreo con valores ecolóxicos dignos de protección que non

se tuvieron debidamente en cuenta na súa realización. Analízanse desde os primeiros pronunciamentos xurisprudenciais, que motivaron a condena do proxecto orixinario de desenvolvemento urbanístico por violación flagrante da normativa ambiental, ata a última xurisprudencia que determina o grao do deber de execución das sentenzas condenatorias da ilegalidade inicial unha vez que se construíra parte do proxecto orixinario. O traballo realiza un repaso a todos os niveis ao recoller a doutrina do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura, do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional.

**Palabras clave:** Urbanismo, medio ambiente, execución de sentenzas.

**Resumen:** El presente trabajo analiza la evolución jurisprudencial referida al conocido caso de la urbanización ilegal construida en Valdecañas. El proyecto se presentó como una actuación de desarrollo socioeconómico de la zona. Sin embargo, afectaba a un terreno con valores ecológicos dignos de protección que no se tuvieron debidamente en cuenta en su realización. Se analizan desde los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, que motivaron la condena del proyecto originario de desarrollo urbanístico por violación flagrante de la normativa medioambiental, hasta la última jurisprudencia que determina el grado del deber de ejecución de las sentencias condenatorias de la ilegalidad inicial una vez que se había construido parte del proyecto originario. El trabajo realiza un repaso a todos los niveles al recoger la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

**Palabras clave:** Urbanismo, medioambiente, ejecución de sentencias.

**Abstract:** The present work analyzes the jurisprudential evolution referred to the well-known case of the illegal urban development built in Valdecañas. The project was presented as an action for socio-economic development of the area. However, it affected land with ecological values worthy of protection that were not duly taken into account in its creation. They are analyzed from the first Court judgments, which motivated the condemnation of the original urban development project for flagrant violation of environmental regulations, to the latest judgments that determines the degree of the duty to enforce the judgments condemning the initial illegality once had built part of the original project. The work reviews all levels by collecting the doctrine of the Superior Court of Justice of Extremadura, the Supreme Court and the Constitutional Court.

**Key words:** Town planning, environment, judgment enforcement.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Sobre el Proyecto de Interés Regional (PIR) de Valdecañas. Las SSTSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2011 y las SSTS de 29 de enero de 2014. 2.1 La etapa declarativa: la anulación del Decreto 55/2007, de 10 de abril, por las SSTSJ de Extremadura número 195 y 196, de 9 de marzo de 2011. Su confirmación por la STS de 29 de enero de 2014. 2.2 La fase ejecutiva: los problemas de ejecución de las STSJ de Extremadura número 195 y 196, de 9 de marzo de 2011. La declaración de la imposibilidad material parcial de ejecución. La censura casacional. 2.3 Una segunda parte de la fase ejecutiva: la ejecución como consecuencia de la censura casacional de la STS 162/2022, de 9 de febrero: El ATSJ de 16 de marzo de 2022. 2.4 Una tercera fase: el recurso de amparo. 2.5 Las actuaciones conexas. 3 Sobre la convalidación legislativa mediante una ley singular de reforma del artículo 11.3.1 b) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, introducida por la Ley 9/2011, de 29 de marzo. Cuestión de constitucionalidad y STC 134/2019, de 13 de noviembre. 4 Sobre la imposibilidad de ejecución de los fallos en sus propios términos: de la imposibilidad parcial. 5 El Auto de 30 de junio de 2020 del TSJ de Extremadura: la imposibilidad material parcial de ejecución. La común ejecución de cinco sentencias del TSJ de Extremadura. 6 El recurso de casación: la STS 162/2022, de 9 de febrero, y el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la LOPJ desestimado por el ATS de 8 de abril de 2022. 6.1 Introducción: el interés casacional del ATS de 6 de mayo de 2021. 6.2 El argumento de la protección ambiental. 6.3 Los razonamientos del Tribunal Supremo. 6.4 El impacto socioeconómico. 6.5 La consideración de los intereses de la Hacienda Pública. 6.6 La afectación de la tutela judicial. 6.7 La respuesta del Tribunal Supremo. 7 El Auto de ejecución de 15 de septiembre de 2023.

# 1 Introducción

La dificultad material y jurídica de la ejecución ordinaria de sentencias del orden contencioso-administrativo relacionadas con el urbanismo o el medioambiente es un tema recurrente<sup>1</sup>. Como ha observado VILLARES NAVEIRA, se trata de un “*difícil camino*” en la ejecución de sentencias ambientales, al examinar en unas breves pero atinadas notas el caso de *El Algarrobico*<sup>2</sup>. *Esa dificultad se ha visto, además, reforzada con la adición de los requisitos y garantías del artículo 108.3 de la LJCA por la disposición final 3, apartado 4 de la LO 7/2015, de 21 de julio. Así lo ha puesto de manifiesto tanto la doctrina académica<sup>3</sup> como diversos pronunciamientos de la doctrina legal<sup>4</sup>.*

*Y se transforma en tortuosa cuando el titular de la potestad legislativa, estatal o autonómica, acude para mitigar o neutralizar las consecuencias de un fallo judicial, como vemos en el caso examinado, al dar cuenta de los problemas de ejecución en el asunto de la llamada isla de Valdecañas.*

*En efecto, la cuestión se torna más ardua y tortuosa, si cabe, cuando en el caso de una sentencia urbanística el legislador autonómico o el legislador estatal acuden –como en otros supuestos– a enmendar los pronunciamientos judiciales echando mano del socorrido sistema de las “leyes singulares” con la finalidad de “legalizar”, convalidar o eludir el pleno control judicial de la actuación de las administraciones públicas<sup>5</sup>, o mediante la utilización de instrumentos de ordenación del territorio como medio de desplazar o subrogarse de facto para eludir actuaciones materialmente urbanísticas. Los supuestos son de tenor diverso pero de parejo uso instrumental de las potestades “legislativa” o “reglamentaria”.*

<sup>1</sup> A este respecto es de obligada lectura el libro de GEIS I CARRERAS, G., *La ejecución de las Sentencias Urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.

<sup>2</sup> VILLARES NAVEIRA, L., “El caso Algarrobico o el difícil camino de la ejecución de sentencias en materia ambiental”, *Jueces y Juezas para la Democracia, Boletín Informativo* n. 90, mayo 2023, pp. 8-14.

<sup>3</sup> Algunos de esos problemas ya fueron apuntados por SÁNCHEZ LAMELAS, A., “El artículo 108.3 de la LJCA: La ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, Navarro Vega, M.ªB. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017, pp. 173 y ss., y en la misma publicación el trabajo de CASTANEDO GARCÍA, M.ªE., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Navarro Vega, M.ªB. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017, pp. 213-238. A este respecto, EZQUERRA HUERVA, A., “Artículo 108”, Ezquerra Huerva, A. y Oliván del Cacho, J. (coords.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1783 y ss., y en relación con el apartado 3 del precepto, p. 1801.

<sup>4</sup> Algunos de estos problemas en los supuestos de ejecución de obras sin licencia, recogidos, entre otros, por la STS de 21 de enero de 2021 (RO: STS 217/2021 – ECLI:ES:TS:2021:217). Recoge la doctrina general sobre este precepto la STS de 23 de octubre de 2019 (RO: STS 3414/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3414).

<sup>5</sup> Como señala la STC, «no consta en modo alguno en el proyecto la inaplicación de norma legal o reglamentaria alguna, por lo que la misma ordenación podría haberse abordado mediante una norma aprobada por el Consejo de Gobierno. A mayor abundamiento, la propia disposición final primera de las normas del proyecto regional “Ciudad del Medio Ambiente” dispone qué determinaciones urbanísticas que estas contienen pueden ser modificadas por decreto de la Junta de Castilla y León. Una deslegalización a futuro que resuelve definitivamente la innecesidad de la intervención del legislador para la obtención de los objetivos perseguidos, pues nada añade la aprobación por ley a lo que puede ser modificado, desde el momento mismo de su entrada en vigor, por vía reglamentaria como, en efecto, así ha ocurrido con el Decreto 70/2013, de 14 de noviembre, por el que se aprueba la modificación del proyecto regional “Ciudad del Medio ambiente” aprobado por la Ley 6/2007, de 28 de marzo (“Boletín Oficial de Castilla y León” de 18 de noviembre de 2013). A cambio, la utilización de la ley ha sacrificado el control de la legalidad ordinaria a la que el proyecto afirma responder, un control que hubiera correspondido realizar a la jurisdicción contencioso-administrativa –recurso directo o indirecto contra reglamento– a instancias de los titulares de derechos e intereses legítimos, o de la acción pública reconocida en materia de urbanismo y medio ambiente».

Ejemplo del primer caso es la conocida STC 203/2013, de 5 de diciembre, por la que se resolvía la impugnación de la Ley de Castilla y León 6/2007, de 28 de marzo, de aprobación del proyecto regional “*Ciudad del Medio Ambiente*”, no lejos de las ruinas de Numancia en la provincia de Soria, en relación con la actuación de transformación urbanística del suelo clasificado como no urbanizable en la ribera del río Duero, terrenos que se encontraban catalogados también como “*lugar de interés comunitario y dentro de la Red Natura 2000*”<sup>6</sup>. Será en ese caso su proximidad a una “*aldea numantina*” resistente al dominio del sentido común en la denominada *Ciudad del Medio Ambiente Cúpula de la Energía* de Soria<sup>7</sup>.

Ejemplo del segundo caso es la utilización de los proyectos de interés supramunicipal o regional de ordenación del territorio con una clara finalidad urbanística. Este tipo de proyectos, de variada denominación en la legislación urbanística autonómica, ha permitido utilizar instrumentos de ordenación del territorio para realizar –fraudulentamente– actuaciones urbanísticas.

Los ejemplos son variados. Entre otros –con un perfil parejo–, la denominada “*Ecociudad del Montercorvo*” –de cuyo nombre es deudora una conocida editorial jurídica– en la ciudad de Logroño<sup>8</sup>.

Y en ese orden de cosas, en el que se aúnan problemas varios de ejecución, el correspondiente al Hotel de *El Algarrobo*, que, parafraseando una conocida copla de Víctor Manuel, “*ahí está, ahí está*”, como un paisaje más de la *España de las piscinas*<sup>9</sup>.

Nos detendremos a analizar, de modo descriptivo, los problemas que se están suscitando con la ejecución de las sentencias relativas al Proyecto de Interés Regional de Valdecañas, Extremadura<sup>10</sup>. El largo peregrinaje jurisdiccional y constitucional puede describirse con el título de “*proyecto de interés regional a liquidación por derribo*”, según las observaciones de SALCEDO HERNÁNDEZ y CAMPESINO FERNÁNDEZ<sup>11</sup>.

El asunto es de un gran interés por varios motivos concurrentes. No solo por la dilación en el tiempo de los procedimientos contencioso–administrativos promovidos

<sup>6</sup> Sobre las leyes singulares o de caso único, que han dado lugar a una rica bibliografía de la doctrina constitucionalista y la administrativa, nos remitimos al trabajo de SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina «Boxus» por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública*, n. 193, 2014, pp. 165-195.

<sup>7</sup> Vid. la STS de 25 de mayo de 2020 (RO): STS 999/2020 – ECLI:ES:TS:2020:999).

<sup>8</sup> EYRE DE LORENZO, J.A., “Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre el conflicto derivado de la aprobación del proyecto de la «Zona de Interés Regional» Ecociudad Montecorvo de Logroño”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 282, 2013, pp. 129-156; SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “La acreditación de la necesidad de vivienda como requisito para la transformación del suelo rural (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 sobre la «ecociudad» de Logroño)”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. REDUR*, n. 10, 2012, pp. 193-206; y DÍAZ LEMA, J.M., “Los proyectos de interés regional ¿un instrumento urbanístico/territorial perturbador? A propósito de las 3 Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 (recursos n. 3869/2010; 4543/2010; 4066/2010 (Asunto “Ecociudad en La Fonsalada y El Corvo”, Logroño)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 36, 2013, pp. 62-74

<sup>9</sup> Según el título de DIONI LÓPEZ, J., *La España de las piscinas Cómo el urbanismo neoliberal ha conquistado España y transformado su mapa político*, Arpa Editorial, Barcelona, 2021.

<sup>10</sup> Un examen de los diversos pronunciamientos, en GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “Jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo sobre la ejecución de sentencias territoriales y urbanísticas: el «caso Valdecañas»”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales*, 2022, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2022, pp. 429-473.

<sup>11</sup> SALCEDO HERNÁNDEZ, J.C. y CAMPESINO FERNÁNDEZ, A.-J., “Marina Isla de Valdecañas (Cáceres): de proyecto de interés regional a liquidación por derribo”, *Érika: Revista Cuatrimestral de Geografía*, n. 97, 2015, pp. 173-188.

por dos asociaciones ecologistas, Ecologistas en Acción y ADENEX, para obtener sendas sentencias declarativas, sino los problemas derivados de la ejecución de las sentencias, asuntos siempre complejos y espinosos, pero que en este caso cuentan con unos ingredientes específicos.

El más relevante, pero no el único, ha sido el *uso instrumental* por parte de la Asamblea de Extremadura hasta en dos ocasiones de la potestad legislativa con la aprobación de dos leyes materialmente singulares, con la finalidad indicada.

La primera y más conocida mediante la reforma del artículo 11.3.1.b) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura (LSOTE de 2001 en adelante), realizada por la Ley 9/2011, de 29 de marzo, que dio origen a la cuestión de constitucionalidad n. 2560-2019, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, al conocer la impugnación de diversos instrumentos de “*homologación*”, respecto del artículo 11.3.1.b), párrafo segundo de la LSOTE de 2001, y la disposición adicional única de la ley de reforma. La misma establecía un procedimiento de “*homologación*” que afectaba directamente a los PIR de la isla de Valdecañas. La cuestión de constitucionalidad fue resuelta por la STC 134/2019 de 19 de diciembre<sup>12</sup>.

La segunda, y menos conocida, ha sido recientemente aprobada. La Ley 2/2023, de 22 de marzo por la que se regulan determinados aspectos de la Red Ecológica Europea Natura 2000 de la CA de Extremadura, cuya confesa a la par que velada finalidad es “*neutralizar*” la ejecución de los fallos judiciales en relación con el complejo urbanístico de la isla de Valdecañas mediante la concreta delimitación de las ZEPA<sup>13</sup>.

Se cierra esa cadena de obstáculos en la ejecución de las sentencias anulatorias, que no son menores tampoco, con dos procesos simultáneos. En primer término las reformas del planeamiento urbanístico de los municipios afectados para adaptarlas a las previsiones de los PIR anulados y, en segundo término, mediante la aplicación de los denominados *procesos de homologación* de este tipo de instrumentos mixtos de ordenación del territorio y urbanismo, que habilitaba la adicional de la reforma legal indicada de 2011.

En relación con el primer caso, las modificaciones de los instrumentos de planeamiento de los dos municipios principalmente afectados, en concreto y por ser la más relevante, la modificación puntual del PGM de *El Gordo*, basado en las previsiones del PIR y del PGM sobre la ordenación urbanística del *Sector SE-05-Marina Isla de Valdecañas*<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Estimaba parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad n. 2560-2019 y declaraba que el artículo 11.3.1.b), párrafo segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, en la redacción introducida por la Ley 9/2011, de 29 de marzo, era inconstitucional y nulo. La posterior STC 152/2019, de 29 de noviembre, declaraba extinguida, por pérdida sobrevenida del objeto, la cuestión de inconstitucionalidad n. 2561-2019 en relación con el mismo precepto.

<sup>13</sup> Publicada en el DOE n. 58 correspondiente al viernes 24 de marzo de 2023.

<sup>14</sup> *Vid.* STSJEXT 81/2020, de 25 de febrero (RO): STSJ EXT 121/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:121) promovido por la confederación Ecologistas en Acción-CODA y la STS 80/2022, de 25 de febrero (RO): STSJ EXT 120/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:120), ambas con el mismo ponente: Ruiz Ballesteros, en recurso promovido por ADENEX –Asociación para la Defensa de la Naturaleza y los Recursos de Extremadura–. En el caso de ADENEX había interesado la suspensión de la ejecutividad del acuerdo de la Comisión de Urbanismo y del Territorio de Extremadura de 15 de marzo de 2010 por la que se aprobaba definitivamente el PGM de El Gordo. La sala de instancia denegó la suspensión por Auto de 14 de diciembre de 2012. Recurrido en reposición,

En relación con los *procesos de homologación* indicados las asociaciones ecologistas impugnaron dos resoluciones urbanísticas. La primera la Resolución de 13 de julio de 2011 de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente la homologación del Plan General Municipal de El Gordo, para su adecuación a los preceptos modificados de la LSOTEX (disposición adicional única de la Ley 9/2011, de 29 de marzo). La segunda, la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente la homologación del PIR denominado *Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas*.

Nuestra pretensión con la redacción de este artículo ha sido desmenuzar e intentar ordenar las argumentaciones vertidas por las partes y en los pronunciamientos judiciales, de manera descriptiva centrándonos en las dos resoluciones más relevantes: el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura de 30 de junio de 2020, por el que se declaraba la imposibilidad material parcial de ejecución de la Sentencia en sus propios términos; y la censura casacional que da lugar a la STS de 9 de febrero de 2022 que decretaba su nulidad, en cuanto que acordaba “*la conservación del hotel, viviendas, campo de golf e instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento*”, que deberán ser demolidas como el resto de las obras e instalaciones a que se refiere el punto III de la parte dispositiva del Auto de 30 de junio de 2020.

Así, analizaremos, en primer término, las cuestiones relativas al Proyecto de Interés Regional (PIR) de Villacañas aprobado por el Decreto 55/2007, de 10 de abril (II), daremos cuenta de la convalidación legislativa en la fase declarativa mediante la reforma de la legislación urbanística extremeña (III), y abordaremos la cuestión de la imposibilidad material de ejecución de los fallos judiciales (IV).

## 2 Sobre el Proyecto de Interés Regional (PIR) de Valdecañas. Las SSTSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2011 y las SSTS de 29 de enero de 2014

En el caso que examinamos nos encontramos con una singular trébede que se apoya en tres elementos concurrentes.

---

el Auto de 28 de mayo de 2013 estimaba parcialmente el recurso y acordaba: «1) *ESTIMAR parcialmente el recurso de reposición presentado por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Extremadura (ADENEX) contra el Auto de fecha 14-12-2012. 2) SUSPENDER provisionalmente la ejecución de la Resolución de 15-3-2010, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de El Gordo, publicada en el Diario Oficial de Extremadura de fecha 25-5-2010, exclusivamente en relación con la ordenación del sector SE-05, correspondiente al Sector de Suelo Urbanizable “Marina Isla de Valdecañas” que proviene del anterior Proyecto de Interés Regional. 3) Inscribir en el Registro de la Propiedad, respecto de las fincas afectadas, la interposición del presente recurso contencioso-administrativo. 4) Las anteriores medidas cautelares no surtirán efecto hasta que se preste caución por importe de 4.1.000.000 euros. La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad exigida. No serán admisibles las fianzas personal o hipotecaria al no garantizar la inmediata disponibilidad de la cantidad exigida. 5) No ha lugar a la medida cautelar de anotación en el Registro de la Propiedad de la prohibición de gravar y disponer sobre las fincas afectadas. 6) Sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas procesales causadas». Recurrido el auto parcialmente estimatorio por la representación de la Junta de Extremadura por la STS de 27 de marzo de 2014 (RO: STS 1276/2014 – ECLI:ES:TS:2014:1276, ponente: Eduardo Calvo Rojas), se desestimaba el recurso.*

En primer término, la proliferación de los proyectos de interés regional (PIR) como título habilitante para realizar “*actuaciones urbanísticas*” enmascaradas en un instrumento de ordenación territorial.

En segundo término, los problemas de ejecución de las sentencias anulatorias de ese tipo de PIR y de las licencias concedidas bajo ese título habilitante, que dan lugar a la controversia sobre la ejecución de la sentencia o sobre la imposibilidad material de su ejecución.

En tercer término, el recurso a las “*leyes singulares*” para legalizar las actuaciones realizadas bajo un título administrativo anulado por los Tribunales o, como hemos señalado, para “*eludir*” ora en fase declarativa ora en fase ejecutiva la ejecución de los fallos judiciales.

En ese orden de cosas, el asunto de la isla de Valdecañas ofrece un singular peregrinaje jurisdiccional, que cuenta con algunas etapas bien diferenciadas y varias codas.

## 2.1 La etapa declarativa: la anulación del Decreto 55/2007, de 10 de abril, por las SSTSJ de Extremadura número 195 y 196, de 9 de marzo de 2011. Su confirmación por STS de 29 de enero de 2014

La primera, la fase declarativa, articula las diversas impugnaciones de los Proyectos de Interés Regional de Valdecañas, aprobados por el Decreto 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprobaba definitivamente el PIR promovido por Marina Isla de Valdecañas. El Decreto autonómico impugnado y anulado habilitaba la recalificación y ordenación de terrenos situados en el embalse de Valdecañas, con destino a la construcción del “*Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas*”, en los términos municipales de *El Gordo* y *Berrocalejo*, en la provincia de Cáceres. La disposición autonómica fue impugnada por dos asociaciones ecologistas, dictándose dos sentencias el 9 de marzo de 2011 por las que se anulaba el decreto impugnado.

La primera la STSJEXT 195/2011, de 9 de marzo, estimaba el recurso interpuesto por la asociación ecologista ADENEX<sup>15</sup>.

La segunda, la STSJEXT 196/2011, de 9 de marzo, estimaba, por su parte, el recurso interpuesto por la asociación Ecologistas en Acción<sup>16</sup>.

Dichas sentencias declararon la nulidad de pleno derecho del mismo y ordenaban la reposición de los terrenos a que se refieren las mencionadas actuaciones a la situación anterior a la aprobación de dicho PIR y de los actos que se hubieran ejecutado con fundamento en el mismo<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Vid. STSJ de Extremadura 195/2011, de 9 de marzo, dictada en el procedimiento ordinario 753/2007 (ROJ: STSJ EXT 450/2011 – ECLI:ES:TSJEXT:2011:450), interpuesto por ADENEX “siendo demandada LA JUNTA DE EXTREMADURA, y habiendo comparecido en calidad de partes codemandadas la mercantil ISLA VALDECAÑAS, SA”, y los AYUNTAMIENTOS DE EL GORDO (CÁCERES) Y BERROCALEJO (CÁCERES).

<sup>16</sup> Vid. STSJ de Extremadura 196/2011, de 9 de marzo (ROJ: STSJ EXT 451/2011 – ECLI:ES:TSJEXT:2011:451, ponente: Olea Godoy).

<sup>17</sup> Su parte dispositiva estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto ora por ADENEX ora por Ecologistas en Acción contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Interés Regional (PIR) promovido por “Marina de Valdecañas, SA”, consistente en la recalificación y ordenación de terrenos situados en el embalse de Valdecañas, con destino a la construcción del “Complejo Turístico,

Esta orden de restauración o de reposición de los terrenos afectados parcialmente transformados por la actividad urbanizadora promovida por la mercantil indicada va a ser el *campo de Marte* de los problemas de ejecución de ambas sentencias en sus propios términos.

Esas sentencias de la instancia fueron confirmadas en casación por sendas sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014.

## **2.2 La fase ejecutiva: los problemas de ejecución de las STSJ de Extremadura número 195 y 196, de 9 de marzo de 2011. La declaración de la imposibilidad material parcial de ejecución. La censura casacional**

La segunda, la fase ejecutiva, articula los problemas de ejecución de las dos sentencias de 9 de marzo de 2011 de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Extremadura.

Estas son algunas de las piezas de la problemática planteada por la ejecución de las sentencias de 9 de marzo de 2011 dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (en adelante TSJEXT) en los recursos 651/2007 y 753/2007, relativas a las obras de urbanización, edificaciones e instalaciones deportivas ejecutadas al amparo del *Proyecto de Interés Regional* (PIR) promovido por la mercantil Marina Isla de Valdecañas, S.A.

En principio, se desprende de los fundamentos de las sentencias que el pronunciamiento de nulidad y reposición de los terrenos a la situación anterior tiene por objeto la restauración de la legalidad urbanística, que en atención a la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección, impuesta legalmente como consecuencia de la integración en la Red Natura 2000, impedía la transformación urbanística llevada a cabo al amparo del PIR<sup>18</sup>.

En consecuencia, la ejecución en sus propios términos de las sentencias necesariamente conlleva la desaparición de las instalaciones, obras y actuaciones de transformación urbanística realizadas. Solo se exceptiona, conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LCA, en aquellos supuestos de imposibilidad material de la reposición al estado anterior de la transformación urbanística. Súmense las condiciones previas que sobre prestación de garantías suficientes para responder del pago

---

de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas”, en los términos municipales de El Gordo y Berrocalejo, en la provincia de Cáceres; se declaraba nulo de pleno derecho el mencionado decreto, y el proyecto de interés Regional que en el mismo se aprueba definitivamente, por no estar ajustados al ordenamiento jurídico; y, tercero, se ordenaba la reposición de los terrenos a que se refieren las mencionadas actuaciones a la situación anterior a la aprobación de dicho proyecto y los actos que se hubieran ejecutado con fundamento en el mismo.

<sup>18</sup> Un extenso estudio sobre la misma en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J., *Red Natura 200: Evaluación ambiental de planes y proyectos*, tesis doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2021. Agradecemos a los profesores Pernas García y Sanz Larruga –directores de la tesis– y a la autora las facilidades para su consulta antes de su publicación. Para el caso concreto de Valdecañas, VALENCIA MARTÍN, G., “Transformaciones urbanísticas en la red Natura 2000: El caso Valdecañas”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 45, 2020, pp. 177-196; ARIAS APARICIO, M.ª F., “La tutela de los espacios naturales protegidos: ordenación urbanística vs. Red Natura 2000 (el caso de la isla del embalse de Valdecañas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 35, 2019, pp. 23-52; RAMOS MEDRANO, J.A., “Comentarios a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 9 de marzo de 2011 sobre el Proyecto de Interés Regional «Isla de Valdecañas»”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 274, 2012, pp. 93-104.

de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, ha introducido, con la reforma de la LO 7/2015, de 21 de julio, el apartado 3 del artículo 108 de la LJCA<sup>19</sup>.

Promovida la ejecución de las dos sentencias de 2011, la sala dictará el Auto de 30 de junio de 2020, que determinará, como veremos más adelante, la “*imposibilidad material parcial*” de ejecutar la sentencia en sus propios términos<sup>20</sup>.

En efecto, el Auto de 30 de junio de 2020, tras afirmar que no concurría la imposibilidad legal de ejecutar las sentencias (I), declaraba la “*imposibilidad material parcial de ejecutar las sentencias*” (II) y establecía una determinada forma de ejecución de las mismas.

En concreto, la ejecución debía realizarse de la siguiente forma:

*«1. DEMOLICIÓN de todo lo que se encuentra en fase de estructura o no está terminado y en funcionamiento.*

*El segundo hotel planificado y el resto de las viviendas que se iban a construir deben ser demolidas y/o no construidas. Las viviendas terminadas que sirven de oficina de la promotora y de piso piloto serán también demolidas, salvo que por razones de colindancia pudieran afectar a la seguridad de otras viviendas.*

*También serán demolidas las instalaciones que, no siendo imprescindibles para el funcionamiento de las edificaciones terminadas y en funcionamiento, se encuentren en fase de estructura.*

*2. REVEGETACIÓN. Las plataformas existentes, que no han sido urbanizadas, deberán restaurarse y revegetarse, eliminando las plataformas y los residuos que aparecen en ellas.*

*3. La demolición deberá realizarse de manera ordenada y programada con el menor perjuicio para el medioambiente y dará lugar a la reposición del terreno a un estado que permita un proceso de regeneración de bosque mediterráneo y suponga un claro beneficio para la flora y la fauna de la ZEPA, debiendo crearse un enclave y paisaje similares a los protegidos en la ZEPA.*

*4. La Junta de Extremadura deberá aprobar un plan o programa de trabajo para proceder a la demolición y restauración acordadas. La Junta de Extremadura deberá aprobar dicho plan o programa en el plazo máximo de seis meses, comenzando a partir del sexto mes las actuaciones de adjudicación y a continuación los materiales de demolición.*

*El plan de trabajo para proceder a la demolición, restauración y revegetación acordadas deberá ser comunicado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de*

<sup>19</sup> A este respecto, EZQUERRA HUERVA, A., “Artículo 108”, cit., pp. 1801 y ss.

<sup>20</sup> ATSJ de Extremadura de 30 de junio de 2020 (RO): ATSJ EXT 60/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:60\*).

*Extremadura, a fin de comprobar que se ajusta a la ejecución acordada y dispone de todas las medidas necesarias para evitar el menor perjuicio al medioambiente.*

*La adjudicación de la demolición, restauración y revegetación deberá realizarse a una empresa pública o privada que disponga de la suficiente capacidad para realizar unas labores como las encomendadas.*

*En aplicación de la LJCA, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura el control de las decisiones administrativas que vaya adoptando la Junta de Extremadura en fase de ejecución.*

*5. Se prohíbe la realización de nuevas edificaciones en la urbanización Marina Isla de Valdecañas.*

*6. Se conserva el hotel, las viviendas, el campo de golf y las instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento.*

#### **IV.PROGRAMA O PLAN PARA PROTEGER EL MEDIOAMBIENTE Y MEDIDAS COMPENSATORIAS.**

*1.La Junta de Extremadura, con audiencia a las comunidades de propietarios del Complejo Residencial Sur, Centro y Norte de Isla Valdecañas, los Ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo y las entidades demandantes Ecologistas en Acción-CODA y ADENEX, aprobará en el plazo máximo de seis meses un programa o plan que recoja las medidas propuestas, eficaces y viables para la eliminación y minimización de la posible afectación al medioambiente que se pueda producir por la actividad humana, en coordinación con el Plan de Gestión de la ZEPA y el resto de evaluaciones ambientales. El programa o plan incluirá, a fin de poder ser contempladas y valoradas en un único documento, las medidas que finalmente sean aprobadas de las ahora propuestas, las anteriores contempladas en el PIR, en las evaluaciones ambientales y en el Plan de Gestión de la ZEPA para la zona de Marina Isla de Valdecañas. Las medidas deberán analizarse de forma individual para comprobar que realmente son eficaces para reducir el impacto de la urbanización y deberá ponerse especial atención en las medidas para paliar la eutrofización del embalse y la regeneración de bosque mediterráneo.*

*Este programa o plan deberá contener de manera individualizada la medida, el coste y las personas responsables de su ejecución, así como el pago, mantenimiento y el calendario para su realización.*

*Deberá prestarse especial atención al plan de vigilancia ambiental que se contenía en la declaración de impacto ambiental, con la obligación de contar con, al menos, dos agentes o guardas permanentes en la zona que controlarán el cumplimiento*

*del plan que se apruebe, las determinaciones que ya constaban en la declaración de impacto ambiental y la ejecución exacta de lo acordado.*

*En último caso, la ejecución, pago y comprobación de las medidas y su funcionamiento corresponderán a la Junta de Extremadura.*

*2. En aplicación de la LJCA, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura el control de las decisiones administrativas que vaya adoptando la Junta de Extremadura en fase de ejecución.*

*La Administración comunicará todos los avances en la ejecución y se solicitarán todos los informes que sean precisos para el control de la ejecución.*

*Se solicitará un informe anual del cumplimiento de las medidas del plan para comprobar el cumplimiento exacto y preciso de las medidas adoptadas.*

*3. Las estaciones depuradoras de la urbanización y de los municipios de El Gordo y Berrocalejo deberán ponerse en funcionamiento a la mayor brevedad al estar ya construidas.*

*La Junta de Extremadura, el Ayuntamiento de El Gordo y el Ayuntamiento de Berrocalejo deberán, en el plazo máximo de tres meses, realizar cuantas actuaciones administrativas y materiales sean precisas para que las estaciones depuradoras estén funcionando».*

Y por último en su epígrafe V (Indemnizaciones a favor de Ecologistas en Acción-CODA y ADENEX) se establecía una indemnización sustitutoria a tanto alzado para las dos asociaciones ecologistas recurrentes por importe de 250.000 euros a cada una, por la imposibilidad material parcial de ejecutar en sus propios términos el fallo de las sentencias.

Interpuesto recurso de casación contra el auto precitado, fue estimado por la STS 162/2022, de 9 de febrero.

Las partes contra las que se recurrió promovieron el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia, alegando diversas cuestiones de orden procesal y sustantivo, al amparo del artículo 241 de la LOPJ, que fue desestimado por el ATS de 8 de abril de 2022.

### **2.3 Una segunda parte de la fase ejecutiva: la ejecución como consecuencia de la censura casacional de la STS 162/2022, de 9 de febrero: el ATSJ de 16 de marzo de 2022**

Recibida la STS 162/2022, de 9 de febrero, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura dictó el Auto de 16 de marzo de 2022.

En lo que nos interesa a estos efectos, declaraba su parte dispositiva que:

«1. No ha lugar a fijar indemnización a las dos asociaciones ecologistas al proceder la ejecución de las sentencias en sus propios términos.

2. La Junta de Extremadura deberá aprobar un plan de demolición en el plazo máximo de ocho meses a contar desde la notificación de este auto a la Abogacía General de la Junta de Extremadura, conforme a lo indicado en el fundamento de derecho cuarto de este auto<sup>21</sup>.

3. La Junta de Extremadura deberá designar un concreto órgano administrativo y titular del mismo que coordinará las labores de ejecución entre los distintos órganos administrativos y que será el órgano encargado de la ejecución en su relación con la sala. Esta comunicación se hará en el plazo de diez días desde la notificación de este auto».

El citado auto fue recurrido en reposición por las siguientes representaciones procesales: a) las tres comunidades de propietarios del complejo residencial (sur, centro, norte) de isla Valdecañas; b) la Junta de Extremadura; c) los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo<sup>22</sup>; d) la sociedad Marina Isla de Valdecañas, SA; y e) la sociedad Golf Valdecañas, SA.

El recurso fue desestimado por el Auto de 3 de mayo de 2022<sup>23</sup>.

Empero, tanto el Auto de 16 de marzo como el de 3 de mayo de 2022 fueron recurridos en casación, impugnación casacional que dio lugar al recurso de casación

<sup>21</sup> Establece el FJ cuarto del auto que procedía adaptar lo dispuesto en los números 2, 3 y 4 del punto III y el punto IV de la parte dispositiva del Auto de 30 de junio de 2020, en cuanto no se opongan al pronunciamiento del TS. *Se mantiene lo entonces acordado con las siguientes modificaciones: 1. Se concede a la Junta de Extremadura el plazo de ocho meses para que realice un nuevo plan o programa que contemple todas las medidas que conlleva la demolición total del complejo Marina Isla de Valdecañas. El plazo de ocho meses se fija en atención a la complejidad, variedad y numerosas medidas a adoptar en fase de ejecución que incluyen desde la forma de ejecutar la demolición, las fases, los procedimientos de adjudicación, el desalojo de las viviendas, hotel y demás instalaciones, la gestión de residuos y las disposiciones presupuestarias necesarias. 2. El Plan de Demolición, con audiencia a las Comunidades de Propietarios del Complejo Residencial Sur, Centro y Norte de Isla Valdecañas, los Ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo y las entidades demandantes Ecologistas en Acción-CODA y ADENEX, deberá estar elaborado en el plazo máximo de ocho meses. 3. El Plan deberá incluir un calendario de las distintas fases de demolición y tiempo previsto para su realización. La Junta de Extremadura podrá mantener el anterior Plan, en todo lo que no sea incompatible con el pronunciamiento del TS, e incluir las nuevas fases de demolición. Las medidas de ejecución deberán comenzar a la mayor brevedad a partir de la aprobación y resolución de todas las controversias que puedan surgir en relación al Plan por esta Sala de Justicia. 4. El Plan deberá incluir todas las medidas y necesidades de demolición, revegetación, adjudicaciones, gestión de residuos, declaraciones de impacto ambiental, etc., que sean precisas para la demolición total del complejo. El Plan deberá contener en un único documento de manera individualizada la medida, el coste, las personas responsables de su ejecución o procedimiento de adjudicación y el calendario y el tiempo para su realización. Deberá incluir las previsiones y medidas para dejar libre de personas y usuarios todas las viviendas, hotel, campo de golf e instalaciones, para proceder a la ejecución de las sentencias que anularon el PIR y los demás instrumentos de planeamiento urbanístico, incluyendo en el calendario de fases cuando se procederá al desalojo. También deberá contener las previsiones, modificaciones y disposiciones presupuestarias necesarias para la ejecución de la demolición conforme al fallo de la sentencia del TS. 5. Corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura el control y aprobación definitiva del Plan que se elabore por la Junta de Extremadura, así como la resolución de las discrepancias que puedan surgir entre las partes. 6. Se podrán conservar aquellas instalaciones, como las estaciones depuradoras, que constituyan un claro beneficio medioambiental y den servicio a las aguas residuales de El Gordo y Berrocalejo, las cuales no han sido rechazadas por las asociaciones demandantes. 7. La Junta de Extremadura deberá designar un concreto órgano administrativo y titular del mismo que coordinará las labores de ejecución entre los distintos órganos administrativos y que será el órgano encargado de la ejecución en su relación con la Sala. Esta comunicación se hará en el plazo de diez días desde la notificación de este auto.*

<sup>22</sup> Que en determinados procedimientos habían encomendado su representación a la Diputación Provincial de Cáceres

<sup>23</sup> La representación de la sociedad Marina Isla de Valdecañas presentó un recurso de aclaración que fue desestimado por Auto de 12 de mayo de 2022.

5758/2022. Mediante providencia de 18 de mayo de 2023, se ha inadmitido a trámite el recurso de casación.

Señala la providencia como motivos de inadmisión a trámite del recurso de casación interpuesto por la representación de la Junta de Extremadura y las dos mercantiles indicadas al amparo del artículo 90.4 b), en relación con el artículo 89.2 f) y 90.4 d) de la LJCA, lo siguiente:

*«1) incumplir ambos recursos los requisitos establecidos en el artículo 89.2 LJCA para el escrito de preparación, concretamente: falta de fundamentación suficiente, con singular referencia al caso, de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 88.2 b), c) y g) LJCA –invocados por la Junta de Extremadura–, que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo, habida cuenta los criterios ya sentados por esta Sala en la invocación de dichos supuestos (por todos, AATS de 26 de abril de 2019 –RQ 124/2018– y de 12 de diciembre de 2017 –RC 4535/2017–), sin que, en particular y respecto de la invocación que ambos recursos hacen del artículo 88.3 a) LJCA –en el caso del recurso preparado por las mercantiles, pese a no haberse identificado el concreto artículo LJCA, se reproduce su enunciado–, hayan justificado el presupuesto para que opere la presunción establecida en dicho precepto, toda vez que, para fundamentar el interés casacional, desde la perspectiva de dicho precepto no basta con la mera afirmación de que no existe jurisprudencia sobre las normas que se citan como infringidas, sino que la parte habrá de dar un paso más, poniendo tal aseveración en relación con las circunstancias del caso litigioso y razonando en qué aspectos, sobre qué matices o desde qué perspectiva no existe doctrina jurisprudencial, como tampoco es suficiente alegar la inexistencia de precedentes jurisprudenciales que resuelvan un caso singular idéntico en sus aspectos fácticos y circunstanciados al suscitado en el recurso de casación concernido (por todos, ATS de 10 de julio de 2020 –RQ 110/2020–); y 2) carencia de interés casacional objetivo en los términos en los que han sido preparados los recursos, teniendo en cuenta, además, que las alegaciones de los recurrentes insisten en defender la imposibilidad material de ejecución de las sentencias, cuando nuestra Sentencia de 9 de febrero de 2022 citada, al dar respuesta a la cuestión de interés casacional a este respecto suscitada en este mismo asunto litigioso, expresamente declara que “(...) no cabe apreciar imposibilidad material de ejecución de las correspondientes sentencias, respecto de todo lo que ya ha sido construido, por la afectación de intereses de carácter socioeconómico o de otra índole”. En este orden de cosas, no resulta pertinente reabrir un debate que se cerró en las sentencias de cuya ejecución se trata».*

## 2.4 Una tercera fase: el recurso de amparo

Quedaba pendiente en la actualidad de resolver, además, el recurso de amparo número 3934-2022 ante el Tribunal Constitucional, que fue interpuesto por la representación procesal de las tres Comunidades de Propietarios del Complejo Residencial Norte,

Regap



ESTUDIOS

*Centro y Sur e Isla Valdecañas* contra la STS 162/2022, de 9 de febrero, en el recurso de casación 8128/2020 así como contra el Auto de 8 de abril de 2022, que inadmitía a trámite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la misma, que fue admitido a trámite por el ATC 151/2022, de 16 de noviembre.

El Auto de admisión de 16 de noviembre de 2022 cuenta con dos votos particulares, interesando su inadmisión por carecer de la relevancia constitucional exigida por la doctrina constitucional.

## 2.5 Las actuaciones conexas

Bajo este rubro, nos referimos básicamente a dos cuestiones conexas. En primer término, las impugnaciones de los acuerdos relativos a las homologaciones tanto de los PIR cuanto de los correspondientes PGM como consecuencia de la habilitación ofrecida por la reforma de la LSOTEX por la Ley 9/2011, de 29 de marzo. En segundo término, las impugnaciones directas de los instrumentos de planeamiento.

Respecto a las primeras, cabe señalar cómo, a consecuencia de la aprobación de la adicional primera de la Ley 9/2011, de 29 de marzo, de reforma de la ley del suelo de Extremadura, que establecía un supuesto de homologación de los “instrumentos de ordenación del territorio y de ordenación urbanística, la Sala de lo Contencioso-Administrativo se tuvo que pronunciar sobre diversos acuerdos que “homologaban” estas actuaciones de transformación urbanística.

Al conocer de estos recursos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo elevó la cuestión de constitucionalidad en relación con la reforma de la LSOTEX.

Una vez estimada la cuestión de constitucional por la STC 134/2019, de 13 de noviembre, se dictaron las correspondientes sentencias estimatorias de los recursos.

Así la STSJ de Extremadura 59/2020, de 18 de febrero, dictada en el recurso 1463/2011, estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Ecologistas en Acción-CODA, y anulaba la Resolución de 13 de julio de 2011 de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura por la que se aprueba definitivamente la homologación del Plan General Municipal de El Gordo, para su adecuación a los preceptos modificados de la LSOTEX (disposición adicional única de la Ley 9/2011, de 29 de marzo)<sup>24</sup>.

La STSJ de Extremadura 66/2020, de 18 de febrero, estimaba el recurso promovido por la representación procesal de Ecologistas en Acción-CODA y anulaba la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente la homologación del *Proyecto de Interés Regional denominado Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas*<sup>25</sup>.

Y, por último, la STSJ de Extremadura 67/2020, de 18 de febrero, estimaba el recurso promovido por la representación procesal de ADENEX, y anulaba la Resolución de 28 de julio de 2011 de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Junta de

<sup>24</sup> Vid. STSJ de Extremadura 59/2020, de 18 de febrero (RO): STSJ EXT 111/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:111).

<sup>25</sup> Vid. STSJ de Extremadura 66/2020, de 18 de febrero (RO): STSJ EXT 112/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:112).

Extremadura por la que se aprobaba definitivamente la homologación del PIR denominado Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas, y la Resolución de 13 de julio de 2011 de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio por la que se aprobaba definitivamente la homologación del PGM de El Gordo para su adecuación a los preceptos modificados de la LSOTEX<sup>26</sup>.

Respecto a las segundas, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura tuvo que pronunciarse sobre la impugnación de las modificaciones del planeamiento urbanístico en la zona<sup>27</sup>.

Así, en el recurso promovido por Ecologistas en Acción-CODA contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de El Gordo adoptado en sesión de 26 de abril de 2013, que confirmaba en reposición el recurso interpuesto contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de El Gordo, de 11 de marzo de 2013, por el que se aprobaba definitivamente la modificación puntual del PGM de El Gordo, que introducía como normativa municipal propia el desarrollo pormenorizado del sector SE-05, denominado en el plan como “PIR Marina Isla de Valdecañas”, la STSJ de Extremadura 81/2020, de 25 de febrero, estimaba el recurso, por cuanto la indicada modificación puntual incluía la transformación urbanística ejecutada al amparo del anulado PIR de Valdecañas<sup>28</sup>.

Y la STSJ de Extremadura 80/2020, de 25 de febrero, estimaba el recurso contencioso interpuesto por ADENEX contra la Resolución, de 15 de marzo de 2010, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura por la que se aprueba definitivamente el PGM de El Gordo, en lo que se refiere a la ordenación urbanística del sector SE-05 Marina Isla de Valdecañas<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Vid. STSJ de Extremadura 67/2020, de 18 de febrero (RO: STSJ EXT 110/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:110).

<sup>27</sup> Se interesó por la representación de ADENEX la suspensión de la Resolución de la Comisión de Urbanismo y del Territorio de Extremadura de 15 de marzo de 2010, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de El Gordo (recurso contencioso-administrativo 1044/2010). La parte actora interesó la suspensión del acuerdo, así como la adopción de otras medidas cautelares, entre las que se encontraba la anotación preventiva del recurso. Inicialmente, fue denegada por el ATSJ de Extremadura de 14 de diciembre de 2021, que fue impugnado en reposición por la representación de ADENEX, estimándose parcialmente por el ATSJ de Extremadura de 29 de marzo de 2023. Su parte dispositiva acordaba “ 1) ESTIMAR parcialmente el recurso de reposición presentado por la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Extremadura (ADENEX) contra el Auto de fecha 14-12-2012. 2) SUSPENDER provisionalmente la ejecución de la Resolución de 15-3-2010, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de El Gordo, publicada en el Diario Oficial de Extremadura de fecha 25-5-2010, exclusivamente en relación con la ordenación del sector SE-05, correspondiente al sector de suelo urbanizable “Marina Isla de Valdecañas” que proviene del anterior Proyecto de Interés Regional. 3) Inscribir en el Registro de la Propiedad, respecto de las fincas afectadas, la interposición del presente recurso contencioso-administrativo. 4) Las anteriores medidas cautelares no surtirán efecto hasta que se preste caución por importe de 4.1.000.000 euros (...). 5) No ha lugar a la medida cautelar de anotación en el Registro de la Propiedad de la prohibición de gravar y disponer sobre las fincas afectadas. 6) Sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas procesales causadas”. Recurrido el auto en casación por la representación de la Junta de Extremadura, dio lugar al recurso 2540/2013, que fue desestimado por la STS de 27 de marzo de 2014 (RO: 0 STS 1276/2014 – ECLI: ES: TS: 2014:1276, ponente: Calvo Rojas).

<sup>28</sup> Vid. STSJ de Extremadura 81/2020, de 25 de febrero (RO: STSJ EXT 121/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:121).

<sup>29</sup> Vid. STSJ de Extremadura 80/2020, de 25 de febrero (RO: STSJ EXT 120/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:120). Y señalaba en su FJ quinto.- *Las últimas precisiones que hacemos se refieren al objeto del proceso y al pronunciamiento anulatorio de la sentencia. En cuanto al objeto, acudimos al escrito de interposición que delimita la actuación administrativa impugnada por la parte actora. En este caso, es la Resolución de fecha 15 de marzo de 2010, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de El Gordo, publicada en el DOE de fecha 25 de mayo de 2010. Lógicamente, la nulidad afecta al conjunto de actuaciones administrativas que forman parte del procedimiento administrativo hasta llegar a la resolución mencionada que pone fin al procedimiento. Respecto al pronunciamiento anulatorio, comprobamos que la discusión del PGM de El Gordo versa sobre los terrenos que forman parte del sector SE-05, referido al complejo turístico Marina Isla de Valdecañas, sin que realmente se impugnen el resto de las disposiciones y normativa que contiene el PGM. Por tanto, se anula la resolución en lo que se refiere a la ordenación urbanística del sector SE-05 Marina Isla de Valdecañas.*

Y en una argumentación común que se extiende en los diversos pronunciamientos que hemos reseñado en este archipiélago de pronunciamientos sobre Isla de Valdecañas, establecía que:

*«El PGM ahora impugnado incluye una transformación urbanística que no es compatible con la normativa estatal ni autonómica. El Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, sólo permite alterar la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por esta de tal descatalogación. Fuera de este procedimiento, y con las condiciones legales establecidas, lo que daría lugar a la desprotección de estos terrenos, no es posible la transformación urbanística de un espacio que forma parte de la Red Natura 2000, pues dicha transformación urbanística es incompatible con los valores ambientales y paisajísticos que son objeto de protección en este tipo de terrenos. Lo mismo cabe decir si acudimos a la regulación contenida en los artículos 11 y 18 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura».*

Y los anteriores pronunciamientos remitían para su ejecución a que *la forma de ejecución de esta sentencia se realizará en la misma forma que se determine en el asunto 17/2014, que versa sobre la ejecución de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 9 de marzo de 2011, n. de Recurso: 561/2007, n. de Resolución: 196/2011; y de 9 de marzo de 2011, n. de Recurso: 753/2007, n. de Resolución: 195/2011.*

### **3 Sobre la convalidación legislativa mediante una ley singular de reforma del artículo 11.3.1 b) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, introducida por la Ley 9/2011, de 29 de marzo. Cuestión de constitucionalidad y STC 134/2019, de 13 de noviembre**

En el caso examinado, ante los procedimientos judiciales promovidos por las dos asociaciones ecologistas indicadas, se pretendió por parte de la CA de Extremadura “regularizar” o “legalizar” la situación de las actuaciones de transformación urbanística llevadas a cabo en la isla de Valdecañas.

Las actuaciones de “transformación urbanística” que se estaban ejecutando en la zona afectada por la “comunitarizada” Red Natura 2000, que habían sido anuladas en los pronunciamientos judiciales de 2020, se pretendieron “convalidar” mediante el mecanismo de una “ley singular”.

Así, se acudió en este caso a promover la reforma de la legislación autonómica urbanística con la finalidad de hacer un “uso urbanístico compatible” con la inclusión de un terreno en la Red Natura 2000, de modo que no quedara vinculada y reglada su clasificación como “suelo no urbanizable” ni la imposibilidad de ser objeto de “transformaciones urbanísticas” siempre que estuviera condicionada a la “preservación de los valores ambientales” afectados.

La mirada especular del estado de ejecución de la transformación urbanística realizada en la isla de Valdecañas estaba presente en la finalidad de la reforma de la legislación del suelo extremeña.

Se procedió a la reforma del artículo 11.3.1 b) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura (LSOTE de 2001 en adelante), realizada por la Ley 9/2011, de 29 de marzo. El precepto, reformado con esa finalidad disponía que:

*«La mera inclusión de unos terrenos en la red ecológica Natura 2000 no determinará, por sí sola, su clasificación como suelo no urbanizable, pudiendo ser objeto de una transformación urbanística compatible con la preservación de los valores ambientales necesarios para garantizar la integridad del área, y comprendiendo únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que expresamente se autoricen en el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental».*

Y la adicional primera de la Ley 9/2011, de 29 de marzo, establecía en esta ocasión un primer supuesto de homologación de los “instrumentos de ordenación del territorio y de ordenación urbanística” vigentes a la entrada en vigor de la ley de reforma. Lo hacía en estos términos:

*«Disposición adicional única. Homologación.*

*1. Los instrumentos de ordenación del territorio y de ordenación urbanística vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley podrán ser homologados a fin de que incorporen la declaración de su adecuación a preceptos de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, modificados tras su entrada en vigor por esta u otras reformas anteriores.*

*2. La homologación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística podrá ser promovida en cualquier momento de acuerdo con las siguientes reglas:*

*a) El procedimiento de homologación de los instrumentos de ordenación urbanística podrá ser iniciado a instancia de los ayuntamientos mediante solicitud presentada ante la dirección general competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio.*

*b) El procedimiento de homologación de los instrumentos de ordenación del territorio podrá ser iniciado de oficio por el consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística. En el caso de los proyectos de interés regional de iniciativa particular será necesaria la previa solicitud por el promotor.*

*3. Iniciado el procedimiento de homologación, el órgano urbanístico y de ordenación del territorio competente acordará su sometimiento a información pública por plazo de quince días mediante la publicación de un anuncio de inicio del procedimiento de homologación en el Diario Oficial de Extremadura.*

*4. A la luz de las alegaciones que, en su caso, fueran formuladas, la Administración promotora de las mismas se pronunciará sobre ellas y remitirá el expediente a la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, que aprobará o desestimaré la homologación del instrumento correspondiente.*

*5. El plazo máximo para notificar el acuerdo que ponga fin al procedimiento de homologación será de dos meses a contar desde su inicio o solicitud, transcurrido el cual sin que se hubiese notificado resolución expresa, la homologación se entenderá desestimada.*

*6. El instrumento de ordenación territorial o urbanística debidamente homologado será depositado en el registro administrativo habilitado por la consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística.*

*A continuación, el acuerdo de homologación será publicado en el Diario Oficial de Extremadura con indicación expresa de haberse procedido al depósito».*

La reforma del citado precepto y de la adicional primera de la Ley de 2011 –que afectaba al vórtice de la ejecución del fallo de las sentencias de los PO 1285/2011, 1463/2011 y 1375/2011– provocó que se planteara, por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura, la correspondiente cuestión de constitucionalidad respecto a la reforma operada de la LSOTE de 2001 por la Ley 9/2011, de 29 de marzo.

La cuestión de constitucionalidad se elevó al considerar que el reformado artículo 11.3.1 b), segundo párrafo, de la LSOTE de 2001 era incompatible con la normativa básica estatal que a la sazón estaba vigente, el artículo 12.2 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (TRLS de 2008).

Sobre este precepto hay que advertir que la STC 134/2019, de 13 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de dicha modificación normativa, estimando parcialmente la cuestión planteada por la sala de instancia. La sentencia desestima los argumentos según los cuales, la normativa nacional y europea, reguladora de la Red Natura 2000, no impone que los terrenos incluidos en ella queden necesariamente al margen de la transformación urbanística.

Señala al respecto el Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 12.2 a) TRLS 2008, que:

*«Del tenor literal de este precepto, en conexión con el reconocimiento de un alto valor ecológico a los terrenos Red Natura 2000 por la legislación –europea y nacional– de la naturaleza, se colige que los citados terrenos Red Natura 2000 deben quedar preservados de la transformación urbanística; esto es, han de permanecer en situación de suelo rural excluido del proceso de urbanización, debiendo el planificador urbanístico adoptar, en su caso, la técnica urbanística que resulte más idónea y adecuada a tal fin (clasificación como suelo no urbanizable o equivalente)».*

Añade, en relación con el artículo 13 del TRLS 2008, que dichos terrenos de la Red Natura 2000 *“no solo deben mantenerse como “excluidos” de su transformación por la actuación urbanística, sino que, dentro de la situación del suelo rural, deben ser encuadrados en la categoría de mayor nivel de protección [por imperativo de la legislación sectorial de la naturaleza a la que remite el artículo 12.2 a) TRLS 2008], frente a la categoría residual o común [artículo 12.2 b)]”.*

Se refiere también el Tribunal Constitucional a la interpretación auténtica por el legislador estatal de lo que constituye *“transformación urbanística”.*

Señala que el artículo 14.1 a) del TRLS 2008, dispone a estos efectos, que *“las [actuaciones] de nueva urbanización [...] suponen el paso de un ámbito de suelo rural al de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente”*, lo que pone de manifiesto que la actuación urbanística de transformación lo que persigue no es preservar, sino cambiar el destino de los suelos y destinarlos a su urbanización.

Esto supone que los terrenos integrados en la *Red Natura 2000* deben permanecer en una situación urbanística compatible con el régimen de especial protección derivado de la legislación sectorial ambiental.

Finalmente, el Tribunal Constitucional señala que no enerva su conclusión de contravención por el artículo 11 de la Ley 15/2001 de lo dispuesto en el artículo 12.2 a) TRLS el que la norma autonómica supedita la transformación urbanística a que sea *“compatible con la preservación de los valores ambientales necesarios para garantizar la integridad del área, y comprendiendo únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que expresamente se autoricen en el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental”*<sup>30</sup>.

Por tanto, se advierte que se deducen claramente unas reglas mínimas que se sintetizan de la manera siguiente: i) se debe preservar el suelo ambientalmente protegido de su transformación mediante la urbanización; ii) se definen unas inclusiones

<sup>30</sup> Vid. VALENCIA MARTÍN, G., “Jurisprudencia constitucional: la ley catalana del cambio climático”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales, 2020*; Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT); Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020, pp. 403 y ss. Y ARIAS APARICIO, F., “Extremadura: vía para la protección de los espacios naturales”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales, 2020*; Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT); Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020, pp. 1106 y ss.

en concepto de mínimos; iii) la utilización de los terrenos con valores ambientales protegidos por la ley queda supeditada imperativamente a preservar esos valores; y iv) solo son admisibles las alteraciones del estado natural de los terrenos protegidos si están expresamente autorizados por la legislación de protección aplicable.

## 4 Sobre la imposibilidad de ejecución de los fallos en sus propios términos: de la imposibilidad parcial

La ejecución de los pronunciamientos judiciales no va a ser una tarea sencilla. Es cierto que la sala de instancia descarta la imposibilidad legal de ejecución de las sentencias cuando señala que “*Al ser inconstitucional dicho precepto, se vuelve a la redacción original que ya había sido analizada en la fundamentación de las anteriores sentencias, no siendo posible la transformación urbanística en el suelo donde se realiza*”<sup>31</sup>.

No es necesario insistir en esta cuestión. No era posible, *ex novo*, la transformación urbanística de la zona con la redacción original de la LSOTE de 2001.

Ya fue enjuiciada en las anteriores sentencias del TSJ de Extremadura y del TS, y sigue sin ser posible dicha transformación urbanística al amparo de una norma declarada inconstitucional al ser contraria a la legislación básica estatal. Tanto el TRLS de 2008 como la LSRU de 2015<sup>32</sup> sólo permiten alterar la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000 reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada.

Su alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000, materialmente “*comunitarizada*”, se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y, en su caso, su aceptación por esta. Fuera de este procedimiento, y con las condiciones legales establecidas, no es posible la transformación urbanística de un espacio que forma parte de la Red Natura 2000, dado que aquella es incompatible con los valores ambientales y paisajísticos que son objeto de protección en este tipo de terrenos.

Se señala, además, como el artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad (actualmente artículo 46), no puede interpretarse de manera aislada y separada del resto del ordenamiento jurídico.

Los preceptos antes citados de la normativa básica estatal y la regulación de la propia LSOTE de 2001, antes de la reforma operada por la Ley 9/2011, de 29 de marzo, no permitían la “transformación urbanística” que se había ejecutado en un espacio natural protegido y, aun cuando se reconoce la dificultad de su ejecución, concluía que no concurría la “imposibilidad legal” de ejecutar la sentencia<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> El objeto de la actuación administrativa era incorporar la transformación urbanística anulada por las sentencias del TSJ de Extremadura y del TS al amparo de la nueva regulación del artículo 11.3.1.b), párrafo segundo de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, en la redacción introducida por la Ley 9/2011, de 29 de marzo, así como mediante el denominado procedimiento de “*homologación*” del PIR.

<sup>32</sup> Aprobada por el Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

<sup>33</sup> Se razona seguidamente sobre la responsabilidad y obligación de hacer de la Junta de Extremadura, concluyendo que: “La Administración al aprobar el PIR Marina Isla de Valdecañas actuó como si la protección del terreno no existiera y decidió

Nos situamos, por lo tanto, en la ejecución de sentencias que ordenan la restauración de la legalidad urbanística vulnerada por la *transformación urbanística* llevada a cabo en terrenos que, en razón de la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección, impuesta legalmente como consecuencia de la integración en la Red Natura 2000, no pueden ser objeto de ese tipo de intervención urbanística. La ejecución en sus propios términos de las sentencias examinadas necesariamente conlleva la desaparición de las instalaciones, obras y actuaciones de transformación urbanística realizadas.

Esa ejecución en sus propios términos solo se excepciona, conforme al artículo 105.2 de la LJCA, en aquellos supuestos en los que se acreditara su “*imposibilidad material*”. Al discutirse en el incidente de ejecución, una de las cuestiones que deviene en determinante es precisar si cabe apreciar esa “*imposibilidad material*” de demoler las construcciones erigidas, cuando esa ejecución –demolición– afectaría seriamente a otros “*intereses de carácter socioeconómico o de otra índole*”, pero siempre que quedara debidamente garantizada la integridad ambiental. Esta es, a grandes rasgos, la cuestión de interés casacional que se precisa en el Auto de admisión de 6 de mayo de 2021<sup>34</sup>.

Vamos a ver a continuación que el problema viene originado en este caso porque, en los autos de ejecución del tribunal de instancia, pese a decretarse la demolición de buena parte de las obras, se decide salvar el hotel, las viviendas, el campo de golf y las instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento, apelando a esa imposibilidad de ejecutar parcialmente el contenido del fallo.

La parte recurrente sostiene que no concurren las circunstancias de imposibilidad material que justifiquen el mantenimiento y no demolición de tales actuaciones de transformación urbanística construidas y en funcionamiento, y a ello se concreta la cuestión de interés casacional, lo que nos sitúa ante la interpretación y alcance que deba darse a la previsión del artículo 105.2 –y con el artículo 108.3 en la tramoya– de

---

transformar urbanísticamente el suelo como si de suelo sin protección alguna se tratara, adoptando una decisión fuera del orden o común modo de obrar. La actuación administrativa no era conforme a derecho al no haber actuado la Junta de Extremadura como la primera y eficaz garante del ordenamiento medioambiental y urbanístico”.

<sup>34</sup> Vid. ATS del 6 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 5837/2021 – CLI:ES:TS:2021:5837A), que fija la cuestión de interés casacional en estos términos: *PRIMERO.- Admitir a trámite el recurso de casación n. 7128/2020, preparado por la representación procesal de Ecologistas en Acción-CODA contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 30 de junio de 2020 (confirmado en reposición por el de 21 de septiembre), dictados en el incidente de ejecución definitiva 17/2014 (y acumulado 18/2014), proveniente del P.O. 753/2007, que acordó la IMPOSIBILIDAD MATERIAL PARCIAL de ejecutar sus sentencias, de 9 de marzo de 2011 (rc/a n.º: 561/2007 y 753/2007), que declararon la nulidad del Decreto 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Interés Regional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. SEGUNDO.- Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: Si cabe apreciar imposibilidad material de ejecución de una sentencia –respecto de todo lo que ya ha sido construido– cuando, en otro caso, se verían seriamente afectados intereses de carácter socioeconómico o de otra índole, siempre que quede debidamente garantizada la integridad ambiental. TERCERO.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, será objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otra/s si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: – El artículo 105.2 LJCA. – Los artículos 12.2.a) y 13.4 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (actuales artículos 3, 13.1, y 21.2.a) del Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre). – Los artículos 6.2 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y 4.4 de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, así como el artículo 46.2 de su normativa interna de transposición, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad.*

la LRJCA sobre la imposibilidad material de ejecutar las sentencias dictadas en el recurso contencioso-administrativo y su aplicación al caso.

Vamos a ver en primer lugar las decisiones de ejecución del tribunal de instancia y en segundo lugar las decisiones en censura casacional del Tribunal Supremo<sup>35</sup>.

## 5 El Auto de 30 de junio de 2020 del TSJ de Extremadura: la imposibilidad material parcial de ejecución. La común ejecución de cinco sentencias del TSJ de Extremadura

El Auto de 30 de junio de 2020, confirmado en reposición por el Auto de 21 de septiembre de 2020, se dicta en ejecución de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJEXT de 9 de marzo de 2011 (recursos 561 y 753/2007), por las que se declaró la nulidad del Decreto 55/2007, de 10 de abril, que aprobaba definitivamente el PIR promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA<sup>36</sup>.

Como acabamos de advertir atrás, se resuelve en dicho auto que no concurre la imposibilidad legal de ejecutar las sentencias, pero se declara la imposibilidad material parcial de ejecutarlas<sup>37</sup>.

Establece el ATSJ de Extremadura de 30 de junio de 2020 una suerte de *calendario y forma de ejecución* de ese “*archipiélago*” de esas cinco sentencias que se recogen en el fundamento jurídico primero del auto y que han de ejecutarse conjuntamente<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Véase la STS de 9 de febrero de 2022 (RO): STS 481/2022 – ECLI:ES:TS:2022:481), n. de Recurso: 7128/2020, ponente: Octavio Juan Herrero Pina. Hay que advertir que se condenó a la Junta de Extremadura al pago de una indemnización de 250.000 euros a favor de Ecologistas en Acción-CODA y de una indemnización de 250.000 euros a favor de ADENEX como indemnización sustitutoria por no ejecutar la sentencia en sus propios términos al haberse declarado la imposibilidad material parcial de su ejecución.

<sup>36</sup> *Vid.* Auto de 30 de junio de 2020 (RO): ATSJ EXT 50/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:60A) y Auto de 30 de junio de 2020 (RO): ATSJ EXT 61/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:61A), bajo ponencia de Ruiz Ballesteros.

<sup>37</sup> Los incidentes de ejecución EJD 17/2014 y EJD 18/2014 se acumularon.

<sup>38</sup> Según el FJ primero del Auto de 30 de junio, debían ejecutarse las siguientes cinco sentencias: 1. *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia de fecha 9-3-2011, n. de Recurso: 561/2007, n. de Resolución: 196/2011, que declaró la nulidad del Decreto 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Interés Regional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. La sentencia del TSJ de Extremadura fue confirmada por la STS de fecha 29-1-2014, Recurso: 2419/2011.* 2. *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 9-3- 2011, n. de Recurso: 753/2007, n. de Resolución: 195/2011, que declaró la nulidad del Decreto 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Interés Regional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. La sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2014, recurso 2940/2011. Junto a estas dos sentencias, y como expusimos en los fundamentos y fallos de las sentencias que citamos a continuación, la ejecución de las dos primeras sentencias citadas es idéntica a la ejecución de las sentencias siguientes:* 1. *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura de fecha 18-2-2020, n. recurso: 1285/2011, n. de resolución: 66/2020, que anula la resolución de 28 de julio de 2011, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente la homologación del Proyecto de Interés Regional denominado Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas.* 2. *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura de fecha 18-2-2020, n. recurso: 1463/2011, n. de resolución: 59/2020, que anula la resolución de 13 de julio de 2011, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente la homologación del Plan General Municipal de El Gordo, para su adecuación a los preceptos modificados de la LSOTEX (disposición adicional única de la Ley 9/2011, de 29 de marzo).* 3. *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura de fecha 18-2-2020, n. Recurso: 1375/2011, n. de Resolución: 67/2020, que anula la Resolución de 13 de julio de 2011, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente la homologación del Plan General Municipal de El Gordo, para su adecuación a los preceptos modificados de la LSOTEX (disposición adicional única de la Ley 9/2011, de 29 de marzo), y la Resolución de 28 de julio de 2011, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura,*

Sobre las edificaciones que se encontraran en “fase de estructura” o estuvieran terminadas y en funcionamiento, se ordena su demolición. En relación con el segundo de los hoteles “planificado y el resto de las viviendas que se iban a construir”, debían ser demolidas y/o no construidas.

Las viviendas concluidas que servían de “oficina de la promotora” y de “piso piloto” debían ser demolidas, *salvo que por razones de colindancia pudieran afectar a la seguridad de otras viviendas.*

Añade el auto que, dada la “ilegalidad del PIR” y la “situación concursal” en la que se encontraba la promotora del proyecto, se entendía que la “promoción de viviendas” había cesado, *por lo que mantener estas viviendas carece de objeto, contribuyendo así en todo lo posible a restablecer el estado de la isla con la menor huella humana.*

Serían demolidas, además, aquellas instalaciones que, *no siendo imprescindibles para el funcionamiento de las edificaciones terminadas y en funcionamiento, se encuentren en fase de estructura.*

En segundo lugar, el ATJSJ de 30 de junio de 2020 ordenaba la “revegetación” de la zona, de modo que aquellas “plataformas existentes que no han sido urbanizadas deberán restaurarse y revegetarse, eliminando las plataformas y los residuos que aparecen en ellas”.

En tercer lugar, la demolición *deberá realizarse de manera ordenada y programada con el menor perjuicio para el medioambiente y dará lugar a la reposición del terreno a un estado que permita un proceso de regeneración de bosque mediterráneo y suponga un claro beneficio para la flora y la fauna de la ZEPA, debiendo crearse un enclave y paisaje similares a los protegidos en la ZEPA.*

En cuarto lugar, la Junta de Extremadura, con audiencia a las Comunidades de Propietarios, los Ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo y las entidades demandantes Ecologistas en Acción-CODA y ADENEX, *deberá aprobar un plan o programa de trabajo para proceder a la demolición y restauración acordadas*<sup>39</sup>.

La finalidad de ese plan o programa de trabajo era “proteger el medioambiente”, de modo que debían introducirse “medidas compensatorias que recojan las medidas propuestas, eficaces y viables para la eliminación y minimización de la posible afectación al medioambiente que se pueda producir por la actividad humana, en coordinación con el Plan de Gestión de la ZEPA y las medidas protectoras y correctoras en la fase de explotación, el plan de vigilancia ambiental y las medidas complementarias recogidas en la

---

*por la que se aprueba definitivamente la homologación del Proyecto de Interés Regional denominado Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas. 4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura de fecha 25-2-2020, n. Recurso: 1044/2010, n. de Resolución: 80/2020, que anula la Resolución de fecha 15 de marzo de 2010, de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de El Gordo, publicada en el DOE de fecha 25 de mayo de 2010, en lo que se refiere a la ordenación urbanística del sector SE-05 Marina Isla de Valdecañas. 5. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Extremadura de fecha 25-2-2020, n. Recurso: 412/2013, n. de Resolución: 81/2020, que anula el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de El Gordo adoptado en la sesión celebrada el día 26 de abril de 2013, que desestima el recurso de reposición, y el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de El Gordo de fecha 11 de marzo de 2013, que aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan General Municipal de El Gordo, publicado en el BOP de Cáceres de fecha 30 de abril de 2013.*

<sup>39</sup> Se destaca que tanto la Junta de Extremadura como las comunidades de propietarios de la urbanización propusieron medidas para compensar o mejorar la protección del medioambiente en la urbanización. Las medidas propuestas en atención a su número y significado conseguían minimizar el perjuicio que se pudiese producir al medioambiente por la actividad humana.

*declaración de impacto ambiental, debiendo ponerse en marcha todas las medidas que fueron aprobadas en su día y las que ahora se acuerden*<sup>40</sup>.

Establece el ATSJ de 30 de junio de 2020 que ese plan o programa de actuación debía compendiarse en un único documento, para su mejor valoración, las siguientes medidas: a) las medidas finalmente aprobadas de las propuestas en ejecución; b) las medidas previas que estaban recogidas en el PIR; c) las medidas recogidas en las evaluaciones ambientales; y d) las medidas previstas en el Plan de Gestión de la ZEPA para la zona de Marina Isla de Valdecañas<sup>41</sup>.

Añade la resolución que las medidas ofrecidas por los propietarios y las administraciones públicas debían analizarse individualmente para comprobar su eficacia real en dos aspectos: a) reducir el impacto de la urbanización; b) medidas para paliar la “eutrofización del embalse y la regeneración de bosque mediterráneo”.

Por otra parte, el plan o programa debía contener de forma “individualizada” tanto la medida como su coste y las personas responsables de su ejecución, pago y mantenimiento, y el calendario para su realización<sup>42</sup>.

Y recalca la resolución que debía “prestar especial atención al plan de vigilancia ambiental que se contenía en la declaración de impacto ambiental, con la obligación de contar con, al menos, dos agentes o guardas permanentes en la zona que controlarán el cumplimiento del plan que se apruebe, las determinaciones que ya constaban en la declaración de impacto ambiental y la ejecución exacta de lo acordado”.

El ATS de Extremadura de 30 de junio de 2020 atribuía a la Junta de Extremadura la “ejecución, pago y comprobación de las medias y su funcionamiento”.

Se incluían, además, diversas prescripciones en los supuestos de ejecución por tercería empresarial de modo que la adjudicación de la demolición, restauración y revegetación deberá realizarse a una empresa pública o privada que disponga de la suficiente capacidad para realizar unas labores como las encomendadas.

El ATSJ de Extremadura de 30 de junio de 2020 fijaba un plazo máximo de seis meses para la aprobación del plan o programa de actuación, de modo que a partir del sexto mes debían iniciarse las actuaciones de adjudicación y a continuación las

---

<sup>40</sup> Por Resolución de 2 de marzo de 2007, de la Dirección General de Medio Ambiente, se formuló declaración de impacto ambiental sobre el proyecto de “Construcción de complejo turístico, de salud, paisajístico y de servicios Marina Isla de Valdecañas” en los términos municipales de El Gordo y Berrocalejo (DOE 15-3-2007). El PIR y la evaluación ambiental incluían medidas de protección del medioambiente. Algunas de estas medidas están siendo cumplidas. (...). Así, por ejemplo, en el acto de la comparecencia de ratificación de los peritos del CSIC, se constató que las estaciones depuradoras no estaban en funcionamiento cuando se trata de elementos básicos en la protección del medioambiente. Sin demora, deben estar operativas todas las medidas protectoras del medioambiente contempladas en el PIR. Las estaciones depuradoras de la urbanización y de los municipios de El Gordo y Berrocalejo deberán ponerse en funcionamiento a la mayor brevedad al estar ya construidas. La Junta de Extremadura, el Ayuntamiento de El Gordo y el Ayuntamiento de Berrocalejo deberán en el plazo máximo de tres meses realizar cuantas actuaciones administrativas y materiales sean precisas para que las estaciones depuradoras estén funcionando.

<sup>41</sup> Se advierte que el impacto por la presencia humana consistente en contaminación acústica, lumínica, de residuos y aguas residuales no solamente puede ser paliado, sino que puede ser eliminado si se adoptan las medidas contempladas en el PIR –reiteramos ahora que el estudio de impacto ambiental no fue desvirtuado en fase declarativa– y las ahora propuestas por la Junta de Extremadura y las comunidades de propietarios.

<sup>42</sup> Algunas de las medidas propuestas, como la construcción de un centro de interpretación o la puesta en funcionamiento de un barco para explicar los valores medioambientales, no parecen las más recomendables debido a que lo que se trata de evitar es la presencia humana. Estas medidas deben ser objeto de reflexión, pues, si fomentan la llegada de un número elevado de visitantes, no resultan aconsejables. La puesta en marcha de estos proyectos atraería a más personas a la ZEPA, lo que mermaría la protección del espacio natural.

materiales de demolición. Ese plan o programa de trabajo para proceder a la demolición, restauración y revegetación acordadas deberá ser comunicado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJEXT, a fin de comprobar que el mismo se ajusta a la ejecución acordada y dispone de todas las medidas necesarias para evitar el menor perjuicio al medioambiente.

Se reservaba expresamente a la propia sala el control de las decisiones administrativas que fuera adoptando la Administración responsable de la ejecución, debiendo comunicar los servicios de la Junta de Extremadura “*todos los avances en la ejecución y se solicitarán todos los informes que sean precisos para el control de la ejecución*”<sup>43</sup>.

En quinto lugar, se prohíbe la realización de nuevas edificaciones en la urbanización.

Por último, se conservan el hotel, viviendas, campo de golf e instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento<sup>44</sup>.

A juicio del ATS de Extremadura, de 30 de junio de 2022, una vez declarada la imposibilidad parcial material de ejecución de las sentencias, la resolución ordenaba ejecutar en un “alto grado” los pronunciamientos de la sentencia por varios motivos que razona: a) se ordena demoler todos los edificios e instalaciones que se habían quedado en “fase estructuras” (un segundo hotel y un número de viviendas mayor que las edificadas, que se elevaba a 185 de las 565 previstas, de modo que se “indultaba” un 32,74 % de las viviendas proyectadas), b) se ordena la restauración y revegetación de las “plataformas” que quedaron sin edificar, c) se evita parcialmente la producción de un daño económico a la Junta de Extremadura que supondría una insostenible carga económico-financiera para el funcionamiento de los servicios públicos y en perjuicio de los ciudadanos, que serían los que con sus tributos tendrían que hacer frente al coste de una demolición total y una indemnización a los terceros de buena fe por los perjuicios sufridos.

Y el ATSJ de Extremadura de 30 de junio de 2022 se dictaba con la finalidad de “poner fin a un proceso” que se había iniciado en el año 2007, “evitando nuevos incidentes y recursos en fase de ejecución, si todas las partes aceptan el resultado recogido en este auto, llegando a la conclusión de que la única forma eficaz, cierta y posible en un plazo razonable de ejecutar la sentencia es procediendo a una demolición parcial que se extiende a un alto porcentaje de las viviendas previstas, con la consiguiente reducción del número de habitantes de las mismas y usuarios del complejo”.

A la postre, la “demolición” y el “cese de la actividad urbanizadora” afectaban a una parte importante de lo previamente edificado, dado que únicamente se mantenía lo “construido y terminado”.

Sostiene la resolución que el uso de las 185 viviendas “salvadas de la piqueta” podríamos decir que era “fundamentalmente” de segunda residencia, por lo que su ocupación era baja durante los días laborales, salvo fines de semana, festivos y

<sup>43</sup> Se solicitará un informe anual del cumplimiento de las medidas del plan para comprobar el cumplimiento exacto y preciso de las medidas adoptadas.

<sup>44</sup> Las distorsiones de los “campos de Golf” ya fueron puestas de manifiesto por SANTAMARÍA ARINAS, R., *La ordenación del territorio y los campos de Golf. Reflexiones jurídicas desde el Plan Territorial Parcial de Rioja Alavesa*, Lete. Argitaletxea, Bilbao, 2010.

períodos vacacionales, por lo que la *“incidencia medioambiental que se produce por el funcionamiento de la urbanización es eliminada”*.

Añade la decisión de ejecución de 20 de junio de 2020 que *“El funcionamiento correcto de algunas instalaciones ya construidas, como es el caso de las depuradoras, la revegetación de bosque mediterráneo de las plataformas donde no se van a construir nuevas edificaciones y la puesta en marcha del resto de medidas protectoras del medioambiente contribuyen a eliminar y minimizar el perjuicio que a la flora y a la fauna supuso la construcción del complejo residencial”*.

Declara el Auto del TSJ de Extremadura de 20 de junio de 2022 que la forma de ejecutar indicada no desvirtuaba la *“declaración de nulidad de las actuaciones administrativas impugnadas en cada uno de los procesos mencionados, pero ofrece una forma para que el proceso acabe y las sentencias sean ejecutadas casi en su totalidad, intentando equilibrar los intereses en conflicto”*.

Y entendía la necesidad de *“coordinar o modular”* los distintos derechos e intereses en juego que, según la doctrina constitucional y la legal, también es de aplicación al amparo del artículo 24 de la CE. De manera que el auto, así lo reconoce, supone una *modulación de la ejecución de las sentencias, de modo que no se trata de incumplir el fallo de las sentencias sino de dar un cumplimiento posible y eficaz del mismo*, y que esa *“forma de ejecutar”* las sentencias *hace especial hincapié en los distintos intereses en conflicto y justifica la imposibilidad material parcial de ejecutar los pronunciamientos de las sentencias, en aplicación de los artículos 105, 108 y 109 LJCA, sirviendo también para una mayor efectividad de la tutela que todas las partes interesan del órgano jurisdiccional y hace compatible en la mayor medida posible la satisfacción de los intereses enfrentados*.

El objeto del incidente de ejecución era la adopción de las medidas necesarias que *“asegurasen la mayor efectividad de las sentencias”* en el caso examinado, así como el reconocimiento de una indemnización sustitutoria para la parte recurrente, de modo que finalmente se evitaba que *“la adopción de una demolición total consiga el efecto contrario que se pretende, y es la permanencia y abandono de las edificaciones sin ofrecer finalmente una solución a la controversia fáctica y jurídica planteada”*.

Y concluía el ATSJ de Extremadura de 2020 que era preciso *“tomar en consideración que no se produce un daño medioambiental y de los intereses y derechos de todas las personas afectadas por el fallo, cuya ejecución en sus propios términos puede tener una gran proyección o perjuicios no solo para las partes demandadas obligadas a cumplir las sentencias, sino también para los terceros de buena fe, e incluso en un caso como el presente para todos los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que tendrían que hacer frente con sus tributos al sostenimiento de las indemnizaciones que la Administración tendría que atender, en detrimento de los servicios públicos esenciales”*.

Y cierra su argumentación afirmando que la ejecución en sus propios términos *“en lugar de beneficiar el interés general terminaría perjudicando y lesionando dicho interés en una situación de terrible incertidumbre económica en atención a los efectos derivados de la crisis sanitaria que España ha vivido con la terrible pérdida de vidas y el notable deterioro de la economía que afectará a todos los ciudadanos. Se produciría una desproporción entre el derecho a la ejecución de las sentencias de las dos asociaciones*

*demandantes y los irreparables perjuicios que se producirían al interés general, más cuando no está probada una afectación al medioambiente. En efecto, la duración y coste de la ejecución en sus propios términos terminaría perjudicando al medioambiente al comprobarse que actualmente no existe afección al medioambiente por el mantenimiento de una parte de la urbanización proyectada”.*

Y acaba invocando la necesaria valoración y ponderación de los “intereses en conflicto” *en relación a la relevancia fundamental de la ejecución de sentencias en sus propios términos y el carácter extraordinario de la declaración de imposibilidad material o legal de ejecución de sentencias, promoviendo la adecuada ponderación de todos los intereses en conflicto, la debida atención de los intereses generales, de terceros de buena fe y también de los actores que obtuvieron una sentencia a su favor, y también invocaba la aplicación de un “principio de proporcionalidad”, esencial en nuestro Estado social y de derecho (artículo 1.1 CE).*

## **6 El recurso de casación: la STS 162/2022, de 9 de febrero, y el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la LOPJ desestimado por el ATS de 8 de abril de 2022**

Regap



ESTUDIOS

### **6.1 Introducción: el interés casacional del ATS de 6 de mayo de 2021**

Confirmado en reposición el ATSJ de 30 de junio de 2020 examinado, Ecologistas en Acción-CODA presentó escrito de preparación de recurso de casación que, como ya sabemos, fue admitido por su interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

El precitado auto había declarado que: a) no concurría una imposibilidad legal de ejecutar las sentencias; b) empero se declaraba la imposibilidad material de ejecutar las sentencias y se establecía una determinada forma de ejecutar las sentencias con arreglo a la forma de ejecutar a la que nos hemos referido anteriormente.

La cuestión casacional, como predeterminó el ATS de 6 de mayo de 2021 de admisión del recurso de casación, se contrae a determinar si cabía “*apreciar imposibilidad material de ejecución de una sentencia –respecto de todo lo que ya ha sido construido– cuando, en otro caso, se verían seriamente afectados intereses de carácter socioeconómico o de otra índole, siempre que quede debidamente garantizada la integridad ambiental*”<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Vid. ATS del 6 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 5837/2021 – ECLI:ES:TS:2021:5837A). Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación el artículo 105.2 LJCA, los artículos 12.2.a) y 13.4 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (actuales artículos 3, 13.1, y 21.2.a) del Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre), los artículos 6.2 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y 4.4 de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, así como el artículo 46.2 de su normativa interna de transposición, la Ley 42/2007 de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. Hay que advertir que el Supremo también destaca que la estimación de la cuestión de constitucionalidad conlleva que desaparece la causa de imposibilidad legal de ejecutar alegada por las partes demandadas.

El recurso finalmente es estimado por la STS de 9 de febrero de 2022<sup>46</sup>. Nos detendremos a analizar los motivos invocados en el recurso de casación y en los escritos de oposición de las partes recurridas (comunidad de propietarios, Junta de Extremadura, Diputación Provincial, mercantil promotora) que hemos ordenado en varios apartados: 1) el argumento de la protección ambiental; 2) el argumento socioeconómico; 3) los intereses de la hacienda pública, 4) la afectación de la tutela judicial.

Sin embargo, contra la citada sentencia la representación procesal de la comunidad de propietarios del complejo residencial de Valdecañas y la representación de la Junta de Extremadura promovieron un incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 de la LOPJ que fue desestimado por el ATS de 8 de abril de 2022, en buena medida porque se estaba reproduciendo por el cauce inadecuado el debate procesal planteado en casación<sup>47</sup>. Posteriormente, la comunidad de propietarios promovió un recurso de revisión contra la STS de 9 de febrero de 2020, del que finalmente desistió<sup>48</sup>.

La asociación ecologista recurrente en casación solicitó que se decretase la inmediata suspensión de cuantos usos se viniesen desarrollando en la *Marina de Valdecañas*, así como el desmantelamiento de cuantas instalaciones se hubiesen realizado y la demolición de las obras de construcción y urbanización ejecutadas al amparo del PIR *Marina de Valdecañas*, con exigencia a la Administración condenada para que llevase a cabo de manera inmediata la restauración de dichos terrenos a la situación previa a la ejecución de las mismas.

Argumentaba que *“La Administración al aprobar el PIR Marina Isla de Valdecañas actuó como si la protección del terreno no existiera y decidió transformar urbanísticamente el suelo como si de suelo sin protección alguna se tratara, adoptando una decisión fuera del orden o común modo de obrar. La actuación administrativa no era conforme a derecho, al no haber actuado la Junta de Extremadura como la primera y eficaz garante del ordenamiento medioambiental y urbanístico”*.

Y añade cómo a continuación se argumenta sobre la imposibilidad material y formal de ejecutar las sentencias, señalando como fundamento inicial de la ejecución lo dispuesto en los artículos 105.2 y 109 de la LJCA y refiriéndose al esquema del auto, *“a fin de acordar la demolición parcial de la urbanización y el mantenimiento de la parte terminada”*, precisando que: *“Se analizan a continuación todas las circunstancias e intereses que deben tenerse en cuenta para apreciar la imposibilidad material parcial de ejecutar la sentencia, teniendo en cuenta la debida protección del medioambiente que está garantizada, el impacto socioeconómico en la comarca que ha supuesto el complejo Marina Isla de Valdecañas, los graves perjuicios económicos para la Hacienda Pública*

<sup>46</sup> Vid. STS de 9 de febrero de 2022 (RO): STS 481/2022 – ECLI:ES:TS:2022:481), n. de Recurso: 7128/2020, ponente: Herrero Pina. Hay que advertir que se condenó a la Junta de Extremadura al pago de una indemnización de 250.000 euros a favor de Ecologistas en Acción-CODA y de una indemnización de 250.000 euros a favor de ADENEX, por el concepto indicado de indemnización sustitutoria por la declaración de imposibilidad material parcial de ejecución de las sentencias de instancia.

<sup>47</sup> ATS de 08 de abril de 2022 (RO): ATS 6281/2022 – ECLI:ES:TS:2022:6281A, ponente: Herrero Pina).

<sup>48</sup> Según recoge el ATS, de 13 de julio de 2023 (RO): ATS 10802/2023 – ECLI:ES:TS:2023:10802A), “la parte recurrente ha presentado con fecha 19 de mayo de 2023 un escrito por el que dice desistir del presente procedimiento, por cuanto que, según afirma, “la Ley 2/2023, de 22 de marzo, por la que se regulan determinados aspectos de la Red Ecológica Europea Natura 2000 en la Comunidad Autónoma de Extremadura, ha confirmado la inexistencia de declaración de la ZEPA y, consecuentemente, ha aprobado su declaración”.

*que se producirían si se derribase todo lo edificado, la protección de terceros, el principio de seguridad jurídica<sup>49</sup> y el tiempo transcurrido desde la interposición de los primeros procesos contencioso-administrativos en el año 2007, las primeras sentencias del TSJ de Extremadura, de 9 de marzo de 2011, y la resolución de este incidente en junio de 2020”.*

## 6.2 El argumento de la protección ambiental

Las representaciones procesales de las asociaciones ecologistas se refieren a la infracción del artículo 87.1 c) LJCA en relación con los artículos 12.2 a) y 13.4 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo y correspondientes artículos 13.3 y 21.2 a) del Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que lo sustituye, así como la doctrina jurisprudencial y constitucional que los interpretan por no preservar de la transformación urbanística los terrenos de la Red Natura 2000.

Recoge la Sentencia la alegación efectuada que «*el PIR Marina de Valdecañas, objeto del presente procedimiento y declarado contrario a derecho y nulo, ocupa, transforma y urbaniza 134.5 hectáreas de la Zona Especial de Protección de Aves ES0000329 “Embalse de Valdecañas” y el Lugar de Importancia Comunitaria ES4320068 “Márgenes de Valdecañas”*»<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Se refiere la sala a la aplicación del principio de seguridad jurídica, en relación con las licencias concedidas, y la citada Orden de 11 de diciembre de 2012, que aprueba el Plan de Gestión de la ZEPA “Embalse Valdecañas”, en relación con la STS de 25-5-2020 sobre el Proyecto Regional Parque Empresarial del Medio Ambiente de Garray (Soria), invoca diversos precedentes jurisdiccionales sobre ejecución de sentencia y concluye con los siguientes pronunciamientos: “En atención a los preceptos legales antes citados y los fundamentos expuestos, consideramos que la falta de un impacto negativo sobre el medioambiente, la existencia de medidas para proteger y garantizar debidamente el medioambiente, que el proceso de eutrofización del embalse de Valdecañas no es atribuible al funcionamiento del complejo, que no se demuestra un daño directo a las aves acuáticas por el funcionamiento de la urbanización, el impacto social que la ejecución de la sentencia en sus propios términos tendría en la comarca, los graves perjuicios económicos que se producirían de ejecutar las sentencias en sus propios términos que comprometerían seriamente el funcionamiento de los servicios públicos competencia de la Junta de Extremadura y el tiempo transcurrido desde la interposición de los procesos en el año 2007 hasta el año 2020 en que se decide la ejecución, constituyen la base para acordar la imposibilidad material parcial de ejecutar las sentencias y determinar la forma en que las mismas deben ejecutarse”.

<sup>50</sup> La asociación recurrente sostiene que se infringe la norma y jurisprudencia por cuanto ninguna de las dos resoluciones, y pese a su más que considerable extensión, realiza en puridad el menor esfuerzo argumentativo para poner de manifiesto que sea imposible ejecutar la sentencia. Con ello se está alegando que las circunstancias valoradas en las resoluciones impugnadas no justifican la imposibilidad material de ejecución en relación con las actuaciones aquí cuestionadas y, aunque de forma dispersa a través de los motivos de impugnación formulados, cuestiona la valoración efectuada en dichos autos de ejecución, alegando que: se erige en el auto, como piedra angular de la declaración de imposibilidad material parcial de ejecución –lo que se traduce en la no demolición de lo ya urbanizado y construido al amparo de un PIR declarado contrario a derecho– la falta de incidencia negativa en el medioambiente de la urbanización lo que constituye un grosero error iuris y es manifiesta la contradicción del auto de ejecución con los términos del fallo que se ejecuta, en los términos prevenidos en el artículo 87.1.c) LJCA, al erigir como pieza angular de su razonamiento la declaración de impacto ambiental que considera vigente cuando sin embargo ha declarado nulo el PIR, y con ello todos sus actos preparatorios, entre ellos el expediente de EIA. Que el mantenimiento de lo construido conlleva consolidar lo urbanizado y con ello la antropización de una importante área del espacio protegido y que es de facto la reducción de una zona ya clasificada como protegida y la pérdida de valores protegidos y del hábitat afectado. Que la pretendida ‘inocuidad ambiental’ de la exclusiva urbanización dentro de un espacio Red Natura 2000 –lo que de por sí, como ha tenido que recordar el Tribunal Constitucional al resolver la cuestión planteada en el presente incidente STC 134/2019, es incompatible con su transformación urbanística– no puede erigirse como causa de imposibilidad material, siquiera parcial, de la ejecución, por conllevar de facto su desclasificación del todo ajena a los criterios científicos que han sido desarrollados por el informe EBD-CSIC, desatendiendo su protección. Que ni las dilaciones ni las cuantías indemnizatorias o las pretendidas afecciones socioeconómicas, de las que no se ha realizado labor probatoria alguna, por determinarlo así la sala, y rechazadas expresamente en la sentencia, suponen razones imperiosas de interés público, de orden social o económico, que pudieran amparar la afección sobre el espacio protegido.

Según la Asociación, al declarar la imposibilidad material parcial de ejecución de la sentencia respecto de las obras de urbanización, edificación e instalaciones deportivas ya ejecutadas, pese a la nulidad del PIR del que traen causa, los autos impugnados están amparando la consolidación de una transformación urbanística incompatible con la clasificación reglada como suelo no urbanizado especialmente protegido que deben tener los suelos de la isla de Valdecañas<sup>51</sup>.

*Y además están contradiciendo “los términos del fallo que se ejecuta (artículo 87.1.c)” al permitir la consolidación de la transformación urbanística sin cumplirse, como expresamente reconocen, los presupuestos legales para ello, y adoptar medidas contrarias, en virtud de distintos intereses que se alegan respecto a quienes adquirieron una vivienda declarada ilegal por la sentencia de instancia o los propios costes que puedan derivarse de la restitución de la legalidad urbanística. Infringiendo flagrantemente los artículos 12.2.a) y 13.4 del TRLS de 2008 (artículos 13.3 y 21.2.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que lo sustituyó) así como la doctrina jurisprudencial y constitucional que interpreta y aplica dichos preceptos, pues tiene esta señalado que “la inclusión de los terrenos, de acuerdo con la normativa comunitaria europea, en una Zona de Especial Protección de las Aves (ZEPA) o en el ámbito de un Lugar de Interés Comunitario (LIC) y su afección a la Red Natura 2000 comporta la sujeción de esos terrenos a unos regímenes de protección que (...) determina que sea preceptiva su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección” (SSTS de 29 de enero de 2014, rec. 2419/2011, de 20 de mayo 2010, rec. 3865/2007 o, de 20 de octubre de 2011, rec. 5145/2007, entre otras muchas).*

Recoge la sentencia que *“La parte llama la atención sobre el riesgo cierto de que en virtud de los autos impugnados se consagre un peligrosísimo precedente en el que se permitiría invocar la imposibilidad material de ejecutar una sentencia para consolidar una urbanización declarada ilegal dentro de un espacio natural protegido declarado conforme al derecho comunitario dando carta de naturaleza a la política urbanística de los hechos consumados, por cuanto ejecutadas las obras y puesto en marcha el complejo de que se trate, el coste de su demolición o las dilaciones comportará que no se derribe, dejando en entredicho los mismos pilares del Estado de Derecho”.*

Y añade cómo *“En tercer lugar, se refiere la recurrente a la infracción del artículo 87.1.c) LJCA en relación con los artículos 6.2 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y 4.4*

<sup>51</sup> Según el artículo 43 (*Lugares de Importancia Comunitaria y Zonas Especiales de Conservación*) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. 1. *Los LIC son aquellos espacios del conjunto del territorio nacional o del medio marino, junto con la zona económica exclusiva y la plataforma continental, aprobados como tales, que contribuyen de forma apreciable al mantenimiento o, en su caso, al restablecimiento del estado de conservación favorable de los tipos de hábitats naturales y los hábitats de las especies de interés comunitario, que figuran respectivamente en los anexos I y II de esta ley, en su área de distribución natural.* Tras establecer el procedimiento de elaboración su inclusión en una lista de lugares, según el apartado del precepto supone, para su traslado a la Comisión Europea, estos pasarán a tener un régimen de protección preventiva que *garantice que no exista una merma del estado de conservación de sus hábitats y especies hasta el momento de su declaración formal.* El envío de la propuesta de un espacio como LIC conllevará, en el plazo máximo de seis meses, hacer público en el boletín oficial de la Administración competente sus límites geográficos, los hábitats y especies por los que se declararon cada uno, los hábitats y especies prioritarios presentes y el régimen preventivo que se les aplicará. 3. *Una vez aprobadas o ampliadas las listas de LIC por la Comisión Europea, estos serán declarados por las administraciones competentes como ZEC lo antes posible y como máximo en un plazo de seis años, junto con la aprobación del correspondiente plan o instrumento de gestión.* Para fijar la prioridad en la declaración de estas zonas, se atenderá a la importancia de los lugares, al mantenimiento en un estado de conservación favorable o al restablecimiento de un tipo de hábitat natural de interés comunitario o de una especie de interés comunitario, así como a las amenazas de deterioro y destrucción que pesen sobre ellas, todo ello con el fin de mantener la coherencia de la Red Natura 2000.

de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre, relativa a la conservación de las aves silvestres; así como el artículo 46.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y los artículos 106.1 de la Constitución, 8 de la Ley orgánica 6/1985 del poder judicial y 71.2 LOPJ”.

Según la alegación, “el mantenimiento de lo construido conlleva consolidar lo urbanizado y con ello la antropización de una importante área del espacio protegido. Que es de facto la reducción de una zona ya clasificada como protegida y la pérdida de valores protegidos y del hábitat afectado. Que el propio auto contempla medidas para proteger el medioambiente y medidas compensatorias, con lo que reconoce un impacto que pretende corregir, por una actuación declarada contraria a derecho y con una DIA nula, por carecer de un elemento tan esencial como básico, como es el estudio de alternativas. Que se erige en el auto, como piedra angular de la declaración de imposibilidad material parcial de ejecución –lo que se traduce en la no demolición de lo ya urbanizado y construido al amparo de un PIR declarado contrario a derecho–, la falta de incidencia negativa en el medioambiente del complejo Marina Isla de Valdecañas. Que ello constituye un grosero error iuris y es manifiesta la contradicción del auto de ejecución con los términos del fallo que se ejecuta, en los términos prevenidos en el artículo 87.1.c) LJCA, al erigir como pieza angular de su razonamiento la declaración de impacto ambiental que considera vigente cuando sin embargo ha declarado nulo el PIR, y con ello todos sus actos preparatorios; entre ellos el expediente de EIA”.

Recalca cómo, partiendo de la naturaleza normativa del PIR y el alcance de la nulidad declarada, señala que: la evaluación ambiental del PIR, sesgada y deficiente de entrada por haber omitido un aspecto esencial de la misma cual es el estudio de alternativas, expulsada del ordenamiento jurídico y de la “realidad administrativa” por las sentencias recaídas en el procedimiento no pueden servir de base y fundamento para el auto declarando la imposibilidad material de ejecución porque no existe conservación de los actos preparatorios; invocando al efecto las declaraciones de la Sentencia de casación de 29 de enero de 2014, añadiendo que el auto se aparta del informe pericial encargado en el presente incidente de inejecución, por la propia Sala, al equipo de la EBD-CSIC, transcribiendo alguna de sus consideraciones y las resoluciones del TJUE y el TS en que se apoya, entendiéndose reseñable la conclusión 13<sup>a</sup>, que señala con rotundidad que “Mantener el Complejo en su estado actual no puede considerarse en modo alguno una medida de conservación, sino la opción más perjudicial para la ZEPa, solo superada por el detrimento que causaría terminar de ejecutar el Proyecto de Interés Regional. Por tanto, al plantearse la pregunta como una dicotomía, la opción más beneficiosa es la restauración ambiental de la isla”.

Sostiene –a la luz del artículo 93.3 de la LJCA– que la Sala de instancia se aparta de manera manifiestamente arbitraria de las conclusiones del informe, para sostener que no se ve afectada la integridad ambiental del espacio protegido, cuando conlleva una reducción de facto del espacio protegido, tratándose de la mayor superficie terrestre, junto a los márgenes, de este.

La censura casacional se dirige también a la denominada “inocuidad ambiental” de una “exclusiva urbanización” dentro de un espacio Red Natura 2000. No solo porque, como ya había señalado la STC 134/2019, es “incompatible con su transformación

Regap



ESTUDIOS

*urbanística*”, sino por cuanto, y es lo relevante, *no puede erigirse como causa de imposibilidad material, siquiera parcial, de la ejecución, por conllevar de facto su desclasificación del todo ajena a los criterios científicos que han sido desarrollados por el informe EBD-CSIC, desatendiendo su protección.*

Sostiene el recurrente cómo en el caso examinado los hechos determinantes eran claros; no estamos ante “suelos urbanos” protegidos *post festum*, sino bien al contrario ante “suelos no urbanizables de especial protección” que “*de facto*” se convierten en urbanos, con los “*consiguientes perjuicios*” en lo que a la protección de la naturaleza se refiere.

En ese orden de cosas, subraya cómo la representación procesal de la actora invocaba la jurisprudencia comunitaria sobre las exigencias para la autorización de planes o proyectos a desarrollar en “espacios protegidos”. Y critica que no puede admitirse que la isla de Valdecañas se incluya en las “*zonas de uso general*” por no “*detentar valores naturales significativos*” a tenor de lo establecido en la orden de 11 de diciembre de 2012 por la que se aprobaba el Plan de Gestión de la ZEPA<sup>52</sup>.

Empero, la recurrente recalca en su argumentación que no podía acogerse esa alegación dado que se trataba de terrenos que: a) habían sido previamente clasificados como “suelo urbano y urbanizable”, y b) que se habían urbanizado los terrenos como consecuencia de la aprobación del PIR finalmente declarado nulo<sup>53</sup>.

La consecuencia, a juicio de la recurrente, es clara: se toman como partida unos suelos que ya han sido “*antropizados*” como consecuencia de la transformación urbanística ilícita realizada.

Y concluía que, si la Sala de Instancia ya había declarado que no concurría la imposibilidad legal de ejecución, no podía introducir en esta vía de ejecución causas de imposibilidad material –parcial– de ejecución de las sentencias. La razón, a juicio de la recurrente, era clara. Las alegaciones relativas a las “*dilaciones*” o al *quantum indemnizatorio* que podría devengarse o las “*afecciones socioeconómicas*” a los municipios de la zona, como consecuencia de la ejecución del fallo en sus propios términos, no solo no contaban con base probatoria alguna, sino que no podían “subsumirse” en la causa de inejecución por “razones imperiosas de orden público” previstas en el artículo 105 y concordantes de la LJCA, máxime cuando se trataba de una “afección a un espacio protegido”.

Y cerraba su argumentación –según la sentencia– la recurrente sosteniendo que el ATSJ de Extremadura de 30 de junio 2020 emitía un juicio técnico que le estaba vedado cuando afirmaba “*que las edificaciones y usos que se mantienen en la isla de Valdecañas constituyen un uso permitido que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión, siempre que se adopten todas las medidas de conservación necesarias que protejan el espacio Red Natura 2000, las cuales deberán recogerse en el programa o plan que la Junta de Extremadura apruebe*”. Y esa sustitución del juicio técnico de la Administración le estaba vedado, quedaba “*extramuros su potestad jurisdiccional*”.

<sup>52</sup> Orden de 11 de diciembre de 2012 por la que se aprueba el Plan de Gestión de la ZEPA “Embalse de Valdecañas” (DOE, de 18 de diciembre de 2012).

<sup>53</sup> *Vid.* 8.4 del Plan de Gestión de la ZEPA “Embalse de Valdecañas”.

La conclusión era, a juicio de la recurrente, clara: el auto de ejecución incurría en un “*abuso por exceso en el ejercicio de la jurisdicción, con infracción de los artículos 106.1 de la CE, 8 de la LOPJ y 71.2 de la LJCA*”<sup>54</sup>.

La argumentación impugnatoria articulada por la representación procesal de la comunidad de propietarios en su escrito de oposición parte de otros presupuestos. Aduce cómo en ciertos casos “*cabe apreciar la imposibilidad material de ejecución de una sentencia respecto de lo construido cuando intereses socioeconómicos o de otra índole se vean seriamente afectados por la ejecución de una sentencia y, en estos supuestos, se sostiene una interpretación igualmente restrictiva de la imposibilidad material de ejecución pero, como resultado de un ejercicio de ponderación de diversos intereses, se concluye que el cumplimiento en sus propios términos es materialmente imposible y se adoptan medidas alternativas para la mayor efectividad de la ejecutoria*”.

A juicio de la correcurrida es clave identificar qué tipo de intereses, no solo los socioeconómicos, se ven afectados y el grado de seriedad en la afectación, que permita “*modular la ejecución*” en los propios términos de la sentencia.

La representación procesal de la comunidad de propietarios acoge cinco motivos básicos de oposición al recurso. En lo que nos interesa en este pasaje recogemos aquellos que se refieren a la protección ambiental.

En primer término alegaba la parte que “*la integridad del medioambiente no se ve perjudicada por la ejecución acordada*” por el auto del TSJEX recurrido en casación, dado que acoge una “*opción menos gravosa y más razonable tras una valoración coste-beneficio*” bajo la premisa de protección del medioambiente.

Y de modo subsidiario sostiene que la ejecución de los pronunciamientos judiciales anulatorios, no solo serían físicamente imposibles, sino que la misma actividad material de ejecución resultaría perjudicial para el “*medioambiente*” dada la dificultad de reposición tanto de la finca a su estado primigenio como de la obra que fue causa habilitante de una expropiación forzosa, cuando la realidad física del espacio había sido ya alterada de “*forma irreversible*”<sup>55</sup>.

Cierra la impugnación del recurso de casación de la parte actora señalando cómo el recurso se refiere a *cuestiones de hecho o relativas a la apreciación judicial de los elementos probatorios que no tienen cabida en sede casacional*. Y compendia su argumentación al señalar que: (i) *los autos recurridos han modulado la ejecución ante una imposibilidad material parcial (lo mantenido constituye una pequeña parte en relación a lo proyectado)*, (ii) *del Informe Doñana y de las manifestaciones vertidas en el acto de comparecencia, cuya valoración según las reglas de la sana crítica corresponde a la Sala, se advierten ciertas debilidades*, (iii) *el mantenimiento de lo construido no produce afectación al medioambiente, y, en definitiva*, (iv) *se ha tratado de dar una respuesta específica y motivada que garantiza la protección ambiental y de los restantes intereses implicados*.

<sup>54</sup> Vid. STS 29-4-2011 (rec. 1755/2007).

<sup>55</sup> Sobre el uso del término “*racionalidad*”, racionalización y razonable como manifestación de una concreta “*razón normativa*”, son de interés las observaciones de BROWN, W., *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Malpaso Ediciones, Barcelona, 2016, pp. 153 y ss

La representación procesal de la entidad promotora, Marina Isla Valdecañas, SA, había alegado sustancialmente que el Auto del TSJ de Extremadura de 30 de junio de 2020 había declarado el hecho de que las edificaciones y usos que se mantienen en la isla de Valdecañas constituyen un “uso permitido” que no causa perjuicio a la integridad ambiental de la ZEPA “*Embalse de Valdecañas*”, por lo que tal declaración “*fáctica*” resulta “*intangible*” a la censura casacional.

Considera también un “hecho” declarado por los autos de ejecución, y por ende inalterable en casación, la “*valoración de los daños de toda índole que produciría la demolición de lo construido*”, remitiéndose la representación de la mercantil al Auto del TSJ de 30 de junio de 2020.

La representación procesal de la mercantil promotora concluía que la “admisión de la inejecución parcial” venía justificada por una adecuada ponderación en relación con la finalidad de la sentencia, de los perjuicios que podrían ocasionarse.

La representación procesal de la sociedad sostenía que ese criterio era trasladable al caso examinado dado que la demolición de lo construido provocaría unos perjuicios enormes que se recogen en el propio Auto de 30 de junio de 2020, *mientras que el mantenimiento de lo construido no altera la integridad ambiental de la ZEPA, elemento fáctico también recogido en dicho auto e inalterable en casación.*

Y, por último, entiende que a la postre esa inejecución parcial era más acorde con la finalidad perseguida en relación con los espacios naturales *según el artículo 6.2 de la Directiva 92/43/CE, de 21 de mayo de 1992, y semejante artículo 46.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y de la biodiversidad, y concluye que resulta injustificado imponer la demolición de lo construido, conociendo los enormes perjuicios que ello provocaría, cuando el mantenimiento de dichas construcciones no supondría ningún perjuicio ambiental, al no afectar en forma alguna a la integridad de la ZEPA.*

Los motivos de impugnación de la representación de la Junta de Extremadura, en este extremo, recalcan que la ejecución acordada en la instancia no afectaba a la ZEPA. Bien al contrario, sería la “*demolición de lo construido*” y la “*reposición de los terrenos*” a su estado primigenio la que daría lugar a afecciones en la ZEPA, así como “*perjuicios en los municipios colindantes*” y al erario (autonómico y local), y por ende “*al conjunto de la ciudadanía extremeña*”.

Añade la representación de la Junta de Extremadura que no solo fue la parte demandada la que invocó la imposibilidad de la “*ejecución material*” sino que también fue contemplada por el resto de los codemandados y de los actores, las dos asociaciones ecológicas (Ecologistas en Acción y Adenaex)

Tras relatar las actuaciones de ejecución llevadas a cabo en ejecución de los autos impugnados, *concluyen que los demandantes no desvirtuaron las conclusiones del estudio de impacto ambiental, que siguen vigentes, no habiéndose anulado la DIA, y que las sentencias de instancia no declararon que se hubiera vulnerado ni la Directiva de hábitat ni la de aves, y que lo anulado fue el PIR, que además lo fue por motivos urbanísticos y por el único motivo medioambiental de la omisión del estudio de alternativas del proyecto.*

Juzga la representación de la Administración autonómica que el recurso de casación critica la valoración de la prueba realizada en la instancia, singularmente el

Informe del CSIC, y que el recurrente pretende que se efectúe una nueva valoración como si de una segunda instancia se tratara, y no de un “recurso nomofiláctico”, y que las cuestiones alegadas no se corresponden con la cuestión de interés casacional acogida en el auto de admisión del recurso<sup>56</sup>.

Con respecto al segundo motivo de impugnación, la infracción del artículo 87.1.c) LJCA en relación con los artículos 12.2.a) y 13.4 del TRLS de 2018 y los artículos 13.3 y 21.2.a) del Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, “alega la Administración recurrida que no se contradice la declaración de nulidad del PIR, sino que se parte de ella y que la declaración de imposibilidad material parcial de ejecución no conlleva la legalización de las actuaciones urbanísticas operadas en virtud del PIR y así lo afirma la Sala en los autos recurridos. No se trata de no demoler o no ejecutar. Se trata de que es imposible demoler y restaurar los terrenos a la situación anterior, porque la situación medioambiental del espacio sería mucho peor (restos de una plantación de eucaliptos, superficies desnudas de bosques y utilizadas como basurero de electrodomésticos y para caza y pesca furtiva) y el proceso de demolición causaría enormes perjuicios ambientales (ruido, polvo, residuos, huella de carbono...)”.

Sostiene la representación de la Junta que los autos de ejecución dictados por la sala de instancia establecen un “modo de ejecutar el fallo que causa menor perjuicio al medioambiente” y, además, pondera otros intereses concurrentes (socioeconómicos y jurídicos). A juicio de la representación procesal autonómica la conclusión central alcanzada no era entender que “lo construido” no causa perjuicio a la integridad de la ZEPA, presupuesto valorado para “declarar la imposibilidad material parcial de la ejecución de la sentencia y el mantenimiento parcial de la urbanización ejecutada”.

Y, en relación con el tercer motivo de impugnación<sup>57</sup>, a juicio de la representación procesal de la Junta de Extremadura, el recurrente pretende que el alto tribunal “sustituya los hechos admitidos por la sala de instancia”, y que se pretenden introducir “confusiones innecesarias” toda vez que no era controvertido que las sentencias que

<sup>56</sup> La sala de instancia efectúa una amplia valoración del informe de la estación biológica de Doñana-CSIS; analiza la Orden de 11 de diciembre de 2012, de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía, que aprobó el Plan de Gestión de la ZEPA “Embalse de Valdecañas”; se refiere a la validez de la zonificación de los lugares que integran la Red Natura 2000 en Extremadura, y concluye que: «A la vista de todo lo razonado en este fundamento de derecho sobre la fundamentación que sobre el Estudio de Impacto Ambiental tenían las sentencias del TSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2011, la valoración que hacemos del Informe del CSIC, conforme a las reglas de la sana crítica, el Plan de gestión de la ZEPA “Embalse de Valdecañas” y la posibilidad de zonificación de la ZEPA, concluimos que las edificaciones y usos que se mantienen en la isla de Valdecañas constituyen un uso permitido que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión, siempre que se adopten todas las medidas de conservación necesarias que protejan el espacio Red Natura 2000, las cuales deberán recogerse en el programa o plan que la Junta de Extremadura apruebe. Por ello, lo ahora acordado, en relación con lo que ya expusieron las sentencias de 2011, no vulnera el artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (...) El mantenimiento de lo construido no causa perjuicio a la integridad de la ZEPA. Se trata de un aspecto esencial que la Sala valora para declarar la imposibilidad material parcial de la sentencia y el mantenimiento parcial de la urbanización. La valoración conjunta de la prueba permite afirmar que no se produce una afección al medioambiente y que las medidas a adoptar minimizan la huella humana que la urbanización conlleva en la ZEPA».

<sup>57</sup> La infracción del artículo 87.1.c) LJCA en relación con los artículos 6.2 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y 4.4 de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre, relativa a la conservación de las aves silvestres, así como el artículo 46.2 de la ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y los artículos 106.1 de la Constitución, 8 de la Ley orgánica 6/1985, del poder judicial, y 71.2 LOPJ.

declararon nulo el PIR también recogían en su argumentación que no se habían desvirtuado las “*conclusiones de la aprobación del estudio de impacto ambiental (EIA)*”.

Así, recalca la representación de la demandada y recurrida, cómo en el Auto de 21 de septiembre de 2020 se declaraba que la DIA era un “*acto administrativo independiente y autónomo*” que no se había dejado sin efecto como consecuencia de la declaración de nulidad del PIR, por lo que seguían vigentes, en sede de ejecución, sus consideraciones, por lo que además impugnaba la alegación de los recurrentes sobre el “*exceso de jurisdicción*”, de modo que “*la sala de instancia no sustituye el juicio técnico, sino simplemente resuelve las cuestiones suscitadas en el incidente y planteadas por las partes*”.

La representación procesal de los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo sigue esa línea de argumentación en su impugnación del recurso de casación de la asociación ecologista.

A juicio de la representación procesal de los dos ayuntamientos, una vez que la afección “*medioambiental está “plenamente salvaguardada”* con los dos elementos indicados: a) las medidas que se adopten junto a la demolición parcial y b) el hecho de que no se desarrolle el resto del proyecto inicialmente previsto, quedaría justificada la no adopción por la misma de otras “*medidas*” que no fueran precisas para la mejora de la protección medioambiental”, pero que podían causar perjuicios a otros intereses también dignos de protección<sup>58</sup>.

Según la representación de las entidades locales no podía acogerse la afirmación de los recurrentes de la “*completa frustración de las pretensiones de protección medioambiental de los terrenos de la isla Valdecañas, tras un largo proceso judicial, por no obtener unas medidas maximalistas consistentes en la demolición total de lo construido*”.

Según los codemandados y recurridos en casación esa “*posición*” *no es propia de una defensa medioambiental, sino que parece surgir de un irracional radicalismo, basado en propugnar la erradicación total de la huella humana en el entorno natural, postura que no es ni compatible con el irremediable desarrollo social, ni tan siquiera necesaria para proteger el valor medioambiental de los terrenos.*

La representación de las entidades locales, y en relación con el segundo de los motivos de impugnación, aducía que había de estarse a la “*realidad material*” surgida al amparo del desarrollo del PIR, y *decidir cuál debe ser su futuro, y esta decisión no supone la transformación de la naturaleza de los terrenos por declaración judicial, puesto que, muy al contrario, lo decidido judicialmente es la anulación de esa transformación y nunca el reconocimiento de su legalidad.*

Concluye la representación de las entidades locales –tras el análisis de la STC 134/2019– que esa declaración de “*imposibilidad parcial de ejecución*” no conlleva la “*consolidación de una transformación del suelo*” ni tampoco la “*consolidación de unos derechos adquiridos por los propietarios de las edificaciones que no se derriban*”, dado que el mantenimiento de las mismas “*no supone en definitiva la adquisición de ningún nuevo derecho adquirido por los propietarios de las edificaciones*”, sino una mera realidad material.

---

<sup>58</sup> Vid. FJ cuarto del Auto de 21 de septiembre de 2020.

A juicio de la representación de la firma, no cabe atribuir al Auto de 30 de junio de 2020 del tribunal de instancia una “*legalización por vía de las declaraciones contenidas en relación con la ejecución judicial de las sentencias*”.

Cierra su impugnación la representación de la codemandada subrayando que fue la ausencia de un requisito formal relevante la que determinó la nulidad del PIR “*por su carácter normativo no susceptible de conservación, ni de convalidación, pero no afectó al contenido de la DIA que, en esencia, no fue rebatida con aportación probatoria sobre sus hipotéticas deficiencias por las propias recurrentes y que por tanto no fue objeto de análisis al respecto en las sentencias*”.

Y concluye señalando que esas cuestiones son analizadas por el ATSJ de 30 de junio de 2020, y las determinaciones técnicas medioambientales no están “*invalidadas*” y, en consecuencia, *con las mejoras incorporadas en el incidente por las partes solicitantes de la inejecución, perfectamente utilizables para corregir la afección negativa medioambiental; defiende la valoración efectuada por la sala de instancia, destaca los aspectos que considera esenciales de dicho informe y concluye que no es cierto que la Sala del TSJEX haya declarado en sus autos que la construcción del complejo es “inocua ambientalmente”, más bien al contrario, lo dicho por la sala es que sus efectos perniciosos para el medioambiente (puesto que toda la presencia humana en cualquiera de sus formas tiene efectos negativos medioambientales) son corregibles en parte con la adopción de las medidas propuestas por los ejecutantes, ya relacionadas en la DIA, y que con un correcto seguimiento de su eficacia es posible minimizarlos.*

Regap



ESTUDIOS

### 6.3 Los razonamientos del Tribunal Supremo

Ante estos argumentos, el Supremo explica lo siguiente:

*«Pues bien, la respuesta a esta controversia ha de resultar del examen de las razones y circunstancias que toma en consideración la Sala de instancia para acordar la inejecución parcial de las sentencias, manteniendo la urbanización, construcciones e instalaciones ya realizadas y en funcionamiento. A tal efecto la sala de instancia toma en consideración, como aspecto esencial, la falta de incidencia de lo construido en el medioambiente, señalando al efecto en el fundamento de derecho quinto que (p. 14) este planteamiento de la cuestión recuerda al de la modificación del artículo 11 de la Ley 15/2001, declarada inconstitucional por la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2019, modificación por la que se establecía que la mera inclusión de unos terrenos en la red ecológica Natura 2000 no determina por sí sola su clasificación como suelo no urbanizable y que podían ser objeto de transformación urbanística siempre que fuera compatible con la preservación de los valores ambientales y únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que expresamente se autoricen en el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental.*

*La respuesta dada por el Tribunal Constitucional a esa modificación legislativa, que antes se ha reflejado en sus aspectos esenciales, puede trasladarse a lo que*

*aquí se plantea, señalando que los terrenos integrados en la Red Natura 2000 deben quedar preservados de la transformación urbanística; que al respecto ha de considerarse, en una interpretación auténtica del legislador estatal, que las actuaciones de nueva urbanización suponen el paso de un ámbito de suelo rural al de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente, lo que pone de manifiesto que la actuación urbanística de transformación lo que persigue no es preservar, sino cambiar el destino de los suelos y destinarlos a su urbanización; y que tal valoración jurídica no se enerva por el hecho de que se limite la transformación urbanística a los actos que expresamente se autoricen en el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental, concluyendo que: “la regla general es la preservación, salvo las autorizaciones expresamente previstas en la legislación de protección –europea, básica estatal y autonómica de desarrollo–, sin que la legislación de desarrollo autonómica, ya sea en materia de protección de la naturaleza o dictada con fundamento en otro título competencial (como el urbanístico), pueda autorizar alteraciones del estado natural allí donde la europea y la básica estatal no lo contemplen. La norma autonómica cuestionada, al prever la transformación urbanística allí donde meramente lo permita la evaluación ambiental, es incompatible con las mencionadas reglas básicas.*

*La urbanización implica siempre una grave alteración, la ocupación de los terrenos por construcciones e instalaciones supone una reducción de facto de la superficie protegida que, en el caso de los terrenos de la Red Natura 2000, por la especial protección que la propia comunidad autónoma les ha reconocido, con fundamento en la normativa europea y estatal, debe quedar condicionada a un supuesto muy concreto (evolución natural, científicamente demostrada) y un procedimiento exigente (trámite de información pública, remisión de la propuesta a la Comisión Europea y aceptación por esta) según prevén los artículos 13.4 TRLS 2008 y 52 de la Ley 42/2007, normas de carácter básico que el párrafo cuestionado de la ley autonómica desvirtúa.*

*Tampoco podemos acoger el argumento que esgrime la representación del Gobierno autonómico de que existen núcleos urbanos completos incluidos en el ámbito de una zona especial de protección de aves, cuyo desarrollo y evolución debería permitirse. La lectura atenta del párrafo controvertido revela que su objeto no son los terrenos que, siendo ya urbanos, puedan quedar afectados por la red, sino terrenos en “estado natural” –afirma el precepto– que, habiendo sido ya incluidos en la Red Natura 2000, justamente para preservar sus valores ecológicos, se permita que sean sometidos ex novo a un proceso de transformación urbanística, con lo que esto conlleva para dichos valores.*

*Desde estas consideraciones, la apreciación de la sala de instancia sobre la falta de incidencia de lo construido en el medioambiente –que en la medida en que responde a la valoración de la prueba no cabe revisar en esta casación– no puede*

considerarse, a los efectos del artículo 105.2 de la LJCA, causa de imposibilidad material de ejecución en relación con las actuaciones de transformación urbanística ya realizadas y en funcionamiento, pues, por el contrario y como señala el Tribunal Constitucional, la consumación de la transformación urbanística no preserva sino que cambia el destino del suelo objeto de la urbanización; como tal, la urbanización implica siempre una grave alteración y supone una reducción de facto de la superficie protegida; no cabe prever la transformación urbanística allí donde meramente lo permita la evaluación ambiental y, por la misma razón, no puede servir de justificación para mantener una transformación urbanística consumada; y tampoco que la zonificación del espacio protegido incluya núcleos urbanos, que, como señala el Tribunal Constitucional, no es el caso de terrenos en “estado natural” que, habiendo sido ya incluidos en la Red Natura 2000, justamente para preservar sus valores ecológicos, se permita que sean sometidos ex novo a un proceso de transformación urbanística, con lo que esto conlleva para dichos valores. A estas razones que impiden compartir el planteamiento de la sala de instancia, ha de añadirse que con ello se consolidaría una transformación urbanística cuya ilegalidad afecta a intereses públicos tan relevantes como la ordenación urbanística y la protección del medioambiente, que determinaron los pronunciamientos judiciales que son objeto de ejecución».

Regap



ESTUDIOS

## 6.4 El impacto socio-económico

Las alegaciones relativas al notable impacto socioeconómico que la ejecución del fallo de las sentencias provocaba en los dos municipios principalmente afectados, El Gordo y Berrocalejo, es objeto de examen.

La argumentación se centra en el mismo como elemento a ponderar en sede de ejecución de sentencia una vez que la sala de instancia había declarado, en los términos indicados, la “*imposibilidad material parcial de ejecución*”.

Esos intereses, a juicio de las codemandadas y ahora recurridas, debían ser “*objeto de valoración y protección*” y, por ende, permitían modular la ejecución de las sentencias en sus propios términos.

Los argumentos de ese tenor se contraen a sostener que las obras del complejo habían permitido: a) la fijación de la población en la comarca; b) el aumento del empleo en la zona, aun cuando se reconocía en la instancia que las labores de mantenimiento y servicios del complejo no habían generado un “*altísimo número de empleos*”; c) el aumento de los servicios y de la recaudación por IBI en los municipios afectados.

Respecto a la primera cuestión, la de la fijación de la población en la comarca donde se emplaza el complejo Marina Isla de Valdecañas, se había aportado en el incidente de ejecución –razona– un *informe elaborado por don Luis Antonio, Profesor de Ordenación del Territorio y Desarrollo Sostenible de la Universidad de Extremadura, denominado Impacto socioeconómico del PIR Marina Isla de Valdecañas en los municipios de su entorno: El Gordo y Berrocalejo (Extremadura). Este informe concluye que el aumento poblacional de los municipios de El Gordo y Berrocalejo entre los años 2007 y*

2011 ha sido de más del 40 % frente al declive generalizado del mundo rural en España y Extremadura. El Gordo y Berrocalejo han mejorado sustancialmente en todas las variables demográficas valoradas en el informe. Ha aumentado el número de empleos en la zona y las actividades empresariales y los municipios disponen de nuevos y mejores equipamientos sociales (piscinas, guarderías, dotaciones culturales y sanitarias, residencias de mayores, etc.) debido al aumento de los presupuestos municipales derivado de los impuestos asociados a la urbanización.

Respecto a la cuestión del empleo, señalaba cómo “La Junta de Extremadura también presentó un informe elaborado por el Servicio Extremeño Público de Empleo que analiza el aumento de la población, de empresas y de trabajadores entre los años 2007 y 2013 en el municipio de El Gordo y en los pueblos más cercanos al embalse de Valdecañas”.

Se destaca también el aumento de los servicios y de la recaudación del IBI por los bienes inmuebles de la urbanización en el municipio de El Gordo.

Y añade a este respecto que “alegan las partes demandantes que la creación de puestos de trabajo y el aumento de la población no resulta significativo. Así lo expone también el informe redactado por tres profesores del Departamento de Economía Aplicada II de la Universidad de Sevilla que presenta Ecologistas en Acción-CODA. Sin embargo, debemos valorar que los dos municipios son pequeños. Así, El Gordo cuenta en el año 2011 con 385 habitantes y Berrocalejo con una población de 141 habitantes. Se trata de municipios pequeños, siendo lo relevante que la población de los dos municipios ha aumentado desde el año 2000 y también ha aumentado la actividad empresarial, los servicios con los que cuentan las dos poblaciones y los presupuestos municipales. El interés para las dos poblaciones debe examinarse en lo que la urbanización supone para los dos municipios que fundamentalmente consiste en mantener la población de los dos pueblos, que, lógicamente, no van a pasar a tener un aumento considerable de la población, pero el mantenimiento de la población, el aumento de los servicios y recursos municipales y la generación de la actividad económica que la urbanización ha generado son aspectos positivos que no pueden rechazarse en un intento por fijar la población rural y evitar una marcha a núcleos más poblados. No negamos que actualmente una urbanización como la realizada no genera un número elevado de empleos pues las labores de mantenimiento y servicios no se traducen en un altísimo número de empleos. Sin embargo, como acabamos de exponer, esta creación de empleo –aunque no sea elevada– y el mantenimiento de la población en los municipios cercanos asociados al turismo que genera Marina Isla de Valdecañas son beneficios que deben protegerse, pues se enmarcan dentro de los objetivos de desarrollo de las zonas rurales y la reversión de la situación de abandono continuado de la población rural hacia las ciudades”.

Se analiza el impacto socioeconómico de la ejecución en cuanto al estado de las obras.

Alega que “En consecuencia, los hoteles y viviendas terminadas son los siguientes: 1. En lo que se refiere a los dos hoteles de 150 habitaciones, uno de los hoteles está terminado y en funcionamiento mientras que el segundo de los hoteles planificado se encuentra con parte de la estructura ejecutada si bien la construcción está paralizada. Respecto al segundo hotel, incluso se ha realizado una modificación puntual del PGM de El Gordo, siendo esta

actuación administrativa el objeto del PO 412/2013, para convertirlo en alojamientos turísticos. 2. En cuanto a las viviendas, se han terminado un total de 185 villas frente al total de 565 residencias que se pensaban construir en Marina Isla de Valdecañas. Conclusión: 1. Solo se ha construido un hotel de los dos hoteles previstos. 2. De las 565 viviendas previstas solamente se han construido 185 viviendas. Por tanto, en relación a las viviendas solamente se mantiene el 32,74 % de las viviendas proyectadas”.

Frente a esta argumentación, ya denunciada por los ecologistas, destaca el Supremo que “la valoración de tales beneficios socioeconómicos, a efectos de apreciar la imposibilidad material de ejecución de las sentencias, ha de contrastarse con los derechos e intereses tutelados por las resoluciones judiciales, para determinar la existencia de incompatibilidad entre la realización de los mismos o una desproporción de tal consideración que justifique, en los términos señalados por la jurisprudencia, la apreciación de causa de imposibilidad material”.

Recoge el alto tribunal cómo la “propia sala de instancia” da cuenta de la existencia de informes contradictorios “sobre el impacto socioeconómico que la ejecución tendría en los municipios de El Gordo y Berrocalejo y, valorando los mismos, viene a reconocer el limitado impacto que la ejecución tendría en cuanto a la generación de empleo, y se refiere genéricamente al mantenimiento de la población en los municipios cercanos asociados al turismo que genera la urbanización, beneficios que difícilmente pueden imponerse y considerarse desproporcionadamente de mayor alcance que la realización de los intereses públicos tutelados y comprometidos en la ejecución, como son la ordenación urbanística y la protección del medioambiente, que resultarían definitivamente lesionados, en los términos declarados por las sentencias que se ejecutan, al mantenerse y consolidarse la transformación urbanística anulada. Como señalan las sentencias de instancia objeto de ejecución, siendo bien recibidas las iniciativas de esta naturaleza para el desarrollo de una actividad eco-turística, con los efectos económicos y sociales que pueden tener, que aquí se han concretado en el Auto impugnado de 30 de junio de 2020, ello no ha de ser “a costa de que se vean afectados intereses que el propio legislador autonómico ha considerado de mayor relevancia, como es la planificación del territorio, a lo que se suma lo establecido por el legislador estatal, comunitario y autonómico, en protección de intereses también de mayor protección, como es el medioambiente”. Coincide, por lo tanto, la ponderación de los derechos e intereses afectados por la ejecución ya realizada en las sentencias ejecutadas con la que aquí acabamos de hacer, confirmando la improcedencia de apreciar causa de imposibilidad de ejecución por tal motivo”.

## 6.5 La consideración de los intereses de la hacienda pública

El argumento económico es invocado como criterio de ponderación de la ejecución parcial de las sentencias de la sala de instancia. Fundamentalmente no solo el coste de demolición y de restauración, sino, principalmente, las indemnizaciones a que podía dar lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108.3 de la LJCA.

Se ha señalado que el coste de demolición de todo lo edificado supondría la cantidad de 33.982.889,85 euros y las posibles indemnizaciones a efectos del artículo

Regap



ESTUDIOS

108.3 LJCA, 111.000.000 euros, concluyendo que el impacto socioeconómico por los graves perjuicios económicos para la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura serían los siguientes: “Costes de demolición: 33.982.889,85 euros. –Indemnizaciones posibles a favor de los propietarios de las viviendas: 111.000.000 euros. – Indemnización a favor del gestor del hotel: no existen datos para indicar una cifra aproximada. Por ello, inicialmente la indemnización a la que tendría que hacer frente la Junta de Extremadura alcanzaría, al menos, el importe de 144.982.889,85 euros por los gastos de demolición y de indemnización a terceros de buena fe”<sup>59</sup>.

Empero la representación de las asociaciones ecologistas impugnaron esa línea argumental

Declara el Tribunal Supremo que los “mismos criterios de ponderación de intereses” habían de aplicarse en relación con los “graves perjuicios económicos” que para la hacienda pública autonómica podía ocasionar la ejecución total. Esos perjuicios económicos se valoraban inicialmente “en la cantidad de 144.982.889,85 euros, que corresponden a la suma de la cantidad de 33.982.889,85 euros por costes de demolición y 111.000.000 euros por las posibles indemnizaciones a favor de los propietarios de las viviendas, sin que existan datos para indicar una cifra aproximada de indemnización a favor del gestor del hotel”, lo que podía devenir en causa de inejecución al amparo de los artículos 105 y 106 de la LJCA, acordándose la correspondiente “modalidad de pago”, dado que los preceptos indicados impiden invocar como causa de imposibilidad material de ejecución el grave detrimento para la hacienda pública por la Administración, que, en razón del pronunciamiento judicial, haya de responder de determinada cantidad, estableciendo como regla general la satisfacción en sus propios términos con cargo al correspondiente crédito presupuestario y, para el caso de que el cumplimiento en sus propios términos pueda suponer un trastorno grave, que habrá de razonarse y someterse a la audiencia de las partes, lo que se establece no es el incumplimiento, sino la forma que resulte menos gravosa para la ejecución de la sentencia<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> La comunidad de propietarios rechaza las alegaciones de indefensión formuladas por la recurrente, señalando que las partes han tenido ocasión de contradecir la valoración de las obras de demolición y restauración presentadas como anexo III al escrito que iniciaba el incidente de ejecución; que aunque el Auto de 10 de marzo de 2015 considerase que no procedía ponderar las consecuencias socioeconómicas de la ejecución, debe tenerse en cuenta que tal resolución fue dictada en el momento inicial del incidente de ejecución; que el coste de la demolición y las indemnizaciones que puedan reconocerse, incluso si fueran sensiblemente inferiores a los datos valorados por el tribunal, seguirían siendo muy superiores a la capacidad financiera de la Junta de Extremadura o, pudiendo llegar a ser financiadas por la citada institución pública, el grave quebranto que supondría para los ciudadanos de esta comunidad autónoma no sería proporcional al beneficio o a la justicia de la ejecución en sus propios términos y, además, el principal fundamento de la ejecución parcial ordenada es la garantía de la integridad ambiental.

<sup>60</sup> Recuerda la fundamentación de la sentencia de fecha 18 de febrero de 2020, n. de Recurso: 1285/2011, n. de Resolución: 66/2020, en la que, después de hacer una recopilación fáctica y normativa, señalábamos lo siguiente: “QUINTO.- La estimación de la cuestión de constitucionalidad conlleva que la actuación administrativa basada en un precepto inconstitucional es nula de pleno Derecho. El objeto de la actuación administrativa era incorporar la transformación urbanística anulada por las sentencias del TSJ de Extremadura y del TS al amparo de la nueva regulación del artículo 11.3.1.b), párrafo segundo de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, en la redacción introducida por la Ley 9/2011, de 29 de marzo. Al ser inconstitucional dicho precepto, se vuelve a la redacción original que ya había sido analizada en la fundamentación de las anteriores sentencias, no siendo posible la transformación urbanística en el suelo donde se realiza. No es necesario insistir en esta cuestión, no era posible la transformación urbanística de la zona con la redacción original de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, lo que ya fue enjuiciado en las anteriores sentencias del TSJ de Extremadura y del TS, y sigue sin ser posible dicha transformación urbanística al amparo de una norma declarada inconstitucional al ser contraria a la legislación básica estatal. Tanto el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, como el 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, sólo permiten alterar la

*De hecho, se han dictado las primeras resoluciones que resuelven recursos por responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados por la declaración de nulidad de los PIR de Valdecañas, interpuestas ante la Junta de Extremadura<sup>61</sup>. En este caso, la petición de responsabilidad patrimonial promovida por una empresa vinculada a la firma Marina Isla de Valdecañas se fundaba en la anulación de las actuaciones de planeamiento urbanístico y territorial por ella aprobada, en concreto.*

## 6.6 La afectación de la tutela judicial

El argumento de la afeción del derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo del artículo 87.1.c) en relación con el artículo 105.2 de la LJCA y 24 de la CE de 1978, es también esgrimido por la parte recurrente.

La infracción denunciada se basa en la exigencia de una “concepción restrictiva” de la imposibilidad material de ejecución de la sentencia, dado que la aplicación de un concepto extenso conlleva una clara infracción del artículo 24 de la CE en lo relativo al derecho a la ejecución en sus propios términos de las sentencias dictadas.

---

delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación. Fuera de este procedimiento, y con las condiciones legales establecidas, lo que daría lugar a la desprotección de estos terrenos, no es posible la transformación urbanística de un espacio que forma parte de la Red Natura 2000, pues dicha transformación urbanística es incompatible con los valores ambientales y paisajísticos que son objeto de protección en este tipo de terrenos (...) Los motivos por los que se anuló el PIR, consistentes en la falta de motivación de la justificación de interés regional, de la utilidad pública y de la protección medioambiental, la vulneración de la prohibición de reclasificar un terreno clasificado por el planeamiento urbanístico como no urbanizable de especial protección y por incurrir el estudio de impacto ambiental en una causa de nulidad al no haber incluido un estudio de alternativas que permitan un contraste entre la solución adoptada y aquellas que pudieran ser menos trascendentes para la protección de los espacios en que se ubica el proyecto, continúan vigentes y afectan a la actuación administrativa impugnada”.

<sup>61</sup> Vid. STSJ de 25 de octubre de 2021 (ROJ: STSJ EXT 1305/2021 – ECLI:ES:TSJEXT:2021:1305, ponente: Ruiz Ballesteros) por la que se resuelve el recurso presentado contra dos actuaciones administrativas: a) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 17 de febrero de 2021, que acuerda no levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial; y b) la Desestimación presunta de la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada el día 28 de enero de 2015 por la entidad mercantil La Atalaya de Valdecañas, S.L., vinculada directamente a la entidad Marina Isla de Valdecañas, SA. Según señala el FJ octavo.- Para resolver el fondo del asunto, realizamos dos consideraciones iniciales: 1. La entidad demandante La Atalaya de Valdecañas, SL, está vinculada directa y claramente a la entidad Marina Isla de Valdecañas, SA. La promotora del PIR Marina Isla de Valdecañas, SA, era propietaria desde el 21-11-2005 de toda la superficie de suelo que abarca el PIR –adquirió los terrenos del PIR por la escritura pública de compraventa de fecha 21 de noviembre de 2005–, aunque el PIR no fue aprobado definitivamente hasta el Decreto 55/2007, de 10 de abril, de modo que cuando la promotora adquiere la propiedad de los terrenos no podía tener la seguridad de que el PIR fuera aprobado y el suelo modificase su clasificación a la de suelo urbanizable. La Atalaya de Valdecañas, SL, fue constituida por Marina Isla de Valdecañas, SA, el día 11 de febrero de 2008. Marina Isla de Valdecañas, SA, es el socio único de La Atalaya de Valdecañas, S.L. La sociedad La Atalaya de Valdecañas, SL, se constituyó con la finalidad principal de asumir la construcción de un hotel médico spa que integraría un hotel de cinco estrellas, un spa médico y una policlínica dedicada a cubrir determinadas especialidades médicas. Cuando se constituye la entidad actora ya se han interpuesto los procesos ordinarios PO 561/2007 y PO 753/2017, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, contra el Decreto 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Interés Regional promovido por Marina Isla de Valdecañas, SA. El día 29 de septiembre de 2010, la sociedad La Atalaya de Valdecañas, SL, adquirió los terrenos sobre los que construiría el hotel médico spa. El 90 % de estos terrenos fue una aportación no dineraria del socio único Marina Isla de Valdecañas, SA, por aumento de capital y el 10 % restante por compraventa. La conclusión de todo lo anterior es que todo lo hasta entonces efectuado, promovido y desarrollado por Marina Isla de Valdecañas no es ajeno a la sociedad actora que fue constituida por Marina Isla de Valdecañas, SA, como socio único. 2. La pretensión indemnizatoria se solicita de la Junta de Extremadura y no a los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo. Por ello, la resolución de la responsabilidad patrimonial tendrá que basarse en la actuación que sea imputable a la Junta de Extremadura y no a la concesión de las licencias de obras por los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo.

Y señala cómo alegan al respecto que, declarado nulo de pleno derecho el mencionado PIR y ordenada la reposición de los terrenos a que se refieren las mencionadas actuaciones a la situación anterior a la aprobación de dicho proyecto y los actos que se hubieran ejecutado con fundamento en el mismo, por imposibilidad material ha de entenderse *“aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o porque se ha destruido. Ha de tratarse de imposibilidad y no de mera dificultad o excesivo coste de las actuaciones requeridas por el fallo; señalando la jurisprudencia que la complejidad no puede ser equiparada a la imposibilidad”*<sup>62</sup>.

Es decir, que la imposibilidad material como excepción a la ejecución de las sentencias *“debe interpretarse restrictivamente”*; dado que *“la imposibilidad material debe ser efectivamente una imposibilidad real y no una mera dificultad o un excesivo coste de las actuaciones requeridas por el fallo, todos y cada uno de los motivos aducidos en los autos traídos a esta sede casacional deben decaer. Máxime cuando además ninguna de las dos resoluciones, y pese a su más que considerable extensión, realiza en puridad el menor esfuerzo argumentativo para poner de manifiesto que sea imposible ejecutar la sentencia”*.

La recurrente en casación denunciaba *“la vulneración del derecho a la ejecución de las sentencias, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que las resoluciones judiciales, con cita de jurisprudencia, sentencias del TC y del TEDH”*, y concluye que *“la ejecución de las sentencias de la Sala de instancia 196/2011, de 9 de marzo, por la que declaró nulo el Decreto aprobatorio del PIR de Marina de Valdecañas, y de la Sala III del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2014, rec. 419/2011, que ratificó aquella en sus propios términos, ordenando la reposición de los terrenos ‘a la situación anterior a la aprobación de dicho proyecto y los actos que se hubiera ejecutado con fundamento en el mismo’, si bien pueda resultar complejo y costoso, no es materialmente imposible, por lo que acordarlo así infringe lo dispuesto en el artículo 105.2 LJCA y el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos”*<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Ver STS de 30 de abril de 2010 (ROJ: STS 2209/2010 – ECLI:ES:TS:2010:2209), en relación con una demolición parcial de un edificio, cuando en su fundamento jurídico cuarto señala que *“la complejidad técnica que se aduce sólo puede servir de justificación para que se extremen al máximo, como prioridad absoluta, las medidas de seguridad sobre las personas y sobre el resto del inmueble. De manera que el proyecto de demolición que se impone al Ayuntamiento ha de llevarse a cabo respetando dicha prioridad esencial. En definitiva, la complejidad no puede ser equiparada a la imposibilidad como postula la recurrente, con lo que enlazamos con la tercera razón.*

<sup>63</sup> Y se añade *«en relación con las normas y de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión de esta parte, vulnerando el artículo 24 de la CE, reproduciendo al efecto el auto de la sala de instancia, de 10 de marzo de 2015, acordando la apertura de un periodo probatorio en el incidente de ejecución y en el que señalaba, respecto de la prueba que se admitía en el mismo, que “...se considera inútil toda la prueba propuesta sobre contenido económico (coste de demolición, razones socioeconómicas en general, y posible responsabilidad patrimonial), por cuanto no cabe ponderar, a los efectos de la inexecución de las sentencias, las consecuencias de esta índole que para la Junta de Extremadura (y los ayuntamientos y propietarios) conllevaría su cumplimiento (STC 22/2009), siendo doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo que “el superior coste o la mayor complejidad de las demoliciones no son causa suficiente para afirmar que la sentencia sea de imposible cumplimiento” (STS de 08/04/2014 rec. 770/2013 y la de 14/02/2013 rec. 4311/2011 que en ella se menciona)”. Con estos mimbres no puede resultar admisible el pronunciamiento del FD 8º del auto de 30 de junio aquí recurrido de que “el coste de demolición [que cifra en cerca de 34 millones de euros en base a un estudio remitido por la Dirección General de Transportes, Ordenación del Territorio y Urbanismo del que se desconoce su autor y que tampoco viene fechado] no ha sido desvirtuado por otra prueba propuesta por las partes”. Con tal manifestación la sala no sólo estaría yendo contra sus propios actos, sino que además causa una flagrante indefensión a las partes*

Tanto la representación de la Comunidades de Propietarios cuanto la de la Junta de Extremadura impugnan ese motivo de censura casacional y sostienen que la decisión sobre la ejecución de la Sentencia acordada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo no afectaba al derecho a la tutela judicial efectiva.

En contra de lo anterior, *las comunidades de propietarios alegaron que la ejecución ordenada por el TSJEX no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva (en su manifestación de derecho a la ejecución de sentencia), invocando las sentencias del TC 153/1992 y 67/1984, en cuanto a la ejecución cuando se aprecie imposibilidad legal o material, entendiendo la parte que en un concepto práctico “se considera materialmente imposible una actividad cuya realización supone para la colectividad representada por la Administración un coste económico y un esfuerzo absolutamente desproporcionados en relación con el beneficio que el destinatario de una sentencia puede obtener con su completa ejecución”, invocando al efecto la STS de 14 de junio de 2016.*

Por su parte, la representación de la Junta de Extremadura sostiene que solo el primero de los motivos de infracción alegados en la censura casacional *guarda relación con la cuestión que suscita interés casacional objetivo, y señala que parte de un presupuesto erróneo o irreal al entender que la imposibilidad de ejecución no se declara por una imposibilidad material, sino por una dificultad o excesivo coste de las actuaciones requeridas para el fallo, cuando la razón que lleva a declarar la imposibilidad material parcial es precisamente la existencia de dicha imposibilidad material y no la existencia de una dificultad, como resulta de los autos de ejecución, según las valoraciones que se indican.*

Y, en lo relativo al segundo de los motivos de censura casacional, la infracción del artículo 87.1.c) LJCA en relación con el artículo 24 de la CE de 1978 y la normativa urbanística aplicable, *aduce la representación de la Administración autonómica que no se contradice la declaración de nulidad del PIR sino que se parte de ella y que la declaración de imposibilidad material parcial de ejecución no conlleva la legalización de las actuaciones urbanísticas operadas en virtud del PIR y así lo afirma la sala en los autos recurridos.*

Y, en relación con el cuarto motivo de censura casacional, la representación procesal de la Administración autonómica recurrida subraya que *se trata de infracciones no citadas en el escrito de preparación y que con ello se introduce una confusión innecesaria, al pretender hacer valer una denegación de medios de prueba, sin ni siquiera citar los medios denegados ni en qué momento se propusieron, añadiendo que de nuevo se elude por la recurrente que el criterio esencial y básico que lleva a declarar la inejecución material parcial es la protección medioambiental, y que la cuantificación es una cuestión fáctica y por ello ajena a la función nomofiláctica y unificadora propia del recurso de casación.*

Por su parte, la representación procesal de los dos ayuntamientos afectados, El Gordo y Berrocalejo, impugnan la alegada infracción de los artículos 105.2 y 109.1 de la LJCA.

Aducen lo siguiente: *teniendo en cuenta la complejidad e intereses afectados y que la propia redacción legal de dichos preceptos avala la potestad jurisdiccional de adoptar*

---

*actoras y ejecutantes y vulnera el principio de confianza legítima, igualmente acogido por la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo (SSTS 18.10.2012, rec. 2577/2009 o 05/01/1999, rec. 10679/1990, 28/07/1997, 13/02/1992 o 01/02/1990)».*

una decisión sobre la forma y medios en que se deben ejecutar los fallos judiciales, cuando concurren factores diversos que hacen aconsejable modular la declaración del fallo a la realidad material existente en el momento en que se deban ejecutar sus determinaciones, que en las múltiples decisiones judiciales citadas por la recurrente, y en los propios autos impugnados, se constata la existencia de esa facultad judicial perfectamente compatible con el deber de ejecución de las resoluciones judiciales. Es posible determinar el grado y alcance de las medidas concretas que se deben llevar a cabo para ejecutar las sentencias, sin vulnerar el derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales firmes; por tanto, la resolución recurrida es ajustada a lo recogido en los artículos 105.2 y 109.1 de la LJCA.

Y alega su representación que el coste y dificultad de la ejecución es uno solo de los factores que han determinado la declaración de imposibilidad de ejecución parcial y que no existe el error iuris que se alega.

## 6.7 La respuesta del Tribunal Supremo

Señala el TS que “ha de partirse de la obligación constitucional de cumplir las sentencias y resoluciones firmes de los jueces y tribunales (artículo 118), cumplimiento que, como establece el artículo 103.2 de la LJCA, ha de llevarse a efecto en la forma y términos con- signados en las mismas<sup>64</sup>”.

<sup>64</sup> Y añade en el fundamento cuarto de la sentencia que *sobre el alcance de este derecho y su doble proyección subjetiva y objetiva se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando (STC 119/1994) que el derecho a la ejecución de las sentencias “en sus propios términos” forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 148/1989, 152/1990). Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o a la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena (...) el obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se configura como un derecho de carácter subjetivo incorporado al contenido del artículo 24.1 CE y que los propios tribunales no pueden apartarse sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que debe ejecutarse (entre otras, SSTC 32/1982, fundamento jurídico 2º; 15/1986, fundamento jurídico 3º; 118/1986, fundamento jurídico 4º 1; 148/1989, fundamento jurídico 2º; 16/1991, fundamento jurídico 1º) (...)* El derecho a que la sentencia se ejecute en sus propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye, junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado, el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. Cualquier alteración debe obedecer a causa prevista en la ley, como lo es la imposibilidad legal o material de ejecución. “La imposibilidad legal o material de ejecución constituye, pues, una excepción al derecho a la ejecución en sus propios términos, y en cuanto concurren las circunstancias legales o materiales, valoradas por el órgano jurisdiccional competente, determina, en primer lugar, la adopción por el mismo de las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, es decir, que aunque sea parcialmente o de forma equivalente vengan a dar satisfacción al derecho reconocido y, en segundo lugar, la determinación en su caso de la indemnización que proceda en la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (artículo 105.2 LJCA). Se dispone, por lo tanto, que, aun apreciando la concurrencia de circunstancias que la imposibiliten, la ejecución de la sentencia ha de llevarse a cabo en la forma que mejor se acomode a la realización y cumplimiento del fallo y solo en lo demás el legislador autoriza a la sustitución por una indemnización, o, dicho de otro modo, ante la apreciación de circunstancias que impidan la plena ejecución del fallo, subsiste el derecho a que en la medida de lo posible se hagan efectivos los pronunciamientos del fallo en los términos establecidos y solo en lo demás se establece la sustitución, en su caso, por la indemnización adecuada. (...) Ahora bien, esa imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las sentencias condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece, pues, en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían convertidas en meras declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido una sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener el pronunciamiento”. Por lo que se refiere a la apreciación de la imposibilidad material, se parte de la falta de una definición al respecto del artículo 105 LJCA; en consecuencia, de la delimitación por la jurisprudencia; del carácter restrictivo de su aplicación como excepción al derecho de ejecución en los términos del fallo; y en razón de todo ello, el carácter casuístico en cuanto ha de estarse a los concretos pronunciamientos judiciales y los intereses que en cada caso resultan afectados por la ejecución. A ello se refieren múltiples sentencias, como la de 9 de julio de 2019 (rec. 677/2017), que, reiterando lo ya dicho en la sentencia de 14 de junio de 2016 (rec. 1719/2015), sintéticamente señala: “No define la LJCA, artículo 105.2, en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia. Ha sido la jurisprudencia

Finaliza el Supremo destacando que ha recordado lo anterior, pues no puede ignorarse que la actuación de la Junta de Extremadura al aprobar el PIR fue contraria a derecho.

Recalca la STS cómo la Administración, al aprobar el PIR Marina Isla de Valdecañas, actuó como si la protección del terreno no existiera y decidió transformar urbanísticamente el suelo como si de suelo sin protección alguna se tratara, adoptando una decisión fuera del orden o común modo de obrar. La actuación administrativa no era conforme a derecho al no haber actuado la Junta de Extremadura como la primera y eficaz garante del ordenamiento medioambiental y urbanístico.

Y, en relación con las cuestiones de responsabilidad patrimonial, “se desprende de ello que la responsabilidad económica que pueda resultar para la Administración en este caso, lejos de resultar desproporcionada, se corresponde con el alcance de su responsabilidad en la transformación urbanística declarada ilegal y cuya reparación se trata de obtener mediante la ejecución en sus propios términos de las correspondientes sentencias”.

Y concluye señalando cómo se aprecia la concurrencia de causas que justifiquen la imposibilidad material de ejecución de las sentencias de 9 de marzo de 2011 en sus propios términos en lo relativo a la demolición de las edificaciones e instalaciones y actuaciones de “transformación urbanística” que estaban ya construidas y en funcionamiento<sup>65</sup>.

---

*la que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de 2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011). Estamos, por tanto, frente a supuestos individualizados casuísticamente en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto en que deben ponderarse los distintos intereses concernidos”. No obstante, los pronunciamientos judiciales vienen delimitando el concepto de imposibilidad material en sus aspectos fundamentales, como declara la sentencia de 8 de abril de 2014 (rec. 770/2013) por referencia a la de 14 de febrero de 2013, “el superior coste o la mayor complejidad de las demoliciones a realizar no son causa suficiente para afirmar que la sentencia sea de imposible cumplimiento”; en el mismo sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2013 (rec. 4311/2011) o, como señala más genéricamente la sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 1268/2009), “la complejidad no puede ser equiparada a la imposibilidad”. En la sentencia de 21 de junio de 2012 (rec. 4454/2011) se efectúan pronunciamientos significativos al respecto; así, se señala que: “Frente al cumplimiento de las sentencias firmes en sus propios términos, que constituye una exigencia derivada de la tutela judicial efectiva, no puede esgrimirse con éxito la consumación material de los efectos derivados de una norma reglamentaria, pues tal es la naturaleza del plan parcial, declarada nula. Dicho de otro modo, la ejecución de las sentencias firmes no consiente que se burle su cumplimiento mediante la rápida transformación de la realidad física para hacer imposible lo que antes no lo era”; y que “La dificultad de la ejecución, que no puede negarse, no comporta sin embargo su imposibilidad. Entre lo difícil y lo imposible media una diferencia sustancial, que el primero se logra poniendo el esfuerzo y trabajo necesarios y el segundo no”. En Auto de este Tribunal Supremo de 16 julio de 1991, se señala que la “imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de derecho instaurado por la misma el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos, que no es otra que seguridad jurídica”. Han de valorarse, igualmente, las declaraciones genéricas que el Tribunal Constitucional ha efectuado al respecto, como es el caso de la Sentencia 285/2006, de 9 de octubre, según la cual: “Por eso mismo también hemos declarado que, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, no puede aceptarse que sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares, esto es, que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial (por todas, SSTC 41/1993, de 8 de febrero, FJ 2; y 18/2004, de 23 de febrero, FJ 4)”.*

<sup>65</sup> Por eso estima el recurso y casa los autos recurridos de 30 de junio y 21 de septiembre de 2020 por cuanto acuerdan: “la conservación del hotel, viviendas, campo de golf e instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento”, que deberán ser demolidas como el resto de las obras e instalaciones a que se refiere el punto III de la parte dispositiva del Auto de 30 de junio de 2020, aplicando y adaptando los criterios establecidos al efecto en los números 2, 3 y 4 de este punto III a la ampliación de la demolición que aquí se acuerda. Por otra parte, la referida demolición de las edificaciones e instalaciones construidas y en funcionamiento a la que se extiende la ejecución, suponen la eliminación de la actividad humana derivada de su uso y disfrute, a la que responde, fundamentalmente, el plan o programa para la protección del medioambiente y medidas compensatorias establecido en el punto IV de la parte dispositiva del Auto de 30 de junio de 2020, que por lo

Esa imposibilidad material ha de examinarse atendiendo a *las circunstancias del caso concreto y los derechos e intereses comprometidos en la ejecución, y que no puede identificarse con el hecho de que la ejecución presente dificultades o la conveniencia de atender otros intereses (de carácter socioeconómico o de otra índole) que no pueden imponerse a los que resultan tutelados por los pronunciamientos judiciales que se trata de llevar a efecto, en garantía de la seguridad jurídica que se vería seriamente afectada por la falta de realización del derecho reconocido judicialmente, ejecución que, como señala el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas, constituye un derecho fundamental y ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo.*

## 7 El Auto de ejecución de 15 de septiembre de 2023

El reciente ATSJ de 15 de septiembre de 2023 resuelve la cuestión de la ejecución parcial interesada, suspendida como consecuencia de la interposición de los recursos de casación y su inadmisión por el Tribunal Supremo.

Alega el auto en su FJ primero que *los autos de la Sala de fechas 5/7/2023 y 11/7/2023 ya dijeron que la suspensión de la ejecución se haría en los términos acordados por el TC. En todo momento, la suspensión de la ejecución se realizaba en la forma acordada por el TC. Procede estar al contenido del auto del TC, de 20 de junio de 2023, que suspende la ejecución exclusivamente respecto de los elementos que el TSJ de Extremadura había acordado inicialmente que no se demolieran en el auto de imposibilidad material parcial de fecha 30/6/2020 y en el auto desestimatorio del recurso de reposición de fecha 21/9/2020. En estos autos, el plazo fijado era de seis meses.*

Añade el Auto de 15 de septiembre de 2023 en su FJ segundo que *la ejecución parcial es posible y la misma debe hacerse a fin de eliminar los bienes inmuebles que se encuentran en fase de estructura y proceder a la revegetación de la zona. La Junta de Extremadura debe proceder a dicha ejecución y, en lo que ahora se expone en la parte dispositiva de este auto y conforme a lo anteriormente expuesto en los autos del TSJ de Extremadura de imposibilidad material parcial de fecha 30/6/2020 y en el auto desestimatorio del recurso de reposición de fecha 21/9/2020, los elementos parciales a derribar son sobradamente conocidos por las partes demandadas. No se trata de adoptar todas las medidas que se iban a poner en marcha para proteger y minimizar la posible afectación al medioambiente por la actividad humana, sino de derribar y revegetar los bienes inmuebles que quedaron en fase de estructura o a medio terminar.*

Y resuelve continuar la ejecución y, en suma, se le ordena a la Junta de Extremadura lo siguiente:

*«1. DEMOLICIÓN de todo lo que se encuentra en fase de estructura o no está terminado y en funcionamiento. El segundo hotel planificado y el resto de viviendas que se iban a construir deben ser demolidas y/o no construidas. Las viviendas terminadas que sirven de oficina de la promotora y de piso piloto serán también*

---

tanto queda afectado por esta decisión, sin perjuicio de que en la instancia se valore su alcance a efectos de su modificación, adaptación o eliminación.

demolidas, salvo que por razones de colindancia pudieran afectar a la seguridad de otras viviendas. También serán demolidas las instalaciones que, no siendo imprescindibles para el funcionamiento de las edificaciones terminadas y en funcionamiento, se encuentren en fase de estructura.

2. REVEGETACIÓN. Las plataformas existentes que no han sido urbanizadas deberán restaurarse y revegetarse, eliminando las plataformas y los residuos que aparecen en ellas.

3. La demolición deberá realizarse de manera ordenada y programada con el menor perjuicio para el medioambiente y dará lugar a la reposición del terreno a un estado que permita un proceso de regeneración de bosque mediterráneo y suponga un claro beneficio para la flora y la fauna de la ZEPA, debiendo crearse un enclave y paisaje similares a los protegidos en la ZEPA.

4. La Junta de Extremadura deberá aprobar un plan o programa de trabajo para proceder a la demolición y restauración acordadas. La Junta de Extremadura deberá aprobar dicho plan o programa en el plazo máximo de seis meses, comenzando a partir del sexto mes las actuaciones de adjudicación y a continuación los materiales de demolición parcial. El plan de trabajo para proceder a la demolición, restauración y revegetación acordadas deberá disponer de todas las medidas necesarias para evitar el menor perjuicio al medioambiente. La adjudicación de la demolición, restauración y revegetación deberá realizarse a una empresa pública o privada que disponga de la suficiente capacidad para realizar unas labores como las encomendadas.

5. En aplicación de la LJCA, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura el control de las decisiones administrativas que vaya adoptando la Junta de Extremadura en fase de ejecución. La Administración comunicará todos los avances en la ejecución.

6. La Junta de Extremadura deberá manifestar si mantiene al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura como órgano encargado de la ejecución y coordinador de las labores de ejecución entre los distintos órganos administrativos, como ya informó anteriormente, o designa otro órgano administrativo y titular. Esta comunicación se hará en el plazo máximo de diez días desde la notificación de este auto a la Abogacía General de la Junta de Extremadura.

III. Se prohíbe la realización de nuevas edificaciones en la urbanización Marina Isla de Valdecañas».

Último capítulo de las dificultades de ejecución en sus propios términos de los pronunciamientos judiciales indicados.

Regap



ESTUDIOS

## Bibliografía

- ARIAS APARICIO, M.<sup>AF</sup>., “La tutela de los espacios naturales protegidos: ordenación urbanística vs. Red Natura 2000 (el caso de la isla del embalse de Valdecañas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 35, 2019.
- ARIAS APARICIO, M.<sup>AF</sup>., “Extremadura: vía para la protección de los espacios naturales”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de políticas medioambientales 2020*, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020.
- BROWN, W., *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Malpaso Ediciones, Barcelona, 2016.
- BRUFAO CURIEL, P., “Derecho y políticas ambientales en Extremadura”, *Revista Catalana de Dret ambiental*, n. X(1), 2019.
- BRUFAO CURIEL, P., “Jurisprudencia ambiental en Extremadura (Segundo Semestre)” *Revista Catalana de Dret ambiental*, n. XI(2), 2020.
- BRUFAO CURIEL, P., “Jurisprudencia ambiental en Extremadura”. *Revista Catalana de Dret ambiental*, n. XIII(1), 2022.
- CASTANEDO GARCÍA, M.<sup>AE</sup>., “Examen del nuevo apartado tercero del artículo 108 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Navarro Vega, M.<sup>AB</sup>. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017.
- CHINCHILLA PEINADO, J.A., “Imposibilidad de ejecución de sentencias que impliquen la demolición en la Red Natura 2000 y los efectos sobre la España vaciada. A propósito de la Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre la urbanización de Valdecañas”.  
Acesso web: <https://www.idluam.org/blog/imposibilidad-de-ejecucion-de-sentencias-que-implican-la-demolicion-en-la-red-natura-2000-y-los-efectos-sobre-la-espana-vaciada-a-proposito-de-la-sentencia-de-9-de-febrero-de-2022-sobre-la-urbanizaci/>
- DÍAZ LEMA, J.M., “Los proyectos de interés regional ¿un instrumento urbanístico/territorial perturbador? A propósito de las 3 sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 (recursos n. 3869/2010; 4543/2010; 4066/2010 (Asunto “Ecociudad en La Fonsalada y El Corvo”, Logroño)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 36, 2013.
- DIONI LÓPEZ, J., *La España de las piscinas Cómo el urbanismo neoliberal ha conquistado España y transformado su mapa político*, Arpa Editorial, Barcelona, 2021.
- EYRE DE LORENZO, J.A., “Análisis de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el conflicto derivado de la aprobación del proyecto de la «Zona de Interés Regional» Ecociudad Montecorvo de Logroño”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 282, 2013.

- EZQUERRA HUERVA, A., “Artículo 108”, Ezquerra Huerva, A. y Oliván del Cacho, J. (coords.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., “Jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo sobre la ejecución de sentencias territoriales y urbanísticas: el «caso Valdecañas»”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de políticas medioambientales 2022*, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2022.
- GEIS I CARRERAS, G., *La ejecución de las sentencias Urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.
- LAZCANO BROTONS, I. “Los espacios naturales protegidos”, Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Derecho Ambiental Parte Especial I*, Lete Argitaletxea, Pamplona-Iruña-Bilbao, 2007.
- RAMOS MEDRANO, J.A., “Comentarios a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 9 de marzo de 2011 sobre el Proyecto de Interés Regional «Isla de Valdecañas»”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 274, 2012.
- RUIZ LÓPEZ, M.A., “De nuevo sobre la transformación urbanística de suelos rurales protegidos y sus límites. A propósito de la STS de 29 de enero de 2014, relativa al proyecto de «interés regional» de Valdecañas”, *Revista de urbanismo y edificación*, n. 31, 2014.
- SALCEDO HERNÁNDEZ, J.C. y CAMPESINO FERNÁNDEZ, A.-J., “Marina Isla de Valdecañas (Cáceres): de proyecto de interés regional a liquidación por derribo”, *Ería: Revista cuatrimestral de geografía*, n. 97, 2015.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J., *Red natura 200: Evaluación ambiental de planes y proyectos*, Tesis doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2021.
- SÁNCHEZ LAMELAS, A., “El artículo 108.3 de la LJCA: La ejecución de sentencias de derribo y la garantía de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, Navarro Vega, M.<sup>ª</sup>B. (coord.), *Recientes reformas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch - Gobierno de Cantabria, Valencia, 2017.
- SANTAMARÍA ARINAS, R., *La ordenación del territorio y los campos de Golf. Reflexiones jurídicas desde el Plan Territorial Parcial de Rioja Alavesa*, Lete. Argitaletxea, Bilbao, 2010.
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “La acreditación de la necesidad de vivienda como requisito para la transformación del suelo rural (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 sobre la «ecociudad» de Logroño)”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja. REDUR*, n. 10, 2012.
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina «Boxus» por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de administración pública*, n. 193, 2014.

VALENCIA MARTÍN, G., “Transformaciones urbanísticas en la red Natura 2000: El caso Valdecañas”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 45, 2020.

VALENCIA MARTÍN, G., “Jurisprudencia constitucional: la ley catalana del cambio climático”, García-Álvarez García, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B., Nogueira López, A. (coords.), *Observatorio de políticas medioambientales 2020*, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA), Madrid, 2020.

VILLARES NAVEIRA, L., “El caso Algarrobico o el difícil camino de la ejecución de sentencias en materia ambiental”, *Jueces y Juezas para la Democracia*, Boletín Informativo n. 90, mayo 2023.

## Jurisprudencia

### Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

#### Sentencias

STSJ de 19 de enero de 2010 (ROJ: STSJ EXT 33/2010 – ECLI:ES:TSJEXT:2010:33).

STSJ de 9 de marzo de 2011 (ROJ: STSJ EXT 451/2011 – CLI:ES:TSJEXT:2011:451).

STSJ de 9 de marzo de 2011 (ROJ: STSJ EXT 450/2011 – ECLI:ES:TSJEXT:2011:450).

STSJ de 18 de noviembre de 2014 (ROJ: STSJ EXT:1727/2014 – ECLI:ES:TSJEXT:2014:1727).

STSJ de 18 de noviembre de 2014 (ROJ: STSJ EXT 1724/2014 – ECLI:ES:TSJEXT:2014:1724).

STSJ 59/2020, de 18 de febrero (ROJ: STSJ EXT 111/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:111).

STSJ 66/2020, de 18 de febrero (ROJ: STSJ EXT 112/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:112).

STSJ 67/2020, de 18 de febrero (ROJ: STSJ EXT 110/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:110).

#### Autos

ATSJ de 26 de mayo de 2008 (ROJ: ATSJ EXT 45/2008 – ECLI:ES:TSJEXT:2008:45A).

ATSJ de 21 de septiembre de 2020 (ROJ: ATSJ EXT 61/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:61A).

ATSJ de 30 de junio de 2020 (ROJ: ATSJ EXT 60/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:60A).

ATSJ de 15 de septiembre de 2023.

### Tribunal Supremo

#### Autos

ATS de 26 de enero de 2012 (ROJ: ATS 1480/2012 – ECLI:ES:TS:2012:1480A).

ATS de 26 de enero de 2012 (ROJ: ATS 2157/2012 – ECLI:ES:TS:2012:2157A).

ATS de 14 de noviembre de 2013 (ROJ: ATS 11801/2013 – ECLI:ES:TS:2013:11801A).  
ATS de 25 de abril de 2013 (ROJ: ATS 4068/2013 – ECLI:ES:TS:2013:4068A).  
ATS de 14 de noviembre de 2013 (ROJ: ATS 11990/2013 – ECLI:ES:TS:2013:11990A).  
ATS de 12 de junio de 2014 (ROJ: ATS 6321/2014 – ECLI:ES:TS:2014:6321A).  
ATS de 20 de febrero de 2014 (ROJ: ATS 2462/2014 – ECLI:ES:TS:2014:2462A).  
ATS de 15 de noviembre de 2018 (ROJ: ATS 12894/2018 – ECLI:ES:TS:2018:12894A).  
ATS de 18 de marzo de 2019 (ROJ: ATS 3250/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3250A).  
ATS de 6 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 5837/2021 – ECLI:ES:TS:2021:5837A).  
ATS de 8 de abril de 2022 (ROJ: ATS 6281/2022 – ECLI:ES:TS:2022:6281A).  
ATS de 18 de mayo de 2023 (ROJ: ATS 6813/2023 – ECLI:ES:TS:2023:6813A).  
ATS, de 13 de julio de 2023 (ROJ: ATS 10802/2023 – ECLI:ES:TS:2023:10802A).

## Sentencias

STS de 29 de enero de 2014 (ROJ: STS 190/2014 – ECLI:ES:TS:2014:190).  
STS de 29 de enero de 2014 (ROJ: STS 189/2014 – ECLI:ES:TS:2014:189).  
STS de 27 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1276/2014 – ECLI:ES:TS:2014:1276).  
STS de 5 de junio de 2014 (ROJ: STS 2208/2014 – ECLI:ES:TS:2014:2208).  
STS de 23 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3414/2019 – ECLI:ES:TS:2019:3414).  
STS de 25 de mayo de 2020 (ROJ: STS 999/2020 – ECLI:ES:TS:2020:999).  
STS de 21 de enero de 2021 (ROJ: STS 217/2021 – ECLI:ES:TS:2021:217).  
STS de 9 de febrero de 2022 (ROJ: STS 481/2022 – ECLI:ES:TS:2022:481).

## Tribunal Constitucional

### Sentencias

STC 152/2019, de 25 de noviembre (BOE núm. 5, de 6 de enero de 2020).  
STC 134/2019, de 13 de noviembre (BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019).

### Autos

ATC 329/2023, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2023:329).  
ATC 328/2023, de 20 de junio, (ECLI:ES:TC:2023:328A).  
ATC 327/2023, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2023:327A).  
ATC 151/2022, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TC:2022:151A).

regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_junio-diciembre 2023 | pp. 329-364  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5131>  
© Silvia Díez Sastre  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 06/11/2023 | Aceptado: 19/12/2023  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

E se licitar non sempre fose a forma máis eficiente para proveerse de bens e servizos?

## ¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios?

66 Regap

What if tendering was not always the most efficient way to procure goods and services?

Regap



ESTUDIOS

SILVIA DÍEZ SASTRE

Profesora titular de Derecho Administrativo (acr. catedrática de Universidad)

Instituto de Derecho Local

Universidad Autónoma de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

[silvia.diez@uam.es](mailto:silvia.diez@uam.es)

**Resumo:** O Dereito da contratación pública constrúese arredor da licitación como a mellor fórmula para adquirir bens e servizos no mercado. Non obstante, os presupostos necesarios para que unha licitación sexa eficiente non sempre concorren na realidade: é o caso da existencia dunha pluralidade de licitadores ou da capacidade do ente adxudicador para planificar e deseñar adecuadamente a súa contratación. Neste contexto, este traballo cuestiona a premisa arraigada no ordenamento xurídico vixente en España de que a licitación é a opción máis eficiente, que non require xustificación, e expón a utilidade de fórmulas alternativas de colaboración público-pública e público-privada á marxe da licitación, que non deberían considerarse necesariamente como técnicas excepcionais.

<sup>1</sup> Este traballo se enmarca en el desarrollo del Proyecto I+D+i de Retos de la Sociedad de la convocatoria de 2020: "El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado" (referencia: PID 2020-115834RB-C31). Constituye una versión actualizada del trabajo presentado en el I Congreso Internacional de Contratación del Estado, Universidad Externado de Colombia, 15, 16 y 17 de marzo de 2023, de próxima publicación en las actas de dicho congreso.

**Palabras clave:** Licitación, sector público, eficiencia, cooperación público-pública, terceiro sector, contratos *open-house*.

**Resumen:** El derecho de la contratación pública se construye en torno a la licitación como la mejor fórmula para adquirir bienes y servicios en el mercado. Sin embargo, los presupuestos necesarios para que una licitación sea eficiente no siempre concurren en la realidad: es el caso de la existencia de una pluralidad de licitadores o de la capacidad del ente adjudicador para planificar y diseñar adecuadamente su contratación. En este contexto, el presente trabajo cuestiona la premisa arraigada en el ordenamiento jurídico vigente en España de que la licitación es la opción más eficiente, que no requiere justificación, y expone la utilidad de fórmulas alternativas de colaboración público-pública y público-privada al margen de la licitación, que no deberían considerarse necesariamente como técnicas excepcionales.

**Palabras clave:** Licitación, sector público, eficiencia, cooperación público-pública, tercer sector, contratos *open-house*.

**Abstract:** Public procurement law revolves around bidding as the best formula for acquiring goods and services in the market. However, the necessary assumptions for an efficient bidding process do not always concur in reality: this is the case of the existence of a plurality of bidders or the capacity of the contracting entity to adequately plan and design its contracts. In this context, this paper questions the premise rooted in the current Spanish legal system that competitive bidding is the most efficient option, which does not require justification, and it exposes the usefulness of alternative formulas for public-public and public-private partnerships outside competitive bidding, which should not necessarily be considered as exceptional techniques.

**Key words:** Bidding, public sector, efficiency, public-public cooperation, third sector, open-house contracts.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Europeización del concepto de contrato público. 2.1 Funcionalización del concepto de contrato público. 2.2 Libertad de los Estados miembros para contratar. 3 ¿Y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente? 3.1 Costes y beneficios de licitar. 3.2 Condiciones que aseguran la eficiencia de los procedimientos de licitación. 3.2.1 Planificación y buen diseño del contrato. 3.2.2 Pluralidad de licitadores. 3.2.3 Selectividad. 4 Alternativas a la licitación. 4.1 Colaboración público-pública. 4.1.1 Vertical. 4.1.2 Horizontal. 4.2 Colaboración con el tercer sector. 4.3 Más allá del contrato: fórmulas no contractuales. 4.3.1 Transferencia de competencias. 4.3.2 Contratos *open-house*. 5 Reflexiones finales.

## 1 Introducción

La contratación pública es uno de los sectores de referencia del Derecho administrativo contemporáneo<sup>2</sup>. Esta afirmación, que describe la realidad del Derecho continental europeo de los últimos veinte años, probablemente sea extrapolable con los matices oportunos al contexto internacional. La corriente de privatizaciones en el tramo final del siglo XX<sup>3</sup>, enmarcada en las teorías del *New Public Management*, condujo a la mutación hacia un Estado regulador y garante<sup>4</sup>. En su nuevo rol, el sector público se apoyó de forma más intensa en el mercado para adquirir bienes y servicios ligados

<sup>2</sup> Se toma el concepto de "sector de referencia" (*Referenzbereich*) connotado metodológicamente en la obra de SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003; SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, pp. 32 y ss.

<sup>3</sup> CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. y BEL, G., "Re-municipalization of public services: trend or hype?", *Journal of Economic Policy Reform*, n. 24(3), 2021, pp. 293-304, p. 293.

<sup>4</sup> Por todos, ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015.

al ejercicio de sus competencias<sup>5</sup>. Una parte importante del gasto público pasó a ejecutarse a través de contratos públicos. Así, es habitual que se hagan afirmaciones en torno al volumen del producto interior bruto (PIB) que se destina a las compras públicas<sup>6</sup>. Los recortes derivados de la crisis económica de 2008 reforzaron parcialmente esta tendencia a promover la contratación pública<sup>7</sup>. Tiempo después, durante la pandemia, los contratos públicos ocuparon un papel protagonista para hacer frente, fundamentalmente, a la provisión de productos en el ámbito farmacéutico y sanitario<sup>8</sup>. En la actualidad, en un contexto de recuperación en el que se están realizando inversiones públicas extraordinarias, la contratación pública se ha erigido como un instrumento estratégico de los Estados<sup>9</sup>.

En el contexto descrito, y en coherencia con el nuevo protagonismo del mercado, se produjo un desarrollo exponencial del Derecho de la competencia que no tardó en proyectarse sobre la actividad pública. El mercado se consolidó jurídicamente como un sujeto que debe protegerse del Estado y por el Estado. La contratación pública fue uno de los sectores donde se produjo una intensa penetración de reglas de competencia en la actividad administrativa. Los cambios promovidos en esta línea impactaron de lleno en los ordenamientos jurídicos nacionales, muy especialmente en aquellos imbuidos de la tradición francesa del contrato administrativo. Esta categoría, que actuó como pieza clave en la creación del Derecho administrativo separándose de los conceptos propios del Derecho civil<sup>10</sup>, ha experimentado una profunda transformación. Si el contrato administrativo se caracterizaba, fundamentalmente, por el régimen de prerrogativas que se activaba en la fase de ejecución con el fin de garantizar el interés general<sup>11</sup>, el contrato público contemporáneo se define, fundamentalmente, a partir de las reglas que disciplinan su adjudicación<sup>12</sup>. Hay que evitar que el Estado perjudique el buen funcionamiento del mercado cuando elige a sus contratistas, porque los sujetos públicos no se conducen necesariamente por reglas de racionalidad económica. Pueden contratar con operadores económicos nacionales para proteger su economía, distorsionando la competencia; o pueden dejarse guiar por la inercia y contratar siempre con los mismos sujetos; sin olvidar los supuestos de corrupción en los que la contratación es una vía para desviar fondos públicos de manera ilícita.

<sup>5</sup> QIAN, J., LU, J. y ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", *Public Administration*, n. 100(4), 2022, pp. 1161-1182, p. 1162.

<sup>6</sup> En 2020, los países de la OCDE-UE destinaron de media un 14,9 % de su PIB a la contratación pública. MEDINA ARNÁIZ, T., "Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021", *blog del www.obcp.es*, 13 de julio de 2021.

<sup>7</sup> BRAZIEL, T.L., "Contracting out contracting", *Public Contract Law Journal*, n. 38, 2009, pp. 857-893, p. 868, p. 886

<sup>8</sup> MEGGIT, B., "Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors", *The Political Quarterly*, n. 93(2), 2022, pp. 244-252.

<sup>9</sup> DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs (European Commission), *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, marzo 2021, p. 16.

<sup>10</sup> DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 87 y ss.

<sup>11</sup> Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 99-130.

<sup>12</sup> Tempranamente, sobre esta cuestión, en el contexto europeo, ARIÑO ORTIZ, G., "El concepto de contrato público en la CEE", *Noticias de la Unión Europea*, n. 21, 1986, pp. 19-26.

El desarrollo reciente del Derecho de la contratación pública ha partido de una premisa indiscutida: el buen funcionamiento de las reglas del mercado conduce a una mejor utilización de los fondos públicos. En esta línea, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) incentiva activamente la utilización de procedimientos competitivos para reducir los costes y mejorar la ejecución de los contratos públicos<sup>13</sup>. En el ámbito de la Unión Europea la garantía de buen funcionamiento del mercado interior ha reforzado especialmente este punto de partida a través de las reglas del Derecho primario y secundario. Se entiende que la mejora de la contratación pública genera importantes beneficios macroeconómicos: optimiza el rendimiento de los fondos públicos, ajusta la estructura empresarial y aumenta la productividad como consecuencia de la competencia entre los operadores. Se aduce, además, que los estudios empíricos realizados sobre el comportamiento del mercado han demostrado que los procedimientos de licitación que promueven la transparencia y la competencia tienden a reducir el precio de las prestaciones<sup>14</sup>.

Con apoyo en estos postulados económicos se ha ampliado progresivamente el ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública, tanto en sentido subjetivo como objetivo. Esa expansión se ha hecho especialmente intensa en el ámbito del Derecho europeo gracias a la funcionalización de los conceptos jurídicos de la contratación pública auspiciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Como resultado, el Derecho de los contratos públicos ha colonizado espacios previamente reservados a reglas de Derecho de la organización o de gestión de servicios públicos. No solo se ha fomentado la licitación de contratos públicos en los casos en que el sector público acudía al mercado, evitando prácticas proteccionistas, poco transparentes o, incluso, corruptas. Se ha asumido de forma prácticamente indiscutida que es más eficiente aplicar las reglas de licitación de contratos públicos para satisfacer necesidades públicas que otro tipo de técnicas de colaboración público-privada o público-pública empleadas con anterioridad. Piénsese, por ejemplo, en la celebración de encomiendas de gestión o de convenios, que permitían la celebración de acuerdos entre sujetos públicos; así como en las fórmulas de gestión de servicios públicos, especialmente los ligados al Estado social (sanidad y educación) en la forma de convenios y conciertos, en muchas ocasiones con entidades sin ánimo de lucro o de voluntariado.

Ahora bien, en los últimos años, distintos factores han revertido la tendencia progresiva a concentrar en la licitación de contratos toda la actividad pública vinculada a la adquisición de bienes y servicios. En el ámbito de la Unión Europea, hay que destacar la resistencia de ciertos Estados miembros a renunciar a otras formas de proveerse de servicios en el mercado mediante técnicas autoorganizativas o de colaboración, tanto entre sujetos públicos como con determinados sujetos privados –especialmente del tercer sector–. Esa resistencia ha conducido al reconocimiento progresivo de vías alternativas a la licitación de contratos públicos. En otro orden

---

<sup>13</sup> OECD, *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411, 2022.

<sup>14</sup> Al respecto, el influyente texto de VOGEL, L., "Macroeconomic effects of cost savings in public procurement", *Economic Papers*, n. 289, 2009, pp. 1-13, p. 1.

de ideas, la crisis económica de 2008 supuso una pérdida de fe en el buen funcionamiento del mercado que se reflejó en el intento de recobrar la gestión pública directa de determinados servicios, especialmente a nivel local –es el proceso de las llamadas remunicipalizaciones que se ha expandido con carácter internacional–<sup>15</sup>. Este factor ha contribuido a reivindicar el papel del sector público instrumental en la gestión de servicios públicos. En esta misma línea, la pandemia ha puesto de manifiesto los límites del Derecho de los contratos públicos. La ruptura del mercado a nivel mundial hizo inútiles las reglas de contratación pública, diseñadas para operar y garantizar, al mismo tiempo, el funcionamiento ordinario del mercado<sup>16</sup>. A nivel interno, en países como España, la pandemia ha destapado carencias fundamentales del sistema, como la falta de planificación, priorización y especialización en las compras públicas y las excesivas cargas burocráticas<sup>17</sup>.

Los factores señalados van de la mano de cierto “retorno al Estado”, que supone cuestionar la premisa de mayor eficiencia del mercado en la provisión de bienes y servicios y, muy especialmente, de servicios públicos. En la literatura reciente se encuentra una toma de conciencia de la necesidad de dotar al Estado de la capacidad y los medios necesarios para adoptar una posición estratégica frente a retos de carácter global desde una perspectiva que supere lo puramente económico para incluir el interés general<sup>18</sup>. Esto no supone renegar de las fórmulas de colaboración público-privada que se canalizan a través de la contratación pública, pero sí obliga a cuestionar la supuesta mayor eficiencia del mercado en todo tiempo y lugar. Es preciso identificar, así, fórmulas alternativas a la contratación pública que puedan aportar valor desde puntos de vista que no son solo estrictamente económicos y que permitan la libertad de elección de gobiernos legitimados democráticamente.

Los Estados contemporáneos están sometidos a intensas exigencias del Estado de Derecho. Tienen estructuras diversas de distribución de poder. Deben hacer frente a importantes demandas derivadas del Estado social en un contexto de retos globales. Parece razonable entender que, en ese contexto, no existe una única fórmula mejor en todo caso, la contratación pública. Los Estados deben contar con un catálogo diverso de fórmulas que les permitan proveerse de los bienes y servicios que requieren. Por supuesto, la contratación pública será una herramienta fundamental,

<sup>15</sup> Entre otros muchos, CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. y BEL, G., “Re-municipalization of public services: trend or hype?”, cit.; TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 12-30

<sup>16</sup> MAGRI, M., “Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell’emergenza sanitaria”, *Istituzioni del Federalismo*, n. especial, 2020, pp. 77-88, p. 77.

<sup>17</sup> DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2021, pp. 257-272, p. 262.

<sup>18</sup> Esta idea aparece de forma repetida en la literatura reciente a nivel internacional; sirvan de muestra los siguientes ejemplos: GARRARD, G., *The Return of the State. And Why it is Essential for our Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Cornwall, 2022; MINERVINI, V., “Il ritorno dell’Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?”, *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2022, pp. 471-506; WAN-JU HUNG, J.L., “What brings the state back in? An examination of contracting reversal”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022; JHA, H., “Interrogating the resurgence of administrative state: Ideas and state capacity”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022; ALLEN, P., KONZELMANN, S.J. y TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.

que debe afinarse para responder a las necesidades contemporáneas<sup>19</sup>; pero habrá determinados contextos en los que pueda considerarse adecuado emplear técnicas alternativas a la contratación pública. No cabe hablar aquí de una “huida de la contratación pública”<sup>20</sup>, en la medida en que estas técnicas alternativas no sirven para evadir la aplicación del Derecho administrativo. Solo podría considerarse huida si se entendiera que la contratación pública es siempre la mejor manera de proveerse de bienes y servicios en el mercado, cuestión que se plantea en esta investigación.

En el contexto descrito, el trabajo que sigue a continuación toma como punto de referencia el Derecho de la contratación pública que la Unión Europea ha dictado para los Estados miembros, así como el Derecho español en la materia. Se da cuenta, en primer lugar, de la europeización y expansión de la contratación pública (2), a través de la funcionalización de los conceptos empleados en las normas europeas e interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de la progresiva limitación de la libertad de los Estados miembros para decidir licitar o no. Seguidamente se analiza la pregunta que da título a esta investigación: ¿y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente? (3). Para responderla, se expone el juego de compensación de costes y beneficios que se produce en la licitación y se da cuenta de los presupuestos económicos fundamentales sobre los que se apoya la eficiencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En este punto se alude a documentos y doctrina internacional, más allá del contexto europeo y español. Tras la justificación de la existencia de escenarios y situaciones en las que la licitación no siempre es necesariamente la mejor opción, se analizan las fórmulas alternativas a la contratación pública (4). En este punto se vuelve especialmente a la referencia del Derecho de la Unión Europea para exponer las excepciones a la licitación que se han reconocido progresivamente en la jurisprudencia del TJUE y en las directivas, así como a las fórmulas no contractuales. El trabajo se cierra con unas breves conclusiones (5).

## 2 Europeización del concepto de contrato público

El Derecho de contratación pública consagrado en las directivas y la jurisprudencia europeas se ha configurado a partir de los postulados económicos que se han expuesto en el planteamiento. A partir de las Directivas de 2004 (Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), tuvo lugar un proceso de progresiva expansión de las reglas de contratación pública que, en gran medida, se realizó gracias a la interpretación del concepto de contrato público por el TJUE. Las reglas de adjudicación de contratos públicos, que permitían seleccionar la mejor oferta disponible en el mercado, asegurando igualdad, concurrencia y transparencia, debían extenderse a todos los

<sup>19</sup> Al respecto, las propuestas de GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 59, 2022.

<sup>20</sup> Aparece la expresión tempranamente en GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 425-439, p. 425.

supuestos de adquisición de prestaciones. El concepto de contrato público se despojaba, así, de elementos esenciales en las tradiciones jurídicas nacionales, como puede ser la existencia de acuerdo de voluntades entre dos partes autónomas. Se operaba, de este modo, una funcionalización del concepto de contrato. Este proceso puede explicarse, en parte, por la limitada competencia de la Unión Europea en este ámbito, que se liga fundamentalmente a la realización del mercado interior (art. 114 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y que le impide, en principio, inmiscuirse en el ámbito de organización interna de los Estados miembros. El resultado es una pérdida de espacio por parte de los Estados miembros para definir fórmulas alternativas a la contratación pública y de limitación indirecta de su libertad para decidir acudir o no al mercado.

## 2.1 Funcionalización del concepto de contrato público

El TJUE ha afirmado en distintas ocasiones el deber de interpretar en clave funcional los conceptos empleados en las reglas europeas de contratación pública<sup>21</sup>. De este modo, concentra el poder para determinar el alcance del Derecho europeo y asegura su efecto útil. El concepto de contrato público se ha desarrollado en los últimos años en torno a cuatro notas esenciales, que están ligadas a las partes del contrato (ámbito subjetivo), el objeto del contrato (ámbito objetivo), la existencia de onerosidad y de selectividad. La última de estas notas se ha identificado en una jurisprudencia muy reciente, así que puede considerarse que todavía está en una fase de configuración, especialmente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. A continuación, se exponen de forma breve estos elementos que conforman los contratos públicos en el Derecho europeo y que se apoyan en la definición contenida en las directivas<sup>22</sup>.

En primer lugar, la configuración del ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre contratación pública se apoya en una definición funcional del concepto de entidad adjudicadora. Si convenimos en que la Administración de los Estados miembros es la destinataria del Derecho europeo de los contratos públicos, se trata de una Administración con distintas formas de personificación (públicas o privadas) que no se define en clave orgánica sino funcional: no importa su integración subjetiva en la Administración, entendida en sentido estricto, ni tampoco la realización de funciones típicamente administrativas. Lo relevante es que pueda considerarse un poder adjudicador de carácter público que interviene en el mercado y que, dada su condición, puede ocasionar potenciales distorsiones de la competencia entre los operadores económicos. Todas las administraciones territoriales y los organismos de Derecho público serán, así, poderes adjudicadores.

<sup>21</sup> Entre otras: STJUE de 20 de septiembre de 1988, C-31/87, *Beentjes/Estado neerlandés*; STJUE de 10 de noviembre de 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden/BFI Holding*; STJUE de 17 de diciembre de 1998, C-353/96, *Comisión/Irlanda*; y STJUE de 13 de diciembre de 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk y otros*.

<sup>22</sup> Sirva de referencia la definición del art. 2.1 (5) Directiva 2014/24/UE: "«Contratos públicos»: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios".

El concepto tradicional de Administración queda desbordado, en la medida en que también los organismos de Derecho público –definidos por las propias normas europeas– son poderes adjudicadores. Con independencia de la forma jurídica de personificación, en la medida en que una entidad se crea específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial y que está estrechamente vinculada a otros poderes adjudicadores a través de la financiación o de la composición de los órganos de supervisión, vigilancia o control, será un sujeto sometido a la aplicación de las normas “públicas” de contratación<sup>23</sup>. El Derecho europeo de contratación supera, así, la distinción tradicional entre público y privado propia de los derechos nacionales de los Estados miembros. De esta manera, desincentiva la huida a formas de organización de Derecho privado, puesto que el grado de sometimiento a las normas de contratación es igual para todos los entes que ostentan la condición de poder adjudicador<sup>24</sup>.

Junto a la definición de la entidad contratante, hay que atender a la contraparte, que participa en las licitaciones y puede lograr la adjudicación del contrato. Para referirse a ella, se emplea el concepto de operador económico. La interpretación de este concepto es muy amplia con el fin de garantizar la participación de todos los posibles interesados en una licitación<sup>25</sup>. No se quiere perder la oportunidad de encontrar la mejor oferta disponible en el mercado simplemente por haber definido de forma estrecha los contornos de quien puede ser o no operador económico. Por esa razón, entiende el TJUE que un operador económico no tiene por qué perseguir beneficio económico con su actividad o tener como finalidad prioritaria la obtención de lucro<sup>26</sup>. Tampoco tiene que disponer de estructura empresarial, ni debe tener una presencia regular en el mercado. Además, el operador económico no tiene por qué ser capaz de ejecutar la prestación con sus propios recursos, basta con que esté en condiciones de realizarla ofreciendo suficientes garantías para ello<sup>27</sup>. Y no importa que la entidad sea pública o privada y que esté financiada con fondos públicos. Esto último significa que la relación entre dos entidades públicas no queda excluida del concepto de contrato público de forma automática<sup>28</sup>; lo que supone que las formas de colaboración interadministrativa pueden considerarse contratos públicos. Asimismo,

<sup>23</sup> Art. 2.1 apdos. 1-4 Directiva 2014/24/UE. Entre otras, STJUE de 15 de enero de 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*; STJUE de 10 de noviembre de 1998, C- 360/96, *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*; STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG y otros y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*; STJUE de 16 de octubre de 2003, C-283/00, *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*; STJUE de 27 de febrero de 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*; STJUE de 22 de mayo de 2003, C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*. DÍEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, Gimeno Feliú, J.M.<sup>a</sup> (dir.), Bernal Blay, M.Á. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 55-82, p. 59.

<sup>24</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 361-383; GARCÍA-ANDRADE, J., “¿Huida o expansión del derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 139-170, p. 170.

<sup>25</sup> STJUE de 19 de mayo de 2009, C-538/07, *Assitur*.

<sup>26</sup> STJUE de 23 de diciembre de 2009, C-305/08, *CoNISMa*.

<sup>27</sup> STJUE de 12 de junio de 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti y otros*.

<sup>28</sup> Entre otras, STJUE de 18 de enero de 2007, C-220/05, *Jean Aroux y otros*.

puede haber contrato público entre una entidad contratante y una entidad sin ánimo de lucro<sup>29</sup>. En todos estos casos, en principio, debería licitarse la adjudicación de estos contratos.

El ámbito objetivo de los contratos públicos se define, también, de forma amplia: obras, servicios y suministros. Además, a partir de la Directiva 2014/23/UE se incluye una regulación propia para las concesiones de obras y de servicios. La amplitud del objeto de los contratos y concesiones se morigera, no obstante, con el reconocimiento de exclusiones. Así sucede en atención a determinadas prestaciones que presentan características que hacen poco idónea la licitación: piénsese, por ejemplo, en servicios de arbitraje o conciliación o en el ejercicio de funciones públicas. También en esa línea, se da un tratamiento especial, con reglas flexibles de adjudicación, en determinados servicios que tienen un especial arraigo nacional, como es el caso de los servicios sociales<sup>30</sup>. Asimismo, como exclusiones a la licitación, aparecen determinados contratos entre entidades del sector público, en la medida en que se cumplan una serie de condiciones<sup>31</sup> –sobre esta cuestión se vuelve más adelante al hablar de las fórmulas alternativas a la contratación–.

El siguiente elemento que debe concurrir para considerar que existe un contrato público es onerosidad. La jurisprudencia del TJUE ha reiterado que existe contrato público, aunque la contraprestación consista únicamente en el reembolso de los gastos en que se ha incurrido para realizar el objeto del contrato<sup>32</sup>. Lo mismo sucede con el reembolso de costes, que tampoco impide entender que se esté ante un contrato público, incluso cuando los costes cubren una parte de los costes generales de funcionamiento<sup>33</sup>. Esto significa que la colaboración entre entidades públicas en la que solo se reembolsen los costes puede considerarse teóricamente como un contrato público. Y lo mismo sucedería con la colaboración con entidades sin ánimo de lucro, por ejemplo.

Por último, para que exista un contrato público en clave europea, debe existir selectividad. Esto significa que el poder adjudicador elige a uno o varios operadores económicos frente a otros. El contrato beneficia a unas partes definidas claramente. Dicho de otra manera, el contratista o los contratistas tendrán exclusividad con respecto a otros posibles operadores económicos que han resultado preteridos en la licitación. Por esa razón, cuando no se da la nota definitiva de la selectividad, no hay contrato público conforme al Derecho europeo y no es necesario aplicar las reglas y principios que se consagran en las directivas de contratación pública. La elección de un adjudicatario se considera, de este modo, un elemento intrínsecamente ligado al concepto de contrato público<sup>34</sup>. Más adelante, en relación con las fórmulas alternati-

<sup>29</sup> STJUE de 29 de noviembre de 2007, C-119/06, *Comisión c. Italia*; STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" y otros*.

<sup>30</sup> Las exclusiones se recogen en los arts. 7 y ss. Directiva 2014/24/UE.

<sup>31</sup> Art. 12 Directiva 2014/24/UE.

<sup>32</sup> STJUE de 28 de enero de 2016, C-50/14, *CASTA and others*.

<sup>33</sup> STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*.

<sup>34</sup> STJUE de 2 de junio de 2016, C-410/14, *Falk Pharma*; y STJUE de 1 de marzo de 2018, C-9/17, *Tirkkonen*. DÍEZ SASTRE, S., "La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios"; Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.),

vas a la contratación, se volverá sobre esta exigencia de selectividad. Lo relevante en este momento de la exposición es constatar cómo la funcionalización del concepto de contrato público a través de sus elementos extiende la lógica de la licitación como regla general a ámbitos que previamente se habían explicado en otras claves, como, por ejemplo, la autoorganización y colaboración administrativa o la colaboración con el tercer sector. Todo ello conduce a una limitación de la libertad para decidir contratar o no, como se analiza seguidamente.

## 2.2 Libertad de los Estados miembros para contratar

La ampliación del concepto de contrato público conlleva automáticamente una extensión del deber de licitar, con independencia de que, en un momento posterior, se reconozcan excepciones a esa obligación. Esto significa que el Derecho europeo adopta una posición de partida proclive a la contratación pública. En el contexto de la Unión Europea se entiende que las reglas de funcionamiento del mercado aseguran un eficaz abastecimiento de bienes y servicios a los entes públicos. Se trata de un axioma económico que se plasma jurídicamente. Por esa razón, no hay que justificar el empleo de procedimientos de contratación pública, que se presumen siempre eficaces y ajustados a las reglas europeas. Hay que motivar, eso sí, la provisión de bienes y servicios de forma alternativa a la licitación. De ninguna manera se entiende que pueden existir fórmulas que, en casos concretos, puedan ser más eficientes que abrir un procedimiento de licitación apoyado en la concurrencia competitiva de varios operadores económicos. Esta consideración de la licitación como regla general cuyas excepciones deben motivarse es compartida por otros ordenamientos jurídicos<sup>35</sup>.

La lectura de las directivas de contratación pública podría llevar a una conclusión distinta. Siempre afirman la libertad de los Estados miembros para elegir si una necesidad se satisface mediante el recurso al mercado o a través de otras fórmulas. Se habla, así, de libertad de administración de los Estados miembros. Por ejemplo, la Directiva 2014/24/UE relativa a los contratos públicos, afirma en sus considerandos:

*«(5) Debe recordarse que ninguna disposición de la presente directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente directiva (...).»<sup>36</sup>*

La doctrina también ha entendido tradicionalmente que los Estados miembros gozaban de esa libertad<sup>37</sup>. Sin embargo, esa cautela se explica por la ausencia de un

---

*Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-261, p. 26.

<sup>35</sup> En el caso de Chile, VALDIVIA, J.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 302.

<sup>36</sup> En la misma línea, el artículo 2.1 *in fine* Directiva 2014/23/UE y el Considerando 7 Directiva 2014/25/UE.

<sup>37</sup> Así, entre otros, WILLIAMS, R., "Modernising the EU Public Procurement regime. A summary of the key changes to the public sector", *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2014, NA79-83, NA 3. En España, REBOLLO PUIG, M., "Los entes instituciones de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, pp. 359-393, p. 379: "La Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer ella misma mediante sus propios medios materiales y personales y, naturalmente, tiene el derecho de proveerse de esos medios para hacer por sí misma lo que deba

título competencial suficiente que pudiera conducir a la solución contraria. La Unión Europea no puede obligar a los Estados miembros a contratar, pero su regulación de la contratación pública genera claros incentivos para hacerlo. El hecho de que el concepto de contrato se amplíe a actuaciones tradicionalmente consideradas parte del Derecho de organización interna de los Estados miembros es una buena muestra de ello. Cuando un convenio de colaboración interadministrativa se considera un contrato público, la regla general será la licitación y deberán concurrir circunstancias específicas que justifiquen la excepción al procedimiento competitivo para su adjudicación. Puede entenderse entonces que el Derecho europeo empuja indirectamente al mercado, en la medida en que extiende el concepto de contrato a fórmulas de organización interna de la Administración y a todo tipo de colaboración público-privada para la realización de prestaciones públicas –por ejemplo, convenios con entidades sin ánimo de lucro del tercer sector– y somete a todas ellas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior<sup>38</sup>.

En el caso de España, esta situación se acentúa en la medida en que el legislador ha manifestado su opción favorable a la contratación pública frente a otras alternativas. Es el caso de la utilización de entidades instrumentales que puedan satisfacer sus necesidades de adquisición de bienes o servicios. En ese sentido, en el ámbito de la Administración General del Estado, se afirma que las entidades del sector público institucional –normalmente con la forma de sociedades mercantiles públicas– podrán ser medio propio (entidad *in house*) y recibir directamente encargos sin necesidad de licitar cuando tengan medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en su sector de actividad y se dé una de dos circunstancias: “a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico” (art. 86.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, LRJSP)<sup>39</sup>. Elegir no contratar y utilizar los propios medios debe justificarse en términos de eficiencia, cosa que no se exige para adoptar la decisión opuesta: acudir al mercado. Esta situación abre la pregunta en torno a la corrección de la premisa en la que se apoyan estas normas: ¿y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente?

---

hacer”; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 217-237, p. 220.

<sup>38</sup> Díez Sastre, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, cit., p. 63.

<sup>39</sup> Sobre el alcance de esta previsión: Díez Sastre, S., “¿Se debe aplicar el artículo 86 LRJSP a los medios propios locales?”, *Blog de idluam.org*, 9 de enero de 2019; Tejedor Bielsa, J., “De medios propios, encargos y mayor eficiencia de la contratación pública”, *Blog de espublico.es*, 29 de agosto de 2022.

## 3 ¿Y si licitar no siempre fuera la fórmula más eficiente?

### 3.1 Costes y beneficios de licitar

Los procedimientos de licitación conllevan elevados costes de transacción para las organizaciones públicas en términos de tiempo y de recursos personales y materiales<sup>40</sup>. También imponen cargas a los operadores económicos participantes, que deben asumir los costes de preparación y participación en los procedimientos, de modo que la eficacia de la licitación está ligada a la obtención de beneficios en la adquisición de bienes y servicios que compensen esos costes<sup>41</sup>. Esas ventajas pueden tener carácter exclusivamente económico –se obtiene una prestación de mayor calidad a mejor precio– o estar ligadas a una mejor satisfacción del interés general vinculado al contrato –por ejemplo, se obtiene un servicio o prestación innovadores que no estaban previamente disponibles en el mercado–. En cualquier caso, es relevante que el procedimiento de licitación produzca beneficios para las entidades contratantes del sector público y, en última instancia, para los ciudadanos. Para ello, la licitación debe configurarse con base en criterios que permitan, en primer lugar, seleccionar a licitadores con solvencia económica y técnica idónea para ejecutar el contrato, y, en segundo lugar, comparar las ofertas presentadas en atención a criterios ligados al objeto del contrato que no se apoyen únicamente en el precio y atiendan a diversos criterios relacionados con el objeto del contrato. Solo de ese modo se conseguirá celebrar un “buen contrato”<sup>42</sup>, en el sentido de que exprese el acuerdo de las partes, prevea las posibles eventualidades que surjan en la ejecución y establezca las condiciones para resolverlas, logrando, además, un *good value for money*<sup>43</sup>.

En España, algunos de los datos ofrecidos por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIReScon) son de gran utilidad para analizar el impacto económico de las licitaciones. Es el caso de la estadística relativa a la reducción obtenida en el precio de adjudicación respecto al presupuesto base de licitación en la actividad contractual de 2022<sup>44</sup>. En el conjunto de todos los tipos de procedimientos de adjudicación contenidos en el ordenamiento jurídico se obtiene una bajada media del precio de adjudicación del 11,01 % con respecto al

<sup>40</sup> Al respecto, sobre las colaboraciones público-privadas, en detalle, GAGO DE SANTOS, P., *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, p. 198.

<sup>41</sup> SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

<sup>42</sup> SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 120 y ss.

<sup>43</sup> DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs, European Commission, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, cit., p. 16.

<sup>44</sup> OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*, pp. 114 y ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.

presupuesto base de licitación fijado por el ente contratante al abrir el procedimiento (1,2 puntos porcentuales menos que en el año anterior). La mayor ventaja económica se consigue en los procedimientos restringidos tramitados en el nivel de las comunidades autónomas (17,64 %) –en los que se invita a participar a un número limitado de operadores económicos (arts. 160-165 LCSP)–, así como en los procedimientos abiertos simplificados en todos los niveles territoriales (13,99 %) –procedimientos a los que puede concurrir cualquier empresario que se tramitan de forma especialmente ágil (art. 159 LCSP)–<sup>45</sup>. Curiosamente, en los procedimientos negociados no se consiguen bajas relevantes, a pesar de que, en teoría, la negociación debería favorecer precisamente la obtención de unas mejores condiciones para la entidad contratante, en particular en contratos complejos<sup>46</sup>. Si las cifras se analizan desde el punto de vista del objeto del contrato, las mayores ventajas económicas se logran en los contratos de concesión de obras (12,48 %), seguidas de las concesiones de servicios (13,68 %), los contratos de servicios (12,73 %) y los contratos de obras (10,32 %).

De los datos disponibles puede deducirse que en los contratos de prestaciones complejas o en contratos con un importe elevado es más fácil constatar los beneficios de los procedimientos de licitación. Sin embargo, esas ventajas son difíciles de cuantificar y certificar cuando se trata de procedimientos de licitación de contratos de menor cuantía y ligados a bienes y servicios habituales en el mercado. Las cargas burocráticas pueden ser en estos casos excesivas para los beneficios que se pueden obtener en estos procedimientos, lo que puede conducir a su inaplicación en determinados supuestos<sup>47</sup>. En España, el legislador es consciente de esta situación y, por esa razón, existen umbrales *de minimis* que permiten la adjudicación directa –los denominados «contratos menores» (art. 118 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público)–. En esa misma línea, en 2017 se introdujeron fórmulas simplificadas para determinados contratos caracterizados por su valor estimado y los criterios de adjudicación empleados, con el fin de agilizar la contratación (art. 159 LCSP). A pesar de ello, es cierto que un importante volumen de irregularidades y problemas en la contratación se sitúan en los contratos de cuantía media y baja, más que en los contratos más complejos y de mayor cuantía. Y las mayores ventajas económicas y la existencia de competencia real –participación de más de un licitador– se producen en los contratos más importantes.

Esta información es fundamental para que los entes del sector público tomen conciencia de qué procedimientos son menos competitivos. De ese modo pueden elegir los procedimientos más adecuados a las circunstancias de los contratos que deben licitar<sup>48</sup>. Ahora bien, estos datos también ponen sobre la pista de que, quizás,

<sup>45</sup> No se tienen en cuenta las bajadas logradas en los contratos específicos celebrados en el marco de Sistemas Dinámicos de Adquisición, que tienen una media del 32 %, por las especiales características de esta forma de racionalización de la contratación y por la limitación del tipo de prestaciones que se pueden adquirir por esta vía.

<sup>46</sup> SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, cit.

<sup>47</sup> PINHEIRO MARTINS, F. y ROMANO MORILAS, L., "Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?", Conference paper, 13-14 septiembre 2017, Curitiba, Brasil. Acceso web: [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net), p. 3.

<sup>48</sup> En ese sentido, la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febrero de 2019, p. 5.

la contratación pública no es siempre necesariamente la vía más eficiente para proveerse de bienes y servicios necesarios para ejercer las competencias y funciones públicas. De hecho, no parece existir evidencia clara en los estudios empíricos de su eficiencia<sup>49</sup>. Del mismo modo que no todos los procedimientos de licitación de contratos públicos se adaptan de igual forma a todos los contratos, es posible que los procedimientos de licitación de contratos públicos no siempre sean la herramienta idónea para proveerse de todo tipo de bienes y servicios o para lograr la consecución de los fines públicos.

Así se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina al analizar las distintas formas de gestión, directa e indirecta (mediante contratos públicos), de los servicios públicos tanto en el contexto europeo como en el norteamericano. La naturaleza de la prestación, la estructura del mercado, el tipo de sujeto con el que se quiere contratar (ente público, entidad privada, con o sin ánimo de lucro) o la capacidad técnica de la Administración involucrada son factores que pueden afectar a la toma de esta decisión, que está guiada por factores coyunturales más que ideológicos o políticos<sup>50</sup>. En efecto, otra parte de la doctrina sostiene que la optimización de la competencia es el mejor modo de conseguir una adquisición de bienes y servicios eficiente, que puede, incluso, por sí misma promover fines estratégicos como la innovación o la sostenibilidad<sup>51</sup>. Pero la eficiencia de la licitación de contratos públicos se apoya en una serie de presupuestos económicos que no siempre concurren en la realidad, bien porque el mercado no siempre funciona de forma óptima, bien porque existen otros valores y fines vinculados al interés general que se satisfacen mejor con otras técnicas jurídicas. Además, las ventajas de la contratación parecen tender a reducirse con el tiempo, una vez que se obtienen los beneficios derivados de externalizar la producción de la prestación requerida<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> QIAN, J., LU, J. y ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., p. 14.

<sup>50</sup> Así, entre otros: FERRIS, J. y GRADY, E., "Contracting out: For What? With Whom?", *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344; BEL I QUERALT, G. y ESTRUCH MANJÓN, A., "La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?" *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, 2012, pp. 193-205; SAVVIDES, D.S., "Public vs Private Waste Management: Is It a Matter of Privatisation or Effective Public Management?", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2018, pp. 156-168; recientemente, en España, REYNAERS, A.-M., NAVARRO, C., GONZÁLEZ MEDINA, M. y RAMA, J., *La externalización de servicios públicos a nivel local. Experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, INAP, Madrid, 2021, pp. 42, pp. 147 y ss.; en relación con Estados Unidos, QIAN, J., LU, J. y ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., pp. 1-22.

<sup>51</sup> En esta línea, por todos, SÁNCHEZ GRAELLS, A., "Truly Competitive Public Procurement as a "Europe 2020" Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?", *European Public Law*, n. 2, 2016, pp. 377-394. En relación con esta propuesta teórica, en Colombia, BARRETO, S., "Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 297-304.

<sup>52</sup> QIAN, J., LU, J. y ZHAO, J., "A replication of exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states", cit., p. 10.

## 3.2 Condiciones que aseguran la eficiencia de los procedimientos de licitación

El Derecho de la contratación pública –en particular, el Derecho europeo– ha dado forma jurídicamente a una serie de principios de carácter económico con el fin de asegurar que los Estados no distorsionan el buen funcionamiento del mercado al demandar bienes y servicios en el mercado. La contratación pública se configura, de este modo, como un sector regulado de forma estricta por el Derecho<sup>53</sup> que pivota en torno al paradigma de la competencia en el mercado. Se entiende que, si mejora la competencia, mejorará también la eficiencia<sup>54</sup>. En España, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia expresa esta premisa de forma muy clara<sup>55</sup>:

*«La competencia entre los licitadores les incentiva a ajustar el precio de sus ofertas, a aumentar la calidad ofrecida de bienes y servicios y a presentar mayor variedad de ofertas. Optimiza el uso de los fondos públicos y beneficia tanto a la Administración contratante como a los ciudadanos. Por otra parte, unas condiciones de competencia deficientes pueden derivar en un innecesario desaprovechamiento de recursos públicos, siempre escasos y costosos, en un incremento del riesgo de colusión entre empresas e incluso, en los casos más extremos, en problemas de corrupción».*

Esta juridificación de la contratación pública ha conducido a una mayor formalización y, por tanto, a un mejor control de esta parte de la actividad pública. Sin embargo, tiene como presupuesto la concurrencia de múltiples factores que condicionan el buen funcionamiento de los procedimientos de adjudicación<sup>56</sup>. Se trata de condiciones vinculadas tanto a la competencia existente en el mercado, como a la capacidad de la entidad contratante de planificar, diseñar y tramitar adecuadamente la licitación. En la medida en que esos requerimientos no concurren, es posible que la contratación pública no sea siempre la mejor opción. De hecho, en este ámbito de actividad pública se produce un elevado volumen de incumplimientos de determinadas normas que, sin conducir a la invalidez de las actuaciones públicas, pone de manifiesto el desajuste entre la realidad y el Derecho<sup>57</sup>. Es posible que en algunos casos sea necesario mejorar esas circunstancias para potenciar la eficiencia de la contratación pública. Pero habrá otros supuestos en los que, quizás, no sea posible o deseable alterar esas circunstancias y donde otras fórmulas alternativas a la contratación pública puedan ser más eficientes.

<sup>53</sup> BALÁZS RIGÓ, C. y KUGLER, T., "Single Bidder Procurement", *European Procurement & Private Partnership Law Review*, n. 2, 2021, pp. 99-109, p. 100.

<sup>54</sup> En España, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, p. 4. Para Colombia, SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, cit.

<sup>55</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febrero de 2019, p. 6.

<sup>56</sup> BALÁZS RIGÓ, C. y KUGLER, T., "Single Bidder Procurement", cit., p. 100.

<sup>57</sup> DÍEZ SASTRE, S., "¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?", cit., p. 260.

En esta línea, en seguida se analizan algunos de los presupuestos sobre los que se apoya el Derecho de la contratación pública para asegurar una compra eficiente. Para ello, se han tomado como referencia algunos de los parámetros que aparecen en el “cuadro de indicadores del mercado único” (*Single Market Scoreboard*) que anualmente publica la Comisión Europea para medir el buen funcionamiento del mercado interior en relación con los contratos sometidos al Derecho europeo<sup>58</sup>. En el ámbito de la contratación pública, la Comisión proyecta 12 indicadores sobre los Estados miembros: (1) licitador único (en procedimientos abiertos a la competencia); (2) adjudicación directa; (3) publicación de contratos a nivel europeo en atención al PIB; (4) compra conjunta; (5) adjudicación por precio; (6) agilidad en la adjudicación; (7) adjudicación a pymes; (8) presentación de ofertas por pymes; (9) división en lotes; (10) licitaciones con condiciones desconocidas; (11) número de registro del contratista desconocido; (12) número de registro del ente contratante desconocido. Algunos de estos criterios se relacionan directamente con el buen funcionamiento del mercado interior, de acuerdo con los objetivos de las normas europeas, y no necesariamente con la eficiencia de las compras públicas –es el caso de los indicadores (3), (4), (5), (7), (8), (9)–. Sin embargo, otros encajan perfectamente con los presupuestos económicos de la eficiencia de los contratos públicos. Es el caso de los indicadores relativos al licitador único, la adjudicación directa, la agilidad en la adjudicación, así como las licitaciones con condiciones desconocidas o la ausencia de datos de registro del comprador o del contratista. A continuación, se incorporan en el análisis de los siguientes presupuestos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos: planificación y buen diseño del contrato, existencia de oferta plural y selectividad.

### 3.2.1 Planificación y buen diseño del contrato

El buen funcionamiento de los procedimientos de licitación de contratos públicos está especialmente vinculado a su planificación. En España, la legislación vigente prevé la elaboración de un plan de contratación por las entidades del sector público que deben publicar anual o plurianualmente (art. 28.4 LCSP). Sin embargo, esta previsión no es muy eficaz en la práctica por su vaguedad en la descripción del deber de planificación y su carácter parcial con respecto al conjunto de la contratación de los entes públicos. En la práctica, es habitual que las entidades públicas no hayan reflexionado sobre cuáles son las necesidades estructurales que quieren cubrir mediante contratos públicos, con el fin de programar un calendario que les permita preparar y licitar los contratos de forma óptima. La ausencia de previsión conduce en ocasiones a la extinción de contratos sin que se haya licitado el nuevo contrato, lo que puede derivar en la denominada “contratación irregular”: el contratista anterior continúa prestando sus servicios sin un título jurídico que lo ampare, con los problemas que ello plantea desde el punto de vista presupuestario y administrativo.

<sup>58</sup> El cuadro está accesible en web: <https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/>\_en (última consulta: 6 de noviembre de 2023). Críticos con el carácter parcial de los datos y la estadística analizada por la Comisión Europea: BALÁZS RIGÓ, C. y KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., pp. 99 y ss.

En la misma línea, hay que tener en cuenta que los órganos de contratación no solo deben renovar los contratos ya celebrados cuando se extinguen, sino que también deben identificar nuevas necesidades<sup>59</sup>. Sin una adecuada planificación, no siempre cuentan con capacidad para atenderlas, destinando un tiempo suficiente para confeccionar adecuadamente los documentos contractuales. No se logra, así, una adecuada priorización de la estrategia de contratación del ente público que permita destinar de forma eficiente los recursos personales y materiales de que se dispone para hacer frente a los procedimientos de licitación<sup>60</sup>.

La planificación de la contratación está directamente vinculada con el buen diseño de la documentación contractual. Los pliegos contractuales son la pieza clave para garantizar una adecuada selección del contratista y una ejecución posterior del contrato libre de dificultades técnicas y jurídicas. Hay contratos que se quedan desiertos porque la entidad contratante no es capaz de definir el contrato de forma atractiva para los operadores económicos que podrían ejecutarlo. Tiene dificultades para conocer las soluciones que ofrece el mercado, así como para establecer el presupuesto base de licitación atendiendo a los costes reales en los que deberá incurrir el contratista, que, en ocasiones, son muy cambiantes<sup>61</sup> –así, por ejemplo, en la actualidad española esos cambios se han producido como consecuencia de las modificaciones en el salario mínimo interprofesional o de la subida del precio de las materias primas y de la energía–. En ese sentido, la pandemia ha puesto de manifiesto las carencias de habilidades comerciales en el sector público, su deficiente conocimiento del mercado y de las cadenas de distribución<sup>62</sup>. En otros casos, es posible que el contrato contenga previsiones incompletas o que no logre trasladar adecuadamente al contratista cuáles son las necesidades que debe satisfacer la entidad pública contratante<sup>63</sup>. También pueden establecerse niveles de solvencia desproporcionados que dejen fuera a posibles operadores económicos interesados. Todo ello puede afectar a la atracción de licitadores interesados o a la articulación de criterios idóneos para comparar las distintas ofertas.

Para solventar estos problemas, se han previsto herramientas como las consultas preliminares de mercado (art. 115 LCSP)<sup>64</sup> y otras técnicas similares que permiten conocer mejor el mercado antes de celebrar los procedimientos de adjudicación<sup>65</sup>. Ahora bien, el perfil del personal encargado de confeccionar la documentación contractual y su capacitación parece estar en el núcleo del problema. En algunos países

<sup>59</sup> SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 146.

<sup>60</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, cit., p. 21.

<sup>61</sup> SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 122.

<sup>62</sup> BLEETMAN, R. y METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, noviembre 2021; SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 147.

<sup>63</sup> SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, cit., p. 120.

<sup>64</sup> Por todos: DE GUERRERO MANSO, C., "Las consultas preliminares del mercado, una herramienta para mejorar la eficiencia de la contratación pública", Gimeno Feliú, J.M.ª (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071.

<sup>65</sup> Para el caso de Perú: OECD, *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, *OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, París, 2017.

se acusa la falta de conocimientos jurídicos del personal encargado de las compras públicas o su escaso grado de especialización<sup>66</sup>. En España es habitual que el diseño de la documentación contractual esté en manos de personal con formación jurídica –en concreto, los denominados pliegos de condiciones administrativas particulares–, así como de personal técnico –los llamados pliegos de prescripciones técnicas–. La tramitación del procedimiento corresponde a juristas, fundamentalmente. Esta circunstancia puede considerarse una ventaja frente a otros sistemas en los que no están garantizados los conocimientos jurídicos de las personas encargadas de la licitación<sup>67</sup>. Sin embargo, en ocasiones, esto puede conducir a una falta de conocimiento del mercado, que dificulte conocer la oferta disponible en el mercado y, en especial, los precios a los que se realizan determinadas prestaciones<sup>68</sup>. Además, una visión excesivamente jurídica del procedimiento también puede desembocar en una menor agilidad en su tramitación. A ello hay que sumar las diferencias que existen entre los distintos niveles territoriales. Mientras que a nivel estatal y regional resulta más fácil contar con personal especializado, en el nivel local se encuentran dificultades en este sentido<sup>69</sup>. Sin embargo, la complejidad de los procedimientos es la misma en todos los niveles territoriales.

En esta situación, hay que tener en cuenta que el giro estratégico de la contratación pública complica el diseño del contrato, ya que obliga a introducir criterios sociales, medioambientales o laborales. En la práctica, los órganos de contratación tienen dificultades para cumplir con estas exigencias que se alejan de los presupuestos económicos que han servido de base para diseñar los procedimientos de licitación. Es difícil poner cifras a esta situación. En España, la OIREscon ha analizado una muestra limitada de contratos (1.878) con el fin de determinar cómo se articulan los criterios estratégicos<sup>70</sup>. En las condiciones de admisión apenas se introducen criterios estratégicos –un 90,36 % de los casos analizados no introduce ninguno–; en los criterios de adjudicación la tendencia es similar –en un 82,43 % de los contratos no se incorpora ninguno–. Algo distinto sucede en las condiciones especiales de ejecución, ya que la ley exige la introducción de criterios estratégicos (art. 202 LCSP), de manera que sí se incorporan en el 86,21 por ciento de los supuestos analizados. Estos datos muestran que las condiciones estratégicas no se están incorporando, en general, como un

<sup>66</sup> En relación con los países del Caribe: SHILLINGFORD MCKLIMON, S.J.-A. y SINCLAIR, S.G., “Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, Piga, G. y Tátrai, T. (eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Cornwall, 2018, pp. 31-60, p. 43; En relación con Costa Rica, OECD, *Towards a new vision for Costa Rica's Public Procurement System: Assessment of key challenges for the establishment of an action plan*, OECD Publishing, París, 2020, p. 54.

<sup>67</sup> Es el caso de Brasil, PINHEIRO MARTINS, F. y ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, *Conference paper: 4th RME Research Conference*, 13-14 septiembre 2017, Curitiba, Brazil. Acceso web: [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net), p. 7.

<sup>68</sup> PINHEIRO MARTINS, F. y ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, cit., p. 6.

<sup>69</sup> Para México, OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, París, 2021.

<sup>70</sup> OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación*, marzo de 2022, pp. 51 y ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.

criterio que afecte a la selección del contratista. Su eficacia es relativa. Se introducen como elementos para tener en cuenta en la ejecución y, en muchas ocasiones, se refieren a mandatos que ya están impuestos por el ordenamiento jurídico<sup>71</sup>. Una de las razones que pueden explicar estas dificultades es la capacitación del personal al servicio de las administraciones públicas encargado de diseñar los documentos contractuales. Una vez más, en este ámbito las administraciones estatales y regionales tienden a tener más facilidad en este aspecto que las administraciones locales<sup>72</sup>. Además, en todos los casos, se plantea el problema de medición de su grado de cumplimiento y del impacto que tienen, efectivamente, en los ámbitos en los que se proyectan. No es claro que sean medidas verdaderamente eficaces e introducen cierto trastorno en unos procedimientos que estaban orientados a lograr sacar el mayor rendimiento al gasto público (*value for money*).

### 3.2.2 Pluralidad de licitadores

El siguiente presupuesto de eficiencia de las licitaciones públicas es la existencia de oferta plural. Se ha señalado anteriormente que las reglas de contratación pública imponen a los participantes – tanto entidades contratantes como operadores económicos – los costes derivados de la licitación pública, presuponiendo que de ese modo se alcanza un beneficio compensatorio al identificar la mejor oferta disponible en el mercado. Se entiende que la competencia ayuda a la mejor consecución del interés general, al mismo tiempo que fomenta el buen funcionamiento del mercado. Para funcionar, el sistema parece necesitar entonces cierto grado mínimo de competencia. Esto implica que exista una oferta plural, esto es, que haya suficiente número de operadores económicos en el mercado que estén interesados en competir en las licitaciones públicas.

De forma coherente con esta premisa, en el contexto de la Unión Europea, la Comisión considera en su “Cuadro de indicadores del mercado único” que la existencia de un único licitador puede ser un indicio de corrupción, sin atender a otro tipo de criterios<sup>73</sup>. La ausencia de suficiente presión competitiva limita directamente la eficiencia de la contratación pública. Este mismo parámetro se emplea a nivel internacional. En el caso de México, la OCDE apunta a la pequeña base de proveedores como una deficiencia del sistema. El número promedio de ofertas recibidas en 2018 en una muestra de las licitaciones tramitadas por COMPRAMEX fue de 2,4 en compra de bienes, y de 1,7 en adquisición de servicios. Esta situación se relaciona, en el caso del país norteamericano, con las barreras que establece la legislación interna para la participación de empresas extranjeras<sup>74</sup>. También en los países del Caribe se ha

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>72</sup> FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. y GONZÁLEZ-CRUZ, M.C., “Analysis of the Situation of Social Public Procurement of Works at the Valencian Region (Spain)”, *Sustainability*, n. 13, 2021, pp. 1-23, p. 19.

<sup>73</sup> De forma crítica al respecto, BALÁZS RIGÓ, C. y KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, cit., p. 100.

<sup>74</sup> En referencia al caso de México, OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, cit.

detectado el mismo tipo de disfunción en el mercado de las compras públicas<sup>75</sup>. Y en Colombia se registra un alto porcentaje de adjudicaciones directas y procedimientos con un escaso número de participantes<sup>76</sup>.

En España, la información estadística que elabora la OIREscon pone de manifiesto una clara correlación entre el número de licitadores que concurrieron a los procedimientos de licitación y la existencia de una reducción económica en el precio de adjudicación con respecto al presupuesto base de licitación<sup>77</sup>. En 2022 se obtuvieron mejores precios en los procedimientos en los que se presentó un mayor número de ofertas. Siendo esto así, llama la atención el elevado volumen de contratos en los que únicamente concurrió un licitador –una vez excluidos los procedimientos negociados sin publicidad (art. 168 LCSP)–. En cerca de la mitad de las licitaciones celebradas se presentó un único licitador. Además, desde 2019 existe una tendencia a la baja en la participación de licitadores en los procedimientos de adjudicación<sup>78</sup>. La Oficina aporta, además, un dato fundamental en su informe de 2022: “hay una mayor existencia de un único licitador en contratos de menor importe de adjudicación”<sup>79</sup>.

Los datos expuestos no pueden hacer olvidar que la participación de los operadores económicos en los procedimientos de adjudicación se incrementa con su mayor publicidad, transparencia y garantía de la igualdad y concurrencia<sup>80</sup>, de manera que es posible que la oferta disminuya en los casos en que los operadores económicos consideran que tienen menos posibilidad de competir en condiciones de igualdad y transparencia. Ahora bien, en determinados ámbitos geográficos apenas hay oferta o, al menos, no hay una oferta plural. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en entornos rurales, donde actúan administraciones de pequeño tamaño, o en entornos especialmente deprimidos<sup>81</sup>. En estos casos, la entidad contratante está abocada a contratar con el único operador económico que existe o que está dispuesto a ejecutar la prestación. En estas circunstancias los entes públicos tienen muchas dificultades para optimizar el gasto público<sup>82</sup>. Lo mismo ocurre con algunas prestaciones que solo pueden ser ejecutadas por un número muy limitado de operadores o incluso por uno solo de ellos –es el caso, por ejemplo, de la existencia de patentes–. También hay supuestos en los que la prestación tiene escasa entidad y los operadores económicos

<sup>75</sup> Para la zona del Caribe, SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. y SINCLAIR, S.G., “Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, cit., p. 44.

<sup>76</sup> OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2016, pp. 71 y ss.

<sup>77</sup> OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*, cit., pp. 100 y ss. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>79</sup> OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2022. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2021*, p. 103. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>.

<sup>80</sup> OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, OECD Publishing, París, 2019.

<sup>81</sup> FERRIS, J. y GRADDY, E., “Contracting out: For What? With Whom?”, cit., p. 337.

<sup>82</sup> SHILLINGFORD MCKLON, S.J.-A. y SINCLAIR, S.G., “Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, cit., p. 44.

que pudieran estar interesados –normalmente pymes– tienen dificultades para participar en los procedimientos de contratación pública. Asimismo, cabe pensar en prestaciones habituales en el mercado que se ofertan de forma homogénea por múltiples operadores económicos, tanto en precio como en condiciones, en las que hay poco margen para obtener los beneficios derivados de una licitación.

De estas circunstancias, expuestas sin ánimo de exhaustividad, cabe deducir que no en todos los casos la inexistencia de una pluralidad de operadores económicos interesados tiene que ver con la necesidad de optimizar el procedimiento de licitación. Puede haber situaciones en que las circunstancias conducen a la inexistencia de oferta plural en el mercado o de una competencia eficaz. En consecuencia, puede afirmarse que los procedimientos de licitación no siempre son eficientes y que es posible pensar en fórmulas alternativas a la contratación pública.

En este orden de ideas, no se pueden perder de vista los efectos adversos que pueden producir los procedimientos de licitación en la estructura del mercado y en el comportamiento de los operadores económicos. Las licitaciones se apoyan en la inexistencia de prácticas anticompetitivas, como pueden ser las prácticas colusorias. A pesar de ello, es posible encontrar estudios en la doctrina que demuestran cómo las exigencias de transparencia de las normas de contratación pública pueden favorecer precisamente las prácticas colusorias tácitas entre los operadores económicos<sup>83</sup>. En esta misma línea, el auge de la contratación pública ligado a la mejora del denominado *value for money* –vinculado a la supuesta mayor eficiencia del sector privado– puede tener otras contrapartidas negativas. En la literatura se alerta de la creación de operadores económicos dominantes, por su carácter estratégico en determinados sectores, así como de la aparición de entidades *too-big-to-fail*; y de las dificultades para gestionar el mercado de los servicios públicos. Asimismo, se ha identificado el surgimiento de actores privados que pasan a ser algo más que proveedores del sector público, en el sentido de que tienen un amplio margen de autonomía en la gestión de lo público<sup>84</sup> –piénsese, especialmente, en el ámbito de los servicios digitales–. Así pues, es importante analizar los procedimientos de licitación y sus efectos económicos para el sector público y el mercado desde todos los puntos de vista.

### 3.2.3 Selectividad

La competencia en la que se apoyan las reglas de contratación pública está necesariamente ligada a la existencia de selectividad o exclusividad. No en vano, como se ha visto anteriormente, esta característica es una de las notas definitorias de los contratos públicos conforme a la jurisprudencia del TJUE. En las licitaciones se busca la concurrencia de varios operadores económicos interesados con el fin de elegir a uno de ellos –o varios de ellos, en el caso de la división del contrato en lotes–. El resultado conduce a la selección de un operador económico, que ejecutará

<sup>83</sup> ESTEVAN DE QUESADA, C., "Competition and Transparency in Public Procurement Markets", *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2014, pp. 229-244, p. 230.

<sup>84</sup> Al respecto, en relación con el Reino Unido, en detalle, MEGGIT, B., "Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors", cit., p. 245.

el contrato, frente a los demás que quedarán excluidos del mercado hasta que se abra de nuevo la posibilidad de competir con una nueva licitación. Precisamente la expulsión (temporal) del mercado de los competidores es uno de los incentivos que produce la licitación y que parece estar en la base de la eficiencia de las licitaciones. Los operadores económicos tratarán de presentar la mejor oferta, apoyándose en los criterios de adjudicación, con el fin de obtener el contrato y mejorar su posición en relación con sus competidores en el mercado.

Ahora bien, junto a los beneficios de esta selectividad para el buen funcionamiento de la contratación pública y del mercado, hay que tener en cuenta posibles efectos adversos. En ese sentido, destaca el coste de participación en procedimientos de licitación cuyo resultado es incierto para los operadores económicos<sup>85</sup>. Los operadores económicos interiorizan una parte importante del coste de funcionamiento del sistema de licitaciones y solo uno o algunos de ellos logran rentabilizarlo. También puede pensarse en la expulsión del mercado de los licitadores preteridos durante el tiempo de duración del contrato<sup>86</sup>. Como se ha señalado anteriormente, estos efectos pueden conducir a la concentración de empresas en determinados sectores en los que ciertos operadores económicos lleguen a tener carácter dominante. La desaparición de la pluralidad de ofertas tendría efectos perniciosos para la competencia. Asimismo, habría que apuntar al riesgo que asume la entidad pública contratante que puede sufrir los efectos de posibles incumplimientos del contratista seleccionado en la ejecución del contrato, que repercuten de forma más o menos directa en los ciudadanos, en atención al tipo de prestación que era objeto del contrato. La selectividad propia de los procedimientos de licitación pública no siempre tendrá, por tanto, efectos positivos para los operadores económicos y el ente contratante. Cabe pensar en otras fórmulas que podrían ser más eficientes dependiendo de la estructura del mercado y del tipo de prestaciones requeridas por el sector público.

## 4 Alternativas a la licitación

La exposición realizada en las páginas anteriores cuestiona que siempre sea mejor licitar frente a otro tipo de técnicas jurídicas porque no parece que siempre resulte la fórmula más eficiente desde un punto de vista económico. Las circunstancias pueden no ser idóneas para el buen funcionamiento de los procedimientos de licitación y no siempre se trata de aspectos que puedan mejorarse a través de la regulación o de la actuación de los poderes públicos. Además, hay que tener en cuenta que, en sistemas democráticos, las entidades del sector público deberían contar con margen para decidir cuál es la mejor forma de proveerse de bienes y servicios y de prestar los servicios públicos a sus ciudadanos. Los beneficios derivados de las licitaciones se sitúan en un plano fundamentalmente económico, pero existen otro tipo de ventajas

<sup>85</sup> GAßNER, M. y STRÖMER, J.M., "Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? — Der «Open-house» — Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14", *NZS*, n. 21, 2014, pp. 811-815, p. 811.

<sup>86</sup> BAUER, C., HUNOLD, M., HÜSCHEL RATH, K., JAHN, R., KOTSCHEDOFF, M., LAITENBERGER, U., LUX, G., MAY, U., WALENDZIK, A., WASEM, J. y WEEGEN, L., *Rabattvertragsausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 208.

que pueden ligarse al interés general. La corriente de la contratación estratégica se sitúa precisamente en línea con la consecución de objetivos públicos en paralelo a los puramente económicos.

Durante un tiempo la contratación pública ha parecido colonizar el Derecho de la organización administrativa y todo tipo de fórmulas de colaboración público-privada centrada en la adquisición de bienes y servicios. Pero la exaltación de los contratos públicos como la mejor forma de proveerse de bienes y servicios se ha moderado en los últimos años. En el Derecho europeo, tanto el TJUE como el legislador han reconocido progresivamente vías alternativas a la contratación pública. En este sentido, cabe adjudicar directamente determinados tipos de contratos de carácter público-público –encargos a medios propios (*in house*) y convenios de colaboración– o de carácter público-privado, cuando la entidad con la que se contrata pertenece al tercer sector y rige su actividad por el principio de solidaridad. En estos casos se sigue considerando que existen contratos públicos, pero sus características justifican que no sea necesario tramitar una licitación para adjudicarlos. Estas posibilidades han acabado consolidándose en el Derecho positivo, tanto a nivel europeo como nacional. Por otro lado, el propio concepto de contrato público ha continuado perfilándose en un sentido restrictivo, de manera que se excluyen determinadas técnicas que se consideran no contractuales y, por tanto, no exigen la aplicación de las reglas de licitación propias de los contratos públicos. A estos casos, se suman exclusiones y excepciones a las reglas de contratación pública configuradas por el propio Derecho europeo atendiendo a la falta de idoneidad de la contratación pública para proceder a la adquisición de ciertos bienes y servicios (es el caso de determinados servicios jurídicos o de la compra pública precomercial, por poner algunos ejemplos<sup>87</sup>).

A continuación, se hace una breve exposición de algunas de estas técnicas que, junto a los contratos públicos que deben licitarse, componen un catálogo más amplio que puede adaptarse mejor a las distintas necesidades que deben satisfacer los entes del sector público. Quiere demostrarse de este modo que en estos casos no se trata de huir del Derecho administrativo, puesto que estas técnicas siguen gobernadas en todo caso por reglas especiales de funcionamiento para las entidades del sector público, y que, según las circunstancias, pueden ser técnicas adecuadas para que los poderes públicos se provean de bienes y servicios en el mercado. Ahora bien, ciertamente, el sistema sigue pivotando sobre la regla de licitación de contratos públicos: los supuestos que se analizan seguidamente son, o bien excepciones a la regla de licitación por razones justificadas, o bien casos en los que se considera que no hay contrato –aunque podría haberlo si se dan los elementos propios del contrato público–. Esta situación es consecuencia, fundamentalmente, de la expansión del concepto de contrato público que ha realizado el TJUE.

<sup>87</sup> Al respecto, GIMENO FELIÚ, J.M.ª, "Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 19-60.

## 4.1 Colaboración público-pública

El Derecho europeo ha abierto progresivamente la posibilidad de adjudicar de forma directa determinados contratos públicos en los que ambas partes son entidades del sector público. Como se verá en seguida la razón de excluir las reglas de licitación se apoya en la relación existente entre las partes, así como en la inexistencia de un impacto relevante de su actividad en el buen funcionamiento del mercado. Las condiciones establecidas a tal efecto pueden, eso sí, ser restringidas por los Estados miembros a nivel interno<sup>88</sup>. Es el caso de España, que contiene unas reglas más exigentes que las previstas a nivel europeo en algunos aspectos (arts. 6, 32 y 33 LCSP y art. 86.2 LRJSP), a las que no es necesario hacer referencia a los efectos de este trabajo.

### 4.1.1 Vertical

En sentido estricto, una operación interna o contrato *in-house* es un procedimiento en el que una entidad adjudicadora atribuye a uno de sus servicios sin personalidad jurídica propia la realización de determinadas prestaciones. Esas operaciones no tienen ninguna relevancia desde el punto de vista del Derecho de la contratación pública, puesto que se trata de “procedimientos administrativos puramente internos”<sup>89</sup>. Sin embargo, en sentido amplio incluyen aquellos casos en que la entidad a la que se encarga una prestación tiene personalidad jurídica diferenciada<sup>90</sup>, como sucede en el caso de las sociedades mercantiles públicas. La Comunicación “la contratación pública en la Unión Europea” de la Comisión Europea (COM (98) 143, de 11 de marzo), aludió por primera vez al concepto de operación interna o contratación *in house*. Precisamente apuntaba a la necesidad de aclarar este concepto, con el fin de determinar si engloba los contratos que se adjudican dentro de una Administración pública; por ejemplo, entre una Administración central y local o entre una Administración y una sociedad que le pertenece íntegramente. En todos los países de la OCDE existen previsiones legales en torno a la posibilidad de realizar contratos *in house*. Los ordenamientos jurídicos han evolucionado para evitar que esta técnica se empleara como una forma de evadir la aplicación de las reglas de contratación pública. Por esa razón, es habitual que se establezca la obligación de que la entidad *in-house* ejecute directamente un porcentaje del encargo realizado<sup>91</sup>.

En el Derecho europeo, el *leading case* en este ámbito fue la Sentencia Teckal del TJUE<sup>92</sup>. Este pronunciamiento afirma de forma rotunda que “las únicas excepcio-

<sup>88</sup> Recientemente, la STJUE de 3 de octubre de 2019, C-285/18, *Irgita*; y el ATJUE de 6 de febrero de 2020, C-89/19 a C-91/19, *Rieco*.

<sup>89</sup> Si la adjudicación se produce a un organismo que no tiene personalidad jurídica propia, en ningún caso puede haber contrato, como señalan las conclusiones de la abogada general Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas el 23 de septiembre de 2004, C-26/03 – Stadt Halle y RPL Lochau, apdo. 49.

<sup>90</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 1 de marzo de 2005, C-458/03 – Parking Brixen, apdo. 2.

<sup>91</sup> OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, cit.

<sup>92</sup> STJUE de 18 de noviembre de 1999, C-107/98, *Teckal*.

nes permitidas a la aplicación de la Directiva 93/36 son las mencionadas taxativa y expresamente en ella”<sup>93</sup> y que el juez nacional debe verificar si concurren los requisitos propios de los contratos públicos. Así que la cuestión se centra en determinar los elementos propios de los contratos públicos ligados al objeto y los sujetos. La jurisprudencia posterior afinó los criterios que permiten adjudicar directamente un contrato *in-house* hasta que las Directivas de 2014 los positivizaron (art. 17 Directiva 2014/23/UE y art. 12 Directiva 2014/24/UE). Conforme al Derecho vigente, los requisitos se centran fundamentalmente en dos aspectos: en primer lugar, la inexistencia de intereses privados en la entidad *in house*, lo que se asegura con la titularidad pública del capital y con la existencia de control análogo por una Administración –entendido como “una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada”–; en segundo lugar, con la limitación del impacto económico de la actividad que pueda realizar en el mercado la entidad *in-house* –en ningún caso puede superar el 20 %–. Si se cumplen de forma cumulativa estas condiciones es posible adjudicar directamente un contrato público–público en el marco de lo que se denomina “cooperación vertical”. En la práctica surgen problemas de aplicación de estas reglas, especialmente cuando la entidad instrumental está controlada por varias administraciones públicas, algo habitual en el ámbito local; se parte de una interpretación estricta de estas entidades en la medida en que se tratan como una excepción a la licitación. No obstante, a nivel europeo parece existir una apertura progresiva de los criterios de control en estos supuestos de entidades *in-house* conjuntas<sup>94</sup>.

#### 4.1.2 Horizontal

La Directiva 2014/24/UE (art. 12.4) positivizó por primera vez la cooperación horizontal o no institucionalizada. Esta fórmula había sido reconocida años antes por el TJUE como una extensión necesaria de las técnicas de cooperación vertical que permitían cierto margen de autoorganización de los Estados miembros<sup>95</sup>. En el proceso de codificación se afinaron los criterios jurisprudenciales desarrollados previamente. Se permite la celebración de contratos público–públicos entre entidades del sector público que tengan la condición de poder adjudicador siempre que concurren una serie de condiciones que justifican la exclusión de la licitación. Esos requisitos son: la existencia de una cooperación para garantizar servicios públicos y lograr objetivos comunes, que esté guiada únicamente por consideraciones de interés público; y el limitado impacto en el mercado de las actividades a realizar –los poderes adjudicadores participantes deben realizar en el mercado abierto menos del 20 % de las

<sup>93</sup> *Ibidem*, apdo. 43.

<sup>94</sup> STJUE de 18 de junio de 2020, C-328/19, *Porin Kaupunki*.

<sup>95</sup> STJUE de 9 de junio de 2009, C-480/06, *Comisión c. Alemania*; y STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*.

actividades objeto de la cooperación—. En esta misma línea, se excluye la posibilidad de que participen entidades con capital privado<sup>96</sup>.

Recientemente, el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la excepción consagrada en las directivas<sup>97</sup>. Se aclaran algunos aspectos, como el hecho de que la colaboración puede referirse a tareas complementarias para la prestación de servicios públicos y que no tiene por qué proyectarse directamente sobre servicios públicos<sup>98</sup>. Sin embargo, el TJUE sigue siendo especialmente estricto con las aportaciones económicas por una de las partes. Considera que no cabe una cooperación en la que una parte realiza a otra una aportación económica. Este límite plantea importantes problemas en la práctica. Además, se ha criticado en la doctrina por las diferencias que plantea con respecto a la cooperación vertical, donde sí se admite el reembolso de los gastos a la entidad *in house*. Al fin y al cabo, en ambos casos, como se ha visto, se limita el impacto de las actividades realizadas en el mercado.

## 4.2 Colaboración con el tercer sector

El desarrollo del Estado social ha estado vinculado en Europa a la estrecha colaboración del sector público con entidades del denominado tercer sector para la prestación de servicios asistenciales, sociales y sanitarios<sup>99</sup>. La relación de las administraciones públicas con este tipo de sujetos privados se ha regido habitualmente por reglas específicas, al margen de las normas de contratación pública. Sin embargo, como se ha visto anteriormente, la definición de contrato público elaborada por el TJUE no excluye esta condición por el hecho de que la entidad licitadora o adjudicataria no tenga ánimo de lucro. De modo que ha sido necesaria una evolución a partir del planteamiento de casos en los que los Estados miembros demostraban un apoyo esencial en este tipo de entidades para la prestación de servicios sociales. Gracias a ello se prevé la reserva de contratos directamente a estos sujetos en determinadas circunstancias<sup>100</sup>. También se ha reconocido la flexibilización de las normas de contratación pública e incluso la adjudicación directa.

En estos casos el TJUE se ha apoyado en el principio de solidaridad frente al funcionamiento del mercado<sup>101</sup>. La solidaridad aparece de forma reiterada en la jurisprudencia europea como un factor de modulación e incluso de anulación de la

<sup>96</sup> DE SOMER, S. y HOFSTRÖSSLER, L., "Who's Afraid to Cooperate?: CJEU Adopts Strict View of Non-Institutionalised Cooperation", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 3, 2020, pp. 242-251, p. 244.

<sup>97</sup> STJUE, de 28 de mayo de 2020, C-796/18, *ISE-Colonia* y la STJUE de 4 de junio de 2020, C-429/19, *Remondis*.

<sup>98</sup> HUERGO LORA, A., "La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2", *Observatorio de contratación pública*, 12 de junio de 2020. Acceso web: [www.obcp.es](http://www.obcp.es).

<sup>99</sup> Al respecto, VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 68-69; PEMÁN GAVÍN, J.M., "La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general", *Documentación Administrativa*, n. 271-272, 2005, pp. 39-79, p. 67; también, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 35.

<sup>100</sup> GARRIDO JUNCAL, A., "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 55, 2017, pp. 84-100

<sup>101</sup> BERNAL BLAY, M.Á., "La contratación de los servicios a las personas", Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, M.ªI. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873, pp. 2864-2865.

competencia entre los posibles operadores económicos<sup>102</sup>. Ahora bien, no parece tratarse de una cláusula general que permita dar prioridad de forma general a entes sin ánimo de lucro<sup>103</sup>. La solidaridad debe estar arraigada en la lógica del sistema de prestación de los servicios. El Tribunal no aclara suficientemente hasta qué punto la solidaridad está vinculada, además, al voluntariado, pero es un elemento que aparece en los casos en que se ha enfrentado a esta cuestión y que parece determinante en la justificación de una alteración de las reglas propias del mercado<sup>104</sup>. No parece bastar, por tanto, con identificar esa solidaridad con la mera presencia de actores sin ánimo de lucro en la prestación de los servicios. Tampoco se trata de la solidaridad que está intrínsecamente asociada al concepto de servicio público<sup>105</sup>.

Esta situación se ha hecho todavía más complicada con la reciente sentencia dictada en un asunto relacionado con la legislación autonómica española que prevé fórmulas *ad hoc* para la celebración de las denominadas “acciones concertadas”, que se consideran al margen de la normativa europea de contratación pública. La participación reservada en algunos casos a entidades sin ánimo de lucro parece ser aceptada por el TJUE siempre que se lleve a cabo un procedimiento competitivo<sup>106</sup>. El elemento de solidaridad apoyado en la participación de voluntarios parece diluirse en este caso, matizando la jurisprudencia anterior. La determinación del alcance de esta exclusión de las reglas de contratación pública continúa, así, abierta. Pero deja claro que, junto a las reglas de licitación de contratos públicos, deben coexistir otro tipo de fórmulas que permitan a los Estados colaborar con actores tan relevantes en el Estado social como las entidades del tercer sector.

## 4.3 Más allá del contrato: fórmulas no contractuales

### 4.3.1 Transferencia de competencias

El artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE define una fórmula no contractual, denominada transferencia competencial, que se ubica en el ámbito de la organización interna de los Estados miembros:

<sup>102</sup> STJUE de 17 de junio de 1997, C-70/95, *Sodemare and Others v. Regione Lombardia*; STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros*.

<sup>103</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro”, Laguna de Paz, J.C., Sanz Rubiales, I., De los Mozos Touya, I. y Martínez López-Muñiz, J.L. (coords.), *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 2 Tomo 2, Reus, Madrid, 2017, pp. 1035-1052, pp. 1047 y ss.

<sup>104</sup> Relaciona necesariamente solidaridad y voluntariado, VILLAR ROJAS, F.J., “Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. También en esta línea, GIMENO FELIÚ, J.M.<sup>a</sup>, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 52, 2018, pp. 12-65, pp. 33 y 41.

<sup>105</sup> Sobre esta cuestión, MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n. 145, 1998, pp. 49-87, p. 87.

<sup>106</sup> STJUE de 14 de julio de 2022, C-436/20, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*.

«Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente directiva».

El TJUE ha interpretado este precepto en dos ocasiones hasta el momento<sup>107</sup>. Con esta técnica se trata de englobar aquellos supuestos en los que una entidad matriz transfiere una competencia a una entidad instrumental, otorgándole suficiente autonomía en la gestión, de modo que no se habla de medio propio o de contrato *in house*, sino de una verdadera inexistencia de contrato. La regulación prevista en la directiva contiene diversos elementos que permiten identificar los supuestos de hecho que entran en su ámbito de aplicación.

En relación con los sujetos participantes, señala que debe producirse una transferencia entre poderes adjudicadores o agrupaciones de estos. Por lo que respecta a la forma de atribución de las competencias o responsabilidades, el legislador europeo establece una regulación abierta con el fin de dejar margen a las distintas formulaciones nacionales: acuerdos, decisiones y demás instrumentos jurídicos. El objeto de la transferencia son competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas. En cuanto a este concepto de “funciones públicas”, debe interpretarse de forma amplia como servicios a los ciudadanos o servicios necesarios para el funcionamiento de la Administración. Por último, para que exista una transferencia de competencias que se considere un asunto de organización interna del Estado, es preciso que no exista una retribución por la ejecución de un contrato. Esta previsión es la más ambigua de las contenidas en el precepto estudiado, en la medida en que el concepto de contraprestación en un contrato público ha sido interpretado de forma muy amplia por el TJUE. Podría entenderse, siguiendo el concepto de ventas en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC) a efectos de la clasificación de entes, que una subvención a la explotación o producción de un ente, en general, no es una contraprestación por un contrato público y tampoco es una venta a precios económicamente significativos. Por el contrario, una subvención o un pago por un producto o un servicio determinado y verdaderamente prestado sí es una venta a efectos del SEC y también es una contraprestación por la ejecución de un objeto de un contrato público<sup>108</sup>.

A nivel interno, la ausencia de transposición de este precepto ocasiona problemas de interpretación sistemática. En España, la articulación de estas transferencias de competencias con la regulación de la contratación *in-house* no está clara, especialmente a nivel local, donde el legislador diferencia entre la creación de entidades instrumentales para la gestión de servicios públicos, por un lado (art. 85 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, LBRL), y para ejercer iniciativa

<sup>107</sup> STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-51/15, *Remondis*, y STJUE de 18 de junio de 2020, C-328/19, *Porin Kaupu*

<sup>108</sup> DÍEZ SASTRE, S. y MARCO PEÑAS, E., “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 99 y ss.

económica en el mercado (art. 86 LBRL). De manera que el debate en la doctrina sigue abierto<sup>109</sup>.

#### 4.3.2 Contratos *open-house*

El reconocimiento del TJUE de la necesaria existencia de selectividad para definir los contratos públicos ha conducido a la apertura de una nueva vía de adquisición de bienes y servicios al margen de las reglas europeas de adjudicación: los denominados contratos *open-house*<sup>110</sup>. Así ha sucedido en dos ocasiones: la Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016 recaída en el asunto Falk Pharma (C-410/14), relativa al sistema alemán de adquisición de medicamentos por las cajas del seguro de enfermedad; y el asunto Tirkonnen, resuelto en la Sentencia de 1 de marzo de 2018 (C-9/17), que se refiere a la creación de un panel de asesores para explotaciones agrarias en Finlandia. En estos supuestos, el Tribunal reconoce que no deben aplicarse las reglas europeas de licitación de contratos públicos porque el procedimiento tramitado no conduce a la adjudicación a uno o varios licitadores frente a otros. En ambos casos se articulan sistemas o modelos en los que todos los licitadores que cumplen con unas condiciones de solvencia y aceptan las condiciones impuestas por la entidad contratante entran a formar parte de un *pool*, sin que la Administración elija en ningún momento quién va a llevar a cabo la prestación en atención a su mayor capacidad o mejor desempeño. Son los usuarios o sistemas basados en criterios objetivos (por ejemplo, rotatorios) los que determinan quién lleva a cabo la prestación en un momento dado. El alcance de esta excepción a la licitación todavía debe afinarse, pero ha abierto un importante margen de experimentación que ya se está poniendo en práctica en ámbitos como los servicios sociales y sanitarios, la adquisición de medicamentos o la asistencia a refugiados. Habrá que esperar a analizar su evolución en el futuro.

Regap



ESTUDIOS

## 5 Reflexiones finales

El Derecho de la contratación pública se apoya en una premisa económica que no siempre se confirma en la realidad: la competencia entre los licitadores conduce a la obtención de la mejor oferta disponible en el mercado en relación calidad-precio. Esto es así, porque las circunstancias que acontecen en las múltiples prestaciones que requieren los entes públicos son muy diversas. Así, hay administraciones que tienen dificultades para planificar y diseñar adecuadamente los contratos por su falta

<sup>109</sup> VILLAR ROJAS, F.J., "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101; VILALTA REIXACH, M., "De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 56, 2019, pp. 261-295; AMOEDO-SOUTO, C.A. y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., "El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios", *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432; y ARIMANY LAMOGLIA, E., "Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias", *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 141-178.

<sup>110</sup> Al respecto, en detalle, DÍEZ SASTRE, S., "Contratos «open-house»: comprar sin licitar", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 15, 2021, pp. 5-23.

de medios; esto sucede especialmente en el ámbito local. En determinados ámbitos geográficos o en ámbitos deprimidos económicamente, no hay suficiente oferta como para asegurar que la licitación será eficaz. Hay casos en los que la prestación requerida solo puede ser provista por un limitado número de operadores económicos o, incluso, por uno solo de ellos. Y cabe pensar en prestaciones habituales y homogéneas en el mercado, para las que la licitación apenas conllevará ventajas económicas. En estos ejemplos, los costes de la licitación que asumen los entes contratantes y los licitadores no se compensan con los beneficios de la licitación. Por tanto, es necesario pensar en fórmulas alternativas a la licitación de contratos públicos que permitan a las administraciones públicas ensayar diferentes fórmulas de proveerse de bienes y servicios en el mercado, en especial servicios públicos.

En esa línea, son bienvenidas las técnicas de colaboración público-pública y con el tercer sector, así como las técnicas no contractuales de transferencia de competencias y de contratación *open-house*, que se han decantado progresivamente en la jurisprudencia del TJUE en los últimos años. Sin embargo, queda camino por recorrer. Las excepciones a la licitación y las fórmulas no contractuales siguen pivotando en el ámbito europeo en torno al concepto de contrato público. O bien son contrato y se encuentran razones para no licitarlo, o bien no son contrato conforme a la definición que realiza el TJUE con base en la regulación de las directivas. El sistema sigue tomando como referencia la idea de contrato público, como la mejor forma de satisfacer las necesidades públicas de provisión de bienes y servicios. Esto se explica, en gran parte, por la insuficiente habilitación competencial de la Unión Europea para regular en este ámbito. Si se entendiera que los convenios o las entidades *in-house* forman parte del Derecho de organización de los Estados miembros, sin conexión con el concepto de contrato, sería difícil justificar su competencia para regular esta materia. Este problema distorsiona, sin embargo, la percepción en los Estados miembros de las fórmulas alternativas a la contratación pública. No deberían analizarse como excepciones o exclusiones, sino como un catálogo de medidas que, junto a los contratos públicos, permiten buscar en cada momento y lugar la mejor forma de satisfacer necesidades públicas y, muy especialmente, gestionar servicios públicos.

El Derecho de la contratación pública debe partir de presupuestos económicos ajustados a la realidad. No siempre licitar es la mejor opción por las condiciones que acontecen en la práctica o por los fines públicos que están en juego. El legislador y la jurisprudencia deben mostrar mayor sensibilidad por las circunstancias de las distintas administraciones territoriales, especialmente en el ámbito local, y de los diversos operadores económicos. Además, deben apoyar la consecución de los múltiples fines de interés general que deben satisfacer los Estados en un momento estratégico para la resolución de retos globales. Para ello, deben abrir un margen de elección real entre la contratación pública y fórmulas alternativas que permitan ensayar distintas formas de gestión.

## Bibliografía

- ALLEN, P., KONZELMANN, S.J. y TOPOROWSKI, J., *The Return of the State. Restructuring Britain for the Common Good*, Agenda Publishing, Croydon, 2021.
- AMOEDO-SOUTO, C.A. y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, pp. 393-432.
- ARIMANY LAMOGLIA, E., “Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias”, *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 141-178.
- ARIÑO ORTIZ, G., “El concepto de contrato público en la CEE”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 21, 1986, pp. 19-26.
- BALÁZS RIGÓ, C. y KUGLER, T., “Single Bidder Procurement”, *European Procurement & Private Partnership Law Review*, n. 2, 2021, pp. 99-109.
- BARRETO, S., “Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 297-304.
- BAUER, C., HUNOLD, M., HÜSCHEL RATH, K., JAHN, R., KOTSCHEDOFF, M., LAITENBERGER, U., LUX, G., MAY, U., WALENDZIK, A., WASEM, J. y WEEGEN, L., *Rabattvertragausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*, Nomos, Baden-Baden, 2015.
- BEL I QUERALT, G. y ESTRUCH MANJÓN, A., “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?” *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, 2012, pp. 193-205.
- BERNAL BLAY, M.Á., “La contratación de los servicios a las personas”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, M.ªI. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2841-2873.
- BLEETMAN, R. y METCALFE, A., *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), Londres, noviembre 2021.
- BRAZIEL, T.L., “Contracting out contracting”, *Public Contract Law Journal*, n. 38, 2009, pp. 857-893.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 200, 2016, pp. 361-383.
- CLIFTON, J., WARNER, M.E., GRADUS, R. y BEL, G., “Re-municipalization of public services: trend or hype?”, *Journal of Economic Policy Reform*, n. 24(3), 2021, pp. 293-304.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), *E/CNMC/004/18 Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, 7 de febrero de 2019.

Regap



ESTUDIOS

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (España), G-2019-02 *Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020.
- DE GUERRERO MANSO, C., “Las consultas preliminares del mercado, una herramienta para mejorar la eficiencia de la contratación pública”, Gimeno Feliu, J.M.<sup>a</sup> (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071.
- DE SOMER, S. y HOFSTRÖSSLER, L., “Who’s Afraid to Cooperate?: CJEU Adopts Strict View of Non-Institutionalised Cooperation”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 3, 2020, pp. 242-251.
- DÍEZ SASTRE, S., “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo”, Gimeno Feliu, J.M.<sup>a</sup> (dir.), Bernal Blay, M.Á. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 55-82.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- DÍEZ SASTRE, S., “¿Se debe aplicar el artículo 86 LRJSP a los medios propios locales?”, *Blog de idluam.org*, 9 de enero de 2019.
- DÍEZ SASTRE, S., “La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 231-261.
- DÍEZ SASTRE, S., “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 15, 2021, pp. 5-23.
- DÍEZ SASTRE, S., “¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2021, pp. 257-272.
- DÍEZ SASTRE, S. y MARCO PEÑAS, E., “La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020.
- DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMEs (European Commission), *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market, Final Report*, marzo 2021.
- ESTEVEAN DE QUESADA, C., “Competition and Transparency in Public Procurement Markets”, *Public Procurement Law Review*, n. 5, 2014, pp. 229-244.
- ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015.
- FERRIS, J. y GRADDY, E., “Contracting out: For What? With Whom?”, *Public Administration Review*, n. 46, 1986, pp. 332-344.
- FUENTES-BARGUES, J.L., BASTANTE-CECA, M.J., FERRER-GISBERT, P.D. y GONZÁLEZ-CRUZ, M.C., “Analysis of the Situation of Social Public Procurement of Works at the Valencian Region (Spain)”, *Sustainability*, n. 13, 2021, pp. 1-23.

- GAGO DE SANTOS, P., *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014.
- GARCÍA-ANDRADE, J., “¿Huida o expansión del derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020, pp. 139-170.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 99-130.
- GARRARD, G., *The Return of the State. And Why it is Essential for our Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, Cornwall, 2022.
- GARRIDO JUNCAL, A., “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 55, 2017, pp. 84-100.
- GAßNER, M. y STRÖMER, J.M., “Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? — Der «Open-house» — Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14”, *NZS*, n. 21, 2014, pp. 811-815.
- GIMENO FELIU, J.M.<sup>a</sup>, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 52, 2018, pp. 12-65.
- GIMENO FELIU, J.M.<sup>a</sup>, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000, pp. 425-439.
- GIMENO FELIU, J.M.<sup>a</sup>, “Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 205, 2020, pp. 19-60.
- GIMENO FELIU, J.M.<sup>a</sup>, “El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 59, 2022.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 217-237.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La adjudicación directa de contratos públicos a entidades sin ánimo de lucro”, Laguna de Paz, J.C., Sanz Rubiales, I., De los Mozos Touya, I. y Martínez López-Muñiz, J.L. (coords.), *Derecho administrativo e integración europea. Estudios en Homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 2 Tomo 2, Reus, Madrid, 2017, pp. 1035-105.
- HUERGO LORA, A., “La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2”, *Observatorio de contratación pública*, 12 de junio de 2020. Acceso web: [www.obcp.es](http://www.obcp.es).
- JHA, H., “Interrogating the resurgence of administrative state: ideas and state capacity”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022.
- MAGRI, M., “Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell’emergenza sanitaria”, *Istituzioni del Federalismo*, n. especial, 2020, pp. 77-88.

Regap



ESTUDIOS

- MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto”, *Revista de Administración Pública*, n. 145, 1998, pp. 49-87.
- MEDINA ARNÁIZ, T., “Publicación del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Government at a Glance 2021”, *blog del www.obcp.es*, 13 de julio de 2021.
- MEGGIT, B., “Partnering with Agents: How the Covid-19 Pandemic changed Relations between the UK Government and Public Service Contractors”, *The Political Quarterly*, n. 93(2), 2022, pp. 244-252.
- MINERVINI, V., “Il ritorno dell Stato salvatore. Nuovi paradigm (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato?”, *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2022, pp. 471-506.
- OECD, *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2016.
- OECD, *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, París, 2017.
- OECD, *Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica’s Public Procurement System: Streamlining the Exceptions and Redesigning the Threshold System*, OECD Publishing, París, 2019.
- OECD, *Towards a new vision for Costa Rica’s Public Procurement System: Assessment of key challenges for the establishment of an action plan*, OECD Publishing, París, 2020.
- OECD, *Contratación Pública en el Estado de México: Mejorando la Eficiencia y la Competencia*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, París, 2021.
- OECD, *Recommendation of the Council on Public Procurement*, OECD/LEGAL/0411, 2022.
- OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación*, marzo de 2022. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>.
- OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2022. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2021*. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo1.pdf>.
- OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *Informe Anual de Supervisión 2023. Módulo I. Las cifras de la contratación pública en 2022*. Acceso web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf>.
- PEMÁN GAVÍN, J.M.<sup>a</sup>, “La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, *Documentación Administrativa*, n. 271-272, 2005, pp. 39-79.
- PINHEIRO MARTINS, F. y ROMANO MORILAS, L., “Unsuccessful public procurement: why so many electronic bidding does fail?”, *Conference paper: 4th RME Research*

- Conference, 13-14 de septiembre de 2017, Curitiba, Brazil. Acceso web: [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net).
- QIAN, J., LU, J. y ZHAO, J., “A replication of “exploring an explaining contracting out: Patterns among the American states”, *Public Administration*, n. 100(4), 2022, pp. 1-22.
- REBOLLO PUIG, M., “Los entes instituciones de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, pp. 359-393.
- REYNAERS, A.-M., NAVARRO, C., GONZÁLEZ MEDINA, M. y RAMA, J., *La externalización de servicios públicos a nivel local. Experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, INAP, Madrid, 2021.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.<sup>a</sup>, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SAFAR DÍAZ, M.S., *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano. Hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Truly Competitive Public Procurement as a “Europe 2020” Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?”, *European Public Law*, n. 2, 2016, pp. 377-394.
- SAVVIDES, D.S., “Public vs Private Waste Management: Is It a Matter of Privatisation or Effective Public Management?”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2018, pp. 156-168.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021.
- SEMPLE, A., *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SHILLINGFORD MCKLIMON, S.J.-A. y SINCLAIR, S.G., “Small market – big money. Amalgamating the procurement market to transform small size into an economic advantage”, Piga, G. y Tátrai, T. (eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Cornwall, 2018, pp. 31-60.
- TEJEDOR BIELSA, J., “De medios propios, encargos y mayor eficiencia de la contratación pública”, *Blog de espublico.es*, 29 de agosto de 2022.
- TORNOS MAS, J., “La llamada remunicipalización de servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 12-30.
- VALDIVIA, J.M., *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VILALTA REIXACH, M., “De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 56, 2019, pp. 261-295.

- VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101.
- VILLAR ROJAS, F.J., “Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España”, Agulló Agüero, A. (dir.), Marco Peñas, E. (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- VOGEL, L., “Macroeconomic effects of cost savings in public procurement”, *Economic Papers*, n. 289, 2009, pp. 1-13.
- WAN-JU HUNG, J.L., “What brings the state back in? An examination of contracting reversal”, *International Journal of Public Sector Management*, n. 35(4), 2022.
- WILLIAMS, R., “Modernising the EU Public Procurement regime. A summary of the key changes to the public sector”, *Public Procurement Law Review*, n. 3, 2014.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_junio-diciembre 2023 | pp. 365-387  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5143>  
© Manuel Arenilla Sáez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 28/11/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

66 Regap

## Desexos e realidades despois de 10 anos da reforma local

### **Deseos y realidades después de 10 años de la reforma local**

Wishes and realities ten years after local government reform

Regap



ESTUDIOS

MANUEL ARENILLA SÁEZ  
Catedrático de Ciencia de la Administración  
Universidad Rey Juan Carlos

<https://orcid.org/0000-0002-7533-8896>

[manuel.arenilla@urjc.es](mailto:manuel.arenilla@urjc.es)

**Resumo:** A partir de 2008, España enfrontouse a unha profunda crise económica e financeira á que respondeu con medidas de austeridade e unha reforma constitucional en 2011 que incidiu na estabilidade orzamentaria. A reforma local de 2013 aliñouse con este obxectivo e coa suficiencia financeira, reducindo as competencias autonómicas e a autonomía local, aínda que non abordou outras disfuncionalidades intergubernamentais. Dez anos despois, os obxectivos financeiros e de superávit cumpríronse e a xestión das entidades locais experimentou unha grande transformación nestes aspectos, á vez que se incrementaron os controis das autoridades financeiras. Os intentos de modificar a lei non tiveron éxito ata a data.

**Palabras clave:** Reforma local, autonomía local, goberno local.

**Resumen:** A partir de 2008, España se enfrentó a una profunda crisis económica y financiera a la que respondió con medidas de austeridad y una reforma constitucional en 2011 que enfatizó la estabilidad presupuestaria. La reforma local de 2013 se alineó con este objetivo y con la suficiencia financiera, reduciendo las competencias autonómicas y la autonomía local, aunque no abordó otras disfuncionalidades

intergubernamentales. Diez años después, los objetivos financieros y de superávit se han cumplido y la gestión de las entidades locales ha experimentado una gran transformación en estos aspectos, a la vez que se han incrementado los controles de las autoridades financieras. Los intentos de modificar la ley no han tenido éxito hasta la fecha.

**Palabras clave:** Reforma local, autonomía local, gobierno local.

**Abstract:** From 2008, Spain faced a deep economic and financial crisis, responding with austerity measures and a constitutional reform in 2011 that emphasized budgetary stability. The 2013 local reform aligned with this objective and financial sufficiency, reducing regional competencies and local autonomy, although it did not address other intergovernmental dysfunctions. Ten years later, financial, and surplus objectives have been met, and the management of local entities has undergone significant transformation in these aspects, accompanied by increased controls by financial authorities. Attempts to modify the law have been unsuccessful to date.

**Key words:** Local reform, local autonomy, local government.

**SUMARIO:** 1 Las causas de la reforma. 2 Algunos viejos problemas de la Administración local. 3 El cambio de orientación política de la Administración local. 4 Los objetivos de la reforma. 5 Los efectos de la reforma. 6 La aplicación de la reforma. 7 Los intentos de reforma posteriores. 8 Conclusiones.

## 1 Las causas de la reforma

En el análisis de la tramitación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSA), se encuentran interpretaciones que, en ocasiones, presentan ciertos sesgos al abordar sus objetivos, sin tener en cuenta el contexto económico, financiero, político e internacional en el que se produjo. A menudo, también se pasa por alto la diversidad de posiciones e intereses en juego durante este proceso. Son precisamente estos factores los que explican que la mayoría de los intentos previos de reformar la Ley reguladora de las bases del régimen local (LRBRL) fracasaran. Durante la reforma de 2013, estos intereses ejercieron una fuerte presión para incluir sus propuestas, que en ocasiones dificultaron significativamente la iniciativa. Más recientemente, estos mismos intereses han sido determinantes en la falta de avance en la aprobación de los intentos de reforma local.

Durante el período comprendido entre 2008 y 2012, España se vio inmersa en una profunda crisis económica caracterizada por la elevada tasa de desempleo y la implementación de duras medidas de austeridad a partir de 2010. Estas medidas, a su vez, generaron inestabilidad financiera y un marcado descontento en la sociedad española. Los gobiernos locales se enfrentaron a serios problemas de financiación que repercutieron en la prestación de los servicios municipales esenciales. Finalmente, prevalecía una percepción negativa en la opinión pública respecto a las administraciones públicas.

La reforma del artículo 135 de la Constitución española en 2011, a instancias de la Unión Europea (UE) y que fue aprobada con un consenso muy elevado, estableció la estabilidad presupuestaria y la suficiencia financiera como prioridades en la actuación de las administraciones públicas. Las medidas introducidas por la UE en diciembre de 2011 obligaron a España a reducir el déficit y garantizar a la sostenibilidad de sus

finanzas públicas<sup>1</sup>. La consecuencia fueron severos recortes del gasto público en las administraciones españolas.

España quedó bajo un estricto control debido a los requerimientos establecidos por la Comisión Europea y que se reflejaron en el Programa Nacional de Reformas iniciado en 2011. En la edición de 2012, se incluyeron medidas para aclarar las competencias municipales, racionalizar la estructura de la Administración local y mejorar el sector público local en términos de eficiencia y financiación sostenible. También preveía la unión de municipios en función de su tamaño para mejorar la prestación de servicios públicos<sup>2</sup>.

A partir de 2010, se adoptaron medidas efectivas de ajuste como respuesta a la situación de crisis. Con la llegada del Gobierno Rajoy a finales de 2011, la política presupuestaria y financiera se alineó con las directrices europeas y se sometió al control permanente de sus llamados «hombres de negro».

El marco normativo en el que se inserta la LRSAL fue la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LOEPSF) que tenía como objetivo principal garantizar la sostenibilidad financiera de las administraciones públicas y fortalecer la estabilidad económica. La reforma de la LRBRL tenía como principal objetivo ajustarse a esta ley.

Además de la presión internacional y europea, el Tribunal de Cuentas español emitió una serie de recomendaciones a través de informes de fiscalización del sector público local entre 2006 y 2009. Estas recomendaciones, que se adoptaron con diversa intensidad en la reforma local, incluyeron requisitos de rendición de cuentas para acceder a las ayudas públicas, iniciar expedientes disciplinarios contra las entidades locales que no presentaran cuentas y medidas para mantener los servicios de control económico en los municipios que no contasen con recursos suficientes.

La crisis económica y financiera y la necesidad de garantizar la sostenibilidad futura llevaron a adoptar una serie de medidas de apoyo y control financiero, endeudamiento, gestión de deuda y pago de proveedores, tanto a nivel local como autonómico.

En definitiva, en el ámbito local, la reforma se centró en la adaptación a la LOEPSF, afectando principalmente a la LRBRL y en menor medida a la Ley de haciendas locales. No tuvo como objetivo una reforma integral del régimen local, pero sí impactó en las competencias de las comunidades autónomas en cuanto a los límites de su capacidad de regulación de la autonomía local y al mapa municipal. También buscó garantizar la sostenibilidad futura de las entidades locales. Los objetivos financieros se han logrado en los diez años de vigencia de la LRSAL, según se puede constatar en las evidencias contables que muestran un claro superávit en el conjunto de las entidades locales<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> DELGADO RAMOS, D., "Un balance constitucional de la estabilidad presupuestaria: la reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después", Delgado Ramos, D. y Gordillo Pérez, L. (dirs.), *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 92.

<sup>2</sup> El Programa de Estabilidad 2012-2015 reveló la grave situación financiera de las corporaciones locales. Más de 2.700 de ellas presentaron planes de ajuste a 10 años para cumplir con el Plan de Pago a Proveedores del Gobierno de España en 2012, abordando facturas impagadas por un total de más de 28 mil millones de euros. Estos planes generaron un ahorro de más de 16 mil millones de euros, según datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

<sup>3</sup> FEMP, *Compromiso con la financiación local*, XII Pleno de la FEMP, 2019.

## 2 Algunos viejos problemas de la Administración local

Desde hace tiempo se viene destacando los problemas pendientes de la reforma local en España. Así, se ha señalado la falta de planificación y el desajuste de los gobiernos locales en el modelo autonómico español, lo que ha generado el sobredimensionamiento y la duplicación de sus estructuras de gobierno y administración. Además, se señala la necesidad de que exista una colaboración más efectiva entre las diferentes entidades territoriales para evitar duplicidades y solapamientos de competencias y garantizar la sostenibilidad de las administraciones públicas. También se ha destacado que las comunidades autónomas han reforzado sus elementos identitarios culturales y han tratado de ejercer un papel hegemónico en su territorio, lo que ha afectado negativamente al desarrollo de los gobiernos locales. Además, se ha señalado la descoordinación y la fragmentación de las políticas y las actuaciones entre los diferentes niveles territoriales, así como el deficiente encaje del gobierno local en el entramado de la cooperación territorial<sup>4</sup>.

En cuanto a las reformas propuestas, se ha puesto énfasis en la importancia de lograr el consenso político y la necesidad de redactarlas con claridad y coherencia técnica. Sin embargo, existe una falta de consenso en cuanto al contenido de las reformas y la capacidad de llevarlas a cabo, especialmente aquellas que requerirían una reforma constitucional. En este contexto, se ha sugerido analizar cómo mejorar la organización supramunicipal dentro del marco constitucional vigente. También se ha mencionado la importancia de considerar las circunstancias históricas y económicas al replantear la capacidad de actuación de las administraciones locales.

El actual modelo de relaciones intergubernamentales en España es complejo y presenta diversas disfuncionalidades. Este tiende a no ser de carácter cooperativo entre los diversos niveles de gobierno y es dependiente en gran medida del Estado y de las comunidades autónomas. Además, ese modelo a menudo se basa en las relaciones financieras o presupuestarias y carece de una planificación adecuada.

Una de las características más destacadas del modelo español de relaciones intergubernamentales es su naturaleza bifronte, lo que significa que las relaciones de la Administración local se desarrollan y dependen tanto de la AGE como de las comunidades autónomas. Sin embargo, en la práctica, esto a menudo se traduce en relaciones excluyentes, ya que las comunidades autónomas y la AGE con frecuencia tienden a excluirse mutuamente en sus relaciones con los gobiernos locales.

Este modelo presenta desafíos importantes como la falta de rendición de cuentas y de transparencia, la administrativización de las interacciones en lugar de que domine el enfoque político, la prevalencia de las relaciones financieras y presupuestarias y la escasa coordinación y planificación. Además, la doble dependencia señalada, así

---

<sup>4</sup> DÍAZ LEMA, J.M., "El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?", *Anuario de Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012; ARENILLA SÁEZ, M., "Las posibilidades de mejora del Estado autonómico", Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

como la falta de solidaridad y de colaboración consolidada contribuyen a la complejidad y debilidad del modelo.

En este contexto, la Administración local en España hace frente al desafío del inframunicipalismo, con un gran número de pequeños municipios con recursos limitados y escasa capacidad para brindar servicios de calidad a sus ciudadanos. Esto ha generado desigualdades en la prestación de servicios públicos que podrían superarse fortaleciendo la coordinación o la cooperación entre los diferentes niveles de gobierno.

Para abordar estos desafíos, es necesario replantear el reparto competencial, definir claramente las atribuciones de las distintas administraciones públicas y promover la colaboración y la gestión participada. Además, se necesita una mayor articulación entre los poderes territoriales y una mayor implicación de las comunidades autónomas en la ordenación del territorio de acuerdo con las necesidades y los derechos de los ciudadanos.

El análisis de los municipios en España entre 1993 y 2011 muestra una clara diferencia entre aquellos con una población superior a 20.000 habitantes y los municipios más pequeños. Los primeros, que representan el 5 % del total y albergan al 68 % de la población, tienen una mayor autonomía financiera y flexibilidad para reducir el gasto. También tienen una mayor capacidad fiscal y niveles de endeudamiento más altos. Los municipios restantes se caracterizan por una menor autonomía financiera y una mayor rigidez en sus estructuras de gasto. Tienen costes fijos más altos relacionados con el personal y la deuda, pero menores niveles de endeudamiento y de ahorro. Esta situación aconseja que, para los municipios con población superior a 20.000 habitantes, se deben promover la reducción del gasto a través de la delegación de competencias con garantías financieras asociadas y la evaluación. En cuanto a los municipios más pequeños, se recomienda la generación de economías de escala y el apoyo a través de estructuras territoriales que optimicen la prestación de los servicios considerando las limitaciones impuestas por la dispersión de la población<sup>5</sup>.

La uniformidad del régimen local en España, tanto en términos normativos como presupuestarios, perjudica especialmente a los municipios más pequeños. Estos carecen de recursos humanos, económicos y materiales, lo que les impide proporcionar servicios públicos eficientes a su población. Además, la complejidad de las reglas de gestión y las limitaciones financieras obstaculizan su capacidad administrativa y financiera<sup>6</sup>. De esta manera, los pequeños ayuntamientos se ven obligados a ejercer unas determinadas competencias y seguir las mismas reglas que los municipios más grandes.

Hay que destacar los retos relacionados con las competencias impropias y su falta de cobertura jurídica y financiera<sup>7</sup>. Esta situación estaba en los fundamentos de la

<sup>5</sup> ROMERA JIMÉNEZ, O. y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., "Comentarios a la reforma de la Administración local", *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. 168, 2014.

<sup>6</sup> ALMEIDA CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, p. 61.

<sup>7</sup> ALMEIDA CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", cit., p. 60; FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una

LRSAL, por lo que se orientó a tratar de abordar el problema de las competencias impropias que generaban conflictos entre los niveles autonómico y local, especialmente en el ámbito de los servicios sociales. Sin embargo, hay que señalar que la ley no aborda algunos aspectos del problema de los gastos impropios, como el ejercicio de competencias propias en exceso en términos de cantidad o calidad, lo que puede comprometer la sostenibilidad financiera de los municipios. De esta manera, la norma prioriza la estabilidad presupuestaria pero no la eficiencia<sup>9</sup>.

Las vías de financiación no automáticas e incondicionadas siguen teniendo un gran peso y contribuyen a aumentar los costes estructurales de las administraciones españolas. Esto aconseja que se fortalezca la financiación incondicionada y se incremente su capacidad administrativa y financiera, lo que podría lograrse mediante un redimensionamiento de sus obligaciones, la adaptación de sus normas de funcionamiento y un aumento en su financiación<sup>9</sup>.

En este contexto, la delegación de competencias podría contribuir a la racionalización competencial y financiera, siempre que vaya acompañada de la financiación adecuada y duradera para garantizar que la entidad local pueda ejercer esas competencias eficazmente<sup>10</sup>.

Otro aspecto es el que se refiere a la necesidad de mejorar los controles de legalidad y la gestión económica en el ámbito local, asegurando la calidad técnica y la independencia en estas funciones. Se trata con ello de garantizar la transparencia y la legalidad en la gestión de los recursos públicos locales<sup>11</sup>.

El debate sobre las competencias y la organización de las diputaciones provinciales se afronta desde diversas perspectivas, destacando la importancia de eliminar duplicidades, mejorar la eficiencia y definir claramente el papel de estas instituciones en el contexto de la Administración local en España. No obstante, existen dudas sobre su aptitud para prestar servicios municipales debido a su, en general, falta de capacidad organizativa, procedimental y de recursos humanos y materiales. Además, la representación política en estas instituciones plantea interrogantes en relación con su capacidad para asumir funciones de autoridad y servicios directos a la ciudadanía, aunque hay numerosos ejemplos que desmienten esta generalización. En cualquier caso, parece necesario plantear de una manera seria la posibilidad de utilizar las diputaciones como parte de un proceso de descentralización de competencias autonómicas. Finalmente, es preciso considerar si la existencia de las comarcas y las

---

mutación constitucional?", *Anuario del Gobierno Local 2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, p. 31.

<sup>8</sup> ARENILLA SÁEZ, M., PÉREZ GUERRERO, P. y ROMERA JIMÉNEZ, O., "El impacto de la reforma local española en los servicios sociales", Díaz Lema, J.M. (coord.), *Sostenibilidad financiera y Administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

<sup>9</sup> CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, p. 11.

<sup>10</sup> DÍAZ LEMA, J.M., "Racionalización de las competencias locales", *Informe INAP*, 11 de abril de 2012, mimeografiado.

<sup>11</sup> AEPDA, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, *VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013.

diputaciones, que realizan funciones similares en territorios reducidos, se justifica en términos de eficiencia y gasto público<sup>12</sup>.

La LRSAL trata de eliminar las duplicidades en las competencias locales, sin embargo, no ha logrado completamente sus objetivos. Además de los mecanismos normativos que establece la reforma, es importante la lealtad institucional entre las administraciones y el liderazgo de las comunidades autónomas para evitar las duplicidades y los vacíos competenciales<sup>13</sup>.

### 3 El cambio de orientación política de la Administración local

Unos años antes de la crisis que comenzó en 2008 se venía planteando una reforma profunda de la gestión pública en algunos países, como en España. Se enfatizaba la necesidad de enfocarse en la planificación y el análisis de las necesidades y prioridades sociales con el fin de evitar o reducir los recortes lineales en épocas de crisis, ya que suelen tener efectos negativos. Además, se abogaba por la reorganización del gasto corriente, combatir el gasto suntuario e improductivo y revisar las transferencias corrientes en forma de subvenciones. Se resaltaba la importancia de volver a la modestia en la gestión pública y centrarse en el valor del dinero público y la rentabilidad social. También se señalaba la necesidad de simplificar el panorama de las administraciones territoriales, alcanzando un nuevo acuerdo político sobre el modelo territorial. Se sugería racionalizar los entes instrumentales y fomentar la colaboración con las empresas privadas y la sociedad. Todo esto se enmarcaba en una revisión profunda de lo público para lograr un Estado eficiente y responsable. Sin embargo, no sería este el sentido de las medidas adoptadas e impuestas por la UE en la crisis de 2008. Esto llevó a que en el caso español se optara por las medidas de ajuste frente a las reformas estructurales. Estas medidas se suprimieron paulatinamente a partir de 2014 hasta que se volvió al *statu quo* anterior a la crisis.

En la LRSAL confluyen inicialmente la tendencia del ajuste, que, además, fortalecía los instrumentos de control del Ministerio de Hacienda, y la que se orientaba a articular mejor las competencias territoriales sobre la base de una gestión cooperativa. En cualquier caso, se pretendía garantizar la estabilidad financiera y competencial, la autonomía presupuestaria y el fortalecimiento de las relaciones entre las comunidades autónomas y los entes locales en la ordenación de competencias y la protección de los derechos de los ciudadanos a largo plazo<sup>14</sup>.

Abandonada la idea de una reforma constitucional por inviable, solo cabía la posibilidad de reformar la legislación local. La reforma supone un cambio esencial en el «mapa genético» del gobierno local, que ahora, tras la modificación del artículo

<sup>12</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., "De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?", *Documentación Administrativa*, n. 6, 2019.

<sup>13</sup> CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit.; FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit.

<sup>14</sup> ARENILLA SÁEZ, M., "Principios de la reforma local", *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. extraordinario, 2014.

135 de la Constitución, debe equilibrar la autonomía local con las demandas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>15</sup>.

La jurisprudencia constitucional, mediante la STC 103/2013, señaló que el Estado podría ampliar la regulación de un modelo municipal «común». En este sentido, en las sentencias constitucionales sobre la LRSAL, el tribunal mantuvo que, aunque se incrementaron los límites de la regulación básica del Estado, persistía un espacio significativo para el desarrollo autonómico de políticas propias<sup>16</sup>. El resultado es la limitación de la autonomía local y de la capacidad reguladora de las comunidades autónomas principalmente por la modificación del artículo 135 de la Constitución, por el nuevo alcance dado al 149.1.18 y la introducción de los principios de estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera<sup>17</sup>.

La reforma conduce a una reevaluación de la actividad de las administraciones locales en España, donde los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera influyen o determinan sus acciones y competencias<sup>18</sup>. Esta revisión alcanza a la relación entre los municipios, especialmente los de menor población, y sus diputaciones provinciales y la coordinación de los servicios locales. En este caso, el deseo de alcanzar economías de escala que permitiesen una mayor eficiencia de los servicios públicos, o simplemente la posibilidad de su prestación, choca con la garantía de la autonomía local. De ahí que su efectividad dependa de los acuerdos políticos que alcancen los niveles gubernamentales subnacionales.

El retroceso en la autonomía local alcanza a las limitaciones y restricciones introducidas por la LRSAL a la capacidad de las entidades locales para organizar sus propios servicios. Así, condiciona la gestión por parte de las entidades públicas empresariales o de las sociedades mercantiles a la demostración previa de que es más sostenible y eficiente que la gestión directa de la entidad local o de un organismo autónomo<sup>19</sup>.

Junto a estos cambios de orientación jurisprudencial y gerenciales, encontramos los provenientes del discurso político. No todos estos tuvieron reflejo en la reforma legal, aunque algunos de ellos trataban de abrir espacios para una mayor coordinación y cooperación territorial. Así, en el discurso del presidente del Gobierno el 11 de julio de 2012 en el Congreso de los Diputados, se justifica la reforma local en la búsqueda de la austeridad, la eficiencia y la eliminación de duplicidades, siguiendo el principio de «una Administración, una competencia». Se señalaba que la reforma pretendía delimitar las competencias, resolver los problemas de competencias impropias y fortalecer las diputaciones provinciales para centralizar servicios. Además, se deseaba robustecer el control de las cuentas públicas locales, homogeneizar y

<sup>15</sup> FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit., p. 19.

<sup>16</sup> BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 43 (Ejemplar dedicado a: La remunicipalización de los servicios públicos locales), 2017.

<sup>17</sup> FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit.

<sup>18</sup> DÍAZ LEMA, J.M., "El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?", cit., p. 49.

<sup>19</sup> CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 12.

publicar las retribuciones de alcaldes y concejales y reducir el número de estos, así como disminuir o eliminar las empresas públicas locales que generen duplicidades y gastos ineficientes. Es un discurso claramente alineado con los requerimientos de ajustes de la Unión Europea y que se dirige a sus autoridades.

Este discurso se completa con la referencia del Consejo de Ministros que aprueba el Anteproyecto de la reforma local el 13 de julio de 2012. Además de las ideas anteriores, entre otras, se añade la supresión de las entidades locales menores; fortalecer al interventor municipal; traspasar competencias de mancomunidades a las diputaciones provinciales; fomentar la agrupación de servicios para reducir los costos; establecer estándares para los servicios obligatorios y limitar el número del personal eventual.

En línea con este claro cambio de orientación en la regulación local española, se planteó modificar la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. Aunque se desechó su tramitación a principios de 2013 debido a la falta de consenso interno y externo, en la exposición de motivos del Anteproyecto de ley de julio de 2012, se insistía en la crisis económica como razón para la reducción del número de concejales, además de aportar el argumento de que existía una representación desproporcionada en los municipios pequeños.

En la actualidad persiste este cambio de orientación establecido en la LRSAL. Este se constata en el control permanente de la gestión financiera y presupuestaria de las entidades locales por el Ministerio de Hacienda o las autoridades equivalentes de las comunidades autónomas y en su sometimiento efectivo a los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución, que se concretan en la LOEPSF y se articulan para el ámbito local por la LRSAL. El resultado es de un abultado superávit que ha servido para enjugar el déficit del resto de las administraciones públicas españolas en las cuentas que debe rendir España ante las autoridades europeas<sup>20</sup>.

En 2019, con un nuevo Gobierno, se trata de revertir esta orientación mediante el *Anteproyecto de ley de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, para la recuperación de la autonomía local*. En su exposición de motivos se proclama que su objetivo prioritario y urgente es la reforma de la LRBRL «a fin de reintegrar a los ayuntamientos su plena capacidad de decisión política y, en suma, de la autonomía local necesaria para satisfacer adecuadamente la prestación de los servicios públicos locales y las demandas y necesidades de sus ciudadanos, y ello sin perjuicio de continuar trabajando en una reforma global y de alcance de la LRBRL, que adecue la misma a los nuevos parámetros políticos, jurídicos y sociales existentes en nuestro país».

Este objetivo se acompañaba, entre otras medidas, con que los municipios pudieran diseñar políticas públicas propias; potenciar el autogobierno local; fortalecer la función representativa de los cargos electos locales y el acceso a la información pública; incorporar proyectos de nuevos programas de gasto; y ampliar las competencias locales. Es significativo señalar que en la exposición de motivos se reconoce «la favorable evolución del conjunto del subsector local en materia de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de forma continuada y sostenida en

<sup>20</sup> FEMP, *Compromiso con la financiación local*, cit.

el tiempo», lo que permitiría la conveniencia o necesidad de «flexibilizar y abrir el régimen de las inversiones financieramente sostenibles».

Como es sabido, la propuesta no salió adelante. Se puso de manifiesto una vez más que la reforma local concita posiciones muy diversas y que normalmente su éxito depende más de un fuerte liderazgo político o del impulso exterior, normal de la UE, que de la negociación entre los numerosos actores que intervienen en ella.

## 4 Los objetivos de la reforma

Los numerosos actores intervinientes en el proceso de reforma local tenían sus propios objetivos que lógicamente no alcanzaron de una manera plena. No obstante, un mérito de la reforma fue el concitar importantes puntos de encuentro y acuerdo entre todos ellos que, a la postre, hicieron posible la reforma y que se mantenga en la actualidad. Esto había sucedido antes en 1999 y 2003. En 2013, el contexto de crisis económica y financiera y la presión europea fueron decisivos para alcanzar el éxito en una reforma que, a diferencia de las señaladas, limitaba la autonomía local.

Los borradores iniciales elaborados por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) desde mayo de 2012 partían de promover una mayor cooperación, eficiencia y claridad en la distribución de competencias y responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno en España. El objetivo era mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad y de las empresas. Para ello, era preciso revisar y adaptar el sistema competencial de los municipios y las provincias para que fuera más flexible y se ajustase a la diversidad de las realidades territoriales. Esto implicaba promover un diálogo efectivo entre las comunidades autónomas, las provincias y los municipios, buscando un enfoque más integrado y cooperativo en la prestación de servicios públicos, aunque se era consciente de que esto no se podía imponer en un texto legal.

Uno de los aspectos clave fue fomentar el traspaso, la delegación o la firma de convenios estables de competencias principalmente desde las comunidades autónomas hacia los entes locales. Esto debería contribuir a una distribución más equitativa del poder político y a una mayor eficiencia en la prestación de servicios. Se hacía hincapié en la importancia de garantizar la claridad en la asignación de responsabilidades de los gobiernos locales, especialmente los municipales, y en la financiación adecuada cuando se produjera la ampliación de sus competencias. Esto se lograría mediante una dotación presupuestaria completa y estable por un período mínimo de cinco años cuando se delegasen competencias desde el nivel estatal o autonómico o a través de convenios, garantizando así la estabilidad en la prestación de servicios a los ciudadanos.

La reforma introdujo una jerarquía competencial en el ámbito municipal ligada a la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria y otros requisitos como el pronto pago a los proveedores. Así, la Ley establece una jerarquía entre competencias obligatorias y no obligatorias. Solo las competencias no obligatorias, incluyendo las relacionadas con la actividad económica y las realizadas por las entidades

instrumentales, pueden abordarse si las competencias obligatorias cuentan con garantías de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria. Esto conlleva la coordinación con las comunidades autónomas para definir la gama de servicios no obligatorios, en particular en el ámbito de los servicios sociales. En el caso de los municipios de menor tamaño, la colaboración con las diputaciones provinciales y las comunidades autónomas es fundamental para garantizar la sostenibilidad y la prestación de los servicios básicos, así como una mejor planificación territorial tanto para los servicios obligatorios como para los no obligatorios.

La colaboración, la cooperación y la coordinación entre las diferentes administraciones públicas son elementos clave en este enfoque. Es esencial que la Administración más directamente relacionada con una competencia asuma el liderazgo entre las administraciones que comparten responsabilidades sobre la misma materia, aplicando el principio de subsidiariedad junto con el de capacidad de gestión. La visión anterior aparejaba la necesidad de redefinir el papel de las provincias, ampliando sus competencias para ejecutar tareas atribuidas a las comunidades autónomas y a los municipios más pequeños. Claro es que, si no existe voluntad de entablar un diálogo sobre los servicios que deben recibir los ciudadanos, como lo han reflejado varias comunidades en sus textos legales de «adaptación» a la LRSAL, poco o nada se puede hacer desde la legislación básica del Estado.

Otro objetivo inicial de la reforma fue destacar la importancia de la rendición de cuentas a los ciudadanos. La transparencia en la gestión y la claridad en las retribuciones de los dirigentes y empleados públicos son elementos esenciales para fortalecer la confianza entre la Administración local y la comunidad a la que sirve. A esto hay que añadir la introducción, primero, del coste estándar y, finalmente, en el texto legal del coste efectivo, que tiene un significativo impacto en el fortalecimiento democrático de la gestión pública local. Las fuertes resistencias a su implantación evidencian la cultura política y administrativa dominante en nuestro país.

Los aspectos anteriores muestran que las cuestiones esenciales de la reforma local no son principalmente de naturaleza jurídica, siendo muy importante, sino política. Se trata de reordenar la distribución del poder del Estado en el territorio, tanto en su conjunto, como en el ámbito autonómico y local. Esto conlleva una revisión profunda del modelo competencial y financiero mediante la adopción de pactos políticos. De no hacerse así, cada intento de reforma acabará, las pocas veces que se concrete, en el mantenimiento de la situación existente introduciendo pequeñas variaciones. El reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas a partir de la Constitución de 1978 determina el marco real de competencias de los entes locales y su financiación. Esta situación se ha corregido parcialmente en el caso de las islas, pero la tramitación de la LRSAL ha mostrado la capacidad de veto que tienen las comunidades autónomas en la reforma local. Por tanto, se requiere una reflexión real que contemple todos los elementos que intervienen en la distribución del poder en el territorio. Finalmente, parece un tanto arriesgado que se haya vinculado el futuro de la financiación local a la autonómica, toda vez que el peso y la complejidad de esta es incomparable con la local y que el sistema de financiación autonómico se mantiene

Regap



ESTUDIOS

prorrogado desde 2014. Las causas de esta prórroga están entre las que impiden avanzar hacia un nuevo modelo territorial de servicios públicos.

## 5 Los efectos de la reforma

Podría existir un cierto acuerdo sobre los efectos de la reforma en que produjo impactos significativos en el gasto y la estabilidad financiera, pero no logró una reordenación sustancial de las competencias municipales. Ya se ha señalado que principalmente esto fue debido a que no se produjo un diálogo entre las comunidades autónomas y sus entes locales como trataba de inducirse en la reforma, lo que llevó a mantener el *statu quo* en las normas que aprobaron las comunidades autónomas tras la entrada en vigor de la LRSAL.

Entre los efectos de la reforma de 2013 hay que señalar que estableció, como se ha señalado, una jerarquía entre las competencias obligatorias y las no obligatorias, además de reforzar las competencias de coordinación de las diputaciones provinciales y entidades equivalentes en municipios con menos de 20.000 habitantes<sup>21</sup>. En cualquier caso, no cabe duda de que la reforma ha tenido un impacto relevante en el gasto local y en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>22</sup>.

La reforma limitó la capacidad de actuación de las entidades locales en determinadas competencias que habían sido propias, además de requerir informes vinculantes de otras administraciones para ejercer competencias «impropias», lo que debilita la autonomía local y el ejercicio libre de competencias locales<sup>23</sup>. A esto hay que añadir la prohibición de la asunción de competencias a todas las entidades locales que no estén atribuidas en la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada<sup>24</sup>. Potencialmente, la competencia más afectada por el nuevo marco regulatorio serían los servicios sociales, ya que representaron entre 2003 y 2011 el 42 % del gasto impropio total, aunque la efectividad de la reforma se demora hasta el establecimiento del nuevo marco de financiación autonómico y local. No obstante, la reforma no abordó el ejercicio de las competencias propias a un nivel superior al deseable en términos de cantidad o calidad en el ámbito de las competencias propias, a pesar de que, como se ha constatado, este hecho puede amenazar la sostenibilidad financiera futura de los municipios. La obligación establecida de calcular, comunicar y publicar el coste real de los servicios proporcionados no parece ser suficiente para conjurar

<sup>21</sup> ARENILLA SÁEZ, M., "El nuevo sistema de competencias locales", Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014.

<sup>22</sup> CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 9.

<sup>23</sup> BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., p. 295.

<sup>24</sup> FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit., p. 32.

esa amenaza. De esta manera, la normativa prioriza la estabilidad presupuestaria, pero no necesariamente la eficiencia<sup>25</sup>.

La reforma no se limita a cambios normativos precisos, sino que afecta al sistema de gobierno local en su conjunto y al papel del legislador estatal, que se ve ampliado. Sobre esta cuestión, la ley utiliza el término «Administración local» en lugar de «Gobierno local»<sup>26</sup>. Este aspecto no es meramente nominal, sino que debe entenderse como un acto declarativo de orientación de la reforma.

La LRSAL reduce el poder de las comunidades autónomas en las materias recogidas en el artículo 25.2, en la definición del mapa municipal, en los cambios en los límites de los municipios, en la creación de nuevos municipios y su fusión, así como en la regulación de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM), que las convierte en entidades desconcentradas de este. El Tribunal Constitucional aceptó que la competencia estatal básica fije nuevos límites para la creación de municipios, estableciendo un mínimo de 5.000 habitantes, con el fin de asegurar su viabilidad económica<sup>27</sup>.

Por otra parte, los esfuerzos que se hicieron para reducir las entidades instrumentales de las administraciones públicas alcanzaron ampliamente los objetivos establecidos. Esto ha sucedido tanto en caso de las comunidades autónomas como en las entidades locales<sup>28</sup>.

La cuestión de las diputaciones provinciales suscita todo tipo de controversias que derivan muchas veces de la posición que se adopte sobre su existencia. Una vez que no parece posible una reforma constitucional que revise esta, se trata de optimizar su función en relación con la garantía de los servicios que prestan los pequeños municipios, así como de evitar que se orienten a unos indeterminados intereses peculiares de la provincia. No obstante, el modelo descansa en buena medida sobre la voluntad de impulsar la gestión conjunta de servicios de esos pequeños municipios efectuada por estos y por la diputación provincial con el fin de lograr una mayor eficiencia. Para ello sería precisa una fuerte iniciativa política en la que debería participar o liderar cada comunidad autónoma.

La intervención de las diputaciones provinciales cuando los costes de los servicios de los municipios de menos de 20.000 habitantes superen a los servicios coordinados por las diputaciones ha sido avalada por el Tribunal Constitucional. Esta actuación la pueden hacer de forma directa ellas o mediante fórmulas de gestión compartida a través de la planificación. El objetivo es lograr una gestión más eficiente que reduzca los gastos. Además, si las diputaciones provinciales determinan que los gastos reales de los servicios proporcionados por los municipios son más altos que los servicios

<sup>25</sup> ARENILLA SÁEZ, M., PÉREZ GUERRERO, P. y ROMERA JIMÉNEZ, O., "El impacto de la reforma local española en los servicios sociales", cit.

<sup>26</sup> FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., "La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?", cit., pp. 19-20.

<sup>27</sup> BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., pp. 288 y ss.

<sup>28</sup> VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., "La reforma de las Administraciones Públicas y el Estado Social en la crisis económica (2012-2015)", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 17, 2017, p. 51.

coordinados o suministrados por ellas, deberán incorporar al plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal métodos de prestación unificada o supramunicipal con el fin de reducir los gastos reales. Esta intervención provincial también fue validada por el alto tribunal<sup>29</sup>.

A pesar del tono negativo de una parte de la literatura académica sobre la LRSAL, encontramos varios aspectos que se señalan como positivos. Así, se destaca su fomento de la iniciativa privada, que se ve reflejado en la obligatoriedad de considerar el impacto en el mercado y la competencia tanto en la gestión de servicios públicos en régimen de monopolio como en el ejercicio de actividades económicas locales<sup>30</sup>.

En lo que atañe a la gestión de los servicios públicos locales, se valora positivamente el establecimiento de un procedimiento justificativo basado en criterios que promueven la sostenibilidad y la eficiencia, al mismo tiempo que establece un orden de prioridad entre las diferentes formas de gestión de los servicios públicos, prefiriéndose la gestión directa. Así, se introducen una serie de criterios que restringen la discrecionalidad de la Administración minimizando su libertad de elección. Esta libertad se ve más restringida por el artículo 107.3 de la Ley de régimen jurídico del sector público al establecer que las entidades públicas empresariales se financiarán mayoritariamente a través de ingresos generados en el mercado, a menos que cumplan con los requisitos para ser consideradas como un «medio propio personificado» según lo dispuesto en la Ley de contratos del sector público<sup>31</sup>.

Además, el Tribunal de Cuentas ha observado que algunas entidades locales utilizan la regulación destinada al cálculo del coste efectivo de los servicios, según el artículo 116 ter, para completar la memoria que acompaña a la cuenta general en la que se detallan los objetivos programados<sup>32</sup>.

Por lo que respecta a la regulación de las competencias delegadas, la reforma fortalece un punto débil en la delegación, que consiste en asegurar que esta se lleve a cabo en condiciones que no perjudiquen los recursos y medios locales y que su aplicación esté respaldada por una planificación adecuada y encaminada a la mejora de la gestión pública<sup>33</sup>.

## 6 La aplicación de la reforma

Ya se ha insistido en que una parte significativa de la reforma local, que no está ligada a los aspectos de control financiero y presupuestario, descansa sobre la voluntad de

<sup>29</sup> BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., pp. 301 y 302.

<sup>30</sup> CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 31; MONTOYA MARTÍN, E., "Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 41 y 57.

<sup>31</sup> MONTOYA MARTÍN, E., "Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL", cit., p. 46.

<sup>32</sup> MONTOYA MARTÍN, E., "Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL", cit., p. 55.

<sup>33</sup> BAYONA ROCAMORA, A., "La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias", cit., p. 298.

las entidades territoriales en establecer una forma de gestión cooperativa sobre los servicios públicos. Esto choca con una cultura político-administrativa basada en la delimitación precisa de competencias y en la litigiosidad en caso de discrepancia. Sigue sin considerarse suficientemente que las políticas públicas son únicas, al igual que sus destinatarios, y que sus fases están repartidas entre diversos responsables públicos que deben colaborar para que el resultado sea el mejor posible para el ciudadano. En su lugar se suelen crear numerosos organismos en todos los niveles gubernamentales, que están más preocupados por defender su ámbito competencial que por llegar a acuerdos o integrarse.

Desde un primer momento, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) fue consciente de que la LRSAL planteaba una serie de cuestiones problemáticas que comenzaba por el lema de «una Administración, una competencia». Tras la entrada en vigor de la ley, los municipios debían iniciar un proceso de ajuste al nuevo modelo de competencias, con el objetivo de eliminar las «competencias impropias». Esto suponía que debían enfocarse en ejercer únicamente aquellas competencias para las cuales estén debidamente autorizados y para las que cuenten con garantías financieras para su sostenibilidad. Con el fin de facilitar y homogeneizar la interpretación de la LRSAL, el MINHAP emitió una serie de notas a partir de la entrada en vigor de la ley. Se van a seleccionar a continuación algunos aspectos de ellas.

Por lo que respecta a las competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación, la interpretación inicial del MINHAP fue que debían tratarse como nuevas competencias. Por ello debían evaluarse según los términos del artículo 7.4 para determinar si el municipio podría ejercerlas o no. Esta interpretación no fue admitida por las comunidades autónomas que legislaron para que los municipios siguieran ejerciendo esas competencias sin cumplir con los requisitos de ese artículo.

También suscitó dudas la garantía de financiación de las competencias delegadas y de los convenios de colaboración. Las leyes autonómicas que se han aprobado solo cubren las delegaciones, pero no los convenios.

En lo referente a la función de coordinación de las diputaciones provinciales respecto a los servicios mínimos del artículo 26.2, surgieron dudas sobre si era necesaria la conformidad municipal. Al margen del pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional a favor de la coordinación, el MINHAP, de acuerdo con la FEMP, optó por sugerir que la actuación de la diputación se sujetase a la aprobación del municipio, como propuso en su momento el Consejo de Estado. Derivado de esta cuestión, se planteó por parte de varios ayuntamientos si debían seguir prestando servicios debido a la falta de una propuesta de coordinación por parte de la diputación provincial. El criterio del MINHAP fue el de que, al tratarse de servicios mínimos obligatorios municipales, los ayuntamientos deberían continuar proporcionándolos.

La LRSAL refuerza el papel de las diputaciones provinciales en la coordinación y la cooperación con los municipios para prestar los servicios públicos. Así, determina que esas entidades tienen la obligación de proporcionar servicios de recogida de residuos en municipios con menos de 5.000 habitantes si estos no los ofrecen, así como los servicios de prevención y extinción de incendios en municipios con menos de 20.000

Regap



ESTUDIOS

habitantes si no los brindan. Estas son competencias propias de las diputaciones y se ejercen si los municipios no las proporcionan.

En lo relativo al coste efectivo de los servicios, su regulación se estableció en la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales y en la Resolución de 23 de junio de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local. En la actualidad, los costes de las entidades locales están publicados en la página del Ministerio de Hacienda y Función Pública, aunque sus datos no están, en general, actualizados ni tampoco están validados por el ministerio.

Tras la entrada en vigor de la ley, las comunidades autónomas dictaron una variada normativa de urgencia, desarrollo, adaptación o aclaración a la LRSAL. La respuesta del MINHAP fue iniciar en muchos casos el procedimiento previsto en el artículo 33.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y mantener reuniones con los grupos de trabajo correspondientes; en otros casos se remitieron cartas de cooperación y requerimientos previos a la aplicación del artículo 44.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, la voluntad política en aquel momento, una vez que se constató que se estaban cumpliendo los objetivos de suficiencia financiera y de estabilidad presupuestaria, no fue emplear la vía contenciosa por parte del Gobierno.

## 7 Los intentos de reforma posteriores

La oposición a la ley fue muy amplia y se puso de manifiesto de una manera evidente en los recursos presentados. El más llamativo fue el interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona y 2.392 municipios que hicieron uso por primera vez de la posibilidad que ofrecía la Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, de plantear ante el Tribunal Constitucional un conflicto en defensa de la autonomía local. A este siguieron varios recursos de las comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional. Lo cierto es que las sentencias no desvirtuaron los aspectos esenciales ni la orientación de la LRSAL.

La elección de un nuevo presidente de la FEMP tras las elecciones locales de 2015 marcó el inicio de una postura beligerante contra la ley. Aunque se expresó la idea de que se había suspendido su aplicación hasta que se acordara una nueva financiación autonómica, los mecanismos de control financiero y presupuestario, junto con la mayoría de sus disposiciones, han permanecido intactos hasta la fecha.

Desde entonces se ha planteado la reorganización de la prestación de servicios locales; la adecuación de las competencias municipales, la estructura organizativa y un régimen de funcionamiento acordes con las diferentes dimensiones y competencias; y mejorar la calidad técnica de la ley, así como definir el papel de las diputaciones, especialmente en relación con los municipios más pequeños<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C., "De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?", cit., pp. 84 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Presentación", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, p. 7; CARBONELL PORRAS, E., "Las competencias locales diez años después de la LRSAL", cit., p. 9; ALMEIDA

En el año 2020, se incluyó en el Plan Anual Normativo del Gobierno de España la aprobación de una Ley de modificación de la LRBRL para la recuperación de la autonomía local, con el objetivo de establecer un estatuto básico para municipios pequeños y mantener la calidad democrática y la provisión de servicios públicos de calidad en todo el territorio<sup>35</sup>. Se llegó a redactar un Anteproyecto de ley de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, para la recuperación de la autonomía local y la memoria de impacto normativo correspondiente. La iniciativa se abandonó a lo largo de 2022.

En enero de 2022, la ministra de Política Territorial, en una intervención en el Senado, anunció la aprobación de un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población que se enmarcaba en la *Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico*. Los objetivos eran garantizar «la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos y ciudadanas vivan donde vivan». Sin embargo, también se renunció a esta iniciativa durante ese año.

En la exposición de motivos del anteproyecto de reforma de la LRBRL se señala: «la favorable evolución del conjunto del subsector local en materia de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de forma continuada y sostenida en el tiempo». A continuación, afirma que esta situación permitiría la conveniencia o necesidad de «flexibilizar y abrir el régimen de las inversiones financieramente sostenibles». De esta manera, se reconoce el significativo impacto de la modificación de la regulación local efectuada a partir de 2012.

Las iniciativas públicas son el resultado de la interacción de diversos intereses y actores que operaron en un momento y contexto específicos, desempeñando roles diferentes y a veces divergentes. En la reforma de 2013, las autoridades y organismos de la Unión Europea promovieron y supervisaron los ajustes y las reformas que se efectuaron. Existía, por lo tanto, una clara necesidad de ajustar la legislación local y dar respuesta urgente y efectiva a la grave crisis económica y financiera. Este impulso, u otro de similar intensidad, no se encuentra en los intentos de reforma local anteriores, ni tampoco en los más recientes que se acaban de señalar.

Los actores clave involucrados en las políticas públicas incluyen al gobierno, las entidades subnacionales, los partidos políticos, los grupos de interés, los ciudadanos, los expertos y académicos, los medios de comunicación, la burocracia y los organismos de control. Cada uno de ellos posee sus propias preferencias, objetivos y recursos<sup>36</sup>. Es importante destacar que el resultado de la legislación es más una consecuencia de la combinación de intereses que operan en un momento y contexto específicos que el resultado de un «legislador» anónimo. Si se reorganizan esos intereses y actores en un momento y contexto diferentes, es probable que se obtenga

CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", cit., p. 61.

<sup>35</sup> ALMEIDA CERREDA, M., "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", cit., p. 61.

<sup>36</sup> DENTE, B. y SUBIRATS HUMET, J., *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2014, p. 77.

un resultado distinto, como vemos que ha ocurrido en las iniciativas de reforma local desde 1985.

## 8 Conclusiones

Entre 2008 y 2012, España se enfrentó a una grave crisis económica con altas tasas de desempleo que abordó con duras medidas de austeridad. La reforma del artículo 135 de la Constitución en 2011, a instancias de la Unión Europea, priorizó la estabilidad presupuestaria y la suficiencia financiera. El país quedó bajo el estricto control de la Comisión Europea, que se vio reflejado en los sucesivos programas nacionales de reformas. En el de 2012 se incluyó la reforma local. Esta se orientó principalmente a adaptarse a la LOEPSF aprobada ese año garantizando la sostenibilidad de las entidades locales, sin buscar una reforma integral del régimen local pero afectando a las competencias autonómicas. Diez años después, se puede afirmar que las metas financieras de la LRSAL se han cumplido, como evidencia el amplio superávit del conjunto de las entidades locales.

En el ámbito local, persisten problemas no resueltos, como el desajuste de los gobiernos locales en el modelo autonómico. Además, el modelo de relaciones intergubernamentales locales es complejo y a menudo no cooperativo, así como de dependiente del Estado y de las comunidades autónomas. En este modelo, dominan las relaciones financieras o presupuestarias y carece de una planificación adecuada. A esto hay que añadir desafíos como la falta de rendición de cuentas y la administrativización de las relaciones, en lugar de predominar el enfoque político. Además, el gobierno local se enfrenta al reto del inframunicipalismo. Esto ha generado desigualdades significativas en la prestación de servicios públicos. Todo ello contribuye a la complejidad y debilidad del sistema local.

Para afrontar estos desafíos, es necesario replantear la distribución de competencias, establecer de manera inequívoca las responsabilidades de las diversas entidades públicas y fomentar y alcanzar la colaboración y la gestión cooperativa. También se requiere una mayor coordinación entre los niveles de gobierno y un mayor compromiso de las comunidades autónomas en la planificación territorial, con el fin de satisfacer las necesidades y de garantizar de una manera efectiva los derechos de los ciudadanos.

Las fuentes de financiación no automáticas e incondicionadas siguen siendo muy significativas, lo que hace que se incrementen los costes estructurales y de gestión de las administraciones españolas, así como la ineficiencia. Es necesario fortalecer la financiación incondicionada y mejorar su capacidad administrativa y financiera mediante la adaptación de las normas, el aumento de la financiación, una revisión de las obligaciones y el incremento de la transparencia y la rendición de cuentas. La delegación de competencias puede ser una vía para la racionalización de los recursos, siempre que se acompañe de una financiación adecuada para garantizar una ejecución eficaz.

El papel de las diputaciones provinciales sigue siendo controvertido al dudarse de su capacidad institucional y de la asunción de funciones de autoridad y de servicios directos a la ciudadanía, aunque hay numerosos ejemplos que desmienten esta generalización. Además, se cuestiona la existencia de diputaciones y de comarcas realizando funciones similares.

La LRSAL se orienta a eliminar las duplicidades en las competencias locales. Esto debe lograrse, además de empleando los mecanismos normativos que contiene, fomentando y practicando la lealtad institucional entre los diversos poderes territoriales, así como el liderazgo territorial de las comunidades autónomas para evitar duplicidades y lagunas.

En la nueva ley se fusionaron dos tendencias iniciales: una orientada hacia el ajuste fiscal que fortalecía los mecanismos de control del Ministerio de Hacienda y otra que buscaba mejorar la gestión colaborativa de las competencias territoriales. El objetivo principal de esa fusión era garantizar la estabilidad financiera y competencial, promover la autonomía presupuestaria y fortalecer las relaciones entre las comunidades autónomas y los entes locales para la ordenación de las competencias y la protección a largo plazo de los derechos de los ciudadanos.

El cambio de orientación respecto a la autonomía local se ve avalado en lo esencial por el Tribunal Constitucional al establecer que el Estado podía ampliar la regulación de un modelo municipal común, ya que esto todavía permitía a las comunidades autónomas desarrollar sus propias políticas. El resultado es la restricción de la autonomía local y de la capacidad reguladora de las comunidades autónomas respecto al modelo de 1985. El ajuste de la autonomía alcanza, por ejemplo, a la gestión por parte de las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles; y a las relaciones de los municipios con sus diputaciones provinciales.

La nueva orientación política de la regulación local se plasma en los discursos políticos que, a su vez, se alinean con los requerimientos de la Unión Europea y que llegan hasta plantearse reformar la ley electoral para reducir el número de concejales, cuestión que no se llevó a cabo. Hoy en día, se mantiene el cambio de orientación establecido en 2013, evidenciado por el efectivo control financiero y presupuestario de las entidades locales por el Ministerio de Hacienda y las autoridades autonómicas. El resultado es un superávit significativo que se ha utilizado para compensar el déficit de otras administraciones públicas. Los intentos de revertir la LRSAL con el nuevo Gobierno a partir de 2018 no han tenido éxito.

Los primeros borradores elaborados por el INAP pretendían mejorar la cooperación, la eficiencia y la claridad en la distribución de competencias y responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno en España. El objetivo era adaptar el sistema competencial de los municipios y las provincias para que fuera más flexible y se ajustara a la diversidad de realidades territoriales. Esto requería promover un diálogo efectivo entre las comunidades autónomas, las provincias y los municipios para lograr un enfoque más integrado y cooperativo en la prestación de servicios públicos, aunque se reconocía que esto no se podía imponer en un texto legal.

Regap



ESTUDIOS

Un aspecto bien valorado de la reforma local fue la obligación de financiar plenamente y durante cinco años las delegaciones o convenios en los que interviniesen los entes locales. No obstante, algunas comunidades autónomas, en las normas que aprobaron tras la LRSAL, limitaron su aplicación solo a las delegaciones.

La reforma estableció una jerarquía de competencias en el ámbito municipal, basada en la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria. Solo las competencias no obligatorias, que incluyen la actividad económica y las realizadas por las entidades instrumentales, pueden abordarse si las competencias obligatorias cumplen con los requisitos de sostenibilidad financiera y de estabilidad presupuestaria. Esto supone activar la colaboración, la cooperación y la coordinación entre las distintas administraciones e implica repensar el rol de las provincias, ampliando sus competencias para asumir tareas atribuidas a las comunidades autónomas y a los municipios más pequeños. Sin embargo, si no existe voluntad para dialogar sobre los servicios destinados a los ciudadanos, como algunas comunidades han demostrado en sus legislaciones de «adaptación» a la LRSAL, la legislación estatal básica tiene claras limitaciones para lograr esos objetivos.

La reforma tenía también como finalidad promover la rendición de cuentas, la transparencia en la gestión y la claridad en las retribuciones de los empleados y responsables públicos para fortalecer la confianza en los gobiernos locales. Además, se introdujo el coste efectivo de los servicios con la finalidad de favorecer el fortalecimiento democrático de la gestión pública local. La evidente oposición a su implementación pone de manifiesto la cultura política y administrativa española. Esto nos debe hacer pensar que los aspectos esenciales de la reforma local no son principalmente de naturaleza jurídica, siendo muy importantes, sino política. Por ello, es necesario un análisis profundo que considere todos los factores relacionados con la distribución del poder en el territorio. Finalmente, asociar el futuro de la financiación local a la autonómica parece arriesgado. La prórroga del sistema de financiación autonómica desde 2014 evidencia la gran dificultad para avanzar hacia un nuevo modelo territorial de servicios públicos.

Los efectos de la reforma se pueden concretar, entre otros, en la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera; el establecimiento de una jerarquía de las competencias; el reforzamiento de las competencias de coordinación de las diputaciones provinciales; la asunción por estas, en determinadas condiciones, de los servicios de los municipios de menos de 20.000 habitantes; la introducción del coste efectivo de los servicios; la reducción del poder de las comunidades autónomas en la definición del mapa municipal; la disminución significativa del número de las entidades instrumentales; el fomento de la iniciativa privada en el ámbito local; la preferencia de la gestión directa; una mejor justificación de la cuenta general mediante el empleo del coste efectivo de los servicios; y la mejora de las condiciones en las que se efectúan los convenios y las delegaciones.

Persiste la falta de reconocimiento de la unicidad de las políticas públicas y de sus beneficiarios, lo que ha llevado a la creación de numerosos organismos, que están

más enfocados a proteger sus áreas de competencia que a colaborar o integrarse para ofrecer un mejor rendimiento y una mayor eficiencia.

Desde que la ley entró en vigor, el MINHAP emitió una serie de notas aclaratorias sobre, entre otros, los siguientes aspectos: las competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación; la conformidad municipal para aceptar la coordinación de las diputaciones en los servicios mínimos del artículo 26.2; y la financiación de las competencias delegadas y de los convenios. La interpretación dada, las leyes autonómicas aprobadas y la inacción del MINHAP en algunos casos de incumplimiento han hecho que predomine en estos aspectos y otros conexos el *statu quo* anterior.

La potencialidad del empleo del coste efectivo de los servicios para transformar la gestión local y fomentar la transparencia y la rendición de cuentas apenas ha sido empleada. De nuevo se ha impuesto la cultura político-administrativa tradicional.

Las diversas sentencias del Tribunal Constitucional en contestación a los recursos interpuestos por la aprobación de la LRSAL no desvirtuaron su orientación ni sus aspectos esenciales. Los cambios políticos producidos, primero en la FEMP en 2015 y luego en el Gobierno de España en 2018 no lograron modificar la reforma de 2013, a pesar de que se tramitó un anteproyecto de ley a tal efecto. También fracasó el intento de aprobar en 2022 un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población. Es significativo señalar, a efectos de comprobar la eficacia de la LRSAL, que en la exposición de motivos del citado anteproyecto de ley se reconocía el «cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de forma continuada y sostenida en el tiempo».

Finalmente, es preciso subrayar que los resultados de la legislación son más el producto de la combinación de los intereses en juego en un momento y en un contexto específicos que la consecuencia de un «legislador» anónimo. En el caso de la LRSAL interactuaron numerosos intereses representados por una serie de actores, algunos dentro de la propia Administración general del Estado, que tuvieron un peso variable en el resultado de la reforma.

## Bibliografía

- AEPDA, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, *VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013.
- ALMEIDA CERREDA, M., “Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 59-81. <https://doi.org/10.24965/real.11203>
- ARENILLA SÁEZ, M., “Principios de la reforma local”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. extraordinario, 2014, pp. 8-37.

regap



ESTUDIOS

- ARENILLA SÁEZ, M., “El nuevo sistema de competencias locales”, Santamaría Pastor, J.A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 25-55.
- ARENILLA SÁEZ, M., “Génesis y finalidad de la reforma”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. extraordinario, 2015, pp. 11-18.
- ARENILLA SÁEZ, M., “Las posibilidades de mejora del Estado autonómico”, Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 1247-1271.
- ARENILLA SÁEZ, M., PÉREZ GUERRERO, P. y ROMERA JIMÉNEZ, O., “El impacto de la reforma local española en los servicios sociales”, Díaz Lema, J.M. (coord.), *Sostenibilidad financiera y Administración local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?”, *Documentación Administrativa*, n. 6, 2019, pp. 81-102.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Presentación”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 6-7. <https://doi.org/10.24965/reala.11214>
- BAYONA ROCAMORA, A., “La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 43 (Ejemplar dedicado a: La remunicipalización de los servicios públicos locales), 2017, pp. 284-305.
- CARBONELL PORRAS, E., “Las competencias locales diez años después de la LRSAL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 8-28. <https://doi.org/10.24965/reala.11192>
- DELGADO RAMOS, D., “Un balance constitucional de la estabilidad presupuestaria: la reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después”, Delgado Ramos, D. y Gordillo Pérez, L. (dirs.), *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 83-132.
- DENTE, B. y SUBIRATS HUMET, J., *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2014.
- DÍAZ LEMA, J.M., “El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012, pp. 47-91.
- DÍAZ LEMA, J.M., “Racionalización de las competencias locales”, *Informe INAP*, 11 de abril de 2012.
- FEMP, *Compromiso con la financiación local*, XII Pleno de la FEMP, 2019.
- FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pp. 11-45.
- MONTOYA MARTÍN, E., “Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL”, *Revista de*

*Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 19, 2023, pp. 29-58. <https://doi.org/10.24965/reala.11204>

ROMERA JIMÉNEZ, O. y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “Comentarios a la reforma de la Administración local”, *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, n. 168, 2014, pp. 28-50.

VIDAL PRADO, C. y DELGADO RAMOS, D., “La reforma de las Administraciones Públicas y el Estado Social en la crisis económica (2012-2015)”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 17, 2017, pp. 40-62. <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i17.10400>

Regap



ESTUDIOS





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_junio-diciembre 2023 | pp. 389-408  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5146>  
© Miguel Revenga Sánchez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 07/12/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

66 Regap

É o dereito á protesta un  
novo dereito fundamental?

**¿Es el derecho a la protesta un  
nuevo derecho fundamental?**

Is the right to protest a  
new fundamental right

Regap



ESTUDIOS

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Cádiz

<https://orcid.org/0000-0002-7807-6684>

[miguel.revenga@uca.es](mailto:miguel.revenga@uca.es)

**Resumo:** Este traballo estuda se o dereito á protesta pode ser considerado como un “novo” dereito fundamental, ou ben se é tan só o nome que lles outorgamos a determinadas formas de exercicio dos dereitos de reunión e manifestación. Para tal efecto, realízase unha aproximación conceptual ao dereito, inscríbese no contexto dos conflitos sociais e políticos dos últimos anos, e discútase o seu encadramento nas normas que desenvolven os referidos dereitos. Tráense a colación algúns casos relevantes e establécese, como conclusión, que o dereito á protesta, sen chegar a ser un novo dereito, si exerce un impacto decisivo nas concepcións actuais dos dereitos de reunión e manifestación.

**Palabras clave:** Dereito á protesta, novos dereitos, dereitos de reunión e manifestación.

**Resumen:** El presente trabajo estudia si el derecho a la protesta puede ser considerado como un “nuevo” derecho fundamental, o bien si es tan sólo el nombre que otorgamos a determinadas formas de ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. A tal efecto, se realiza una aproximación conceptual al derecho, se inscribe en el contexto de los conflictos sociales y políticos de los últimos años, y se discute su encuadramiento en las normas que desarrollan los referidos derechos. Se traen a colación algunos casos relevantes y se establece, como conclusión, que el derecho a la protesta, sin llegar a ser un nuevo

derecho, sí ejerce un impacto decisivo en las concepciones actuales de los derechos de reunión y manifestación.

**Palabras clave:** Derecho a la protesta, nuevos derechos, derechos de reunión y manifestación.

**Abstract:** The article explores whether the right to protest can be considered a “new” fundamental right, or if it is just the name we give to certain forms of exercising the rights of assembly and demonstration. To this end, a conceptual approach to the law is made, it is inscribed in the context of the social and political conflicts of recent years, and its framing in the norms that develop the aforementioned rights is discussed. Some relevant cases are brought up and it is established, in conclusion, that the right to protest, without becoming a new right, does have a decisive impact on the current conceptions of the rights of assembly and demonstration.

**Key words:** Right to protest, new rights, rights of assembly and demonstration.

**SUMARIO:** 1 El catálogo de los derechos y los “nuevos” derechos. 2 El derecho a la protesta y su contexto como derecho “emergente”. 3 Pero ¿de qué hablamos? Precisiones conceptuales. 4 ¿No es esto lo que tenemos? 5 Conclusión: una cuestión de nombre, pero sobre todo de interpretación.

## 1 El catálogo de los derechos y los “nuevos” derechos

Hace tiempo que el catálogo de los derechos fundamentales parece haberse convertido en un campo de lucha en el que pugnan por entrar nuevos derechos que aspiran a ser reconocidos como tales. Estamos ante un fenómeno generalizado que afecta por igual a las declaraciones de alcance nacional y supranacional, aunque podría decirse que se trata de una afectación diferente, y sobre la que inciden factores tales como el carácter más o menos alejado en el tiempo de la declaración, los modos en los que esta se produce en cuanto a la proclamación (o la incorporación) de los derechos y el lugar que ocupan, en el sistema de referencia en el que operan, los legisladores y los jueces. En términos generales no parece descabellado decir que, cuanto más remota es en el tiempo la declaración, con mayor intensidad se acusarán las demandas de incorporar nuevos derechos al elenco. Pero ello no puede afirmarse sin considerar además si hay o no procedimientos formalizados para la entrada de nuevos derechos e incluso los propósitos relacionados con la positivización *ab origine* de los derechos. Por ejemplo, si en sede nacional se opera mediante remisiones genéricas al Derecho internacional de los derechos, parece que disminuye la importancia y el sentido que puedan conferirse al catálogo. Y correlativamente, aumenta el impacto de los intérpretes y de las decisiones que adopten sobre las fuentes de reconocimiento y sobre los contenidos de los derechos<sup>1</sup>. Y lo mismo, y en igual dirección menguante en cuanto a la importancia del catálogo, podría advertirse allí donde se “arrastra” la huella iusnaturalista, bien presente en muchas constituciones americanas, en

---

<sup>1</sup> Con más detalle trato de esto en mi trabajo “El catálogo de los derechos en la era del *Ius Constitutionale Commune*”, Ugarte-mendia Eceizabarrena, J.I. y Giuseppe Martinico, G. (dirs.), *Curso de Verano de la Universidad del País Vasco, Ius Constitutionale Commune e Interpretación Conforme*, 12-14 de julio de 2023 (en prensa).

virtud de la cual enumerar derechos no significa cerrar la vía para la irrupción de otros retenidos por el pueblo<sup>2</sup>.

No es, desde luego, el caso de la Constitución española de 1978. Aquí nos encontramos con un catálogo de derechos formal y repartido en diferentes casillas de encuadre a cada una de las cuales la propia Constitución le asigna un nivel de garantías. Las garantías, antes que el nombre o la importancia de lo que reconocen para la vida de las personas, jerarquizan a los derechos, estableciendo categorías que, como en la liga de fútbol, hace que los derechos se batan en la competición de oro o en las divisiones inferiores. Y ocurre así que, por causa de la presencia o ausencia de reconocimiento de recursos dotados de ciertas exigencias (tramitación rápida –es un decir– y preferente) y, sobre todo, alcance del Tribunal Constitucional para atender amparos *intentados* frente a la vulneración, nos hemos habituado a reconocer que derechos “fundamentales” son los que son y ninguno más: los que se indican en el art. 53.2 de la Constitución, *expressis verbis*, o mediante remisión a su emplazamiento. Tales derechos están además hiperprotegidos frente a la reforma de la Constitución (art. 168.1), lo que significa que lo que solemos llamar el efecto congelación aquí no lo sea sólo de rango, sino de auténtico blindaje y de rechazo reflejo, y por principio, frente a veleidades “incorporativas” o ampliadoras.

Hace ya bastantes años, en un trabajo dedicado a situar la cuestión de la generación de derechos nuevos en el horizonte de los modelos de jurisdicción constitucional, defendí tímidamente que la difusión del control de constitucionalidad de la ley parecía dotar de mayor fluidez a la posibilidad de incorporar al catálogo derechos tenidos en lo sucesivo como fundamentales<sup>3</sup>. Una intuición que hoy no sé si mantendría, aunque sí continuo pensando que la pluralidad de lecturas y de instancias jurisdiccionales a propósito de unas mismas realidades y problemas para los que el lenguaje de los derechos no suele ofrecer más que pautas genéricas, acaba por producir mutaciones interpretativas y sutiles cambios que empujan en la dirección de la incorporación formal. El catálogo de los derechos se conformaría así por los derechos que están, pero también por los que se hallan *in fieri* como derechos *emergentes* y a la espera de obtener el espaldarazo indubitado de la incorporación, ya sea mediante la reforma expresa de la declaración (que es la solución óptima para salir de la nebulosa de las interpretaciones contradictorias), ya sea a través de la confirmación indubitada de estatus conferida por quien, a resultas de su posición como intérprete supremo, se encuentra en condiciones de zanjar a las claras y *erga omnes* la condición del derecho como derecho fundamental y de máximo rango.

En un par de importantes sentencias producidas este mismo año, el Tribunal Constitucional emprendió decididamente esa senda a propósito de dos derechos cuyo estatuto como derechos fundamentales a la luz del artículo 15 de la Constitución

<sup>2</sup> Esta es, como es sabido, la vía elegida, a partir de 1787, por la Constitución de los Estados Unidos, cuya Enmienda Novena señala que “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros retenidos por el pueblo”. Se trata de una cláusula que, con igual o parecida redacción, está presente a día de hoy en bastantes de las Constituciones de los países de América Latina.

<sup>3</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M., “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 64, 2002, pp. 99 a 110.

estaba en entredicho. Me refiero, claro está, al derecho al aborto y al derecho a la eutanasia, dos nuevos derechos que el Tribunal “extrae” a partir de un determinado modo de leer el artículo 15 y los derechos a la vida y a la integridad física y moral, en combinación con los valores de la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad<sup>4</sup>. Tal y como se aprecia en varios de los votos particulares de ambas sentencias, el debate versa, entre otras muchas cuestiones de enjundia, sobre la capacidad del Tribunal para dispensar el estatuto de derecho fundamental a derechos que la Constitución no reconoce como tales y cuya fuente de emanación radica en la capacidad del legislador para desarrollar la Constitución, pero no para reescribirla y modificar al alza, con el beneplácito del Tribunal, el catálogo de los derechos fundamentales y sus garantías.

## 2 El derecho a la protesta y su contexto como derecho “emergente”

En el año 2014, durante el debate de totalidad del proyecto de Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), el entonces ministro del Interior, Fernández Díaz, replicaba así a un diputado de la oposición que achacaba a la ley el propósito inconfesable de reprimir y acallar las protestas ciudadanas: “¿Usted cree de verdad que a estas alturas, cuando llevamos 90.000 manifestaciones a lo largo de esta legislatura, nos va a preocupar hacer una ley para reprimir un derecho fundamental como el de reunión y manifestación, que en la inmensa mayoría de los casos se ejerce libre y pacíficamente?”<sup>5</sup>. A efectos dialécticos, el argumento no es, por cierto, muy consistente. Podría dársele la vuelta con la respuesta afirmativa y sobre la base del propio dato facilitado por el ministro. Pero es esto último lo que nos llama la atención: la “explosión” del número de reuniones y manifestaciones que se trae a colación en el debate, el cual denota un “clima” de protesta a la altura de ese año bien revelador.

Es un contexto cuyo punto de partida se puede establecer en el año 2011 y en la fecha simbólica del 15 de mayo con la llamada a acampar en la Plaza del Sol de Madrid para materializar un descontento difuso, pero intenso, decantado mediante el activismo de grupos como “Juventud sin Futuro”, “Democracia Real Ya”, “Plataforma de Afectados por la Hipoteca” y otros, además del que tomó el propio 11-M y el “No nos representan” como *leit motiv* central y reivindicativo. La protesta social fue una respuesta a la crisis financiera y económica que empezó en 2007 en Estados Unidos con el pinchazo de la burbuja inmobiliaria y se extendió por ósmosis a escala planetaria, poniendo bajo asedio a las políticas que sostenían en las democracias

<sup>4</sup> Véanse las Sentencias 19/2023, de 22 de marzo (y 94/2023, de 12 de septiembre, sobre la Ley orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia), y la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la Ley orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Adicionalmente cabe decir que el cambio de criterio del Tribunal Supremo norteamericano en cuanto al aborto plasmado en la Sentencia *Dobbs contra Jackson*, de junio de 2022, se basa en la errónea creación (según la mayoría), por medio de la Sentencia de 1973 *Roe contra Wade*, de un nuevo derecho de la mujer inexistente en la Constitución. Sobre este extremo, *in extenso*, véase la opinión concurrente del juez Clarence Thomas en el caso *Dobbs*.

<sup>5</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Año 2014, X Legislatura*, n. 230, p. 48. Tomo la cita del trabajo de BILBAO UBILLOS, J.M.ª, “La llamada Ley *Mordaza*: La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, 2015, pp. 217 y ss.

avanzadas el compromiso con los servicios públicos y el Estado social. En realidad, para captar mejor las dimensiones del descontento, habría que considerar el escenario supranacional y remontarse a la última década del siglo XX, quizá 1999, con las manifestaciones antiglobalización en la ciudad norteamericana de Seattle, y las ulteriores protestas que se extendieron por doquier al hilo de las reuniones del Grupo G-20. En coincidencia temporal con la emergencia y consolidación de las nuevas vías de comunicación propiciadas por los avances de la era digital, surgieron redes de movimientos y reivindicaciones, y formas de exteriorizarlas, no convencionales: renta básica, rechazo del pago de la deuda, ocupaciones, concentraciones antidesahucios, escraches...<sup>6</sup>

En el caso de España, la respuesta normativa a esos novedosos fenómenos sociales cuajó en la ya citada LOPSC, una norma que a los efectos del régimen jurídico de los derechos de reunión y manifestación parece haber desplazado en importancia a la “vieja” ley del año 1983, que es la que en verdad se ocupa del ejercicio de tales derechos. Además, el Código penal, mediante las reformas materializadas en la Leyes orgánicas 1 y 2 del mismo año, completó lo que algunos dieron en llamar las “reformas del miedo”, con su secuela de retorno de concepciones del orden público y de tranquilidad en las calles que parecían haber quedado definitivamente superadas<sup>7</sup>.

La protesta como fenómeno social y el derecho a la protesta como un fenómeno jurídico concomitante comenzó entonces a aparecer en ciertos informes y documentos de organizaciones dedicadas a promover la defensa de los derechos humanos, alguno de ellos de tanta relevancia como el del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Maina Kiai; en su Informe de 2013 sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación se afirmaba lo siguiente:

*“El Relator Especial considera que la Primavera Árabe y el Movimiento Occupy (de los Indignados) que se produjo posteriormente en muchas partes del mundo han abierto unas puertas que no se cerrarán nunca. Esos fenómenos ofrecen una alternativa no violenta para lograr el cambio, al tiempo que dan a las autoridades la oportunidad de conocer los puntos de vista y los sentimientos de los ciudadanos. Esos acontecimientos confirmaron sobradamente que la celebración de reuniones pacíficas es un medio legítimo y poderoso de reivindicar el cambio democrático; de pedir que se respeten más los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales; y de exigir responsabilidades por las violaciones y abusos de los derechos humanos. La posibilidad de celebrar ese tipo de reuniones*

<sup>6</sup> Véase, para una aproximación general, CASTELLS OLIVÁN, M., *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza, Madrid, 2015. Me permito remitir también a mi trabajo de próxima publicación “El tiempo de los derechos en la era digital”, López Ulla, J.M. (dir.), *El impacto de la era digital en el derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

<sup>7</sup> La Ley orgánica 1/2015 introdujo en el Código penal la pena de prisión permanente revisable. Además, entre otras muchas reformas, redefinió en profundidad el capítulo dedicado a los delitos de desórdenes públicos (art. 557 y siguientes del CP). Por su parte, la Ley orgánica 2/2015 afectó a la regulación de los delitos de terrorismo. Lo de las “reformas del miedo” (a los empobrecidos, a los indignados y a los emigrantes) aparece recogido expresamente en las Conclusiones del trigésimo Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, que se celebró en el mes de junio de 2015. Sobre todo ello, véase CUERDA ARNAU, M.ªL. y GARCÍA AMADO, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, y especialmente en el mismo, el trabajo de PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho Penal y Administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil”, pp. 63 y ss.

*ha demostrado ser particularmente importante para los grupos más vulnerables a las violaciones de derechos y la discriminación, ya que en ellas pueden plantear su situación –muchas veces desesperada– en forma significativa”<sup>8</sup>.*

Es un documento que, como es costumbre en los de ese tipo, establece un repertorio de problemas a escala global, realiza un diagnóstico sobre los déficits de cumplimiento de los derechos y formula a los Estados una serie de recomendaciones generales que pueden ser tenidas como de referencia en los asuntos sobre los que versa el Informe<sup>9</sup>. Y lo mismo podría decirse en cuanto a la importancia y el interés que concitan estos derechos en los últimos años si nos fijamos en otros instrumentos jurídicos de *soft law* de alcance regional que se convierten de inmediato en fuentes autorizadas de buenas prácticas e interpretaciones; concretamente me refiero a las *Guidelines* de la Comisión de Venecia, de julio de 2019<sup>10</sup>, y sobre todo al Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo título es ya explícito: “Protesta y Derechos Humanos”<sup>11</sup>.

La fecha de publicación de este prolijo Informe de la Comisión Interamericana – septiembre de 2019 – es tan significativa como ese título en el que parece que se está dando carta de naturaleza a un derecho que, en el Convenio Interamericano (art. 15), aparece recogido al modo tradicional como “derecho de reunión pacífica y sin armas”. Y decimos que es significativa porque, muy poco después, el 18 de octubre de 2019, se asistió en Chile al estallido de una protesta social de dimensiones gigantescas en cuyo origen estuvo una pequeña subida (de 30 pesos) en las tarifas del metro de Santiago. Otros países de la región, como Colombia, Perú, Ecuador o Brasil han conocido así mismo en los últimos tiempos levantamientos pacíficos y revueltas populares que desbordan claramente, por sus dimensiones, los esquemas tradicionales del derecho de reunión. Pero el caso de Chile es especialmente llamativo por lo que supuso de impugnación total de un orden sociopolítico que prendió como una mecha por todo el país e hizo insostenible la pretensión inicial del Gobierno de afrontar la crisis como una cuestión de mero orden público. Como si de un nuevo mayo del 68 se tratara, el octubre chileno aportó todo un repertorio de frases y consignas que se han quedado

<sup>8</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013, párrafo 80.

<sup>9</sup> Buena prueba del creciente interés de las Naciones Unidas sobre la salud de los derechos de reunión y manifestación a la luz de las protestas sociales, es la Resolución aprobada el año siguiente por el Consejo de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas (A/HRC/RES/25/38, de 11 de abril de 2014), así como el nuevo Informe del Relator Especial realizado en 2018 (A/HRC/38/34, de 26 de julio de 2018), en el que se sale al paso (párrafo 86) de “las tendencias que (...) confirman la existencia de patrones inquietantes de cierre del espacio cívico en todo el mundo que han limitado seriamente el ejercicio de los derechos a la libertad de reunión pacífica y asociación”. Y añade: “Si bien se reconocen los esfuerzos de algunos Estados para mitigar estas tendencias, preocupa al Relator Especial el creciente número de restricciones documentadas en todas las regiones, especialmente en nombre de la protección de la seguridad del Estado y la estabilidad nacional”. Es de mucho interés también el Informe titulado “A step-by-step checklist for monitoring implementation of the practical recommendations on the management of assemblies report by United Nations Special Rapporteurs Maina Kiai and Cristof Heyns” (A/HRC/31/66), de septiembre de 2016.

<sup>10</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3ª ed.) CDL-AD(2019)017.

<sup>11</sup> CIDH/RELE/INF 22/19, cuyo título completo es Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal.

en el imaginario colectivo<sup>12</sup>. Además de plantear en toda su crudeza los contornos en los que debe moverse el uso de la coerción estatal y el propio carácter de la protesta como protesta *pacífica*, la revuelta chilena mostró la radical inutilidad de la retórica del “estamos en guerra” (y de la dialéctica amigo/enemigo) para hacer frente a una crisis constitucional de esas dimensiones. Y el desenlace negociado y la apertura de un (largo) proceso constituyente de resultado todavía incierto en este momento, acabó por resituarse el derecho del que venimos hablando en un lugar destacado y fundamental para el desarrollo de formas de vida democráticas<sup>13</sup>.

### 3 Pero ¿de qué hablamos? Precisiones conceptuales

¿Es en verdad el derecho a la protesta un nuevo derecho con perfiles diferenciados con respecto a otros derechos que se nos pueden aparecer *prima facie* como asimilables o muy próximos conceptualmente hablando? Además de los derechos de reunión y manifestación –que ya en sí mismos obligan a entrar en precisiones para esclarecer de qué hablamos exactamente– otros candidatos a disputar al derecho a la protesta el carácter de derecho emergente o *in fieri* podrían ser el derecho de resistencia o incluso el derecho a la desobediencia, ambos derechos de larga data, pero que podrían tenerse por derechos “dormidos” o poco frecuentados desde el punto de vista práctico. Empezando por este último, no es difícil percibir que el contenido que comúnmente se asocia a la desobediencia cuadra mal con las características que se le asignan al derecho a la protesta como una acción social o derecho de ejercicio colectivo. La desobediencia civil tiene un carácter rigurosamente individual y se asocia a un incumplimiento consciente y obstinado de deberes o de obligaciones públicas en razón de las convicciones ideológicas (o morales o religiosas) del desobediente. Filósofos del Derecho de tanto renombre como Rawls o Dworkin, cuando hablan de la desobediencia civil, destacan el rasgo que tiene la desobediencia como incumplimiento deliberado de una ley dirigido a impugnar su legitimidad y/o a reclamar la derogación de la misma<sup>14</sup>.

Por lo que se refiere al derecho de resistencia, nos encontramos con uno de los derechos de más hondo raigambre en el devenir del pensamiento político; un derecho –él mismo resistente– que reaparece con singular fuerza simbólica, desde la escolástica, en los momentos estelares del surgimiento de lo constitucional, con la denuncia de los agravios pasados como presupuesto, y con el espaldarazo solemne que

<sup>12</sup> Por todos, ARANCIBIA HURTADO, C., “Las palabras de la guerra: cuatro días del octubre chileno de 2019”, *IusInkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, n. 11, 2022, pp. 295 y ss.

<sup>13</sup> Por todos, PEÑA, C., *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, Taurus, Santiago, 2020. En el mes de septiembre de 2022, el plebiscito sobre el Proyecto constitucional elaborado por la Convención fue rechazado por un porcentaje del 61 por ciento de votos negativos frente al 38 por ciento de votos afirmativos. Sobre el proceso de elaboración de dicho proyecto, tiene mucho interés SQUELLA, A., *Apuntes de un constituyente*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2022.

<sup>14</sup> En la doctrina española, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons, Madrid, 1999; FALCÓN Y TELLA, M.J., *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Y véase también, muy significativamente, IGLESIAS TURRIÓN, P., “Desobediencia civil y movimiento antiglobalización. Una herramienta de intervención política”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 5, 2002, pp. 213 y ss.

le confiere su presencia en el selecto elenco de derechos que, a modo de concentrado introductorio, enuncia el artículo 2 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>15</sup>. En llamativo contraste con el escaso interés que muestra por el derecho de resistencia el constitucionalismo escrito de las siguientes décadas<sup>16</sup>, tal derecho volverá a tener un *momentum* estelar en 1968, con ocasión de la reforma constitucional que adicionó al artículo 20 (de la entonces llamada Ley fundamental de Bonn) un párrafo 4 en el que se dice que “Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuera posible otro recurso”. “Este orden” es el del Estado federal, democrático y social, que el propio artículo 20 enuncia como “fundamento del orden estatal” al que se le asigna en el artículo 79 el carácter de “cláusula de eternidad” o norma irreformable<sup>17</sup>.

También la Constitución de Portugal de 1976 y la de Ecuador de 2008 se refieren al derecho de resistencia, en este último caso con el añadido de la posibilidad de reivindicar nuevos derechos<sup>18</sup>. Según la interpretación más extendida, nos hallamos ante disposiciones que enuncian una *última ratio* de defensa del Estado de derecho ante un peligro existencial (una “errata molesta, que desgraciadamente ya no se puede corregir”, dijo irónicamente Kaufmann a propósito de la reforma alemana de 1968 que introdujo el derecho de resistencia<sup>19</sup>), un oxímoron lógico jurídico o trampantojo de efectos más simbólicos que reales y cuyo valor radica en lo que tiene de reafirmación de los fundamentos axiológicos de la Constitución frente a los horrores del pasado, trasladada al lenguaje de los derechos o, mejor, al de los derechos que son al mismo

<sup>15</sup> Recordemos: “El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Y reparemos también que en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), el artículo III, tras enunciar los principios a los que debe atenerse un Gobierno que se instituya para el beneficio común, no se priva de recordar que, cuando se lo considere (al Gobierno) “inadecuado o contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e imprescriptible a reformarlo, alterarlo o abolirlo en la forma que se juzgue más conveniente para el bienestar público”. Un recordatorio que, en la Declaración de Independencia de 1776, tras la minuciosa enumeración de las injusticias perpetradas por el rey de Gran Bretaña, culmina del modo siguiente: “En cada una de estas opresiones hemos pedido reparaciones en los términos más humildes: nuestras repetidas solicitudes se han respondido tan sólo mediante una injuria repetida. Un príncipe cuyo carácter se halla marcado por todos los elementos con que podrían definir a un tirano, está incapacitado para ser el dirigente de un pueblo libre”. Cito por la traducción de Ignacio Fernández Sarasola en VARELA SUANCES, J. (ed.), *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, CEPC, Madrid, 1998.

<sup>16</sup> Con dos importantes excepciones, ambas en el constitucionalismo francés: el art. 33 de la *Déclaration des droits de 1793* (“*La résistance à l’oppression est la conséquence des autres droits de l’homme*”), y el 21 del Proyecto de *Déclaration de 1946* (“*Quand le Gouvernement viole les libertés et les droits garantis par la Constitution, la résistance sous toutes ses formes est le plus sacré des droits et les plus impérieux des devoirs*”).

<sup>17</sup> La reforma constitucional de 1968 se inscribe en el contexto de las Leyes de emergencia aprobadas ese mismo año para dotar de una base jurídica a la respuesta estatal frente a las protestas masivas contra las centrales nucleares y la ampliación del aeropuerto de Fráncfort. La constitucionalización del derecho de resistencia, con rango de derecho amparable ante el Tribunal Constitucional (art. 93.1.4.a de la Constitución), fue una especie de contrapartida o garantía reaseguradora de la fuerza vinculante de la Constitución y de los derechos; véase SANTOS AMAIZ, J.A., “Derecho de resistencia y desobediencia civil en la Ley Fundamental de Bonn”, Peña, L. y Ausín Díez, T. (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016, pp. 99 y ss.

<sup>18</sup> Constitución de Portugal, art. 21: “Todos tienen derecho a resistir cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública”. Constitución de Ecuador, art. 98: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.

<sup>19</sup> Citado en el trabajo de SANTOS AMAIZ al que nos acabamos de referir, del que también es interesante su estudio “Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las Constituciones contemporáneas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, 2014, pp. 243 y ss.

tiempo deberes de conservación y restauración cuando el ordenamiento jurídico ha perdido la posibilidad fáctica de hacer frente a la injusticia y a su propia destrucción<sup>20</sup>.

Con ese nombre –o a veces refiriéndose a él como un derecho a la resistencia puesto al día– el derecho a la protesta tiene hoy valedores que, depurándolo de los componentes de “caso extremo” o “último recurso”, reclaman para él un lugar destacado en el repertorio de los derechos por lo que significa para acrecentar la calidad de la democracia<sup>21</sup>. A veces se lo relaciona con la importancia que tienen las libertades expresivas en el constitucionalismo democrático; singularmente por la conexión simbiótica entre la libertad de expresión y el ideal regulativo del autogobierno, tal y como lo han explicado en la doctrina norteamericana Alexander Meiklejohn o contemporáneamente Owen Fiss. Este último en sus importantes aportaciones sobre la libertad de expresión (que cuentan con traducción española) ha insistido en el carácter nuclear de la libre determinación sobre el modelo de vida en común (lo que él llama el principio de la elección meditada); ha explicado las razones por las cuales la realización efectiva de tal principio depende del compromiso sostenido con un debate público “desinhibido, vigoroso y completamente abierto” (por decirlo con los adjetivos que utilizó el Tribunal Supremo en el célebre caso *New York Times contra Sullivan*)<sup>22</sup>; y ha advertido de manera rotunda y pionera sobre las tensiones que se producen entre el interés público basado en la conservación de dicho compromiso y la concurrencia de intereses de carácter privado/empresarial que empujan en una dirección no necesariamente acorde con el mismo<sup>23</sup>.

Pero sin duda quien más enfáticamente se ha ocupado del derecho a la protesta, con una mira encomiástica que cuadra a la perfección con sus ideas sobre el carácter deliberativo de la democracia (y más recientemente sobre el Derecho como una “conversación entre iguales”) es Roberto Gargarella<sup>24</sup>. En esta última y notable aportación –que es a la vez un examen de las expectativas no atendidas por la democracia y un prontuario de soluciones concebidas para cumplirlas– Gargarella insiste en el

<sup>20</sup> Una anécdota que quizá revela una categoría: el polémico nobel Günther Grass, en uno de sus escritos sobre literatura y política, traducido al español en 1984 con el título “Del derecho de resistencia”, rememoraba la llegada de Hitler al poder el 30 de enero de 1933, y consideraba a propósito de ello que el avance insostenible de las técnicas de control estatal sobre la vida de las personas, unido a la presencia de armas atómicas tácticas en suelo alemán, justificaba sobradamente la activación del derecho por parte de cualquier ciudadano consciente de la gravedad de tales amenazas.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, DE LUCAS MARTÍN, J. y AÑÓN ROIG, M.ª J., “Sobre resistencia, ciudadanía y democracia”, *Claves de Razón Práctica*, n. 32, 2012, pp. 18 y ss.

<sup>22</sup> Un caso resuelto por el Tribunal Supremo en 1964, que dio un giro copernicano a la cuestión de la responsabilidad por daños a propósito del ejercicio de la libertad de expresarse. No puede venir más a propósito recordar aquí que Sullivan era un comisario de policía que se sintió ofendido por un anuncio en el que se denunciaba la brutalidad de la policía para reprimir ciertas manifestaciones que se habían producido en la ciudad de Montgomery (Alabama) en apoyo del movimiento pro-derechos civiles liderado por Martin Luther King. Puede verse una traducción al español de la sentencia en el libro recopilatorio de BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos*, CEPC, Madrid, 2005.

<sup>23</sup> FISS, O., *Libertad de expresión y estructura social*, Fontanara, México, 1997; FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999. Un excelente comentario de ambos libros puede verse en ESCOBAR ROCA, G., “Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, 2000, pp. 361 y ss.

<sup>24</sup> GARGARELLA MARIOTTI, R., *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006; GARGARELLA MARIOTTI, R., “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 61, 2008, pp. 19 y ss.; GARGARELLA MARIOTTI, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2021.

valor de la *confianza democrática*. Con fundamento en ella, defiende la necesidad de instituciones sensibles a lo que la ciudadanía afirma y remarca cuando se pone en pie por ciertos temas, e concluye: “el ideal regulativo sugiere prestar especial atención a los reclamos sociales que persisten en el tiempo (...); y por ello también propone considerar *como primero el derecho a la protesta*, porque entiende que la ciudadanía no toma como un pasatiempo los graves costos y riesgos que implica la protesta, ni los afronta por divertimento, sino por su necesidad de expresar algo que le importa y que el sistema institucional no le ayuda a expresar de otro modo”<sup>25</sup>. Cabría preguntar si es cierto que el sistema institucional no ayuda, habida cuenta de que el mismo incluye, en la democracia constitucional, el respeto de los derechos y, entre ellos, el de los derechos de reunión y manifestación. Creo que el iusfilósofo argentino es bien consciente de ello, como lo acreditan sus extensos alegatos sobre los derechos fundamentales que encontramos en otras partes del libro. A buen seguro se refiere a las insuficiencias del sistema institucional medido desde los inconvenientes y los déficits que acusan los diseños precisamente para dar vida a la representación política. Por eso insiste: “las instituciones de una sociedad igualitaria deben mostrarse especialmente sensibles frente a esas manifestaciones, tratando de reconocer y tomar en cuenta el valor de los reclamos (aunque sus formas no les gusten, aunque sus mensajes las irriten, aunque coyunturales diferencias ideológicas las muevan hacia el lado contrario)”. Y quizá la clave esté ahí: en las formas, más que en los contenidos más o menos “chocantes” o “irritantes”.

En las aportaciones anteriores, Gargarella ya se había ocupado del valor del derecho a la protesta en lo que tiene de reivindicación esencial de derechos desatendidos, y había escrito extensamente sobre cuáles son (y, sobre todo, sobre cuáles deberían ser) las respuestas judiciales frente a las protestas. Él toma como referencia los “piquetes”, los cortes de tráfico y las demás formas de protesta que se sucedieron en Argentina durante la década de los 90 y más allá. Y lo hace con el presupuesto de los debates norteamericanos sobre la doctrina del “foro público”, puesta en pie por el Tribunal Supremo a partir del caso *Hague contra Committee for Industrial Organization*, en el que se realiza un intento de encuadrar los márgenes de los que dispone el gobierno a la hora de regular el derecho a reunirse en las calles y en los parques para expresarse sobre asuntos de interés público<sup>26</sup>. En línea de principio, las regulaciones (y las restricciones) deben ser neutrales al contenido de las protestas, por lo que su justificación sólo puede basarse en razones relacionadas con el tiempo (no a las 3 de la mañana, por ejemplo), el lugar y la propia forma (o modalidad) de la manifestación. La jurisprudencia norteamericana completa esa idea central con un par de principios que el propio Gargarella (re)denomina como el principio de la “distancia

<sup>25</sup> GARGARELLA MARIOTTI, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, cit., p. 350. La cursiva está añadida en el original.

<sup>26</sup> El caso fue resuelto en 1939 y contiene un alegato del juez Roberts en favor del uso de los espacios públicos con fines de comunicación política que se hizo de referencia a partir de entonces. Véase O'NEILL, K.F., “Disentangling the Law of Public Protest”, *Loyola Law Review*, n. 21, 1999, pp. 413 y ss., en el que se realiza una completa explicación del influjo de legisladores, funcionarios de la Administración, jueces e incluso reglamentaciones internas de la Policía sobre la efectividad del derecho a la protesta a lo largo del tiempo. Se explica allí la diferenciación entre foros públicos *tradicionales*, foros *restringidos* y foros no públicos, como criterio general utilizado para controlar con mayor o menor deferencia las limitaciones.

deliberativa” y el principio de las “violaciones sistemáticas”. De conformidad con el primero de ellos (que el Tribunal Supremo desarrolló en el caso *Adderley contra Florida*), cuanto más marginado del debate público se encuentre un grupo por razones ajenas a su voluntad, más receptivos han de ser los jueces a las demandas de dicho grupo y mayor protección debe dispensar a los medios elegidos para hacerlas valer, por muy desafiantes que sean. Y conforme al segundo, cuando se trata de la denuncia de vulneraciones masivas de derechos básicos que se han ido arrastrando a lo largo del tiempo, es decir, cuando se pone de manifiesto una situación de injusticia grave y flagrante, las autoridades públicas deberían permitir y justificar ciertas acciones, incluso disruptivas, que serían rechazables en otras circunstancias.

## 4 ¿No es eso lo que tenemos?

Los dos principios expuestos por Gargarella inspirados en la jurisprudencia norteamericana, y sobre todo el segundo de ellos, se aproximan bastante a lo que podría ser uno de los enunciados básicos de cualquier teoría de la justicia. Nadie con un mínimo de sensibilidad democrática negaría que hay protestas e incluso modos de protestar que merecen más respeto y consideración que otros. La cuestión es si esa idea tan elemental tiene respaldo jurídico, de manera que, de ser así, habría una escala de tolerancia frente a la protesta que obligaría a considerar (contrariamente a la idea de la neutralidad frente al contenido) qué es lo que se reclama, cuáles son las razones que avalan la reclamación y hasta qué punto deben admitirse modalidades de protestar que, por su forma de materializarse, puedan resultar especialmente chocantes o molestas.

Naturalmente ningún régimen jurídico desciende tanto en la casuística como para establecer reglas sobre los márgenes de tolerancia con los que deben operar quienes tienen que decidir. Lo propio del Derecho de los derechos es fiar las cosas a la capacidad de los principios para guiar la búsqueda de soluciones de caso razonadas a partir de argumentos y balances ponderativos. Se enuncia el derecho, es delimitado mediante enunciados más o menos precisos y, a veces, se fijan límites expresos que se yuxtaponen a los que el intérprete puede “descubrir” en el conjunto de las estipulaciones constitucionales. Si hay alguna prevención es frente al legislador antes que ante el juez. Por eso se hace la llamada al respeto del contenido esencial para la ley que regule el ejercicio del derecho (art. 53.1 CE). Y a través de ese juego de habilitaciones al legislador y de prevenciones frente a lo que pueda hacer a la hora de encuadrar el derecho fundamental en marcos regulativos es como las normas adquieren “densidad dirigente”, esto es, capacidad para circunscribir la capacidad recreadora del intérprete – o de los sucesivos intérpretes del caso – a márgenes razonables.

Para ciertos teóricos de la protesta esta jamás podría ajustarse a formalidades jurídicas o reglamentaciones sin perder su prístino sentido como fenómeno político de carácter disruptivo. Regularlo vendría a ser –de manera semejante a lo que ocurre con el derecho de resistencia, pero por razones que no son las mismas– una neutralización inadmisibles de su potencial sentido “rompedor”. En un lugar destacado encajan

Regap



ESTUDIOS

aquí las reflexiones de Judith Butler sobre el *We the People* y la teoría performativa de la asamblea, que es una reivindicación de la legitimidad incondicionada del “cuerpo político” emancipado del Derecho y de las estructuras estatales para reafirmarse como soberano<sup>27</sup>. Es verdad que entre la *fluidez* del ejercicio de las libertades de reunión y manifestación y el *fárrago* de las normativas que lo propician, pero a la vez lo condicionan y lo limitan, existe una tensión<sup>28</sup>.

Hay, por así decir, una parquedad un tanto tosca en la enunciación básica del derecho que propicia reglamentaciones que a menudo cargan la mano sobre las limitaciones y acaban produciendo una monitorización sobre el ejercicio que puede ser propositiva –digamos bajo la forma de un *soft law* minucioso y garantista– o reactiva, bajo la especie de resoluciones judiciales amparadoras cuya impronta se deja sentir mucho más allá de las singularidades del caso.

Si nos fijamos en el artículo 21 de la Constitución y en los desarrollos normativos y jurisprudenciales, todo esto se cumple a rajatabla. Tenemos un enunciado básico que actúa como prescripción general: el derecho a reunirse de manera pacífica está garantizado. Luego viene la proscripción garantista (se supone que también genérica) expresada como regla: el ejercicio del derecho no necesitará autorización previa. Los problemas comienzan en el párrafo segundo, que parece sujetar el caso específico –el de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones– a un régimen particular en sí mismo confuso y contradictorio: hay que *comunicar* (“se dará comunicación previa a la autoridad”, se dice con lenguaje arcaico), y de la obligación de hacerlo se deriva una correspondiente potestad pública sobre la pretensión de ejercitar el derecho que, para el caso de la prohibición, aparece enmarcada en férreos parámetros: esta sólo procederá “cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

Situándonos bajo el “velo de ignorancia” de los ulteriores desarrollos, resulta todo bastante problemático. En primer lugar, porque, si la regla general es la no necesidad de comunicación del artículo 21.1, no se entiende el carácter imperativo con el que se contempla la comunicación en el artículo 21.2. Ello salvo que dicha regla general lo sea sólo para la reunión en espacios privados, y no para los espacios públicos. Pero entonces, si trazamos la barrera en el espacio, privado en el caso del 21.1 y público en el 21.2, lo que no tendría sentido es la referencia al carácter de “pacífica y sin armas”, que parecería pensada para la reunión en espacio privado, pero no para los lugares de tránsito público. Una glosa en sí misma paradójica y absurda por cuanto, si en algún lugar es más necesario que en otro, el condicionante es en el espacio público. Con lo cual no queda más remedio que concluir que la “delimitación” de partida tiene un efecto irradiante sobre todos y cada uno de los entresijos del régimen jurídico, sea

<sup>27</sup> BUTLER, J., *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la Asamblea*, Paidós/Planeta, Bogotá, 2017. Y también BUTLER, J., “Nosotros el Pueblo. Apuntes sobre la libertad de reunión”, *¿Qué es un pueblo?*, LOM, Santiago, 2014.

<sup>28</sup> Una tensión “irresoluble”, según la perspectiva de quienes resaltan lo paradójico del intento de conciliar lo que es un levantamiento contra la autoridad con la capacidad de esta para establecer los contornos y las condiciones; véanse al respecto las consideraciones de los dos profesores chilenos BASSA MERCADO, J. y MONCADA GARAY, D., “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Izquierdas*, n. 46, 2019, pp. 105 y ss. Y también (y no por cierto casualmente) las del profesor de la Universidad Diego Portales, LOVERA PARMO, D., “La protesta como coreografía: sobre los límites de la regulación legal de la protesta”, *Latin America Law Review*, n. 6, 2021, pp. 25 y ss.

cual fuere el lugar o la modalidad (estática o dinámica) de la reunión. Y, siendo ello así, se entiende mejor la cortapisa que el propio artículo 21.2 enuncia con respecto a la respuesta de la autoridad y la propia necesidad (conveniencia más bien) de la comunicación, que es, más que ninguna otra cosa, propiciatoria para el ejercicio del derecho.

Por lo demás, es verdad que la referencia al orden público, en sí misma y sin más aditamentos, podría hacer saltar todas las alarmas. Orden público es un sintagma que evoca lo peor de una trayectoria constitucional errática, pero proclive siempre a desentenderse del compromiso constitucional con los derechos<sup>29</sup>. Sólo mediante una operación de lavado y formateo, que sentó las bases para una interpretación del orden público compatible con los derechos fundamentales, fue posible revertir las inercias de esa trayectoria. La operación comenzó tempranamente, en el año 1980, cuando fue aprobada la Ley orgánica de libertad religiosa, en cuyo artículo 3 se materializa el rescate: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas (...) así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, *elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática*”.

El anclaje del orden público, con sus elementos constitutivos, en el ámbito de la sociedad democrática se hizo bajo el modelo y a semejanza de la técnica empleada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para evitar el ensanche *ultra vires* de las limitaciones. Y sirvió en lo sucesivo como el *leit motiv* de los equilibrios normativos y jurisprudenciales dirigidos a evitar las lecturas *old style* del orden público. De ese modo, con las exigencias de la sociedad democrática como trasfondo, y a la vista de los modos de razonamiento del Tribunal de Estrasburgo, en el que dichas exigencias son las que al final inclinan la balanza hacia el respaldo de la limitación o hacia la condena del Estado demandado, el orden público fue perdiendo peso para dejar su lugar a otros elementos del régimen jurídico del derecho que son los que determinan la legitimidad de las respuestas estatales ante su ejercicio. La Ley orgánica del año 1983, llamada secamente “reguladora del derecho de reunión”, apenas hizo algo más que reproducir los dictados constitucionales. Trazó los contornos del ámbito de aplicación (“la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada”) y desarrolló en sus artículos 8 a 11 los plazos y las formalidades de la comunicación previa, la respuesta de la autoridad gubernativa y el recurso contencioso accionable en su caso contra la misma. Todo ello sin entrar en más precisiones que pudieran servir de guía para enfrentar la contradicción de

<sup>29</sup> Por todos, y con la referencia “canónica”, BALLBÉ MALLOL, M., *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1984. Cito las palabras del Prólogo de García de Enterría: “Este libro es la historia de una falacia mantenida en nuestras instituciones desde hace dos siglos con sorprendente insistencia, la falacia de creer que sólo las armas y los modos de guerra pueden ser eficaces para mantener integrada una sociedad o, en términos más simples, para luchar eficazmente contra los trastornos del orden público (...)”.

fondo entre la garantía de la proscripción de un régimen de autorización previa, y el establecimiento imperativo de la comunicación previa y por escrito<sup>30</sup>.

La verdadera sede regulativa de las limitaciones de los derechos de reunión y manifestación han sido las dos grandes leyes postconstitucionales de seguridad ciudadana: la LO 1/1992 y la vigente LO 4/2015. Las dos fueron leyes polémicas y “mediáticas”; se aprobaron tras un proceso de deliberación detenido, con intervención relevante de la actividad de Informe (por parte del Consejo de Estado y por parte del Consejo General del Poder Judicial) y acabaron siendo objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad que el TC resolvió en sentencias parcialmente estimativas<sup>31</sup>. Si las polémicas en torno a la conocida como “ley de la patada a la puerta” se centraron en las potestades de la policía en la persecución del delito, las de la vigente ley lo han sido, sobre todo, en torno a la regulación de la actividad sancionadora de la Administración, considerada como innecesaria y/o excesiva por su profunda incidencia en el ejercicio de los derechos que venimos comentando. Acaso el calificativo popular de la ley como “ley mordaza” puede resultar algo exagerado, sobre todo si se considera que quizá no es achacable a ella sola, sino al efecto añadido que generó sobre los derechos a la libertad de expresión la importante reforma del Código penal (LO 1/2015) y los consiguientes retoques “expansivos” en la tipificación de los delitos de incitación al odio (art. 510) y de apología del terrorismo (art. 578)<sup>32</sup>.

Pero, una vez que el Tribunal eliminó de la ley la sanción por difusión “no autorizada” de imágenes de miembros de la policía, la parte más polémica de la ley es la relacionada con la punición administrativa de las manifestaciones. Ello, unido a las pautas de actuación de la propia policía a propósito de la celebración de las mismas, resultan a la postre los elementos clave para responder a la cuestión de si el derecho a la protesta puede considerarse como el ejercicio normalizado (pero con otro nombre) de los derechos del artículo 21 de la Constitución, o bien si estamos ante nuevos derechos o nuevos contenidos que desbordan la imagen del derecho plasmada en el texto constitucional<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Una ambigüedad que proviene de la Ley homónima 17/1976, que la LO 9/1983 deroga expresamente, y cuya exposición de motivos, mucho más “florida” que la muy escueta de esta última, se refería a la “filosofía” subyacente a la ley en estos términos: “La ley entraña un reto o, si se quiere, una apuesta sobre la madurez del pueblo español y sobre su capacidad de autocontrol en el ejercicio del derecho de reunión. La confianza en la certidumbre de dicha apuesta constituye, en definitiva, la justificación última de las premisas que inspiran todo el articulado de la ley: la redefinición de los límites de lo lícito y lo ilícito, de lo libre y lo reglamentado en materia de reuniones; la fijación de un nuevo criterio de reparto de poderes entre las autoridades gubernativas y los propios ciudadanos en orden al control del correcto ejercicio del derecho; y el establecimiento de disposiciones tendientes a garantizar positivamente el uso de la libertad de reunión”.

<sup>31</sup> Se trata de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, y de la STC 172/2020, de 19 de noviembre. Sobre la LO 4/2015 el TC se pronunció también en la STC 13/2021, de 28 de enero, en la que resolvió en sentido desestimatorio el recurso del Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la ley.

<sup>32</sup> Remito a mi trabajo “El discurso del odio entre la trivialización y la hiper-penalización”, Cortina Orts, A. y Revenga Sánchez, M., *Sobre el Discurso del Odio. Cuadernos del Círculo Cívico de Opinión*, n. 22, 2018.

<sup>33</sup> Y de cita obligada aquí, si bien en un sentido en extremo crítico contra la ley, precisamente por no haber considerado las implicaciones del derecho a la protesta, es el voto particular de la magistrada Balaguer a la STC 172/2020, que me permito citar por extenso: “La justificación de la aprobación de la ley responde a la lógica del mantenimiento de la seguridad en la gestión de los problemas políticos y sociales, sin que luzca en ningún momento la toma de conciencia por parte del legislador de que ha emergido una nueva situación generalizada de forma de protesta, que por otra parte es común a muchos países de nuestro entorno democrático. Y es así una reacción, porque quienes ejercen el derecho a la protesta son considerados elementos perturbadores del orden público y la convivencia, y no sujetos activos de la construcción del pluralismo político. Y esa lógica, que deslegitima al sujeto crítico y a los colectivos en que se integra, asume y traduce una desproporcionada restricción de

Encuadrados en la correspondiente gradación (muy graves, graves y leves), los ilícitos administrativos contemplados en la ley pueden clasificarse, a nuestros efectos, en tres grupos: a) el que proviene del incumplimiento del requisito de comunicación previa, cuya responsabilidad recaerá –dice la ley un tanto enigmáticamente– en los organizadores o promotores (infracción leve del art. 37.1); b) los que provienen de conductas individuales con ocasión de manifestaciones, como la negativa a la disolución (infracción grave del art. 36.7), o las faltas de respeto y consideración hacia los agentes de la policía, o el incumplimiento de restricciones de circulación peatonal o itinerario cuando provoquen alteraciones menores (infracciones leves de los arts. 37.4 y 37.3); c) restricciones por razón del lugar: la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos o la permanencia en ellos contra la voluntad del propietario (infracción leve del art. 37.7), la perturbación grave de la seguridad ciudadana con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso, del Senado o de los Parlamentos autonómicos, aunque no estuvieran reunidos (infracción grave del art. 37.2), y reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones (infracción muy grave del art. 35.1).

Dejando de lado –lo que es mucho dejar– las imprecisiones y expresiones abiertas de la ley y a falta de un *quantum* capaz de desvelar la foto completa de la actividad administrativa sancionadora (y la de la revisión judicial, que no sería un dato menor) desde 2015 para acá, del conjunto de la regulación legal lo que puede inferirse es el repudio de las actuaciones violentas como la verdadera marca distintiva o criterio abarcador y directriz de toda la normativa<sup>34</sup>. Desde la delimitación inicial en sede de Constitución hasta los pormenores de las conductas susceptibles de ser sancionadas, nos encontramos con un repudio de lo violento que es completo y bidireccional: hacia los manifestantes, sí, pero también dirigida hacia la actuación de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana y a las pautas reguladoras de su actividad de intervención: sólo ante amenazas concretas o comportamientos objetivamente

Regap



ESTUDIOS

---

los derechos fundamentales a través de los cuales se ejerce el derecho de protesta, porque prioriza el mantenimiento de una tranquilidad social, que se equipara a la seguridad ciudadana, frente al valor constitucional del pluralismo. Y así olvida que, en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), la lucha por la superación de las desigualdades, y por la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integran (art. 9.2 CE) es el presupuesto de la cohesión social, que debe estar en la base de la garantía de ese sosiego y paz sociales a que aspira la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Tener seguridad ciudadana también es disfrutar en condiciones de igualdad de los derechos reconocidos en la Constitución (art. 9.2 CE), tener un nivel de vida digno (art. 10.1 CE) y ejercer derechos como el de reunión (art. 21.1 CE) y la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] sin acoso institucional y sin arriesgarse a sufrir sanciones desproporcionadas. La perturbación de la tranquilidad ciudadana y del orden, dentro de los límites constitucionalmente previstos, fuera del recurso a la violencia, y siempre que no pueda ser tildada de grave, puede encontrar sustento en el ejercicio de derechos fundamentales, y puede resultar esencial a la construcción del pluralismo político que está en la base de las sociedades democráticas”.

<sup>34</sup> Lo que sí puedo aportar es el dato del número de manifestaciones celebradas entre 2013 y 2021: 2013 (43.170), 2014 (36.679), 2015 (32.904), 2016 (27.7880), 2017 (29.091), 2018 (32.078), 2019 (31.918), 2020 (22.449) y 2021 (33.366). Están reproducidos en el Informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL, publicado en noviembre de 2022, cuyo título es *Derecho a la protesta en España. Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta en España*. Las siete mordazas glosadas en el informe son: la reforma del Código penal, la aprobación de la Ley orgánica de seguridad ciudadana, el aumento del poder discrecional de decisión de la policía en el marco del derecho a la manifestación pacífica, la utilización abusiva de armas menos letales como pelotas de goma o de proyectiles “foam”, la frecuente interpretación de los tribunales a favor de la versión policial, las contradenuncias de policías contra manifestantes que denuncian abusos (lo que incluye la alegación de hechos no veraces en la propia denuncia policial) y la falta de mecanismos efectivos de rendición de cuentas de las fuerzas de seguridad.

peligrosos susceptibles de causar perjuicios para la seguridad, como dice el artículo 4 de la LO 4/2015<sup>35</sup>.

Si algo aporta, en definitiva, el derecho a la protesta pacífica a los contenidos de los derechos de reunión y manifestación es en lo que tal derecho significa para potenciar una concepción de los mismos más apegada a las exigencias de la sociedad democrática. Al tenerlo presente como una pujante e irreversible realidad social, se ensancha el ámbito de ejercicio legítimo del derecho fundamental en la misma medida en que se contiene y refrena el de las limitaciones dimanantes de la intervención administrativa y (con mucha más razón) penal. Pero ello con la condición y bajo el presupuesto de que el carácter o el modo de la protesta, en el que caben incumplimientos puntuales de exigencias legales –típicamente, la obligación de la comunicación previa– nunca podrá dar respaldo a actuaciones violentas que vayan más allá de las molestias o coacciones simbólicas ocasionadas a terceros como consecuencia del despliegue de la propia protesta.

## 5 Conclusión: una cuestión de nombre, pero sobre todo de interpretación

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde la importante STC 66/1995, hasta la aprobada en noviembre de 2023 afirmando el derecho que amparaba a la UGT para manifestarse el 8 de marzo de 2021, durante el segundo estado de alarma, que le fue negado en sede administrativa y judicial, está llena de *dicta* que valoran positiva y enfáticamente la ocupación del espacio público como un mecanismo vigoroso de participación democrática<sup>36</sup>. Lo que vemos consolidarse ahora, sobre todo gracias a las aportaciones de los órganos supranacionales de garantía de los derechos –con la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo en un lugar destacado– pero también gracias a la actividad de relatoría e informe de organizaciones e instancias de la sociedad internacional, es el lugar que va ocupando el derecho a la protesta en el núcleo mismo de los derechos políticos y de participación democrática<sup>37</sup>.

En buen número de resoluciones judiciales observamos que el derecho a la protesta se convierte en el eje vertebrador de razonamientos que se inclinan a encuadrar

---

<sup>35</sup> Es un extremo que merece ciertamente un trabajo detenido y que guarda estrecha relación con el tema que abordamos en estas páginas. Apuntaré tan sólo en este momento la trilogía de casos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por los excesos en el uso de la fuerza policial para disolver manifestaciones: *Iribarren Pinillos contra España* (2009), *Laguna Guzmán contra España* (2020) y *López Martínez contra España* (2021). Véase BILBAO UBILLOS, J.M., "La doctrina del TEDH sobre el uso excesivo de la fuerza para disolver manifestaciones pacíficas (Comentario a las SSTEDH de 6 de octubre de 2020 en el asunto Laguna Guzmán c. España; y 9 de marzo de 2021 en el asunto López Martínez c. España)", *Revista de Estudios Europeos*, n. 80, 2022, pp. 195 y ss.

<sup>36</sup> Sentencia todavía no publicada en el momento de escribir estas líneas. Véase la Nota informativa 94/2023, de 21 de noviembre

<sup>37</sup> Además de los informes que hemos citado en las notas 8 a 11, nos remitimos, para la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a LÓPEZ GUERRA, L., "Derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Alonso Rima, A. (dir.) y Colomer Bea, D. (coord.), *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019. Y para la de la Corte Interamericana, a SALDAÑA CUBA, J., "Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Investigación del CICAJ-PUCP*, 2018-2019, pp. 389 y ss.

determinadas conductas dentro del ámbito del ejercicio legítimo de derechos fundamentales. En el caso de España, al hilo del clima de protesta social de 2011 en adelante, pueden aducirse en este sentido resoluciones a propósito de ciertos “escraches” ante el domicilio de la entonces vicepresidenta del Gobierno, o sobre iniciativas de gran resonancia en su momento como la de “Ocupa el Congreso”, o las del caso “Aturem el Parlament”<sup>38</sup>. Es verdad que las que cito, con excepción de la del Tribunal Constitucional, son anteriores a la aprobación en 2015 de la LOPC. Pero no creo que las novedades que haya podido aportar dicha norma sean de tal entidad como para alzar un muro frente a la irrupción de la protesta en tanto que un derecho que reclama su lugar en el elenco de los derechos de mayor rango. Si acaso, lo que la ley ha propiciado es un reverdecir de los debates en torno al contenido esencial (o mejor sobre los contenidos básicos y concomitantes) de los derechos de reunión y manifestación, sobre la exigencia de la proporcionalidad en el uso de la potestad sancionadora de la Administración y sobre la contención en el recurso al Derecho penal.

En torno a tales cuestiones, y sobre el efecto desalentador que puedan tener para el ejercicio normalizado del Derecho, se observan puntos de discordia no sólo entre algunas sentencias de los tribunales españoles y la doctrina del TEDH, sino *dentro* de los propios tribunales, y señaladamente en el seno del Tribunal Constitucional<sup>39</sup>. El derecho a la protesta, con sus profundas implicaciones sobre la calidad de la democracia, y sobre la tarea de los poderes públicos dirigida a “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política” (art. 9.2 de la Constitución) está en el trasfondo de tales discordias. El tiempo decidirá sobre si el derecho a la protesta prosigue su andadura hacia la incorporación en el sistema de los derechos, o si tan sólo será visto como la *versión 5.0* (o la que corresponda) de los derechos de reunión y manifestación. Al fin y al cabo, como indicó Víctor Klemperer, en el capítulo XX (¿Qué quedará?) de su trascendental estudio sobre la lengua del Tercer Reich, “no es la voluntad y la precisión del experto la que decide sobre la adopción generalizada de una palabra nueva, sino el estado de ánimo y la imaginación del público”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Sobre los escraches, véanse el Auto 81/2014 de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que se desestima la apelación contra el Auto de archivo decretado el 10 de mayo de 2013 por el Juzgado de Instrucción n. 4 (Diligencias previas 1186/2013). Sobre la iniciativa “Ocupa el Congreso”, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n. 1 de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de octubre de 2012, en las Diligencias previas 105/2012. Y sobre el caso “Aturem el Parlament”, la importante sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2014 (ponente Ramón Sáez), que fue casada por el Tribunal Supremo en la STS 161/2015, de 17 de marzo (ponente Manuel Marchena), y objeto de un recurso de amparo resuelto en la STC 133/2021 en la que el Pleno respalda la tesis del TS y sostiene la condena de los recurrentes por el delito de intimidación a parlamentarios del art. 498 CP. La sentencia tuvo votos particulares de Encarnación Roca, María Luisa Balaguer, Juan Antonio Xiol y Cándido Conde-Pumpido. Véase, en sentido sumamente crítico con el enjuiciamiento del Tribunal Supremo, GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña”, Cuerda Arnau, M.ª L. y García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

<sup>39</sup> Por todos, COLOMER EGEEA, D., “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 41, 2019, pp. 97 y ss.; GARCÍA BELLO, L., “El ejercicio de los derechos fundamentales y el efecto desaliento: a resultas de las protestas ecologistas”, *La Ley*, 12 de diciembre de 2022.

<sup>40</sup> KLEMPERER, V., *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula, Barcelona, 2001, p. 188. Debo la referencia al trabajo de Camilo Arancibia que cito en la nota 12.

## Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Derecho a la protesta en España. Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta en España*, Informe, 2022.
- ARANCIBIA HURTADO, C., “Las palabras de la guerra: cuatro días del octubre chileno de 2019”, *IusInkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, n. 11, 2022.
- BALLBÉ MALLOL, M., *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1984.
- BASSA MERCADO, J. y MONCADA GARAY, D., “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Izquierdas*, n. 46, 2019.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos*, CEPC, Madrid, 2005.
- BILBAO UBILLOS, J.M.<sup>a</sup>, “La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, 2015.
- BILBAO UBILLOS, J.M.<sup>a</sup>, “La doctrina del TEDH sobre el uso excesivo de la fuerza para disolver manifestaciones pacíficas (Comentario a las SSTEDH de 6 de octubre de 2020 en el asunto Laguna Guzmán c. España; y 9 de marzo de 2021 en el asunto López Martínez c. España)”, *Revista de Estudios Europeos*, n. 80, 2022.
- BUTLER, J., “Nosotros el Pueblo. Apuntes sobre la libertad de reunión”, *¿Qué es un pueblo?*, LOM, Santiago, 2014.
- BUTLER, J., *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la Asamblea*, Paidós/Planeta, Bogotá, 2017.
- CASTELLS OLIVÁN, M., *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de Internet*, Alianza, Madrid, 2015.
- COLOMER EGEA, D., “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 41, 2019.
- COMISIÓN DE VENECIA, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3<sup>a</sup> Ed.) CDL-AD(2019)017.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal” (CIDH/RELE/INF 22/19).
- CUERDA ARNAU, M.<sup>a</sup>L. y GARCÍA AMADO, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DE LUCAS MARTÍN, J. y AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup>J., “Sobre resistencia, ciudadanía y democracia”, *Claves de Razón Práctica*, n. 32, 2012, pp. 18-24.
- ESCOBAR ROCA, G., “Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, 2000.
- FALCÓN Y TELLA, M.<sup>a</sup>J., *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- FISS, O., *Libertad de expresión y estructura social*, Fontanara, México, 1997.
- FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.

- GARCÍA AMADO, J.A., “Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña”, Cuerva Arnau, M.<sup>a</sup>L. y García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GARCÍA BELLO, L., “El ejercicio de los derechos fundamentales y el efecto desaliento: a resultas de las protestas ecologistas”, *La Ley*, 12 de diciembre de 2022.
- GARGARELLA MARIOTTI, R., *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.
- GARGARELLA MARIOTTI, R., “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 61, 2008, pp. 19-50.
- GARGARELLA MARIOTTI, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2021.
- IGLESIAS TURRIÓN, P., “Desobediencia civil y movimiento antiglobalización. Una herramienta de intervención política”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 5, 2002.
- KLEMPERER, V., *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula, Barcelona, 2001.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Alonso Rima, A. (dir.) y Colomer Bea, D. (coord.), *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- LOVERA PARMO, D., “La protesta como coreografía: sobre los límites de la regulación legal de la protesta”, *Latin America Law Review*, n. 6, 2021.
- NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/23/39*, 24 de abril de 2013.
- NACIONES UNIDAS, *Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas, A/HRC/RES/25/38*, de 11 de abril de 2014.
- NACIONES UNIDAS, “A step-by-step checklist for monitoring implementation of the practical recommendations on the management of assemblies”, *Report by United Nations Special Rapporteurs Maina Kiai and Cristof Heyns, A/HRC/31/66*, septiembre de 2016.
- NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de reunión pacífica y de asociación, A/HRC/38/34*, de 26 de julio de 2018.
- O’NEILL, K.F., “Disentangling the Law of Public Protest”, *Loyola Law Review*, n. 21, 1999.
- PEÑA, C., *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, Taurus, Santiago, 2020.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho Penal y Administrativo para hacer frente a los movimientos de

- protesta y desobediencia civil”, Cuerva Arnau, M.<sup>al</sup> y García Amado, J.A. (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 64, 2002, pp. 99 a 110.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El discurso del odio entre la trivialización y la hiperpenalización”, Cortina Orts, A. y Revenga Sánchez, M., *Sobre el Discurso del Odio. Cuadernos del Círculo Cívico de Opinión*, n. 22, 2018.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El tiempo de los derechos en la era digital”, López Ulla, J.M. (dir.), *El impacto de la era digital en el derecho*, Aranzadi, Cizur Menor (en prensa).
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El catálogo de los derechos en la era del *Ius Constitutionale Commune*”, Ugartemendia Eceizabarrena, J.I. y Giuseppe Martinico, G. (dirs.), *Curso de Verano de la Universidad del País Vasco, Ius Constitutionale Commune e Interpretación Conforme*, 12-14 de julio de 2023 (en prensa).
- SALDAÑA CUBA, J., “Aproximaciones críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Investigación del CICAJ-PUCP*, 2018-2019.
- SANTOS AMAIZ, J.A., “Falsos derechos y buenas intenciones. A propósito del derecho de resistencia en las Constituciones contemporáneas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, 2014.
- SANTOS AMAIZ, J.A., “Derecho de resistencia y desobediencia civil en la Ley Fundamental de Bonn”, Peña, L. y Ausín Díez, T. (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016.
- SQUELLA, A., *Apuntes de un constituyente*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2022.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- VARELA SUANCES, J. (ed.), *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*, CEPC, Madrid, 1998.

# Regap

## Comentarios y crónicas

# 2





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_junio-diciembre 2023 | pp. 411-440  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5100>  
© Santiago González-Varas Ibáñez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 23/05/2023 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Aplicación da LCSP de 2017  
desde a súa promulgación

## Aplicación de la LCSP de 2017 desde su promulgación

Application of the 2017  
Public Sector Contracts  
Act since its enactment

66 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Alicante

<https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

[varas@ua.es](mailto:varas@ua.es)

**Resumo:** Analízanse certos temas que veñen suscitando debate na lexislación de contratación pública, para observar cal foi a súa aplicación ou evolución tras a Lei española de contratos do sector público de 2017. Creouse unha especial cultura xurídica nesta materia, con<sup>1</sup> maior especialización, predominando máis os debates técnicos que os esenciais. A proliferación dos tribunais de recursos contractuais contribuíu a este proceso. Xerouse unha inmensa casuística cuxos trazos principais convén coñecer.

**Palabras clave:** Ámbito de aplicación da LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación do contrato, solvencia económica e financeira, prohibicións de contratar, pregos da contratación, execución do contrato.

**Resumen:** Se analizan ciertos temas que vienen planteando debate en la legislación de contratación pública, para observar cuál ha sido su aplicación o evolución tras la Ley española de contratos del sector

<sup>1</sup> Texto de la ponencia en la jornada "A lei de contratos do sector público cinco anos despois. A importancia da contratación pública como motor da economía", organizada por el Servicio de Patrimonio y Contratación de la Diputación Provincial de A Coruña, y celebrada en el Teatro Colón de A Coruña el 13 de marzo de 2023.

público de 2017. Se ha creado una especial cultura jurídica en esta materia, con mayor especialización, predominando más los debates técnicos que los esenciales. La proliferación de los tribunales de recursos contractuales ha contribuido a este proceso. Se ha generado una inmensa casuística cuyos rasgos principales conviene conocer.

**Palabras clave:** Ámbito de aplicación de la LCSP, tipos de contratos, subcontratación, modificación del contrato, solvencia económica y financiera, prohibiciones de contratar, pliegos de la contratación, ejecución del contrato.

**Abstract:** This paper analyses certain issues that have been raising debate in public procurement legislation, in order to observe their application or evolution since the passing of the Spanish Public Sector's Public Procurement Law in 2017. A special legal culture has been created in this matter, with greater specialization, predominating more technical debates than essential ones. The proliferation of administrative tribunals for public procurement reviews has contributed to this outcome. An immense case-law has been generated whose main features should be known.

**Key words:** Public Procurement Law scope, type of procurement, subcontracting, modification of contracts, operator's economic and financial standing, grounds for excluding operators from participation in a procurement procedure, procurement documents, contract performance.

**SUMARIO:** 1 Planteamiento. 2 Evolución normativa. 3 Aplicación de la LCSP.

## 1 Planteamiento

Seguidamente, vamos a seleccionar algunos temas de aplicación de la Ley de contratos del sector público de 2017, observando las problemáticas de los últimos cinco años, incidiendo en aquellos temas que en el momento de promulgarse la ley presentaban discusión para observar la evolución que han tenido con posterioridad.

Puede afirmarse, como idea orientadora que se deduce del estudio de la evolución de la contratación pública, que durante los últimos años se ha creado una especial cultura jurídica en esta materia, con mayor especialización, predominando más los debates técnicos que los esenciales. La proliferación de los tribunales de control de adjudicación contractuales ha contribuido a este proceso.

En suma, de un debate protagonizado por problemas de fondo (delimitación del ámbito subjetivo que ponía en jaque la aplicación de la legislación contractual, prórrogas contractuales que podían eludir la concurrencia, modificados, etc.), hemos pasado a debates de articulación legal aplicativa, praxis o casuística, que perfilan los criterios legales.

## 2 Evolución normativa

Dicho esto, a la hora de observar la evolución de la contratación pública tras la promulgación de la LCSP en 2017, el primer factor que a todos nos viene a la cabeza es el COVID-19, protagonista de los últimos cinco años de aplicación de la LCSP de 2017. La cuestión del COVID-19 se relaciona con el artículo 208 de la LCSP 2017, donde se establece la suspensión de los contratos, abonando la Administración los daños y

perjuicios efectivamente sufridos por el contratista, con sujeción a las reglas que con bastante detalle se contienen en dicho artículo 208, apartado 2.

En este contexto, puede hacerse referencia también a la suspensión excepcional de los contratos regulada en el Real decreto-ley 8/2020 como consecuencia del COVID-19 (así como al Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19)<sup>2</sup>.

En este contexto del COVID-19, puede recordarse que esta epidemia dio lugar a algunos informes o resoluciones. Así, previendo que las personas trabajadoras autónomas o el trabajador autónomo económicamente dependiente, adjudicatarios de contratos públicos que se hayan visto suspendidos como consecuencia de la adopción del estado de alarma o cualquiera de sus medidas complementarias, no pueden percibir un equivalente a los gastos salariales como indemnización por los daños que se les produzcan como consecuencia de la suspensión total o parcial de dichos contratos, podrán, en su caso, acogerse a las ayudas específicamente creadas por las diferentes AAPP para los autónomos (Informe 2/2020 de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra). O declarando que resulta improcedente el abono a cuenta durante el período de suspensión de los contratos a que se refiere el artículo 34 del Real decreto 8/2020, de 17 de marzo, de las indemnizaciones previstas en dicha disposición legal (Informe AGE – HACIENDA 10/20, R-341/2020, de 14 de abril). Hacienda 10/20 (R-341-2020). O informando que los contratistas han de esperar al levantamiento de la suspensión para reclamar la indemnización del artículo 34 del Real decreto-ley 8/2020, etc., o sentencias que finalmente no reconocieron el restablecimiento del equilibrio económico al contratista por efectos del COVID-19 (STS 1038/2022, de 19 de julio de 2022).

Otra relación del COVID-19 y la LCSP lleva al artículo 120 de la LCSP (“Tramitación de emergencia”), cuyo presupuesto es la necesidad de una actuación inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. El régimen excepcional consiste en *eximir al órgano de contratación de la obligación de tramitar expediente de contratación*, pudiendo ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. Esta regulación encaja a la perfección en la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, que dio lugar

<sup>2</sup> El Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, establece medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público, y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo. Para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CC.AA. o la Administración local para combatirlo puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público, se prevé en su artículo 34 un régimen específico de suspensión y prórroga de los mismos.

Me baso, para este trabajo, en mi *Tratado de Derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020 (me remito a esta obra también para una consulta de algunas fuentes, blogs o similares de autores donde he podido tomar alguna resolución o sentencia). Asimismo, este texto sirvió de apoyo a una conferencia del 13 de marzo de 2023 en la Diputación de A Coruña.

incluso a la adopción por el Gobierno de España del Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Al margen del COVID-19, en cuanto a la evolución normativa posterior a la promulgación de la LCSP 2017, podemos destacar la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, (...) que ha afectado, entre otras cuestiones, a los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, a las conductas colusorias en el procedimiento de contratación o la clasificación.

También puede citarse la Estrategia Nacional de Contratación Pública 2023-2026 (ENCP), de 28 de diciembre de 2022, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon). La finalidad de la ENCP será la de abordar los aspectos que menciona el artículo 334 de la LCSP para establecer una serie de medidas y actuaciones que permitan cumplir los objetivos que este precepto menciona; en esencia, combatir la corrupción, incrementar la profesionalización, promover la eficiencia económica, generalizar el uso de la contratación electrónica y promover un marco normativo claro y estable con el fin de dotar de seguridad jurídica a la contratación pública.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que el Real decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, regulador de los fondos europeos, contiene, para la gestión de los referidos fondos, ciertas especialidades en materia de contratación pública<sup>3</sup>.

Otra referencia es la STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021, que declara inconstitucionales la exclusión de la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre clasificación adoptadas por los órganos competentes autonómicos, o la obligación impuesta a los entes locales de publicar sus perfiles en una única y concreta plataforma de contratación. Igualmente, por incurrir en una regulación de detalle que solo incidentalmente guarda relación con los principios de la contratación pública, se declara que no son conformes al orden constitucional de competencias algunos aspectos relativos al órgano competente para declarar la prohibición de contratar; el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares; la definición de prescripción o especificación técnica; la decisión de no publicar determinados datos sobre la celebración del contrato; las subfases en el concurso de proyectos; o la habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Por último, se declara inconstitucional la previsión de la LCSP relativa a la determinación del órgano competente, en ausencia de legislación autonómica, para resolver el recurso especial en materia de contratación en el ámbito de los entes locales.

---

<sup>3</sup> – Consideración de urgencia en la tramitación de todos los expedientes (artículo 48). – Como especialidad del procedimiento abierto simplificado se establece como regla que la ponderación de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor previstos en el pliego no supere el 35% del total (artículo 52). – Preferencia por la sociedad de economía mixta para la adjudicación de los PERTE. – El plazo del recurso especial se reduce a 10 días. – El artículo 57 señala que corresponderá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre contratación pública de este real decreto-ley.

### 3 Aplicación de la LCSP

Un primer tema de ineludible consideración es el del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP de 2017. En nuestro país, contamos tradicionalmente con una legislación pública o avanzada de contratos, a diferencia de otros ordenamientos donde no había siquiera una legislación –propiamente dicha– de contratos administrativos. Pero dicha legislación quedaba inaplicada, con tal de crear entidades de derecho privado. Este tema fue uno de los más polémicos tradicionalmente. A raíz, principalmente, de la Sentencia 214/2000 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se abrieron vías de solución. En el momento de promulgarse la LCSP en el año 2017, este tema estaba en gran medida ya “pacificado”, pese a la enorme polémica de los años precedentes, dado que ha sido un auténtico reto conseguir la aplicación de todas aquellas entidades que cumplan funciones de satisfacción de interés general independientemente de su forma jurídica. Diríamos, pues, que en los cinco años de aplicación de la LCSP se ha *normalizado* la aplicación de la LCSP en el ámbito societario público y ha calado finalmente la ratio “funcional” para la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Esta ratio funcional llega a servir para delimitar el propio derecho administrativo. Esto último habida cuenta de que el derecho administrativo no es tanto el derecho regulador de la Administración pública como el derecho regulador de la Administración pública cuando esta cumple una función administrativa o de interés general.

Se entiende, así, que en los últimos cinco años haya decaído el interés en la aplicación judicial de técnicas tales como el levantamiento del velo y los actos separables. No queremos decir que haya desaparecido su invocación en la praxis, pero sí que estas técnicas no tienen tanto sentido o importancia como cuando se abusa del derecho privado. Solo entonces es cuando se hace imprescindible su invocación en la praxis jurídica para remediar los efectos de una pura contratación privada en el ejercicio de funciones públicas. Es decir, en tanto en cuanto las entidades públicas de derecho privado cumplen la ley de contratos (y no se aplica el derecho privado), por realizar funciones de satisfacción de interés general, decae el interés correlativo en el levantamiento del velo y en los actos separables, cuyo sentido está en corregir fraudes de ley derivados de la indebida inaplicación de la LCSP.

En cuanto a los tipos de contratos, recordemos que, con anterioridad a la LCSP de 2017, un tema característico fue el desarrollo de formas contractuales, en concreto durante las dos décadas anteriores a dicha fecha. Sin embargo, podemos decir que, en los últimos cinco años, esta tendencia de creación de formas nuevas de contratos no ha continuado, a salvo de la regulación de la “concesión”, que llevó a cabo dicha LCSP por trasposición de la normativa europea en la materia, regulación basada en la ratio o noción de riesgo empresarial, que se ha aplicado jurisprudencialmente desde 2017. Podemos recordar también el “contrato de colaboración público-privado”, en el sentido de una forma contractual que ha tenido interés finalmente más teórico que práctico.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Por su parte, los contratos urbanísticos, para la adjudicación de una obra urbanística a cargo de los propietarios (que reciben un solar urbanizado), contratos que arraigan especialmente en algunas comunidades autónomas, siguen al margen de la LCSP. Se regulan en leyes del suelo autonómicas, aunque respetando la LCSP en los aspectos que interfieren con lo contractual.

Un debate interesante, en este contexto, es el de la posible no sujeción a la LCSP de 2017 de los contratos para servicios jurídicos y asesoramiento. Resoluciones recientes de los órganos resolutivos o consultivos en materia de control de adjudicaciones contractuales han indicado la exclusión de este tipo de contratos de la LCSP de 2017 (Informe 1/2023, de la JCCA de Aragón), tendencia que consideramos acertada.

Otro tema que late siempre en cualquier reforma legal de contratos públicos es el de si debe preverse un mismo sistema de adjudicaciones respecto de los contratos por encima y por debajo de los umbrales; es decir, la “regulación armonizada” y la que queda por debajo de esos umbrales. Tras la LCSP, se vuelve a confirmar el modelo legislativo tradicional español, en el sentido de exigir procedimientos de adjudicación similares por encima y por debajo de los umbrales comunitarios, aun cuando se plantea la reflexión, al menos desde el punto de vista jurídico-comparado, de si no es demasiado exigente nuestro derecho, considerando que otros ordenamientos (compatibles con las directivas europeas) no contemplan procedimientos tan estrictos respecto de las adjudicaciones de contratos por debajo de los umbrales europeos; en el derecho alemán incluso se consideran de contratos civiles de la Administración.

Otro ámbito tradicionalmente polémico era el de la duración de los contratos y las prórrogas. El problema era el de la práctica arraigada de prorrogar los contratos para el restablecimiento del equilibrio económico contractual: una situación típica se refería a que se prorrogaba el contrato, al terminar su plazo, como forma de compensar al contratista de prestaciones e inversiones hechas en vida del contrato y que la Administración no había abonado. La propia legislación estatal de autopistas, o la legislación local, se orientan en esta dirección. Pues bien, durante los últimos años parece haberse asumido el criterio de la legislación contractual (ya previsto anteriormente a la LCSP) de la prohibición de las prórrogas si no están previstas expresamente en los pliegos. Prima el principio de concurrencia sobre otras formas de entender el interés público. Se incide en la excepcionalidad de las prórrogas contractuales, por su confrontación con la *ratio* de concurrencia debida, la necesidad de que se prevean en los pliegos, también su duración concreta, así como la prohibición de que sean indefinidas o imprecisas, y de las prórrogas tácitas (STSJ de la Comunidad Valenciana n. 753/2019, de 15 de octubre de 2019). Además, las prórrogas son decretadas en cumplimiento del pliego, por interés público y no por iniciativa o interés del contratista.

En la casuística de los últimos años pueden citarse algunas sentencias: interesante es la STS 952/2021, de 1 de julio de 2021, que afirma que la negativa de la Administración a prorrogar un contrato, por asumir la gestión directa, exige una valoración de sus efectos sobre el gasto público: el acto por el que la Administración decide no prorrogar un contrato, al asumir gestión directa, requiere, de acuerdo con el artículo 7.3 LOEPSF, que se valoren sus repercusiones y efectos, teniendo en cuenta

la naturaleza y alcance del acto y las circunstancias concurrentes. Seleccionamos esta sentencia porque es expresiva, asimismo, de una realidad: el paso de la gestión indirecta a la directa exige una reflexión sobre el gasto y la economicidad de la operación. De hecho, este ha sido un debate típico de los últimos años.

Téngase en cuenta que el artículo 29 de la LCSP se halla en el libro primero de la norma, que es aplicable a todos los contratos del sector público, sean estos administrativos o privados (IJCPE 7/2020, de 29 de julio: la duración de los contratos privados –de seguro–). Esta ubicación permite que en la fase de preparación de un contrato privado se definan adecuadamente las condiciones de duración sin tener que atenerse a la normativa privada cuando no se justifique extraer de la licitación pública a un contrato por un tiempo superior al que marca la LCSP.

Otra cuestión, sin salir de estos debates, que se planteaba cuando se dictó la LCSP 2017, era la relativa a si se podía prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato. Recordemos que lo admite el último párrafo del artículo 29.4 “cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado, el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación”; “en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario” (véase también el artículo 288.a de la LCSP 9/2017)<sup>4</sup>.

Otro tema objeto de arduo debate viene siendo el de los encargos de poderes adjudicadores a medios propios personificados (artículo 32 de la LCSP). Si se sigue la praxis de los últimos cinco años, se observa que en este ámbito se han venido dictando resoluciones con bastante intensidad. En cuanto a los problemas jurídicos, el principal problema consiste en determinar si el caso concreto requiere o no seguir reglas de publicidad y concurrencia y vinculación a la mejor oferta que plasma la legislación contractual para el contrato público, o si, por contrapartida, no es necesario. Así pues, la vinculación estricta de la entidad encomendada respecto de la encomendante viene explicando la posibilidad de entender encargos que se sitúan dentro de los contratos o negocios excluidos de la aplicación de la legislación contractual pública. En este contexto, también conviene recalcar que en caso de encargos a sociedades públicas, esta regulación solo se aplica a aquellas que tienen capital, en su totalidad,

<sup>4</sup> Durante la aplicación de la LCSP, un ejemplo de adopción de esta medida excepcional de prórroga la encontramos en el artículo 34 del Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que, para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CC.AA. o la Administración local para combatirlo pudieran dar lugar a la resolución de contratos del sector público, previó un régimen específico de suspensión de los mismos, estableciendo específicamente que, respecto de «aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente».

de titularidad pública. El apartado 1 del artículo 32 de la LCSP afirma que los poderes adjudicadores pueden valerse de otra persona jurídica distinta de ellos (para ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios), ya sea de derecho público o de derecho privado. Se trata de encargos al margen del contrato, pese a que han de cumplirse unas formalidades previstas en este artículo y siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de «medio propio» personificado respecto de ellos. La forma jurídica es irrelevante. Es sabido, además, que la clave del derecho aplicable es funcional. Entonces, en el apartado 2 del artículo 32 LCSP es donde se define dicho «medio propio personificado». En esencia: control análogo al que ostentaría el adjudicador sobre sus propios servicios o unidades (es decir, influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas); que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador; que la totalidad de su capital o patrimonio sea público (si el medio propio es jurídico-privado); que la condición de medio propio esté en sus estatutos o actos de creación (véase la STJUE de 22 de diciembre de 2022, asuntos acumulados C.383 y 384/2021).

Durante los últimos cinco años las resoluciones han afectado a cuestiones casuísticas relativas al cumplimiento de los presupuestos legales mencionados. No obstante, persiste aún un problema esencial, en el sentido de si en torno a los encargos a medios propios no estamos más bien ante un tema organizativo o de cooperación administrativa (en este contexto, Informe 22/2018, de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón de 25 de septiembre) que ante un tema contractual cuya ratio es la sujeción al principio de concurrencia. El hecho es que el preciso régimen legal previsto en la LCSP no deja mucho margen. Se entiende así que primen en la praxis debates sobre si se cumplen o eluden los requisitos legales. Si se incumplen los presupuestos, se estima el recurso especial contra el encargo del medio propio al margen de tales presupuestos legales (resolución del Tribunal de Recursos Contractuales de Cataluña 259/2021).

Así pues, durante los últimos años de aplicación de la LCSP de 2017, se ha precisado (por parte del IJCCA Cataluña 5/2019, de 30 de mayo) que “el requisito relativo al control conjunto análogo por parte de los diversos poderes adjudicadores que dispongan de un medio propio compartido (se presume) cuando existe participación de cada uno en los órganos de decisión y en el capital del medio propio. Sin embargo, una participación meramente formal en el medio propio por parte de uno o varios poderes adjudicadores no es suficiente para entender que existe efectividad en el control conjunto, ni es admisible que la determinación de la voluntad del medio propio dependa en exclusiva de un poder adjudicador”.

Las resoluciones nos explican el requisito del referido 80 % (dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 107/2020, de 26 de febrero de 2020), o nos informan que, si el organismo público no es “medio propio”, puede concurrir a una licitación (Resolución del TACRC 1784/2021), o añaden que en el expediente han de explicitarse las razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido amplio que el recurso a la contratación pública (Acuerdo 41/2019 del Tribunal

Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía), si bien no se precisa que la mayor eficiencia se explique en relación con “cada encargo” (RTACRC 696/2022).

En torno al artículo 34 LCSP, libertad de pactos, se han dictado algunas resoluciones. Se afirma que no se puede pactar una cláusula de remisión a un determinado régimen legal cuando por ley es otro régimen legal el que procede (STS 1359/2022, de 24 de octubre de 2022).

Seguidamente, la LCSP regula las revisiones de oficio, nulidades y lesividades. Destacamos el debate, en torno a la revisión de oficio, acerca de las contrataciones verbales y el enriquecimiento injusto. Puede citarse el Dictamen 401/2022 del Consejo Consultivo de Andalucía, de 31 de mayo de 2022, que confirma la revisión de oficio de un contrato celebrado verbalmente (por el Ayuntamiento de Sevilla para el mantenimiento de la red municipal de radiocomunicaciones), pronunciándose además sobre si el contratista tiene derecho a percibir la remuneración íntegra o solo la compensación de los costes de la prestación. Y afirma que: (a) como principio o regla general solo se debe restituir al contratista el “coste efectivo” de la prestación; y (b) que la anterior regla general se exceptúa cuando “se aprecian circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, tal y como fue convenida, sobre todo cuando no puede calificarse al contratista como partícipe de la nulidad” (la STS 722/2022, recurso 5437/2020, aborda la naturaleza de la cantidad que se abona a los operadores económicos por las prestaciones efectuadas fuera de contrato).

En materia de lesividades, tradicionalmente existían algunas reticencias para aplicar con normalidad las lesividades en el ámbito de la contratación pública. Durante los cinco últimos años ha seguido la tendencia de “normalizar” los recursos de lesividad de las administraciones en este ámbito contractual, superándose cualquier reticencia a su aplicación práctica. Las sentencias de los últimos años corroboran la posibilidad de introducir contenciosos por parte de administraciones frente a contratistas beneficiados de prestaciones declaradas en actos administrativos contractuales que merecen ser invalidados judicialmente.

Siguiendo con la exposición del articulado legal, llegamos al tema del recurso especial; en torno a esta cuestión merece la pena hacer un inciso, aunque solo sea para reconocer el arraigo conseguido en los últimos años por parte de los tribunales de control de adjudicaciones contractuales, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico; se ha consolidado en la práctica este modelo, pese a poder ser optativo o potestativo. Ha tenido la virtualidad de convertirse en protagonista en materia litigiosa; descarga de trabajo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Su carácter técnico y especializado da sus frutos. A la hora de recurrir en vía contencioso-administrativa pesa el criterio de los tribunales centrales de control de adjudicaciones o tribunales autonómicos similares. El sistema de “respuesta rápida” consigue ajustar la resolución al interés del recurrente. La suspensión cautelar redundaría en ello. De este modo, el sistema de control de adjudicaciones se ajusta al *desideratum* de las directivas europeas de contratación pública. Diríamos que, incluso, este sistema ha contribuido a arraigar la cultura jurídica contractual que ha invadido puestos técnicos en

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ayuntamientos y otras administraciones e incluso ha ocasionado la especialización en los despachos de abogados.

En los últimos cinco años se observa una praxis constante de estos tribunales; la cuestión afecta especialmente a aspectos casuísticos –no de sistema–, en el sentido, por ejemplo, de informar sobre cuándo un acto contractual es recurrible o no puede ser recurrido mediante este mecanismo. También se debate, en ciertas resoluciones, sobre costas o multas a los recurrentes o también en lo relativo al modo de presentación y lugar de los recursos especiales, la legitimación y el plazo de presentación del recurso especial.

En relación con los actos de trámite, viene planteándose una especial tensión a veces, pudiéndose observar una tendencia a su impugnabilidad progresiva, gracias en buena medida al impacto del derecho comunitario europeo.

### **Inadmisibilidad:**

- La resolución del TACRC 648/2021 considera que el acta de la mesa de contratación no es objeto de impugnación: “la consideración de los acuerdos por los que indirectamente se admite a trámite a los licitadores, como pueden ser las actas de apertura de sobres o de baremación de las ofertas, no tienen la consideración de actos de trámite cualificados, según la doctrina elaborada por este tribunal al respecto”. No cabe, pues, recurso contra actas de la mesa de contratación (RTARC 280/2022).
- Por su parte, la Resolución del TACRC n. 1218/2018, de 28 de diciembre, aborda la impugnación de la incautación de una garantía por una entidad que realiza su actividad en uno de los denominados sectores especiales o excluidos. Y señala que «el acto recurrido (...) no se encuentra incluido entre las actuaciones susceptibles de recurso especial enumeradas por el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, por lo que resulta imposible la admisión y resolución del recurso interpuesto».
- Para la resolución 135/2021 del OARC no es recurrible el informe emitido por la Comisión Técnica de un contrato de suministro.
- Tampoco es recurrible el Plan anual de contratación por no constar en el listado del artículo 44 LCSP (resolución 427/2021 del TARC).
- No se admite el recurso especial al dirigirse este contra una prórroga (el recurrente afirmaba que era una modificación ilegal de un contrato), en virtud de la RTACRC 87/2022).

### **Admisibilidad:**

- La resolución de imposición de penalidad por retirada de la oferta por el adjudicatario es susceptible de recurso (RTACRC 15/2022).

- El acto de clasificación de ofertas emitido por el órgano de contratación sí es susceptible de recurso especial (resolución del TACRC 421/2021), al ser un acto de trámite cualificado emitido por el órgano de contratación.

### Debatible:

- La valoración de ofertas y propuesta de adjudicación realizadas por la mesa de contratación son actos de trámite no cualificados y, por ello, no susceptibles de recurso especial, de modo que las empresas desacordes con la valoración habrán de esperar a impugnar el acto de adjudicación (Resolución 840/2020 TACRC). Asimismo, la Resolución 259/2020 del TACP de Canarias considera inadmisibles recurrir la propuesta de adjudicación. Sin embargo, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 298/2018, de 23 de octubre, que, en aplicación del artículo 44.2.b. de la LCSP considera que es susceptible de recurso especial contra *la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación que contiene un acto tácito o implícito de admisión de las ofertas*. En esta línea, la Resolución 246/2020 TARCA permite el recurso especial contra la propuesta de adjudicación basada en la indebida admisión de la oferta propuesta como adjudicataria. Puede verse también que la Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del SP 1/2022 admite el recurso especial contra la propuesta de adjudicación.
- ¿Es recurrible la resolución por la que se declara la confidencialidad de determinada documentación del expediente? La respuesta dependerá del ámbito territorial en el que nos encontremos. El TACRC (Res. 975/2018) se ha decantado por la inadmisión del recurso contra dicho acto (de acuerdo con el TRLCSP), al considerar que las resoluciones sobre la confidencialidad, individualmente consideradas, no deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producen indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de los recurrentes. Pero, para el TACP de Navarra (Res. 81/2019) estos actos sí son susceptibles de impugnación.

Pese al carácter flexible de los actos recurribles, no se puede incurrir en reiteraciones a la hora de recurrir actuaciones ni tampoco incurrir en abuso de derecho (TARCA, Resolución 357/2020).

Sobre legitimación, seleccionamos casuística relativa a subcontratistas. Se ha admitido su legitimación a fin de recurrir la adjudicación de un contrato a otro licitador (RACRC 1274/2020) siempre que el proveedor acredite que tiene un compromiso (“claro y jurídicamente vinculante”) de subcontratación con un licitador. Y se niega cuando el subcontratista no acredite “que, efectivamente, de resultar adjudicatario dicho licitador, el recurrente ostentaría un derecho a realizar la prestación acordada dentro del contrato principal”. En este sentido, según la resolución del TACRC

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

1949/2021, se reconoce la legitimación para recurrir del subcontratista del licitador que, de estimarse el recurso, se convertiría en adjudicatario (...).

No obstante, el problema más característico afecta a los licitadores cuando no han quedado los segundos. En la RTACRC 90/2022 se reconoce la legitimación de la tercera clasificada (tema nada fácil), y ello porque las empresas en primera y segunda posición son pertenecientes a un mismo grupo.

Singular es el caso del adjudicatario que quiere recurrir la adjudicación para obtener una mayor puntuación, ante el temor de que, recurriendo otro licitador, pueda ponerse en riesgo la adjudicación, pretendiendo aquel hacer valer que la puntuación tuvo que haber sido mayor; si finalmente no existe ese riesgo, no procede el recurso del adjudicatario: Resolución 24/2022 del TARC de Andalucía; sobre el tema STS 604/2019 y RTACRC 516/2017.

Cambiando en parte de tema, puede plantearse la posible aplicación del derecho de la competencia. En el derecho español, a diferencia de otros como por ejemplo el alemán, el control “público” de las adjudicaciones contractuales no se lleva a cabo mediante el derecho de la competencia, sino mediante el derecho administrativo. En aquel otro ordenamiento que acaba de ser citado, incluso, el Tribunal de Control de Adjudicaciones Contractuales pertenece al Tribunal de Defensa de la Competencia. Todo esto no impide que se planteen litigios de este tipo también entre nosotros, ya que, si consultamos la praxis de los últimos años, observamos que no son del todo infrecuentes los litigios de acuerdos colusorios a la hora de licitar. La LCSP 2017 prestó atención a esta cuestión regulando a efectos de impedir prácticas colusorias en las licitaciones, mediante ciertos mecanismos contenidos en su articulado.

Como decimos, este control del derecho de la competencia se relaciona bien con la propia lógica procesal existente en el derecho europeo desde su origen, considerando la similitud de este control y el que desarrolla en Europa el TJUE. Pero la conclusión es clara en el sentido de que la jurisdicción contencioso-administrativa, o el nuevo sistema administrativo de tribunales de control de las adjudicaciones contractuales, es, al menos actualmente, más adecuado y completo porque permite resolver los mismos intereses que aquellos que plantea el derecho de la competencia, al tiempo que considera los específicamente administrativos. El debate de futuro parece cerrado, pues la tradición pesa en todo este ámbito procesal.

Se van consolidando en consecuencia ciertas reglas. Así, la remisión por parte de los tribunales de control de adjudicaciones contractuales a las instancias competentes en materia de competencia si observan prácticas colusorias de los licitadores que suponen la vulneración del principio de proposición única (RTACRC 1278/2019, de 11 de noviembre, citando el artículo 150.1 LCSP). La Resolución del TACRC 548/2020 defiende su competencia cuando se trate de verificar, aplicando el levantamiento del velo, que bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación. No obstante, sería deseable un esfuerzo mayor de

delimitación competencial entre los tribunales administrativos de control de adjudicaciones contractuales y las instancias encargadas del control de la competencia.

Así pues, el estado de la cuestión se define por la casuística a la hora de determinar si ha habido o no una práctica anticoncurrencial.

Ejemplos aplicativos de los últimos años:

- La Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2019 (FJ 5) aplica la medida de la prohibición para contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia, declarando que 15 empresas son responsables de la comisión de una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC), y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La conducta infractora, según la resolución, consistió en que por parte de esas empresas se formaron y ejecutaron varios cárteles para el reparto de concursos públicos (*bid rigging*) convocados por ADIF para la adjudicación de obras relacionadas con infraestructuras ferroviarias.
- Otro caso es el Acuerdo 40/2022 del TACPA (Aragón), ya que había indicios suficientes para concluir *bid rigging* (mismo domicilio social, parentesco, coincidencias en las ofertas, etc.).
- Puede citarse la resolución del TDC de Castilla y León de 22 de marzo de 2022 que concluye que no queda acreditada la existencia de *bid rigging* entre las tres empresas que concurren a la licitación, relacionadas entre sí a través de accionistas y representantes que mantenían vínculos familiares. Se razona que la LCSP no prohíbe que empresas vinculadas puedan concurrir a una misma licitación y disputarse el contrato objeto de la misma: “en referencia a las actuaciones que hacían pensar de una coordinación entre las empresas como consecuencia de coincidencias en la documentación presentada por las empresas denunciadas, así como de las actuaciones de retirada de las ofertas y posterior solicitud de renuncia a la retirada de las ofertas (...) las ofertas no contienen iguales errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales en las ofertas o propuestas de las empresas denunciadas (...)”.
- Según la Resolución 13/2022 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que uno de los trabajadores propuestos por un licitador sea, a la vez, un competidor por el contrato no es práctica colusoria que impida llegar a ser adjudicatario. Se desestima así una reclamación especial contra la adjudicación: “no existe ninguna enumeración legal concreta sobre lo que puede considerarse tales indicios de esas prácticas colusorias, siendo una cuestión que deberá resolverse caso por caso; que, dada su excepcionalidad, debe ser objeto de aplicación restrictiva, prudente y moderada”.
- Y en el Acuerdo 116/2020 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra se afirma que empresas vinculadas entre sí pueden concurrir separadamente a una licitación, ya que ello no necesariamente falsea la competencia.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- La Resolución del TACRC 60/2021, de 22 de enero de 2021, excluye las ofertas por haber indicios de colusión.
- Según la RTACP de Galicia 28/2018, de 15 de junio, algunos elementos que permiten apreciar la existencia de prácticas colusorias son: a) la existencia de una relación de control o vinculación entre sí, b) la actuación a través del mismo representante, c) la existencia de una misma estructura del documento de oferta, de páginas y/o del tipo de letra, d) existencia de los mismos errores en la documentación, e) la existencia de una misma sede, f) los mismos medios de comunicación, g) las mismas fechas de presentación de proposición, h) la retirada de la oferta en favor de la otra entidad. La existencia de algunas de estas notas permitiría considerar que las ofertas no operan en la licitación como autónomas e independientes.

Siguiendo con el articulado, llegamos a los artículos 71 a 73 de la LCSP, donde hacemos una nueva parada, porque, en materia de prohibiciones para contratar, también observamos que durante los últimos cinco años ha habido casuística. Se ha incidido en que la prohibición para contratar que se manifiesta de forma sobrevenida, o con posterioridad al contrato, no invalida este.

Así, según el Dictamen 479/2018 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (expediente de resolución de contrato para la prestación del servicio de «enseñanza de disciplinas deportivas en instalaciones deportivas municipales»), la incursión sobrevenida en prohibición de contratar por el contratista surte efectos exclusivamente «hacia adelante», por lo que carece de efecto alguno para los contratos en vigor: «en el artículo 223 del TRLCSP, se establece que no es causa de resolución de los contratos la prohibición de contratar en que incurra el adjudicatario. Esto es, el hecho de que se acuerde prohibición de contratar afecta a la aptitud del contratista para contratar que a partir de ese momento carecerá de ella según el artículo 54 del TRLCSP; no así a los contratos de los que resulte adjudicatario en un momento anterior, aunque, consecuencia del incumplimiento de cualesquiera de ellos, incurra en prohibición de contratar». Se consolida así el criterio del Informe 52/07, de 24 de enero de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, o del Informe 45/13 JCCA.

Respecto de “cuándo” hay que cumplir con el requisito de estar al corriente de pago a la Seguridad Social o impuestos, la STS 1210/2020, de 28 de septiembre de 2020, afirma: “por ello, a la vista de lo hasta ahora reflejado, incluyendo el artículo 57 de la directiva, debemos concluir que los artículos 60.1.d) y 61.1 TRLCSP [actuales artículos 71.1.d) y 72.1 LCSP] en relación con el 146 TRLCSP y el más tajante 140 LCSP determinan que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta. La anterior conclusión es la que más razonablemente se ajusta a los principios del derecho de la Unión Europea. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas

hasta el momento de la adjudicación”. Sobre los dos momentos esenciales en que hay que estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias puede verse la RTACRC 189/2022.

El Informe 6/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid afirma que, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP, el requisito de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe concurrir en dos momentos: en la fecha final de presentación de ofertas y en el momento de perfección del contrato, no siendo suficiente cumplir este requisito únicamente en el momento de la adjudicación. Por otro lado, la forma de acreditar este requisito por los licitadores en el momento de presentar su oferta o solicitud de participación es mediante una declaración responsable del licitador, mientras que la forma de acreditar que lo cumple el propuesto como adjudicatario en el momento de perfección del contrato será mediante el documento justificativo correspondiente, referido a ese momento, en el plazo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.

Por otro lado, se considera que la firmeza que la LCSP predica de las resoluciones administrativas que dan lugar a la imposición de una prohibición de contratar debe ser la firmeza administrativa y no la jurisdiccional (IJCCPE 15/2018, de 10 de octubre de 2018)<sup>5</sup>.

La Resolución del TACRC 248/2021 confirma que la prohibición de contratar del artículo 71.1.d LCSP no puede aplicarse a empresas con menos de 250 trabajadores<sup>6</sup>, con independencia de que la Ley orgánica 3/2007 exija disponer de un plan de igualdad a las empresas de 50 o más trabajadores.

Profundizando en el ámbito o alcance subjetivo de la obligación de estar al corriente de las deudas tributarias, la RTACRC 335/2022 se enfrenta con el problema de una entidad que no estaba al corriente del pago del IAE en *varios municipios*, declarando la exclusión del licitador, pese a que la contratación era *con el Estado*.

Sobre el alcance objetivo, no es conforme con la normativa de contratación pública vigente el establecimiento de una cláusula que prevea la aplicación de una causa de prohibición de contratar diferente a las previstas en dicha normativa con carácter tasado, o una aplicación extensiva de alguna de las previstas (IJCCA Cataluña 7/2018, de 16 de noviembre).

<sup>5</sup> En cuanto a los efectos de la prohibición para contratar, para la STS de 21 de junio de 2021 “los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro”. En la STS 1115/2021, de 14 de septiembre de 2021, se afirma que “la prohibición de contratar solo produce efectos y es ejecutiva desde el instante en el que se hayan fijado su duración y alcance, pero ello no obsta para que, en vía judicial, en el supuesto de que se haya estimado procedente suspender la sanción a la que va asociada la prohibición, pueda acordarse la suspensión cautelar de la decisión de remitir las actuaciones al organismo competente para que se tramite el procedimiento destinado a fijar ese alcance y duración”. Por tanto, “la prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias, entre ellas, la defensa de la competencia, y la limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concretan el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora, bien en un procedimiento autónomo y tras su inscripción en el registro”.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, ha reducido de 250 a 50 trabajadores.

En materia de solvencia, los debates pueden referirse a si las exigencias pueden ser excesivas, inapropiadas o desproporcionadas. En general, en materia de solvencia o demás requisitos para contratar, el *quid* puede estar en lo proporcionado o no de las exigencias en cuestión y en la transparencia debida. En este contexto, la LCSP establece que los requisitos de solvencia sean razonables y proporcionados a la entidad y características del contrato. De ser demasiado exigentes, se limita la participación de las empresas en la licitación. Además, deben ser conocidos *ex ante* para poderse recurrir en caso de ser desproporcionados.

La RTACRC 521/2019 anula los pliegos de un contrato de servicios de control de acceso y seguridad, por exigir a los licitadores la presentación de un certificado expedido por la Dirección General de Policía que indicara que “no consta ningún expediente sancionador, tanto por falta grave como no grave, por infracción a la Ley de seguridad privada”. También considera que se exigen requisitos desproporcionados de solvencia la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias 336/2021.

La STS de 25 de marzo de 2022 declara un requisito de solvencia inválido por desproporcionado, relativo a la exigencia de aportar certificados que demuestren que el licitador había suministrado energía eléctrica de origen 100 % renovable en los 5 años previos a la licitación, respecto a un acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica renovable para edificios municipales. Esta sentencia declara que un suministro de energía 100 % renovable puede garantizarse contratando tanto con quien ha suministrado exclusivamente ese tipo de energía en el pasado como con quien la haya suministrado junto con energía no renovable. Lo esencial es que el contratista cumpla con ese suministro 100 % renovable a futuro y durante la ejecución del contrato.

No puede requerirse en el pliego, como solvencia mínima para concurrir a una licitación, estar en posesión de una certificación de protocolo frente al COVID-19 expedida por organismo externo. El TACP de la Comunidad de Madrid estima el recurso especial interpuesto contra los pliegos de una licitación de contrato de servicios de limpieza de edificios: “sin perjuicio del interés general que dicha certificación pueda tener desde el punto de vista sanitario, no se aprecia su vinculación con el objeto del contrato, debiendo entenderse que en la ejecución de la prestación deberán cumplirse todos los requisitos y medidas referentes a la seguridad y salud en el trabajo, por lo que procede la estimación del presente motivo, anulándose la citada cláusula” (Acuerdo 15/2022).

Por su parte, la STJUE de 31 de marzo de 2022 afirma que el artículo 58, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, un poder adjudicador pueda imponer, como criterios de selección en relación con la capacidad técnica y profesional de los operadores económicos, requisitos más estrictos que los mínimos establecidos por la normativa nacional, *siempre que tales requisitos sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador posee las competencias*

*técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se va a adjudicar, que estén vinculados al objeto del contrato y que sean proporcionales a este.*

En cuanto al momento de acreditación de la solvencia, la RTACRC 683/2021 recuerda que los requisitos de solvencia deben cumplirse en la fecha del fin de presentación de ofertas y, por tanto, el licitador no puede aprovecharse de la dilación del procedimiento de contratación para adquirir la solvencia de la que no disponía (volumen de negocio). Sin embargo, la RTACRC 657/2022 establece que ningún licitador está obligado en el momento de presentar su oferta a contar ya con los medios personales y materiales necesarios para ejecutar las obras. Es perfectamente lícito que el licitador que resulte adjudicatario proceda entonces a cubrir los correspondientes medios, sin necesidad alguna de contar con los medios antes de resultar adjudicatario.

Sobre los medios de acreditación, se ha planteado casuística en términos coherentes con los planteamientos legales, en el sentido de estimar el recurso si se adjudicó a persona que no acreditó correctamente la solvencia (Resolución 1/2022 del OARC) o se desestima si se cumple (Resolución 225/2022 del TARCA –Andalucía–). Acaso destacar los litigios sobre la acreditación de la solvencia con medios externos.

Un límite está en que esta facultad significa que la solvencia económica y financiera con medios externos pueda ser “integrada o completada” con los medios de un tercero, pero no sustituida totalmente (Resolución 528/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía).

La RTACRC 486/2021 declara que acreditar la solvencia mediante empresas del grupo societario participadas en un 100 % por la licitadora no supone integración de la solvencia con medios externos. En este sentido, argumenta que los medios de la filial no son realmente medios externos a la licitadora, sino verdaderamente propios de la misma, y destaca que ello es igualmente aplicable a la solvencia técnica y económica.

Según la Resolución 1106/2021 del TACRC, a los efectos de la integración de solvencia mediante medios externos, “el objeto social de las empresas ha de ser interpretado de forma amplia, bastando con que exista una relación directa o indirecta e incluso parcial con las prestaciones que son objeto del mismo”.

Llegamos al artículo 99 de la LCSP, regulador de los contratos menores, el fraccionamiento y los lotes, auténtico quebradero de cabeza para los operadores en materia de contratos públicos. Recordemos que en la LCSP 2017 se definen como «contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal». Se rebaja, pues, el valor estimado máximo, con respecto a las cifras de la regulación anterior, que, por ejemplo, para los contratos de obras era de 50.000 euros y para los de suministro o servicios era de 18.000, siempre IVA aparte.

Este tema de los contratos menores fue uno de los más debatidos cuando se estaba promulgando la LCSP de 2017. Primero, se produjo el abuso de la contratación menor, después sobrevino el criterio de su legalidad si se preservaba la unidad funcional.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Después se hizo hincapié en los lotes y en el rigor extremo de los contratos menores. Incluso se optó por una fórmula especialmente rigurosa de exigir tres ofertas.

Pienso que en el ámbito de los contratos menores en el contexto de los fraccionamientos acaso lo más importante sería un control contable o económico observando el interés público a la luz de los precios de los contratos y no tanto el tipo de procedimiento a no ser que haya una reiteración excesiva. En especial, en los pequeños ayuntamientos este sistema se revela como excesivamente gravoso; una mirada al derecho comparado en esta materia no sería para nada inoportuna.

Tradicionalmente se venía requiriendo únicamente la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan. En el contrato menor de obras, se añade como requisito del expediente, además, el presupuesto de las obras cuando su existencia sea exigible porque haya normativa específica que así lo requiera, y la solicitud del informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Se exige el informe del órgano de contratación en que se motive la necesidad del contrato y que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el valor estimado máximo propio del contrato menor, quedando excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a.2.º (cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado). Finalmente, que los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4 y con el límite temporal máximo de un año.

Tras el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, desaparece la regla que prohibía que *el contratista hubiera suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superasen la cifra máxima del contrato menor*.

La Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019 de la OIREscon (Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación), cuyo apartado VI «ámbito subjetivo» es de aplicación a todo el sector público estatal, autonómico y local (aunque solo es vinculante para los órganos de contratación del sector público del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 332.7.d LCSP), establece como obligatorio un procedimiento de contratación menor que pasa por solicitar tres presupuestos (parece ser en todo caso). Así, determina que, «de acuerdo con el principio de competencia, y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente. Si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos. Las ofertas recibidas, así como la justificación de la seleccionada, formarán, en todo caso, parte del expediente. De no ser posible lo anterior, deberá incorporarse en el expediente justificación motivada de tal extremo».

A mi juicio, si el contrato es menor, no habría que solicitar otras ofertas, y desde luego así lo han manifestado los órganos consultivos de varias CC. AA. con respecto a sus respectivos ámbitos territoriales, ya que, como hemos indicado, las instrucciones de la OIReScon solo son obligatorias para los órganos de contratación del sector público del Estado, *ex artículo 332.7.d LCSP* (aunque hay algunas otras CC. AA. que en su normativa presupuestaria o de otro tipo sí imponen la solicitud de otras ofertas, generalmente tres en estos casos, pese a no superarse el umbral del menor).

Saltando al artículo 123 de la LCSP, en materia de pliegos durante los últimos cinco años ha habido abrumadora casuística o numerosas resoluciones sobre aquello que puede regular o no puede regular un pliego.

Se ha incidido en que los pliegos han de ser claros; y se anulan en caso contrario, es decir, si contienen regulaciones inciertas. Según la Resolución del TACRC 1358/2021, “es necesario que en los pliegos se haga constar de forma clara las obligaciones que deberá asumir el adjudicatario, por lo que la falta de indicación de los supuestos y las condiciones en que se podrá exigir la divulgación, así como de los gastos máximos –a diferencia de lo concerniente a la asistencia técnica en el control de la ejecución de la obra– que los mismos podrán suponer, debe determinar la anulación de esta cláusula”.

Un pliego oscuro no puede perjudicar a los licitadores, ni se puede excluir a un licitador si el pliego es contradictorio (Resolución del TACRC 9/2022).

La RTACRC 1112/2022 anula las llamadas “cláusulas antifraude incorporadas por ADIF a los pliegos de sus contratos por no estar redactadas de forma suficientemente precisa, clara e inequívoca; y por no guardar relación con el objeto del contrato.

Se anula el pliego (estimándose el recurso especial) por no estar configurados los criterios de adjudicación en el pliego, de tal forma que dichos criterios garanticen la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva (Resolución del TACRC 1752/2021, razonando sobre el artículo 145.4 y 5 de la LCSP).

El problema más común es cuando se suscitan cuestiones interpretativas, o si, aun cuando el pliego prevé una determinada regulación, se puede llegar a admitir una oferta o si por contrapartida se impone una interpretación estricta o literal del pliego (Resolución 1250/2021 del TACRC a favor de la interpretación literal del pliego, ya que de lo contrario se daría una posición de ventaja al licitador que no siguió estrictamente las determinaciones del pliego, respecto de un tema no obstante aparentemente no esencial: el color de las muestras exigidas en el pliego para la licitación).

Las aclaraciones de los pliegos también tienen carácter vinculante (Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 266/2021, y STS de 20 de febrero de 2018, rec. 2725/2015).

A veces, no obstante, no está del todo claro aquello que se puede regular en un pliego. Veamos resoluciones sobre casos de pliegos que aciertan en sus regulaciones y otros que se exceden de las finalidades del pliego:

Un pliego de un contrato de suministros no puede aprovechar para prever obligaciones o prestaciones extrañas al objeto del pliego (STSJ de la CV 494/2022, de 15 de junio de 2022).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Lo que está claro es que se han de definir bien las prestaciones objeto de contrato, así las obras en un contrato de explotación del depósito controlado de residuos (Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del SP 62/2022).

Para la resolución n. 61/2021 del TARC de Castilla y León, es posible un pliego que, en lugar de opcional, prevea la visita a las instalaciones como requisito para la admisibilidad de la oferta. Por ello, desestima el recurso especial por considerar que, además de que la posibilidad de visita a las instalaciones está prevista en la LCSP, todos los operadores potencialmente interesados en concurrir han tenido oportunidad de realizar la visita.

Tema espinoso es el siguiente: ¿puede un contrato imponer al nuevo adjudicatario que asuma las deudas del contratista saliente que tiene contraídas con la Administración? En la RTAR de Andalucía 172/2022, la respuesta es en principio negativa pero con matices: “como regla general, aquellas cláusulas de los pliegos que impongan al futuro adjudicatario el desembolso, al inicio del contrato, de una cantidad destinada a amortizar el coste pendiente de la inversión realizada por el actual contratista en los bienes y/o instalaciones objeto del contrato vulneran el principio de igualdad de trato entre licitadores, toda vez que suponen la aplicación de condiciones distintas a la hora de presentar las ofertas que redundan en una ventaja para el contratista actual, caso de participar en la licitación”.

Se plantea, en este contexto, si un pliego puede repercutir al contratista obligaciones económicas de otros contratos, es decir, costes extraños a su prestación, lo que puede romper el equilibrio de las prestaciones (Resolución del TACRC 1358/2021).

Un pliego sí puede establecer criterios para favorecer la adjudicación si se integran en el equipo personas mayores de 45 años (RTACRC 1844/2021).

El pliego, dentro de los criterios de adjudicación, no puede prever “la mejora ambiental mediante ejecución del contrato con bajas emisiones en carbono” al *no tener nada que ver con el objeto del contrato* (RTACRC 345/2022).

Un pliego no puede inmiscuirse en la selección del personal que ejecutará el contrato sin poder imponer al contratista la obligación de atender a sus directrices sobre la selección de personal (Resolución del TACRC 1044/2021).

Un pliego no puede imponer al licitador (en un contrato de asesoría fiscal) que quien realice el trabajo deba tener una vinculación de socio responsable, inmiscuyéndose el pliego en la organización interna empresarial (Acuerdo 20/2022 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

El Informe de la JCCPE emitido en el Expediente 49/2021 afirma que “la introducción en los pliegos de contratos de obras de cláusulas por las que se introducen criterios de adjudicación que puntúan la asunción por el futuro contratista de los costes derivados de los excesos de mediciones y de las posibles modificaciones del proyecto aprobado por la Administración que sean necesarias para el buen funcionamiento de la obra sin variar el precio hasta un determinado porcentaje son contrarias a lo dispuesto en la LCSP”.

Sobre si se puede limitar la extensión de las ofertas, en caso de preverse así, debe hacerse con la precisión suficiente, anulándose la exclusión del licitador por este

motivo (de sobrepasarse la extensión de 15 “hojas” en formato A4) en caso contrario (Resolución del OARC 113/2021; sin embargo, en la Resolución del mismo órgano 97/2021 se confirma una exclusión por este motivo).

Para la STJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, un pliego puede obligar a licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita presentada junto con la oferta de un contrato público, a pagar un salario mínimo determinado al personal que llevará a cabo las prestaciones. La justicia europea responde así a la cuestión elevada por el Tribunal Superior del Land de Coblenza (Alemania), después de que la empresa RegioPost presentase un recurso tras ser excluida de un procedimiento de contratación pública relativo a servicios postales, puesto que no había declarado su compromiso a pagar un salario mínimo, como exigían las disposiciones del anuncio de licitación. El pliego de condiciones hacía referencia a una ley del Land de Renania-Palatinado, según la cual los contratos públicos solo pueden ser adjudicados a empresas que se comprometan en su oferta a pagar un mínimo de 8,70 euros brutos por hora.

La Resolución 632/2018 del TARC, de 29 de junio, declara la nulidad de unos pliegos por no desglosar los costes del contrato.

La RTACRC 595/2022 desestima un recurso especial contra los pliegos de licitación, basado en un cálculo incorrecto del presupuesto base por no considerar la incidencia en el precio de la exigencia de solvencia técnica o profesional de disponer de una flota mínima de vehículos.

En la Resolución del Tribunal del País Vasco 32/2022 se entiende que el pliego no tiene por qué contener que el PBL se calcule teniendo en cuenta el supuesto contenido de hipotéticos convenios colectivos futuros porque ello iría en contra del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial”. “Por análogos motivos, el PBL tampoco puede calcularse para facilitar las estrategias de las partes implicadas en la negociación colectiva”. Se frenan así pretensiones sindicales.

Se ha considerado posible la inclusión en los pliegos de cláusulas relativas a los paraísos fiscales en los contratos del sector público (IJCCA Cataluña 7/2018, de 16 de noviembre).

Téngase en cuenta el documento “Instrucción de 23 de diciembre de 2021 de la JCCP del Estado sobre aspectos a incorporar en los expedientes en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del plan de recuperación, transformación y resiliencia”.

Sobre la posibilidad de acotar las horas valorables para la adjudicación, pueden verse las resoluciones 513/2021 del TACP de Madrid y 1546/2021 del TACRC, así como la 1518/2021.

El pliego no puede incurrir en una “duplicidad de valoración”. Esto se produce, por ejemplo, cuando los pliegos valoran mejoras que también son objeto de valoración de manera subjetiva en otros criterios de adjudicación (Resolución 497/2021 del TACP de Madrid).

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

La Resolución 1957/2021 del TACRC estima un recurso especial contra los pliegos de una licitación por considerar que no arbitran correctamente los criterios de adjudicación dedicados a valorar mejoras. El TACRC recuerda que para valorar mejoras es necesario que el órgano de contratación fije en el PCAP un límite y sobre esta premisa acaba anulando (por impreciso) el criterio de adjudicación establecido.

Por otro lado, “la exigencia establecida en los pliegos de facturación únicamente con administraciones públicas resulta excesiva, no respeta el principio de proporcionalidad y reduce la libre concurrencia vulnerando el principio de igualdad en el acceso a la adjudicación del servicio” (Resolución 38/2012 del OARC del PV).

Un pliego es nulo si opta por no dividir el contrato en lotes, sin que conste justificación de la entidad contratante para ello (Resolución del TACRC 1755/2021).

La RTAR de Castilla y León 19/2022 estima un recurso especial contra los pliegos de la licitación de un contrato de servicios de limpieza de edificios en el que, a la vez que se exigía al contratista una póliza de seguro que cubra la responsabilidad frente a terceros derivada de los riesgos y daños que entrañe la prestación del servicio, consideraba como criterio de valoración automática la ampliación de la cobertura mínima.

Tampoco puede un pliego, por desproporcionado, prever (según la RTACRC 4/2022) que los vehículos adscritos a la ejecución del contrato sean titularidad de los licitadores al tiempo de presentar la ofertas, no admitiendo compromisos de adquisición de vehículos en caso de resultar adjudicatario.

En este ámbito de la ejecución del contrato, la RTACRC 168/2022 desestima un recurso especial contra un pliego que contiene la obligación laboral de realizar pruebas de detección del COVID-19 a todo el personal.

Para la RTACRC 1295/2022, la mención de subrogación de personal en el pliego es jurídicamente irrelevante y por tanto tampoco es exigible, debido a que la subrogación será obligatoria para el empresario entrante si así lo impone el convenio colectivo aplicable, sea cual sea.

Un pliego no es nulo por el hecho de haber omitido mención a la obligación de subrogar el personal de la empresa, ya que no constaba acreditado que el anterior contratista aportara información alguna sobre dicha obligación de subrogación (Resolución 1823/2021 del TACRC).

El *quid* puede ser observar cuándo el pliego cumple con las obligaciones de información necesarias para que los licitadores puedan concurrir. Puede citarse la RTACRC 1851/2021, que concluye que la entidad adjudicadora cumplió, en el pliego, con sus deberes de información, sobre las deudas existentes de un contratista anterior, mediante las referencias que hacía a este hecho en el pliego; y que el licitador asumió “las consecuencias de la información limitada que se le había proporcionado”. Rige así el criterio general de la vinculación a los pliegos (en el caso de esta resolución, el licitador pidió información y, aun así, concurre). No obstante, es un tema complejo; es decir, el relativo al grado de información que ha de dar el adjudicador a los nuevos licitadores sobre las posibles deudas de contratistas salientes.

Con ciertos vaivenes, parece consolidarse la regla según la cual si un licitador consiente el pliego, luego, al no resultar adjudicatario, no puede impugnarlo, con el límite

de la nulidad de pleno derecho. Según las SSTs de 22 de marzo de 2021 y 438/2021 de 24 de marzo de 2021, “cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurrir en motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva”.

El artículo 124 la LCSP aborda los pliegos de prescripciones técnicas particulares. Podemos destacar los debates relativos a posibles vulneraciones de los pliegos generales o sobre prescripciones técnicas inadecuadas. Una situación típica es cuando el pliego exige, para concursar, un determinado producto. El licitador puede entender que restringe la competencia; la Administración, en cambio, que se justifica para la mejor realización del contrato. Da pautas la RTACRC 215/2022: no puede incluirse en la determinación del objeto del contrato la exigencia de características técnicas que determinen una limitación arbitraria a la libertad de licitación, de modo que solo una empresa pueda cumplir las condiciones establecidas en el contrato. También es cierto que existe un amplio margen de discrecionalidad por parte de los órganos de contratación para configurar el contrato. Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que solo puede cumplir uno de los licitadores, pero no cuando se exige una forma de presentación determinada a un producto presente en el mercado y abierto a la producción de otros productores que quieran fabricarlo. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor. Puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades. Los productores, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción. No se puede confundir la circunstancia de que la recurrente no pueda ofertar dicho producto por no ser esta su forma actual de presentación comercial, con una imposibilidad absoluta de las empresas del mercado para realizar la oferta.

Haciendo este recorrido por el articulado legal después de los procedimientos de adjudicación, artículo 131, encontramos el artículo 149, relativo a las ofertas anormalmente bajas. Destacamos un primer debate que da lugar a pronunciamientos contradictorios, es decir, el relativo a si es obligatorio que los pliegos de los contratos públicos recojan los parámetros objetivos para identificar las ofertas que incurran en presunción de anormalidad (no lo entiende así la RTACRC 899/2022, al sostener el carácter potestativo de dicha inclusión en los pliegos (sin que sea motivo de impugnación que no se hayan contemplado). Sin embargo, la RTACRC 103/2023, citando la STJUE de 1 de diciembre de 2021, asunto T-546/20, afirma que es necesario que se fijen en el pliego. No es exigible que el pliego contenga los criterios para determinar si una oferta es anormalmente baja (RTACRC 899/2022). La STSJ de la CV 4910/2022 anula la RTACRC 746/2021 y declara que la LCSP impone que los pliegos contemplen los parámetros de anormalidad de oferta.

Por otro lado, en los contratos con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

ha de efectuarse con relación a la oferta global y completa presentada por el licitador (STS 4069/2019, de 17 de diciembre de 2019).

La Circular de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña de 1 de octubre de 2021 define el orden procedimental a seguir en caso de exclusión de una oferta anormalmente baja, afirmando que, tras la exclusión de ofertas anormalmente bajas, no debe procederse a una nueva valoración y clasificación de las restantes, sino que el órgano de contratación debe adjudicar el contrato, directamente, a la mejor oferta de entre las no excluidas conforme al orden en que habían sido clasificadas.

La SAN 5104/2021, de 1 de diciembre de 2021, nos sirve para hacer síntesis, recordando que la apreciación por el órgano de contratación de ofertas anormalmente bajas se realiza en “dos tiempos” (primero se aprecia si la propuesta indiciariamente está incurso en presunción de anormalidad, y luego se realiza un análisis detallado, previa audiencia al contratista), con motivación (tanto en el caso de aceptación de la oferta como del rechazo de la proposición), la necesidad de informes y, finalmente, el respeto a las obligaciones en materia laboral.

En relación con los artículos 145 y 146 de la LCSP, criterios de adjudicación, se ha ido abriendo la consideración de otros elementos, distintos del precio, para adjudicar el contrato. Y otro debate es cuándo la experiencia o determinados certificados pueden ser un criterio de valoración de las ofertas, más allá de servir para acreditar la solvencia.

Los requisitos que deben cumplirse para valorar la experiencia como criterio de adjudicación se expresan por todos en el Informe de la JCCA 108/18, al que me remito.

Sobre si los certificados exigidos para acreditar un sistema integral de gestión de calidad y gestión medioambiental pueden considerarse criterios de adjudicación al amparo del artículo 145 LPSP, puede afirmarse que estamos ante criterios de aptitud de la empresa y no propiamente de las ofertas (Resolución del TACRC 1557/2021).

La RTACRC 786/2019, de 11 de julio, permite razonar que, para que pueda admitirse la exigencia de estos certificados como criterio de adjudicación, es necesario que estén claramente vinculados con el objeto del contrato, es decir, cuando se refiera o integre en la prestación contratada, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Para ser criterios de adjudicación deben referirse a una característica de la prestación en sí misma, que permita, como exige la Directiva 24/2014 en su considerando 92 para los criterios de adjudicación, «efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato», lo que significa que los aspectos medioambientales o sociales incorporados como criterios de adjudicación *deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca*, lo que no ocurre cuando se configuran como criterios de adjudicación características generales de la política medioambiental, social o corporativa de la empresa proscritas como criterios de adjudicación.

Interesa destacar que no es admisible como criterio de adjudicación la imposición de una retribución mínima que no venga impuesta como obligatoria con carácter general por una norma legal o por un convenio obligatorio de general aplicación, por

lo que menos aún será admisible el criterio de mejoras salariales sobre ese mínimo impuesto por el OC. Este criterio, al implicar inevitablemente una subida de los costes salariales y por tanto del precio del contrato, atenta también contra el principio capital de la selección de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 LCSP) y de la selección en función de la mejor relación calidad-precio establecida por el artículo 145 de la LCSP (RTACRC 897/2019, de 31 de julio).

La Resolución 1514/2021 del TACRC estima un recurso especial contra una licitación que considera como criterio de adjudicación del contrato el compromiso exclusivo del licitador con el subcontratista: “la exigencia de tal vinculación en exclusividad sí resulta contraria a derecho, pues tal medida, que efectivamente puede suponer una restricción a la libre concurrencia (no solo para los propios licitadores, sino también para lo que se denominan *partners*), no encuentra justificación alguna a lo largo de la documentación contractual, sin que tampoco resulte adecuada la ofrecida por la entidad contratante, que habla de posibles falseamientos en términos muy genéricos”.

Sobre la valoración de las mejoras ofertadas, se ha considerado posible la oferta de precio “cero” o casi cero en alguna parte del contrato; el criterio mayoritario es que no afecta al principio de onerosidad. Tal oferta es posible si en su conjunto es positiva, salvo que incurra en *fraude de ley* (RTARC Cataluña 348/2020). La Resolución 386/2019 del TACRC anula la adjudicación a favor de un licitador que traslada los costes de una de las prestaciones a otra con la finalidad de ofrecer los servicios accesorios a precio cero, porque el tribunal considera que se trata de una estratagema para desvirtuar la aplicación de la fórmula de valoración, de manera que obtiene la totalidad de los puntos correspondientes a ese apartado. En la Resolución 913/2021 el TACRC considera un “artificio” el tratar de obtener mayor puntuación a través de ofrecer precios irrisorios o irreales (precios cero o cercanos a cero) en algunas de las prestaciones incluidas en el servicio licitado, cuando los pliegos las dotan de sustantividad propia, asignándoles también puntuación distinta e individualizada. Así, el TACRC confirma la decisión del órgano de contratación de excluir la oferta de la licitadora al no haber podido justificar su baja en el incidente correspondiente (artículo 149 LCSP), verificando que cada una de las actividades que van a desarrollarse son individualmente viables. Puede citarse también la RTACRC 407/2020 sobre el caso de las ofertas económicas efectuadas a cero (0), o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades. Se entiende que son válidas siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas, y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio de precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara. Para la RTACRC 513/2020 (“contratos no configurados con un precio único global y ofertas de precio cero en alguna prestación: el cero como “no precio” y la exigencia de un precio real”, establece que, cuando en los pliegos el aspecto económico no consiste en un precio único global, sino en precios distintos, uno por cada prestación, lo que implica onerosidades distintas, la forma de satisfacer

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

la onerosidad propia de la prestación a través de otras prestaciones solo obedece a un fin en fraude de ley, que es manipular la fórmula de valoración del criterio a su favor y en perjuicio de los otros licitadores que ofertan un precio real y existente, que consigue sobre la apariencia de una presunta omisión del pliego consistente en que no prohibiría el precio cero. Simplemente, cero no es un precio, es un no precio, y el pliego y la fórmula de su valoración exigen un precio real, que no se ha ofertado. El TACRC en su Resolución 1596/2021 recuerda su doctrina sobre las ofertas a 0 euros (que suelen aparecer en precios unitarios o en subcriterios de adjudicación). En este caso, el adjudicatario ofertaba prestaciones a 0 euros en 7 criterios de valoración. Para el tribunal, la oferta realizada por la empresa adjudicataria se ha realizado en fraude de ley, ya que los 7 precios de 0 euros ofertados no tienen otra función que acaparar los puntos que asignan esos criterios, en perjuicio del resto de licitadores, alterando las reglas de la competencia. La oferta normal no se realizaba a precios de mercado, sino con el fin de evitar la competencia de los otros licitadores (igualmente, Resolución 1737/2021 del TACRC donde reitera su doctrina del fraude para no considerar la oferta con precio cero).

En la práctica, a veces ciertos licitadores plantean una especie de “precedente” a la hora de intentar obligar al poder adjudicador a mantener las condiciones o criterios de adjudicación anteriores. La Resolución 983/2021 del TACRC afirma que el hecho de que en una adjudicación precedente se admitieran para una licitación a los hoteles de dos estrellas no impide que en una nueva licitación se excluyan, ya que prevalece el interés público en la definición de los pliegos. En esta línea, la Resolución 961/2021 del TACRC desvincula el rendimiento en la ejecución de un contrato anterior del resultado de la adjudicación.

Un tema que afecta a los procedimientos de adjudicación es el negociado con exclusividad que se aplica en el ámbito sanitario y en el ámbito artístico para la contratación por ejemplo por parte de hospitales o de administraciones o museos respectivamente a ambos sectores. En esta parcela de lo cultural artístico se observa un desajuste de lo legislativo a la realidad porque a veces es complicada la contratación necesaria siguiendo los postulados de la Ley de contratos, por ejemplo cuando se contrata una subasta pública por parte de la Administración; en general, es preciso en este contexto hacer una llamada a que estos procedimientos negociados con exclusividad requieren de una especial motivación. Se justifica contratar en exclusiva con un determinado artista o con una determinada persona o galería de arte sin reglas especiales de procedimiento a costa de que se motive la necesidad del contrato, su idoneidad y el precio. Esto se echa en falta por parte del Tribunal de Cuentas y su cumplimiento es un reto.

A partir del artículo 192, la LCSP regula la ejecución de los contratos. Como es sabido, la ejecución de los contratos no está afectada por las directivas europeas de contratos públicos, al menos con la intensidad que se plantea en el plano de la adjudicación, que es el quicio de las directivas comunitarias de contratación pública. En todo caso, observamos “continuidad” en la forma de plantearse los posibles problemas o controversias relativas a resoluciones contractuales, pagos o impagos a

contratistas, rescates, indemnizaciones de daños y perjuicios, imposición de penalidades, incautación de fianzas, demora en la ejecución, aplicación del principio de riesgo y ventura. Estos temas, pese a lo frecuente de los litigios, no han presentado –que sepamos– novedades sustanciales respecto del planteamiento de años anteriores, pese a que siempre hay novedades, obviamente. Es decir, la praxis jurídica siempre innova y siempre nos trae nuevas situaciones. El tema más conflictivo en el plano regulativo de sistema estaría en la modificación de los contratos, al menos considerando el debate que se planteaba cuando se promulgó la Ley de contratos del sector público en 2017. Esta cuestión, regulada en los artículos 203 y siguientes de la LCSP, ha venido dando lugar a muchos problemas. Parece haberse normalizado o rebajado la tensión en esta área de la modificación de los contratos.

Obligada resulta, pues, la mención a la modificación de los contratos, por la importancia práctica del tema. Es un buen ejemplo del cambio de planteamientos antes y después de la LCSP, ya que antes de esta ley existía una mayor problemática que parece haberse atenuado tras 2017. Aunque se prevea una regulación legal de las modificaciones, el punto de partida está en la inalterabilidad de los contratos. Dicho esto, la Ley de contratos distingue dos situaciones: primero la más lógica, es decir, que si se quiere modificar el contrato es porque la modificación está contemplada expresamente en el pliego con la claridad necesaria y siempre que no se supere el 20 % del precio inicial del contrato. En el pliego habrá que indicar el procedimiento a seguir y las condiciones de la modificación. En este asunto de la debida claridad de los pliegos insiste el legislador nacional haciéndose eco de exigencias de derecho comunitario europeo. En general, en el nuevo derecho administrativo se están anulando actuaciones administrativas cuando no tienen la suficiente claridad. La segunda situación es cuando interese una modificación, pero no está prevista en el pliego. La modificación, obviamente, es más complicada entonces y, en todo caso, la Ley de contratos establece algunas limitaciones. Presupone en todo caso que no es posible un cambio de contratista, lo que remite a un tema de costes y proporcionalidad (y, en todo caso, no ha de superar el 50 % del precio inicial del contrato). Y puede justificarse mediante circunstancias sobrevenidas o modificaciones no sustanciales, que pueden así justificar la modificación no prevista en el pliego, si bien la jurisprudencia es altamente restrictiva en cuanto al entendimiento de la modificación no sustancial. Por otro lado, la ley establece unas presunciones en el sentido de cuándo es sustancial en todo caso una modificación: cuando podría haber sido otro el contratista, cuando se altera el equilibrio económico contractual y cuando se amplía de forma importante el objeto del contrato, dicho sea, nuevamente, de manera rápida a efectos de repasar este tipo de disposiciones.

Interesante, en este contexto, es cómo la LCSP, por trasposición de la normativa europea, ha introducido una brecha (al regular las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral) consistente en que los órganos de contratación tomarán medidas para garantizar –en la ejecución de los contratos– que estas obligaciones en materia medioambiental, social y laboral van a ser cumplidas. Es relevante esta mención al debido cumplimiento en la fase de ejecución de los compromisos

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

contraídos (que es fruto, por cierto, de la insistencia del derecho comunitario en la materia) porque en general –en materia contractual– viene a ser actualmente un reto conseguir que se cumplan sin condescendencia los compromisos contraídos por el contratista, ya que a veces ocurre que se relaja el cumplimiento del contrato, favoreciendo al contratista que ha podido asumir para la adjudicación compromisos estrictos cuyo incumplimiento después se permite o se le compensa por otras vías (por ejemplo, obtención de contratos diferenciados, cuando en realidad deberían ser parte de la adjudicación hecha). Incluso, en materia de legitimación, a mi juicio, tiene que favorecerse la tendencia a dejar recurrir a los antiguos licitadores contra posibles relajaciones en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por tanto, esta regulación se situaría como tendencia en la mejor dirección posible. Además, la Ley de contratos fija que en los pliegos se puedan establecer este tipo de obligaciones siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no siendo infrecuentes las anulaciones judiciales por este motivo, de no estar vinculadas las obligaciones de carácter ambiental, social o laboral con el objeto del contrato. Y ello pese a reconocer que son obligaciones que pueden valorarse positivamente. Por último, la ley establece algunas obligaciones que necesariamente se tienen que prever en los pliegos, pese a que la ley permite que se elija de entre las allí contempladas. Lo que se hará por la vía de la redacción de los pliegos.

Puede aludirse a que en los rescates se produjo, tras la LCSP 2017, un cambio de criterio respecto al criterio del cálculo del lucro cesante. Destacaríamos que ahora ya no se trata de fijarse en el beneficio de los cinco primeros años de explotación haciendo la media y trasladándolo a los años que resten para ejecutar el contrato, como pauta para establecer el lucro cesante; el criterio central de la nueva LCSP se puede explicar poniendo un ejemplo: si quedan 8 años para que finalice el contrato, hay que fijarse en los últimos 8 años de explotación y en el beneficio resultante en tal período, haciendo la media después, para finalmente indemnizar al contratista –en el ejemplo propuesto– multiplicando por 8, por ser los años que quedan de vida contractual. Las sociedades públicas, en caso de rescate, tendrán que contar con autorización de la Administración.

En cuanto a la «cesión de contratos» (siguiendo el artículo 319 de la LCSP), los pliegos deben prever expresamente las regulaciones legales en materia de cesión, que no vienen a ser sino pura expresión de unas reglas de cultura general en la materia; como por ejemplo que el cedente tiene que haber cumplido el 20 % del contrato si quiere la cesión; o que no procede la cesión cuando se trate de condiciones personalísimas; o que esta tiene que materializarse en una escritura pública, etcétera.

Otro frente conflictivo es el riesgo operacional y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, artículo 270 de la LCSP. Ha calado el criterio regulador de la LCSP sobre el riesgo operacional como elemento definitorio de la concesión, definida por la existencia de incertidumbres significativas en relación con el nivel de ejecución correcta de un proyecto que se considera alcanzable. Pese al debate que originó la transposición de la Directiva 2014/23/UE y la incorporación del concepto de transferencia del riesgo operacional, la cuestión ha devenido más pacífica pasando al

plano de la aplicación legal. Un presupuesto básico contra el ejercicio de este derecho es el hecho de que el concesionario supiera que había una cierta incertidumbre en cuanto a un determinado tramo, sin poder alegar después que la no ejecución de dicho tramo supone una ruptura del equilibrio económico. Según la STS 1875/2019, de 19 de diciembre de 2019, rec. 2390/2016: (...) «En definitiva, la concesionaria sabía que existía un grado de incertidumbre sobre la construcción de los tramos cuya licitación correspondía al Ministerio de Fomento ya en el momento de la contratación, lo que destierra la imprevisibilidad como condición necesaria para el reequilibrio de las prestaciones».

Menor actualidad que en tiempos pasados tiene el tema de la financiación privada de las obras públicas a la luz de los artículos 271 y siguientes de la LCSP.

A partir de los artículos 316 hasta el 322 se regula la contratación de otros entes del sector público. En la contratación de sociedades públicas viene planteándose si en la fase de adjudicación de los contratos se pueden aplicar preceptos de la Ley de contratos que regulan la fase de ejecución de los mismos. En la LCSP hay una remisión a ciertos artículos que se consideran de necesaria aplicación para la contratación de estas sociedades. Por otra parte, hay algunos artículos que parecen incompatibles. Pero hay una franja intermedia donde, si bien no hay remisión, serían susceptibles de extensión aplicativa por la vía de los pliegos de contratación de las sociedades. Esta tendencia no parece incorrecta, porque otorga seguridad jurídica a las partes contratantes, ya que el Código civil no regula tan exhaustivamente como la Ley de contratos del sector público determinadas materias; por ejemplo, los desistimientos en la ejecución de un contrato o el derecho a lucro cesante del contratista.

También se producen resoluciones frecuentes sobre las mesas de contratación (artículos 326 y 327 de la LCSP) pero en cuestiones casuísticas de si, por ejemplo, el secretario de la mesa de contratación tiene que ser funcionario o es suficiente con que sea empleado laboral, etcétera.

Finalmente, otro tema esencial es la «subcontratación». La nueva ley habla de que la subcontratación tiene que ser parcial y se insiste en que el licitador tiene que indicar en la oferta los elementos sobre los cuales va a recaer la subcontratación, que no puede abarcar la totalidad del contrato; y por otro lado, nuevamente el legislador insiste en que, cuando se vaya a iniciar la ejecución del contrato, se tiene que notificar a la Administración de nuevo las partes que va a realizar el subcontratista. La subcontratación es un fenómeno positivo, porque favorece las pequeñas y medianas empresas y el tráfico mercantil, pero se producen en la práctica abusos sobre los subcontratistas. Aunque hubo un periodo en que procedían las acciones directas del subcontratista contra la Administración, ya con el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público 3/2011 anterior no procedían tales acciones directas. La nueva LCSP determina que se pueden establecer en los pliegos los pagos directos a los subcontratistas. Puede ser aconsejable esta medida, a mi juicio, porque, en definitiva, lo que interesa al poder contratante es que se ejecute el contrato y, de esta manera, parece que disminuye el riesgo de inejecución. La ley establece ahora la obligación de comprobación de pagos cuando se trate de contratos de obras y servicios cuyo

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 €y siempre que la subcontratación sea más del 30 %.

## **Bibliografía**

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho administrativo. Contratación Pública. Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, tomo III, 4.<sup>a</sup> ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_junio-diciembre 2023 | pp. 441-479  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5170>  
© Francisco de Cominges Cáceres  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 02/01/2024 | Aceptado: 19/12/2023

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-  
administrativa

**Jurisprudencia contencioso-  
administrativa**

Contentious-administrative  
jurisprudence

<sup>66</sup>Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES  
Magistrado (Galicia, España)

[f.cominges@poderjudicial.es](mailto:f.cominges@poderjudicial.es)

**SUMARIO:** 1 Administración local. 1.1 Procedimiento de aprobación de las ordenanzas locales no tributarias. Obligatoriedad de la consulta previa, salvo cuando concurren motivos urgentes y graves de interés público. 1.2 Modificación presupuestaria de diputación provincial mediante generación de crédito. Fraude de ley. 1.3 Obligación de reservar plazas de aparcamiento para personas con movilidad reducida en lugar próximo a sus domicilios. Potestad reglada, no discrecional. 1.4 Expropiación forzosa por un ayuntamiento del bajo de un edificio de viviendas, en beneficio de la comunidad de propietarios, para poder instalar un ascensor. 1.5 En las pruebas de acceso a la función pública en las administraciones locales debe utilizarse con carácter general y preferente el sistema de oposición, sobre el de concurso-oposición. 1.6 Procedimientos de consolidación de personal temporal en las administraciones locales: sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Titulación exigible al puesto de "coordinador deportivo". 2 Contratos públicos. 2.1 Posibilidad de participación en la licitación de entidades financiadas mayoritariamente con fondos públicos. 2.2 Reequilibrio concesional por las pérdidas derivadas de las restricciones impuestas

durante la pandemia de COVID-19. Constitucionalidad del artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020, de 7 de julio. 3 Educación y universidades. 3.1 Obligación de la Administración educativa de prestar auxilio y apoyo al alumnado afectado por dificultades de aprendizaje (TDAH). 3.2 Obligación del personal docente de redactar con carácter general en lengua gallega cualquier escrito relativo a su desempeño profesional. 3.3 Anulación directa de matrícula por incorrección de los datos registrados en la aplicación Nerta por aspirante de acceso al sistema universitario de Galicia. No es necesario tramitar un expediente de revisión de oficio. 3.4 Anulación de procedimiento selectivo en universidad pública por incumplimiento de la tasa de reposición establecida en la Ley de presupuestos generales del Estado. Cese obligado de quienes superaron la oposición, al no haber transcurrido más de dos años desde su nombramiento. 4 Extranjería. 4.1 Sanción de expulsión por permanencia irregular en España, con la agravante de indocumentación. 4.2 Posibilidad de plantear simultáneamente una solicitud de protección internacional (asilo) con otra de autorización de residencia por arraigo laboral. 5 Medio ambiente y urbanismo. 5.1 Parques eólicos. Requisitos del trámite de información pública del proyecto de obras y de su estudio ambiental. 5.2 Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia. Inexistencia de la inclusión en él de medidas restrictivas de actividades económicas para proteger a las aves. 5.3 Revisión de plan general de ordenación municipal. Requisitos formales. 5.4 Proyecto de estación de suministro de carburantes vrs. competencia técnica universal de los arquitectos superiores. 6 Personal. 6.1 Relación de puestos de trabajo. Las jefaturas de servicio de especial responsabilidad deben reservarse al subgrupo "A.1", con exclusión del "A.2". 6.2 Equiparación de retribuciones (complemento específico) de puestos que en la realidad desempeñan las mismas funciones. 6.3 Abuso de los nombramientos temporales en la sanidad pública gallega. 7 Proceso contencioso-administrativo. 7.1 Requisitos formales del expediente administrativo que se debe remitir al juzgado o tribunal. 7.2 Inejecución de sentencia por imposibilidad legal o material: Establecimiento simultáneo de indemnización sustitutiva. 8 Responsabilidad patrimonial. 8.1 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la suspensión de actividad de hostelería y restauración por las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia de COVID-19. 9 Tributos. 9.1 Constitucionalidad de la legislación estatal que obliga a tributar en el IRPF los pactos o contratos sucesorios (apartación). 9.2 Obligación de los ayuntamientos de actualizar anualmente la tasa de servicios de suministro de agua y saneamiento en cumplimiento del compromiso contractual de revisión de precios suscrito con la concesionaria. 9.3 Impuesto de plusvalía. Devolución de ingresos indebidos. Agotamiento de la vía administrativa previa. Efectos de la STC 182/2021. 9.2 Obligación de los ayuntamientos de actualizar anualmente la tasa de servicios de suministro de agua y saneamiento en cumplimiento del compromiso contractual de revisión de precios suscrito con la concesionaria.

## 1 Administración local

### 1.1 Procedimiento de aprobación de las ordenanzas locales no tributarias. Obligatoriedad de la consulta previa, salvo cuando concurren motivos urgentes y graves de interés público

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 16 de noviembre de 2023 (rec. 7629/2021, ponente: Berberoff Ayuda), resuelve la controversia suscitada sobre «si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos

de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no».

Finalmente, estima la casación, revoca la sentencia de instancia y desestima el recurso interpuesto frente a una modificación de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios vinculados al ciclo integral del agua del Ayuntamiento de Cangas do Morrazo (BOP de 13/02/2020), con los siguientes argumentos:

*«(...) En nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero, rec. 4791/2021, concluimos que la consulta previa del art. 133.1 LPACAP no resultaba exigible en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales. Sin embargo, en el presente recurso de casación, las razones eventualmente existentes para prescindir del trámite no tienen por qué coincidir con el criterio de la referida sentencia 108/2023 de 31 de enero, al concurrir aquí una circunstancia –no cuestionada– y que, en definitiva, perfila otro escenario. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en aquella ocasión, en la que se impugnaba una ordenanza fiscal, en el presente recurso, la Ordenanza carece de naturaleza fiscal, por cuanto regula una prestación patrimonial de carácter público no tributaria por servicios vinculados al ciclo integral del agua (...).*

*La sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018 se pronunció, entre otros preceptos, respecto del art. 133 LPACAP (...). La lectura de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional permite arribar a una primera conclusión: únicamente responden al concepto de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), el artículo 133 LPACAP, en sus apartados primero, primer inciso (“Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública”) y cuarto, primer párrafo, de modo que “las demás previsiones del artículo 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico”. En otras palabras, el artículo 133 LPACAP se aplica por completo en el ámbito estatal (tanto sus previsiones de carácter básico como las demás previsiones), y así lo corrobora la sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018. Sin embargo, a los efectos de la elaboración de disposiciones reglamentarias, autonómicas o locales, únicamente se aplicarán las referidas previsiones de carácter básico. Esta es la conclusión que, por lo demás, consignamos en nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero rec. 4791/2021 (...).*

*A efectos metodológicos, partiendo de la obligatoriedad de la consulta previa del art. 133.1 LPACAP, habrá que indagar si es posible apreciar, también en el caso que nos ocupa, tal especialización por razón de la materia (a partir de la Disposición adicional primera de la LPACAP) y, de no resultar procedente, si cabe justificar o avalar su preterición por alguna de las excepciones establecidas por el ordenamiento jurídico (...). A diferencia del recurso de casación resuelto por nuestra sentencia 108/2023 de 31 de enero –relativo a una ordenanza fiscal– en el presente caso, el principio de especialidad, proclamado en la Disposición Adicional Primera de*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

la LPACAP, no permite excepcionar la consulta pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza local (...). A juicio de esta Sala no es posible extender la especialidad prevista para las ordenanzas fiscales con relación a la elaboración de otras ordenanzas o disposiciones generales sobre cualesquiera otras materias que no aparezcan comprendidas en la referida Disposición Adicional primera de la LPACAP. (...) Habrá que indagar el régimen de las excepciones legalmente previstas recordando que, a los efectos del artículo 133 LPACAP, únicamente tienen carácter básico las del primer párrafo de su apartado cuarto, que es el único que concierne también a la Administración autonómica y local: “[p]odrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la

Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen”.

(...) La sentencia de instancia omite cualquier consideración en torno al primer párrafo del apartado 4 del art 133 LPACAP –este sí, de carácter básico– en el que se encuentra la excepción relativa a que concurren razones graves de interés público para prescindir del trámite de consulta pública. (...). Estimamos que concurre un marcado interés público en la regularidad y prestación de los servicios a los que se refiere la Ordenanza impugnada –los servicios vinculados al ciclo integral del agua–, interés público que debió considerarse a los efectos de ponderar la ausencia de dicha consulta previa. Resultan muy ilustrativos los términos de la LRBRL cuando, con relación al abastecimiento de agua potable a domicilio y a la evacuación y tratamiento de aguas residuales, el artículo 25.2.c) considera el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales como una materia respecto de la cual el municipio ejercerá en todo caso competencias propias; o asimismo, cuando con relación, nuevamente, al abastecimiento domiciliario de agua potable, su artículo 26 conmina a los municipios a prestar, en todo caso, ese servicio; o, en fin, cuando el segundo apartado del artículo 86 LRBRL declara la reserva en favor de las Entidades Locales, entre otros, del abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, que considera como una actividad o servicio esencial. Y es aquí, cuando cobra razón la argumentación del Ayuntamiento recurrente que enfatiza en la necesidad de garantizar el funcionamiento diario de un servicio esencial, señalando explícitamente en su escrito de interposición del recurso, que el trámite de la consulta previa “retrasaría en exceso la entrada en vigor de normativa de gran relevancia para garantizar el correcto funcionamiento de la actividad municipal”».

## 1.2 Modificación presupuestaria de diputación provincial mediante generación de crédito. Fraude de ley

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 21 de julio de 2023 (rec. 7077/2023, ponente: Fernández López) confirma la anulación del contrato formalizado por la Diputación Provincial de Ourense para la adquisición del archivo histórico del diario La Región por el precio de 2.700.000 euros, al considerar nula de pleno derecho la modificación presupuestaria aprobada previamente para financiarlo:

*«(...) En orden a verificar si la autoridad local aprobó o no debidamente la modificación presupuestaria mediante la generación de crédito, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 44 del citado Real decreto 500/1990, que señala que, en el caso de aportación o compromiso firme, es indispensable “la existencia formal del compromiso firme de aportación”, mientras que en el caso del reintegro, es indispensable “la efectividad del cobro del reintegro”, que es lo mismo que exige el artículo 53.3 de la LGP.*

*Para aclarar lo que se debe entender como aportación o compromiso como forma de generar crédito, señala el artículo 45 del Real decreto 500/1990 que debe entenderse como tal “el acto por el que cualesquiera entes o personas públicas o privadas, se obligan, mediante un acuerdo o concierto con la entidad local, a financiar total o parcialmente un gasto determinado de forma pura o condicionada”, en cuyo caso, “cumplidas por la entidad local o el organismo autónomo correspondiente las obligaciones que, en su caso, hubiese asumido en el acuerdo, el compromiso de ingreso dará lugar a un derecho de cobro exigible por la entidad local o el organismo correspondiente”.*

*Como bien indicó el juzgador de instancia, fue esta la vía elegida para generar el crédito, según advirtió de forma clara la interventora provincial en su informe de 13.10.20, lo que también corroboró en su declaración en juicio, vía que no se ajustó a las determinaciones que exigía el artículo 43.1.a) del citado reglamento, pues no hubo aportación alguna por parte de una persona física o jurídica para financiar una determinada actuación propia junto con la Diputación Provincial de Ourense, ni tampoco compromiso firme de hacerlo, ya que lo que se pretendía era adquirir unos archivos del diario “La Región” a cambio de un precio, esto es, adquirir unos bienes mediante una contratación administrativa, una vez frustrada una operación idéntica anterior anulada por sentencia de esta sala.*

*En modo alguno cuestiona esta sala la posibilidad que tenía el organismo provincial de volver a adquirir ese equipamiento a financiar con créditos del capítulo 6 de gastos, pero si lo que quería era aprovechar el crédito de la aplicación NUM000 con arreglo a la cual abonó la anterior adquisición, lo que podía hacer sin problema era tramitar un expediente de modificación presupuestaria con arreglo a lo dispuesto*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

en los artículos 181.e) del TRLRHL y 43.1.e) del Real decreto 500/1990, esto es, una generación de crédito por reintegro de un pago indebido, pero con el añadido de que era necesario que tal reintegro se hubiera satisfecho, lo que no fue el caso; por el contrario, lo que

hizo la autoridad provincial fue acudir a la modificación presupuestaria contemplada en los artículos 181.a) del TRLRHL y 43.1.a) del Real decreto 500/1990, también de generación de crédito, pero debida a aportaciones o compromisos firmes de aportación de alguna persona jurídica (al parecer) para financiar de forma conjunta un determinado gasto, que era claro que se trataba de la adquisición del archivo del diario “La Región”.

También acertó el juzgador de instancia cuando afirmó que ni hubo aportación económica alguna, ni compromiso firme de hacerla; pero tampoco el ingreso que de ahí se derivaría iba destinado a cofinanciar un determinado gasto, ya que el propósito de la Diputación Provincial de Ourense fue volver a adquirir de la sociedad mercantil “La Región, S.A.” el archivo histórico del diario del mismo nombre desde el año 1910 hasta 2016, a cambio de los 2.700.000,00 euros que ya le había entregado tres años antes con cargo a la aplicación NUM000, amparada en una resolución que luego anuló esta sala.

Y tal propósito lo enmascaró aquel organismo provincial bajo la apariencia de que quien todavía no había sido adjudicataria del contrato había realizado una aportación o suscrito un compromiso firme de hacerla, para cofinanciar una inversión que tenía que pagarse exclusivamente con fondos públicos. En realidad lo que se hizo fue una burda compensación de créditos que no reunía los requisitos de ser líquidos, vencidos y exigibles a que se refiere el artículo 1196 del Código civil, al que se remite el artículo 22.1 de la LGP, compensación que tampoco tenía encaje en la normativa contractual que exige el abono del precio cierto.

Pero menos aún quedaba amparada esa anómala modificación presupuestaria por la vía de generación de crédito en el supuesto comprendido en los artículos 181.a) del TRLRHL y 43.1.a) del Real decreto 500/1990, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 173.1 y 24 de cada uno de esos textos, respectivamente, al igual que en el artículo 21.1 de la LGP, no tenía cobertura la decisión de modificación del crédito indebidamente generado, lo que arrastraba de forma automática a la nulidad del contrato después adjudicado, tal y como de forma unánime establecen los artículos 46 de la LGP, 173.5 del TRLRHL y 39.2.b) de la LCSP, que fue lo que de forma acertada declaró el juzgador de instancia cuando anuló la resolución impugnada, pronunciamiento que esta sala comparte en su integridad».

### 1.3 Obligación de reservar plazas de aparcamiento para personas con movilidad reducida en lugar próximo a sus domicilios. Potestad reglada, no discrecional

El TS, en su sentencia de 20 de julio de 2023 (rec. 1144/2022, ponente: Teso Gamella), a propósito de un conflicto suscitado con el Ayuntamiento de Monforte de Lemos, examina prolijamente el derecho de los ciudadanos discapacitados titulares de tarjeta de estacionamiento a la reserva de plazas de aparcamiento próximas a sus domicilios, en estos términos:

*«(...) La reserva de plaza de aparcamiento para las personas con discapacidad es un derecho previsto en el citado artículo 7.1.a) del citado Real decreto de 2014. El expresado precepto establece que los titulares de la tarjeta de estacionamiento tendrán una serie de “derechos” en todo el territorio nacional, siempre y cuando exhiban de forma visible la tarjeta en el interior del vehículo. Entre estos derechos, por lo que hace al caso examinado, está el previsto en la letra a), que se refiere a la reserva de plaza de aparcamiento, previa la oportuna solicitud a la Administración correspondiente y justificación de la necesidad de acuerdo con las condiciones que establezcan las Administraciones autonómica o local, en lugar próximo al domicilio o puesto de trabajo. (...).*

*La acción de las Administraciones debe promover “las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo” en todos los ámbitos de la vida, según establece el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. (...) Al tiempo, el artículo 30 establece como medidas de acción positiva que los ayuntamientos adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el estacionamiento de los vehículos automóviles pertenecientes a personas con problemas graves de movilidad, por razón de su discapacidad. Recordemos, a estos efectos, que el artículo 49 de la CE ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran las personas con discapacidad, y los amparen especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. (...).*

*La cercanía al domicilio es esencial para que la reserva de la plaza cumpla con su función al servicio de la integración social y de la igualdad de las personas con movilidad reducida como consecuencia de su discapacidad. De modo que sus derechos se resienten cuando se cambia tal ubicación, se lleva a un lugar que está 50 metros más lejos, tratándose de una persona próxima a cumplir 90 años, que al dictarse el acto administrativo estaría sobre los 85 años, y con una minusvalía del sesenta y cinco por ciento, que, además, según señala la sentencia del Juzgado, el nuevo emplazamiento de*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*la plaza se hace a un lugar más peligroso, por encontrarse en la salida de un estacionamiento privado.*

*La decisión administrativa, por tanto, ha de tener en cuenta la proximidad y la facilidad de acceso de la reserva de plaza respecto del domicilio, de manera que su denegación únicamente podría hacerse ante la concurrencia de poderosas razones de interés general debidamente justificadas. Pero nunca primando la mera conveniencia de algún vecino que alega esgrimir el beneficio de todos. No puede abordarse el tratamiento de la ubicación cercana al domicilio como si se tratara de una mera comodidad de la persona con movilidad reducida por discapacidad. Se trata, insistimos, de remover los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad de estas personas sean reales y efectivas, favoreciendo su integración social. (...).*

*De manera que la decisión municipal sobre la concreta localización de la reserva de plaza de estacionamiento ha de tomar en consideración la cercanía al domicilio, siempre que no se aprecien situaciones que puedan incluirse entre las prohibiciones que establece el artículo 7.2 del Real decreto de 2014.*

*No hay, en definitiva, un interés general de las personas con movilidad reducida y un interés general de los demás. No se oponen, sino que se complementan. El interés es general porque es el interés de todos los vecinos, en el que se incluye el de aquellos que son vulnerables debido a sus graves limitaciones motoras, y precisan, además del reconocimiento de sus derechos, de esa decidida acción de los poderes públicos tendente a hacerlos efectivos, evitando desigualdades que conduzcan a crear o mantener zonas de exclusión.*

*No estamos, en consecuencia, en respuesta a la cuestión de interés casacional, ante una decisión discrecional, por cuya virtud el Ayuntamiento pueda elegir entre diversas opciones igualmente válidas, sino que nos encontramos ante el examen del cumplimiento del supuesto de hecho previsto en la norma, con la consiguiente descripción de sus exclusiones, a cuya concurrencia se anuda la consecuencia jurídica de la concreta localización de la reserva de aparcamiento. Se emplean, por tanto, conceptos jurídicos indeterminados que han de ser interpretados, junto al interés general que resulta consustancial en cualquier decisión administrativa, en el caso concreto, atendidas las circunstancias que hemos señalado en esta sentencia».*

#### **1.4 Expropiación forzosa por un ayuntamiento del bajo de un edificio de viviendas, en beneficio de la comunidad de propietarios, para poder instalar un ascensor**

La sentencia del TSJG de 7 de julio de 2023 (rec. 7087/2023, ponente: Fernández López) analiza los requisitos formales y sustantivos necesarios para que un ayuntamiento

pueda expropiar, en beneficio de la comunidad de propietarios de un edificio de viviendas, los elementos necesarios para poder instalar un ascensor por su interior.

La sentencia comienza desgranando los presupuestos normativos de esta peculiar expropiación:

*«(...) al no poder iniciar las obras para instalar el ascensor que se pactó en el seno de la comunidad de propietarios, se dirigió ésta a la corporación municipal para que expropiara la porción del bajo (...).*

*Tal posibilidad se recogió en el artículo 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que facultaba a la administración competente para ordenar, en la forma, los términos y plazos que establezca la legislación aplicable, la realización de las obras necesarias, en especial las recogidas en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, imposición que comportaría la declaración de la utilidad pública o, en su caso, el interés social, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su ejecución. Aquél precepto fue derogado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que lo reemplazó por su artículo 14, sobre los derechos de realojamiento y retorno, para pasar finalmente por regularse en el artículo 59 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que faculta a los ayuntamientos a utilizar la ejecución forzosa y la vía de apremio para exigir el cumplimiento de sus deberes a los propietarios, individuales o asociados, que no hubieren cumplido sus obligaciones, actuación que también podrán ejercer a solicitud de la asociación contra los propietarios que incumplieren los compromisos contraídos con ella.*

*El primero de los tres preceptos citados ya fue desarrollado por el artículo 99 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, que dispone en su apartado 1 que “para la administración municipal competente será causa de expropiación forzosa por razón de interés social que en un edificio en régimen de propiedad horizontal no se realicen, tras los oportunos requerimientos, las obras necesarias o las instalaciones precisas para el cumplimiento de la normativa en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas”; en este supuesto –prosigue su apartado 2– “la expropiación afectará únicamente a aquellos elementos privativos o comunes necesarios para realización de dichas actuaciones, y podrán ser beneficiarias de la misma las propias comunidades de propietarios”; finalmente, establece su apartado 3 que “en todo caso, la persona beneficiaria deberá justificar la necesidad de llevar a cabo las obras de adecuación con un informe técnico y una memoria en los que se contenga la información precisa sobre la obra que se va a ejecutar, así como la acreditación de la imposibilidad de acudir a otras alternativas que resulten menos gravosas al derecho a la propiedad”.*

*Así pues, si –como es el caso– la “Comunidad de propietarios del edificio situado en el número XXX de la calle YYYY, de Noia, acordó instalar un ascensor en el bajo,*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*tal decisión tenía que cumplirse en sus propios términos, si bien dejando a salvo la posibilidad de que los afectados pudieran acudir a la jurisdicción civil para dirimir sus controversias, ya fuera porque no se cumplió el régimen de mayorías, ya porque no fuera obligatoria la instalación del ascensor, ya por discrepar de su ubicación, ya por disconformidad con la indemnización, o ya por otras cuestiones”.*

*No obstante, hay un supuesto en el que el legislador ha acordado que sean las administraciones públicas, y no la jurisdicción civil, las que deban intervenir, que es en el caso singular a que se refiere el artículo 99 de la LVG, que requiere, por parte de la beneficiaria, que justifique la necesidad de ejecutar las obras de accesibilidad en el edificio en régimen de propiedad horizontal, así como que acredite que tal ejecución ha sido imposible, pese a haber realizado los oportunos requerimientos; verificados por la entidad local esos extremos, tiene lugar la causa expropiandi a que se refiere el artículo 1 de la Ley de expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954, en este caso por razón de interés social en beneficio de la comunidad de propietarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.3 y 9 de la LEF y 99.1 de la LVG».*

Y concluye finalmente que en este caso en concreto el ayuntamiento no cumplió los presupuestos formales mínimos necesarios para poder culminar la expropiación:

*«No comparte esta sala tales decisiones, y ello por estos cinco motivos: el primero, porque en ninguna de las tres actas de los acuerdos adoptados el 23.01.19, el 16.10.19 y el 28.07.20 se concretó fecha alguna para que la propietaria del bajo pusiera a disposición la porción necesaria para iniciar y culminar las obras, por lo que no se pudo dar por cierto que aquella se había negado a la instalación del ascensor, como se afirmó en la resolución de 27.12.21; el segundo, porque si bien en la última de las actas citadas se acordó requerir a esa propietaria que comunicara el día de inicio de los trabajos en su local, tan solo consta en el expediente la remisión de un burofax en ese sentido el 20.08.20, pero no su recepción por la destinataria, ni tampoco consta que la entidad local hubiera requerido la subsanación de tal omisión antes de dar por cierta la negativa que propició su intervención forzosa; el tercero, porque se prescindió del requisito previo para iniciar el procedimiento expropiatorio, que era la indispensable previa declaración del interés social a que se refiere el artículo 9 de la LEF; el cuarto, porque, con independencia de lo que pudiera resultar en la demanda civil sobre la indemnización, el requerimiento de intervención de la entidad local exigía tramitar el procedimiento expropiatorio por su cauce, lo que ésta ignoró al dar por buena la resolución de 27.12.21 el valor expropiatorio que fijó una de las partes sin seguir los pasos para determinarlo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de la LEF; y, finalmente, y en línea con lo que se acaba de indicar, porque esa resolución no podía acordar la ocupación del local sin que antes se hubiera abonado el justiprecio fijado legalmente, (artículo 51 de la LEF), salvo que se hubiera declarado la urgente ocupación conforme lo dispuesto en el artículo 52 de esa misma ley, que es lo que solicitó la beneficiaria y a lo que no se dio respuesta».*

## 1.5 En las pruebas de acceso a la función pública en las administraciones locales debe utilizarse con carácter general y preferente el sistema de oposición, sobre el de concurso-oposición

El TS, en su sentencia de 18 de julio de 2023 (rec. 4284/2021, ponente: Requero Ibáñez), confirma la anulación del procedimiento selectivo utilizado por un ayuntamiento gallego para la cobertura, por el sistema de acceso libre, de una plaza de auxiliar administrativo, al haberse realizado mediante “concurso-oposición”, en lugar de por “oposición”. Concluye declarando que:

*«(...) en el ámbito del régimen local se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real decreto 896/1991, como norma de desarrollo, conforme a la cual se da preferencia a la oposición. Tal preferencia es la que la Administración del Estado establece para seleccionar a su propio funcionariado: en desarrollo de la Ley 30/1984, el artículo 4, segundo inciso, del Reglamento de Ingreso aprobado por Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, fija la oposición como sistema selectivo prioritario.*

*5. En consecuencia y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que se mantiene la vigencia del artículo 2 del Real decreto 896/1991 como norma especial aplicable a la selección de los funcionarios de carrera de la Administración Local, por lo que el sistema de oposición es el general y el concurso-oposición será el aplicable cuando así se justifique por ser más adecuado atendiendo a la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar».*

## 1.6 Procedimientos de consolidación de personal temporal en las administraciones locales: sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Titulación exigible al puesto de “coordinador deportivo”

La sentencia del TSJG de 14 de noviembre de 2023 (rec. 476/2022, ponente: Sánchez Romero) desestima el recurso interpuesto frente a las bases de un procedimiento selectivo convocado por la Diputación Provincial de Ourense para la consolidación de personal temporal.

Considera, en primer lugar, que:

*«De las normas transcritas no se deriva en modo alguno que en el proceso de consolidación hayan de incluirse normas que impliquen ventajas para quien viniese ocupando de forma interina la plaza ofertada, sino que, por el contrario, se recuerda la vigencia en tal proceso de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y se ponen límites a la hora de valorar determinados méritos, como la indicación de que en tal valoración rija el principio de proporcionalidad de forma que la puntuación que pueda darse no determine en ningún caso el resultado del proceso selectivo.*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*Cuestión distinta es que, en efecto, exista una jurisprudencia desarrollada en la materia que señala que no es contrario a derecho introducir en esos procesos elementos o criterios a valorar que vengan a otorgar en la práctica ventaja a quien viniese ocupando la plaza en interinidad, como es el propio hecho de valorar en mayor medida el tiempo de servicio prestado en la concreta plaza que en otra análoga en otra Administración, siempre que para ello pueda haber justificación y se respeten los límites legales ya citados, pero sin que introducir tales criterios diferenciadores sea obligatorio para la Administración convocante quien, dentro de su potestad de autoorganización, podrá considerar los méritos y puntuaciones que estime más adecuados para obtener la mejor cobertura de la plaza (...).*

En segundo lugar concluye, con profusa fundamentación, que el desempeño de las funciones de “coordinador de deportes” no requiere ostentar la titulación de “Licenciado en Ciencias de la Educación Física y el Deporte”.

## 2 Contratos públicos

### 2.1 Posibilidad de participación en la licitación de entidades financiadas mayoritariamente con fondos públicos

El TS, en su sentencia de 2 de octubre de 2023 (rec. 787/2023, ponente: Córdoba Castroverde), confirma en casación la validez de la adjudicación por la Xunta de Galicia al Institut Cartografic i Geologic de Catalunya, por procedimiento abierto, del contrato de servicio de obtención de imágenes aéreas para la posterior elaboración de la cartografía de los planes básicos municipales. La sentencia, profusamente motivada, alcanza esta conclusión:

*«En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80 % de sus recursos, coloca al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública, en comparación con la de otros operadores económicos privados., ha de afirmarse lo siguiente.*

*i) las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, concurriendo con otras entidades privadas sin que ello lesione, en principio, la libre competencia.*

*ii) únicamente resulta posible excluir una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que realizase una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.*

iii) el hecho de que dicha entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el “mercado privado” y sus restantes actividades es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia».

## 2.2 Reequilibrio concesional por las pérdidas derivadas de las restricciones impuestas durante la pandemia de COVID-19. Constitucionalidad del artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020, de 7 de julio

La sentencia del TS de 18 de julio de 2023 (rec. 159/2022, ponente: Córdoba Castroverde) confirma la desestimación por el Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio concesional formulada por una entidad mercantil por la pérdida de ingresos en la autopista de peaje “Santiago de Compostela-Ourense”, de la que es concesionaria, por el periodo comprendido entre el 13 de marzo y el 15 de julio de 2020.

La sala analiza con profusión el régimen de las “Condiciones de reequilibrio económico de los contratos de concesión para paliar las consecuencias del COVID-19” establecidas en el Real decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, concluyendo su constitucionalidad, con esta motivación:

«(...) La entidad recurrente considera que se ha producido una expropiación legislativa porque el art. 25 del Real decreto-ley 26/2020 suprime los derechos que el art. 34.4 del Real decreto Ley 8/2020 otorgaba a la sociedad concesionaria, a saber: a) La exigencia del requisito del margen bruto de explotación negativo excluye automáticamente el derecho al reequilibrio económico del contrato; b) Al establecer que la única vía posible para proceder al reequilibrio es la ampliación del plazo de duración de la concesión, se priva del derecho al reequilibrio vía “modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato” que establece el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 y de cualquier derecho al reequilibrio, en el caso de los titulares de contratos de concesión a lo que ya se les ha ampliado el plazo hasta el máximo permitido legalmente (como ocurre en el caso de la Sociedad); c) Las distintas normas de contratación aprobadas en las últimas décadas han concedido un derecho a los titulares de contratos de concesión al reequilibrio económico del contrato ante la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor, como la crisis de la COVID-19. (...).

El adecuado análisis de estas normas exige partir de que tanto el Real decreto-ley 8/2020 como el Real decreto-ley 26/2020 son leyes singulares y especiales que se dictan ante una situación extraordinaria de pandemia y que tratan de paliar las consecuencias negativas que ésta y las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas para combatirla tuvieron sobre una parte del tejido productivo y su incidencia en los contratos públicos existentes. Este escenario

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*excepcional requiere la adopción de previsiones adecuadas y proporcionales para hacer frente a esta situación que además tiene una vigencia temporal limitada de unos tres meses (desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020). (...).*

*Este Tribunal, desde la perspectiva que nos ocupa, no aprecia que el artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020 haya “despojado” al concesionario de ningún derecho “consolidado” reconocido el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020, por las razones que pasamos a exponer: (...)*

*El art. 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 ya estableció que los mecanismos de compensación sobre los contratos públicos estaban vinculados a la suspensión de estos contratos o a la imposibilidad de prestación o ejecución del mismo, excluyendo en muchos de sus apartados las previsiones de la Ley de Contratos del Sector público referidas a las indemnizaciones por fuerza mayor. (...) Pero dicha norma establecía que para poder reconocer el derecho a la compensación era necesario apreciar “la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita”, lo cual planteaba problemas interpretativos y de aplicación dado que las autopistas de peaje debieron permanecer abiertas a la circulación sin que llegara a interrumpirse ni la ejecución del contrato ni la prestación del servicio. Fue el artículo 25 del Real decreto-ley 26/2020 el que se encarga de aclarar y especificar cuando no se aprecia esa imposibilidad de ejecución del contrato –cuando “el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo”, entendiendo por margen bruto de explotación la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones por las actividades de explotación de la concesión–. La compensación por esta circunstancia excepcional trataba de evitar que no se pudiera prestar el servicio por lo que la norma tan solo tuvo en consideración que los ingresos cubriesen, al menos, los costes necesarios para prestarlo (personal, mantenimiento, etc. ...).*

*Como acertadamente señala el Abogado del Estado no se puede confundir la “imposibilidad” con la dificultad de ejecutar un contrato, máxime en este tipo de contratos en los que la duración de la concesión se prolonga durante años y el periodo tomado en consideración queda reducido a unos pocos meses, pues el equilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación. (...).*

*La sociedad recurrente entiende, sin embargo, que se le priva de las expectativas de obtener una compensación superior, reconocida en el art. 34 del Real decreto-ley 8/2020, que incluiría todos los gastos que la concesionaria debería asumir, incluyendo los gastos financieros y de amortización. Tampoco esta afirmación puede ser compartida, pues lo cierto es que el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 establecía que la compensación incluiría “la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales*

*salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”. De modo que tampoco el art. 34.4 se refería, como pretende la entidad recurrente, a la inclusión de todos los costes soportados por la entidad sino tan solo sino al “incremento” de los soportados respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato antes de la pandemia, lo cual no es lo mismo. (...).*

*En tercer lugar, la recurrente sostiene que el art. 25 del Real decreto-ley 26/2020 al establecer como la única vía posible para proceder al reequilibrio la ampliación del plazo de duración de la concesión, le priva del derecho al reequilibrio vía “modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato” que establecía en el artículo 34.4 del Real decreto-ley 8/2020 y de cualquier derecho al reequilibrio, en el caso de los titulares de contratos de concesión a lo que ya se les ha ampliado el plazo hasta el máximo permitido legalmente, como ocurre en el caso de la sociedad recurrente.*

*Tampoco esta consideración nos hace albergar dudas sobre la inconstitucionalidad de este precepto porque el hecho de que una ley posterior altere las modalidades por las que se puede hacer efectiva una compensación económica no implica una expropiación sino una mera regulación de los mecanismos de compensación legalmente previstos. Y el hecho de que se fije como única posibilidad la ampliación del plazo de duración de la concesión tampoco le priva de compensación a las sociedades que hubiesen alcanzado el plazo máximo permitido, pues ha de entenderse que esta modificación legal posterior amplía el plazo hasta entonces previsto en los términos regulados en dicha norma».*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 3 Educación y universidades

### 3.1 Obligación de la Administración educativa de prestar auxilio y apoyo al alumnado afectado por dificultades de aprendizaje (TDAH)

La sentencia del TSJG de 29 de noviembre de 2023 (rec. 589/2022, ponente: Fernández Barrio) concluye declarando el incumplimiento por un centro público de enseñanza primaria de su obligación de aplicarle a un alumno determinado «las adecuadas medidas de refuerzo y apoyo estipuladas en el Protocolo de Consenso sobre TDAH [Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad] en la infancia y en la adolescencia en los ámbitos educativo y sanitario». Protocolo «elaborado por un grupo de trabajo compuesto por especialistas de diversas áreas de la Administración, bajo la coordinación de la Dirección Xeral de Asistencia Sanitaria, Subdirección Xeral de Planificación e Programación Asistencial, Dirección Xeral de Educación, Formación

Profesional e Innovación Educativa y Subdirección Xeral de Ordenación e Innovación Educativa e Formación do Profesorado». De libre acceso en: <https://www.edu.xunta.gal/portal/node/13546#:~:text=Conscientes%20desa%20situaci%C3%B3n%20e%20da%20necesidade%20dunha%20coordinaci%C3%B3n,vida%20de%20moitas%20nenas%2C%20nenos%20e%20persoas%20adolescentes>.

Tras analizar el régimen jurídico aplicable, alcanza las siguientes conclusiones:

*«(...) no es descabellado plantear que se hacía necesario, al menos preliminarmente, implementar medidas de apoyo educativo, sin perjuicio de derivar el examen de la situación personal del menor a los especialistas que pudieran ofrecer un diagnóstico concreto y certero, a partir del cual ahondar en ese soporte en el aula.*

*De lo que no cabe duda es de que, en enero, recién comenzado el segundo trimestre, se contaba con el informe preliminar del Dr. XXX, en el cual se recomienda, en todo caso, que se adopten medidas de refuerzo y acomodación propias a las necesidades educativas de apoyo específico.*

*Por parte del centro se asignaron al menor 2 horas de Pedagogía (PT) y 1 hora de Audición y Lenguaje (AL), únicas medidas que se mantuvieron durante todo el curso escolar. Medidas de atención, que, como se razona en la sentencia recurrida, no fueron todo lo deseablemente completas que podría exigirse, o a las que podría aspirar el alumno en términos teóricos. (...) Se desconoce cuál habría sido el resultado de la implementación tempestiva de esas medidas de apoyo, siquiera a partir del mes de enero, pero lo que se considera relevante es que no se pusieron los medios precisos para mejorar el rendimiento académico del niño, derivando en una repetición de curso que, ante esa omisión, resultó inevitable.*

*Es un hecho incontrovertido que en el centro escolar se conocía la dificultad en el aprendizaje que presentaba el alumno, aunque hasta el mes de enero no se le adjudicase un diagnóstico que, aun preliminar, resultaba suficientemente expresivo: TDAH.*

*A partir de ese conocimiento, recae sobre la Administración educativa la carga de acreditar que se activaron los mecanismos previstos en el Protocolo más arriba descrito en aras a potenciar las capacidades del menor, a mejorar su rendimiento académico y a lograr su integración en el aula. Porque, como expone el art. 72.2 de la LO 2/2006, corresponde a las Administraciones educativas dotar a los centros de los recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado.*

*No en vano, el art. 71.3 de la LO 2/2006 indica que la atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión.*

*Esa demostración no puede cabalmente reputarse satisfecha con la asignación de 2 horas de Pedagogía (PT) y 1 hora de Audición y Lenguaje (AL), cuando ni siquiera consta que se elaborase la evaluación psicopedagógica prevista en el punto 5.3.1.*

*Tampoco está probado que se dispusieran a favor de un alumno que requería una atención educativa diferente a la ordinaria los medios y recursos necesarios para que alcanzase el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional (art. 71 de la LO 2/2006); ni que se realizasen adaptaciones del currículo (arts. 3.8 y 20.5 del mismo texto). (...)».*

### 3.2 Obligación del personal docente de redactar con carácter general en lengua gallega cualquier escrito relativo a su desempeño profesional

La sentencia del TS de 20 de noviembre de 2023 (rec. 7406/2021, ponente: Lucas Murillo de la Cueva) confirma la desestimación del recurso interpuesto por un profesor de un centro educativo público frente a la imposición por la Xunta de Galicia de la obligación de que todos los escritos que redacte en el ejercicio de su función se expresen en lengua gallega:

*«(...) Estamos, en efecto, ante el desempeño de su cometido por un funcionario con capacidad para desenvolverse en las dos lenguas y que pretende imponer su criterio sobre el de la Administración, la cual a partir de las previsiones de la Ley gallega 3/1983 quiere contribuir a la normalización del uso del gallego con las pautas sentadas por el artículo 3 del Decreto 79/2010. (...). El objetivo de normalizar el uso de las lenguas españolas distintas del castellano es plenamente conforme con la Constitución y así lo han declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y esta Sala. Así, en nuestra sentencia n. 1642/2020, de 1 de diciembre (casación n. 1968/2019), lo hicimos por última vez.*

*También sucede que el auto de 4 de diciembre de 2008 inadmitió el recurso de casación n. 685/2008 interpuesto por la Asociación Gallega por la Libertad del Idioma, precisamente, contra la sentencia de la Sala de La Coruña de 21 de noviembre de 2007 (recurso 3/2007), la cual así ganó firmeza. La recurrente consideraba contrarios al ordenamiento jurídico, además del artículo 12, el artículo 2 del Decreto 124/2007, de 8 de junio, por el que se regula el uso y la promoción del gallego en el sistema educativo, cuyo contenido es sustancialmente el mismo que el del artículo 3 del Decreto 79/2010. Y la sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 2015 (casación n. 598/2013) ha confirmado la legalidad de esta disposición, si bien eran otros los preceptos discutidos y ha dicho que el equilibrio que establece en el uso en la enseñanza del gallego y del castellano es conforme al ordenamiento jurídico.*

*No tiene razón la Letrada de la Junta de Galicia al sostener que, habiéndose juzgado con anterioridad por la Sala de La Coruña la conformidad a Derecho del artículo*

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*3 del Decreto 79/2010, ya no cabe enjuiciarlo. No es así, pero el Sr. XX no nos ha ofrecido argumentos que justifiquen llegar ahora a una solución contraria a la adoptada en su día por aquélla. En definitiva, en las singulares circunstancias concurrentes que hemos señalado antes, la sentencia de la Sala de La Coruña no es disconforme con el ordenamiento jurídico. (...) en el supuesto de autos, no se ha quebrado el principio de cooficialidad previsto en los artículos 3 de la Constitución y 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia».*

### **3.3 Anulación directa de matrícula por incorrección de los datos registrados en la aplicación Nerta por aspirante de acceso al sistema universitario de Galicia. No es necesario tramitar un expediente de revisión de oficio**

El TSJG, en su sentencia de 4 de octubre de 2023 (rec. 280/2023, ponente: Bolaño Piñeiro), clarifica el procedimiento a seguir cuando una universidad gallega detecta que ha aceptado incorrectamente la matrícula de un alumno procedente de fuera de Galicia, por haber inscrito en la aplicación “Nerta” datos inveraces o erróneos. Concluye que se puede efectuar la revocación de la matrícula directamente, con un mero trámite de audiencia previo, sin necesidad de incoar un procedimiento de revisión de oficio:

*«(...) De las notas que realmente tiene el recurrente, se constata claramente que no alcanza la puntuación necesaria para el grado de enfermería en Lugo. El recurrente tiene la obligación de conocer sus notas, y de introducirlas correctamente en el sistema.*

*No se afirma en la Sentencia apelada que se hayan falseado las notas, sino que existe una clara discrepancia entre lo que consta en la aplicación NERTA, y las notas que tiene el recurrente. Pero la realidad es que el recurrente no alcanza la nota de corte.*

*No debe olvidarse que el acceso a las Universidades es un procedimiento competitivo en el que únicamente pueden acceder los alumnos que alcanzan las notas de corte, y que el acceso se realiza por estricto orden de puntuación. El apelante no cuestiona que no tenga la nota mínima para el acceso al grado de enfermería en Lugo, y la realidad es que no tiene la nota exigida.*

*No puede compartirse tampoco la alegación del recurrente respecto a que se trataba de un acto definitivo, que solamente puede modificarse por vía de revisión.*

*De la normativa aplicable expuesta detalladamente en la resolución recurrida, se constata que cabe legalmente la revocación de la matrícula bien de oficio, como ocurrió en el presente caso, bien a petición de parte.*

*No es un acto definitivo, hasta que se comprueba la veracidad de los datos grabados por el interesado. No debe olvidarse que se trata de una declaración responsable. Por ello la actuación de la Administración no incurre en causa de nulidad.*

*En cuanto a la reclamación por daños y perjuicios, debe señalarse que es la propia conducta del recurrente, el cual tiene obligación de grabar correctamente sus datos y de conocer la nota de corte de la carrera seleccionada, la que causó sus desplazamientos.*

*Por ello no existiendo un acto nulo no puede entenderse que se hayan generado perjuicios al recurrente.*

*En cualquier caso, no se han acreditado los perjuicios reclamados, ni los morales, ni tampoco el abono del sueldo de un año como enfermero».*

### **3.4 Anulación de procedimiento selectivo en universidad pública por incumplimiento de la tasa de reposición establecida en la Ley de presupuestos generales del Estado. Cese obligado de quienes superaron la oposición, al no haber transcurrido más de dos años desde su nombramiento**

La sentencia del TSJG de 29 de noviembre de 2023 (rec. 444/2022, ponente: Fernández Barrio) estima el recurso interpuesto por la Administración del Estado frente a la resolución de la Universidad de Santiago de Compostela, de octubre de 2019, de convocatoria de pruebas selectivas de acceso a la escala técnica superior de la Administración, subgrupo A1 (DOG 14/10/2019).

Concluye, en primer lugar, que no es admisible que en un procedimiento selectivo de personal las plazas reservadas a promoción interna que queden vacantes acrezcan a las de libre acceso, cuando con ello se vulnere la tasa de reposición impuesta en la Ley de presupuestos generales del Estado:

*«(...) Es sabido que la tasa de reposición de efectivos es una ratio que determina el número de funcionarios de nuevo ingreso que pueden incorporarse a una administración pública, en función de las bajas que se hayan producido en el año inmediatamente anterior, cuantificando las jubilaciones, retiros, fallecimientos, renuncias, declaraciones en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdidas de la condición de funcionario de carrera, extinciones de contratos de trabajo o cualquier otra situación administrativa que no conlleve reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la administración en la que se cesa.*

*La Administración, en todo caso, no está obligada a incluir en la OEP la totalidad de las plazas que quedaron vacantes en el anterior ejercicio, sino aquellas que, figurando en el Cuadro de Personal y contando con dotación presupuestaria, se conceptúen*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*como más necesarias para el funcionamiento adecuado de los servicios públicos, respetando siempre el límite establecido por la tasa de reposición de efectivos.*

*No cabe confundir el cómputo de las vacantes a efectos del cálculo de la tasa de reposición con la oferta efectiva de las plazas en un ejercicio.*

*Como tuvo oportunidad de exteriorizar esta Sala en la sentencia de 27.2.2023, hay que tener en cuenta que la tasa de reposición de efectivos es una institución jurídica de carácter excepcional y temporal en materia de empleo público, normalmente condicionada por restricciones presupuestarias que emanan de la Ley de presupuestos generales del Estado y que tiene como finalidad evitar el continuo incremento de efectivos en las Administraciones Públicas. Como consecuencia de ello, la Administración tiene la obligación de respetar la legislación presupuestaria básica del Estado aprobada al amparo de los artículos 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución española, como nuevo límite en la aprobación de la oferta de empleo público y en la selección de personal de nuevo ingreso.*

*La aplicación de lo decidido en la sentencia apelada ha propiciado un incumplimiento de la normativa básica, porque ha otorgado carta de naturaleza a que se rebasase la tasa de reposición de efectivos establecida legalmente, ya que en el cálculo no computan las plazas de promoción interna, y, por el contrario, sí cuentan en el turno libre, de modo que si se acumulan al turno libre –como así ha acontecido– las plazas desiertas en el turno de promoción interna, el resultado es que ha superado el número de efectivos de nuevo ingreso que se podían incorporarse a la función pública, que es precisamente el objetivo que se persigue con el establecimiento de aquella tasa de reposición de efectivos.*

*Piénsese que la promoción interna vertical consiste en el acceso a un grupo o subgrupo superior por parte de personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas del subgrupo o grupo inmediatamente inferior (artículo 80.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia), de modo que quien accede de ese modo ocupa una plaza del grupo superior pero deja libre la plaza que ocupaba en el grupo inferior, y sin embargo en el turno libre quien supera el proceso selectivo genera un nuevo ingreso en el empleo público con la consiguiente repercusión presupuestaria.*

*Es decir, personal de nuevo ingreso es el derivado del turno libre, no el procedente de promoción interna, que es la razón de que no compute este último en la tasa de reposición.*

*En definitiva, si se permite la acumulación al turno libre de las plazas desiertas del turno de promoción interna se hace factible el incumplimiento de la tasa de reposición (así, si se incluyen en la OEP plazas reservadas para promoción interna a sabiendas de que no se van a cubrir y posteriormente se acumulan a las del turno libre se produce un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a*

él: artículo 6.4 del Código Civil y Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2016 y 2017).

*En cada una de las OEP ya se tienen en cuenta las limitaciones presupuestarias, pero para aplicarlas en cada convocatoria ya hemos visto que ha de impedirse que acrezcan a un turno (el libre), que computa para la tasa de reposición, las desiertas en otro turno (el de promoción interna) que no computa para dicha tasa, porque si no se hace así no se consigue el objetivo de las Leyes de Presupuestos de impedir el mayor gasto público derivado de la incorporación al empleo público de personal de nuevo ingreso en cantidad mayor al máximo establecido (...).*»

En segundo lugar considera que no le resulta aplicable a los cuatro candidatos que superaron el proceso selectivo por las plazas “acrecidas” la jurisprudencia sobre “conservación” de nombramientos en oposiciones anuladas judicialmente:

*«Analizando las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo acerca de la aplicación de ese principio, comprobamos que ninguna de ellas se refiere a un supuesto como el aquí analizado, en el que se ha conculcado la normativa estatal atinente a la estabilidad presupuestaria; y además en ellas se tomaba en consideración el largo tiempo transcurrido desde el nombramiento como funcionarios y la sentencia dictada. (...) Nuestro caso es distinto: se anula una de las bases de la convocatoria, de modo que ninguna de las cuatro plazas obtenidas por los codemandados tendría que haberse ofrecido, dado que eran fruto de un acrecimiento ilícito; se ha quebrantado la legislación presupuestaria nacional; solo han transcurrido dos años desde el ingreso de los codemandados en la Universidad».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 4 Extranjería

### 4.1 Sanción de expulsión por permanencia irregular en España, con la agravante de indocumentación

El TS, en su sentencia de 29 de noviembre de 2023 (rec. 7090/2020, ponente: Huet de Sande), referida a Galicia, repasa el último cambio jurisprudencial sobre la diatriba entre expulsión o multa suscitada respecto de la sanción imponible por la infracción administrativa cometida por inmigrantes por su permanencia irregular en España. Concluye que, si no concurren circunstancias agravantes, solo se debe imponer, en un primer momento, la sanción de multa pecuniaria. Pero también que, de acreditarse agravantes, procede la expulsión directa. Respecto de la agravante consistente en “hallarse indocumentado”, efectúa las siguientes consideraciones de interés:

*«(...) la STS 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022, ha precisado que: “la falta de documentación como circunstancia agravante ha de ponerse en relación con las dificultades para la correcta identificación del interesado, que impidan*

*conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiendo la tramitación del procedimiento [...] [C]omo hemos razonado en la sentencia de 27 de abril de 2022 (rec. 2958/21), si bien la falta de una inicial presentación de documentación e identificación del interesado puede justificar la aplicación del procedimiento preferente, si con posterioridad se aporta y acredita la existencia de tal documentación desaparece como tal causa de agravación a efectos de la adopción de la decisión de expulsión”.*

*Se añade a la situación de carecer de documentación, la circunstancia de ignorar por esa ausencia no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de diciembre de 2007; 14 de junio de 2007; y de 5 de junio de 2007). En relación con esta circunstancia, lo cierto es que la jurisprudencia también apreció como agravante únicamente la de ignorarse cuándo y por donde se efectuó la entrada en España, STS de 28 de febrero de 2007, recurso 10263/2003, ratificando este criterio la más reciente STS de 12 de enero de 2022, recurso 7746/2020, –FD 3.º párrafo penúltimo–. (...).*

*Este hecho, estar indocumentado, ha sido calificado por nuestra jurisprudencia como circunstancia de agravación que justifica la imposición de la sanción de expulsión. Ya hicimos referencia a esta cuestión anteriormente.*

*Y esta circunstancia de la indocumentación del recurrente, constatada en la resolución impugnada, no ha sido posteriormente subsanada, como se alega, siendo a este respecto contundentes las objeciones que se reflejan en la sentencia del Juzgado sobre la defectuosa acreditación de la identidad del recurrente, así como de su relación de parentesco con quien afirma ser su tío, a la vista de la insuficiente y confusa documentación aportada por éste sobre tales extremos en vía administrativa y judicial (no aporta pasaporte, no presenta la tarjeta de identidad senegalesa en el acto del juicio, la documentación sobre la identidad de la madre, con la finalidad de acreditar el parentesco con su tío residente legal, es deficiente, etc.). (...) Constatada la existencia de una circunstancia de agravación, la indocumentación del recurrente, y no concurriendo otras circunstancias relevantes, al no poder tenerse por acreditado arraigo en España, la decisión adoptada, tanto por el Juzgado como por la Sala de Galicia, de confirmar la resolución administrativa de expulsión debe ser asimismo confirmada, con desestimación del recurso de casación interpuesto».*

## **4.2 Posibilidad de plantear simultáneamente una solicitud de protección internacional (asilo) con otra de autorización de residencia por arraigo laboral**

Así lo concluye el TSJG, entre otras, en su sentencia de 18 de octubre de 2023 (rec. 180/2023, ponente: Bolaño Piñeiro), insistiendo en que:

«(...) Aun cuando existen pronunciamientos judiciales contrarios, esta Sala considera que aunque haya de calificarse como regular la situación del demandante, con estatuto de solicitante de protección internacional, ello no implica un derecho de permanencia estable y análogo al que otorga una autorización de residencia, como pudiera ser la pretendida, siendo lógico que el extranjero en la situación de pendencia sobre su solicitud de protección internacional tenga interés en regularizar de forma estable su situación, lo cual no puede serle vetado si alcanza realmente un arraigo en el país entretanto, como puede ser el arraigo laboral referido, y más si se considera que la situación de pendencia viene derivada de la demora de la propia Administración al resolver sobre la situación inicialmente interesada de protección internacional».

## 5 Medio ambiente y urbanismo

### 5.1 Parques eólicos. Requisitos del trámite de información pública del proyecto de obras y de su estudio ambiental

El TSJG, en una serie continuada de sentencias (relacionadas en números anteriores de esta revista), anuló diversas autorizaciones de la Xunta de Galicia otorgadas para la instalación o ampliación de parques eólicos. Entre otros motivos, al apreciar en la mayoría de los casos la concurrencia de tres defectos cumulativos:

En primer lugar, por la necesidad –a su entender– de que los informes preceptivos se recaben y obtengan antes del inicio del trámite de información pública del proyecto y estudio de evaluación ambiental (no subsanándose el defecto si se emiten después).

En segundo lugar, al considerar que la reducción de la fase de exposición pública del proyecto y estudio ambiental a solo 15 días, amparada en la disposición adicional 1ª.4 Ley 8/2009, de 22 de diciembre, reguladora del aprovechamiento eólico en Galicia (actuaciones declaradas de “interés especial”), vulnera el artículo 6.7 de la Directiva 2011/92, de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (modificada por la Directiva 2014/52), en el que –con efecto directo– se exige un plazo mínimo de 30 días.

En tercer lugar, por la indebida segregación en fraude de ley, como parques independientes de pequeña entidad aparente, de ámbitos mucho más amplios que realmente conforman una unidad, sometida a normativa ambiental más restrictiva.

El TS, en su sentencia de 21 de diciembre de 2023 (rec. 3303/2022, ponente: Huet de Sande), resuelve las dos primeras cuestiones controvertidas, en sentido discrepante con la sala de instancia. Estima así la casación, confirmando la autorización previa y de construcción del parque eólico de Corme G-3 (modificación sustancial por repotenciación), en el término municipal de Ponteceso.

Rechaza el argumento del TSJG sobre el momento en el que se deben solicitar e incorporar los informes preceptivos, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«La Directiva 2011/92/UE (...), y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, no imponen que, en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria de proyectos, antes de la información pública deba realizarse el trámite de consultas a las autoridades, sin que ello excluya que las particularidades que puedan concurrir reclame la puesta a disposición del público de alguna información que haya debido ser recabada previamente de las Administraciones afectadas por el proyecto, por demandarlo, en las circunstancias del caso, la efectividad de su participación; ello demandará el imprescindible esfuerzo argumental sobre la incidencia de la omisión de tal información en la efectividad del derecho a la participación del público en el procedimiento ambiental».

Y rebate también el criterio de la sala de instancia sobre la extensión mínima de la exposición pública del proyecto eólico con su estudio ambiental:

«porque los dos preceptos en los que sustenta la improcedencia de la reducción del plazo del trámite de información pública, el art. 36.1 LEA y el art. 6.7 de la Directiva, no resultan de aplicación al supuesto analizado.

El art. 36.1 de la LEA, establece, efectivamente, que “El promotor presentará el proyecto y el estudio de impacto ambiental ante el órgano sustantivo, que los someterá a información pública durante un plazo no inferior a treinta días hábiles[...]”, pero este precepto no tiene carácter básico en cuanto al plazo, de conformidad con su disposición final octava, apartado 2.b, por lo que sólo resulta de aplicación a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos, según en ella misma se indica.

Y el art. 6.7 de la Directiva 2011/92/UE, en la redacción dada por la Directiva 2014/52/UE, al disponer que “el plazo fijado para la consulta del público interesado sobre el informe de evaluación del impacto ambiental a que se refiere el artículo 5, apartado 1, no será inferior a 30 días”, se refiere al “público interesado” y no al “público”, conceptos diferentes, según se encarga de definir la propia Directiva en su art. 1.2, apartados d) y e), (en términos similares, el Convenio Aarhus, art. 2, apartados 4 y 5) (...). También en parecidos términos (no muy diferentes de los que utiliza la Ley 27/2006, art. 2, apartados 1 y 2) se pronuncia la LEA en su art. 5.1, apartados f) y g) (...).

La participación del “público” y la de las “personas interesadas” son dos formas de participación de la sociedad en la evaluación ambiental que no son exactamente coincidentes. La información pública es una modalidad de participación ciudadana en la que el público interviene sin necesidad de justificar la condición de interesado, como simple miembro de la comunidad, al ser el medio ambiente un bien de interés colectivo cuya protección a todos incumbe, no sólo a los poderes públicos. En cambio, la participación de las “personas interesadas” –en palabras de la LEA– o “público interesado” –en palabras de la Directiva– responde a la protección de un interés o círculo de intereses más específico que abarca a quienes se consideran interesados

*en el procedimiento administrativo y a las organizaciones ambientales, interés, individual o colectivo, que ha de justificarse».*

## **5.2 Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia. Inexigencia de la inclusión en él de medidas restrictivas de actividades económicas para proteger a las aves**

La sentencia del TS de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1334/2022, ponente: Lesmes Serrano) confirma la desestimación del recurso promovido por la Sociedade Galega de Ornitoloxía para o Estudo e Conservación das Aves Silvestres frente al Decreto 177/2018, de 27 de diciembre, aprobatorio del Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia (DOG 18/02/2019). Incide en que:

*«(...) El art. 20 de la vigente Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, en su apartado 6 contempla como contenido optativo de un Plan Rector de Uso y Gestión de un Parque Nacional las medidas de compatibilidad entre las actividades económicas tradicionales a desarrollar en el interior del espacio protegido objeto de planificación y las medidas de conservación de las especies y ecosistemas concernidos, pudiendo tal determinación realizarse en otros instrumentos normativos siempre que tengan una finalidad protectora de esas especies y ecosistemas, como singularmente acontece en nuestro caso con el Plan Director de la Red Natura 2000 de Galicia y sus instrumentos de desarrollo.*

*En definitiva, la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales puede incluir en el PRUG aquellas medidas por las que aboga la parte actora para la mejor protección de aquellas especies de aves que pudieran estar en peligro de extinción, pero no está obligada a hacerlo por nuestro ordenamiento jurídico máxime cuando dispone de otros instrumentos con los que puede cumplir con esa finalidad protectora aunque respetando siempre el marco regulatorio establecido en el PRUG».*

## **5.3 Revisión de plan general de ordenación municipal. Requisitos formales**

El TSJG, en su sentencia de 13 de noviembre de 2023 (rec. 4165/2021, ponente: Recio González), desestima un recurso interpuesto frente a la revisión del Plan general de ordenación municipal de Pontearreas aprobada definitivamente en septiembre de 2021, en su totalidad. Respecto del régimen transitorio aplicable a esta revisión estima que:

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*«(...) no puede considerarse que proceda la anulación del Plan porque se tramitara conforme a la LOUGA, atendida la circunstancia de que ya se había producido una primera aprobación provisional en la fecha de entrada en vigor de la LSG, habiéndose alcanzado el trámite previsto en el artículo 85.7 de la LOUGA, aunque con posterioridad fueran necesarias otras dos aprobaciones provisionales atendida la circunstancia de que por la Administración autonómica se impusieron ciertas correcciones que impidieron la aprobación definitiva; y por aplicación de la normativa transitoria, se garantiza que el plan no nace obsoleto (...)».*

Considera también, con extensa fundamentación, que no constituye vicio determinativo de la nulidad del plan la omisión durante su tramitación del informe en materia de suelos contaminados y sobre calidad del suelo exigido en el artículo 47 de la derogada Ley 10/2008, de residuos de Galicia, así como del informe de protección civil requerido en la disposición adicional 5ª de la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de emergencias de Galicia. Analiza la solvencia del informe de sostenibilidad ambiental, con especial referencia a las zonas inundables y a las incendiadas delimitadas en el plan básico autonómico. Examina las diferencias entre el estudio económico y la memoria de sostenibilidad económica del plan, concluyendo la suficiencia de ambos. También la innecesariedad de abrir un segundo trámite de información pública por los cambios operados entre la aprobación inicial y la última provisional, dado que:

*«(...) puede haber modificaciones por las alegaciones en el trámite de información pública, por los informes sectoriales o como consecuencia de que se impongan correcciones por la Administración autonómica para su aprobación definitiva; de forma que no responden a una decisión potestativa de cambio de criterio respecto del modelo escogido, y los cambios impuestos no conceden margen de discrecionalidad sino que son cambios impuestos por la legalidad, como resulta de los informes técnicos municipales. Y que de los cambios a que hace referencia la parte demandante, los que estaban incorporados a la versión aprobada provisionalmente por el Pleno de 07.10.2016, son los referentes a la reducción del suelo urbanizable no delimitado.*

*Así, y con relación al suelo de núcleo rural y alternativa elegida, entre la versión inicial y la definitiva hubo un cambio cuantitativo del 41 % de la superficie clasificada como suelo de núcleo rural, cuya explicación viene dada por el incumplimiento de parámetros reglados del artículo 13 de la LOUGA relativo a los criterios para la delimitación de la clase de suelo de núcleo rural, dando lugar al requerimiento por la Consellería para eliminar 8 bolsas de suelo por no responder a la definición de suelo de núcleo rural; el ajuste del perímetro a las huellas físicas de diez núcleos rurales y otros diez polinucleares; el reajuste del perímetro de los núcleos histórico tradicionales a la distancia máxima de 50 metros a las edificaciones tradicionales de unos 75 núcleos y otros 50 polinucleares; subsanar el incumplimiento de la consolidación mínima en 46 núcleos y otros 25 polinucleares; eliminación de la parcelas vacantes en el perímetro de los núcleos sin crecimiento de 34 núcleos y*

otros 17 polinucleares. Y todos ellos son cambios tasados, corregidos en el documento definitivo según las indicaciones dadas.

Ello da lugar a que se clasifique como suelo rústico, igualmente reglado y no discrecional.

Y además la Consellería indicó el incumplimiento vinculado al cálculo de la capacidad residencial del PGOM, atendida la disparidad entre las viviendas previstas y las computadas en la justificación de la capacidad residencial, considerando los coeficientes no justificados y rechazando los métodos utilizados para el cálculo».

#### 5.4 Proyecto de estación de suministro de carburantes vrs. competencia técnica universal de los arquitectos superiores

El TSJG clarifica esta cuestión en su sentencia de 29 de septiembre de 2023 (rec. 4040/2023, ponente: Díaz Casales), concluyendo que los proyectos de estaciones de servicio que incluyan usos comerciales, aunque sean suscritos por un titulado en arquitectura superior, necesitan del complemento de un ingeniero industrial, no bastando el ingeniero técnico industrial.

*«(...) En la sentencia recurrida el juzgador transcribe ampliamente la sentencia que dictamos el 27 de junio de 2022 (recaída en el recurso de apelación 4026/2022) y en la que confirmamos en criterio sentado por la St. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Pontevedra, señalando que los Ingenieros Técnicos Industriales no resultan competentes para redactar proyectos de instalación de gasolineras o estaciones de suministro de combustibles y en la que, a su vez, reiteramos lo mantenido en la St. de 3 de julio de 2020 (dictada en el recurso de apelación núm. 4023/2019). (...) una vez decretada la incompetencia de los INGENIEROS TÉCNICOS la admisión por parte de la interesada, de que el proyecto de edificio comercial fue redactado por una ARQUITECTA, y que el mismo fue complementado por lo que hace a la estación de suministro por el redactado por el INGENIERO TÉCNICO INDUSTRIAL, resulta determinante de la desestimación de los recursos de apelación, ya que si el proyecto de la Arquitecta debió ser complementado es porque resultaba insuficiente por sí mismo y, siendo así, solo podría ser completado por un profesional con la habilitación suficiente que, como advertimos en la sentencia transcrita por el juez de instancia –confirmada por el TS– un ingeniero técnico no lo es».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 6 Personal

### 6.1 Relación de puestos de trabajo. Las jefaturas de servicio de especial responsabilidad deben reservarse al subgrupo “A.1”, con exclusión del “A.2”

El TSJG, en su sentencia de 29 de noviembre de 2023 (rec. 469/2021, ponente: Seoane Pesqueira), anula en parte la relación de puestos de trabajo (RPT) de la Consellería de Sanidad y Sergas aprobada por el Consello de la Xunta de Galicia el 29 de julio de 2021 (DOG 18/08/2021) por no motivar debidamente la apertura al subgrupo “A.2” de determinadas jefaturas de servicio para las que hasta entonces se exigía titulación universitaria del subgrupo “A.1”.

La sentencia insiste, en primer lugar, en que en la modificación de una RPT «la potestad de autoorganización ha de respetar en todo caso los principios constitucionales de mérito y capacidad, que rigen en materia de función pública (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española), de modo que pueda seleccionarse a las personas más idóneas para desempeñar los puestos que se convoquen». Y sobre el supuesto concreto analizado concluye que:

*«Según el artículo 76 del EBEP, la inclusión en cada uno de los subgrupos A1 y A2 ha de realizarse en fusión de dos criterios cuales son el nivel de responsabilidad a desempeñar en el puesto de trabajo y las características de las pruebas de acceso. La justificación que se invoca hace referencia a algo puntual y no estructural, y además desvinculado del mérito y la capacidad, así como de la alteración de la responsabilidad del puesto, cual es la dificultad para cubrir las vacantes, ya que los destinatarios encuentran en el sistema asistencial puestos más atractivos, atendidas las condiciones de trabajo, lo cual se une al objetivo de enriquecer el desarrollo de las actividades en salud pública y aumentar el carácter multidisciplinar de los puestos. Se atiende, pues, a los principios de eficacia y eficiencia, pero se desconocen los básicos de mérito y capacidad, pues no se persigue la cobertura de las jefaturas de servicios con quienes ofrezcan mejores condiciones de idoneidad, sino de asegurar esa cobertura en todo caso. Tal como afirma la actora, se prescinde de las titulaciones universitarias de grado y se apela a una hipotética formación y experiencia profesional del eventual ocupante del puesto para suplir la carencia de titulación. Y ello sin que se hayan modificado previamente las funciones de dichos puestos, pues continúan siendo las mismas que cuando la exigencia era del grupo A1. (...).*

*Lleva razón el demandante cuando alega que las aperturas propuestas tienen como objetivo acomodar los puestos a quien se pretende que los ocupen más que adecuar los perfiles profesionales de los cuerpos y escalas que deben proveer estos puestos a las funciones y responsabilidades de los mismos, ya que en ningún momento se realizó un estudio previo de las funciones y responsabilidades concretas de los puestos.*

*Tampoco puede servir como motivo justificativo que la Administración considere que la Ley 17/1989, de 23 de octubre, de Creación de Escalas del Personal Sanitario al Servicio de la Comunidad Autónoma, tiene cada vez menos efectivos sin posibilidades de recambio, porque ello se habrá producido por falta de previsión, al no haber convocado los procesos selectivos necesarios. En todo caso, esa no puede ser una razón para forzar la cobertura con personal que no presente las condiciones de idoneidad exigibles.*

*Hay que pensar que si se permite a funcionarios con menor titulación el acceso a puestos para los que no demuestren idoneidad, no sólo se perjudicará a quienes poseen estudios superiores, sino que se orillará la exigencia de seleccionar a los funcionarios que acrediten mayores mérito y capacidad, ello sin perjuicio de las menores garantías de cara a la observancia de las exigencias de cumplimiento del interés público. (...).*

*Frente a los anteriores argumentos no cabe acoger la alegación, por la Letrada de la Xunta de Galicia, de la prevalencia del invocado principio de libertad con idoneidad, porque en el caso presente no se ha justificado que ostenten la idoneidad exigida quienes puedan acceder a las jefaturas de servicio como consecuencia de la apertura producida. De hecho, en la RPT de 2016 sólo se consideraba idóneos a quienes perteneciesen al subgrupo A1, y, sin que se acredite una modificación de funciones ni alteración del nivel de responsabilidad, se abre ahora la posibilidad al subgrupo A2, con una débil justificación derivada de las dificultades de cobertura por la inexistencia de candidatos, unido al objetivo, tampoco acreditado, de enriquecer el desarrollo de las actividades en salud pública y aumentar el carácter multidisciplinar de los puestos».*

## 6.2 Equiparación de retribuciones (complemento específico) de puestos que en la realidad desempeñan las mismas funciones

La sentencia del TSJG de 2 de noviembre de 2023 (rec. 307/2022, ponente: Seoane Pesqueira) estima el recurso promovido por varios funcionarios de la Xunta de Galicia que exigen la equiparación, al alza, de sus complementos específicos retributivos con los de otros puestos comparables que realizan –en la realidad– las mismas funciones, considerando que:

*«(...) tanto los trabajadores sociales del equipo de Pontevedra como los de Vigo realizan las mismas funciones, sin que se reseñe diferencia alguna entre los puestos desempeñados por unos y otros por razón de especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, que son los parámetros que, según el artículo 23.3 de la Ley 30/1984, y 137 de la Ley 2/2015, de 29 de abril,*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*del empleo público de Galicia, constituyen las condiciones particulares de los puestos de trabajo que determinan la fijación del complemento específico. Es decir, según el informe mencionado, los miembros de los órganos de valoración y asesoramiento de la discapacidad de los equipos de Vigo y Pontevedra desempeñan las mismas funciones recogidas en el artículo 7 de la Orden de 25/11/2015, y no consta diferencia alguna en las condiciones particulares de dichos puestos en contraste. Por ello, es lógico que el médico y psicólogo (que constituyen el otro personal de los EVO) tengan el mismo complemento específico, y sin embargo no se explica racionalmente la razón de la diferencia en el caso de los trabajadores sociales quienes, como hemos visto, desarrollan los mismos cometidos y no consta que los desempeñan en distintas condiciones, siendo así que sería carga de la prueba de la Administración, con arreglo al principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la demostración de esos distintos parámetros de especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad».*

### **6.3 Abuso de los nombramientos temporales en la sanidad pública gallega**

El TS, en su sentencia de 12 de julio de 2023 (rec. 641/2021, ponente: Pico Lorenzo), reafirma, respecto del Servicio Galego de Saúde –SERGAS–, su jurisprudencia consolidada, consistente en que:

*«(...) en un caso como el que enjuicamos, en que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud».*

Es decir, hasta que se cree la correspondiente plaza estructural y se provea en la forma legalmente establecida.

## 7 Proceso contencioso-administrativo

### 7.1 Requisitos formales del expediente administrativo que se debe remitir al juzgado o tribunal

El TS, en su interesante sentencia de 28 de noviembre de 2023, desestimatoria del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Granada contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2022 por el que se eligió a A Coruña como futura sede de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial –AESIA–, insiste en la obligación de las administraciones públicas de enviar sus expedientes al órgano judicial por vía electrónica, en formato digital y con un índice detallado que permita acceder de manera sencilla y ágil a cada uno de sus contenidos (rec. 78/2023, ponente: Pico Lorenzo, FD “cuarto”):

*«(...) Conviene recordar que el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos dice lo que se entiende por expediente administrativo, esto es un conjunto ordenado de documentos que sirven de antecedente a la resolución administrativa, o en el caso de impugnación de disposiciones generales, los antecedentes de aquellas.*

*El mismo precepto nos indica en su apartado segundo que tendrá formato electrónico con un índice de todos los documentos en línea con las previsiones de la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.*

*Añade que, cuando en virtud de una norma –en lo que a la jurisdicción contencioso-administrativa concierne el artículo 48 LJCA–, sea preciso remitir el expediente electrónico se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad y acompañado de un índice que garantiza su integridad e inmutabilidad. El que pueda editarse un documento no significa que pueda ser mutado. Aquí incluso se indica la referencia a un algoritmo que impide tal conducta.*

*El artículo 48 de la LJCA en su apartado cuarto exige también un índice, aunque los tribunales de justicia en demasiados casos para no causar perjuicios al ciudadano acepten los expedientes remitidos por las Administraciones sin el precitado índice como aquí acontece. (...). Ha de insistirse en que la exigencia legal del índice resulta no solo razonable sino también por cuestión de diligencia y eficacia a la hora de permitir una consulta ordenada de toda la documentación obrante.*

*Ese índice lateral izquierdo cuando el expediente es electrónico o de la Administración digital ha de permitir su consulta desplegando las hojas sin necesidad de visualizar todas las páginas cada vez que se opte por comprobar o contrastar un dato. Lo*

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*anterior es lo que permiten los documentos digitalizados en PDF con el servicio de índice, es decir, al colocar el cursor sobre el apartado correspondiente se abre en la página buscada, aunque el documento en PDF tenga miles de páginas (un ejemplo el código electrónico COVID-19 Derecho Europeo y Estatal del Boletín Oficial del Estado y los demás códigos electrónicos editados por el Boletín Oficial del Estado, otro ejemplo es la Memoria del Tribunal Supremo 2022, recientemente repartida a los Magistrados en un dispositivo pen drive).*

*No se trata solo de que el Ministerio de Justicia cree un Espacio Digital como la solución tecnológica que la Dirección General de Transformación Digital pone a disposición de la Administración de Justicia para acceder al servicio de acceso remoto seguro a la información y resto de soluciones que se usan en las distintas sedes judiciales. Es preciso que los expedientes administrativos remitidos por las administraciones públicas cumplan los parámetros necesarios para una consulta ordenada, rápida y eficiente. El remitido por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática no es uno de ellos.*

*Y no está de más reproducir lo reiterado en las sentencias más arriba indicadas que se dijo en el fundamento octavo de la STS de 8 de mayo de 2015, recurso 422/2014 respecto a que: “es el Juez quien tiene la última y definitiva palabra tanto sobre el contenido e integración del expediente como sobre su ordenación y confección.”».*

## **7.2 Inejecución de sentencia por imposibilidad legal o material: Establecimiento simultáneo de indemnización sustitutiva**

La sentencia del TS de 29 de noviembre de 2023 (rec. 7947/2021, ponente: Requero Ibáñez), referida a Galicia, establece los siguientes criterios respecto de la indemnización abonable al recurrente en sustitución de una sentencia declarada inejecutable:

*«1º Que una vez declarada la imposibilidad total o parcial de ejecutar la sentencia en sus propios términos, salvo que el ejecutante renuncie o no ejercite su derecho expresa o tácitamente, el juez o tribunal deberá procurar sustituir la ejecutoria por un equivalente económico. Así lo ordenan los artículos 105.2 de la LJCA en relación con el artículo 18.2 de la LOPJ.*

*2º Procedimentalmente, del artículo 105.2 de la LOPJ no se deduce que una inejecutabilidad de lugar a dos incidentes: uno para juzgar si, realmente, es imposible la ejecución total o parcial de la sentencia; y, seguidamente, firme la declaración de imposibilidad, un segundo incidente para concretar el alcance de la ejecución en el equivalente. El artículo 105.2 de la LJCA sólo prevé que la Administración plantee la inejecutabilidad en el plazo del artículo 104.2 y que con audiencia de las partes o, en su caso, interesados, el juez o tribunal juzgue sobre la imposibilidad, adopte las medidas para la mayor efectividad de lo juzgado y, en su caso –en el sentido expuesto–, fije una indemnización.*

3º La improcedencia de los conceptos o de las cuantías que invoque el ejecutante para integrar su derecho a ser resarcido no extingue su pretensión expresa: que se le resarza. Esto apodera al juez o tribunal para concretarla, llegado el caso, en una cuantía a tanto alzado o global que, ponderadamente, entienda procedente. Cómo se califique el daño resarcible –moral, pérdida de oportunidad, etc.– es en buena medida secundario, pues declarada la imposibilidad de ejecutar lo sentenciado, por mandato legal debe resarcirse al ejecutante.

4º De resarcirse por “daño moral”, en puridad no es preciso probarlo pues va implícito en la frustración del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia en los propios términos; ahora bien, al concretar el resarcimiento en una cantidad a tanto alzado, el juez o tribunal debe dar razón de cómo llega a esa cuantía y que con ella como equivalente, no obtiene el ejecutante ni un beneficio superior al que se derivaría de la ejecución de la sentencia en sus propios términos, ni superior a lo que pretendió como equivalente».

## 8 Responsabilidad patrimonial

### 8.1 Reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la suspensión de actividad de hostelería y restauración por las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia de COVID-19

El TS, en su sentencia de 20 de noviembre de 2023 (rec. 274/2022, ponente: Lesmes Serrano), desestima la demanda formulada por una mercantil dedicada a la explotación de un área de servicio (con hotel-restaurante, cafetería y gasolinera) frente a la Administración del Estado y la Xunta de Galicia, por los perjuicios padecidos como consecuencia de las restricciones sanitarias de la primera fase de la pandemia de COVID-19. El alto tribunal concluye que el funcionamiento de la Administración, al establecer dichas medidas, no fue “anormal”, sino adecuado y proporcionado, no incurriendo en antijuridicidad, debiendo los ciudadanos soportarlas. Niega también que dichas restricciones ostentasen naturaleza expropiatoria. Analiza con profusión la institución de la responsabilidad patrimonial del estado legislador, así como las peculiaridades del “estado de alarma” contemplado en nuestra Constitución. Finalmente concluye que:

*«A juicio de la Sala, la pandemia producida por el virus denominado técnicamente SARS-COV-2 se ajusta a esa definición de fuerza mayor porque constituyó un acontecimiento insólito e inesperado en el momento en el que surgió y por la forma en la que se extendió por todo el planeta en sus primeros momentos, inicio y desarrollo completamente ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas. (...) [Pero] los daños que ahora se reclaman no se imputan a la pandemia, aunque esta sea causa remota de esos daños, sino a las medidas adoptadas por los poderes*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*públicos para tratar de frenar su desarrollo. (...) Por ese motivo el juicio sobre esas medidas no puede quedar descartado por el hecho de calificar la pandemia con las características de la fuerza mayor en relación con determinados daños. No habrá ruptura del nexo causal y nacerá la responsabilidad patrimonial cuando los daños no fueren directamente imputables a la enfermedad sino a las medidas adoptadas para hacerla frente, medidas que pueden ser juzgadas desde la perspectiva de la responsabilidad por su razonabilidad, grado de intensidad, proporcionalidad o duración (...).*

*Ahora bien, para juzgar el acierto o desacierto de las medidas adoptadas por los poderes públicos en los primeros meses de pandemia, entre ellas las contempladas en los Reales Decretos de estado de alarma, no podemos estar a los conocimientos científicos actuales sino a los existentes cuando la pandemia comienza a desplegar sus efectos. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, al señalar que las medidas que se tomaron lo fueron de acuerdo con el conocimiento científico de la epidemia habido entonces, no resultando desproporcionadas esas medidas a la vista de la situación existente. Añadiendo el Tribunal que su procedencia o eventual desacierto no pueden ni deben considerarse o enjuiciarse conforme a lo conocido con posterioridad –la denominada cláusula hindsight o sesgo retrospectivo de la jurisprudencia anglosajona–, ni genera responsabilidad incluso cuando fueren mejorables a la vista de los conocimientos adquiridos luego. Mismo criterio de no retrospección mantenido por nuestro Tribunal Supremo cuando ha declarado la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, Rec. 8397/1997) –contagios de Hepatitis C– y otras muchas, como se encarga de recordar el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda. (...).*

*Pues bien, no cabe duda de que el conjunto de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la gestión de la crisis sanitaria estuvo condicionado por los conocimientos científicos existentes en cada momento, muy escasos de certezas, tanto en lo relativo a la forma de transmisión del coronavirus y al impacto real de la propagación, como a las consecuencias a medio y largo plazo sobre la salud de las personas afectadas en mayor o menor medida por el virus. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación extrema de los contactos y actividades grupales fueron las únicas medidas que se acreditaron como eficaces para limitar los efectos de una pandemia completamente imprevisible y de dimensiones desconocidas hasta entonces. Como sabemos, esas fueron precisamente las medidas principalmente contempladas en los Reales Decretos de alarma, que fue el instrumento normativo adoptado por el poder público para minimizar los enormes daños que se estaban produciendo.*

No resulta ocioso recordar ahora, que el Tribunal Constitucional desde su prematuro auto 40/2020, de 30 de abril –ya analizado– y sus posteriores Sentencias asimismo estudiadas en el Fundamento Quinto de esta resolución, haya validado por sus notas de necesidad, proporcionalidad e idoneidad según cada hito de evolución de la pandemia en el país –esto es, de forma dinámica– las medidas controvertidas, pese a incidir, limitando el ejercicio de los derechos fundamentales implicados por mor de la finalidad legítima de salvaguardar bienes jurídicos esenciales, –en ese momento expuestos a un riesgo efectivo y desconocido en sus implicaciones– que exigió que se postergara a un momento más propicio, según los índices epidemiológicos conocidos en el devenir diario de la evolución de la pandemia, su pleno ejercicio. (...).

Como hemos ya razonado ampliamente, los daños se imputan a las normas jurídicas dictadas para frenar la expansión de la pandemia, muy especialmente los Reales Decretos de estado de alarma, y esas disposiciones han sido juzgadas por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los principios y valores constitucionales, llegándose a unas conclusiones diferentes de las sostenidas por la parte. La actuación administrativa ha sido calificada de razonable, proporcional y adecuada a la situación existente, y eficaz para frenar la expansión de la pandemia, como se ha valorado ampliamente en esta sentencia, como lo fue en la STC 148/2021 con el mismo resultado».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## 9 Tributos

### 9.1 Constitucionalidad de la legislación estatal que obliga a tributar en el IRPF los pactos o contratos sucesorios (apartación)

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 62/2023, de 24 de mayo (BOE de 24/06/2023, ponente: Balaguer Callejón, contiene votos particulares) desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia contra determinados preceptos de la Ley estatal 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, en los que se sujetan al IRPF pactos o contratos sucesorios (apartación), cuando se vende el inmueble en los cinco años siguientes a su otorgamiento. Considera el tribunal que:

*«(...) La demanda sostiene que nos hallamos ante un supuesto de “doble imposición tributaria” contrario al art. 31.1 CE, al quedar sometida a tributación la misma capacidad económica, primero por el ISD y, luego, por el IRPF.*

*Dicho argumento no puede acogerse. El ISD somete a tributación la “adquisición” del bien por el causahabiente, mientras que el IRPF grava la ganancia patrimonial generada con la posterior transmisión del mismo, lo que revela que nos hallamos*

*ante diferentes manifestaciones de capacidad económica. Como se ha indicado, la norma impugnada no hace sino aplicar a los contratos o pactos sucesorios incluidos en ella un régimen análogo al de las donaciones, en las que cabe distinguir las capacidades económicas señaladas.*

*(...) Respecto a la supuesta desigualdad de trato entre las transmisiones por contrato o pacto sucesorio y el resto de transmisiones por causa de muerte, no estamos ante situaciones comparables, que es la premisa de partida de todo juicio de igualdad. Aunque en el contrato o pacto sucesorio la entrega del bien traiga causa de una herencia futura, el efecto traslativo se produce ahora (“con efectos de presente”) y esta sola circunstancia permite al adquirente disponer de él inmediatamente, lo que entraña una diferencia sustancial con la transmisión hereditaria “típica”.*

*De hecho, el legislador ha ido modificando el tratamiento en el IRPF de las ganancias afloradas en las transmisiones lucrativas, en atención al tipo de bien transmitido o a la naturaleza de la operación, conforme a las opciones de política tributaria de cada momento. Al respecto, no debe olvidarse que en la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, sí tributaba la llamada “plusvalía del muerto”. Así, conforme a su art. 20.3, eran “incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa” (la cursiva es añadida). De esta forma, con dicha Ley*

*la ganancia patrimonial generada en las transmisiones lucrativas estaba sometida a gravamen tanto si era inter vivos (donación o asimilada) como si era mortis causa (herencia o título análogo), aunque en el segundo caso, lo hacía al “tipo de gravamen más bajo de la escala” (art. 28.3). Por tanto, no es consustancial a la “plusvalía del muerto” el quedar libre de tributar en el IRPF –como asume la demanda–, sino que dependerá de la opción legislativa adoptada.*

*En concreto, fue la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF la que exceptuó de gravamen “las ganancias patrimoniales derivadas de las transmisiones lucrativas por causa de muerte del sujeto pasivo” [art. 44.5 a)], conservándolo para las ganancias en actos inter vivos, con la salvedad de las generadas con los donativos que gozaban de deducción en el impuesto [art. 44.5 b) en relación con el art. 77.6 c)].*

*La vigente Ley 35/2006 mantiene sin gravamen la “plusvalía del muerto” y, respecto de las afloradas en actos inter vivos, amplía la excepción a las donaciones de empresas o participaciones a las que se refiere el art. 20.6 LISD (la denominada “empresa familiar”). Con el matiz de que, según hemos dicho antes, para estas el régimen no es de exención (como sí lo es en los donativos a entidades fiscalmente protegidas, previstos en el art. 68.3 LIRPF), sino de diferimiento del gravamen.*

*En definitiva, según afirmó la STC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 3 C), al enjuiciar la deducción por rendimientos del trabajo en el IRPF, “en el marco de su libertad normativa, puede el legislador decidirse por el establecimiento o la supresión de una deducción de esta naturaleza [aquí, exención] y, una vez establecida, regularla con la extensión que considere adecuada”».*

## 9.2 Obligación de los ayuntamientos de actualizar anualmente la tasa de servicios de suministro de agua y saneamiento en cumplimiento del compromiso contractual de revisión de precios suscrito con la concesionaria

El TSJG, en su sentencia de 27 de octubre de 2023 (rec. 7096/2023, ponente: Villares Naveira), declara la obligación del Ayuntamiento de Sarria de revisar anualmente, conforme al IPC, la tasa del referido servicio público, que en definitiva se abonará a la mercantil concesionaria como precio de su contrato, en el que se prevé su actualización anual conforme al IPC:

*«(...) Este contido contractual de cláusulas e pregos é coherente e desenvolve o contido do art. 104 do Real decreto Lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas.*

*En consecuencia, o contido contractual, respectando a lei imperativa, integra á súa vez a coñecida como “lei do contrato” e é plenamente vinculante para ambas partes, como lembra a invocada STS 511/2018, de 23 de marzo, entre moitas outras.*

*O réxime que fixan tanto a Lei como as previsións contractuais sitúannos no marco da revisión anual e automática dos prezos nos termos establecidos no art. 9.4., que ademais funciona ope legis, sen necesidade de requirimento polo contratista.*

*Por outra banda, como tamén lembran a demanda e máis o informe de Tesourería do Concello de Sarria, a Lei 2/2015, do 30 de marzo, de desindexación da economía española indica na súa DT, logo de excluír os contratos que se rexen polo TRLCSP de 2011, que “2. O disposto nesta Lei será de aplicación ao resto de contratos celebrados por organismos e entidades do sector público que se perfeccionen a partir da súa entrada en vigor”. En consecuencia non resulta de aplicación a prescripción desta norma para os efectos litixiosos.*

*Neste estado de cousas, resulta evidente que dado que a última revisión tivo lugar en 2015, a solicitude feita en 2020 e posteriormente a de 2021, que é a que interesa para os efectos litixiosos, que recolle a proposta de actualización dun 6,5 % pola variación do IPC dende 2015 a 2021 resulta coherente coas previsións legais e contractuais, e que ademais nin sequera tiña que ser solicitada polo interesado para ser efectiva, posto que se prevé a súa actualización automática por parte do Concello.*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*(...) en nome da potestade discrecional o Concello non pode decidir non levar a cabo a revisión de prezos cando esta está prevista legal e contractualmente, agás que se revele causa legal para iso, o que non foi alegado nin moito menos acreditado. Esa interpretación que parece desprenderse da oposición formulada implicaría que as circunstancias da devindicación do prezo quedasen ao albur dunha das partes contratantes, algo que contraviría directamente a Lei (art. 11.2.d., 14.1. –que impón o pago do prezo convidado–) e é negado por constante xurisprudencia.*

*Con esta premisa, debe afirmarse que a potestade tarifaria é, como mecanismo de revisión de prezos, unha potestade regrada, que non admite unha negativa á marxe das disposicións legais. En consecuencia, nos supostos contractual e legalmente previstos debe ser exercida para dar cabo ao cumprimento exacto do contrato. Restará á administración local un marxe para decidir de que xeito confeccionar o instrumento municipal de exercizo da devandita potestade, pero os seus elementos substantivos veñen determinados pola Lei e o contrato, ao non estar neste caso a administración facultada contractualmente a facer nada diferente. Así o recoñeceu a STS 1703/2019, de 12 de decembro de 2019 no seu FX 5º, invocando xurisprudencia que perfila a potestade tarifaria e poñéndoa en relación a dous casos que se citan como resoltos de forma diferente, expoñendo as diferenzas entre eles e xustificándose, por razón do caso concreto, que a potestade tarifaria só permite non realizar a actualización prevista no contrato cando unha cláusula lle dá esa facultade excepcional á administración –algo que por suposto haberá que motivar e xustificar suficientemente–, pero que en todo caso non concorre no caso de autos, onde a regra non admite excepcións. (...).*

*Sobre o que poda ser obxecto de condena, a Sala pode condenar ao Concello a cumprir o contrato, e polo tanto a que en exercizo da potestade tarifaria regrada que lle asiste, tramite o expediente para aprobar a revisión de prezos prevista na Lei e no contrato. Non corresponde á Sala determinar a forma na que ha quedar configurado o acto ou disposición en que se recolla, pero si a condena a facelo, co que se acolle substancialmente a pretensión principal. (...) condenamos ao Concello de Sarria a ditar a ordenanza que aprobe a revisión de prezos prevista legal e contractualmente e ao mesmo tempo recoñecemos o dereito do recurrente a obter a diferenza económica entre o percibido pola prestación do servizo a partir de 2016 e o que tería percibido de se ter realizado a revisión de forma regular, máis os xuros correspondentes á cantidade resultante (artigos 71.1.a e b LXCA)».*

### **9.3 Impuesto de plusvalía. Devolución de ingresos indebidos. Agotamiento de la vía administrativa previa. Efectos de la STC 182/2021**

La sentencia del TSJG de 19 de septiembre de 2023 (rec. 15004/2023, ponente: Rivera Frade) aborda dos cuestiones de interés acerca de las solicitudes de rectificación de

autoliquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía) desestimadas por silencio administrativo.

Concluye, en primer lugar, que en tales supuestos de desestimación presunta, para poder acudir a la vía jurisdiccional no es preceptivo agotar previamente la administrativa mediante la interposición de reclamación económico-administrativa o recurso de reposición. Ni siquiera en el caso de que sobrevenidamente se produzca la resolución expresa después de iniciado el proceso contencioso-administrativo (sentencia del TS de 3 de mayo de 2023 –rec. 4792/2021–). Sobre el fondo del asunto, confirma la desestimación de la reclamación de devolución de ingresos indebidos, al considerarle inaplicables los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021 por razones cronológicas:

*«(...) la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2021 que declaró inconstitucional el método de cálculo del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, declaró su irretroactividad al recoger que no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en dicha sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. Añadiendo que a estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas: las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha.*

*En consecuencia como quiera que en el presente caso el día 29 de octubre de 2021 don XXXX presentó solicitud de rectificación de la liquidación de plusvalía generada a raíz de la escritura de pacto de mejora de fecha 27 de diciembre de 2017 autorizado por el notario don YYYYYY solicitando la devolución en concepto de ingresos indebidos del importe de 2.133,73 €, no cabría la devolución de ingresos indebidos impetrada»*

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



# Regap

## Recensiones

### 3





Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 66\_junio-diciembre 2023 | pp. 483-484  
Santiago de Compostela, 2023  
<https://doi.org/10.36402/regap.v2i66.5149>  
© Belén Canedo Antelo  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 07/12/2023 | Aceptado: 19/12/2023  
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público

66 Regap

Regap



RECENSIONES

BELÉN CANEDO ANTELO  
Funcionaria de la Administración de Justicia  
[belencanedo19@hotmail.com](mailto:belencanedo19@hotmail.com)

**NAVARRO CABALLERO, T.M.:** *Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 160 pp. ISBN: 978-84-1346-689-7.

En esta obra, la profesora de derecho administrativo en la Universidad de Murcia Teresa María Navarro Caballero lleva a cabo un estudio de las reservas demaniales, y para ello divide el libro en dos partes distintas. La primera hace referencia al régimen de las reservas en la legislación de patrimonio (estatal y autonómica) y en la segunda aborda las mismas en la legislación sectorial.

Dentro de estas dos partes bien diferenciadas el libro se estructura en nueve capítulos que nos permiten llegar a comprender las reservas demaniales de forma completa, dada la inexistencia de un régimen jurídico único y las particularidades que las mismas tienen en los distintos sectores. La primera parte engloba los capítulos

I y II, donde se describen las reservas demaniales y su uso tanto para la utilización del dominio público como para su protección. La segunda parte, que incluye desde el capítulo III al capítulo IX, aborda las reservas demaniales en distintos ámbitos y la vis expansiva de la función de conservación ambiental de la reserva demanial.

A través de todas estas páginas, la autora muestra que, aunque tradicionalmente las reservas han sido una técnica de utilización de los bienes demaniales por la Administración, que suponían una excepción del principio general de accesibilidad o uso público de aquellos, en la actualidad, se encuentran también reguladas, además de en la LPAP (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas) y la legislación sectorial (minas, aguas, costas, espectro radioeléctrico, ...), en casi todas las legislaciones de patrimonio autonómicas. Con su análisis, hace que nos preguntemos: ¿pueden cumplir las reservas demaniales una función diferente a la tradicional?, ¿sirven para algo que no sea la estricta utilización o aprovechamiento del dominio público por la Administración titular de los bienes o recursos?

Pues bien, a lo largo de este estudio se pone de manifiesto la función de conservación ambiental de las reservas demaniales (mencionando como ejemplo la legislación de aguas que contempla también la función de protección y conservación del recurso hídrico), y cómo esta función está alcanzando una “dimensión expansiva” llegando a constituirse reservas con fines meramente proteccionistas en el ámbito del dominio público marítimo-terrestre o reclamándose esta función en el ámbito minero.

Las reservas demaniales no son solo la vía jurídica en virtud de la cual la Administración utiliza o aprovecha el dominio público con exclusión total o parcial de otros usos. También pueden ser el instrumento a través del cual se puede proteger, por motivos ambientales, un bien de esta naturaleza.

En conclusión, esta obra nos aporta otro punto de vista sobre las reservas demaniales con consideraciones que deben ser tenidas en cuenta en la actualidad a través de una lectura fácil y comprensible, incluso recomendable como instrumento de enseñanza del derecho administrativo para ampliar la concepción clásica de las reservas demaniales.

# Regap

**PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS**  
**NORMAS DE PUBLICACIÓN**

**PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES**  
**NORMAS DE PUBLICACIÓN**

**SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS**  
**PUBLICATION REQUIREMENTS**



## PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia e rigor. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os autores recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. O resultado da avaliación poderá ser positiva, positiva con modificacións ou negativa. En caso de que os avaliadores propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de quince días.

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
  - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
  - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
  - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “Estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “Comentarios e Crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
  - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do autor/a/es/as.
  - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
  - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU.  
(Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
  - e) O corpo principal do texto.
  - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
  - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
    - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
    - AUTOR, "Título do artigo", *Título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.

- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
  - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).





## PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
  - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
  - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
  - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "Estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "Comentarios y Crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
  - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del autor/a/es/as.
  - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
  - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma

inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "Título del artículo", *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).





## SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

## PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15<sup>th</sup> of May and of May and before 15<sup>th</sup> of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
  - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
  - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
  - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
  - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
  - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
  - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
  - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
  - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
  - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
    - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
    - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
  - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
  - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26<sup>th</sup> September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).







