

QDLE 61

Febrero de 2023 · Cuadernos de Derecho Local

ENERGÍA Y SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO LOCAL



QDL61

Febrero de 2023 · Cuadernos de Derecho Local

ENERGÍA Y SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO LOCAL

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551>)

DICE (<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955>)

DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400>)



Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

CONSEJO CIENTÍFICO

Presidente: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*
Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*
Secretario: Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*
Coordinadora: Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*
Vocales: Marcos Almeida Cerredá, *U. de Santiago de Compostela*
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*
Agustín Iriondo Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

QDL61

ESTUDIOS

I. Sección monográfica Energía y sostenibilidad en el ámbito local

14

Los Gobiernos locales ante el proceso de descarbonización de la movilidad urbana · ANTONIO FORTES MARTÍN

55

Autoconsumo colectivo: (mucho) más allá de los tejados · SUSANA GALERA RODRIGO

82

La tributación local de las energías renovables en el contexto de transición energética española y europea · MARÍA DEL CARMEN CÁMARA BARROSO

112

La incidencia de las potestades de los entes locales en el desarrollo y la implantación de las energías renovables · M.^a CONSUELO ALONSO GARCÍA

140

Uso de bienes de titularidad local e implantación de instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables · MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI

168

Los concursos de capacidad de acceso desde la perspectiva local · CARLOS-ALBERTO AMOEDO-SOUTO

II. Sección general

198

La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU



Índice

El complemento de carrera. Un elemento esencial de la carrera administrativa horizontal en la Administración local · ROGER CÀMARA MAS

273

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

Las costas en la jurisdicción administrativa · L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ

298

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de octubre a 31 de diciembre de 2022) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

326

CRÓNICA CONSULTIVA

Concejales no adscritos y transfuguismo: doctrina del Consejo Consultivo de Castilla y León · JAVIER PÍRIZ URUEÑA

370

Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre prescripción de la acción de responsabilidad en la demolición de obras ejecutadas al amparo de licencias nulas · JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

388



QDL61

ESTUDIOS

A stylized tree graphic in shades of purple. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous leaf-like shapes. A large, light purple circle is positioned at the base of the trunk on the left side. The text 'QD 61' is located in the upper right area of the tree's canopy.

QD 61

**I.
Sección
monográfica.
Energía y
sostenibilidad
en el ámbito
local**

Los Gobiernos locales ante el proceso de descarbonización de la movilidad urbana

ANTONIO FORTES MARTÍN

*Profesor titular (acred. catedrático)
de Derecho Administrativo.
Universidad Carlos III de Madrid*

- 1. Introducción: el ideal de la movilidad como factor nuclear de la sostenibilidad urbana**
- 2. La movilidad en el ámbito local**
 - 2.1. La competencia municipal en materia de movilidad urbana
 - 2.2. La movilidad sostenible y su gestión a escala local
 - 2.2.1. *La movilidad como servicio y su impacto en la vida local*
 - 2.2.2. *El servicio público municipal de movilidad: una asignatura pendiente*
- 3. La movilidad en la senda estatal de la descarbonización**
 - 3.1. La transición verde y digital del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: la movilidad como objetivo estratégico y prioritario
 - 3.2. El giro de tuerca en la descarbonización de la movilidad: de sostenible a limpia sin emisiones
 - 3.3. La descarbonización efectiva de la movilidad urbana: bienvenidos a los juegos del hambre
- 4. El coste de la descarbonización y su impacto en la movilidad: el “rally” municipal de las zonas de bajas emisiones**
 - 4.1. Las zonas de bajas emisiones y su encaje en el puzle local
 - 4.2. El paquete de ayudas para la implantación de zonas de bajas emisiones
 - 4.3. La letra pequeña del programa de ayudas: lo que (des)espera a los Gobiernos locales
- 5. Una *new age* local para la movilidad urbana**
 - 5.1. Esperando la futura Ley estatal de movilidad sostenible

Artículo recibido el 25/01/2023; aceptado el 06/02/2023.

- 5.2. Disciplinando el uso del espacio urbano mediante la jerarquización de medios de movilidad urbana
- 5.3. (Re)descubriendo “El Dorado” de la proximidad en la ciudad perdida: la movilidad como agente precursor de los valores urbanos

6. Consideraciones finales

7. Bibliografía

Resumen

Los Gobiernos locales se enfrentan al reto de impulsar sus competencias en materia de movilidad con el fin de posibilitar el desarrollo de desplazamientos urbanos más sostenibles, descarbonizados y socialmente equitativos. El presente estudio ofrece un recorrido por el proceso normativo, en curso, en la senda de la descarbonización y la neutralidad climática de las emisiones asociadas a la movilidad urbana, con especial énfasis en las posibilidades que puede llegar a representar, para la realidad municipal, la aprobación de la futura Ley estatal de movilidad sostenible.

Palabras clave: *Gobiernos locales; movilidad sostenible; emisiones; descarbonización; espacios urbanos.*

Local governments in the context of the process of decarbonization of urban mobility

Abstract

Local governments face the challenge of promoting their competences in terms of mobility to enable the development of more sustainable, decarbonized and socially equitable urban movements. This study offers a guide of the current regulatory process on the path of decarbonization and climate neutrality of emissions associated with urban mobility, with special emphasis on the possibilities that it can represent, for the municipal reality, the approval of the future state law on sustainable mobility.

Keywords: local governments; sustainable mobility; emissions; decarbonization; urban spaces.

1

Introducción: el ideal de la movilidad como factor nuclear de la sostenibilidad urbana

La movilidad es urbana y se caracteriza como una “especificidad urbana”¹ al representarse en el medio urbano. Esta movilidad ha provocado (y sigue provocando) una serie de importantes desafíos², comoquiera que las altas densidades de población en nuestras ciudades, junto a la también elevada proporción de desplazamientos de corta distancia que en las mismas se produce –como consecuencia de la segregación de las actividades urbanas–, afectan, perturban y alteran el propio “metabolismo”³ urbano y de sus ciudadanos. Este escenario fuerza a que, cada vez en mayor medida, las ciudades avancen (obligadamente) hacia políticas de sostenibilidad urbana en su firme apuesta por otras formas de movilidad no motorizada.

El transporte urbano es un factor de cambio presente en el propio devenir de las ciudades⁴ y determinante, por ello, de la estructura física y la composición social de estas, al arrastrar el potencial de afectar en gran medida al uso del suelo, a los emplazamientos habitacionales, la movilidad (la residencial y la ocupacional) y otros tantos aspectos que afectan al modo de vida urbano. Empero, los continuos y crecientes problemas circulatorios provocados por el uso (y abuso) del vehículo privado, agravados por unas condiciones climáticas cada vez menos favorables, nos abocan a un intrincado futuro. La certeza, hoy día indiscutible, de una mayor demanda social de desplazamientos y, a la vez, un espacio físico más reducido, nos sitúa ante un terreno incierto.

Las grandes ciudades se enfrentan a diario al problema de gestionar los elevados tráfico de vehículos que dan como resultado un tratamiento inadecuado de la movilidad de los peatones, de la bici, y de los usuarios del transporte público. Uno de los fenómenos ambientales más acuciantes de nuestra sociedad urbana lo constituye la búsqueda de soluciones racio-

1. Así lo ha reconocido expresamente la Comisión Europea en su Comunicación “Plan de Acción de Movilidad Urbana” –COM (2009) 490 final–, de 30 de septiembre, p. 4. También Alonso Ibáñez (2012: 17) ha enfatizado que “lo urbano” aglutina una pluralidad de ámbitos sectoriales entre los que se encuentra la movilidad.

2. El Informe Especial 06 del Tribunal de Cuentas Europeo de 2020, titulado “Movilidad urbana sostenible en la UE: No es posible una mejora sustancial sin el compromiso de los Estados miembros”, es completamente revelador al comenzar destacando que la movilidad urbana sostenible es uno de los principales retos que afrontan las ciudades de la UE. Puede consultarse en: <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/urban-mobility-6-2020/es/index.html>.

3. A la idea del metabolismo urbano de la ciudad se refieren Parejo Alfonso (2020: 11) –con cita a A. Wolman para reproducir la misma función metabólica de la naturaleza en la ciudad– y Soro Mateo (2020: 279) –con cita de J. F. P. Rose–.

4. De la estrecha relación existente entre el transporte urbano y la ciudad ya ha dado buena cuenta nuestra doctrina iusadministrativista. Así, tempranamente, García de Enterría (1953), y más recientemente, Cano Campos (2010) y Carbonell Porras (2011).

nales y, por ende, sostenibles ante las necesidades de desplazamiento de las personas. Más recientemente, aún, el alumbramiento de una movilidad descarbonizada o sin emisiones que la normativa estatal aprobada en los últimos años evidencia sin ambages. En este trabajo ofrecemos un análisis reflexivo por ese recorrido normativo hasta confluir en la futura Ley estatal de movilidad sostenible, al tiempo que se redactan estas líneas en tramitación parlamentaria, una vez aprobado el Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros del pasado 13 de diciembre de 2022.

2

La movilidad en el ámbito local

2.1

La competencia municipal en materia de movilidad urbana

La movilidad sostenible constituye una realidad que gravita necesariamente en torno al espectro local⁵ por ser en la ciudad donde cobran toda su razón de ser el conjunto de desplazamientos, muchos de ellos forzados, realizados a diario⁶. Esto mismo explica que sobre la movilidad, como materia, tanto los municipios como las comunidades autónomas⁷ hayan asumido competencias, sin perjuicio de la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.21 CE en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor. Concretamente, en el caso de los municipios, asistimos a una evolución, a una modificación sustancial⁸, en la consideración normativa de la movilidad como competencia a partir de la nueva redacción dada al artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de

5. En el mismo sentido, Mellado Ruiz (2019: 156) destaca que el nivel local de Gobierno es el “ámbito referencial preferente” de la movilidad sostenible.

6. Como se reconoce en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible, “la facilidad de los desplazamientos no solo favorece la libertad de elección del lugar de residencia y el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, sino que es indispensable para acceder a otros servicios públicos esenciales como son la educación y la sanidad, así como al ocio y disfrute del tiempo libre”.

7. El artículo 92.2 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, reconoce: “Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: f) Ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas”. También el artículo 84.2 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye competencias propias a los gobiernos locales de Cataluña, en los términos que determinen las leyes, sobre “h) La circulación y los servicios de movilidad y la gestión del transporte de viajeros municipal”. Téngase, no obstante, en cuenta que, en el caso del Estatuto de Cataluña, la atribución competencial se hace estrictamente sobre “los servicios de movilidad” y no sobre la movilidad en sí misma considerada.

8. Así ha sido destacado por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de julio de 2016 (JUR 2016/166966).

las Bases del Régimen Local (LRBRL) por el apartado octavo del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Una redacción que reconoce a los municipios el ejercicio de competencias propias, en los términos de la legislación estatal y autonómica, sobre las siguientes materias: “g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano”⁹.

La movilidad, “a secas”, sin su adjetivación como movilidad urbana ni sostenible, cobra carta de naturaleza con una “identidad propia” –más allá de las competencias genéricas y tradicionales en materia de ordenación del tráfico, urbanismo y medio ambiente urbano– en el elenco de materias respecto de las cuales han de asumir (y de hecho han asumido) competencias los municipios y que ha encontrado ulterior desarrollo en la regulación hecha por las leyes autonómicas.

A mayor abundamiento, la introducción expresa de la movilidad en el mismo plano competencial del tráfico de vehículos, pese a la estrecha conjunción asociativa entre ambos como resulta justamente de lo previsto por el artículo 7.b) del Texto Refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (TRLTCSV)¹⁰, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, obliga a su cabal delimitación. Porque la competencia municipal en materia de movilidad no debe limitarse únicamente a pergeñar medidas de ordenación del tráfico (reducción, restricción del vehículo privado, fomento del transporte público) sin atender a la verdadera base del problema de la movilidad urbana (local) sostenible, que no es otra que la disposición racional de espacios y de usos del suelo¹¹ y

9. Justamente, como ha destacado Carbonell Porras (2014: 100), la letra g) de la nueva redacción dada al artículo 25.1 LRBRL es el resultado de la refundición de la anterior letra b), “ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas”, y de la letra ll), “transporte público de viajeros”, manifestándose con ello la estrecha relación del desplazamiento de personas, ordenación del tráfico en vías urbanas y transporte público colectivo con la idea misma y última de movilidad. *Vid.* también, y en el mismo sentido, Simou (2018: 306-307, 2020: 410-417). Destaca Casado Casado (2015: 256) que se trata, en todo caso, de una materia directa o indirectamente relacionada con el medio ambiente o con fuertes implicaciones sobre el mismo. Y recientemente, insistiendo en la conexión entre sostenibilidad y movilidad a resultas de la competencia municipal del artículo 25.1.g) LRBRL, *vid.* Mora Ruiz (2022: 128). Por último, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 2 de diciembre de 2015 sobre movilidad urbana sostenible, reconoce expresamente que “la movilidad urbana y la gestión del transporte urbano entran dentro del ámbito de competencias de las entidades locales y regionales”.

10. Conforme a este precepto se atribuyen competencias a los municipios en materia de “regulación mediante Ordenanza Municipal de Circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles...”. De modo que, aunque no se mencione explícitamente la movilidad, no puede perderse de vista que la misma es ordenación de personas y vehículos en un espacio dado (vía urbana).

11. Claramente, el Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación y el Reglamento General de Vehículos, viene a insistir, en este nuevo planteamiento de la circulación de vehículos y peatones, en “la evolución que la sociedad pretende en el uso de los espacios compartidos que constituyen las vías públicas”.

donde proyecta toda su fuerza transversal la planificación urbanística –como tendremos ocasión de comprobar en la parte final de este trabajo con el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible– a la hora de ordenar en el espacio los diferentes usos, entre ellos, también, los usos que demandan y requieren todos los distintos tipos de desplazamientos (movilidad) en la ciudad, tanto los motorizados como los no motorizados. Sustantivamente, pues, el objeto de la ordenación municipal en materia de movilidad no es otro que arbitrar el uso a dar a las vías y los espacios urbanos que soportan el conjunto de desplazamientos que se producen sobre los mismos.

2.2

La movilidad sostenible y su gestión a escala local

2.2.1

La movilidad como servicio y su impacto en la vida local

De un tiempo a esta parte ha fraguado en el imaginario urbano colectivo una nueva dimensión, una nueva frontera de la movilidad que se ha dado en llamar la “movilidad como servicio”. La movilidad como servicio (MaaS)¹², junto a la digitalización en la gestión de la movilidad, está llamada a favorecer cambios en la demanda de transporte y en las tendencias de movilidad personal.

La movilidad como servicio irrumpe con fuerza en las ciudades, rompiendo los moldes tradicionales de las formas de desplazamiento con una amplia gama de opciones integradas de movilidad. De este modo, nos encontramos ante una suerte de “ventanilla única” conformada a través de una herramienta digital –la aplicación de la movilidad como servicio de la que también se hace eco el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible¹³– de diferentes servicios de transporte, información y pago en una interfaz fluida que pone “en venta” y a disposición de los ciudadanos los propios desplazamientos¹⁴ y no los vehículos automóviles.

12. Conocida en la jerga por su acrónimo en inglés *Mobility as a Service*.

13. El artículo 2.1.b) del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible define la aplicación de movilidad como servicio como la “herramienta digital que integra información sobre la oferta de transporte en distintos modos y la pone a disposición de forma individualizada, de forma que el usuario puede decidir las etapas de su viaje optimizando entre los distintos parámetros que proporciona la aplicación, por ejemplo, tiempo, coste, emisiones de CO₂ o maximización de etapas de movilidad activa”. A mayor abundamiento, el artículo 91 del Proyecto de Ley estatal obliga a las Administraciones públicas a fomentar la implantación de aplicaciones de movilidad como servicio y sistemas integrados de pago para el sistema de transporte público, con priorización de los servicios de movilidad cotidiana.

14. Como destaca España Pérez (2019: 35), lo que prima ahora es “la capacidad de adquirir derechos de acceso a los servicios de movilidad”.

Este nuevo “servicio de movilidad”, que posibilita una mejor conexión entre infraestructura, servicio y ciudadanos, es potenciado mediante la movilidad (multi)compartida con la llegada de servicios de *shared mobility* a través de coches, bicicletas y patinetes multiusuario (*car-sharing, ride-sharing, bike-sharing*). Estas nuevas posibilidades de desplazamiento, atendidas por el artículo 2 de definiciones del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible, se apoyan en modelos de negocio de consumo colaborativo “en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”¹⁵. Se propicia de esta forma un nuevo paradigma de movilidad combinada o multimodal, una movilidad colaborativa¹⁶ con una evidente expansión en el ámbito urbano de las ciudades para los desplazamientos de “última milla”.

Esta nueva fórmula de movilidad propicia una transformación no solo en la forma de consumo del transporte, sino también en el modo de concebir la movilidad por parte de los Gobiernos locales¹⁷, con ruptura del vínculo hasta ahora existente entre movilidad y tenencia/propiedad de un vehículo privado. Porque, sin duda, es constatable la conformación de unos “nuevos” entornos urbanos que ponen a disposición de los ciudadanos servicios de transporte prestados mediante plataformas digitales interconectadas de intercambio. Unos servicios de movilidad bajo demanda¹⁸ o de “transporte a la carta” que permiten a las personas satisfacer sus propias necesidades cotidianas de desplazamiento, e incluso de forma compartida, como una alternativa¹⁹ más a las formas tradicionales de transporte urbano colectivo. O bien como una manera de potenciar la intermodalidad con formas de movilidad privada como los sistemas de coche multiusuario y de coche compartido²⁰, con preferencia, en todo caso, por los vehículos de bajas emisiones.

15. Vid. el término de economía colaborativa o participativa, así definido en el texto principal, conforme se emplea en la Comunicación de la Comisión Europea “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” –COM (2016) 356 final–, de 2 de junio, p. 3.

16. Vid., con mayor detalle acerca del alcance y sentido jurídico de la movilidad colaborativa, Carbonell Porras (2019a, 2019b), y sobre sus implicaciones en el ámbito urbano. Carbonell Porras (2022b). Más recientemente, sobre el impacto de la economía colaborativa y los Gobiernos locales, *cfr.* Carbonell Porras (2022a).

17. Tal y como reconoce la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible, “las necesidades de movilidad de las personas son cada vez más diversas y complejas y pueden, y deben, articularse mediante nuevos instrumentos o soluciones creativas” y para ello “la administración está llamada a jugar un papel esencialmente activo”.

18. En lo que ha pasado gráficamente a denominarse como el “*netflix*” de la movilidad.

19. La Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030 (p. 13) habla abiertamente de una oferta de movilidad alternativa al coche privado, que sea accesible para todos y razonable en coste, y que no requiera necesariamente de inversión en nueva infraestructura, sino que pueda basarse en el desarrollo de servicios de movilidad.

20. Las ventajas de los vehículos multiusuarios, por lo general de tamaño reducido, más eficientes y con menos emisiones, resultan un elemento indiscutible para una movilidad urbana

Esta transformación de la manera de moverse por la ciudad –que desdibuja los contornos de lo que puede considerarse un servicio público y la simple oferta de servicios privados de movilidad²¹– está llamada a suponer una gran revolución ante la posibilidad que implica usar un vehículo privado, una bicicleta o un patinete y dejarlo aparcado una vez satisfecha la necesidad de desplazamiento, sin preocuparse por su tenencia en propiedad o por el siempre problemático lugar de estacionamiento al llegar al destino requerido. De este modo, el espacio público y su reordenación, así como la forma de reorganizar también la movilidad urbana, pasan a constituir los dos aspectos fundamentales de la apuesta por ciudades más sostenibles, ágiles y flexibles para sus ciudadanos. Porque ganar espacio urbano y que los ciudadanos ganen tiempo también en sus desplazamientos²² es el reto de los Gobiernos locales, en una manifestación evidente de recuperación ciudadana de la ciudad en su movilidad y accesibilidad.

2.2.2

El servicio público municipal de movilidad: una asignatura pendiente

La modificación del artículo 25.2 LRBRL por la LRSAL no ha encontrado, a nuestro modo de ver, justa correspondencia normativa con el tenor del artículo 26 LRBRL, que, no obstante, también fue objeto de modificación parcial por el legislador estatal en 2013. Si bien desde el estricto punto de vista competencial la movilidad ha pasado a tener visibilidad y sustantividad propias de manera separada del tráfico de vehículos y del transporte colectivo urbano, desde la perspectiva de los servicios municipales obligatorios, la movilidad no ha merecido el mismo brillo posicional en el texto de la Ley. Así las cosas, de acuerdo con el artículo 26.1.d) LRBRL, en los municipios de más de 50 000 habitantes sigue resultando obligada la prestación del servicio de “transporte colectivo urbano de viajeros”, sin incluirse alusión alguna a la prestación de un eventual “servicio

realmente sostenible y en proceso de descarbonización. Por ello no es de extrañar el impulso que están recibiendo desde las propias corporaciones locales, con ciertas ventajas sobre el vehículo privado tradicional en materia de reservas de aparcamiento y de acceso a las áreas de tráfico restringido.

21. Como ha explicitado Boix Palop (2019: 100).

22. Un ahorro de tiempo para los ciudadanos que se propicia con la reducción de la congestión vial mediante el uso de semáforos dinámicos e inteligentes y de aparcamientos disuasorios con el fin de que los trayectos puedan realizarse empleando el menor tiempo posible. Es así como el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible destaca en su Exposición de Motivos “el papel creciente de la movilidad multimodal automatizada y conectada y de los sistemas de gestión inteligente del tráfico”.

de movilidad urbana”. Sobre todo, para atender a toda una creciente realidad que, principalmente en las ciudades, está tomando cuerpo a través de nuevas formas de movilidad personal mediante sistemas compartidos de bicicletas, patinetes, *scooters* e incluso coches multiusuarios.

La ausencia de mención a la movilidad como servicio en el artículo 26.1 LRBRL no empaña una realidad sí presente, por contra, desde el punto de vista presupuestario en el día a día de los Gobiernos locales. En este sentido, puede mencionarse la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales. En el anexo I de esta Orden se relacionan los códigos de la clasificación por programas de los gastos del presupuesto de las entidades locales y sus organismos autónomos. Una codificación que tiene carácter cerrado y obligatorio para todas las entidades locales en sus niveles de áreas de gasto, políticas de gasto, grupos de programas y programas que están especificados en la misma. Pues bien, el Área de Gasto 1 viene referida a los servicios públicos básicos, comprendiendo “todos aquellos gastos originados por los servicios públicos básicos que, con carácter obligatorio, deben prestar los municipios, por sí o asociados, con arreglo al artículo 26.1”. Y en la misma se incluyen cuatro políticas de gasto básicas, entre las que se recoge de manera expresa²³ la “seguridad y movilidad ciudadana”. Dentro de la concreta Política de Gasto 13 de Seguridad y Movilidad Ciudadana quedan comprendidos todos los gastos de los servicios relacionados con la seguridad y la movilidad ciudadana, “así como las que se refieran a la ordenación del tráfico y del estacionamiento de vehículos”. De modo que, en línea con la modificación del artículo 25.2.g) LRBRL, la movilidad goza de autonomía, no solo sustantiva, sino también en estrictos términos presupuestarios, respecto del tráfico y el estacionamiento de vehículos, pese a estar incluidos dentro de la misma política municipal de gasto. Extremo este que aparece confirmado ulteriormente comoquiera que, dentro de esta Política de Gasto 13 de Seguridad y Movilidad Ciudadana, se relacionan cinco grupos de programas entre los que figura²⁴ de manera expresa la “134. Movilidad urbana”.

La movilidad urbana desarrollada bajo criterios de sostenibilidad no es únicamente una competencia municipal. También representa un servicio de prestación obligatoria pese al incomprensible silencio de la LRBRL²⁵. Y es que la garantía de los desplazamientos urbanos de los ciudadanos no solo

23. Además de vivienda y urbanismo, bienestar comunitario y medio ambiente.

24. 130. Administración general de la seguridad y protección civil. 132. Seguridad y Orden Público. 133. Ordenación del tráfico y del estacionamiento. 135. Protección civil. 136. Servicio de prevención y extinción de incendios.

25. Recientemente, la Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas de Cataluña, identifica (artículo 14) la movilidad sostenible como uno más de los servicios ambientales, junto al del agua o el de los residuos.

se alcanza con el transporte público colectivo urbano de viajeros, que es el único que se menciona de manera expresa en el artículo 26.1.d) LRBRL para los municipios de más de 50 000 habitantes. La movilidad urbana, para ser realmente sostenible y eficiente, debe buscar el necesario equilibrio entre los distintos modos de transporte, colectivos e individuales, en clara apuesta por la intermodalidad en los desplazamientos urbanos. Y esto se demuestra porque, de un tiempo a esta parte, otras formas de movilidad ya han llegado a las ciudades, y en ellas entendemos que también hay una responsabilidad de titularidad municipal en la prestación de esos otros servicios de movilidad. Fenómeno que, en buena lógica, no compromete y, por ende, convive con el juego de otras competencias municipales tradicionales en materia de ordenación y sanción del tráfico y circulación de vehículos por las vías urbanas²⁶. De modo que, paralelamente a la eventual prestación de servicios de movilidad urbana, los municipios también despliegan las competencias que tienen atribuidas en materia de tráfico, circulación y seguridad vial sobre las vías urbanas, así como sobre cualquier espacio abierto a la libre circulación de personas, animales y vehículos. Una ordenación local del tráfico que contempla no solo la ordenación, señalización y dirección del tráfico y circulación de las vías, sino también la regulación de los distintos usos de las vías y los espacios públicos urbanos de tránsito y circulación de personas, animales y vehículos, con la finalidad de armonizar los distintos usos (peatonal, de circulación, de estacionamiento, etc.) para compatibilizarlos con la garantía de la movilidad y fluidez del tráfico.

La futura Ley estatal de movilidad sostenible representa una buena oportunidad para un cambio de paradigma en la concepción clásica o tradicional del servicio municipal de transporte. Una de las cuestiones más destacadas del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible es la conformación de un Sistema Nacional Integrado de Movilidad (Título I), preferentemente configurado en red, y sin perjuicio de las Administraciones competentes sobre los distintos servicios. De modo que, como ocurre con otros sistemas nacionales (de salud, de protección civil...), para facilitar ahora el ejercicio del derecho a la movilidad por parte de los ciudadanos se erige un sistema tendente al ejercicio cooperativo, coordinado y eficiente de las competencias por cada una de las Administraciones públicas territoriales implicadas. Este sistema de movilidad ha de facilitar la movilidad activa y sostenible, pudiendo incluir servicios de transporte público regular,

26. *Vid.* Cano Campos (2011) acerca de la competencia municipal en materia de tráfico. También, y más recientemente, el análisis de España Pérez (2022: 253-269) sobre las competencias locales de ordenación del tráfico en un contexto más amplio de regulación del tráfico urbano como medida de sostenibilidad.

así como servicios de movilidad compartida y colaborativa. Y, como no puede ser de otro modo, las entidades locales, también competentes en materia de transportes y movilidad, han de tener un claro protagonismo en la conformación de ese sistema de movilidad, tal y como resulta de la (futura) creación de la Conferencia Territorial de Movilidad y Transportes (artículo 8) y del Consejo Superior de Movilidad y Transportes Sostenibles (artículo 11).

Así las cosas, si la movilidad sostenible en los entornos urbanos apuesta por fórmulas alternativas al vehículo privado no hay razón para poder proporcionar otras opciones en forma de servicios municipales más allá de los transportes públicos colectivos²⁷. No es casual, además, que, aparte de los sistemas de transporte público colectivo, otros sistemas de movilidad personal compartida, como el préstamo o alquiler de bicicletas públicas, o el uso compartido de vehículos automóviles, representen opciones cada vez más consolidadas en el espacio urbano de nuestras ciudades. Estos servicios de movilidad compartida mediante vehículos de movilidad personal (bicicletas, patinetes, *scooters* e incluso vehículos automóviles propulsados con tecnologías limpias) deben ser también un servicio público local²⁸, como quiera que también están llamados a satisfacer los intereses (en este caso de desplazamiento) de la ciudadanía²⁹ si se quiere avanzar, de una vez por todas y definitivamente, en la descarbonización del transporte y en la sostenibilidad en los desplazamientos por la ciudad.

La movilidad urbana, de igual modo que el transporte colectivo de personas, representa a nuestro juicio un servicio público, básico y esencial, que enraíza perfectamente con la idea de servicio público local, en los términos apunta-

27. Una puerta abierta, siquiera de forma tímida, la establece el artículo 3.2.c) de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de movilidad de Valencia, cuando atribuye a la Administración local la provisión de los servicios de transporte público dentro de los núcleos urbanos. Concretamente, se mencionan los servicios de transporte público urbano prestados mediante el arrendamiento de vehículos con conductor "u otras modalidades similares".

28. De la misma opinión es Mellado Ruiz (2019: 191), quien habla abiertamente de la prestación de nuevos servicios públicos como es el caso de los sistemas municipales de alquiler de bicicletas.

29. De hecho, no es casual que el artículo 3 bis de la Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad de Cataluña se intitule "La movilidad como servicio de interés general de carácter universal", pese a que luego el precepto aluda al "conjunto de actividades propias del sistema de transporte público urbano e interurbano integrado de Cataluña". Por otra parte, la tesis aquí defendida se sostiene gracias al marco normativo en materia de régimen local. Así lo vienen a confirmar el artículo 199 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón; el artículo 199.1 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Administración Local de La Rioja; el artículo 98 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de Madrid, y el artículo 151.1 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de Baleares. En todos estos preceptos citados se preceptúa que "son servicios públicos locales cuantos se prestan para satisfacer los intereses y necesidades de la comunidad vecinal en los asuntos de competencia de las entidades locales". Esta posibilidad de prestar servicios públicos para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal no es una facultad en abierto, como señala Mellado Ruiz (2019: 167), sino en los mismos términos establecidos por el artículo 25 LRBRL y, por ende, de forma coherente con el ámbito competencial así definido.

dos por el artículo 85.1 LRBRL, y que viene a ser prestado (obligatoriamente) por la entidad local como servicio indisponible en el ámbito de sus competencias. A partir de que el ámbito material considerado por la movilidad (urbana) sobre el que los municipios han de tener reconocidas competencias propias es de naturaleza básica prestacional, la conjunción asociativa competencia-servicio resulta ineludible también en esta materia. A mayor abundamiento, esta tesis por el reconocimiento explícito de un servicio público local de movilidad (urbano y sostenible) se acomoda, en todo caso, a la nueva redacción dada por la LRSAL al apartado 3 del artículo 25 LRBRL. Conforme a la misma, y a partir de las competencias municipales en las materias enunciadas en el apartado inmediatamente anterior, se obliga a una evaluación de la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera. Conveniencia que, en el caso del eventual servicio público de movilidad urbana sostenible, está fuera de toda duda por su carácter necesario para el libre desenvolvimiento de las personas en la ciudad, lo que no obsta para valorar, en sus justos términos, la incidencia que los principios citados (estabilidad, eficiencia y sostenibilidad financiera) pueden tener a la hora de decidir, no ya su implantación, sino su forma de prestación³⁰. Porque, a nuestro juicio, la LRSAL no da al traste con la esencialidad (obligatoriedad) de un eventual servicio público de movilidad urbana sostenible, por muchas exigencias presupuestarias y financieras que corresponda establecer dentro del nuevo marco de exigencias dispuesto por la propia LRSAL. Es más, en la postura aquí defendida por la que los municipios de más de 50 000 habitantes también vienen obligados a prestar este servicio básico se presume, en cierto modo, la garantía (y la existencia) de la debida cobertura presupuestaria en los términos ya recreados *ut supra*.

Reconocida la movilidad sostenible como servicio público local, el mismo debe ser un servicio reservado a las entidades locales de igual modo que el artículo 86.2 LRBRL hace con el transporte público de viajeros. Un término, el de reserva, que se representa como asunción de titularidad del servicio, justo como ha venido reconociéndose por nuestra doctrina³¹, y que puede deparar, aunque no necesariamente, su prestación en régimen de monopo-

30. Este es el resultado del tenor actual del artículo 85 LRBRL tras la modificación operada justamente por la LRSAL. Porque, en los términos advertidos por Parejo Alfonso (2016: 1925), el código de elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales "pivota ahora, en efecto, sobre la limitación de la opción por la gestión directa" y la preferencia del legislador por las formas de gestión indirecta "que gozan de la presunción legal de sostenibles y eficientes".

31. Del Guayo (2004: 93) insiste acertadamente en la idea de que "(l)a ley que reserva establece el servicio público, lo crea, y no prejuzga el modo en que el servicio va a gestionarse, pues la reserva implica más bien la exclusividad a favor del poder público, sin perjuicio de que *a posteriori* la actividad se conceda a los particulares, se gestione directamente por la Administración de forma monopolística o, por último, se gestione en parte directa y en parte indirectamente".

lio³² (reserva o exclusividad de gestión) cuando se aprecie la concurrencia de circunstancias de interés público legitimadoras de la exclusión de la iniciativa privada³³; porque así lo aconsejen razones de seguridad (vial y ciudadana), salubridad u orden público, sostenibilidad ambiental, o mayor racionalización en la utilización de espacios públicos, más que estrictamente por una cuestión de suficiencia o de rentabilidad puramente económica³⁴.

Sea como fuere, una eventual reserva de un servicio de movilidad se justifica en su esencialidad³⁵, en la necesidad de asegurar, en los desplazamientos urbanos de “último tramo” o “última milla”, la accesibilidad universal, la eficiencia y la sostenibilidad en el uso racional y equilibrado respecto de otros modos de transporte, colectivos e individuales. En suma, servicios esenciales en donde cabe reconocer una indudable impronta económica, y donde la reserva aparece justificada por tratarse de un servicio connatural a la propia entidad municipal y a la propia realidad del objeto sobre el que recae. Ahora bien, otra cosa es la forma de gestión de estos servicios públicos de movilidad urbana al tiempo de su prestación a los ciudadanos, que necesariamente deberá adoptarse sobre la base de los criterios de eficiencia y sostenibilidad (habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente “de entre las enumeradas a continuación”)³⁶. De este modo, la concreta prestación del servicio público de movilidad puede llegar a hacerse incluso de forma directa por la propia entidad local³⁷, bajo un siste-

32. En cuyo caso hay que observar las prescripciones del último párrafo del artículo 86.2 LRRL y el cumplimiento de los (nuevos) requisitos dispuestos en el artículo 97.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de régimen local (aprobado por RDLegislativo 781/86, de 18 de abril) referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y a la necesidad de recabar informe de la autoridad de competencia correspondiente.

33. No obstante, en el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia –Informe de 13 de marzo de 2013 (IPN 88/13) sobre el Anteproyecto de la LRSAL–, se debe ser lo más restrictivo posible en la lista de reserva al primar por contra el fomento de la competencia efectiva, sobre todo, como es aquí el caso, con los servicios de movilidad en sectores económicos pujantes y que, por tanto, admiten, en principio, presencia del sector privado.

34. Por ejemplo, la necesidad de evitar la proliferación descontrolada de servicios de movilidad urbana, con la consiguiente ocupación de espacios públicos, a lo que se suma también la necesidad de garantizar la intermodalidad de estos servicios de movilidad con el servicio de transporte público colectivo de viajeros.

35. Atendiendo precisamente a la idea de la esencialidad del servicio, conforme la tiene tempranamente reconocida el TC desde la Sentencia 26/1981, de 8 de abril, lo cual es perfectamente traducible ahora al caso de la movilidad urbana. También, desde otro punto de vista, la Recomendación del Consejo, de 16 de junio de 2022, para garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática, incluye la movilidad entre la definición de servicios esenciales (junto al agua, la energía, el saneamiento, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales).

36. De hecho, en esta misma línea se acomoda el fallo del TC (Sentencia 41/2016, de 3 de marzo) sobre la nueva redacción dada al artículo 85.2 LRRL por la LRSAL. En este sentido, y pese a que el máximo órgano constitucional admite que el (nuevo) artículo 85.2 LRRL condiciona la autonomía local sin llegar a vulnerarla en absoluto, los entes locales siguen conservando “amplios espacios de opción organizativa” (FJ 14.º) de sus servicios.

37. En este mismo sentido, Boix Palop (2019: 116) defiende la posibilidad de que las autoridades locales creen, junto a su oferta tradicional de red de transporte público, sus propias

ma público de gestión de la movilidad, o bien indirectamente a través de concesiones de servicios³⁸ u otras fórmulas en el marco de la normativa de contratación pública.

En definitiva, la reconfiguración prestacional, en el ámbito municipal, de la garantía de los desplazamientos de los ciudadanos mediante formas sostenibles y eficientes, obliga a una ampliación del contorno tradicional del servicio público de transporte colectivo de viajeros. Esta es, además, la filosofía del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible, en el que abiertamente se reconoce “la posibilidad de incluir la gestión integrada de servicios de movilidad o de infraestructuras vinculadas a los servicios”³⁹. Porque, hoy día, la realidad urbana es más rica y aglutina más posibilidades, por lo que amerita la redefinición del servicio público municipal, que, por ello, ha de pasar a ser un servicio público integral de movilidad urbana y sostenible.

3

La movilidad en la senda estatal de la descarbonización

3.1

La transición verde y digital del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: la movilidad como objetivo estratégico y prioritario

La crisis ocasionada por la COVID-19 ha traído consigo la mayor movilización de recursos en la historia de la UE, con el objetivo inmediato de iniciar la recuperación de las economías y los sistemas productivos de los Estados miembros⁴⁰.

plataformas públicas para compartir automóviles u otros vehículos o bien subsidiar algunas iniciativas privadas, cuando respeten los intereses públicos en materia de movilidad y realicen funciones de servicio público. *Vid.* también Boix Palop (2017).

38. Consideramos, a este respecto, que las posibilidades son variadas, comoquiera que pueden adjudicarse una o varias concesiones de servicios para un mismo tipo de vehículo compartido o bien integrar distintos tipos de vehículos o modos de transporte, individual o colectivo, en una misma estructura de gestión indirecta.

39. A mayor abundamiento, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible se afirma abiertamente que “el derecho a la movilidad no debe limitarse al acceso al transporte público ni a una visión centrada en las infraestructuras, sino que se deben utilizar todos los mecanismos e instrumentos disponibles para permitir satisfacer las necesidades de movilidad sin necesidad de disponer de un vehículo privado motorizado”.

40. El Consejo Europeo, de 21 de julio de 2020, decidió la aprobación de un paquete de medidas de gran alcance y la puesta en marcha de un Instrumento Europeo de Recuperación “*Next Generation EU*” por valor de 750 000 millones de euros. El 10 de noviembre de 2020 el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron un acuerdo sobre el paquete que incluye los fondos *Next Generation EU* y el Marco Financiero Plurianual 2021-2027. Y, en desarrollo del Programa *Next Generation EU*, finalmente se produce la aprobación del Reglamento (UE) 2021/2014, de 12 de febrero, por el que se establece el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia.

El Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (MERR) pone a disposición de los Estados miembros apoyo a través de transferencias directas y préstamos, para incrementar las inversiones públicas y acometer reformas tendentes a abordar los principales retos económicos y sociales en la etapa post-COVID. El artículo 17 del Reglamento (UE) 2021/2014 insta a los Estados miembros a elaborar planes de recuperación y resiliencia nacionales para alcanzar los objetivos del artículo 4⁴¹. En el caso concreto de nuestro país, el Gobierno aprobó el 27 de abril de 2021 el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia “España Puede” (PRTR)⁴². Un Plan tendente a canalizar los fondos destinados por Europa para reparar los daños provocados por la crisis de la COVID-19⁴³.

Por lo que aquí ahora más interesa, las medidas que recoge el PRTR cumplen con los seis pilares establecidos por el MERR y se articulan alrededor de cuatro ejes principales a los que se condiciona la ayuda financiera: la transición ecológica, la transformación digital, la cohesión social y territorial, y la igualdad de género. Estos cuatro ejes de trabajo se desarrollan, a su vez, en diez políticas palanca de entre las que nos ocupan concretamente dos: i) agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura; y ii) infraestructuras y ecosistemas resilientes. A su vez, estas políticas palanca integran diversos componentes o líneas de acción. Así, para la política de agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura, la Componente 1 descansa en el plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos⁴⁴. Mientras que, en el caso de la política de infraestructuras y ecosistemas resilientes, la Componente 6 aborda la movilidad sostenible, segura y conectada de cara a la digitalización y la sostenibilidad del transporte⁴⁵.

41. Para poder acogerse al MERR los Estados miembros deben presentar planes nacionales de recuperación y resiliencia en los que se definan programas de actuación con el objetivo de intensificar el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica y social, así como acelerar las transiciones ecológica y digital. *Vid.* artículo 18 en relación con lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2021/2014.

42. *Vid.* <https://planderecuperacion.gob.es>. *Cfr.* Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 29 de abril de 2021, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, por el que se aprueba el PRTR. Cabe apuntar que el 16 de junio de 2021 la Comisión Europea evaluó favorablemente el PRTR español y el 13 de julio de 2021 el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros procedió a su aprobación final.

43. Y al que le ha seguido, a modo de “llave” jurídica para posibilitar su ejecución, el RD-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 PRTR.

44. Donde el objetivo no es otro que impulsar la descarbonización de la movilidad urbana mediante la implantación de zonas de bajas emisiones, la transformación digital y sostenible del transporte urbano y la creación de incentivos a la instalación de puntos de recarga y a la adquisición de vehículos eléctricos.

45. Mediante la Estrategia de movilidad segura, sostenible y conectada materializada en un Programa de apoyo para un transporte sostenible y digital.

El PRTR persigue la movilización de fondos económicos priorizando la inversión en proyectos maduros y con un fuerte potencial tractor a través de subvenciones a fondo perdido a favor de entidades públicas, privadas y particulares. Y en ese escenario definido por el PRTR la movilidad sostenible, segura y conectada se erige como un componente estratégico y prioritario, superando su trascendencia circunstancial dentro de la estrategia española hacia la automatización, digitalización y descarbonización de la economía española.

En efecto, la movilidad constituye una de las *flagship initiatives* (tabla 8 del PRTR) del MERR como sector estratégico. No es casual, por ello, que la movilidad y el transporte constituyan los ámbitos con las mayores previsiones de inversión. En este sentido, la tabla 2 del PRTR recoge los principales programas de inversión previstos en la primera fase del Plan (2021-2023). Entre las inversiones clave destaca, por encima de todas las componentes, la estrategia de movilidad sostenible, segura y conectada, con más de 13 000 millones de inversión total, casi el doble de lo contemplado para el siguiente programa, el de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana (con casi 7000 millones de euros de inversión). Y dentro de aquella son las inversiones en la Componente 1 las que concentran todo el interés a la hora de financiar la implantación de zonas de bajas emisiones (ZBE) en municipios de más de 50 000 habitantes, la transformación de la flota de transporte urbano de pasajeros y mercancías con vehículos cero emisiones, y el plan de incentivos a la instalación de puntos de recarga y a la adquisición de vehículos eléctricos.

Con estos presupuestos, la movilidad parece prestarse bien al juego de la transición verde y digital⁴⁶. Descarbonización y digitalización abandonan la reformulación, no solo conceptual, sino también jurídica, de la nueva movilidad. Esta “ductilidad” de la movilidad se confirma por igual en lo verde y en lo digital⁴⁷. Como botón de muestra, el PRTR (p. 72) se refiere a ciertos ámbitos de futuro relacionados con la transición verde y digital, mencionando de forma expresa la movilidad sostenible junto a la eficiencia energética.

46. Así resulta claramente de la Recomendación del Consejo, de 16 de junio de 2022, para garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática. En su considerando 22, párrafo segundo, se afirma que la movilidad sostenible constituye un pilar fundamental para la garantía de la transición ecológica.

47. Empero, en la práctica, el impacto de la movilidad es bien distinto, al presentar un mayor calado ambiental o climático, con una contribución de más del 40 % a la transformación verde, que digital, con una contribución inferior al 10 % (tablas 4 y 5 del PRTR).

3.2

El giro de tuerca en la descarbonización de la movilidad: de sostenible a limpia sin emisiones

La “Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro”⁴⁸ establece una hoja de ruta para un futuro sostenible e inteligente del transporte europeo, con un plan de acción para lograr una reducción del 90 % de las emisiones del sector del transporte de aquí a 2050⁴⁹. Y para la consecución de ese objetivo, la Comisión Europea apuesta, paralelamente, por la descarbonización y la digitalización de la movilidad. Por lo que se refiere concretamente a la descarbonización, la movilidad aparece vertebrada sobre la base de tres pilares en los que la movilidad sostenible (primer pilar) pasa a representarse como una movilidad sin emisiones, lo que resulta de todo punto determinante en el texto de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética⁵⁰ (LCCTE), donde la movilidad sostenible, con el impulso de la electrificación, pasa a concebirse como una movilidad limpia sin emisiones en cuanto que uno más de los aspectos a tener presentes dentro de la estrategia de descarbonización de aquí a 2050. Una movilidad *work in progress*, en proceso normativo de “descarbonización”, que se convierte en una manifestación tangible de la llamada “ambición de una contaminación cero”, como objetivo transversal que contribuye a la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de Naciones Unidas y complementa el objetivo de neutralidad climática para 2050. La movilidad está llamada, así, a experimentar un nuevo giro de tuerca en la senda de descarbonización y de neutralidad climática como oráculos sobre los que emerge la LCCTE⁵¹. En este sentido, la movilidad limpia o sin emisiones cristaliza, desde las bondades cumplidas por la movilidad sostenible, como medida de mitigación claramente reguladora u ordenadora del uso del vehículo privado, sobre todo en aquellos supuestos en los que direc-

48. COM (2020) 789 final, de 9 de diciembre.

49. Ya en el Pacto Verde Europeo –COM (2019) 640 final, de 11 de diciembre– enfatiza cómo el transporte debe ser “infinitamente menos contaminante” (p. 13), sobre todo en las ciudades.

50. La LCCTE representa así un relevante punto de flexión normativo para el necesario pistoletazo de salida hacia la transformación, no solo económica, sino también energética y ambiental del país. Son muchos los aspectos y cuestiones que están detrás de un texto llamado a representar una auténtica “ventana de oportunidad” hacia un compromiso climático directo y realista de nuestro país a la hora de “facilitar la descarbonización de la economía española, su transición a un modelo circular, de modo que se garantice el uso racional y solidario de los recursos”.

51. No es casual que en la LCCTE se insista en medidas para impulsar la movilidad sin emisiones, comoquiera que, en la propia Memoria de análisis de impacto normativo que acompaña al Anteproyecto de Ley, ya se advierte cómo “uno de los cambios más relevantes que debe hacerse para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París es el que incide en la promoción de una movilidad sin emisiones” (pp. 43 y 44).

tamente se desarrolla una auténtica reglamentación del acceso urbano a través de medidas prohibitivas y/o de restricción del tráfico. Desde la LCCTE se fomentan “imperativamente” los medios de transporte no motorizados, el transporte público colectivo y la movilidad eléctrica a fin de reducir los atascos y la contaminación en las calles. Todo ello aderezado desde el Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos, que persigue el impulso de la descarbonización de la movilidad urbana y la mejora de la calidad del aire, con el apoyo a las inversiones necesarias para la creación de ZBE en los municipios de más de 50 000 habitantes.

3.3

La descarbonización efectiva de la movilidad urbana: bienvenidos a los juegos del hambre

La aprobación de la LCCTE ha traído consigo el reto efectivo de la descarbonización como vector clave de la economía y la sociedad en nuestro país. Concretamente, el artículo 14.3 LCCTE impone a los municipios de más de 50 000 habitantes (así como a los territorios insulares) la adopción, antes de 2023, de planes de movilidad urbana sostenible (PMUS⁵²) comprensivos de medidas de mitigación de las emisiones derivadas de la movilidad. La LCCTE aprovecha, así, la amplia funcionalidad de los PMUS⁵³ para convertirlos en beneficiarios de las medidas de mitigación contra las emisiones asociadas a la movilidad urbana. Entre el elenco de las medidas que se recogen en el apartado 3 del artículo 14 LCCTE, un número importante de las mismas lo son en materia de movilidad *stricto sensu*, mientras que otras “nuevas” se refieren a recientes nichos de mercado representados, sobre todo, por las posibilidades llamadas a ofrecer por los vehículos eléctricos. Concretamente, el artículo 14.3 LCCTE recrea hasta nueve medidas⁵⁴, constituyendo la primera de todas la más importante, mediática y problemática, a saber, la implantación generalizada, antes de 2023, de ZBE en los municipios de más

52. El Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible recoge en su artículo 23 el Instrumento de Planificación Estratégica Estatal en Movilidad, donde, entre otras consideraciones, se detallan las obligaciones para la elaboración de PMUS por parte de las entidades locales.

53. Nos permitimos remitir al lector a nuestras reflexiones al respecto que se encuentran recogidas en Fortes Martín (2021: 147-174).

54. Y que podemos sistematizar en: i) el uso del transporte público colectivo y el cambio modal hacia modos de movilidad de bajas o nulas emisiones; ii) la reducción de los tráficos motorizados y la mejora de la calidad del aire; iii) la propia movilidad sostenible y la integración de los planes específicos de electrificación de última milla en su asociación con las ZBE; y iv) la apuesta por la electrificación con repercusión en la mejora de la calidad del aire.

de 50 000 habitantes para mejorar la calidad del aire y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero.

Que el legislador estatal opte en la LCCTE por el umbral poblacional de los 50 000 habitantes parece encontrar justificación, siquiera sea a efectos puramente indiciarios⁵⁵, en el hecho de que los municipios de más de 50 000 habitantes vienen obligados también a prestar el servicio de transporte colectivo urbano de viajeros (artículo 26.1.d] LRBRL); materia que, sin confundirse con la movilidad, sí presentan ambas, en estrictos términos competenciales, el mismo radio de acción.

Sea como fuere, el umbral poblacional de 50 000 habitantes⁵⁶ no es un valor absoluto, comoquiera que el párrafo segundo del artículo 14.3 LCCTE abre la posibilidad a que la exigencia de adoptar PMUS con medidas de mitigación para reducir las emisiones derivadas de la movilidad también se imponga a los municipios de más de 20 000 habitantes, “cuando se superen los valores límite de los contaminantes regulados en Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire”. Excepción esta que viene a confirmarse también en el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible, cuyo artículo 25.1 prescribe, sin perjuicio del artículo 14 LCCTE, la aprobación de un PMUS simplificado⁵⁷ para los municipios de más de 20 000 y menos de 50 000 habitantes.

Según el INE, y a partir de los datos del Registro de Entidades Locales, de los 8131 municipios de nuestro país, 148 de ellos cuentan con una población superior a 50 000 habitantes. Esto mismo atestigua que la obligación de contar con un PMUS y la implantación de ZBE afectan a un porcentaje residual del 1.82 % de la realidad municipal. Sin duda, se trata de un dato muy pobre⁵⁸ si lo que se pretende es impactar con una profunda descarbo-

55. Una justificación que, salvo error u omisión nuestros, no encontramos ni en la Memoria de análisis de impacto normativo que acompañaba al Proyecto de Ley, ni en la propia Exposición de Motivos de la Ley, ni en la propia tramitación parlamentaria de la que acabaría siendo la LCCTE.

56. El umbral poblacional de los 50 000 habitantes resulta un tanto discutible, tal y como ya hemos tenido ocasión de precisar en otro momento y lugar (Fortes Martín, 2022: 375-377), por el efecto de igualación de realidades municipales que provoca al fijar un umbral, no razonado ni explicado, de 50 000 habitantes en un escenario en el que no puede ser la misma la situación de las principales ciudades del país que la de aquellos otros municipios que superan, por poco, la cifra de 50 000 habitantes.

57. De esta forma, el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible corrige el efecto perverso creado por la LCCTE donde en poblaciones con menos de 50 000 habitantes, pero en todo caso con más de 20 000 habitantes e, incluso, en algunas capitales de provincia, no resultara obligatoria la aprobación de un PMUS pese a sus volúmenes de tráfico y desplazamientos en algunos de sus puntos urbanos o interurbanos, así como por razón de otros condicionantes de tráfico, urbanísticos, culturales o ambientales. Es más, el artículo 25.2 del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible contempla la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan recomendar o exigir a municipios no incluidos en el apartado anterior la aprobación de PMUS.

58. Ello sin contar ahora con otros 410 municipios de más de 20 000 habitantes que también pueden venir obligados en los términos apuntados *ut supra*. Pero considerando los 148

nización en el conjunto del territorio nacional. Ahora bien, detrás de esta decisión del legislador de situar el foco en los municipios de más de 50 000 habitantes puede encontrarse, aparte de la razón sustantiva de tratarse de municipios que vienen obligados a prestar el servicio de transporte colectivo urbano de pasajeros, una justificación económica y/o presupuestaria. Y es que el argumento financiero pesa sobremanera, ya que, de inicio, se ha decidido como suficiente subvencionar las obligaciones de únicamente los 148 municipios de más de 50 000 habitantes. Es así como la obligación de establecer PMUS e implantar ZBE a los municipios de más de 50 000 habitantes ha venido acompañada de un “colchón” financiero en forma de ayudas por más que muchos de estos municipios sean solventes, dispongan de unas arcas públicas saneadas o, como en el caso de las dos principales ciudades del país –por sus propias necesidades concretas en la lucha por mantener unos niveles aceptables de calidad del aire marcados por la Directiva 2008/50, de 21 de mayo, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa–, vayan a la cabeza en el establecimiento de ZBE. Porque a nadie se le escapa que la movilidad cuesta dinero y, en los últimos tiempos, está conduciendo a los municipios a un auténtico *sudoku* presupuestario para que las cuentas cuadren. Es más, la planificación de la movilidad sostenible se ha venido fomentando vía condicionamiento financiero hasta el punto de que el legislador estatal (artículo 102 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible –LES–) ya supedita la concesión de cualquier ayuda o subvención a las Administraciones autonómicas o locales con destino al transporte público urbano o metropolitano, y con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (DA 84.^a de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2023), a la disponibilidad de un PMUS previamente aprobado. También ahora la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para el Programa de ayudas a municipios para la implantación de ZBE y la transformación digital y sostenible del transporte urbano, obliga (artículo 5.4) a las entidades locales potencialmente beneficiarias de una ayuda para la implantación de ZBE a tener aprobado y vigente un PMUS al tiempo de presentar su solicitud. Es así como se sigue constatando una suerte de “tutela estatal” sobre los municipios a la hora de verse obligados a reconducir sus estrategias de descarbonización por el “camino” fijado, a golpe de talonario, por el Gobierno de la nación, lo que puede llegar a entrañar una intromisión en toda regla en las competencias locales propias.

municipios una vez comenzado el año 2023, solo 19 de ellos han mostrado estar en condiciones de cumplir con la obligación de instaurar ZBE a partir del 1 de enero de 2023, esto es, el 13 %, lo que representa únicamente el 0,23 % del total de los municipios afectados por la obligación.

4

El coste de la descarbonización y su impacto en la movilidad: el “rally” municipal de las zonas de bajas emisiones

4.1

Las zonas de bajas emisiones y su encaje en el puzle local

El artículo 14.3 LCCTE enumera, entre las medidas de mitigación llamadas a reducir las emisiones derivadas de la movilidad que al menos deben incluirse en los PMUS, “el establecimiento de zonas de bajas emisiones antes de 2023”⁵⁹. No es casual que la primera de las medidas de mitigación mencionadas en la LCCTE sea la fijación de ZBE, en un claro guiño a la conjunción asociativa que mantienen los PMUS con los planes de calidad del aire. De hecho, tanto la Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030 como el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 ya apuntan a la generalización de la limitación de acceso a los vehículos más contaminantes en las áreas centrales de las ciudades de más de 50 000 habitantes, lo que entraña un cambio modal con reducción del tráfico de pasajeros en entornos urbanos de un 35 % hasta 2030.

La LCCTE, pero no el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible, define las ZBE⁶⁰ en el mismo artículo 14.3, si bien sin determinar un régimen mínimo para las mismas, proyectando, de esta forma, igual silencio que la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección del ambiente atmosférico, y que el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire. Esta laguna se ha cubierto con la aprobación del Real Decreto 1052/2022, de 27 de diciembre, por el que se regulan las ZBE. Disposición dictada al amparo de la habilitación de desarrollo prevista en la disposición final sexta LCCTE y que entró en vigor (disposición final cuarta) el día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 29 de diciem-

⁵⁹. Recuérdese que el Proyecto de Ley de cambio climático se refería al establecimiento de ZBE no más tarde de 2023, lo que permitía eventualmente su creación a lo largo de 2023. Con la versión final publicada de la LCCTE la implantación de ZBE es más estricta, por cuanto se tiene que producir en todo caso, y a más tardar, el 31 de diciembre de 2022.

⁶⁰. Como “el ámbito delimitado por una Administración pública, en ejercicio de sus competencias, dentro de su territorio, de carácter continuo, y en el que se aplican restricciones de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos para mejorar la calidad del aire y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, conforme a la clasificación de los vehículos por su nivel de emisiones de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Vehículos vigente”. Contrasta, sin duda, esta definición con la más escueta y convencional recogida en la Estrategia Española de Movilidad Sostenible (https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/estrategia_esp_movilidad.aspx), en la que las ZBE constituyen “zonas donde se limita la entrada de más vehículos contaminantes”. Resulta paradigmático que el anexo I, apartado 9, del RD 1052/2022 obligue a incorporar en el contenido mínimo del proyecto de ZBE “un análisis jurídico de la naturaleza de la ZBE”.

bre de 2022, lo que no deja de resultar un tanto sorprendente comoquiera que el mandato de contar con ZBE para los municipios de más de 50 000 habitantes debe producirse “antes de 2023”⁶¹.

El Real Decreto 1052/2022 dispone los requisitos mínimos que deben satisfacer todos los proyectos de ZBE aprobados por las entidades locales en cumplimiento de la obligación del artículo 14.2 LCCTE. Tal y como recogía el Anteproyecto de Ley estatal de movilidad sostenible (DA 7.^a), aunque no finalmente el Proyecto de Ley estatal remitido al Congreso, la definición y regulación de las ZBE es competencia de las entidades locales a través de sus ordenanzas municipales. Ahora bien, no deja de resultar sorprendente que la regulación de las ZBE corresponda a las entidades locales “en el marco del desarrollo de sus competencias en materia de medio ambiente urbano”, sin que en ningún momento el artículo 2.2 del Real Decreto 1052/2022 aluda también a la competencia en materia de movilidad y tráfico⁶². Ahora bien, aunque en un principio pudiera llegar a inferirse que dentro del “medio ambiente urbano” se encuentra también la movilidad sostenible, la propia consideración de medio ambiente urbano contenida en el artículo 25.2.b) LRBRL destierra esa primera impresión. Porque en ese precepto se señala que por medio ambiente urbano se entiende, “en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas”, sin mención alguna a la movilidad sostenible, ni mucho menos a la implantación de ZBE.

Sea como fuere, una ZBE entraña un área delimitada en la que, justamente, por razón de circunstancias de índole ambiental y climática, van a operarse restricciones y/o limitaciones a la circulación de vehículos a motor⁶³ a partir de la habilitación contenida en el artículo 16.4 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. También desde la propia LCCTE, donde se procede a la institucionalización definitiva de las ZBE como medida de mitigación generalizada en los municipios de más de 50 000 habitantes, pero no en el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible, donde se echa en falta una mínima mención a las ZBE en su correspondencia con la LCCTE y con el Real Decreto 1052/2022.

61. No obstante, la DT única del propio RD 1052/2022 contempla un período de 18 meses de adaptación a sus previsiones para las ZBE ya fijadas con anterioridad a su entrada en vigor.

62. Por contra, la DF 1.^a del RD 1052/2022 ampara la aprobación de la disposición reglamentaria en el doble título competencial del artículo 149.1.23 CE (legislación básica sobre protección del medio ambiente) y del artículo 149.1.21 CE (tráfico y circulación de vehículos a motor).

63. Para el análisis detallado de las limitaciones o restricciones del tráfico rodado en las ciudades, particularmente por motivos ambientales, remitimos al lector al trabajo de Sánchez Sáez (2019).

Cabe tener presente que esas restricciones que operan dentro de una ZBE no se adoptan necesariamente por la mejora de la movilidad sostenible. Más bien, su adopción viene motivada por otras razones de interés público que suponen, también y en definitiva, una mejora (indirecta) de la movilidad en general. De modo que, en la LCCTE, el establecimiento de ZBE y las limitaciones y/o restricciones a la circulación asociadas a las mismas son una consecuencia accesoria, un instrumento medial de la consecución de otros fines prevalentes como la calidad del aire, la mitigación del cambio climático, la mejora de la salud de las personas y la calidad de vida urbana⁶⁴. Se demuestra con ello que, pese a no contar con todo el protagonismo, la movilidad sostenible está latente, entre las finalidades a cumplir por una ZBE, a la hora de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero con la menor utilización del vehículo privado y una mayor recuperación del espacio público para el peatón.

A mayor abundamiento, el establecimiento de ZBE está llamado a convertirse, bajo la égida de la LCCTE, en “principal fuerza motriz impulsora del cambio modal”, conforme se postula en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, de cara a la transformación de las ciudades para garantizar la mejora de la calidad de vida a través de la mejora de la calidad del aire. Pero ese cambio modal no puede obviar la necesidad de considerar la realidad de las personas y sus posibilidades de desplazamiento, de forma que la implantación de ZBE no acabe provocando un efecto barrera y un auténtico obstáculo a la movilidad urbana de determinados colectivos de personas.

En efecto, el reconocimiento explícito del derecho a la movilidad como derecho subjetivo de los ciudadanos en el artículo 4 del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible se refuerza con determinados aspectos inclusivos de la movilidad. Porque la movilidad inclusiva pasa a ser el *core* de los sistemas de movilidad en el ámbito urbano. Pese a que el texto del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible se preocupa por incluir referencias expresas a la movilidad inclusiva⁶⁵, empero, de manera incoherente a nuestro modo de ver, entre los principios rectores de la futura norma (sostenibili-

⁶⁴. La liberación del uso circulatorio de espacio físico para combatir el efecto de isla de calor; la mejora de la permeabilidad del suelo; y el favorecimiento de la renaturalización, la conectividad natural y la mejora de la biodiversidad urbana, entre otros extremos que contribuyen, justamente, al aumento de la calidad de vida en las ciudades.

⁶⁵. Al recoger una definición expresa de la movilidad inclusiva en el artículo 2; el fomento de la movilidad inclusiva en las guías de buenas prácticas de movilidad; la movilidad inclusiva para personas con necesidades especiales (artículo 30); y en las actuaciones de regulación y promoción de la introducción progresiva de los vehículos automatizados en el sistema de transportes por parte de las Administraciones públicas, con protección de los derechos de las personas en el desarrollo de esta tecnología y de los datos, con aseguramiento de que la movilidad sea inclusiva y accesible (artículo 80).

dad, digitalización) no se incluye la integración ni la inclusión más allá de las menciones indirectas a la cohesión social y territorial y al fomento de la ciudad de proximidad. No se alcanza a comprender la falta de reconocimiento de la inclusión como un principio rector de la movilidad cuando el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible se preocupa, en su artículo 1.2.a), de disponer que el objeto de la Ley es “establecer los principios generales que permitan el desarrollo de un sistema integrado de movilidad para todos los ciudadanos y las ciudadanas, seguro, sostenible, accesible, inclusivo y digitalizado, a un coste razonable para el usuario y el conjunto de la sociedad”. Tampoco el Real Decreto 1052/2022 menciona la inclusión ni la apuesta por una movilidad inclusiva entre el contenido mínimo del proyecto de ZBE del anexo I. Sí se obliga a realizar (apartado 11 del anexo I) un análisis de impacto social, de género y de discapacidad “con especial énfasis en los grupos sociales de mayor vulnerabilidad, tanto desde la perspectiva de beneficios para la salud como de limitación individual de la movilidad”. Y es que la implantación de ZBE puede atentar contra una movilidad inclusiva y realmente equitativa. Las ZBE, sin duda alguna, fuerzan hacia un cambio modal donde pueden llegar a generarse importantes diferencias socioeconómicas entre aquellos ciudadanos que se puedan seguir permitiendo vehículos privados, más costosos, y que al contar con etiqueta ambiental⁶⁶ estén autorizados a circular por las ZBE, y los ciudadanos con menos recursos, con vehículos más viejos y, por ende, más contaminantes, que se ven obligados a variar sus hábitos de desplazamiento ante la menor capacidad económica para afrontar la renovación de sus vehículos.

La movilidad es sostenible, pero además debe ser “social”, por inclusiva, al albergar un elevado componente de equidad social a la hora de garantizar el derecho a desplazarse de los ciudadanos, de forma que el acceso a los diferentes servicios (educación, sanidad, empleo, ocio, bienes) que ofrece la ciudad sea posible para todos ellos, y en igualdad de oportunidades, con independencia de su estatus (motorizado o no). De lo contrario, una movilidad descarbonizada, pero artificialmente cerrada o restringida únicamente a los más privilegiados o a “los que se lo puedan permitir”, es un factor indudable de exclusión social, de desigualdad y de pobreza. Pese a la importancia de las ZBE, no puede perderse de vista la necesaria disposición de usos del sue-

66. Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de marzo de 2022 (ROJ: STSJ CAT 1577/2022, STSJ CAT 1578/2022, STSJ CAT 1579/2022) recaídas sobre la ZBE en la ciudad de Barcelona, afirman que “el sistema de distintivo ambiental DGT, que excluye a los vehículos por razón de su antigüedad, unido a su rigidez, por la falta de alternativas viables para homologar los vehículos sin distintivo, implica que la movilidad en las ZBE en las zonas prohibidas se condicione a la capacidad económica del titular para proceder a la adquisición de un vehículo con distintivo ambiental”.

lo con criterios sostenibles, pero también sociales de movilidad, en aquellos ámbitos urbanos donde pasa a restringirse y/o prohibirse el acceso a los vehículos privados contaminantes.

4.2

El paquete de ayudas para la implantación de zonas de bajas emisiones

El “golpe” financiero que para muchos municipios ha supuesto y sigue suponiendo la implantación obligatoria de ZBE se ha intentado amortiguar por el Gobierno de la nación con las bondades de los fondos *EU Next Generation*. De este modo, se ha articulado un programa específico de ayudas por el que se canaliza el plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos como parte de la inversión de la Componente 1 del PRTR. Este paquete de ayudas aparece regulado por la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto⁶⁷. El objeto de la Orden TMA/892/2021 es establecer las bases reguladoras y la primera convocatoria pública para la concesión de subvenciones nominativas a entidades locales destinadas a la financiación de actuaciones⁶⁸ integradas en el programa para la implantación de ZBE y la transformación del transporte urbano y metropolitano.

Pese al bienintencionado propósito de contribuir al sostenimiento financiero de los municipios que se ven obligados a soportar la carga de instaurar ZBE, el paquete de ayudas nace adoleciendo jurídicamente de una serie de mínimas certezas. En este sentido, no deja de resultar sorprendente que antes de conocerse el régimen jurídico acabado de las ZBE mediante el Real Decreto 1052/2022 se aprobaran las ayudas tendentes a su establecimiento. De forma que la implantación de las ZBE se ha venido produciendo “un tanto a ciegas⁶⁹” por parte de las entidades

67. Ulteriormente modificada por la Orden TMA/354/2022, de 25 de abril, y la Orden TMA/1012/2022, de 20 de octubre.

68. Concretamente, el programa de ayudas se estructura en cuatro líneas de actuación: a) actuaciones de implementación de ZBE que recojan el conjunto de inversiones que requiere su puesta en funcionamiento; b) medidas destinadas a la transformación digital y sostenible del transporte público e impulso a la movilidad saludable; c) actuaciones de transformación de flotas de transporte público con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos de la Directiva de Vehículos Limpios; y d) actuaciones de digitalización que redunden en una mayor eficacia en la gestión del tráfico y del transporte y la gestión de la demanda, así como en el análisis de información. El listado completo y detallado de actuaciones potencialmente subvencionables se recoge en el artículo 34 de la Orden TMA/892/2021.

69. Bien es cierto que, con el fin de posibilitar el desarrollo de las ZBE, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico ha elaborado, en colaboración con la FEMP, unas

locales, comoquiera que el Real Decreto 1052/2022, de 27 de diciembre, regulador de las ZBE, con el fin de disponer de una legislación homogénea en todo el territorio nacional para facilitar el establecimiento de ZBE, se ha aprobado a escasos días de hacerse obligatorio el cumplimiento del mandato del artículo 14.3 LCCTE.

Por otra parte, se ha pergeñado un paquete de ayudas que se dirige a posibilitar, principalmente, la implantación de ZBE, con una provisión de 1500 millones de euros⁷⁰, con la anomalía de tomar por igual la realidad de todos los municipios de más de 50 000 habitantes (y territorios insulares), sin discriminar la situación completamente distinta de los municipios que alcanzan por poco⁷¹ esa cifra, y que pueden tener más dificultades, de la que presentan, por contra, las capitales de provincia o las seis principales ciudades del país.

A partir de su definición inicial, la ulterior puesta en marcha de las ayudas a las ZBE no ha podido ser (y continúa siendo) más accidentada, demostrándose con ello que la consecución de la descarbonización no es tan solo una cuestión de voluntad, sino también de tiempo y, sobre todo, de dinero. Porque una vez hecho público el anuncio⁷² de la Resolución Provisional de la Secretaría General de Transportes y Movilidad de concesión de las ayudas de la primera convocatoria, se revela que no hay ayudas para todas las solicitudes, por existir un remanente de crédito insuficiente⁷³. Esta falta de remanente de crédito suficiente, sumada a la dilación en la adjudicación

Directrices para la creación de ZBE que se hicieron públicas en noviembre de 2021. Estas Directrices se han convertido en el documento guía para la instauración de las ZBE hasta la aprobación del RD 1052/2022, que fija homogéneamente los requisitos mínimos que deben cumplir todas las ZBE. Pero incluso una vez en vigor el RD 1052/2022, su artículo 10.1 reconoce que para la elaboración del proyecto de ZBE se podrán seguir utilizando, como referencia, las Directrices del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

70. La cuantía total máxima de las ayudas a conceder en el marco de la primera convocatoria es de 1000 millones de euros con cargo a las anualidades 2022 y 2023, y de 500 millones de euros en la segunda convocatoria (de 2024). Empero, está previsto el empleo de una cuantía adicional máxima de 50 millones de euros.

71. Más aún, tampoco se discrimina la realidad de aquellos municipios que no llegan a los 50 000 habitantes, pero que cuentan con más de 20 000, disponen de un servicio de transporte público colectivo urbano interior, un PMUS aprobado, y que, por todas las anteriores razones, también pueden ser beneficiarios de las ayudas conforme a la Orden TMA/892/2021.

72. Ese anuncio, de fecha 23 de febrero de 2022, declaró admitidas al procedimiento de revisión y evaluación un total de 262 solicitudes, anulando otras 8 solicitudes adicionales por petición expresa de las entidades interesadas. Finalmente, y tras una serie de inadmisiones por incumplimiento de los requisitos de elegibilidad establecidos en las bases reguladoras de la convocatoria, así como también por no superarse los umbrales mínimos de puntuación requeridos en cada fase de valoración, un total de 179 solicitudes (que representan 656 actuaciones) cuentan con subvención aprobada.

73. La Orden TMA, de 20 de mayo de 2022, por la que se conceden las ayudas a municipios en la primera convocatoria, deja fuera y desestima 50 solicitudes (Anexo III) por agotamiento del crédito disponible.

de las ayudas a las solicitudes en reserva, tras las renunciadas producidas, ha provocado la demora en la publicación de la Resolución definitiva de adjudicación. Esta circunstancia dificulta que las entidades beneficiarias puedan cumplir el primer hito de gestión establecido en el artículo 39.2 de la convocatoria, a la hora de certificar el inicio de los procesos de licitación de las actuaciones objeto de subvención antes del 30 de abril de 2022, lo que ha obligado al Gobierno a reaccionar flexibilizando⁷⁴ el plazo inicialmente dispuesto, retrasándolo, pero únicamente por dos semanas, hasta el 15 de junio de 2022.

4.3

La letra pequeña del programa de ayudas: lo que (des)espera a los Gobiernos Locales

Dejando a un lado ahora el incumplimiento en el que han incurrido la mayor parte de los municipios –por no contar, antes de 2023⁷⁵, con una ZBE operativa–, cabe centrarse en la situación de aquellos otros municipios solicitantes y/o beneficiarios de las ayudas. Porque a la de por sí compleja gestión diaria de la realidad local en municipios con un volumen poblacional considerable se suma una nueva dificultad (urbanística y ambiental) en forma de implantación forzada y “a toda prisa” de ZBE en pleno proceso urbano de descarbonización. Ello, además, en un contexto inédito hasta ahora para una Administración como la local que, pese a las reformas normativas emprendidas⁷⁶, no goza aún de toda la flexibilidad, agilidad y capacidad de respuesta que demandan las problemáticas ciudadanas en un escenario de emergencia climática. Sin duda, ser beneficiario de

74. Modificando para ello la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto, por la Orden TMA/354/2022, de 21 de abril.

75. No deja de resultar sorprendente que la Orden TMA/892/2021, que además dispone el régimen de la primera convocatoria, enfatice que, de cara a contribuir a los objetivos finales del PRTR y garantizar el efecto transformador en la economía “con la mayor prontitud posible”, las actuaciones a financiar deban ser lo suficientemente maduras y solventes técnica y financieramente como para que puedan estar efectivamente implantadas y en funcionamiento “antes de diciembre de 2024” y puedan cumplir todos los hitos y objetivos establecidos para el uso de los fondos europeos. De modo que cabe constatar un desacoplamiento temporal entre la obligación sustantiva de la LCCTE (antes de 2023) y la fórmula subvencional de la Orden TMA/892/2021, que toma el 2023 como simple punto de partida financiero y no como fecha límite.

76. Es el caso del RD-ley 36/2020, por el que se acometen diversas reformas de la gestión presupuestaria de manera que se agilizan algunas modificaciones presupuestarias, las transferencias de crédito, la aprobación de créditos extraordinarios y suplementos de crédito, o se permite a las entidades locales que, directamente y sin autorización del pleno, puedan tramitar gastos plurianuales, siempre que el objeto de todas estas actuaciones sean los proyectos financiados con cargo al PRTR.

una de estas ayudas constituye un importante espaldarazo cuando no un verdadero logro político, no se olvide, en un año electoral como el 2023, ante el elevado coste que supone acomodar ambientalmente la movilidad y la reordenación urbanística del tráfico rodado de toda una ciudad. Pero tampoco puede perderse de vista el coste procedimental o burocrático al que tienen que hacer frente las entidades locales beneficiarias, donde las exigencias habituales de los programas de subvención se han visto acentuadas considerablemente por encontrarnos ante un tipo de ayudas soportadas por los fondos *EU Next Generation*. Porque tan beneficioso es estar en disposición de recibir un montante económico de modo rápido y efectivo, como perjudicial es verse involucrado en una espiral administrativa de preparativos y justificaciones sin parangón hasta ahora bajo los postulados de la legislación general de subvenciones. De entrada, las entidades locales solicitantes de ayuda se ven compelidas a cumplir con unos estrictos requisitos en sus actuaciones presentadas (artículo 5.1 de la Orden TMA/892/2021). A ello se suma que la actuación cuya subvención se solicita ha de ser “suficientemente madura”⁷⁷ y “solvente técnica y financieramente”, lo que a su vez introduce grandes incógnitas y siembra de dudas la decisión de las entidades locales para atreverse finalmente a dar el paso y presentar sus actuaciones.

A mayor abundamiento, y superado este primer filtro, una vez obtenida la ayuda recaen sobre las entidades beneficiarias, además de las obligaciones contenidas en las bases reguladoras, las recogidas en el artículo 19 de la Orden TMA/892/2021. El resultado último es un férreo escrutinio ante el obligado cumplimiento de los mecanismos reforzados de evaluación de proyectos, de control de ejecución y de rendición de cuentas de un régimen subvencional claramente “blindado” por razones obvias. Régimen que, por razón de su inserción en el MERR, no responde cabal y miméticamente a los presupuestos tradicionales de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, sino que, más bien y por superposición, presenta una justificación y control de las actuaciones subvencionadas mucho más exigente, para el que muchas entidades locales no cuentan con la debida *expertise* y a las que, a buen seguro, les ha cogido (o cogerá) “con el pie cambiado”.

⁷⁷. La propia Orden TMA/892/2021 reconoce “la necesidad de que las solicitudes de ayudas se refieran a actuaciones con alto grado de madurez que permita su ejecución en los plazos ajustados del Plan de Recuperación”. De hecho, el artículo 12.1.a) relativo a los criterios de valoración detalla que la madurez de la actuación se puntúa con 40 de los 75 puntos totales, teniéndose en cuenta el estado de preparación de las actuaciones propuestas y la disposición a iniciar la ejecución de las actuaciones lo antes posible y concluir las de manera exitosa en el plazo previsto.

En efecto, comoquiera que este programa de ayudas está financiado con cargo a los fondos *EU Next Generation*, todas las actuaciones subvencionadas deben cumplir, además de con el Real Decreto-ley 36/2020, con lo dispuesto por la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del PRTR, y por la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de las componentes del PRTR. La ejecución del MERR, a través del PRTR, obliga a los Estados miembros a establecer un sistema de control interno eficaz y eficiente, lo que ha provocado diversas adaptaciones de los mecanismos clásicos de control, basados principalmente en la certificación del gasto, para pasar a sustentarse a partir de ahora en sistemas de información de gestión y seguimiento, así como, constituyendo la principal novedad, en el cumplimiento de ciertos hitos y objetivos según la Decisión de Implementación del Consejo (artículos 11 y 3 de la Orden HFP/1030/2021). Porque, con independencia de la flexibilización en los plazos de licitación, sigue manteniéndose la obligatoriedad del cumplimiento de los hitos de adjudicación y objetivos de terminación establecidos en el artículo 39 de la convocatoria para cada una de las actuaciones financiadas⁷⁸, de manera que es causa de pérdida de la subvención y obligación de reintegro de las cuantías percibidas el incumplimiento en los hitos en cuanto a obligaciones de licitación, adjudicación o terminación de las actuaciones cuando no se pueda garantizar el cumplimiento de los objetivos globales comprometidos para la Componente 1 del PRTR. A ello se suman, además, la puesta en escena de nuevos compromisos y la necesidad de justificar las ayudas recibidas, una vez ejecutadas las acciones subvencionadas, de forma extremadamente rigurosa (artículos 23 y 40 de la Orden TMA/892/2021).

Por último, el hándicap de las penalizaciones que, a buen seguro, llegarán y a las que se verán expuestos muchos Gobiernos locales por los

⁷⁸. Las entidades locales beneficiarias deben certificar haber adjudicado al menos el 60 % de la subvención concedida antes de la conclusión de noviembre de 2022 sin perjuicio de la finalización de todas las actuaciones dentro del plazo establecido en la convocatoria (hasta diciembre de 2024, prorrogable de manera extraordinaria hasta un máximo de un año adicional más). De lo contrario, se penaliza aplicando una reducción del 5 % en el importe del pago anticipado correspondiente a la anualidad 2023 por cada mes de retraso o fracción respecto a dicha fecha hasta que se acredite que se ha adjudicado dicho importe mínimo, siendo la subvención concedida reducida en una cuantía equivalente al importe detruido de este pago anticipado. No obstante lo anterior, el incumplimiento de este hito en la fecha original puede conllevar la pérdida de la subvención y la obligación de reintegro de las cantidades ya percibidas, al menos cuando el incumplimiento impida el retorno de fondos europeos al Tesoro, de conformidad con lo establecido en el artículo 25.5 de la Orden TMA/892/2021.

posibles retrasos no solo en la fecha de entrada en funcionamiento de las ZBE, sino también en la certificación de la adjudicación de la subvención concedida. A lo que cabe añadir la sombra que siempre planea del reintegro de la totalidad de la ayuda en caso de un eventual incumplimiento que se puede producir, no tanto por el hecho de que, a fecha 1 de enero de 2023, no haya ninguna ZBE implantada, como por no mantener operativa una ZBE⁷⁹ durante al menos cinco años desde su puesta en funcionamiento (artículo 5 de la Orden TMA/892/2021). Se demuestra con ello que la descarbonización urbana no es un proceso con una fecha de fin claramente definida, ya que no consiste únicamente en llegar a tiempo y cumplir con la ejecución y justificación de la ayuda, así sin más, implantando las ZBE, y, a partir de entonces, “olvidarse del asunto”. La “letra pequeña” del programa de ayudas, y donde este ya no alcanza, obliga a los Gobiernos locales a un “salto sin red”, trasladándoles una auténtica “patata caliente” a la hora de apuntalar presupuestariamente y sostener en el tiempo una actuación altamente costosa y para la cual se ha de acreditar que se dispone, por sí mismo y con medios propios, de los recursos técnicos y financieros necesarios. Esto mismo explica que, siendo consciente del efecto que puede llegar a provocarse en la realidad local, el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible arbitre una suerte de “desahogo financiero” al prever la creación de la tasa por aprovechamiento especial de la ZBE⁸⁰. Pese a que el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible justifica la creación de esta nueva tasa en “la ampliación del catálogo de medidas que los municipios pueden adoptar para garantizar la adecuada calidad del aire en sus términos municipales y minorar las emisiones producidas por los vehículos a motor”, sin duda alguna nos encontramos ante una jugosa fuente de ingresos para las arcas municipales de cara a contribuir al sostenimiento económico de las ZBE que, a buen seguro, será utilizada masivamente.

79. Lo que supone instaurar un sistema de monitorización y seguimiento continuo, conforme al artículo 12 del RD 1052/2022, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas adoptadas y el cumplimiento de los objetivos establecidos.

80. La DF 2.ª del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible procede a la modificación de los artículos 20.3 y 24.1 del RDLegislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, con el fin de habilitar a los municipios a introducir una tasa por la circulación de vehículos que superen los límites o categorías máximas de libre circulación estipuladas en las ZBE. Concretamente, la circulación por las ZBE de otros vehículos de los seleccionados por los municipios pasa a considerarse un “aprovechamiento especial del dominio público al permitirse la circulación pese al nivel de contaminación que genera el vehículo”. Aprovechamiento especial que puede ser gravado a través de la correspondiente tasa municipal sin perjuicio de las excepciones a establecer en función de la propiedad del vehículo o su pertenencia a ciertos servicios públicos.

5

Una *new age* local para la movilidad urbana

5.1

Esperando la futura Ley estatal de movilidad sostenible

El legislador estatal ha querido dejar espacio para una regulación integral de la movilidad sostenible en un texto normativo *ad hoc* distinto de la LES y la LCCTE. Ya desde la propia LES, su disposición adicional decimonovena obligaba al Gobierno a presentar, en el plazo de los seis meses siguientes a su aprobación, un Proyecto de Ley de movilidad sostenible con el fin de sentar las bases para el fomento de la accesibilidad y la movilidad sostenibles, el reforzamiento de la seguridad del tráfico de personas y mercancías y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Un Proyecto de Ley del que, desafortunadamente, no se tuvo noticia, habiéndose, consiguientemente, excedido el plazo previsto, no solo ya por la propia disposición adicional decimonovena LES, sino incluso, precedentemente, por la disposición adicional séptima de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. De otro lado, la disposición final octava LCCTE contempla la remisión, por parte del Gobierno, de un Proyecto de Ley de movilidad sostenible y financiación del transporte, "con objeto de reforzar y complementar el cumplimiento de las medidas de promoción de la movilidad sin emisiones establecidas en esta Ley". La LCCTE viene de este modo a cerrar el marco normativo propicio para la aprobación de una Ley estatal de movilidad sostenible y financiación del transporte público como producto final de la Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030.

La futura Ley estatal de movilidad sostenible constituye uno de los objetivos visibles de la Componente 1 del PRTR. De hecho, el PRTR establece, dentro de las reformas de la Componente 1, la aprobación de la Ley de movilidad sostenible para, entre otras consideraciones, y por lo que más afecta a las entidades locales, regular las actividades relacionadas con el transporte y la movilidad, la mejora de la gobernanza, la movilidad inclusiva y el fomento de la innovación y la digitalización.

Ahora bien, no deja de resultar sorprendente que la futura Ley estatal lo es de movilidad "sostenible" –al igual que todas y cada una de las precisiones del PRTR referidas a la movilidad sostenible, segura y conectada–, mientras que, como hemos tenido ocasión de comprobar, la LCCTE gira la vista a una manifestación supuestamente más evolucionada y avanzada de la misma,

como resulta de la movilidad “limpia o sin emisiones”⁸¹. En este sentido, apreciamos una cierta incoherencia de fondo comoquiera que, aunque el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible incluye, salvo error u omisión nuestros, cincuenta y dos referencias a las emisiones, empero no se recoge en su artículo 2 una definición de movilidad limpia o sin emisiones⁸² pese a que sí la incluye sobre movilidad sostenible, inclusiva, obligada y activa.

5.2

Disciplinando el uso del espacio urbano mediante la jerarquización de medios de movilidad urbana

Son muchos los aspectos de interés local que se traslucen de la futura Ley estatal de movilidad sostenible y que no podemos abordar ahora por el alcance limitado de este estudio⁸³. Empero, sí estamos en disposición de destacar algunos extremos que, sin duda, marcarán las líneas de acción de los Gobiernos locales en los próximos años y décadas.

La Sección 2.^a del Capítulo II del Título II del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible viene referida a lo que se denomina como una “movilidad para todas las personas”. Si el derecho a la movilidad sostenible está concebido desde la priorización, sobre los patrones de movilidad basados en la motorización, de la reducción del transporte privado en automóvil a favor de otras formas de desplazamiento a pie, en bicicleta, o en patinete, el Proyecto de Ley estatal trata de proveer a los ciudadanos de mecanismos idóneos para posibilitar el ejercicio efectivo de ese derecho. Y es así como el artículo 29 del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible articula una suerte de jerarquización “ciudadana” del espacio urbano por encima del dominio de las vías de circulación por parte de los vehículos automóviles. En

81. Advirtiendo esta misma particularidad normativa, *vid.* Mora Ruiz (2022: 133).

82. Casualmente, tampoco se recoge en el texto de la LCCTE.

83. Como lo es el Título IV, por el que se regula la financiación estatal del transporte público colectivo urbano de viajeros a través de un nuevo sistema que entrará en vigor en 2024, en la medida en que la nueva Ley estatal se apruebe en el presente año. Y el Título V, referido a la innovación y digitalización en el transporte y la movilidad, donde se recogen los principios de actuación para la regulación y promoción de la introducción progresiva de vehículos automatizados en el sistema de transportes. De esta manera, la futura Ley estatal de movilidad sostenible sienta las bases para la operación de los vehículos automatizados de pasajeros y mercancías en las vías públicas, lo que incluye también las vías urbanas, haciéndose especialmente evidente en los desplazamientos de última milla en la ciudad, tanto de personas como de mercancías. Por último, el artículo 14 del Proyecto de Ley estatal crea el Espacio de Datos Integrado de Movilidad (EDIM) como instrumento digital del Sistema Nacional de Movilidad Sostenible. Por lo que interesa especialmente al ámbito municipal, la información del EDIM se estructurará de manera sistemática en distintas áreas “para los ámbitos de la movilidad urbana, metropolitana e interurbana, tanto de viajeros como de mercancías”.

este sentido, se pergeña un sistema de medios de movilidad en los entornos urbanos y metropolitanos por el cual se insta a incentivar y promover, en primer término, la movilidad activa primando la movilidad a pie, la movilidad de las personas con necesidades especiales y la movilidad en bicicleta. En segundo lugar, el transporte público colectivo. A continuación, los esquemas de movilidad de alta ocupación. Y, por último, el vehículo privado con menos emisiones y menor ocupación del espacio público⁸⁴. Es así como los Gobiernos locales deben centrar la atención en la puesta a disposición de vías peatonales, de redes de vías ciclistas, de puestos de bicicletas o patinetes, así como de paradas de transporte público colectivo (autobús, metro, tranvía) con acceso a cualquier punto de una ciudad a una distancia mínima razonable de los lugares de residencia⁸⁵.

5.3 (Re)descubriendo “El Dorado” de la proximidad en la ciudad perdida: la movilidad como agente precursor de los valores urbanos

El artículo 30 del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible consagra el ideal de la ciudad de proximidad en un reconocimiento que, acostumbrados a encontrarlo identificado en la normativa autonómica⁸⁶, alcanza ahora un calado mayor. El texto de la futura Ley estatal de movilidad sostenible insta a promover modelos urbanos de proximidad “a través de una planificación urbana que fomente las ciudades compactas y con usos mixtos del suelo, la proximidad de las personas a las actividades, servicios, dotaciones y

84. Lo que no deja de suponer un gran contrasentido de la futura norma, comoquiera que en muchas de nuestras ciudades asistimos con incredulidad a la circulación de grandes todoterrenos o imponentes modelos SUV, incluso con etiqueta ECO o 0 emisiones, que, por su volumen y dimensiones, consumen gran parte del espacio urbano en las vías y, sobre todo, de los aparcamientos.

85. Resulta, en este sentido, esencial el establecimiento de nuevos servicios de transporte público en aquellos lugares que constituyen origen y/o destino final de un número considerable de desplazamientos allí donde se detecte un déficit de transporte público colectivo y un uso mayoritario del vehículo privado.

86. Proximidad como nuevo intangible urbano (Miralles-Guasch y Marquet, 2012: 17), como fórmula de concretización de los derechos humanos que orbitan bajo la égida del derecho a la ciudad (Bandrés Sánchez-Cruzat, 2018: 2402), y que preside el “nuevo” urbanismo, como ya se recoge en el artículo 6.3 de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de movilidad de Valencia, al prescribir que “los planes de ordenación e instrumentos de planificación de competencia municipal, deberán diseñar itinerarios que permitan la realización de trayectos a pie en condiciones de seguridad y comodidad para conformar una red que recorra la ciudad...”. Y, más recientemente aún, en el artículo 10.1.d) de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, que consagra la sostenibilidad a la hora de dar “prioridad al criterio de proximidad a sus usuarios y al acceso con medios de movilidad sostenible” en los espacios y dotaciones públicas.

lugares de trabajo y de ocio, y la gestión eficiente de la movilidad y los servicios de transporte público urbanos”.

El legislador ofrece un planteamiento (y planeamiento) de la ciudad con una transformación revertida del espacio urbano hacia la sostenibilidad y la resiliencia recuperando y potenciando la centralidad del ciudadano en las calles y donde la movilidad (urbana) cobra todo su sentido y protagonismo. Porque en la ciudad no solo se producen los movimientos y desplazamientos “en vacío” o en abstracto. Es justamente la ciudad la que permite el desplazamiento de personas para acceder a lugares, bienes y servicios y relacionarse con los demás. Hay así una calidad de vida no solo de las personas, sino también de la propia ciudad, que aparece condicionada por la propia situación de movilidad que en ella cabe reconocer. No es casual, por ello, que la Agenda Urbana Española⁸⁷ de 2019 recoja, entre sus objetivos específicos, un objetivo n.º 5 consistente en facilitar la proximidad y la movilidad sostenible (pp. 81 y 123). Este objetivo, a su vez, aparece soportado por dos objetivos específicos, a saber, el favorecimiento de la ciudad de proximidad y la potenciación de los modos de transporte sostenible.

Y es que la movilidad sostenible encuentra todo su potencial de desarrollo en la ciudad de proximidad⁸⁸. Y, a su vez, la proximidad como valor urbano se hace realidad gracias a la movilidad sostenible, en un modelo de ciudad conformado en la cercanía, en escala peatonal⁸⁹, de los servicios, y, en definitiva, en las posibilidades que es capaz de propiciar la ciudad compacta, con menor consumo del territorio y mayor contención de la movilidad forzada, donde la persona puede desplazarse con menores tiempos de recorrido⁹⁰.

La promoción de la movilidad urbana sostenible se hace descansar en el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible en la apuesta por la densificación y compactación urbana (frente a la segregación espacial y la segmentación de usos que propicia un esquema de movilidad basado preminentemente en el vehículo privado) y, por ende, en las posibilidades del

87. Vid. https://www.aue.gob.es/agenda-urbana-espanola#AUE_-_Agenda_Urbana_Espanola.

88. Como recoge la Estrategia de Medio Ambiente Urbano de 2006, entre los objetivos de movilidad sostenible se encuentra “(r)econstruir la proximidad como valor urbano, recreando las condiciones para realizar la vida cotidiana sin desplazamientos de larga distancia” (p. 22).

89. Claramente lo reconoce así el punto 2 de la Carta Europea de los Derecho del Peatón, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 12 de octubre de 1988, en la que se indica: “El peatón tiene derecho a vivir en centros urbanos o rurales organizados a medida del hombre y no del automóvil, y a disponer de infraestructuras a las que se pueda acceder fácilmente a pie o en bicicleta”.

90. Justo en este marco surge la teorización de las llamadas ciudades de “recorridos cortos”, ciudades “de 15 minutos” o “de un kilómetro a la redonda”, donde todas las necesidades básicas del día a día de los ciudadanos se concentran en un radio de acción de quince minutos y pueden alcanzarse mediante la movilidad activa.

urbanismo sostenible, “creando ciudad y no urbanización”⁹¹. Considerando la sensibilidad del legislador urbanístico por lo ambiental⁹², el urbanismo sostenible se reviste de urbanismo compacto y de proximidad, como sustento de la ciudad sostenible si de lo que se trata, en última instancia, es de reducir las necesidades de desplazamiento de la población⁹³ y aumentar los niveles de calidad ambiental de la ciudad. Urbanismo sostenible y movilidad sostenible constituyen las dos caras de la misma moneda⁹⁴, de forma que la movilidad sostenible no se entiende ni puede explicarse sin ser un elemento determinante para la consecución del urbanismo compacto y de proximidad.

La ciudad es sostenible al ser concebida como una ciudad pensada para andar, cuando cuenta con espacios públicos abiertos y atractivos y es capaz de fomentar una movilidad sostenible, saludable e integradora para la ciudadanía. Es por ello que el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible se preocupa de ensalzar (artículo 30.3 y 30.4) el papel de la planificación urbana a la hora de promover la intermodalidad y los desplazamientos no motorizados, así como de “reforzar el papel de las calles, plazas y demás elementos estructurales como espacios clave para la vida y las relaciones sociales”⁹⁵. Las actuaciones para conseguirlo pasan por el reparto equilibrado del espacio urbano entre la movilidad motorizada y no motorizada con extensión del calmado del tráfico en las vías urbanas; el fomento de la movilidad activa frente al uso del vehículo motorizado; la mejora de la accesibilidad; la mejora y extensión de los sistemas de préstamo de bicicletas y otros

91. *Vid.* Estrategia de Medio Ambiente Urbano de 2006, p. 14.

92. Un nuevo urbanismo más sensible con la protección ambiental y que propicia lo que Baño León (2009: 207) ha catalogado como “el paradigma ambiental en el urbanismo”. Es así como la sostenibilidad llega al urbanismo, como gráficamente ha recreado Quintana López (2016: 21). También Alonso Ibáñez (2012: 25) destaca la concreción del principio de desarrollo sostenible en el derecho urbanístico hasta el punto de convertirlo en “un derecho comprometido con el desarrollo urbano sostenible”. Por último, Vaquer Caballería (2017) se refiere a la consolidación del principio de desarrollo urbano sostenible desde la Ley de suelo de 2007 hasta nuestros días.

93. Para ello se hace preciso, como enfatiza Tolivar Alas (2016: 11), el retorno a “la ciudad clásica mediterránea, compacta y completa, ahorradora de recursos naturales y de emisiones de CO₂, y donde la escala peatonal marca la proximidad a los servicios públicos”.

94. *Vid.* Torre-Schaub (2019: 216), para quien la movilidad es “sostenible” cuando se ubica en el seno del urbanismo sostenible. Claramente lo manifiestan también Miralles-Guasch y Marquet (2012: 16) al enfatizar cómo la movilidad sostenible se expresa mediante los desplazamientos que menos contaminan y que menos energía emplean a través de medios de transporte no mecánicos (fundamentalmente a pie, en bicicleta o en patinete). Lo que requiere, al mismo tiempo, de unas características urbanas de compacticidad que posibiliten, justamente, esa tipología de movilidad “para que subidos a una bici o andando, se pueda llegar de un sitio a otro, con un tiempo razonable y con un esfuerzo adecuado”.

95. En la Estrategia de Medio Ambiente Urbano de 2006 se apunta justamente cómo “la perturbación del espacio público causada por el exceso de vehículos, contaminación y ruido deriva en pérdidas sensibles de las oportunidades de comunicación y socialización que caracterizaban las calles de las ciudades españolas” (p. 20).

vehículos de movilidad personal; y el fomento de la intermodalidad, entre otros.

La proximidad, como valor urbano, es ensalzada desde la futura Ley estatal de movilidad sostenible con una indudable conjunción asociativa con el derecho a la movilidad sostenible reconocido en su artículo 4. De esta forma, las actuaciones que el artículo 30 del Proyecto de Ley estatal identifica tienden a posibilitar el ejercicio del derecho a disfrutar del espacio público urbano como un lugar “caminable”, “paseable”, “ciclable”, más que un espacio meramente “circulable”, en el marco más general del derecho al desarrollo urbano sostenible. La proximidad, potenciada y vehiculizada por la movilidad sostenible, propicia la recuperación de los espacios públicos como catalizadores urbanos para estrechar el contacto con el entorno urbano. Una disposición de los espacios públicos “vivos” de la ciudad al servicio de todas las personas de forma que puedan ser utilizados de manera no discriminatoria, autónoma y segura. En definitiva, las ciudades, bajo la égida de la proximidad urbana, se erigen en entornos “vivibles” y “disfrutables” por cuanto resultan también “movibles” en cuanto que una ciudad es susceptible de poder ser recorrida por cualquier medio de desplazamiento sostenible, seguro, tranquilo y saludable. La proximidad urbana pasa por convertir las calles en verdaderas “plazas de disfrute común” para todos⁹⁶; posibilitar puntos de encuentro y espacios con la suficiente habitabilidad con el fin de propiciar el estar con los demás en la ciudad, que pasa a erigirse como una ciudad realmente “social”, como lugar de socialización, un espacio público de convivencia social que favorezca el sentido colectivo de comunidad. Porque “en la ciudad lo primero son las calles y plazas, los espacios colectivos, solo después vendrán los edificios y las vías (espacios circulatorios)”⁹⁷.

De este modo, el espacio urbano debe poder ser vivido, experimentado y disfrutado por los ciudadanos en sus desplazamientos cotidianos de una manera ágil, eficiente y sostenible mediante medios no motorizados y a través de recorridos peatonales y ciclistas, comoquiera que también la movilidad es esencial para una economía urbana más saludable. Porque la salud ambiental constituye el mejor indicador de la habitabilidad de una ciudad sostenible, con menos polución, con una movilidad más eficiente y con calidad de espacios públicos donde se propicia una ciudad más acogedora (y conveniente) para sus ciudadanos. En definitiva, un “biotopo” urbano perfecto para el conjunto de la ciudadanía.

96. Conforme se reconoce en la Agenda Urbana Española de 2019 (p. 94).

97. Vid. Borja y Muxí (2003: 16).

La futura Ley estatal de movilidad sostenible parece abrir la puerta a toda una (re)ordenación urbana de la ciudad con un papel preeminente de la planificación urbana al servicio de la movilidad activa. Toda una ordenación urbanística del espacio urbano a partir del (re)diseño⁹⁸ de los distintos usos del suelo al servicio de aquellos otros modos de transporte con menor impacto y por los que la movilidad sostenible realmente apuesta. De esta forma, el peatón y el ciclista no solo deben (re)integrarse en el espacio urbano y recuperar su espacio perdido, cedido y concebido hasta el momento por y para los vehículos a motor. Resulta muy positivo, a nuestro juicio, que el texto de la futura Ley estatal de movilidad sostenible reconozca el valor de la planificación del uso del suelo, ello sin prejuzgar las bondades de la planificación de la movilidad, para crear y dotar las condiciones idóneas para potenciar la transferencia de determinados tipos de desplazamientos a otros modos de transporte alternativos al vehículo privado, comoquiera que las políticas de uso del suelo pueden (y deben) influenciar no solo la necesidad de desplazamiento, sino también el modo de seguir haciéndolo.

6

Consideraciones finales

La movilidad urbana se erige en el bastión municipal, proyectado desde el corazón de las ciudades, en pleno proceso normativo de descarbonización de las emisiones asociadas a los desplazamientos. Desde su tímida presencia en el texto de la LRBRL, pasando por su cambio de fisonomía en la LCCTE, hasta la futura Ley estatal de movilidad sostenible, la movilidad sostenible (y limpia sin emisiones) concentra la atención del legislador, otorgando un claro y lógico protagonismo de acción municipal a los Gobiernos locales.

Junto a la importancia sustantiva de la movilidad como medida de mitigación para reducir las emisiones del transporte urbano de vehículos, la movilidad sostenible ofrece también una clara funcionalidad urbanística en la ordenación de los usos del suelo de la ciudad y de las necesidades de desplazamiento de las personas, estirando el urbanismo clásico o tradicional mediante la ampliación de los confines del propio medio fi-

⁹⁸. Así, en el artículo 33 (apartado 1) del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible se insta a dotar a las vías (urbanas) de "carriles de uso reservado o preferente para el transporte público colectivo, para la bicicleta y para vehículos de alta ocupación o de emisiones nulas en los accesos a los municipios de más de 300.000 habitantes". Y el apartado 3 apunta a la posibilidad y la conveniencia, en los nuevos desarrollos urbanos y en los proyectos de remodelación de viario ya existente, de la inclusión de una vía ciclista o para otros vehículos de movilidad personal en calles con dos o más carriles de circulación por sentido.

sico urbano *stricto sensu* para pasar a ocuparse también de cualquiera de los aspectos de la vida diaria de los ciudadanos en el espacio urbano. La movilidad sostenible presenta, bajo la égida de la futura Ley estatal de movilidad sostenible, una faceta planificadora multidimensional a la hora de vincular el desarrollo sostenible y el uso del espacio urbano, para crear mejores lugares a través de políticas de uso del suelo capaces de reducir la distancia de los desplazamientos y posibilitar recorridos de proximidad. Sin duda alguna, esta perspectiva marca y está marcando, por puro condicionamiento, la política en materia de movilidad, con el objetivo último de “descarbonizar” el transporte urbano. Todo el proceso normativo de descarbonización, con el foco puesto en los desplazamientos urbanos y donde los responsables municipales deben “dar con la tecla” que permita reducir (o eliminar) los coches en circulación, pretende propiciar una movilidad sostenible, eficiente, socialmente equitativa, inducida y pensada específicamente para el bienestar de la ciudadanía. La movilidad urbana ha entrado en una nueva dimensión, una nueva era de descarbonización que debe ser aprovechada por los Gobiernos locales, desde el impulso dado por la futura Ley estatal de movilidad sostenible, para redimensionar y recuperar los espacios públicos en la ciudad.

7 Bibliografía

- Alonso Ibáñez, M.^a R. (2012). De la política urbanística a la política urbana: los retos actuales del Derecho urbanístico. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 277, 13-28.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M. (2018). Los nuevos paradigmas de gobernanza de los entes locales y el derecho a la ciudad. En M. Vaquer Caballería, Á. M. Moreno Molina y A. Descalzo González (coords.). *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (vol. 3, pp. 2391-2408). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Baño León, J. M.^a (2009). *Derecho urbanístico común*. Madrid: Iustel.
- Boix Palop, A. (2017). La ordenación del transporte “colaborativo” urbano. En A. Boix Palop, A. M.^a de la Encarnación Valcárcel y G. Doménech Pascual (coords.). *La regulación del transporte colaborativo* (pp. 119-152). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- (2019). Los desafíos internacionales de la regulación de la movilidad urbana y la nueva agenda urbana. En A. Fortes Martín (dir.). *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas*

públicas de movilidad en el medio urbano (pp. 77-124). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

Borja i Sebastiá, J. y Muxí Martínez, Z. (2003). *El espacio público: ciudad y ciudadanía*. Barcelona: Electa.

Cano Campos, T. (2006). La situación actual de los transportes urbanos y su interrelación con otras políticas públicas. En T. Cano Campos y E. Carbonell Porras. *Los transportes urbanos* (pp. 37-77). Madrid: Iustel.

- (2010). La regulación del transporte público urbano. En S. Muñoz Machado (dir.). *Derecho de la regulación económica* (vol. 6, pp. 309-362). Madrid: Iustel.
- (2011). Las competencias de los municipios en materia de tráfico. En S. Muñoz Machado (coord.). *Tratado de Derecho Municipal* (vol. 3., pp. 2565-2632). Madrid: Iustel.

Carbonell Porras, E. (2011). Transporte urbano y movilidad. En S. Muñoz Machado (dir.). *Tratado de Derecho municipal* (vol. 2, pp. 2275-2346). Madrid: Iustel.

- (2014). La movilidad sostenible urbana, un planteamiento integral del desplazamiento de personas y cosas en las ciudades. En A. Boix Palop y R. Marzal Raga (eds.). *Ciudad y movilidad. La regulación de la movilidad urbana sostenible* (pp. 91-105). Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia.
- (2019a). Movilidad colaborativa y servicios de transporte de personas: un análisis desde el Derecho administrativo. En H. Gosálbez Pequeño (dir.). *Régimen jurídico del consumo colaborativo* (pp. 405-458). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- (2019b). Servicios de movilidad colaborativa: modalidades y diferencias de régimen jurídico. *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2018*, 10, 273-320.
- (dir.). (2022a). *Gobiernos locales y economía colaborativa*. Madrid: Iustel.
- (2022b). Movilidad colaborativa y sostenible: algunas medidas para la descarbonización. En L. Tolivar Alas, A. Huergo Lora y T. Cano Campos (dirs.). *El patrimonio natural en la era del cambio climático* (pp. 515-525). Madrid: INAP y AEPDA.

Casado Casado, L. (2015). Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 32, 201-283.

Cerrillo i Martínez, A. (2020). Los servicios de la ciudad inteligente. En AA. VV. *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*. Madrid: INAP.

Del Guayo Castiella, I. (2004). La gestión de servicios públicos locales. *Revista de Administración Pública*, 165, 87-133.

España Pérez, J. A. (2019). Delimitación conceptual del término *smart mobility* y conceptos afines: presupuesto para la sostenibilidad ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 94, 37-91.

- (2022). *Desafíos regulatorios de la movilidad sostenible y su digitalización*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

Fortes Martín, A. (2021). *Los desplazamientos sostenibles en el derecho a la ciudad*. Madrid: lustel.

- (2022). La promoción de la movilidad limpia o sin emisiones. En J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (coords.). *Estudios sobre cambio climático y transición energética. Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Ínigo del Guayo Castiella* (pp. 361-382). Madrid: Marcial Pons.

García de Enterría, E. (1953). El servicio público de los transportes urbanos. *Revista de Administración Pública*, 10, 53-87.

Martínez Gutiérrez, R. (2017). El impacto de las *smart cities* en la tutela ambiental y en la planificación urbana. En J. L. Piñar Mañas (dir.). *Smart cities. Derecho y técnica para una ciudad más habitable* (pp. 53-71). Madrid: Reus.

Mellado Ruiz, L. (2019). Marco regulador de la movilidad urbana sostenible en el ámbito local. En A. Fortes Martín (dir.). *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano* (pp. 155-196). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

Miralles-Guasch, C. y Marquet, O. (2012). Ciudad compacta, la otra cara de la movilidad sostenible. *Ambienta. Revista del Ministerio de Medio Ambiente*, 100, 16-27.

Mora Ruiz, M. (2022). La acción municipal de lucha contra el cambio climático tras la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética: ¿un modelo suficiente para la Administración local? *Anuario de Derecho Municipal 2021*, 15, 115-140.

Parejo Alfonso, L. (2016). Reflexiones en torno al Gobierno y Administración locales y su racionalización para garantizar su sostenibilidad. En J. M.ª Baño León (coord.). *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en Homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado* (t. II, pp. 1899-1927). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- (2020). Reflexiones en torno a la ciudad y el derecho administrativo. En AA. VV. *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*. Madrid: INAP.

Quintana López, T. (2016). Hacia un modelo de urbanismo sostenible. En T. Quintana López (dir.). *Urbanismo sostenible, rehabilitación, regeneración y renovación urbanas* (pp. 15-70). Valencia: Tirant lo Blanch.

Sánchez Sáez, A. J. (2019). *Las restricciones de tráfico en las ciudades por motivos ambientales y su afectación a la libertad de circulación*. Granada: Comares.

- Simou, S. (2018). Cambio climático, sostenibilidad y movilidad urbana: competencias e instrumentos jurídico-locales. En M.^a R. Alonso Ibáñez (dir.). *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado* (pp. 297-337). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2020). *Derecho local del cambio climático*. Madrid: Marcial Pons.
- Soro Mateo, B. (2020). Vulnerabilidad y derecho a la ciudad: reconstruyendo las ciudades del futuro. En AA. VV. *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia* (pp. 267-341). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tolivar Alas, L. (2016). Urbanismo compacto y movilidad. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 39, 1-30.
- Torre-Schaub, M. (2019). Dispositivos jurídicos para el cambio climático en el marco de la movilidad y el urbanismo durable. En A. Fortes Martín (dir.). *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano* (pp. 215-236). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Vaquero Caballería, M. (2017). La consolidación del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la última década. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 311, 499-521.

Autoconsumo colectivo: (mucho) más allá de los tejados¹

SUSANA GALERA RODRIGO

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad Rey Juan Carlos*

- 1. Planteamiento**
- 2. El crecimiento del autoconsumo**
- 3. Concretando opciones: escala de actuación y tipos de intercambios**
- 4. Los beneficios “al” sistema. Los servicios de flexibilidad**
- 5. Impulsando el nuevo modelo energético: regulación e incentivos**
 - 5.1. Derogaciones transitorias de las reglas de mercado
 - 5.2. La reasignación de funciones entre los actores del sistema
 - 5.3. La ocupación física de suelos y superficies
- 6. A modo de reflexión final**
- 7. Bibliografía**

Resumen

La transición energética, además de la descarbonización del sector, establece como segundo objetivo un nuevo modelo energético en el que aparecen nuevos actores, entre ellos el autoconsumo colectivo y en concreto las comunidades de energía. De esta forma, el autoconsumo pasa a ser un sujeto del sistema, de modo que los consumidores, a través de distintas fórmulas, pueden generar e intercambiar su energía en el mercado. El nuevo modelo va teniendo reconocimiento en el marco legal, pero son necesarios aún desarrollos ulteriores para poder operar con todo su potencial. Entre tanto, se está llevando a cabo un acelerado despliegue de grandes plantas que redundan en la descarbonización, pero que compiten con el nuevo modelo en términos de ocupación de espacio físico o de capacidad de red. Convendría en estos momentos acelerar también el normal funcionamiento del

Artículo recibido el 27/02/2023; aceptado el 02/03/2023.

1. Este trabajo está asociado al proyecto TED2021-131840B-I00, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea “NextGenerationEU”/PRTR.

nuevo modelo, para lo que se requiere un ajuste de no pocos ámbitos del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: *transición energética; nuevo modelo energético; autoconsumo; comunidades de energía; planificación territorial.*

Collective Self-Consumption: much more beyond the ceilings

Abstract

The energy transition, in addition to the decarbonization of the energy sector, establishes as a second objective the setting-up of a new energy model where new players –as the collective self-consumption or the energy communities– emerge. In this way, self-consumption becomes a new tool of the system, so that consumers, through different formulas, can generate and exchange their energy in the market. The new model is gaining recognition in the legal framework, but further developments are necessary to be able to develop its full potential. Meanwhile, an accelerated deployment of large plants addressed to decarbonization goals is taking place, although according to the old centralized model and competing with the new one in terms of occupation of physical space or network capacity. At this time, it would also be convenient to speed up the normal operation of the New Model, for which an adjustment is required in quite a lot of areas of the legal system.

Keywords: energy transition; new energy model; collective self-consumption; energy communities; land planning.

1

Planteamiento

El encargo de este trabajo, que la revista *QDL* tuvo la amabilidad de cursarme, lo recibí con gran satisfacción en un primer momento, e inmediatamente con una sensación abrumadora que no me ha abandonado hasta mucho después, en el momento de arrancar la escritura y haber determinado qué se puede aportar sobre un tema del que ya se han publicado muchos y buenos trabajos al hilo de las sucesivas reformas que lo promueven. Más allá de los análisis legales, abordar el autoconsumo presenta algunas dificultades, por varias razones: en primer lugar, la complejidad de acceder a datos

fidedignos y representativos, habida cuenta de la diversidad de fuentes y de categorías; en segundo lugar, los frenéticos procesos que se están viviendo en el sistema energético, en los que predomina la tendencia a la descarbonización, pero en los que resulta confuso identificar otros elementos y objetivos asociados a la transición energética, entre ellos la implantación de un nuevo modelo energético descentralizado y de proximidad, en el que se ubica el autoconsumo como elemento central; en tercer lugar, la tendencia a simplificar los beneficios del autoconsumo, que se asocian insistentemente a reducción de la factura de la luz para el consumidor, pero marginan los que aportaría para el conjunto del sistema en clave, particularmente, de eficiencia energética, siempre que el marco político y normativo se desarrollara adecuadamente. Y es esta última perspectiva la que aquí se considera.

Pareciera que se ha instalado la práctica lingüística de utilizar la palabra “autoconsumo” como expresiva de supuestos limitados de módulos de placas fotovoltaicas ubicados en las cubiertas de los edificios, siendo frecuente distinguir, al referir el régimen jurídico de instalaciones de energía renovable, entre “instalaciones de proyectos en suelo” y “módulos de autoconsumo”. Tal distinción debe, a mi entender, rechazarse por simplificadora y porque induce a confusión: experiencias de autoconsumo colectivo pueden concretarse en proyectos en suelo y nacer con la vocación no solo de autoconsumir lo generado, sino también de actuar en el mercado generando beneficios que revierten entre los participantes.

Quizá deba aclarar que aquí se utiliza el término “autoconsumo” como expresivo del modelo de consumidor “activo” que refieren las más recientes estrategias energéticas, un consumidor que produce y consume su energía, y que está también habilitado para realizar intercambios en los mercados de distinta complejidad, de acuerdo con la definición de la Directiva (UE) 2019/944, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que en su artículo 2, apdo. 8, establece:

“cliente activo”: un cliente final, o un grupo de clientes finales que actúan conjuntamente, que consume o almacena electricidad generada dentro de sus locales situados en un ambiente confinado o, si así lo permite el Estado miembro, en otras ubicaciones, o que venda electricidad autogenerada o participe en planes de flexibilidad o de eficiencia energética, siempre que esas actividades no constituyan su principal actividad comercial o profesional”².

2. Reconociendo la misma Directiva su “derecho a actuar como clientes activos sin estar sujetos a requisitos técnicos o administrativos, procedimientos o gastos, desproporcionados o discriminatorios, ni a tarifas de acceso a la red que no reflejen los costes” (artículo 15, apdo. 1).

Es desde esta perspectiva amplia que muy acertadamente se ha considerado como un precedente de comunidades energéticas el temprano tratamiento de consumidores industriales electrointensivos³, para quienes serían posibles los sistemas cerrados de distribución –a través de líneas directas de su titularidad⁴– y que se respaldaron con ayudas públicas.

La perspectiva que se propone es la de la consideración del autoconsumo como una pieza esencial en la transición energética que, además de descarbonización, persigue el objetivo de implantar un nuevo modelo de energía limpia, descentralizada, de generación distribuida y gestión digitalizada⁵; para la consecución de este objetivo, se incorporan en el marco regulador nuevos actores y nuevas formas de intercambiar la energía, siendo el autoconsumo una de las novedades más determinantes. Este autoconsumo –con vertido o sin vertido, con líneas interiores o usando instalaciones de proximidad– se concretará, entre otras, en comunidades de energía que, a su vez, conocen distintas variantes⁶.

Se quiere subrayar que una de las opciones de autoconsumo colectivo, las comunidades de energía, que por definición persiguen proporcionar beneficios ambientales, económicos o sociales para los participantes “en lugar de ganancias financieras” –artículo 6.1.j) Ley 24/2013–, no excluye su participación en el mercado en orden a financiar los beneficios “ambientales, económicos o sociales” que luego revierten en la comunidad. Esto es, se utiliza el concepto de “autoconsumo” como expresivo de un actor adicional del mercado energético que, más allá de la limitada experiencia de autoconsumo en cubiertas de edificios, está llamado a producir significativos beneficios para los participantes, para el conjunto del sistema eléctrico y para la comunidad, en una actuación coordinada y concertada con los otros actores

3. Robinson y Del Guayo (2022: 76).

4. Previstas en el Real Decreto-ley 20/2018, que remitía a su posterior regulación reglamentaria: en abril de 2021 se sometió a información pública esta norma, que permitía la titularidad privada de redes de distribución cerrada a determinadas industrias y a un máximo de 100 clientes no industriales en un espacio limitado a 5 kilómetros cuadrados, con obligaciones similares a las redes de distribución, pero con exención de determinados requisitos respecto de los distribuidores. El Informe de 1 de diciembre de 2021 de la CNMC sobre dicha propuesta (IPN/CNMC/019/21) pone de manifiesto el impacto que tendría en el régimen actualmente vigente, al referirse a las funciones (actividades y servicios) y consecuentes requisitos de capacidad que se atribuirían al gestor de red cerrada, la especificidad en el tratamiento de los peajes que los consumidores habrían de abonar al gestor de la red (“gestor de la red cerrada debería abonar en el punto de conexión con la red de transporte los peajes de distribución y repercutir los mismos a los consumidores conectados a dicha red cerrada”, p. 13), o la necesaria coordinación de este marco con el régimen de comunidades ciudadanas de energía, en cuanto posibles gestores de redes cerradas (p. 16), entre otros aspectos.

5. Se analiza cada uno de estos componentes del nuevo modelo en Galera y Ortiz (2022).

6. El autoconsumo, con su “completo abanico de posibilidades”, pero con concreción de las experiencias concretas de comunidades de energía de acuerdo con la regulación europea, puede verse en el reciente trabajo de Gallego Córcoles (2021: 54 y ss.), que nos recuerda una advertencia esencial que conviene repetir: “que el autoconsumo forme parte del ámbito de actividad de las comunidades no es uno de sus elementos definitorios” (p. 99, con referencia a I. González Ríos).

novedosos del sector nacidos también al socaire de la transición energética –agregador, almacenamiento, gestión de la demanda–.

Del análisis y sistematización de las experiencias sobre el terreno que se vienen publicando en los últimos años resultan criterios útiles para la futura regulación que, de una forma sistemática y con vocación de permanencia, establezca el marco en el que se han de desarrollar el nuevo modelo energético, en general, y los proyectos de autoconsumo colectivo, en particular. Y ello en el entendimiento del papel central del autoconsumo en el nuevo modelo –descenralizado, eficiente y de proximidad–, que, además de satisfacer las necesidades de suministro de los participantes, posee sus propias redes y dispositivos de almacenamiento, y gestiona e intercambia energía con el mercado. Mientras al legislador estatal le queda pendiente la adecuación al derecho europeo, en este y otros puntos, de la legislación del sector eléctrico⁷, el legislador autonómico se ha adelantado en adoptar un marco general de lo que ha denominado “consumo de cercanía”: así, el reciente Decreto-ley 1/2023 del Gobierno de Aragón, para cuya implantación establece determinaciones relativas al régimen de líneas directas, al autoconsumo, las comunidades de energía, las redes cerradas de distribución y determinados aspectos de plantas híbridadas de generación.

2

El crecimiento del autoconsumo

El marco normativo español ha ido propiciando las actividades de autoconsumo, empezando con la derogación en 2018 del denominado “impuesto al sol”, una figura controvertida que, en realidad, no incorporaba un “impuesto”, sino una contribución obligatoria al sistema⁸ en función de la energía producida y autoconsumida. El Real Decreto 244/2019 estableció un nuevo marco general para el autoconsumo, y supuso un respaldo decidido para un proceso maltratado en políticas precedentes en los países de nuestro entorno –y particularmente en el nuestro⁹– y que, por tanto, había

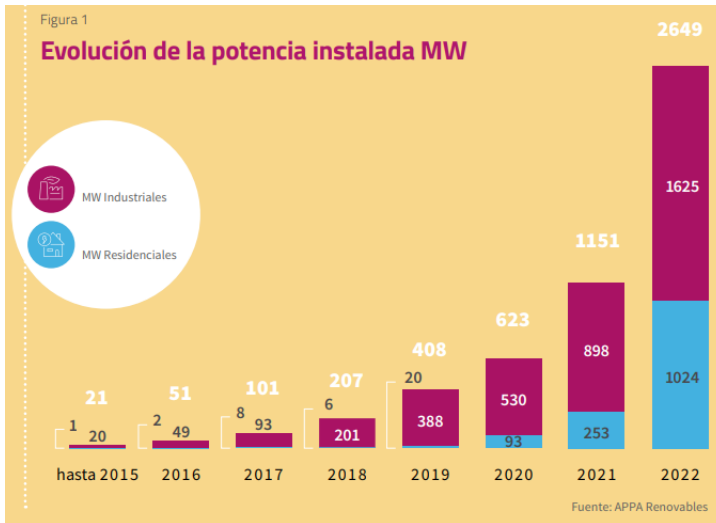
7. Lo que determinó la apertura de un procedimiento de infracción contra España (2021/0220, dirigiendo en este marco la Comisión Dictamen motivado el 26 de enero de 2023).

8. Un gravamen sobre la electricidad autoconsumida en la propia instalación para contribuir al sistema eléctrico –y a las numerosas cargas y peajes que pesan sobre la factura de la electricidad–, para evitar que el desarrollo del autoconsumo supusiera un coste adicional para los consumidores que no hagan uso de esta posibilidad. Sobre esta figura, Sanz Larruga (2019).

9. En particular, las primas a la generación –*Feed in Tariff*–, generalizadas como técnica de impulso a las renovables, fueron progresivamente sustituidas por mecanismos de incentivos ligados a las subastas, en cuanto las nuevas tecnologías alcanzaban un grado de maduración que reducía el precio de las instalaciones. Esta fue una medida política que se extendió por todo el continente, pero nuestro país la aplicó con un máximo grado de contundencia, con una retroactividad no matizada en función de los colectivos –pequeños propietarios–, como en

de neutralizar la desconfianza instalada en los actores involucrados. Este marco fue reforzado después en sucesivas modificaciones que simplificaron de forma notable la tramitación de pequeñas instalaciones, aliviando requisitos de registros, de autorizaciones de acceso o de presentación de garantías, y removiendo barreras previas que lo dificultaban: se dio un nuevo tratamiento a la compensación de excedentes, se admitió la modalidad de autoconsumo colectivo, removiendo la necesaria concurrencia de titularidad de las instalaciones de generación con la del consumidor –lo que impedía el autoconsumo en comunidades de propietarios–, el acceso a una red propia, distinta de la red de distribución, de distancia creciente entre el punto de generación y de consumo, o el despliegue de instalaciones de autoconsumo en suelo (industrial) entre otras medidas¹⁰. En congruencia con la Directiva 2019/944, de renovables –que establece el derecho de los consumidores a participar en las comunidades de energía manteniendo los derechos y obligaciones asociados al autoconsumo–, el PNIEC español prevé garantizar el derecho de las comunidades a poseer, establecer, adquirir o arrendar redes de distribución y gestionarlas autónomamente.

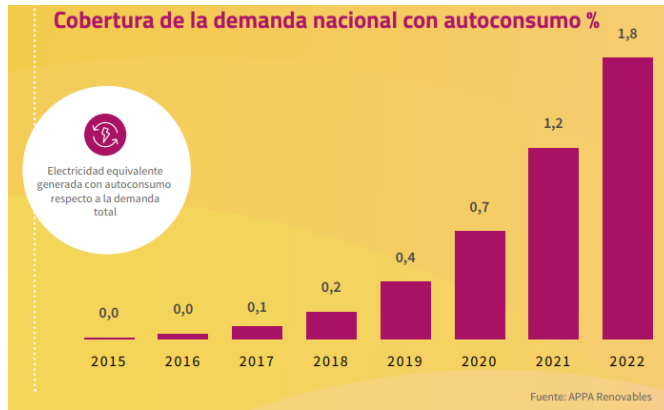
Este respaldo normativo creciente, junto con factores externos sobrevenidos como el abrupto y pronunciado incremento de los precios de la energía que empezó en 2021, explica un rápido crecimiento de la superficie instalada para autoconsumo en los dos últimos años, fundamentalmente de fuente solar fotovoltaica.



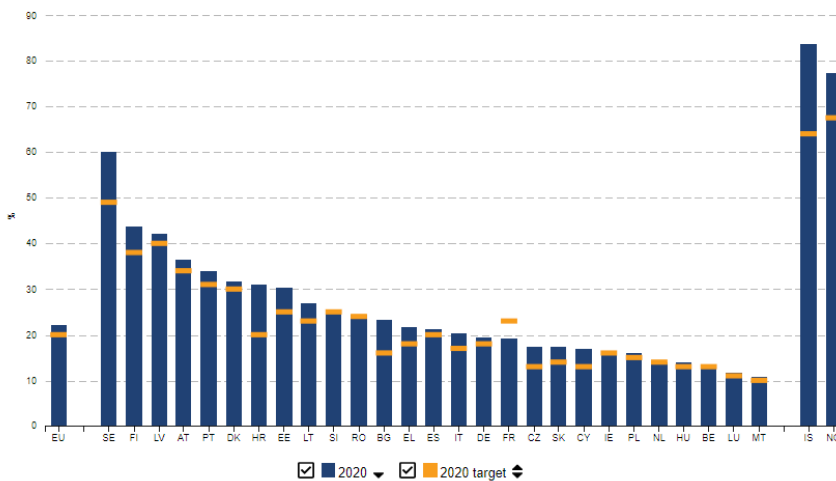
otros casos. Sobre este proceso de retirada de ayudas en los países de nuestro entorno *vid.* PWC (2023); desde otra perspectiva, Revuelta Pérez (2017).

¹⁰. *Vid.* la sucesión de reformas y el régimen jurídico actualmente vigente para la autorización de instalaciones de autoconsumo (distinguiendo “proyectos en suelo” y “módulos de autoconsumo”) en CNMC (2022), sujeto a consulta pública (fin 15 marzo 2023).

No obstante esta evolución, esta modalidad de consumo tiene un largo recorrido en el futuro, a la vista de las cifras de los países de nuestro entorno y de nuestro propio potencial.



Share of energy from renewable sources
(in % of gross final energy consumption)



Sin embargo, este impulso resulta aún insuficiente para hacer efectivo el potencial del autoconsumo como elemento central del nuevo modelo energético, en cuanto ha de apoyarse y compatibilizarse en otros elementos –almacenamiento, agregación, gestión de redes– que le resultan imprescindibles para actuar en los mercados –locales o global– como el “consumidor activo” al que aluden insistentemente las más recientes estrategias energéticas. Los “nuevos actores” tienen ya reconocimiento y definición legal en la ley de cabecera del sector eléctrico –Ley 24/2013–, y

sus respectivos objetivos se han establecido en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima –PNIEC– y, después, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España –PRTR, Componente 7–; asimismo, se han aprobado ya estrategias nacionales de autoconsumo y de almacenamiento, estando en estos momentos en consulta pública la futura regulación del agregador independiente¹¹.

Adicionalmente, debe observarse que un marco jurídico renovado en el sector energético no es, sin embargo, suficiente como instrumento de las políticas públicas que han de propiciar el funcionamiento normalizado del autoconsumo en el conjunto del sistema energético. No solo está incompleto, sino que además es necesaria la concurrencia de otros marcos políticos y normativos: con acierto se ha advertido de que la obligación que establece la Directiva para los Estados de proveer de un “marco habilitante” en el que los nuevos actores puedan desempeñar sus funciones supera con mucho la legislación energética, para involucrar los aspectos societarios y mercantiles, contractuales y de propiedad, y de ocupación de suelo¹².

3

Concretando opciones: escala de actuación y tipos de intercambios

Las experiencias de autoconsumo colectivo pueden presentar distinta ambición y objetivos, lo que concretará su escala de actuación, los sujetos que han de intervenir en los intercambios de energía planeados y la relación entre ellos. A partir del objetivo más sencillo de proporcionar la energía generada a los participantes, se abre un abanico de posibilidades de intercambio con el conjunto del sistema, con los mercados locales y globales. De esta forma, los servicios energéticos que se pretendan intercambiar entre los participantes y, en su caso, con el resto del sistema constituyen el factor determinante del grado de complejidad de la gestión del proyecto –iden-

11. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de febrero de 2021 se aprueba la Hoja de Ruta del Almacenamiento, que de acuerdo con el PNIEC contempla disponer de una capacidad de almacenamiento de unos 20 GW en 2030 y alcanzar los 30 GW en 2050, considerando tanto almacenamiento a gran escala como distribuido; por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2021 se aprueba la Hoja de Ruta del Autoconsumo, que da cumplimiento a la medida 1.4 del PNIEC (y establece el objetivo de 9 GW de autoconsumo fotovoltaico en 2030, que representa un 23 % del objetivo de generación fotovoltaica –establecido en 39 GW para la misma fecha–, que representa a su vez el 32 % del objetivo de generación de renovable –122 GW–). Recientemente (febrero 2023) se somete a consulta pública la elaboración del Real Decreto que establecerá, entre otros extremos, los principios reguladores del agregador independiente. Estos documentos se localizan con facilidad en la página web del MITECO.

12. Swens y Diestelmeier (2022: 70).

tificación de participantes, información requerida, grado de digitalización, régimen de formación de precios, cargas imputables- y, por tanto, también del régimen jurídico que lo formalizará. En cualquier caso, y aun en la hipótesis más sencilla, se creará un mercado local que puede presentar distintas características en términos de tamaño, escala operacional y principal objetivo de los intercambios.

Un reciente estudio -2022- basado en más de un centenar de estudios de caso de autoconsumo comunitario¹³, ha identificado dos referencias determinantes para el despliegue eficaz de estos proyectos:

- Por una parte, cuatro escalas básicas de actuación, que está en función del objetivo de mercado o para quién y para qué ha sido diseñado: pequeña escala, en que los participantes son predominantemente usuarios de residencial; escala edificio (varios edificios/manzanas, residencial, comercial o industrial), en que varios edificios intercambian energía entre ellos; escala microrred/comunidad, que se centra en la operación como unidad; escala red, que prevé beneficios también para las redes de distribución o transmisión.
- Por otra parte, tres modelos básicos de intercambios:
 - o P2P. Intercambio directo sin intermediario: incentiva a los individuos a participar en mercados energéticos; este modelo está presente en una amplia tipología, que incluye desde pequeños participantes (consumidores residenciales y *prosumers*) a otros más amplios (edificios y microrredes); se consigue el más alto grado de descentralización, ya que los participantes pueden intercambiar energía entre sí directamente.
 - o CSC. Autoconsumo colectivo o comunitario: comunidades de energía que actúan en beneficio del grupo; los *prosumers* intercambian sus excedentes; los participantes están cerca geográficamente; estos mercados están generalmente operados en forma más colaborativa que los P2P, por ejemplo mediante una gestión central; tienden a operar a pequeña escala, por ej., dentro de la red de distribución.
 - o TE. Mercados de energía transaccionales: optimizan los recursos, proveyendo servicios al sistema de red -flexibilidad, almacenamiento-; equilibran oferta y demanda de los sistemas eléctricos a través de una coordinación descentralizada.

Estos dos parámetros, escala y tipo de intercambios, vienen determinados previamente por la finalidad y los objetivos asociados al proyecto que se

13. Capper *et al.* (2022).

encara y al tipo de servicios que han de prestarse para su consecución –desde los más sencillos (generación consumo y facturación) a los más complejos–, lo que determinará el encaje en una u otras fórmulas jurídicas. En este sentido conviene recordar que, entre las variantes de autoconsumo colectivo, solo las comunidades de energía tienen garantizado el acceso a los mercados mayoristas y a los servicios de agregación, o que las comunidades de energías renovables están por definición asociadas a la generación de renovables, o que, en ambos casos, los beneficios económicos que los intercambios de mercado generen han de revertir como beneficios ambientales, económicos o sociales en el conjunto de los participantes o de las zonas locales.

4

Los beneficios “al” sistema. Los servicios de flexibilidad

Los beneficios inmediatos del autoconsumo repercuten directamente en el prosumidor en forma de ahorro en sus facturas de energía. Pero tales ahorros suponen al tiempo un beneficio directo para el conjunto de la sociedad y del propio sistema energético, en forma de reducción de emisiones, reducción de pérdidas de energía asociadas al transporte y distribución, menor presión en las redes o menor necesidad de inversiones en infraestructuras energéticas.

Pero además, y en el marco del nuevo modelo energético, el autoconsumo, y en particular las comunidades de energía, son actores de la generación distribuida, que proporcionan nuevos servicios de flexibilidad al sistema a través de la gestión de la demanda¹⁴, propiciada por el estadio tecnológico y la gestión digital. De esta forma, se aleja la rémora de la “inelasticidad de la demanda” como una de las características tradicionales del sistema energético, que imponía que, en momentos de aumento o descenso de la demanda, “el necesario equilibrio con la oferta debía siempre proceder del lado de la producción”¹⁵.

Aflora así uno de los activos del nuevo modelo energético, y conecta con el principio de eficiencia energética que preside la transición energética y con el más antiguo objetivo de la política energética que es garantizar la seguridad del suministro: una gestión adecuada –digitalizada y profesionalizada– de

14. De acuerdo con el PNIEC la gestión de la demanda de la energía eléctrica es “el conjunto de acciones ejecutadas, de forma directa o indirecta, por los propios consumidores, por las Administraciones Públicas, las compañías distribuidoras y comercializadoras de energía, las empresas de servicios energéticos y los agregadores independientes, sobre la demanda de energía de los consumidores al objeto de modificar la configuración en el tiempo o la magnitud de su nivel de demanda de energía”.

15. En particular, de las fuentes tradicionales de producción flexible: centrales de generación mediante gas natural (ciclos combinados) o mediante carbón y grandes centrales hidroeléctricas; Del Guayo Castiella (2021).

los proyectos de autoconsumo, y otros recursos distribuidos, aportan servicios de flexibilidad al sistema, garantizando la seguridad del suministro incluso en aquellos momentos repetidamente estacionales en los que se deben cubrir picos de demanda, haciendo innecesarias nuevas inversiones y aliviando la presión de la red. De nuevo, se impone una consideración de conjunto en el funcionamiento de estos mercados locales a través de la definición de dos conceptos que resultan recurrentes en el nuevo modelo¹⁶:

- Recursos energéticos distribuidos: las entidades que participan en los mercados locales de electricidad, que pueden ser consumidores con capacidad de gestión, productores renovables, cogeneraciones, instalaciones de baterías, instalaciones híbridas y, en general, cualquier instalación capaz de gestionar su consumo o vertido a la red de distribución a la que estén conectadas;
- Mercados de flexibilidad: aquellos en los que, debido a las condiciones específicas de la red de distribución a la que estén conectadas las instalaciones, los intercambios están restringidos o deben ser realizados por instalaciones situadas en una/s localización/ones determinada/s y en los que la negociación pueda estar promovida o restringida por parte del gestor de la red. Dentro de estos mercados se podrán negociar productos de energía o servicios de flexibilidad, en los que se ofertará la capacidad de los recursos distribuidos de modificar su producción/consumo en función de requerimientos de los operadores de la red de distribución.

Con un enfoque de energía comunitaria, y considerando además el principio de eficiencia energética, los servicios de flexibilidad que pueden proporcionarse desde la gestión adecuada de proyectos de autoconsumo emergen con fuerza mucho más cuando deban atenderse necesidades de suministro repetidamente estacionales, como es el caso español en relación con la fuerte presencia del sector turístico en el conjunto de la economía. Estos servicios permiten atender la seguridad del suministro en situaciones de picos de demanda sin necesidad de desplegar nuevas inversiones que quedarían infrautilizadas en otros períodos, “resultando económicamente más conveniente la contratación de estos servicios que la inversión en la mejora de los diferentes elementos de la red de distribución”¹⁷. Se trata, es obvio, de servicios remunerados que se formalizan mediante acuerdos “entre el operador de la red de distribución y los recursos distribuidos que establezcan su comportamiento, [...] ante una

16. OMIE (2019).

17. OMIE (2019).

serie de situaciones que pueden producirse y para las que el gestor de la red necesite disponer en una determinada zona de recursos disponibles con compromiso de modificar la producción o el consumo¹⁸.

Y es que la nueva gestión digitalizada hace posible acumular los excesos de generación para consumirlos cuando no se genera –a través de baterías o de otros sistemas como el vehículo eléctrico o el propio edificio–, agregar la generación distribuida –directamente o a través de agregador– e intercambiar energía con la red en el momento más adecuado –en función de precio o de otros parámetros, como la congestión–. El funcionamiento coordinado de los nuevos actores aparece, pues, como la clave del nuevo modelo energético, y sitúa el autoconsumo colectivo como su principal facilitador a corto plazo. Es por ello que se ha advertido que, además de la regulación específica de las comunidades de energía, su funcionamiento va a depender también de la regulación de otras figuras, como la del agregador independiente¹⁹, que posibilitarán que la comunidad participe en el mercado prestando servicios de agregación, sin que esté relacionado con el suministrador del cliente²⁰.

De esta forma, las comunidades de energía pueden participar en los mercados globales vendiendo energía y al tiempo comprometer parte de su producción para un período determinado que estará disponible como servicio de flexibilidad y que por ello será remunerado por el distribuidor, sin perjuicio de lo que adicionalmente corresponda cuando el mercado de flexibilidad llegue en su caso a habilitarse por el operador del mercado²¹. Se abre así para pequeñas comunidades –y sus proveedores de servicios energéticos– un nuevo modelo de negocio que genera beneficios sociales y ambientales para los participantes o las zonas en que radican.

Se trata, pues, de un planteamiento de autoconsumo colectivo que, como reza el título de este trabajo, trasciende con mucho las cubiertas de los edificios o la venta de excedentes directamente a la red de distribución, planteamiento limitado que no se separa significativamente del modelo centralizado de producción y consumo. Por el contrario, y al margen de ese modelo centralizado, que ha de seguir su proceso de descarbonización, los

18. OMIE (2019: 9).

19. Recogidos en la Ley 24/2013 tras la reforma del Real Decreto-ley 23/2020, los agregadores independientes tienen la consideración de sujetos en el suministro de energía, combinan múltiples consumos o electricidad generada de consumidores, productores o instalaciones de almacenamiento para su venta o compra en el mercado de producción de energía, y no están relacionados con el suministrador del cliente (artículo 6, apdo. 1.i)).

20. Herrera y Navarro (2022: 227).

21. En el planteamiento propuesto por OMIE (2019: 12), “la remuneración de los recursos por estos servicios proporcionados estaría compuesta por dos términos, un importe fijo, resultado del mercado [...] en la que se adjudica el servicio de flexibilidad, y el pago variable cada vez que se activa o sale casado el recurso por su participación el Producto Local asociado a dicho servicio”.

nuevos actores con el autoconsumo al frente constituyen la base para la irrupción de un nuevo modelo descentralizado, con recursos distribuidos y de gestión inteligente.

Este planteamiento de considerar el conjunto del sistema, y la contribución al mismo de los proyectos de autoconsumo colectivo, es además consistente con un criterio rector de dicho sistema, la eficiencia energética, elevado a la categoría de principio²². Este principio, que ha derivado en alguna obligación jurídica para los Estados que aquí ahora no resulta pertinente referir, ha sido objeto de una amplia y profunda interpretación por parte de la Comisión Europea: así, la Recomendación (UE) 2021/1749²³ ilustra la contribución de los nuevos actores a este criterio principal, estableciendo lo siguiente:

- La eficiencia energética se identifica como “el primer combustible”, una fuente de energía por derecho propio en la que invertir por delante de otras fuentes de energías más complejas o costosas (“ahorrar antes de construir”) y que hay que considerar para producir solo la energía que se necesita, lo que constituye un elemento central del cambio de modelo asociado a la transición energética²⁴.
- Como corolario de lo anterior, se prioriza la eficiencia energética sobre las inversiones en infraestructuras energéticas, remitiéndose a las evaluaciones exhaustivas de energía local disponible²⁵, obligatorias y que alcanzan a los Estados en sus decisiones de planificación e inversión del sector energético y a los gestores de las redes de transporte y distribución, que deberán considerar alternativas a la expansión de las redes²⁶.
- Los edificios son ahora una parte central del sistema energético, en cuanto pueden participar activamente en el plan de respuesta a la demanda gracias a su capacidad de almacenamiento de calor y frío y de uso diferido de determinados aparatos, además de su aptitud

22. Definido en el Reglamento 2018/1999, de gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, cuyo artículo 2, apdo. 18, dispone: “primero, la eficiencia energética: principio por el cual en las decisiones de planificación, estrategia e inversión en materia de energía se deben tener plenamente en cuenta medidas alternativas en materia de eficiencia energética que sean eficientes en costes y que permitan dotar de mayor eficiencia a la demanda y el suministro de energía, en particular mediante ahorros de energía en el uso final eficientes, iniciativas para la respuesta de la demanda y una transformación, transmisión y distribución más eficiente de la energía, y que permitan alcanzar aun así los objetivos de dichas decisiones”.

23. *Sobre el principio de “primero, la eficiencia energética”: de los principios a la práctica - Directrices y ejemplos para su aplicación en la toma de decisiones en el sector de la energía y más allá* (DOUE 350, de 4 octubre 2021).

24. *Vid.* apdos. 7 y 8 de la Recomendación.

25. El régimen jurídico para tal evaluación se establece de forma detallada por el ordenamiento europeo; una exposición en detalle puede verse en Galera Rodrigo (2022: 119-132).

26. Directiva 2019/944 sobre mercado interior de la electricidad, artículos 51.3 (respecto del gestor de transporte) y 13, 17 y 32 (apdos. 1 y 3), respecto de los gestores de redes de distribución.

para la producción de energía renovable, por lo que propone facilitar el acceso a los mercados de la energía para agregadores de los usuarios finales pequeños, por ejemplo los usuarios finales residenciales²⁷.

5

Impulsando el nuevo modelo energético: regulación e incentivos

El ordenamiento de energía y clima de la Unión Europea, que queda adoptado a finales de 2019, perseguía dos objetivos esenciales: por una parte, hacer posible la transición energética, en su doble objetivo de descarbonización progresiva y nuevo modelo con entrada de nuevos actores, funciones y ámbitos de actividad en el sector; por otra parte, ajustar el mercado energético para que funcionara adecuadamente, habida cuenta de tan importantes novedades.

El derecho de la Unión Europea establece las bases y los principios, pero deja a los Estados miembros no poca tarea regulatoria para precisar el régimen jurídico de este mercado profundamente renovado, y no poca discrecionalidad para hacerlo. Desde entonces, y sin que los ordenamientos nacionales hayan acabado su tarea de regulación, se han sucedido distintos informes, documentos, opiniones, guías y formatos similares que se aproximaban a cómo debía acabar de definirse la regulación del modelo. Algunos de ellos se han referido expresamente a los proyectos de autoconsumo en general y/o de las comunidades energéticas en particular, manifestándose criterios opuestos incluso desde las propias instituciones europeas.

Uno de los debates se centra, en última instancia, en cómo, y hasta qué punto, los “nuevos actores” del sistema se han de sujetar a las reglas de funcionamiento del mercado inicialmente, toda vez que la propia Directiva 2018/2001, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, considera que por su propia estructura y finalidad se encuentran en una situación de partida de desventaja frente a los actores tradicionales²⁸.

Sobre el particular, y con planteamientos muy distintos, puede referirse la posición del regulador europeo –ACER–²⁹, que aboga por un sometimiento

27. Vid. Recomendación 2021/1749, pp. 43-44.

28. En su Considerando 71 declara: “Las características particulares de las comunidades locales de energías renovables [...] pueden *obstaculizar su competitividad* en igualdad de condiciones frente a actores a gran escala, esto es, frente a competidores que cuenten con proyectos o carteras de mayor envergadura. [...] Entre las medidas para compensar las desventajas ligadas a las características particulares de las comunidades locales de energías renovables [...] se incluye permitir que las comunidades de energías renovables participen en el sistema energético y *facilitar su integración* en el mercado”.

29. CEER (2019).

sin matices de los nuevos actores a las reglas de mercado, estimando que son irrelevantes a estos efectos sus peculiaridades estructurales; el ACER advierte de una menor atención al sistema de precios de mercado debida a tales peculiaridades, y recomienda evitar el despliegue de microrredes allí donde haya ya redes de distribución. En un planteamiento antagónico se sitúa el Comité Económico y Social Europeo³⁰, que, entre otros extremos, considera una desventaja competitiva de la generación de renovables, que justificaría la necesidad de marcos de apoyo, el hecho de la no internalización de costes ambientales y de salud en la generación de energía no renovable; expresamente declara el carácter prevalente de la gestión de la demanda sobre las decisiones de inversión adicionales, y destaca la subsidiariedad de los mecanismos de capacidad convencionales respecto al correcto y suficiente funcionamiento de los mecanismos de capacidad.

Parece pacífico que, en estos momentos, son aún necesarias reformas regulatorias adicionales en orden a establecer un funcionamiento coordinado y ordenado de los nuevos actores, pero también incentivos económicos o de otra índole para el respaldo a las inversiones asociadas a estos proyectos de energía comunitaria tras un análisis cuidadoso de los instrumentos más idóneos. Sobre el particular, recientemente se ha señalado que la sustitución progresiva de las primas a la generación –FIT: *Feed in Tariff*– por mecanismos de incentivos llevados a las subastas en toda Europa, en razón al grado de maduración de las tecnologías, ha tenido efectos indeseados: el resultado ha sido la ralentización del ritmo de despliegue de proyectos de energía ciudadana allí donde los había, por el riesgo asociado a las licitaciones que estos proyectos han de afrontar en posición de desventaja frente a grandes empresas que, además de analistas de riesgo, cuentan con grandes carteras de proyectos que diversifican el riesgo³¹.

5.1

Derogaciones transitorias de las reglas de mercado

Conviene recordar que, para la implantación de nuevas estrategias y objetivos en este y otros ámbitos, el ordenamiento europeo suele prever marcos de apoyo que excepcionan transitoriamente el régimen general precisamente para facilitar la progresión hacia los nuevos objetivos planteados. Estos marcos de apoyo suelen establecerse a nivel nacional, normalmente

30. Dictamen de 31 de mayo de 2017 –2017/C 288/13– sobre las propuestas de modificación del mercado interior de la electricidad.

31. Palm (2021: 31).

previo respaldo de la Comisión, distinguiéndose para el caso que nos ocupa tres grupos esenciales de instrumentos.

En primer lugar, el propio marco regulatorio europeo, al establecer las reglas de funcionamiento del mercado, prevé que las mismas se puedan excepcionar –en particular las reglas de operación; las relativas a los mercados de balance diario e intradiario y sus reglas de liquidación; los mercados a plazo; los principios y reglas de asignación de capacidad y gestión de la congestión–. Así, tanto el Reglamento (UE) 2019/943, sobre el mercado interior de la electricidad, como la Directiva (UE) 2019/944, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, establecen –artículos 64 y 66 respectivamente– que los Estados miembros pueden solicitar a la Comisión excepciones a dichas reglas cumpliéndose determinados requisitos³² –en particular, la temporalidad y el propósito de respaldar a los nuevos actores–.

En segundo lugar, y aun en perspectiva de derogaciones transitorias de las reglas generales, emerge el régimen general de ayudas de Estado que deriva del artículo 107.1 TFUE, concretado, por lo que aquí interesa, en las Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022³³, que interpretan las condiciones, ámbito de aplicación, idoneidad y evaluación, entre otros aspectos, de las distintas categorías de ayudas en las que los objetivos de transición energética tienen un tratamiento reforzado –en este y otros marcos posteriores–. Así, pueden verse entre las medidas respaldadas por la Comisión algunas de las más controvertidas, como las que tienen un efecto discriminatorio en perspectiva territorial: es el caso del marco irlandés de apoyo a la electricidad renovable –SA.54683, aprobado el 20 de julio de 2020 por la Comisión–, que establece una ayuda para promover la inversión local en renovables inicialmente accesible solo para ciudadanos en los que concurra determinada proximidad geográfica al proyecto, considerándose después su apertura a eventuales interesados de otros niveles territoriales.

Desde esta perspectiva, hay que señalar la reciente incorporación en nuestro ordenamiento de esta nueva dimensión que favorece la energía ciudadana en la contratación pública: el Real Decreto-ley 12/2021 modifica el régimen de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía –Real Decreto 1183/2020– en el sentido de habilitar la incorpora-

32. Concretamente, que se justifiquen en problemas sustanciales para el funcionamiento de pequeñas redes aisladas y conectadas, o para regiones ultraperiféricas; que estén limitadas en el tiempo, y sujetas a condiciones destinadas a aumentar la competencia y la integración en el mercado de la electricidad; que tengan como objetivo garantizar que no se obstaculice la transición a las energías renovables, una mayor flexibilidad, el almacenamiento de la energía, la electromovilidad y la respuesta de la demanda.

33. Comunicación de la Comisión 2022/C 80/01.

ción en los concursos públicos de criterios socioeconómicos y ambientales en las zonas donde se ubiquen las instalaciones, entre los que se incluyen el “porcentaje de participación [...] de inversores locales, y de empresas y administraciones”, o los “mecanismos de reinversión de los ingresos obtenidos” por las plantas en la zona donde se ubican. Los referidos criterios favorecen, como es obvio, los proyectos de energía ciudadana.

5.2

La reasignación de funciones entre los actores del sistema

El nuevo consumidor se erige, en el nuevo modelo energético, como un sujeto plenamente activo que participa en los mercados de electricidad y que con la colaboración de otros sujetos presta variados servicios al sistema al que dota de una nueva fuente de flexibilidad; una de las formas en que tal servicio puede prestarse es a través del agregador independiente, que puede participar “tanto en mercados mayoristas como minoristas, obligando a todas las autoridades reguladoras a abordar cambios normativos en todos los ámbitos del sector eléctrico”³⁴, lo que es previsible que altere las actuales funciones que la Ley del Sector Eléctrico atribuye a los actores tradicionales, especialmente los operadores de red. Por otra parte, y desde esta perspectiva, se ha recordado que las comunidades de energía no son suministradores ni tampoco gestores de red, pero realizan parcialmente algunas de esas funciones para otros propósitos³⁵.

En la actualidad, es bien conocido el clamor del efecto barrera que se asigna a los operadores de red, especialmente de distribución, en cuanto tienen legalmente asumido, entre las funciones de gestores de red, el otorgamiento de autorizaciones de acceso y conexión, por una parte, y por otra el reconocimiento de la instalación a efectos de compensar al prosumidor por el excedente vertido³⁶. Tales funciones están asignadas por la Ley del Sector Eléctrico (artículo 40.1.c] para los permisos de acceso, artículo 40.2.c] para los permisos de conexión, y artículo 40.2.f] y h] para la medición, lectura y aplicación de precios y cargos); sin embargo, nuestra Ley de cabecera del

34. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: Documento que acompaña la Consulta Pública Previa relativa a la elaboración del Real Decreto en el que se establecen, entre otros extremos, los principios reguladores del agregador independiente (febrero 2023).

35. Swens y Diestelmeier (2022: 71).

36. De hecho, el Real Decreto-ley 29/2021 modificó el cuadro de infracciones y sanciones de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, abordando “el alargamiento artificial del proceso de tramitación y alta de las instalaciones de autoconsumo, así como la posible existencia de problemas en la gestión y comunicación de excedentes”, entre otros incumplimientos de empresas distribuidoras y comercializadoras.

Sector Eléctrico nació en un contexto ajeno a los objetivos de generación distribuida y de modelo descentralizado y de proximidad, dando continuidad a un modelo centralizado y vertical con pocos agentes operando.

Sería quizás oportuno analizar estas funciones desde la óptica de la función de policía administrativa, al someterse a una autorización previa el ejercicio de un derecho individual –acceso y conexión a la red– ahora multiplicado exponencialmente en coherencia con el nuevo modelo de generación distribuida y descentralizada. La ponderación asociada al examen de la petición quizás pudiera no ser lo suficientemente objetiva si se toma en cuenta que su resultado podría tener un impacto directo desfavorable en la posición jurídica de quien lo realiza, en forma de una reducción de la potencia contratada a terceros –por hipótesis, también a empresas de su propio grupo– por parte del nuevo entrante. Sería, pues, oportuno reconsiderar si estas funciones, esenciales en la generalización del nuevo modelo, deben estar asignadas a uno de los actores que tiene un claro interés directo en el asunto y puede entrar, por tanto, en un conflicto de intereses.

Para un período anterior y ajeno al inicio del proceso de transición –2016-2018– se publicó un estudio que analizaba los conflictos de acceso y conexión para el período, que habían llegado, vía recurso de alzada contra las denegaciones de acceso de los gestores de red, a la Sala correspondiente de la CNMC: resulta significativo que ya entonces se señalara la prevalencia de “los intereses de seguridad en la operación de las infraestructuras de red sobre el propio derecho de acceso, [...] [si bien] la autoridad reguladora nacional [...] ha contrarrestado esta situación a través de interpretaciones favorables al derecho de acceso”³⁷.

Este replanteamiento alcanza también a otras funciones que realizan los operadores de red, como las anteriormente descritas funciones de flexibilidad y gestión de la demanda, en las que, en situaciones de congestión, los operadores habrían de optar por los recursos más eficientes, bien sean de titularidad de la red –y sus actores afiliados–, bien de otros actores del sistema. En este sentido, se ha señalado la necesidad de transparencia y ausencia de cualquier conflicto de interés, y de que se asegure que el operador de red actúe con neutralidad en la selección de proveedores de flexibilidad a través de procedimientos competitivos³⁸.

37. Leiva López (2019).

38. En este sentido, Robinson y Del Guayo (2022: 91).

5.3

La ocupación física de suelos y superficies

Según se deduce de la exposición precedente, el marco jurídico del sector energético que propicie el nuevo modelo energético descentralizado, distribuido y de proximidad, dista aún de ser el marco definitivo y, sobre todo, coordinado en sus distintas determinaciones que tal objetivo necesita.

La sensación de fragmentación e insuficiencia se acentúa en un segundo momento, al tiempo de ejecución de los proyectos, en el que emerge un ordenamiento de distinta fuente –autonómica y/o local– y con distinto objeto –ordenación territorial y urbanística y/o ambiental–. La falta de conexión entre un grupo normativo y otro pone de manifiesto una falta de gobernanza en sus grados más esenciales, se inicia ya en los procesos normativos y de decisión, y con frecuencia se solventa con técnicas que hacen prevalecer unas decisiones sobre otras –como las de interés general– que toman la forma de las disposiciones de “medidas urgentes” amparadas en algún evento excepcional.

Precisamente, los eventos excepcionales que vienen acaeciendo en nuestra más reciente historia –COVID y conflicto en Ucrania– han multiplicado las reacciones normativas ante una posible emergencia energética de dificultades para el abastecimiento. De forma que, aun cuando no llevamos un largo recorrido en el proceso de transición energética, pueden ya distinguirse tres fases diferenciadas sobre el último estadio normativo que han de encarar los proyectos de autoconsumo, ya en fase de su despliegue.

En un primer momento, y después de criterios titubeantes, se consolidó el respaldo local a experiencias limitadas de autoconsumo a través de exenciones y reducciones de tributos locales y de ordenanzas de promoción del autoconsumo en edificios, bien elevando las exigencias de intensidad de generación, bien propiciando, a través de servidumbres, por ejemplo, el despliegue de placas en cubiertas de titularidad de terceros³⁹.

Un segundo momento se distingue al tiempo de la ejecución de grandes proyectos en suelo, que habrían de desplegarse normalmente en suelos rurales no aptos para alojar este tipo de actividades, a tenor de los usos ordinarios que para suelo rústico se establecen en la legislación estatal

³⁹. Sobre esta primera fase, y la evolución del criterio jurisprudencial sobre estas ordenanzas, *vid.*, recientemente, Revuelta (2022: 176); sobre las ordenanzas más recientes en la materia, Fuentes i Gasó (2022: 485 y ss.). Es interesante, asimismo, Diputación de Granada (2020), donde se identifican las ordenanzas aprobadas en territorio español, con breve indicación de su contenido.

del suelo –TRLSRU 2015–⁴⁰. Esta discordancia inicial se solventa de distintas formas: una de las más generalizadas es la declaración de las actividades de generación renovable, y asociadas, como de “interés general” o figuras afines, lo que habilita la ocupación como “uso excepcional” para estos fines⁴¹. Tales previsiones ya estaban en general previstas en la legislación territorial y, en su defecto, se han ido incorporando. Otro mecanismo para solventar la discordancia es reconocer en la legislación autonómica territorial la “generación de energía renovable” y actividades asociadas como “uso ordinario” del suelo rústico, ampliando así la tipología que se establece en la ley estatal del suelo. Ha sido el caso de la reciente legislación territorial andaluza –Ley 7/2021, LISTA–, que sigue el precedente de la legislación canaria, cuya constitucionalidad fue examinada en este punto: admitió la STC 86/2019 la constitucionalidad de la Ley territorial de Canarias al añadir “nuevos usos ordinarios” a los establecidos en la legislación básica estatal del suelo –TRLSRU–, en el bien entendido (FJ 8.º) de que dichos usos adicionales están vinculados “al suelo rústico –uso conforme a su naturaleza– y a una explotación racional de los recursos naturales”.

Finalmente, una tercera etapa, aun de desarrollo incipiente, es la de zonificación, esto es, la predeterminación de zonas aptas y zonas no aptas para la ubicación de este tipo de proyectos. La Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética, crea una herramienta específica de zonificación “que identifique zonas de sensibilidad y exclusión por su importancia para la biodiversidad, conectividad y provisión de servicios ecosistémicos, así como sobre otros valores ambientales” (artículo 21, apdo. 2). Tal previsión se ha concretado en que la Secretaría de Estado de Medio Ambiente ha habilitado en su página web la *zonificación ambiental para energías renovables: Eólica y Fotovoltaica*, un geoportal SIG que contiene dos capas de información (una para energía eólica y otra para energía fotovoltaica) que muestran el valor del índice de sensibilidad ambiental existente en cada punto del mapa,

40. Real Decreto Legislativo 7/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, cuyo artículo 13, en su apdo. 1, dispone:

“En el suelo en situación rural a que se refiere el artículo 21.2.a), las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

[...]

Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural”.

41. Lo que, en perspectiva más general, enlaza con el debate de “urbanismo de proyectos vs. urbanismo de planes”, al que se hace referencia en Galera Rodrigo (2022: 176 y ss.).

y los indicadores ambientales asociados a ese punto. Este instrumento es relevante para los proyectos que autoriza la Administración General del Estado, aunque no es vinculante, al no tener carácter básico, para las comunidades autónomas. Pero está también asociado al marco regulador de los concursos de acceso y conexión a las redes, en los que se puede incorporar una puntuación en función del “previsible grado de afección ambiental” de acuerdo con esta metodología de zonificación (Real Decreto-ley 12/2021, DF 4.^a), o a procedimientos simplificados o prioritarios de tramitación de autorizaciones, entre otros efectos.

Finalmente, esta zonificación es también relevante para aplicar un procedimiento simplificado y acelerado de evaluación ambiental: proyectos de renovables que cumplan determinados requisitos –entre ellos, estar en zona de afección moderada o baja y criterios de potencia– se sujetan a un procedimiento *ad hoc* de *determinación de afectación ambiental*; de resultar favorable la afectación, quedan declarados de “urgencia por razones de interés público” y se sujetan a procedimiento simplificado de autorización (Real Decreto-ley 6/2022, artículo 6). Además, a los proyectos ubicados en zonas de sensibilidad baja o moderada se les reconoce prioridad en el despacho (Real Decreto-ley 6/2022, DA 16.^a, que modifica la Ley 21/2013, de evaluación ambiental, incorporando la nueva DA 19.^a).

Una modificación adicional en el régimen de evaluación ambiental de proyectos viene establecida por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que regula un procedimiento específico de “determinación de afección ambiental para proyectos de energías renovables” (artículo 22), aplicable “con carácter excepcional y transitorio” a todos los proyectos, excepto si involucran a zonas ambientalmente protegidas (Red Natura y figuras de la Ley de Patrimonio Natural), medio marino o que superen determinados umbrales (líneas aéreas de voltaje superior a 220kV y 15 km longitud). El informe de determinación de afección ambiental recibe la consideración de acto de trámite no susceptible de impugnación separada –sin perjuicio de la eventual oposición que pueda plantearse en el recurso contra el acto de autorización del proyecto–.

También desde la UE se ha respaldado esta técnica de zonificación: así, con el trasfondo de la guerra de Ucrania y los riesgos para el suministro y los precios asociados a la misma, en diciembre de 2022 se adoptó el Reglamento (UE) 2022/2577 del Consejo, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables, y que adoptó tres grupos de medidas: en primer lugar, la introducción de la presunción *refutable* de que los proyectos de energías renovables son de interés público superior a efectos de la legislación medioambiental pertinente –directivas Aves, Hábi-

tats y Aguas-; en segundo lugar, la simplificación del marco de autorización para la repotenciación de las instalaciones de producción de electricidad procedente de energías renovables, de modo que se centre en los impactos derivados de las modificaciones o ampliaciones con respecto al proyecto original; en tercer lugar, medidas dirigidas a tecnologías específicas, como una concesión de autorizaciones mucho más corta y más rápida para equipos solares en estructuras existentes o previsiones específicas para bombas de calor. Se trata de medidas temporales que se aplican durante un período de dieciocho meses desde el 22 de diciembre de 2022.

Se quiere subrayar que la mera declaración de los proyectos de energías renovables como de “interés público superior” no implica *per se* la derogación de la legislación ambiental referida, sino la concurrencia con carácter general de uno de los requisitos que pueden dar lugar a una inaplicación excepcional de la misma, quedando subsistentes los demás establecidos por tal legislación y, naturalmente, la vía de control judicial sobre su concurrencia⁴².

El recurso a estos instrumentos, sobre todo los más recientes, pone de manifiesto la urgencia del proceso de descarbonización, renovada e intensificada por el alto nivel de dependencia energética exterior de la UE que se ha manifestado como riesgo crítico en el marco de la guerra ucraniana. No hay duda de la voluntad de las autoridades públicas de respaldar la aceleración de estos procesos, también, aunque en menor medida, el de proyectos de autoconsumo colectivo. Sin embargo, a las carencias de regulación ya mencionadas hay que añadir una necesidad desatendida desde hace décadas⁴³, cuyos efectos indeseables se vienen agudizando en proporción a la intensidad y rapidez del despliegue de instalaciones de renovables, y es la falta de gobernanza y de participación de los territorios, especialmente locales, en las decisiones de localización de las instalaciones. En un marco tan complejo como el que plantea el nuevo modelo energético, con cientos, si no miles, de actores interactuando, las decisiones con efectos irreversibles –de localización de proyectos, pero antes de planificación de redes, por ejemplo– no pueden dejar a un lado a las Administraciones más cercanas a los ciudadanos. Por más que los conflictos

42. En relación con la Directiva de aguas, por ejemplo, el tribunal podrá comprobar la observancia de “si tales actividades responden a un *interés público superior* y/o si los beneficios para el medio ambiente y la sociedad ligados (procurados por el régimen general que se exceptiona) son inferiores a los beneficios [...] derivados de la ejecución de esas actividades y, en cuarto lugar, si los objetivos beneficiosos perseguidos por las citadas actividades no podían conseguirse, por razones de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyeran una opción medioambiental significativamente mejor” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2017, Asunto 529/2015, apdo. 37).

43. Cumplen más de una década las observaciones en este sentido de Estoa Pérez (2011).

que suscitan se sigan resolviendo en base a los tradicionales criterios de “concertación y colaboración” que se concretan en las fases de información pública de los procedimientos de autorización –o de evaluación–, no convence que tales criterios sustituyan a un diálogo profundo entre las Administraciones implicadas sobre la modificación a largo plazo de las condiciones socioeconómicas de los territorios asociada a las grandes instalaciones de renovables⁴⁴. Resulta sorprendente, por ejemplo, que las técnicas de zonificación que se están implantando no partan de la realidad del marco local, y consideren, por ejemplo, las zonas ya antropizadas dentro de la ciudad o los suelos urbanizables sectorizados o programados que ya están en línea de salida para su transformación.

6

A modo de reflexión final

El proceso de transición energética que está actualmente desarrollándose, y en particular el nuevo modelo energético que se encuentra entre sus objetivos, está suponiendo una renovación importante de no pocas determinaciones sectoriales que venían aplicándose con continuidad en las últimas décadas. La renovación normativa afecta, para empezar, a las propias premisas sobre las que se elabora el ordenamiento energético y que determinaron una específica regulación: la imposibilidad de almacenamiento de la electricidad, las redes como monopolios naturales o la inelasticidad de la demanda. Ni siquiera estas tres premisas básicas y clásicas⁴⁵ pueden ya admitirse sin matices a la vista de las nuevas actividades posibilitadas por la tecnología y los nuevos objetivos y modelos que van penetrando en las políticas energéticas.

Es la tecnología la que propicia que el ciudadano pueda producir la energía que consume, una posibilidad inimaginable en los tempranos planteamientos de grandes centros de generación y las subsiguientes redes de transporte y distribución. Y es también la tecnología la que propicia que los ciudadanos agrupados gestionen sus excedentes a través de intercambios con el mercado, en base a una gestión profesionalizada e inteligente que se articula a través de nuevos sujetos que aunque tienen ya reconocimiento legislativo requieren aún desarrollos normativos para su plena operatividad.

⁴⁴. Los elementos básicos de esta doctrina, en la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de noviembre de 2022, n.º de recurso 356/2020.

⁴⁵. Los matices a estas y otras premisas tradicionales, en Del Guayo Castiella (2021).

No se discute que la presencia de nuevos actores y nuevas formas de intercambio, que el nuevo modelo energético en definitiva, proporcione beneficios de toda índole de carácter colectivo, a la sociedad en su conjunto –en términos de energía limpia, de mayor eficiencia energética, de carácter socioeconómico y ambiental, e incluso de participación–, tal y como aparecen anunciados en los sucesivos textos políticos y jurídicos. Tampoco es discutible que su entrada en el sistema energético, y en sus mercados, vaya a determinar alteraciones en el funcionamiento del actual sistema a medida que los nuevos proyectos alcancen un desarrollo y una maduración significativos; y ello en términos de eventuales reducciones en contratos de consumidores del sector residencial y terciario con grandes generadores, de titularidad y gestión de redes, de gestión inteligente y automatizada de determinadas funciones o de retribución del sistema. Estos cambios se están ya dejando ver en las sucesivas reformas normativas, y muchos más que han de venir hasta ver ultimado el proceso en curso que denominamos “transición energética”. Estos cambios normativos no pueden asociarse, aunque se intente, con una eventual inestabilidad regulatoria o inseguridad jurídica, sino que son consustanciales al dinamismo del proceso, a la novedad y ambición de sus objetivos, que se elaboran con amplios horizontes finales –2050– en los que se fijan horizontes intermedios –2030– para revisar y, en su caso ajustar objetivos e instrumentos.

Como se ha dicho, este objetivo de desarrollar e implantar un nuevo modelo energético está desequilibrado respecto del objetivo “descarbonización” también asociado a la transición energética: la consecución de ambos objetivos no discurre en paralelo, sino que se ha generado un notable desequilibrio entre ambos en las recientes medidas, europeas y estatales, de aceleración asociadas a las situaciones extraordinarias de estos últimos años. Un desequilibrio que toma la forma de despliegue acelerado de grandes proyectos de instalaciones en el territorio que están generando, además, una contestación social acelerada, al decidirse prácticamente al margen de los territorios donde se ubican.

Quizás es momento para invocar una aceleración del nuevo modelo energético que equilibre sus resultados respecto de la descarbonización que se está realizando en base al tradicional modelo centralizado, pues hay que recordar que los actores de uno y otro modelo compiten por los mismos bienes escasos, como son la ocupación de suelo, la capacidad de las redes o la inevitable alteración del paisaje. No hay ya barreras tecnológicas a la energía comunitaria, ni a un mercado caracterizado por una amplia y efectiva competencia entre miles de actores que ahora pueden organizar sus intercambios de energía; hay inercia centenaria en la operación de los mercados, lagunas regulatorias y barreras subsistentes que amenazan con

mantener los proyectos de energía comunitaria en anécdotas minoritarias y voluntaristas y limitar definitivamente la transición energética hacia un mero proceso de descarbonización del sistema energético. Es por ello que hay que celebrar propuestas audaces como la que representa la regulación del *Consumo de Cercanía* del Decreto-ley 1/2023 del Gobierno de Aragón ya mencionado, aun cuando su plena aplicación requiera cierta correspondencia de la legislación estatal, sin que sean descartables exámenes de constitucionalidad por razones competenciales. Hay que celebrarlo por representar un paso adelante, la primera norma de la “tercera generación” en la regulación del autoconsumo, en cuanto considera y regula los elementos imprescindibles para que el autoconsumo pueda desempeñar el papel de actor activo del nuevo modelo energético tal y como quiere el derecho de la Unión Europea.

7 Bibliografía

- Capper, T., Gorbatcheva, A., Mustafa, M.A., Bahloul, M., Schwidta, J.M., Chitchyan, R., Andoni, M., Valentin, R., Robu Montakhab, M., Scot, I.J., Francis, C., Mbavarira, T., Espana, J.M. y Kiesling, L. (2022). Peer-to-peer, community self-consumption, and transactive energy: A systematic literature review of local energy market models. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 162.
- CEER. (2019). *Regulatory Aspects of Self-Consumption and Energy Communities* (25 June 2019, C18-CRM9_DS7-05-03). Disponible en: https://www.ceer.eu/documents/104400/6509669/C18-CRM9_DS7-05-03_Report+on+Regulatory+Aspects+of+Self-Consumption+and+%20Energy+Communities_final/8ee38e61-a802-bd6f-db27-4fb61aa6eb6a?version=1.1.
- CES. (2017). *Dictamen de 31 de mayo de 2017 -2017/C 288/13- sobre las propuestas de modificación del mercado interior de la electricidad*.
- CNMC. (2021). *Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el procedimiento y los requisitos que deberán cumplirse para el otorgamiento de la autorización administrativa de las redes de distribución de energía eléctrica cerrada* (1 de diciembre de 2021, IPN/CNMC/019/21). Madrid: CNMC. Disponible en: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3864898.pdf>.
- (2022). *Municipios y competencia: las dificultades al despliegue de instalaciones de energías renovables en el ámbito local (G-2022-03)*. Madrid: CNMC.

Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/MyC_DT_%20RENOVABLES.pdf.

Del Guayo Castiella, Í. (2021). Redes de distribución cerradas, consumidores electro-intensivos y almacenamiento de electricidad como componentes del nuevo derecho eléctrico. En M.^a J. Alonso Mas e I. Revuelta Pérez (dirs.). *Regulación del sector eléctrico y transición energética*. Navarra: Aranzadi.

Diputación de Granada. (2020). *Mejora Energética y Ambiental. Guía de Ordenanzas Municipales*. Granada: Diputación de Granada.

Estoa Pérez, A. (2011). Descoordinación de competencias en materia de renovables. *Revista General de Derecho Administrativo*, 27.

Fuentes i Gasó, J. R. (2022). Administración local: los gobiernos locales ante la nueva agenda urbana de la Unión Europea. En G. García Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.). *Observatorio de Políticas Ambientales 2022*. Madrid: CIEMAT.

Galera Rodrigo, S. (2022). *El hacer urbano de la Unión Europea. Modelo de ciudad, poder local y sostenibilidad energética*. Barcelona: Atelier.

Galera Rodrigo, S. y Ortiz García, M. (2022). *Energía más allá del mercado. Hacia un nuevo modelo energético* (Documento de Trabajo 214/2022). Madrid: Fundación Alternativas - Ampier. Disponible en: <https://fundacionalternativas.org/publicaciones/energia-mas-alla-del-mercado-hacia-un-nuevo-modelo-energetico/>.

Gallego Córcoles, I. (2021). *Comunidades de energía y transición energética*. Pamplona: Thomson Reuters.

Herrera, J. y Navarro, P. (2022). Las comunidades energéticas como nuevo sujeto del derecho energético en España: del falansterio a la transformación. En T. Font i Llovet y M. Vilalta Reixach (dirs.). *Anuario del Gobierno Local 2021. Los Gobiernos locales ante el cambio climático* (pp. 203-248). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local - IDP.

Leiva López, A. D. (2019). Los conflictos de acceso de instalaciones de generación renovable a las redes de electricidad en el actual escenario regulatorio. *Revista General de Derecho Administrativo*, 51.

OMIE. (2019). *Modelo de funcionamiento de los mercados locales de electricidad* (25/06/2019). Disponible en: https://www.omie.es/sites/default/files/2019-12/modelo_de_funcionamiento_mercados_locales_electricidad_v2_0.pdf.

- Palm, J. (2021). *Energy Communities in different national settings – barriers, enablers and best practices*. Disponible en: https://www.newcomersh2020.eu/upload/files/Deliverable%203_3_%20Energy%20communities%20in%20different%20national%20settings_barriers%2C%20enablers%20and%20best%20practices.pdf.
- PWC. (2023). *Contribución económica y social de las pequeñas instalaciones fotovoltaicas en España* (Informe PWC para Anpier, 17 de enero 2023). Disponible en: <https://anpier.org/wp-content/uploads/2023/02/Impacto-socioeconomico-de-los-pequenos-productores-FINAL.pdf>.
- Revuelta Pérez, I. (2017). ¿Riesgo o fallo regulatorio? Los “recortes” a las renovables a la luz del derecho de la Unión Europea. En I. Revuelta Pérez (dir.). *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*. Pamplona: Thomson Reuters.
- (2022). La actividad de los Gobiernos locales en el ámbito de la energía limpia: marco normativo. En T. Font i Llovet y M. Vilalta Reixach (dirs.). *Anuario del Gobierno Local 2021. Los Gobiernos locales ante el cambio climático* (pp. 171-202). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local - IDP.
- Robinson, D. y Del Guayo, Í. (2022). Aligment of energy community incentives with electricity system benefits in Spain. En S. Löbbe, F. Sioshansi y D. Robinson (eds.). *Energy Communities. Customer-Centered, Market-Driven, Welfare-Enhancing?* Elsevier, Academic Press.
- Sanz Larruga, F. J. (2019). El tortuoso camino hacia la generación distribuida y el autoconsumo en el derecho español. El impuesto “al sol”: crónica de una muerte anunciada. En Í. del Guayo Castiella y A. Fernández Carballal (coords.). *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz* (pp. 801-824). Madrid: INAP.
- Swens, J. y Diestelmeier, L. (2022). Developing a legal framework for the Energy Communities beyond the Energy Law. En S. Löbbe, F. Sioshansi y D. Robinson (eds.). *Energy Communities. Customer-Centered, Market-Driven, Welfare-Enhancing?* Elsevier, Academic Press.

La tributación local de las energías renovables en el contexto de transición energética española y europea

MARÍA DEL CARMEN CÁMARA BARROSO

*Profesora contratada doctora de
Derecho Financiero y Tributario.*

Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

- 1. Introducción**
- 2. La regulación del autoconsumo de energía renovable en España**
- 3. Una visión general sobre la fiscalidad de la energía. Especial referencia a las energías renovables**
 - 3.1. Consideraciones iniciales
 - 3.2. La fiscalidad estatal sobre la producción y el consumo de energía eléctrica
 - 3.2.1. *El impuesto sobre el valor añadido*
 - 3.2.2. *El impuesto especial sobre la electricidad*
 - 3.2.3. *El impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica*
 - 3.3. La fiscalidad autonómica medioambiental
- 4. Los tributos locales sobre la energía: ¿existen incentivos fiscales a la energía renovable?**
 - 4.1. Consideraciones iniciales
 - 4.2. Tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local
 - 4.3. El impuesto sobre bienes inmuebles
 - 4.4. El impuesto sobre actividades económicas
 - 4.5. El impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

Artículo recibido el 20/01/2023; aceptado el 30/01/2023.

Resumen

En un contexto de transición energética como el actual, el papel que desempeña la utilización del sistema tributario con un fin extrafiscal es fundamental y necesario para el fomento de las energías renovables y, en particular, de su autoconsumo. En este trabajo, una vez definido el marco estratégico nacional y de la Unión Europea y presentado el panorama general de la fiscalidad energética en España, nos centramos en el estudio de los principales tributos locales que recaen sobre las instalaciones de energía eléctrica y de los incentivos fiscales que los mismos ofrecen a la energía de origen renovable.

Palabras clave: *energía renovable; extrafiscal; transición energética; tributos locales; Unión Europea.*

Local taxation of renewable energies in the context of the Spanish and European energy transition

Abstract

In a context of energy transition like today, the role of the tax system for non-fiscal purposes is fundamental and necessary for the promotion of renewable energies and their self-consumption. Once the national and European Union strategic frameworks have been defined and the general panorama of energy taxation in Spain has been presented, the article focuses on the study of the main local taxes that tax electrical energy installations and the fiscal benefits that they offer to energy coming from renewable sources.

Keywords: *renewable energy; non-fiscal purposes; energy transition; local taxes; European Union.*

1

Introducción

Desde una perspectiva medioambiental, en 2019, la energía fue responsable de más del 75 por ciento de las emisiones de gases de efecto invernadero de

la Unión Europea¹. Además, desde un punto de vista económico, agravada por la invasión rusa de Ucrania, la dependencia energética de la Unión Europea, donde gran parte de la energía consumida es importada, ha provocado un aumento exponencial de los precios de los combustibles fósiles.

En este contexto tan delicado, las fuentes de energía renovable constituyen una alternativa perfecta a los combustibles fósiles, pues, de una parte, contribuyen a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, y, de otra, permiten disminuir la dependencia que existe respecto de los combustibles fósiles (y, en particular, del petróleo y del gas)².

En el ámbito de la Unión Europea, tanto las diferentes instituciones, y en particular la Comisión Europea, presidida en estos momentos por Ursula von der Leyen, como los distintos Estados miembros, han apostado por estas energías renovables, con diferentes técnicas, pero siempre destacando el papel que han jugado los instrumentos económicos (y, en particular, el sistema de comercio de derechos de emisión y los impuestos energéticos, que, basados en el principio “quien contamina, paga”, deberían gravar los combustibles fósiles y/o incentivar fiscalmente las energías renovables).

Tal y como se afirma en el *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030* de España³, la utilización de mecanismos regulatorios y fiscales ayuda a una mayor –y más rápida– penetración de tecnologías eficientes en el mercado y también al desarrollo del autoconsumo, que permite acercar la producción a los puntos de consumo, reduciendo así las pérdidas que se producen en el transporte y en la distribución de energía.

En el marco del *Pacto Verde Europeo*⁴, que constituye la hoja de ruta de la Unión Europea en materia medioambiental, la *Legislación europea sobre el clima* (Reglamento [UE] 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los reglamentos [CE] n.º 401/2009 y [UE] 2018/1999), de conformidad con el Acuerdo de París de 2015, estableció el objetivo vinculante de neutralidad climática (cero emisiones) en la Unión Europea a más tardar en 2050, así como el objetivo general de una

1. Sobre el particular, *vid.*: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/cambio-climatico/20180301STO98928/emisiones-de-gases-de-efecto-invernadero-por-pais-y-sector-infografia> (consultado el 18 de enero de 2023).

2. Sobre el particular, *vid.*: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/70/la-energia-renovable> (consultado el 18 de enero de 2023).

3. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/images/es/pnieccompleto_tcm30-508410.pdf (consultado el 18 de enero de 2023).

4. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *El Pacto Verde Europeo*, COM(2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019.

reducción de, al menos, el 55 por ciento de las emisiones de gases de efecto invernadero de aquí a 2030 con respecto a las cifras de 1990.

Los objetivos específicos de la Unión Europea en materia climática se recogen en el paquete conocido como *Objetivo 55*⁵. En concreto, dentro del mismo, la revisión de la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (en adelante, DER II) pretendía aumentar el objetivo vinculante global de energía renovable en 2030 del actual 32 por ciento a un nivel del 40 por ciento en la combinación energética global.

La DER II contiene el marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables, reforzando el derecho al autoconsumo. En su Considerando 66 se reconoce que “es necesario establecer un marco normativo que habilite a los autoconsumidores de energías renovables para generar, consumir, almacenar y vender electricidad sin hacer frente a cargas desproporcionadas”⁶. Dentro de estas “cargas”, por supuesto, podemos incluir los impuestos que recaen sobre la energía autoconsumida de origen renovable, como puede ser la solar, especialmente extendida en España por su ubicación geográfica y sus favorables condiciones climáticas.

El Plan *REPowerEU*⁷, presentado por la Comisión Europea en mayo de 2022, puso de manifiesto la necesidad de acelerar la transición hacia una energía limpia y eliminar gradualmente la dependencia energética de Rusia, aumentando la proporción de energías renovables en la generación de electricidad, la industria, los edificios y el transporte hasta el 45 por ciento en 2030. En este contexto, en septiembre de 2022, el Parlamento Europeo exigió elevar el objetivo de energías renovables en el total del *mix* energético del 40 al 45 por ciento en 2030.

Por su parte, a nivel interno, el PNIEC prevé un crecimiento significativo de la penetración de las energías renovables en España, llegando en 2030 al 74 por ciento en el ámbito eléctrico y al 42 por ciento sobre el uso final.

5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Objetivo 55”: *cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática*, COM(2021) 550 final, de 14 de julio de 2021.

6. Aunque, con carácter general, el artículo 21.2.a).ii) de la DER II exime del pago de cualquier cargo o tasa a la energía autogenerada procedente de fuentes renovables que permanezca dentro de las instalaciones del consumidor, en su artículo 21.3 se contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan aplicar cargos y tasas no discriminatorias y proporcionadas a los autoconsumidores de energías renovables, en relación con la electricidad renovable autogenerada que permanezca dentro de sus locales en determinados supuestos tasados.

7. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible*, COM(2022) 108 final, de 8 de marzo de 2022.

Tal y como se ha señalado en la *Guía de orientaciones a los municipios para el fomento del autoconsumo*, de diciembre de 2022, el autoconsumo de energía eléctrica es uno de los pilares fundamentales en el desarrollo de las energías renovables y, en gran medida, su implantación se vincula a entornos locales. Indudablemente, el autoconsumo representa una oportunidad de desarrollo para los municipios, y les ofrece un mecanismo eficaz para colaborar en la transición energética⁸.

En la *Hoja de ruta del autoconsumo* del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO), de diciembre de 2021, se ha recordado que las entidades locales, como Administración más cercana a la ciudadanía, tienen un papel fundamental para el impulso del autoconsumo: “desde el potencial que ofrecen los más de 8.100 municipios de nuestro país (junto con el resto de entidades locales) para el despliegue del autoconsumo en sus propias instalaciones, a las medidas que pueden adoptar para favorecer el autoconsumo en su territorio, ya sean de tipo divulgativo e informativo o normativo, y especialmente mediante la simplificación de trámites”.

Según los datos ofrecidos por el *Informe del Sistema Eléctrico Español 2021*, elaborado por Red Eléctrica de España, en 2021, la energía renovable (y, especialmente, la energía solar fotovoltaica) ha mejorado sus cifras. Por lo que respecta a la generación eléctrica, se produjo un nuevo máximo histórico en la contribución de la energía renovable peninsular, con una cuota en la generación eléctrica del 48,4 por ciento, debido al incremento de la producción eólica y solar fotovoltaica, un 10 y 37,4 por ciento superiores a las del año anterior, respectivamente.

2

La regulación del autoconsumo de energía renovable en España

Tal y como hemos señalado en el apartado anterior, el autoconsumo eléctrico a partir de fuentes renovables constituye uno de los pilares fundamentales de la transición energética. El autoconsumo permite tanto a particulares como a empresarios producir electricidad renovable para su propio consumo instalando paneles solares u otros sistemas de generación renovable (como, por ejemplo, generadores eólicos).

Gracias al autoconsumo, una parte importante del consumo eléctrico se abastece con la energía que genera la propia instalación fotovoltaica.

8. Disponible en: https://www.idae.es/sites/default/files/documentos/publicaciones_idae/2022-12-02_Guia_Autoconsumo_Ayuntamientos_v.3.pdf (consultado el 18 de enero de 2023).

Esto, además del ahorro que supone en la factura eléctrica, desde un punto de vista medioambiental, implica un menor consumo de energía fósil, lo que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

En España, la primera regulación del autoconsumo tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE), con la definición ofrecida sobre el mismo en su artículo 9. En su versión actual, el artículo 9 de la LSE conceptualiza al autoconsumo como “el consumo por parte de uno o varios consumidores de energía eléctrica proveniente de instalaciones de producción próximas a las de consumo y asociadas a los mismos”.

El primer desarrollo reglamentario del autoconsumo tuvo lugar a través del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo. Este Real Decreto prohibía el “autoconsumo colectivo” y obligaba a los autoconsumidores a contribuir a los costes y servicios del sistema pagando los mismos –o mayores– peajes, cargos y costes que un consumidor eléctrico no acogido al autoconsumo⁹.

En el Preámbulo del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, se recordaba de esta manera que la apuesta por una transición energética es necesaria y urgente: “Partiendo de esta premisa y en el contexto de elevación de precios en el mercado eléctrico en el que nos encontramos, el autoconsumo eléctrico renovable es un elemento imprescindible para lograr que el consumidor pueda obtener una energía más limpia y barata”.

Este Real Decreto-ley 15/2018, además de reconocer el derecho al autoconsumo colectivo (de forma que varios consumidores que, por ejemplo, forman parte de una comunidad de vecinos, puedan asociarse a una única planta de generación), declaró también el derecho a autoconsumir energía eléctrica sin cargos. Así, el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica, que desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto-ley 15/2018, incorporó en el apartado 9.5 de la LSE la exención del pago de todo

9. En el artículo 16 del Real Decreto 900/2015 se regulaban los peajes de acceso a las redes de aplicación a las modalidades de autoconsumo. En el artículo 17 del Real Decreto 900/2015 se contenían los cargos asociados a los costes del sistema eléctrico. Por último, en el artículo 18 del Real Decreto 900/2015 se definían los cargos por otros servicios del sistema como el pago a realizar por la “función de respaldo” que el conjunto del sistema eléctrico realiza para posibilitar la aplicación del autoconsumo. Son estos cargos los que comúnmente se conocieron con la expresión de “impuesto al sol”. Sobre el particular, *vid.*, en profundidad, Villar y Cámara (2022: 95).

tipo de peajes y cargos sobre la energía autoconsumida de origen renovable, derogándose así el controvertido “impuesto al sol”.

En el Real Decreto 244/2019 se reconocen dos modalidades de autoconsumo, que aparecen recogidas en el artículo 9 de la LSE. La modalidad de suministro sin excedentes, en la que no es posible inyectar la energía excedentaria a la red de transporte o distribución, y donde hay un único sujeto, el consumidor, y la modalidad de suministro con excedentes, en la que las instalaciones fotovoltaicas, además de generar energía para su autoconsumo, pueden verter la energía excedentaria a la red de transporte y distribución, y donde, en consecuencia, existen dos sujetos: el productor y el consumidor.

Dentro de esta última modalidad (modalidad de suministro con excedentes) pueden distinguirse, a su vez, la modalidad con excedentes acogida al mecanismo de compensación simplificada, que consiste en un mecanismo en el que las instalaciones de producción no superiores a 100 kW pueden compensar en su factura la energía consumida a través de la red con la energía excedentaria no consumida, y la modalidad con excedentes no acogida a compensación, donde el autoconsumidor obtiene una retribución por la venta de la energía excedentaria en el mercado.

Aunque el autoconsumo puede ser a partir de cualquier tecnología de generación, en España, la tecnología solar fotovoltaica es la que ha alcanzado un mayor grado de desarrollo.

3

Una visión general sobre la fiscalidad de la energía. Especial referencia a las energías renovables

3.1

Consideraciones iniciales

De conformidad con el principio “quien contamina, paga” –recogido en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–, el derecho de la Unión Europea permite la utilización extrafiscal de los tributos, esto es, la utilización del sistema tributario para la consecución de objetivos de política económica o social, que vayan más allá del objetivo recaudatorio.

En el ámbito de la Unión Europea y, por extensión, en los diferentes Estados miembros, la fiscalidad medioambiental se ha centrado, funda-

mentalmente, en tres figuras: los productos energéticos (y la electricidad), el transporte de vehículos y la polución.

Por lo que respecta al ámbito interno, la Constitución Española también incluye dentro de su catálogo de derechos económicos y sociales el derecho al medio ambiente (artículo 45 del Capítulo III del Título I relativo a los principios rectores de la política social y económica). Existe un amplio abanico de instrumentos que pueden utilizarse por los poderes públicos para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 45 de la Constitución Española y, entre ellos, podemos destacar la articulación de medidas fiscales que incidan sobre determinados comportamientos lesivos para el medio ambiente.

En este sentido, el artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) permite que los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, puedan servir a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución Española.

Así, por ejemplo, la producción y el consumo de energía eléctrica ha sido objeto de gravamen tanto a nivel estatal como autonómico y local, con una pretendida, aunque no conseguida, finalidad extrafiscal¹⁰.

3.2

La fiscalidad estatal sobre la producción y el consumo de energía eléctrica

A nivel estatal, dentro de los impuestos que recaen sobre la energía, podemos destacar los impuestos especiales, que tienen naturaleza indirecta, regulados en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (en adelante, LIE). Entre los impuestos especiales de fabricación puede señalarse el impuesto sobre hidrocarburos, que grava el consumo específico de productos como la gasolina, el gasóleo, los biocarburantes o los biocombustibles utilizados con fines de calefacción o con fines de combustión.

Además, la LIE también contiene otros dos impuestos energéticos: el impuesto sobre el carbón (que recae sobre la puesta a consumo de carbón en el territorio de aplicación del impuesto) y el impuesto especial sobre la electricidad. Sobre este último volveremos en un momento.

Tal y como se ha afirmado en la *Estrategia a largo plazo para una economía española moderna, competitiva y climáticamente neutra en 2050*,

10. Sobre el particular, *vid.*, en profundidad, Villar y Cámara (2022: 98-129).

de noviembre de 2020, la rápida descarbonización del sector eléctrico ayuda a que una mayor electrificación de otros usos energéticos (como la movilidad, usos de calor y frío o usos industriales) sea una herramienta clave para alcanzar la neutralidad climática¹¹.

Veamos a continuación cuáles son los diferentes impuestos estatales que recaen sobre la producción y el consumo de energía eléctrica y cuáles son los incentivos que, en su caso, existen sobre la electricidad de origen renovable (y, en particular, sobre el autoconsumo)¹². Ya podemos adelantar que, a diferencia de lo que ocurre a nivel local, a nivel estatal existen diferentes beneficios fiscales sobre el autoconsumo, tanto sobre la propia inversión en instalaciones de autoconsumo como sobre la energía que producen dichas instalaciones.

3.2.1 El impuesto sobre el valor añadido

Dentro de los importes que forman parte de la factura eléctrica, podemos identificar, en primer lugar, el impuesto sobre el valor añadido (en adelante, IVA), regulado en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el

11. Disponible en: https://ec.europa.eu/clima/sites/lts/lts_es_es.pdf (consultado el 19 de enero de 2023).

12. En este contexto, nos parece interesante también señalar, aunque sea esquemáticamente, que el Real Decreto-ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, introdujo tres nuevas deducciones temporales en la cuota íntegra estatal del IRPF, aplicables sobre las cantidades invertidas en obras de rehabilitación, realizadas desde el 6 de octubre de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2023, que contribuyesen a alcanzar determinadas mejoras de la eficiencia energética de la vivienda habitual o arrendada hasta 31 de diciembre de 2024, y en los edificios residenciales (desde el 6 de octubre de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2024), acreditadas, todas ellas, a través de los correspondientes certificados de eficiencia energética. Esta medida fue convalidada por la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y recientemente modificada, para ampliar sus plazos de aplicación, por el Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del "Plan + seguridad para tu energía (+SE)", así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía. Asimismo, el Real Decreto-ley 18/2022 también ha introducido en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, la posibilidad de optar por la libertad de amortización de aquellas instalaciones destinadas al autoconsumo de energía eléctrica, así como de aquellas instalaciones para uso térmico de consumo propio, siempre que utilicen energía procedente de fuentes renovables y sustituyan instalaciones que utilicen energía procedente de fuentes no renovables fósiles que entren en funcionamiento en 2023. Se amortizarán libremente en los períodos impositivos que se inician o concluyen en 2023, siempre que, durante los 24 meses siguientes a la fecha de inicio del período impositivo en que los elementos adquiridos entren en funcionamiento, la plantilla media total de la entidad se mantenga respecto de la plantilla media de los doce meses anteriores.

Valor Añadido, que, como impuesto indirecto, recae sobre las entregas de electricidad.

Por lo que respecta, en particular, al autoconsumo de energía renovable, en relación con la modalidad con excedentes no acogida a compensación nos parece interesante traer aquí la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) V1577-10, de 12 de julio de 2010, en la que una persona física había instalado en su vivienda unas placas solares con la intención de generar energía eléctrica que transmitía a la red recibiendo a cambio una contraprestación por parte de una compañía eléctrica (modalidad con excedentes no acogida a compensación). La DGT entendió que “las entregas de energía eléctrica efectuadas por los productores de la misma a través de placas fotovoltaicas tienen la condición de entregas de bienes a efectos del Impuesto, y, en consecuencia, el consultante, productor de energía eléctrica, tendrá la consideración de empresario o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Sin embargo, por lo que respecta a la modalidad con excedentes acogida a compensación, dado que en el artículo 14.4 del Real Decreto 244/2019 se dispone que la energía horaria excedentaria no tiene la consideración de energía incorporada al sistema eléctrico, al no realizarse aquí una entrega de bienes, consideramos que no resultaría de aplicación el IVA.

El Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, incluyó una prórroga de la aplicación del tipo impositivo del 5 por ciento en el IVA a determinados suministros de energía eléctrica hasta el 31 de diciembre de 2023, para así reducir la factura eléctrica de aquellos hogares que cumplan con una serie de requisitos. Tradicionalmente, el tipo de gravamen que ha resultado de aplicación al suministro de energía eléctrica ha sido el 21 por ciento, superior al que han aplicado algunos de nuestros vecinos europeos.

3.2.2

El impuesto especial sobre la electricidad

Por su parte, el impuesto especial sobre la electricidad (en adelante, IEE), regulado en la LIE, es un impuesto, también de naturaleza indirecta, que recae sobre el consumo de electricidad y grava, en fase única, el suministro de energía para su consumo, así como el consumo por los productores de aquella electricidad generada por ellos mismos. Por lo tanto, sobre la parte

de la energía eléctrica incorporada por el autoconsumidor al sistema eléctrico no se produciría el hecho imponible, dado que esta no se suministra directamente al consumidor final.

Por lo que respecta a la energía autoconsumida, en el artículo 93 de la LIE se reconoce la no sujeción al IEE del consumo por los generadores de una potencia total no superior a 100 kW de la energía eléctrica producida por ellos mismos.

Por su parte, en el artículo 94.5 de la LIE se declara exenta la energía eléctrica consumida por los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica, siempre que sea de origen renovable, cuya potencia instalada no supere los 50 MW. Por último, el artículo 94.9 de la LIE declara exenta la energía eléctrica suministrada que sea objeto de compensación con la energía horaria excedentaria, en la modalidad de autoconsumo con excedentes acogida a compensación. Fuera de estos supuestos, el autoconsumo por el productor de la energía eléctrica generada por él mismo quedaría sujeto y no exento del IEE.

El Real Decreto-ley 20/2022 también ha prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2023 la aplicación del tipo impositivo del 0,5 por ciento del IEE (frente al tipo tradicional del 5,11269632 por ciento) establecida en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad.

3.2.3 El impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica

Por último, el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (en adelante, IVPEE), regulado en la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, es un impuesto de naturaleza directa que grava la energía eléctrica producida e incorporada al sistema eléctrico para su uso por sujetos distintos del productor. Este impuesto, pretendidamente medioambiental, fue concebido para financiar el *déficit tarifario*, que, como es sabido, es un problema estructural de la economía española.

En primer lugar, en la modalidad de autoconsumo sin excedentes, al no incorporarse la electricidad producida al sistema eléctrico, no se produce el hecho imponible. Por su parte, en la modalidad con excedentes acogida a compensación, dado que el artículo 14.4 del Real Decreto 244/2019 dispone

que la energía horaria excedentaria no tiene la consideración de energía incorporada al sistema eléctrico, tampoco se produce el hecho imponible. Por último, en la modalidad de autoconsumo con excedentes no acogida a compensación, sí que se produce el hecho imponible respecto de la energía producida e incorporada al sistema eléctrico.

3.3

La fiscalidad autonómica medioambiental

A nivel autonómico existen diferentes impuestos con un tinte medioambiental, entre los que podemos destacar los tributos relacionados con el vertido de aguas residuales o con los daños ambientales provocados por determinados usos del agua embalsada, pero también los impuestos sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medio ambiente¹³.

Estos últimos los encontramos, por ejemplo, en regiones como Cataluña, Asturias, Valencia, Aragón o Extremadura. En concreto, en Asturias, el Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios, regula el impuesto sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medio ambiente como un impuesto de carácter directo y extrafiscal, que grava la incidencia, alteración o riesgo de deterioro que ocasiona sobre el medio ambiente la realización de actividades de transporte o distribución de energía eléctrica, con el fin de contribuir a compensar a la sociedad el coste que soporta.

Por último, podemos destacar que Cantabria, a través de la disposición adicional octava de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, ha introducido el canon por la implantación en el suelo rústico de la Comunidad Autónoma de Cantabria de parques eólicos y fotovoltaicos para la generación de energía eléctrica y la evacuación de dicha energía generada a la red, íntimamente relacionado con nuestro objeto de estudio, destinado, en teoría, a revertir una parte de la riqueza que se genere en aquellas zonas del territorio que resulten afectadas directa e indirectamente por el referido despliegue, con objeto de activar su economía y combatir el declive demográfico.

13. Tal y como ha afirmado López López (2014: 460), "las principales dificultades que encuentran las CCAA a estos efectos no vienen dadas por la asunción de competencias para legislar en materia de medio ambiente, sino por los límites relativos a la coordinación con las haciendas estatal y local, previstos en el art. 6 de la LOFCA".

Se define como un impuesto directo, periódico y de naturaleza personal que grava la renta derivada de la explotación de parques eólicos y fotovoltaicos obtenida por personas físicas o jurídicas. La base imponible de este canon es el valor económico de la energía eléctrica generada y entregada a la red por el titular de la autorización administrativa de explotación en cada período impositivo anual. El tipo de gravamen es del 1,5 por ciento.

Como podemos observar, aunque este tributo autonómico tiene una “pretendida” finalidad medioambiental (combatir el declive demográfico), la forma de calcular su cuota tributaria (un porcentaje sobre la renta obtenida) nos lleva a afirmar que, en la práctica, este impuesto tiene una finalidad meramente recaudatoria, y que supone un claro desincentivo a la producción de energía a partir de fuentes de origen renovable¹⁴.

4

Los tributos locales sobre la energía: ¿existen incentivos fiscales a la energía renovable?

4.1

Consideraciones iniciales

Dentro del ámbito local, que nos interesa especialmente, existen tres impuestos obligatorios (impuesto sobre bienes inmuebles –en adelante, IBI–, impuesto sobre actividades económicas –en adelante, IAE– e impuesto sobre vehículos de tracción mecánica –en adelante, IVTM–) y dos impuestos potestativos (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras –en adelante, ICIO– e impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana –en adelante, IIVTNU–). Estudiaremos en las páginas siguientes cuáles recaen sobre la energía, así como los posibles incentivos fiscales que en los mismos puedan existir sobre la energía renovable¹⁵.

14. López López (2014: 482) considera acertadamente que “los tributos creados por algunas comunidades autónomas que afectan a la generación de energía eólica e hidráulica, presentan defectos en la configuración jurídica de sus elementos vertebradores que evidencia un marcado carácter fiscal o recaudatorio, encubierto bajo una pretendida finalidad de protección medioambiental”.

15. En el marco del IVTM, comúnmente conocido como “impuesto de circulación”, sobre el que no nos detendremos en las próximas páginas, se contemplan dos bonificaciones potestativas con una clara finalidad medioambiental en el artículo 95.6 del TRLRHL. Una bonificación de hasta el 75 por ciento en función de la clase de carburante que consuma el vehículo y una bonificación, también de hasta el 75 por ciento, atendiendo a las características de los motores de los vehículos.

La construcción de infraestructuras renovables (parques eólicos, fotovoltaicos...) tiene un importante efecto impositivo a nivel local, especialmente si tenemos en cuenta que muchos de los tributos que existen en este ámbito están especialmente vinculados con la propiedad inmobiliaria.

Así, al construir los mismos, se deberá hacer frente al pago del ICIO. Además, quedarán periódicamente sujetos al pago del IBI. También determinados sujetos que lleven a cabo la explotación económica de los mismos se verán obligados al pago del IAE. Por último, la posible transmisión quedará sujeta al IIVTNU por el incremento de valor que experimenten los terrenos.

Igualmente, será frecuente que los ayuntamientos apliquen tasas locales por la utilización privativa del dominio público. Comenzaremos con estas últimas.

4.2

Tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), “las entidades locales [...] podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos”. Sin lugar a dudas, las redes de transporte y distribución del sector eléctrico utilizan –o aprovechan– el dominio público local.

Tal y como se indica en el artículo 20.3 del TRLRHL, las entidades locales pueden establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los siguientes:

- “e) Ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local [...]; y
- k) Tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos”.

Son sujetos pasivos de estas tasas, en calidad de contribuyentes, las personas físicas, las personas jurídicas o las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la LGT que “disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular” (artículo 23.1.a) del TRLRHL).

Con carácter general, el importe de la tasa se determina tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público (artículo 24.1.a) del TRLRHL).

Pero, además, atendiendo al régimen especial dispuesto en el artículo 24.1.c) del TRLRHL, “cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de *servicios de suministros que resulten de interés general* o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquellas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas. A estos efectos, se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y comercializadoras de estos” (la cursiva es nuestra)¹⁶. Tal y como se dispone en el artículo 2.2 de la LSE, a la que hemos hecho referencia anteriormente, “el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general”¹⁷.

El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 11 de octubre de 2022 (rec. núm. 6087/2020), ha confirmado que los gravámenes de los artículos 24.1.a) y 24.1.c) del TRLRHL son compatibles entre sí.

De lo establecido en el artículo 24.1.c) del TRLRHL, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Se incluye entre las empresas explotadoras de dichos servicios tanto a las empresas distribuidoras como a las comercializadoras de los mismos. Chico de la Cámara (2016: 60) no encuentra una justificación objetiva y razonable, de conformidad con el principio de igualdad, para que tributen por el régimen general del artículo 24.1.a) del TRLRHL las compañías de transporte de energía eléc-

16. Para Chico de la Cámara (2016: 53), “el uso del dominio público con ocasión de la ocupación del tendido eléctrico [...] dará lugar *a priori* a una utilización privativa de dominio público cuando sean instalaciones propias y su ocupación no permita otros usos, y a un aprovechamiento especial del dominio público cuando dicha instalación se comparta con otras redes públicas o privadas que permitan otros usos alternativos”.

17. En el artículo 1.2 de la LSE se definen como actividades destinadas al suministro de energía eléctrica las siguientes: generación (o producción), transporte, distribución (o transmisión de la energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo), servicios de recarga energética, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico.

trica, y por el régimen especial del artículo 24.1.c) del TRLRHL las compañías dedicadas a la distribución, con un régimen de cuantificación diferente.

- Este régimen de cuantificación, más propio de los impuestos que de las tasas, se aplica tanto si las empresas son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de las mismas, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.
- Se entienden por “ingresos brutos procedentes de la facturación” aquellos que, siendo imputables a cada entidad, se hayan obtenido por esta como contraprestación por los servicios prestados en cada término municipal¹⁸.

Sobre este último punto, tal y como ha afirmado la DGT en su Consulta Vinculante V1532-21, de 24 de mayo de 2021, a efectos de la cuantificación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local mediante el régimen especial del artículo 24.1.c) del TRLRHL, “solamente deben imputarse los ingresos brutos procedentes de los servicios que se presten mediante la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales”.

En este caso se trataba de una entidad que tenía por objeto social la entrega de bienes y prestación de servicios de valor añadido relacionados con el sector energético (venta e instalación de equipos de climatización al usuario final; revisión, inspección, mantenimiento y reparación de los equipos anteriores; gestión integral de equipos; venta e instalación de placas fotovoltaicas; estudios de eficiencia energética; intermediación en la contratación de seguros de riesgo de impagos...). La entidad se planteó la realización de una nueva actividad, el suministro de energía eléctrica. La DGT llegó a la conclusión de que, al no tratarse de ingresos procedentes del servicio de suministro de energía eléctrica, no debían incluirse en el cómputo de los ingresos brutos de la facturación los obtenidos por las entregas de bienes o prestaciones de dichos servicios accesorios.

Por el contrario, los peajes de acceso a las redes de distribución constituyen ingresos propios de la actividad de las empresas de distribución, que se cobran a los consumidores, y, por tanto, sí deben incluirse dentro de los ingresos brutos de facturación a los efectos de la cuantificación de la tasa

18. Sobre el particular, Chico de la Cámara (2016: 44) advierte “el grave riesgo de desnaturalizar la tasa a la que nos referimos transformándola en realidad en un verdadero impuesto, cuando las Corporaciones Locales la cuantifiquen con apoyo en los beneficios económicos de una compañía eléctrica, en lugar de centrar el gravamen en la menor o mayor intensidad que produce el uso efectivo del tendido eléctrico sobre el dominio público”.

por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. Así lo ha entendido la DGT en su Consulta Vinculante V1630-16, de 14 de abril de 2016.

Con carácter general, atendiendo a la regulación contenida en el TRLRHL, esta tasa se exige con independencia de que el origen de la energía suministrada sea renovable o no.

En este sentido, nos parece especialmente acertada la redacción de la Ordenanza fiscal de medidas de solidaridad, impulso de la actividad económica, defensa del medio ambiente y fomento del empleo del Ayuntamiento de Sevilla, que, en su artículo 53.2, reconoce que “tendrán una bonificación del 50 por ciento en las tasas recogidas en la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del suelo, suelo o subsuelo del dominio público local con materiales de construcción, vallas, puntales, anillas, andamios, apertura de calicatas o zanjas, transformadores, postes, servicios de telecomunicaciones, suministros que afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario y otras instalaciones análogas, aquellas empresas explotadoras de suministros de electricidad cuyo origen sea 100 por ciento renovable”. Adicionalmente, tendrán un incremento del 50 por ciento “aquellas empresas explotadoras de suministros de electricidad cuyo origen no sea 100 por ciento renovable” (artículo 53.1).

4.3

El impuesto sobre bienes inmuebles

Junto con el polémico IIVTNU, comúnmente conocido como “plusvalía municipal”, que no será objeto de análisis específico en estas páginas al no contener ninguna bonificación medioambiental, el IBI, por la recaudación que procura a los ayuntamientos, es una de las piezas fundamentales del sistema de financiación local¹⁹.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del TRLRHL, constituye su hecho imponible la titularidad de cualquiera de los siguientes derechos sobre bienes inmuebles rústicos, urbanos o de características especiales: a) de una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos; b) de un derecho real de superficie; c) de un derecho real de usufructo; o d) del derecho de propiedad.

¹⁹. El IIVTNU se encuentra regulado en los artículos 104 a 110 del TRLRHL. Tal y como se describe en el artículo 104.2 del TRLRHL, están sujetos a este impuesto tanto los terrenos urbanos como los terrenos integrados en los bienes inmuebles de características especiales, como son, por ejemplo, los huertos solares.

A efectos del IBI, tienen la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en la normativa reguladora del Catastro Inmobiliario.

En concreto, la categoría de bienes inmuebles de características especiales se creó a través de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

En el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, se definen los bienes de características especiales en los términos siguientes:

“1. Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble.

2. Se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos:
a) *Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares [...]*” (la cursiva es nuestra).

Este precepto fue ampliado por el artículo 23 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. En virtud de lo señalado en su artículo 23.2:

“2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, se consideran bienes inmuebles de características especiales, por constituir un conjunto complejo de uso especializado y reunir las demás condiciones establecidas en el apartado 1 del citado artículo, los siguientes inmuebles:

Grupo A. Integran este grupo los siguientes bienes inmuebles:

A.1. Los destinados a la producción de energía eléctrica **que de acuerdo con la normativa de regulación del sector eléctrico deban estar incluidos en el régimen ordinario**. No obstante, los bienes inmuebles destinados a la producción de energía hidroeléctrica sólo se integrarán en este grupo cuando [...] superen los 10 MW de potencia instalada. En este último supuesto, también formarán parte del inmueble los canales, tuberías de transporte u otras conducciones que se sitúen fuera de las parcelas, incluido el embalse o azud, y que sean necesarias para el desarrollo de la actividad de obtención o producción de energía hidroeléctrica”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 declaró la nulidad del inciso destacado en negrita, por considerar que carecía de justificación la exclusión de todos los bienes destinados a la producción de energía eléctrica en régimen especial.

A.2. Los destinados a la producción de gas.

A.3. Los destinados al refino del petróleo.

A.4. Las centrales nucleares.

En consecuencia, y por lo que a nosotros interesa, se consideran bienes de características especiales todos aquellos bienes inmuebles que, dedicándose a la producción de energía eléctrica, superen los 10 MW de potencia instalada. En otro caso (potencia instalada inferior a 10 MW), entendemos que tendrían, respectivamente, la consideración de bienes inmuebles urbanos o rústicos los terrenos donde dichas instalaciones se encuentren enclavadas.

Tal y como ha afirmado la DGT en su Consulta Vinculante V0205-09, de 4 de febrero de 2009, “no resulta comparable un bien inmueble de características especiales con un inmueble urbano o rústico ya que, en estos, de existir maquinaria, esta se considera accesoria y se encuentra expresamente excluida (artículo 7.4.b) Texto Refundido Ley del Catastro Inmobiliario), mientras que en el bien inmueble de características especiales la maquinaria es constitutiva del inmueble. *Estas instalaciones y maquinaria forman parte del propio inmueble constituyendo el elemento principal del mismo para configurarse como un conjunto complejo de uso especializado* siendo estos elementos, por tanto, los que determinan su clasificación como bienes inmuebles de características especiales a efectos catastrales” (la cursiva es nuestra).

La DGT, en la misma Consulta Vinculante V0205-09, dispuso que la base imponible, que, con carácter general, está constituida por el valor catastral del bien inmueble, en el caso de los bienes inmuebles de características especiales (como puede ser una planta de producción de energía eléctrica) “incluye la maquinaria integrada en las instalaciones y que forme parte físicamente de las mismas o que esté vinculada funcionalmente a ellas y, dada la importancia relativa de la maquinaria en el conjunto de este tipo de bienes, en el caso de que no se computara este elemento, el valor del inmueble no representaría la verdadera capacidad económica derivada de su titularidad”.

Siendo así, para calcular la base imponible del IBI de un bien inmueble de características especiales deben tenerse en cuenta tanto el suelo sobre el que se ubica la planta como la maquinaria y las instalaciones que configuran la misma.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 1464/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración catastral de los bienes inmuebles de características especiales, “el valor catastral [...] se obtendrá mediante la suma del valor del suelo y del valor de las construcciones determinados conforme a lo establecido en este real decreto, sin perjuicio de la aplicación del coeficiente de referencia al mercado correspondiente a esta clase de inmuebles”. En la Orden HAC/3521/2003, de 12 de diciembre, por la que se fija el coeficiente de referencia al mercado (RM) para los bienes inmuebles de características especiales, se establece un coeficiente de referencia al mercado (RM) de 0,5 para este tipo de bienes.

Siguiendo lo establecido en el artículo 73.2 del TRLRHL, el tipo de gravamen aplicable a los bienes inmuebles de características especiales, que tendrá carácter supletorio, será del 0,6 por ciento. Los ayuntamientos podrán establecer para cada grupo de ellos existentes en el municipio un tipo diferenciado que, en ningún caso, será inferior al 0,4 por ciento ni superior al 1,3 por ciento.

Dentro de esta categoría, se permite, por lo tanto, la fijación de un tipo de gravamen diferenciado para cada grupo de bienes. Entendemos que como grupos deben identificarse los definidos en el Real Decreto 417/2006, a los que hemos hecho referencia arriba.

El Ayuntamiento de Madrid, por ejemplo, ha establecido en el artículo 8 de la Ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre bienes inmuebles, de 15 de diciembre de 1989, las siguientes cantidades: el tipo de gravamen aplicable a los bienes inmuebles de naturaleza urbana queda fijado en el 0,456 por ciento, el de los bienes de naturaleza rústica en el 0,567 por ciento, y el de los bienes inmuebles de características especiales en el 1,141 por ciento. Nos parece, quizás, excesivo que estos bienes de características especiales (si tenemos en cuenta, además, que en su base imponible se va a incluir también el importe de las placas solares, lo que supone su ensanchamiento) soporten un tipo de gravamen que sea el doble del aplicable a los bienes rústicos.

En el Ayuntamiento de Jaén, por su parte, con una regulación más conservadora, en el artículo 8 de la Ordenanza fiscal de 11 de diciembre de 2019 se establece lo siguiente: a) para los bienes inmuebles de naturaleza urbana el 0'65 por ciento; b) para los bienes inmuebles de naturaleza rústica el 0'6 por ciento; c) para los bienes inmuebles de características especiales el 0,65 por ciento. Como vemos, por lo tanto, se aplica el mismo tipo de gravamen a los bienes rústicos que a los bienes de características especiales.

Adicionalmente a la aplicación de este tipo de gravamen diferenciado, tal y como se establece en el artículo 74.3 del TRLRHL, “los ayuntamientos median-

te ordenanza podrán regular una bonificación de hasta el 90 por ciento de la cuota íntegra del impuesto a favor de cada grupo de bienes inmuebles de características especiales. La ordenanza deberá especificar la duración, cuantía anual y demás aspectos sustantivos y formales relativos a esta bonificación”.

Por su parte, en el artículo 74.5 del TRLRHL se contiene otra bonificación potestativa por la instalación de placas solares en los términos siguientes: “las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 50 por ciento de la cuota íntegra del impuesto para los bienes inmuebles en los que se hayan instalado sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía proveniente del sol. La aplicación de esta bonificación estará condicionada a que las instalaciones para producción de calor incluyan colectores que dispongan de la correspondiente homologación por la Administración competente”.

Por ejemplo, en el artículo 13 de la Ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre bienes inmuebles de Madrid, de 15 de diciembre de 1989, se define esta bonificación de la siguiente manera:

“Los inmuebles en los que se hayan instalado sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía proveniente del sol para autoconsumo, podrán disfrutar de una bonificación del 50 por ciento sobre la cuota íntegra del impuesto, durante los tres períodos impositivos siguientes al de la finalización de la instalación. El importe de la bonificación anual no podrá exceder, para cada ejercicio, del 50 por ciento del coste de ejecución material de la instalación. En el cómputo global, el importe de la bonificación concedida por todos los ejercicios no podrá superar el 95 por ciento del citado coste de ejecución material de la instalación. No se concederá la bonificación cuando la instalación de los sistemas de aprovechamiento térmico o eléctrico sea obligatoria de acuerdo con la normativa específica en la materia”.

Aunque, como hemos visto, el tipo de gravamen que aplica el Ayuntamiento de Madrid a los bienes de características especiales es considerable, esta bonificación permite, de alguna forma, reducir el impacto impositivo, fomentando así la generación de energía renovable. Nos parece razonable que, a pesar de que esto no se contemple en la regulación estatal, el incentivo tenga una duración limitada (tres años), y también que la bonificación no pueda superar el 95 por ciento del coste de la instalación²⁰.

20. En la línea fijada por el Ayuntamiento de Madrid, Herrera y Tandazo (2021: 364) razonan que sería adecuado que la regulación de la Ley de Haciendas Locales incorporase la exigencia de una potencia mínima, un importe máximo basado en el coste total de las instalaciones, un periodo de aplicación basado en la vida útil de tales instalaciones, y que se excluya en el caso de que la instalación resulte obligatoria.

En el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, se exige que el consumo energético se satisfaga, en la medida de lo posible, mediante el uso de energía procedente de fuentes renovables. En particular, en el artículo 15 se dispone que los edificios dispondrán de sistemas de generación de energía eléctrica procedente de fuentes renovables para uso propio o suministro a la red. Por lo tanto, en el caso del Ayuntamiento de Madrid, y así ocurre en muchos otros municipios, todas las construcciones posteriores a la entrada en vigor de este Código Técnico de la Edificación no podrán acogerse a esta bonificación, puesto que la instalación, en estos casos, resulta obligatoria.

En línea con esto, ayuntamientos como el de Ajofrín (Toledo), que establece una bonificación del 30 por ciento de la cuota íntegra –inferior al 50 por ciento máximo que permite el artículo 74.5 del TRLRHL– del IBI durante tres años para los inmuebles destinados a vivienda en los que se hayan instalado sistemas de aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía solar, no concederán la misma cuando la instalación de estos sistemas de aprovechamiento sea obligatoria en las nuevas viviendas a las que resulte de aplicación el Real Decreto 314/2006.

Además, aunque de forma más tangencial, en el apartado 2 quáter del artículo 74 del TRLRHL se dispone que “los ayuntamientos mediante ordenanza podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto a favor de inmuebles en los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros”. Coincidimos con Herrera y Tandazo (2021: 360) cuando afirman que la protección ambiental puede tener repercusiones sociales y que, por tanto, esta bonificación puede utilizarse igualmente con una finalidad medioambiental (como sucedería también, como veremos a continuación, con las bonificaciones de la misma naturaleza e importe previstas en el IAE y el ICIO).

Por último, aunque no relacionada directamente con la generación de energía eléctrica, en el artículo 74.7 del TRLRHL se recoge una bonificación potestativa de hasta el 50 por ciento de la cuota íntegra del impuesto a favor de los bienes inmuebles en los que se hayan instalado puntos de recarga para vehículos eléctricos. Esta bonificación, en el contexto de transición energética, ha sido incorporada al TRLRHL a través del Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el

ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables.

4.4

El impuesto sobre actividades económicas

Tal y como se señala en el artículo 78.1 del TRLRHL, el IAE es un tributo directo, de carácter real, cuyo hecho imponible está constituido por el mero ejercicio, en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se encuentren o no especificadas en las tarifas del impuesto, con independencia de la obtención –o no– de un beneficio económico.

La regla 2.ª del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas, establece que “el mero ejercicio de cualquier actividad económica especificada en las Tarifas, así como el mero ejercicio de cualquier otra actividad de carácter empresarial, profesional o artístico no especificada en aquellas, dará lugar a la obligación de presentar la correspondiente declaración de alta y de contribuir por este impuesto, salvo que en la presente Instrucción se disponga otra cosa”.

El Grupo 151 regula la producción, transporte, distribución y comercialización de energía en función de la potencia de que dispongan los generadores. El epígrafe 151.6, dedicado a la comercialización de energía eléctrica, se incorporó a las tarifas a través de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

Nos resulta curioso que la producción de energía solar (0,721215 euros por cada kW de potencia), de origen renovable, tribute por encima de la producción de energía termoeléctrica convencional (0,420708 euros por cada kW de potencia) o la producción de energía electronuclear (0,510860 euros por cada kW de potencia)²¹.

Por lo que respecta, en particular, al autoconsumo, la DGT, en su Consulta Vinculante V2756-17, de 25 de octubre de 2017, afirmó lo siguiente: “si la empresa realiza la actividad de montaje y mantenimiento de instalaciones solares fotovoltaicas para sí misma y la energía producida es para consumo

21. Compartimos la opinión de García Luis (2013: 627) cuando afirma que “razones de justicia y de coherencia con el esquema de determinación de las cuotas de tarifa, deben llevar a modificar los criterios utilizados para su cuantificación, o, al menos, a disminuir el importe de las cuotas asignadas a las empresas de energías renovables, lo que sería más ajustado a la realidad actual de los beneficios medios del sector, en comparación con otras tecnologías de producción de energía eléctrica”.

de dicha empresa, sin que en ningún caso vierta a la red energía alguna, dicha actividad no está sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas, por no producirse el hecho imponible del citado impuesto, ya que, aunque en el ejercicio de la actividad se ordenan medios de producción y recursos humanos, no interviene en el mercado”. Por lo tanto, la modalidad de autoconsumo sin excedentes no quedaría sujeta al IAE.

Además, dado que, como ya hemos señalado anteriormente, el artículo 14.4 del Real Decreto 244/2019 considera que la energía horaria excedentaria de los consumidores acogidos al mecanismo de compensación simplificada no tiene la consideración de energía incorporada al sistema eléctrico, esta modalidad de autoconsumo tampoco quedaría sujeta al IAE.

El artículo 82.1.b) del TRLRHL declara exentos del IAE a los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español, durante los dos primeros períodos impositivos en que se desarrolle aquella. Igualmente, están exentos del pago de este impuesto todas las personas físicas y también los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, las sociedades civiles y las entidades del artículo 35.4 de la LGT que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1 000 000 de euros. Por ello, si, por ejemplo, pensamos en el autoconsumo de uso residencial/particular, el mismo, aunque se tratase de la modalidad con excedentes no acogidos a compensación, quedaría sujeto pero exento del pago del impuesto.

Además de esta exención, íntimamente relacionada con ella, en el artículo 88.2.a) del TRLRHL se regula la siguiente bonificación potestativa: “una bonificación de hasta el 50 por ciento de la cuota correspondiente, para quienes inicien el ejercicio de cualquier actividad empresarial y tributen por cuota municipal, durante los cinco años de actividad siguientes a la conclusión del segundo período impositivo de desarrollo de aquella”.

Por su parte, en el artículo 88.2.c) del TRLRHL se contiene un incentivo fiscal, una bonificación potestativa, específicamente dirigida a las actividades económicas que utilicen energías renovables: “una bonificación de hasta el 50 por ciento de la cuota correspondiente para los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y que: utilicen o produzcan energía a partir de instalaciones para el aprovechamiento de energías renovables o sistemas de cogeneración. A estos efectos, se considerarán instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables las contempladas y definidas como tales en el Plan de Fomento de las Energías Renovables²². Se considerarán sistemas de cogeneración los equipos e instalaciones que permitan la producción con-

22. Este Plan de Fomento de las Energías Renovables es, en la actualidad, el PNIEC.

junta de electricidad y energía térmica útil”²³. Como podemos observar, en su redacción actual, el artículo permite bonificar tanto la producción como la utilización de energía renovable, pero únicamente hasta el 50 por ciento del importe de la cuota correspondiente²⁴.

Además, en esta misma letra c) del artículo 88.2 del TRLRHL, junto con esta bonificación, se contiene otra para los que realicen sus actividades industriales, desde el inicio de su actividad o por traslado posterior, en locales o instalaciones alejados de las zonas más pobladas del término municipal, y una última para los que establezcan un plan de transporte para sus trabajadores que tenga por objeto reducir el consumo de energía y las emisiones causadas por el desplazamiento al lugar del puesto de trabajo, y fomentar el empleo de los medios de transporte más eficientes, como el transporte colectivo o el compartido²⁵.

Como ejemplo, en el artículo 16.3 de la Ordenanza fiscal reguladora del impuesto sobre actividades económicas de Madrid, de 10 de diciembre de 1991, se regula la primera de ellas en los términos siguientes:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.2.c) del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, y según el orden sucesivo de aplicación que se contiene en dicho precepto, se establece una bonificación del 50 por ciento a favor de quienes tributen por cuota municipal y hayan instalado, para el autoconsumo, alguna de las siguientes energías renovables, contempladas como tales en el Plan de Fomento de las Energías Renovables: a) Energía solar, en sus dos modalidades de térmica y fotovoltaica; b) Energía geotérmica. Para tener derecho a esta bonificación es necesario que la potencia mínima de las instalaciones de producción de la energía sea de 50 Kw. El importe de la bonificación no podrá exceder, para cada ejercicio, del 50 por ciento del coste de ejecución material de la instalación. En el cómputo global, el importe de la bonificación concedida por todos los ejercicios no podrá superar el 95 por ciento del citado coste. El derecho a disfrutar de esta bonificación tendrá una duración de tres años a contar desde aquel en que tiene lugar la entrada en funcionamiento de la instalación”²⁶.

23. Para Martín Santana (2021: 255), “en relación con el autoconsumo eléctrico de fuentes de energía renovables, esta exención supone que muchos de los titulares de instalaciones de autogeneración estén exentos del impuesto”.

24. Sobre esta bonificación, Herrera y Tandazo (2021: 367) consideran que sería conveniente que la ley modulara la bonificación en función del porcentaje que suponga la energía renovable sobre el total de energía consumida por el sujeto pasivo en un periodo determinado.

25. Tal y como señala Herrera Molina (2020: 24), “puesto que la deducción es potestativa, consideramos posible que el ayuntamiento opte por aplicar solo alguna de sus modalidades y que, en el caso de adoptar las tres, pueda diversificar el porcentaje aplicable a cada una”.

26. En línea con lo establecido por el Ayuntamiento de Madrid, por lo que respecta al ámbito temporal de esta bonificación, Herrera Molina (2020: 35) afirma que “la bonificación fiscal debería aplicarse sin límites temporales a todos los ejercicios en que se produzca o utilice energía renovable”.

Además, al igual que hemos indicado para el IBI, podrá establecerse una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota correspondiente, “para los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y que desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración”.

Por último, también a través del Real Decreto-ley 29/2021, se ha incorporado al artículo 88.2 un apartado f) donde se contiene la siguiente bonificación potestativa: “una bonificación de hasta el 50 por ciento de la cuota correspondiente para los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y que hayan instalado puntos de recarga para vehículos eléctricos en los locales afectos a la actividad económica. La aplicación de esta bonificación estará condicionada a que las instalaciones dispongan de la correspondiente homologación por la Administración competente”.

4.5

El impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del TRLRHL, el ICIO es un impuesto indirecto, potestativo, “cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, o para la que se exija presentación de declaración responsable o comunicación previa, siempre que la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición”.

Por lo tanto, quedan fuera del hecho imponible y no están sujetas a este impuesto las construcciones, instalaciones u obras para cuya realización no se precise licencia de obras o urbanística, o la presentación de declaración responsable o comunicación previa.

Tal y como ha señalado la DGT en su Consulta Vinculante V0944-22, de 29 de abril de 2022, “para determinar si una construcción, instalación u obra está sometida a la obtención de licencia, declaración responsable o comunicación previa, habrá que tener en cuenta la normativa estatal en materia urbanística y la de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia urbanística y han dictado sus propias normas, así como la normativa sectorial aplicable, ya sea estatal o autonómica”. Por lo tanto, la sujeción –o no– al ICIO no se deriva realmente de la normativa reguladora del impuesto, sino de la normativa autonómica sectorial.

De acuerdo con el artículo 101.1 del TRLRHL, son sujetos pasivos de este impuesto los que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquella. Tal y como se establece en el artículo 101.2 del TRLRHL, serán sustitutos del contribuyente “quienes soliciten las correspondientes licencias o presenten las correspondientes declaraciones responsables o comunicaciones previas o quienes realicen las construcciones, instalaciones u obras”, cuando sean distintos al dueño de la obra.

En el artículo 102.1 del TRLRHL se indica que “la base imponible del impuesto está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquella”.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de mayo de 2010, rec. núm. 102/2010, llegó a la conclusión de que “forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en el supuesto de instalación de parques eólicos, el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada”²⁷. En su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, rec. núm. 102/2010, dada la identidad de razón existente entre los parques eólicos y las plantas de energía solar, tratándose ambas, en definitiva, de instalaciones de producción de energía, el Tribunal Supremo extendió la doctrina de su Sentencia de 14 de mayo de 2010 a las instalaciones fotovoltaicas.

En el artículo 103.2.a) del TRLRHL se prevé la posibilidad de aplicar “una bonificación de hasta el 95 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración”.

Además, y esto nos interesa especialmente, en el artículo 103.2.b) del TRLRHL se contempla la siguiente bonificación potestativa:

“una bonificación de hasta el 95 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras en las que se incorporen sistemas para el aprovechamiento térmico o eléctrico de la energía solar. La aplicación de esta bonificación estará condicionada a que las instalaciones para produc-

27. Lucas Durán (2012: 376), por el contrario, expone lo siguiente: “si entendemos que el hecho imponible en el caso que nos ocupa es la instalación (entendida como acción y no como resultado) de determinados elementos (placas fotovoltaicas, aerogeneradores, etc.), resulta evidente que tales elementos instalados no pueden incluirse en la base imponible del ICIO”.

ción de calor incluyan colectores que dispongan de la correspondiente homologación de la Administración competente²⁸.

Por último, al igual que hemos indicado para el IBI y el IAE, pero con un porcentaje de bonificación superior (del 50 al 90 por ciento), también el Real Decreto-ley 29/2021 ha incorporado una bonificación potestativa en el apartado f) del artículo 103.2: “Una bonificación de hasta el 90 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras necesarias para la instalación de puntos de recarga para vehículos eléctricos. La aplicación de esta bonificación estará condicionada a que las instalaciones dispongan de la correspondiente homologación por la Administración competente”.

5 Conclusiones

La Unión Europea ha fijado un objetivo a largo plazo de cero emisiones en 2050, y unos objetivos intermedios, a alcanzar en 2030, de reducción de gases de efecto invernadero (en un 55 por ciento) y de porcentaje de energías renovables (45 por ciento) en el total del *mix* energético. Sin lugar a dudas, en esta transición energética el papel que juegan las energías renovables –y, en particular, el autoconsumo– en la electrificación de la economía es crucial.

Para fomentar el autoconsumo, el sector público puede utilizar diferentes instrumentos económicos, regulatorios y fiscales. Dentro de los instrumentos fiscales, a nivel estatal, empujado, quizás, por el incremento de los precios de la electricidad como consecuencia de la invasión rusa de Ucrania, se han establecido incentivos fiscales (reducción de tipos de gravamen) en los principales impuestos que recaen sobre la producción y el consumo de energía eléctrica (IVA, IEE e IVPEE). Además, también existen incentivos fiscales a las inversiones en infraestructuras de autoconsumo en los impuestos que recaen sobre la renta de las personas físicas y las personas jurídicas, en forma de deducciones o libertad de amortización, respectivamente.

Sin embargo, como hemos comprobado a lo largo de estas páginas, no se han adoptado medidas de esta naturaleza a nivel local, teniendo en cuenta el papel tan importante que juegan los municipios en el desarrollo

28. Tal y como afirman Bastida y Ciruelos (2022: 77), “esta bonificación no es aplicable, por tanto, a los proyectos de construcción de instalaciones de producción de energía eléctrica, sino al fomento del uso de sistemas para el aprovechamiento eléctrico de la energía solar para el autoconsumo”.

del autoconsumo individual y colectivo, a través, por ejemplo, de la creación de comunidades energéticas locales.

Aunque es cierto que en los tributos locales que, de una forma u otra, recaen sobre las instalaciones de producción energética existen algunos incentivos fiscales dirigidos a la promoción de energía renovable, la técnica legislativa que se ha utilizado es bastante dudosa, por la ambigüedad de sus términos²⁹. Se trata, además, de bonificaciones que tienen un carácter potestativo, dejando total libertad a los municipios a la hora de decidir si aplicarlas o no³⁰.

De los datos contenidos en el Informe de la Fundación Renovables que lleva por título *Incentivos fiscales para instalaciones de autoconsumo fotovoltaico en municipios con más de 10.000 habitantes*³¹, publicado en junio de 2022, se extraen las siguientes conclusiones:

En España, existen 760 municipios con más de 10 000 habitantes. 415 de estos municipios (55 por ciento) ofrecen bonificaciones al autoconsumo en el IBI. 155 municipios (20 por ciento) ofrecen bonificaciones al autoconsumo en el ICIO. 292 municipios (38 por ciento) ofrecen bonificaciones para el autoconsumo simultáneamente en el IBI y en el ICIO. 190 municipios (25 por ciento) no ofrecen ningún tipo de bonificación al autoconsumo ni en el IBI ni en el ICIO.

Aunque, evidentemente, valoramos positivamente la existencia de estos incentivos fiscales, y consideramos que, en la actualidad, en el ámbito local son escasos, también es cierto que los mismos, en caso de incrementarse, deben hacerlo de una forma controlada. Si estas alternativas renovables ya son más económicas que cualquier combustible fósil, quizás tiene sentido apoyar la introducción de las mismas, fomentando su desarrollo hasta que la tecnología incentivada sea lo suficientemente madura, pero limitándolas temporalmente al periodo necesario (3-5 años) para recuperar la inversión.

29. A este respecto nos parece muy interesante el razonamiento de Cañal García (2022: 78): “el verdadero problema para la coordinación de las legislaciones en este punto radica en que los Entes Locales tienen derecho a una compensación por parte del Estado del importe de los beneficios fiscales que este introduzca imperativamente en las leyes de tributación local”. En virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 del TRLRHL, “2. Las leyes por las que se establezcan beneficios fiscales en materia de tributos locales determinarán las fórmulas de compensación que procedan; dichas fórmulas tendrán en cuenta las posibilidades de crecimiento futuro de los recursos de las Entidades Locales procedentes de los tributos respecto de los cuales se establezcan los mencionados beneficios fiscales”.

30. Coincidimos con Cobos Gómez (2021: 50) cuando afirma que “quizás no es necesario introducir nuevas medidas, sino aprovechar adecuadamente las existentes y, en su caso, retocarlas para orientarlas a los actuales desafíos ambientales. En este sentido, cabría valorar una modificación del carácter potestativo de dichas bonificaciones para que pasen a ser obligatorias y evaluar con criterios objetivos los requisitos materiales y formales a los que debe someterse su aplicación”.

31. Disponible en: <https://fundacionrenovables.org/wp-content/uploads/2020/06/Incentivos-fiscales-para-el-autoconsumo-en-municipios-de-mas-de-10.000-habitantes.pdf> (consultado el 19 de enero de 2023).

6 Bibliografía

- Bastida Peydro, M. y Ciruelos Lara, P. (2022). Las instalaciones de producción de energía fotovoltaica en el ámbito de la tributación local. *Tributos Locales*, 154, 57-93.
- Cañal García, F. J. (2022). Beneficios fiscales para la transición energética en la imposición local. *Tributos Locales*, 159, 73-89.
- Chico de la Cámara, P. (2016). Argumentos que cuestionan la legalidad de la tasa por la ocupación del tendido eléctrico y líneas de actuación futura a la luz de los fallos del Tribunal Supremo sobre la materia. *Tributos Locales*, Extra 2, 37-81.
- Cobos Gómez, J. M. (2021). Reforma de los impuestos municipales para el fomento del autoconsumo. En B. García Carretero (coord.), *La reforma ambiental de las Haciendas Locales* (Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, 7, pp. 42-51). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- García Luis, T. (2013). El impuesto sobre actividades económicas y la producción de energía eléctrica mediante fuentes renovables. En M. Lucas Durán (dir.), *Fiscalidad y energías renovables* (pp. 585-668). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Herrera Molina, P. M. (2020). Bonificaciones y otros elementos ambientales en el Impuesto sobre Actividades Económicas (situación actual y propuestas de reforma). *Nueva Fiscalidad*, 3, 21-51.
- Herrera Molina, P. M. y Tandazo Rodríguez, A. V. (2021). La protección ambiental en los tributos locales (situación actual y propuestas de reforma). En M.^a L. González-Cuéllar Serrano y E. Ortiz Calle (dirs.), *La transición energética en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y la justicia fiscal* (pp. 351-385). Valencia: Tirant lo Blanch.
- López López, H. (2014). Fiscalidad de las energías renovables en el ámbito autonómico. En J. F. Alenza García (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (pp. 457-482). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lucas Durán, M. (2012). Energías renovables y fiscalidad local. En M.^a E. Manzano Silva (coord.) e I. Merino Jara (dir.), *Estudios jurídicos sobre la hacienda local* (pp. 361-427). Barcelona: Bosch.
- Martín Santana, L. (2021). Fiscalidad del autoconsumo eléctrico de fuentes renovables en el ámbito local. En B. García Carretero (coord.), *La reforma ambiental de las Haciendas Locales* (Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, 7, pp. 248-255).
- Villar Ezcurra, M. y Cámara Barroso, M.^a C. (2022). *Los incentivos fiscales al autoconsumo de energía solar fotovoltaica*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

La incidencia de las potestades de los entes locales en el desarrollo y la implantación de las energías renovables

M.^a CONSUELO ALONSO GARCÍA

*Catedrática de Derecho Administrativo.
Universidad de Castilla-La Mancha*

1. El papel de los ayuntamientos en la promoción o restricción de implantación de instalaciones de producción de energía renovable

- 1.1. La incorporación de los criterios de sostenibilidad en la ejecución de los servicios mínimos y en el ejercicio de las competencias municipales
- 1.2. La tensión interadministrativa y el conflicto jurídico planteado por el rechazo de algunas comunidades locales a ubicar *macroplantas* de energía renovable en sus términos municipales

2. La articulación entre la planificación eléctrica y los instrumentos de ordenación territorial y urbanísticos

- 2.1. Concurrencia de planes. Criterios de prevalencia e imposiciones
- 2.2. La planificación integral como eje articulador de las perspectivas energética, ambiental y territorial

3. La intervención de las entidades locales en el procedimiento de autorización de instalaciones destinadas a la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables

- 3.1. Intervención local en las autorizaciones ambientales de competencia de otras Administraciones públicas
 - 3.1.1. *Intervención de las entidades locales en la evaluación ambiental*
 - 3.1.2. *Intervención municipal en la autorización ambiental integrada*
- 3.2. El ejercicio por parte de las entidades locales de sus potestades en orden a autorizar las instalaciones productoras de electricidad a través de fuentes renovables
 - 3.2.1. *Licencia de actividad (apertura o funcionamiento)*
 - 3.2.2. *El ejercicio por parte de las entidades municipales de sus competencias urbanísticas*

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Artículo recibido el 15/01/2023; aceptado el 06/02/2023.

Resumen

El presente trabajo analiza el papel de los entes locales, singularmente los municipios, en el procedimiento administrativo de autorización de las instalaciones destinadas a la producción de energía procedente de fuentes renovables. El mismo se centra en una doble perspectiva: por un lado, en el estudio y la valoración de la participación de los ayuntamientos en los trámites administrativos y resoluciones que son competencia de otras Administraciones públicas, y, por otro, en el examen de las potestades que a los mismos incumbe en dicho proceso, tanto en materia ambiental como urbanística. Se realizan algunas propuestas para evitar las tensiones y los conflictos derivados de la oposición de algunos municipios a la implantación en sus términos municipales de grandes plantas de renovables, de tal manera que se concilien los intereses en presencia y se mejore el sistema de autorización de estas empresas.

Palabras clave: *energía renovable; autorización; competencias locales; ordenación territorio; urbanismo; medio ambiente.*

The competences of local entities in the development and implementation of renewable energies

Abstract

This article analyzes the role of local entities, especially municipalities, in the administrative procedure for authorization of facilities to produce energy from renewable sources. It focuses on a double perspective. On the one hand, the article assesses the participation of municipalities in administrative procedures of other public Administrations. On the other hand, the article examines the own municipal powers in such procedures, both in environmental and urban fields. The article suggests some proposals to avoid tensions and conflicts which may come from the opposition of some municipalities to the implementation in their municipal terms of large renewable plants, in a way to balance different interests at stake and to improve the authorization framework.

Keywords: *renewable energy; administrative authorization; local competences; country planning; town planning; environment.*

1

El papel de los ayuntamientos en la promoción o restricción de implantación de instalaciones de producción de energía renovable

1.1

La incorporación de los criterios de sostenibilidad en la ejecución de los servicios mínimos y en el ejercicio de las competencias municipales

El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC)¹ indica que alcanzar la neutralidad climática pasa por la reducción de emisiones y el ahorro energético que se base en una transición ecológica de descarbonización que prime las energías renovables² para afrontar el cambio climático³.

Las entidades locales, y más precisamente los ayuntamientos, pueden convertirse en los auténticos artífices de esta transformación renovable al ostentar un importante cúmulo de competencias, funciones y servicios mínimos en diversos sectores sobre los que es posible proyectar la penetración de este tipo de energía: suministro de electricidad, alumbrado público, transporte y movilidad, edificación, tratamiento de aguas residuales, residuos, etc.

De esta manera lo ha interpretado el legislador, que ha ido revisando muchos de los cometidos asignados a los municipios para que sean desarrollados en clave de sostenibilidad, eficiencia y ahorro energético. En este sentido, destacan, por ejemplo, la Ley 7/2021, de Cambio Climático y Transición Energética, que considera que estos criterios ambientales y de soste-

1. La versión final del PNIEC se aprobó por Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021).

2. Según el artículo 2.1 de la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, se considera como renovable "la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, energía solar (solar térmica y solar fotovoltaica) y energía geotérmica, energía ambiente, energía mareomotriz, energía undimotriz y otros tipos de energía oceánica, energía hidráulica y energía procedente de biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, y biogás".

Por otra parte, la Comisión ha dictado, en febrero de 2022, un acto delegado titulado *EU taxonomy: Complementary Climate Delegated Act to accelerate decarbonisation*, que incluye, con ciertas condiciones, algunas actividades relacionadas con la energía nuclear y el gas en la lista de actividades económicas medioambientalmente sostenibles. Dado que el Parlamento Europeo (en julio de 2022) no ha vetado esta propuesta, y siempre que el Consejo no formule objeciones, el documento podría entrar en vigor próximamente.

3. El objetivo es que en 2030 se alcance un 42 % de energías renovables sobre el uso de energía final del país. En el caso de generación eléctrica, el porcentaje de renovables deberá alcanzar, en dicha fecha, el 74 %.

nibilidad han de integrarse en las competencias de los entes locales sobre edificación, transporte y movilidad, planificación territorial y urbanística, etc.; la Ley 7/2022, de Residuos y Suelos Contaminados, que asigna a los mismos determinadas obligaciones para que la gestión de los residuos sea sostenible (prevención, reducción, recogida separada, reutilización), o el Anteproyecto de Ley de movilidad sostenible, aprobado en diciembre de 2022, que afectará al transporte público local, imponiéndole esta dimensión ambiental para el logro de los objetivos y compromisos del país.

Pero esta perspectiva ambiental y sostenible no se puede limitar a los tradicionales servicios municipales que entran en la órbita de la protección del medio ambiente, sino que ha de tener su reflejo en todas y cada una de las actividades que estos entes locales realizan. Así, la contratación pública debe incorporar necesariamente estos parámetros destinados a reducir las emisiones y la huella de carbono como objetivos que se dirigen específicamente a la lucha contra el cambio climático⁴ ⁵; la planificación territorial y urbanística ha de someterse a evaluación ambiental –denominada estratégica– para valorar los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente de conformidad con la Ley 21/2013; la edificación se someterá a las nuevas prescripciones que a tal efecto ha incorporado la modificación del Código Técnico de la Edificación operada mediante el Real Decreto 450/2022 para ajustarse a la Directiva 2018/844, de eficiencia energética de los edificios; el uso del suelo ha de responder a un nuevo concepto “sostenible” del urbanismo⁶, etc.

Lograr estos objetivos de sostenibilidad y eficiencia energética que las normas imponen como mandato a las entidades locales para la mejor ejecución de los servicios municipales, el desempeño de todas las políticas públicas y la intervención en la actividad de sus vecinos, pasa por el fomento, pero también por la utilización de este tipo de energías renovables en todos sus ámbitos de acción.

4. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

5. Precisamente la admisión de los criterios medioambientales en la contratación pública se inició por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un asunto relativo a la contratación de servicios por parte de una entidad local: se trata de la sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, que permitió que el ayuntamiento adjudicador considerase criterios relativos a la protección del medio ambiente para determinar la oferta económicamente más ventajosa en un contrato de servicios de transporte en autobús.

6. En esta perspectiva insiste el Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, así como algunas legislaciones autonómicas, como, por ejemplo, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía; la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura, y la Ley Foral 35/2002, de 20 de noviembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Pero la mayor arma con la que cuentan los poderes locales en orden a fomentar o restringir este tipo de energía deviene de su intervención en el procedimiento de autorización de las instalaciones productoras de energía procedentes de estas fuentes.

Aunque la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE, en adelante) –que resulta de aplicación a las instalaciones de producción de energía procedente de fuente renovables según dispone el artículo 36 del Real Decreto 413/2014–, silencia la intervención local en el proceso de autorización de estas infraestructuras, limitándose a regular los trámites que deben llevarse a cabo desde el punto de vista sustantivo (residenciado en los órganos –estatal o autonómicos– competentes en materia de industria) y la evaluación ambiental (que realizan, en cualquier caso, los órganos ambientales), lo hace “sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables y en especial las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente” (53.6, segundo párrafo).

Pues bien, son precisamente estas otras disposiciones sectoriales las que reconocen a los entes locales, singularmente a los ayuntamientos, competencias en materia urbanística y ambiental cuyo ejercicio puede condicionar notablemente el otorgamiento de la autorización sustantiva o material para este tipo de instalaciones.

1.2

La tensión interadministrativa y el conflicto jurídico planteado por el rechazo de algunas comunidades locales a ubicar macroplantas de energía renovable en sus términos municipales

En los últimos años nuestro país ha apostado decididamente por las energías renovables. Esta situación, auspiciada por la UE⁷, ha sido impulsada por una nueva normativa nacional dictada fundamentalmente en los cuatro últimos años que, tras la falta de inversión en estas instalaciones provocada

7. Además de la ya citada Directiva 2018/2001, destaca la Comunicación de la Comisión titulada *Energía limpia para todos los europeos* [COM(2016) 860 final]; la Comunicación *El Pacto Verde Europeo* [COM/2019/640 final]; la Comunicación sobre el *Plan REPowerEU*, por la que, a raíz de la invasión rusa a Ucrania y con el fin de eliminar gradualmente la dependencia de los combustibles fósiles de Rusia, se modifican varias directivas sobre energías renovables y eficiencia energética [COM/2022/222 final]; la Comunicación titulada “*Objetivo 55*”: *cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática*, en la que se propone la revisión de la Directiva sobre energías renovables [COM/2021/550 final]; a lo que se une el mecanismo de financiación aprobado por el Reglamento 2020/1294, y los Fondos Europeos *Next Generation*.

por el abandono del régimen primado y los incentivos a las mismas (Delgado Piqueras, 2018), ha favorecido enormemente la expansión de este tipo de proyectos⁸.

Esta nueva política de recuperación del terreno perdido parece estar dando sus frutos, pues en 2022 la generación de renovable en España llegó al 40 % de producción de energía eléctrica⁹.

Este renacimiento de las renovables ha provocado un auténtico aluvión de solicitudes para la construcción de este tipo de infraestructuras, hablándose de “invasión”, de “sobredimensionamiento” del sector, incluso de “revolución” en nuestro panorama eléctrico.

En efecto, en enero de 2022, el Ministerio para la Transición Ecológica estaba tramitando 697 proyectos de renovables: 467 fotovoltaicos, 211 eólicos, 2 hidroeléctricos y 17 de hibridación –total: 66 000 MW–, a los que hay que añadir los autonómicos –aquellos con potencia instalada menor de 50 MW–¹⁰. En total, las solicitudes para proyectos han sido de 150 000 MW, fundamentalmente de eólica y fotovoltaica, lo que, de autorizarse, sobrepasaría sobradamente las necesidades y el objetivo marcado por el PNIEC, que se cifra en construir 60 000 MW nuevos proyectos para 2030.

El desarrollo de este modelo de renovables y la magnitud de muchos de estos proyectos, considerados como *macropant*s (fundamentalmente fotovoltaicas y eólicas), se perciben por muchos municipios como una amenaza por los efectos negativos que consideran que conllevan¹¹: intensa

8. Esta nueva fase de fomento de las renovables en la que ha entrado nuestro ordenamiento jurídico ha centrado su atención en recuperar la inversión extranjera y la seguridad jurídica de los productores y consumidores de este tipo de energía, fomentando su utilización y el autoconsumo. Entre otras, las normas dictadas para conseguir este objetivo han sido el Real Decreto-ley 17/2019, que tiene por objeto impulsar y recuperar las inversiones en renovables (Alonso García, 2020); el Real Decreto 244/2019, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica; el Real Decreto-ley 23/2020, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica; el Real Decreto 960/2020, que regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica; el Real Decreto 1183/2020, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica; y el Real Decreto-ley 29/2021, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables. A ello se une el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* aprobado por el Gobierno el 27 de abril de 2021, que tiene como primer eje de acción la reorientación del modelo productivo impulsando la transición verde, la descarbonización, la eficiencia energética, y el despliegue de las energías renovables.

9. Fuente: Tercer Informe *Global Electricity Review* de EMBER (*Energías Renovables*. El periódico de las Energías Limpias, 10 mayo 2022).

10. Diario *El País*, 18 de enero de 2022.

11. En esta misma línea de oposición se alinean las organizaciones ecologistas, que, si bien consideran necesario el desarrollo de proyectos de energías renovables, entienden que, más que apostar por la construcción de estos grandes complejos, se debería priorizar la reducción del consumo eléctrico y actuar más localmente, lo que pasa, a su entender, por fomentar las instalaciones de autoconsumo, constituir comunidades locales de energía y potenciar pequeñas plantas de generación (Ecologistas en Acción, 2021).

ocupación y uso del territorio, con especial invasión de buenas porciones de terrenos rústicos –por cada MW instalado se necesitan, aproximadamente, dos hectáreas de terreno–, alteración del paisaje y la orografía, impactos visuales y paisajísticos, excesiva cercanía al núcleo de población, afectación al patrimonio histórico, etc. A esto se unen los posibles impactos ambientales que estas instalaciones pueden generar: afecciones a los valores naturales, faunísticos, paisajísticos y agrícolas que pueden provocar tanto las propias infraestructuras (paneles y aerogeneradores) como las líneas de distribución y subestaciones anexas a las mismas. Finalmente, también se insiste en motivaciones económicas y sociales: el escaso beneficio pecuniario que obtienen, pues, generalmente, no proporcionan nuevos puestos de trabajo –la fabricación de las infraestructuras (torres y transformadores) no se hace *in situ*, y el mantenimiento no se realiza por operarios de la zona, sino por personal especializado que no se instala en la localidad–, el abandono de terrenos fértiles y productivos que sustentan la tradicional actividad agrícola y ganadera de muchos pueblos, la pérdida del negocio turístico, etc.

Esta coyuntura está propiciando, en muchos casos, la oposición municipal, dando lugar a tensiones interadministrativas y conflictos jurídicos. El caso paradigmático, aunque no aislado¹², es el de la Comunidad Valenciana. En la misma, y con la finalidad de facilitar la instalación de estas infraestructuras en suelo no urbanizable, se aprobó el Decreto-ley 14/2020, que fue contestado por algunos ayuntamientos, que, como reacción, procedieron a la suspensión del otorgamiento de las licencias de su competencia. Hasta trece municipios hicieron uso de esta facultad que les otorga la legislación urbanística autonómica, lo que les permitía dos años de prórroga para imponer medidas correctoras y condicionamientos a aquellas instalaciones renovables. Ello provocó la consiguiente falta de efectividad de la norma. Ante esta situación, se dictó un nuevo Decreto-ley, el 1/2022, que modifica la política territorial de la región para favorecer la “aceptación a escala local”

12. En Murcia, según noticia del periódico *Levante. El mercantil Valenciano*, del día 3 de julio de 2021, los ayuntamientos están liderando la oposición a los “macroproyectos” de energía renovable, denunciando que algunos se ubican en espacios protegidos o invadiendo zonas urbanas. En Cartagena y Yecla se han aprobado sendas mociones para frenar temporalmente estas instalaciones. En Aragón, “Teruel Existe” ha denunciado ante la Fiscalía General y ante las tres aragonesas el posible delito ambiental en la evaluación de 15 proyectos renovables, alegando su fraccionamiento irregular, posible conflicto de intereses, y otras diversas irregularidades (<https://teruelexiste.info/> del día 19 de diciembre de 2022). Según informa Europa Press el 8 de febrero de 2023, el Partido Popular de Andalucía habría rechazado la proposición de ley tramitada como una iniciativa legislativa municipal que promovían setenta ayuntamientos de las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Málaga y Sevilla, a través de la cual reclamaban “la regulación de una moratoria para los megaproyectos de energías renovables hasta la aprobación del Plan de Transición Energética en Andalucía”, de manera que se prolongue hasta la entrada en vigor de ese Plan (<https://www.europapress.es/>).

de estos proyectos y otorgarles las facilidades que para la realización de la evaluación ambiental ofrece el legislador estatal gracias al Real Decreto-ley 6/2022 (Valencia Martín, 2022: 9).

En términos de conflicto hay que tener en cuenta que los ayuntamientos, como señalábamos en el apartado anterior, tienen la última palabra en el proceso autorizador de estas instalaciones, pues corresponde a los mismos otorgar las licencias de actividad y de obras, así como realizar las actuaciones necesarias para la transformación de los terrenos rústicos. Pueden, por lo tanto, siempre que les asistan criterios reglados y no discrecionales, desestimar estos permisos y abortar todo el proyecto.

Se hace necesario, por consiguiente, conciliar todos los intereses implicados, articulando las competencias del conjunto de Administraciones públicas intervinientes en el proceso de concesión de la autorización para las instalaciones renovables, tanto las que ostentan competencia material o sustantiva o industrial como aquellas otras que ejercen la urbanística y ambiental. Solo así se podrá lograr aligerar este proceso, evitar la reduplicación de trámites y la descoordinación entre los diferentes órganos administrativos implicados.

Esta armonización competencial podría pasar por: articular la planificación eléctrica con la planificación del territorio y la urbanística a fin de indicar los espacios más adecuados para alojar estas infraestructuras (2), mejorar la participación de los entes locales en los trámites del procedimiento de autorización que corresponden a las autoridades con competencia material y ambiental (3.1), y preservar la autonomía local cuando los municipios ejerzan sus potestades propias (3.2).

2

La articulación entre la planificación eléctrica y los instrumentos de ordenación territorial y urbanísticos

2.1

Concurrencia de planes. Criterios de prevalencia e imposiciones

Uno de los problemas más importantes a los que se enfrenta la fijación del emplazamiento de las instalaciones destinadas a producir energía a partir de fuentes renovables, incluso antes de iniciarse el procedimiento de solicitud de su autorización, es la confluencia en un mismo espacio territorial de diversas planificaciones –eléctrica, ambiental, de ordenación territorial o urbanística– cuyas precisiones pueden ser divergentes o colisionar entre sí.

En relación con esta cuestión, lo primero que hay que analizar es cuál de entre los planes que convergen en el territorio ha de prevalecer, y si las determinaciones previstas en la planificación especial son de obligatoria inclusión en los planes de ordenación territorial o urbanística.

A esta situación se refiere el artículo 5 de la Ley del Sector Eléctrico, titulado, precisamente, “Coordinación [de la planificación eléctrica] con planes urbanísticos”. A tal efecto, su apartado primero dispone que la planificación relativa a las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica habrá de ser tenida en cuenta en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio y urbanístico, el cual deberá, además, precisar las posibles instalaciones y calificar adecuadamente los terrenos (entendiéndose, por tanto, cualquiera que sea la clase de suelo en el que discorra), estableciendo, en ambos casos, las reservas de suelo necesarias para la ubicación de las nuevas instalaciones y la protección de las existentes.

El precepto, lejos de consagrar la prevalencia de la planificación eléctrica sobre la ordenación territorial, confirma la regla inversa, que prescribe que, salvo que se trate de redes de transporte y distribución, serán las previsiones incluidas en la planificación territorial las que se impongan (Galán Vioque, 2014: 301; Simou, 2020: 316)¹³. De la misma manera, solo deberá ser tenida en cuenta por la planificación territorial y urbanística la instalación de estos sistemas y redes de transporte de energía.

Además, y para el supuesto de que el establecimiento de estas instalaciones de transporte y distribución precise de un acto de intervención municipal previo, o se hayan ya aprobado definitivamente instrumentos de ordenación territorial y urbanística en los que no se haya tenido en cuenta la planificación eléctrica según se ha comentado anteriormente, el apartado segundo de este mismo artículo 5 LSE precisa que habrá que estarse a lo dispuesto en la disposición adicional décima del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (hoy modificado por el Real Decreto Legislativo 7/2015).

En este supuesto, cuyos condicionantes son que se trate de instalaciones de transporte y distribución y que, además, se aprecien razones justificadas de urgencia o excepcional interés que aconsejen su implantación, y

13. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia. Por ejemplo, la sentencia del TSJ de Extremadura de 28 de abril de 2011 (confirmada luego por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2014) entiende que no solo es que el legislador estatal no haya establecido una primacía de la producción de este tipo de energía [en este caso, la eólica] sobre la planificación urbanística [en el supuesto, limitadora de la transformación de suelo no urbanizable], sino que tampoco impone “una primacía en cuanto a las determinaciones de planeamiento”. Al contrario, se condiciona a las determinaciones que el mismo establezca, máxime cuando las mismas pretenden ser ubicadas en suelo rural preservado por el planeamiento urbanístico.

como señala Galán Vioque (2014: 300), será posible que el “Gobierno pueda imponer la ubicación de estas infraestructuras obligando a las Comunidades Autónomas a modificar en lo que sea necesario sus instrumentos de ordenación del territorio”.

No obstante, la satisfacción de la voluntad del Estado no es automática ni se impone en cualquier caso al consistorio local, sino que habrá de someterse al procedimiento previsto en la citada disposición adicional, según el cual el ayuntamiento puede plantear su disconformidad con el proyecto a la ordenación urbanística en vigor, en cuyo caso el Consejo de Ministros decidirá, previo informe del órgano competente de la comunidad autónoma, y solo en el caso de que se decida ejecutar el proyecto se ordenará la iniciación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora.

También tendrá que ser objeto de modificación la planificación territorial y urbanística ante la circunstancia prevista en el artículo 5.3 LSE, que, remitiendo a lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, la impone para las decisiones finales sobre las instalaciones de transporte cuya autorización sea competencia de la Administración General del Estado, las cuales, y solo estas, se habrán de comunicar a tal fin por el Ministerio de Economía a las comunidades autónomas y entidades locales afectadas.

Finalmente, resta la cuestión acerca del alcance del artículo 5.4 LSE, que dispone que las infraestructuras propias de las actividades del suministro eléctrico reconocidas de utilidad pública por la presente ley tendrán la condición de sistemas generales.

La calificación de estas instalaciones como sistemas generales es de suma relevancia para las entidades municipales, ya que, si se reputan como tales, habrán de estar previstas en el planeamiento urbanístico general, y, por consiguiente, no sería suficiente con su previsión en un plan especial, situación que “devaluaría” su tratamiento y permitiría que fueran autorizadas por la vía excepcional de las autorizaciones urbanísticas por razones de interés público en suelo no urbanizable¹⁴.

A este respecto, el Tribunal Supremo acaba de consagrar una peligrosa doctrina respecto de las consecuencias de conceder una autorización para la instalación de una línea aérea de media tensión sin haber aprobado pre-

14. Esta tesis ha sido mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sus sentencias de 10 de noviembre de 2008 (núm. 887/2008), 8 de noviembre de 2011 (núm. 841/2011) y 9 de abril de 2014 (núm. 207/20145).

viamente un instrumento de ordenación del territorio o de planeamiento urbanístico que contemple la definición de las infraestructuras públicas, como los planes especiales –en el caso sometido a su consideración, el Plan especial de infraestructuras de la Comunidad autónoma de Madrid–, en suelos no urbanizables, considerando que dicha omisión no constituye un vicio de nulidad de dicho permiso, sino de anulabilidad¹⁵.

En cualquier caso, tanto la planificación energética como la instalación de infraestructuras destinada a la obtención de energía a partir de fuentes renovables, particularmente cuando se hayan de emplazar en suelo urbanizable, han de respetar los criterios medioambientales, que, de no ser conciliables con aquella, son de aplicación preferente.

En este punto, conviene despejar la duda acerca de si la planificación energética de producción renovable es una planificación de carácter ambiental que, por consiguiente, se impondría en todo caso sobre otra tipología de planes.

A nuestro parecer, la planificación energética, aun cuando persiga como uno de sus principales objetivos la descarbonización y la eficiencia energética, no constituye una planificación medioambiental *per se*, sino que se trata de un documento de decisión política sobre las metas que hayan de alcanzarse y los instrumentos más aptos para lograrlo, no prejuzgando ni la previsión de las infraestructuras que para ello son necesarias ni su emplazamiento.

De esta manera lo ha entendido el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de abril de 2008¹⁶, en la que se expresa lo siguiente: “Esta Sala ha reconocido en numerosas ocasiones la función medioambiental que desempeñan las energías renovables en cuanto contribuyen a reducir la dependencia de los combustibles fósiles y, en esa misma medida, a disminuir las emisiones nocivas de gases de efecto invernadero”, pero “aquella función medioambiental (a la par que estrictamente industrial) no debe ser ajena a otras del mismo orden como son las relativas a la protección de la biodiversidad”.

15. Sentencia de 29 de octubre de 2021 (núm. 1281/2021), dictada en el recurso de casación 5521/2020 para la formación de jurisprudencia. Entiende la Sala que, si bien el artículo 5 LSE establece que las infraestructuras eléctricas se consideran sistemas generales, no contiene ninguna prescripción acerca de que el instrumento de ordenación del territorio o el plan urbanístico correspondiente deba ser aprobado con carácter previo al otorgamiento de las autorizaciones administrativas reguladas en dicho artículo. Por otro lado, considera que la finalidad de este tipo de autorizaciones en casos como el sometido a juicio, que es dotar de servicios a los ciudadanos o beneficiar a los consumidores, justifica que no se anule la autorización, ya que si así se concluye, se provocaría un retraso innecesario en la realización de las obras, al tener que iniciarse nuevamente el procedimiento de concesión de la autorización con su correspondiente dilación en el tiempo, lo que perjudicaría el interés general (FJ 3.º).

16. RJ 2008; 2503.

Por consiguiente, no solo es que la planificación energética no prevalece (salvo las excepciones más arriba apuntadas) sobre los planes de ordenación territorial y urbanísticos, sino que, además, la misma habrá de condicionarse y respetar las imposiciones medioambientales, pues, como ha indicado Alenza García (2014: 667), “no existe una primacía de los objetivos de producción de energías renovables sobre los objetivos de protección ambiental”¹⁷.

Sin embargo, no conviene olvidar que, al igual que en otros casos examinados, más que de prevalencia, se trata de conciliar y, llegado el caso, ponderar todos los intereses en presencia: no se trata de condenar estas instalaciones, sino de valorar todos sus efectos para ajustar su funcionamiento a los condicionamientos urbanísticos, ambientales o de cualquier otra naturaleza, y para cuyo logro puede ser muy útil contar con una planificación integral que contemple y regule todos estos aspectos.

2.2

La planificación integral como eje articulador de las perspectivas energética, ambiental y territorial

Para evitar los problemas a los que acabamos de referirnos, la confluencia dentro de un mismo espacio territorial de planificaciones diversas, y en orden a fijar los emplazamientos de las instalaciones de producción de energía renovable, evitando las disfunciones que de las divergencias entre las Administraciones públicas implicadas se pudieran derivar, sería aconsejable la definición, en la propia génesis y adelantándose al proceso autorizatorio, de planes de ordenación territorial integral en los que, aunando las vertientes del problema –necesidades energéticas, dimensión urbanística y afectación ambiental, a las que podrían incorporarse también aspectos económicos, tecnológicos y de desarrollo local–, se precisara, incluso a través de una delimitación espacial plasmada en un mapa, la zonificación de las áreas del territorio preferentes o compatibles con este tipo de infraestructuras, aquellas donde fuera posible o más conveniente su ubicación por estar dotadas de mejores condiciones o por su escasa afectación a valores protegidos, así como todos los demás aspectos relacionados con la ocupación y el uso del territorio.

Con el fin de que estos planes sean lo más consensuados posibles, evitando conflictos posteriores, se hace indispensable la participación en su elaboración de todas las Administraciones públicas implicadas y represen-

17. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011 (as. C-2/10).

tativas de todos los intereses en presencia, cuyas alegaciones y consideraciones deben tomarse en cuenta en cualquier caso¹⁸.

A este deseo obedece la disposición adicional segunda de la citada Ley 13/2003, que, con carácter general y para todas las obras públicas del Estado, establece los deberes de todas las Administraciones públicas de “recíproca información y de colaboración y cooperación mutuas en el ejercicio de sus actuaciones de planificación y construcción de obras públicas” (apdo. 1), así como el deber de la Administración General del Estado de colaborar con las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales, a través de los mecanismos de coordinación y cooperación legalmente establecidos, a fin de articular la planificación y construcción de las obras públicas de interés general con los planes de ordenación territorial y urbanística.

Pero, lamentablemente, este mandato no se desarrolla para la planificación eléctrica. Tampoco han tenido mayor éxito en este punto, al menos aparentemente, las legislaciones autonómicas, que si bien permiten la elaboración de planes estratégicos, programas, directrices y planes especiales para el fomento de las energías renovables que se concreten en instrumentos de zonificación, determinación de áreas prioritarias, definición de terrenos preferentes y la configuración de espacios reservados, no acaban de plasmarse, salvo excepciones, en una ordenada planificación territorial que integre todos estos aspectos¹⁹.

La previsión de planes de estas características proporcionaría seguridad jurídica tanto a las propias Administraciones públicas a las que corresponde adoptar la decisión autorizatoria final, siendo previsible un mayor acierto en sus resoluciones, como a los propios promotores de estas industrias, que tendrán la certeza de que las ubicaciones elegidas son las más adecuadas para emplazarlas. Por el momento, y a título meramente informativo, el Gobierno, con fecha de 1 de diciembre de 2020, ha elaborado un mapa cartográfico de sensibilidad ambiental, denominado “Zonificación ambiental para la implantación de energías renovables: eólica y fotovoltaica”²⁰. Este “visor cartográfico” es una aproximación metodológica orientativa para conocer, desde fases tempranas, y a reserva de la intervención ambiental posterior, los condicionantes ambientales de las posibles ubicaciones de un proyecto, permitiendo determinar al menos las zonas sensibles y las excluidas.

18. El artículo 4.2 de la Ley del Sector Eléctrico dispone que la participación en la planificación eléctrica estatal se contrae a la de las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla.

19. *Vid.*, como ejemplos, la Ley de la Región de Murcia 10/2006, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética; la Ley 1/2007, de fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla-La Mancha; y la Ley de Andalucía 2/2007, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética.

20. Disponible en: <https://sig.mapama.gob.es/geoportal/>.

3

La intervención de las entidades locales en el procedimiento de autorización de instalaciones destinadas a la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables

Ciertamente, y como ya se ha señalado, el procedimiento de autorización de las instalaciones destinadas a la producción de energía eléctrica diseñado por la LSE es un proceso complicado y prolijo, en el que participan órganos con distinta competencia material y sectorial, residenciados en Administraciones públicas territoriales diferentes, con trámites complejos sometidos a legislaciones diversas y tremendamente mutables (Alonso García, 2022: 531 y ss.).

Para dotar a la resolución final de este proceso de coherencia, y que se vea cumplido el interés público, hay que encajar y articular todas estas competencias, evitando duplicaciones y descoordinaciones, haciendo partícipes del mismo no solo a todas las Administraciones públicas intervinientes, sino también a todos los sujetos interesados.

Como no podía ser de otro modo, en dicho proceso concurren las Administraciones locales, que participarán a través de la doble fórmula de la evacuación de informes o ser consultadas en trámites de competencia de otras autoridades públicas, como la evaluación de impacto ambiental o la autorización ambiental integrada, o bien resolviendo definitivamente sus propios procedimientos: actos necesarios para la transformación de suelo rústico, calificación de la actividad o licencia de obras.

3.1

Intervención local en las autorizaciones ambientales de competencia de otras Administraciones públicas

3.1.1

Intervención de las entidades locales en la evaluación ambiental

El artículo 53.1 LSE exige que la autorización administrativa previa necesaria para la aprobación de proyectos de instalaciones de energía eléctrica²¹ se tramite con el anteproyecto de la instalación y, en su caso, conjuntamente con la evaluación de impacto ambiental, si esta resulta exigible.

21. Así lo reitera el artículo 124 del referido RD 1955/2000, sobre los procedimientos de autorización de las instalaciones de energía eléctrica, que remite para su exigencia a lo dispuesto en la norma ambiental.

Con carácter general, la Ley estatal 21/2013, de Evaluación Ambiental (LEA, en adelante), somete a evaluación ambiental los proyectos destinados a la generación de energía eólica o fotovoltaica que superen determinada potencia, ocupen determinada superficie de terreno o puedan afectar a áreas naturales protegidas²².

Pero la relación de proyectos que han de pasar por dicho trámite ambiental no termina con el listado previsto en la legislación estatal. Amparándose en sus competencias para desarrollar la legislación básica estatal y dictar normas adicionales de protección en materia de medio ambiente (art. 149.1.23.º CE), las comunidades autónomas pueden someter a este análisis otros proyectos, ya se trate de instalaciones cuya autorización sustantiva corresponda al Estado –Ministerio de Industria en el caso que nos ocupa, para las instalaciones eléctricas con potencia instalada superior a 50 MW (art. 3.13 LSE)–, ya se trate de proyectos autonómicos –instalaciones eléctricas con potencia instalada inferior a 50 MW–. Conviene recalcar que la exigencia de evaluación ambiental por la legislación regional es de obligatoria observancia en cualquier caso²³, aunque, al constituir un trámite instrumental incardinado dentro del procedimiento autorizatorio sustantivo o principal (art. 1.5.a] LEA), si se trata de proyectos que deba autorizar el Estado, el órgano ambiental que debe formular la declaración de impacto ambiental es el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (SSTC 13/1998, 34/2002, 101/2006 y 1/20212, en relación con el artículo 5.d] y 5 e] de la LEA), con sometimiento a la regulación establecida en la legislación nacional (STS de 18 de diciembre de 2013)²⁴.

Consideramos que, a la hora de ampliar el número o la calidad de los proyectos que han de pasar por este examen ambiental, sería útil que las

22. El Anexo I sujeta a evaluación ambiental ordinaria, dentro del grupo 3, dedicado a la industria energética, a los parques eólicos que cumplan determinadas condiciones y a las instalaciones para la producción de energía eléctrica a partir de la energía solar destinada a su venta a la red, también cuando cumplan determinadas especificaciones.

Igualmente es exigible la declaración ambiental, por definirlo así el grupo 9 a) de este mismo Anexo, a los proyectos que se desarrollen en espacios naturales protegidos, Red Natura 2000 y áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, cuando estén incluidos en dicho Anexo. Además, tendrán que someterse a este trámite ambiental, pero en su versión simplificada, los proyectos que aparecen en el Anexo II de la Ley (apartados g], h] e i]).

23. La jurisprudencia no ha dudado en señalar en numerosos supuestos la nulidad de las resoluciones de aprobación o autorización de un proyecto cuando se ha omitido la previa y obligatoria evaluación ambiental (*vid.*, entre otras, las SSTS de 4 de abril de 2013 y 15 de junio de 2015). Esta misma consecuencia anulatoria está expresamente prevista en la legislación de varias comunidades autónomas: Baleares (art. 15.2 de su Ley 1/2020), Canarias (art. 38 de la Ley 14/2014), Extremadura (art. 91.1 de la Ley 16/2015) y País Vasco (art. 47.11 de la Ley 3/1998).

24. Rec. 1594/11.

comunidades autónomas realizaran un balance de los inconvenientes y beneficios que los proyectos de generación de energía renovable conlleven para el entorno, significativamente respecto de la lucha contra el cambio climático. Algunas autonomías así lo han previsto: por ejemplo, Murcia, que en el artículo 12.2 de su Ley 10/2006 declara que en “la evaluación de impacto ambiental se valorarán los beneficios ambientales derivados de la generación de energía renovable en sustitución de otras fuentes de energía”.

Haciendo una sucinta síntesis de los aspectos más importantes que para las instalaciones que nos ocupan deben ser examinados en la evaluación ambiental, nos encontramos, además de los efectos que pueden causar propiamente al paisaje, a los ecosistemas y a las poblaciones, los relacionados con la ocupación del territorio: concentración en una misma zona de varias instalaciones, con los efectos de sinergia que se pueden producir entre ellos, ubicación en zonas sensibles, como espacios de la Red Natura 2000 o lugares de especial protección como LIC o ZEPa, etc.

Centrándonos en nuestro análisis, conviene despejar cómo se articula la participación de los entes locales en la evaluación ambiental.

Al consistir esta en un trámite que se inserta dentro del procedimiento de autorización sustantivo o principal de un proyecto, la intervención local en el mismo se limita a las consultas que a tal efecto se formulan para todas las Administraciones públicas en la fase de actuaciones previas (art. 34) y en el trámite de información pública (art. 37), no previéndose que estas hayan de evacuar informe preceptivo alguno de los enumerados en el artículo 37.2 de la norma.

La participación local está también prevista por la LEA, prácticamente en los mismos términos examinados, para la evaluación ambiental estratégica, que consiste en el sometimiento a valoración ambiental de los planes o programas, y sus modificaciones, que se adopten o aprueben por las Administraciones públicas, incluidos, en nuestro caso, los relativos a la energía y ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo –art. 6.1 a) LEA–.

En este supuesto, y dado que la evaluación estratégica no excluye el posterior análisis ambiental de los proyectos que de los planes se deriven ni la autorización definitiva de los mismos (artículo 13.1 LEA)²⁵, el legislador tampoco ha considerado necesario contar con la opinión de las Adminis-

25. La doctrina del Tribunal Supremo en atención a la cual se han de someter a evaluación ambiental tanto el concreto proyecto de construcción de infraestructuras como el instrumento de planeamiento que lo hace posible, so pena de nulidad, acaba de consagrarse en la Sentencia del alto órgano jurisdiccional de 22 de septiembre de 2022 (rec. cas. 1567/2021).

traciones locales más allá de las alegaciones que las mismas puedan formular en el período de consultas previas o en el de información pública, tal y como prevén los artículos 19, 22 y 30 LEA.

No obstante, a nuestro parecer, hubiera sido más interesante que la norma, dada la importancia de integrar en dichos planes y programas los aspectos relativos a la energía, los ambientales y los referidos a ordenación territorial y urbanística, hubiera previsto una intervención local más intensa, que pudiera anticipar algunas previsiones y limitaciones en orden a la posible ubicación o prohibición de estas infraestructuras.

Aunque sea excedernos del encargo que para este estudio se nos ha asignado, no podemos dejar de referirnos, siquiera someramente, al problema del cuello de botella generado en las Administraciones públicas competentes para realizar la evaluación ambiental ante el “aluvión” de solicitudes para la instalación de proyectos de plantas de renovables, lo que ha generado el colapso ante los órganos administrativos encargados de resolver estas declaraciones ambientales. Según el diario *Expansión* de 31 de enero de 2023, la cifra de los expedientes “atascados” alcanzaba hasta 80 000 MW. El retraso en resolver estos expedientes puede ser muy gravoso para los promotores de estas instalaciones en el caso de que los proyectos hayan obtenido licencia de acceso previa a la red²⁶, pues en estos casos, los permisos caducarán²⁷, pudiendo también perder los avales depositados como garantías en las subastas²⁸. Por estas razones, algunas empresas afectadas por la demora ya han adelantado que litigarán.

26. Según Red Eléctrica Española, gestor de la red de alta tensión y operador del sistema eléctrico, en octubre de 2022 había concedido permisos de conexión a red a 143 700 MW, y aún tiene en estudio otros 32 700 MW, que se suman a 43 500 de renovables. Los permisos ya denegados serían 139 000 MW.

27. La articulación entre los permisos de conexión y el medio ambiente ha dado un giro importante a partir de la modificación del RD 1183/2020, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, operada por la disposición adicional 4.^a del Real Decreto-ley 12/2021, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua. En virtud del mismo, el criterio para conseguir el permiso de conexión a la red eléctrica para los parques (en los nudos con capacidad para más de 100 MW) ya no se referirá al momento en el que se ha instado la solicitud, sino que se realizarán concursos en los que se tendrán en cuenta los impactos o repercusiones socioeconómicas y ambientales que va a suponer para las zonas en las que se vayan a ubicar las instalaciones. Estos nuevos criterios serán los definidos en el nuevo apartado 4.^o del artículo 19.1, entre ellos, el impacto socioeconómico en el área y sus habitantes, valorado en función de los empleos directos e indirectos generados en los municipios locales y adyacentes, tanto durante el proceso de construcción y puesta en marcha de las instalaciones de generación y/o almacenamiento como durante la operación de las mismas.

28. La ejecución de avales de las tres subastas de energía renovable realizadas en 2016 y 2017 durante el Gobierno del PP ya se ha producido: según el análisis realizado por el Ministerio para la Transición Ecológica, la cifra que puede incautarse el Estado por este concepto asciende a 97,9 millones de euros (diario *El País*, 1 de diciembre de 2021).

Esta situación, unida a la presión que, desde la invasión rusa a Ucrania, está ejerciendo la Unión Europea para potenciar este tipo de instalaciones, ha abocado al Gobierno a dictar varias disposiciones para facilitar y agilizar este trámite ambiental²⁹, propósito que es también compartido por la Unión Europea, que acaba de aprobar el Reglamento (UE) 2022/2577, de 22 de diciembre de 2022, por el que se establece un marco temporal de dieciocho meses para acelerar el despliegue de energías renovables³⁰.

El plazo para la obtención de la declaración de impacto ambiental expiraba el 25 de enero de 2023. Pero, según informa la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico de 21 de enero de 2021, en dicha fecha ya se han evaluado todos los expedientes de renovables de su competencia (proyectos de más de 50 MW), lo que supone 35,8 GW, de los que 27,9 GW han obtenido una declaración de impacto ambiental positiva.

3.1.2

Intervención municipal en la autorización ambiental integrada

A diferencia de lo que acabamos de reseñar sobre la participación local en la evaluación de impacto ambiental, en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada (AAI, en adelante), dado su carácter de auténtica resolución administrativa y su naturaleza integral, sí son exigibles diversos pronunciamientos (informes o autorizaciones) de las autoridades municipales.

Bien es cierto que esta autorización, en cuanto tiene por finalidad evitar, y cuando esto no sea posible, reducir y controlar las emisiones de contaminantes a la atmósfera, los vertidos al agua y la contaminación de suelos, incluyendo la gestión de los residuos (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2016,

²⁹. Real Decreto-ley 36/2020, que permite excepcionar de este trámite ambiental a los proyectos financiados total o parcialmente mediante el Instrumento Europeo de Recuperación, siempre que se den determinadas condiciones, y reduce los plazos de resolución en las distintas fases del procedimiento de evaluación ambiental; Real Decreto-ley 29/2021, que permite que los promotores de las instalaciones de producción de energía procedentes de fuentes renovables renuncien a sus permisos de acceso y conexión o, en su caso, a la solicitud presentada, a seguir adelante con los proyectos presentados, con lo que podrán recuperar los avales depositados (DT 1.º); Real Decreto-ley 6/2022, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania (Lozano Cutanda, 2022), y Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, que flexibiliza la evaluación de impacto ambiental de estos proyectos estableciendo un procedimiento específico de "determinación de afección ambiental".

³⁰. El resumen de su contenido puede examinarse en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/11/24/eu-to-speed-up-permitting-process-for-renewable-energy-projects/>.

por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación –LPCIC, en adelante–), no es de aplicación a las instalaciones de producción de energías renovables, que precisamente se caracterizan por no provocar este tipo de impactos ambientales a los bienes considerados, salvo que se trate de producción de energía eléctrica por combustión de la biomasa, de instalaciones de cogeneración y de las destinadas a la producción de hidrógeno³¹.

No obstante, la previsión de la intervención de los ayuntamientos en el procedimiento de concesión de la misma, así como su articulación con otras autorizaciones ambientales, como la evaluación de impacto ambiental –art. 22 LPCIC–, o con el régimen jurídico de las actividades clasificadas –art. 29 LPCIC–, y su carácter integrado, que permite su resolución por un único órgano administrativo, en este caso el ambiental autonómico, es un interesante modelo que puede servir de pauta para la simplificación y coordinación de los diferentes trámites (sustantivos, urbanísticos y ambientales) del procedimiento de autorización para la puesta en marcha de instalaciones que nos ocupan³².

La norma legal considera que la intervención del ayuntamiento se tiene que producir en relación con la materia urbanística, pero también sobre todos aquellos aspectos de la competencia municipal.

En relación con la cuestión urbanística, el artículo 12.1b) LPCIC obliga al promotor de la actividad a incorporar en el contenido de la solicitud un informe urbanístico del ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación que acredite la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico. Una vez evacuado dicho informe por el órgano local, el artículo 15 del texto legal dispone el valor vinculante del mismo. Si este es negativo, con independencia del momento en que se haya emitido, pero siempre que se haya recibido en la comunidad autónoma con anterioridad al otorgamiento de la autorización ambiental integrada, obliga al órgano competente para otorgar dicha autorización a dictar resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivando las actuaciones.

31. Anejo 1 LPCIC: epígrafe 1, 1.1 a) para las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen ordinario o en régimen especial, en las que se produzca la combustión de combustibles fósiles, residuos o biomasa; epígrafe 1, 1.1 b) para las instalaciones de cogeneración; y epígrafe 4, 4.2 a) para las instalaciones químicas para la fabricación de productos químicos inorgánicos como el hidrógeno.

Se llama hidrógeno verde al obtenido a través de la electrolisis del agua. Dado que este proceso requiere electricidad, esta se generará de forma renovable (energía eólica o solar), lo que hará que se obtenga sin emisiones en el proceso. Francia busca que la Comisión equipare el hidrógeno *rosa* –esto es, el producido gracias a la energía nuclear– al verde en el acto delegado de taxonomía al que nos referíamos en la nota 2 de este trabajo, y que está próximo a aprobarse (diario *El País*, 14 de febrero de 2023).

32. *Vid.*, sobre la cuestión, Alonso García (2006).

Al margen de este informe, la norma contempla, en su artículo 18, otro informe municipal que versará sobre “la adecuación de la instalación analizada a todos aquellos aspectos que sean de su competencia”. Este informe podría pronunciarse sobre los aspectos que corresponden al círculo de los intereses locales propios tal y como se definen en la LRBRL, específicamente los relativos a la salubridad e higiene y seguridad del proyecto, protección civil, prevención y extinción de incendios, accidentes graves, conservación de caminos, pavimentación y vías públicas; salubridad pública, limpieza viaria y recogida de residuos, determinaciones sobre ruidos y vibraciones, calor, olores, emplazamientos y distancias, etc.

En este caso, sin embargo, de no emitirse el informe en el plazo señalado, se podrán proseguir las actuaciones, aunque el emitido fuera de plazo, pero recibido antes de dictar resolución, deberá ser valorado por el órgano competente de la comunidad autónoma. No parece, por consiguiente, que este informe tenga carácter ni preceptivo ni vinculante para la puesta en marcha de la instalación.

Por lo que se refiere a la articulación de esta autorización con la licencia de actividades clasificadas, el artículo 29 LPCIC dispone que la AAI prevalecerá sobre cualquier otro medio de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos que puedan establecer las Administraciones competentes para el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. A estos efectos, la AAI será, en su caso, vinculante para la autoridad local cuando sea denegatoria o imponga medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos ambientales recogidos en el artículo 22 del texto legal.

3.2

El ejercicio por parte de las entidades locales de sus potestades en orden a autorizar las instalaciones productoras de electricidad a través de fuentes renovables

El fenómeno que podríamos denominar “fiebre renovable” ha provocado una intensa normativa nacional –impulsada desde la propia Unión Europea³³, y recogida en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima

33. La Directiva relativa al fomento de energías renovables (2018/2001) impone a los Estados miembros la obligación de velar “porque las normas nacionales relativas a los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias que se aplican a las instalaciones y redes conexas de transporte y distribución para la producción de electricidad, calor o frío a partir de fuentes renovables, [...] sean proporcionadas y necesarias”.

2012-2030³⁴– y autonómica³⁵, dictada con el objetivo de simplificar y agilizar los procedimientos necesarios para la puesta en marcha de estas instalaciones a todos los niveles administrativos. Esta situación se ha visto particularmente reflejada en el ámbito local, significativamente en la sustitución, en ciertos casos, de la licencia de actividad o incluso la propia licencia de obras por otras fórmulas de intervención administrativa, como la declaración responsable o la comunicación previa.

3.2.1

Licencia de actividad (apertura o funcionamiento)

La finalidad de esta autorización es comprobar que las actividades previamente clasificadas reúnen las debidas condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, para evitar que las mismas provoquen molestias (debidas al ruido, vibraciones, olores), afectaciones a la salud (seguridad laboral) o al entorno (medio ambiente), o peligro (incendios), estableciendo a tal efecto las medidas correctoras oportunas de acuerdo con lo establecido en las reglamentaciones técnicas que resulten de aplicación y en los planes de urbanismo y ordenanzas municipales (Alonso García, 2022: 557-562).

El régimen jurídico de estas actividades depende de la legislación autonómica, legislación que se ha generalizado en todas las comunidades autónomas, salvo en Madrid y Asturias³⁶. Estas normas establecen el control que la Administración municipal efectúa sobre estas actividades a través de diferentes modalidades de intervención, que se gradúan en función de los posibles efectos adversos que para los indicados bienes jurídicos protegidos

34. Concretamente, la medida 1.18 PNIEC así lo destaca, considerando, además de otros factores, la existencia de “un riesgo de tramitación administrativa, ligado a plazos o trámites que dilatan o generan incertidumbre en la obtención de permisos sin necesariamente aportar mejoras o garantías de tipo ambiental, social o de adaptación al territorio”, por lo que concluye la necesidad de su revisión “con el objetivo de agilizar los proyectos y evitar a los promotores cargas innecesarias”.

35. Entre la normativa autonómica podemos destacar: Andalucía: Decreto-ley 2/2018, de Simplificación de Normas en materia de Energía y Fomento de las Energías Renovables, modificado por el Decreto-ley 2/2020; Aragón: Ley 1/2021; Canarias: Decreto-ley 15/2020, de Medidas Urgentes de Impulso de los Sectores primario, energético, turístico y territorial de Canarias; Castilla-La Mancha: Ley 7/2022, de Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en la región; Cataluña: Decreto-ley 16/2019; Islas Baleares: Ley 10/2019; Región de Murcia: Ley 10/2006, 21 diciembre, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética, que diseña un interesante procedimiento unificado que comprenderá todas las autorizaciones y requisitos exigibles por la legislación vigente en materia de industria y energía, que dará lugar a la denominada “Autorización de Aprovechamiento”; Comunidad Valenciana: Decreto-ley 14/2020; y País Vasco: Decreto 48/2020.

36. La Ley asturiana se encuentra, no obstante, dentro del plan de iniciativas legislativas que el Principado de Asturias ha aprobado para la vigente legislatura.

la actividad pueda conllevar: licencia previa, comunicación previa o declaración responsable, calificación de actividad, o, sencillamente, se eximen de todo permiso por su consideración de inocuas.

La mayor parte de las legislaciones autonómicas eximen de este título de intervención administrativa a las instalaciones de autoconsumo³⁷, aunque en otros casos las someten a calificación ambiental si son consideradas industriales o presentan una alta potencia (Cantabria)³⁸, y en otros, a comunicación previa (por ejemplo, en Castilla y León)³⁹.

3.2.2

El ejercicio por parte de las entidades municipales de sus competencias urbanísticas

***) Los actos necesarios para la transformación del suelo rústico**

Con carácter general, las legislaciones urbanísticas dictadas por las comunidades autónomas se están mostrando favorables a explorar las alternativas y posibilidades que brinda la calificación del suelo urbano para incentivar la implantación de instalaciones destinadas a producir o usar energía renovable, particularmente el autoconsumo fotovoltaico, en determinados espacios de los núcleos urbanos⁴⁰.

A tal fin, se potencia, simplificando los trámites administrativos para su autorización, la utilización de las cubiertas de los edificios urbanos, nuevos o existentes, como espacios idóneos para la ubicación de placas solares y fotovoltaicas, o los aparcamientos y lugares destinados a plazas de estacionamiento, de titularidad privada y pública, para instalar cargadores de vehículos eléctricos, y también, en ciertos supuestos, en suelo rústico, en edificaciones o cubiertas industriales⁴¹.

37. Entre otras, Castilla-La Mancha: Ley 7/2011, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos; Cataluña: Ley 20/2009, de Prevención y Control Ambiental de las Actividades; Extremadura: Ley 16/2015, de Protección Ambiental; Galicia: Ley 1/1995; Murcia: Ley 4/2009, de Protección Ambiental Integrada; y Comunidad Valenciana: Ley 6/2014, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades.

38. Ley 17/2006, de Control Ambiental Integrado.

39. Decreto Legislativo 1/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Prevención Ambiental.

40. En este sentido se pronuncia la disposición final décima de la Ley estatal 7/2021, de Cambio Climático y Transición Energética, que conmina al Gobierno a que, en el plazo de un año a contar desde su aprobación, proponga la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal para facilitar y flexibilizar las instalaciones fotovoltaicas de autoconsumo en las comunidades de propiedad horizontal.

41. Así, la Ley de las Islas Baleares 10/2019, de Cambio Climático y Transición Energética, o el Decreto-ley 14/2020, de la Comunidad Valenciana.

Más problemas causa el emplazamiento de estas infraestructuras en el suelo no urbanizable, rústico o rural, debido a las posibles afectaciones adversas que las mismas pueden causar a los valores y bienes que en los mismos se protegen: medio ambiente, fauna, paisaje, ecosistema, usos agrario, ganadero, forestal, turístico, o cinegético, así como culturales, históricos, arqueológicos o científicos.

En efecto, la dimensión de la instalación, las características del espacio que ocupe la misma y las líneas de distribución a ella asociadas o los posibles efectos sinérgicos que pudieran ocasionar la coexistencia en dicho territorio de varias instalaciones de la misma o de diferente tipología, son factores que hay que tener en cuenta.

Si bien es verdad que la transformación de este tipo de suelo se podrá legitimar, lo habrá de ser respetando las limitaciones que a tal efecto impone el artículo 13.1 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, esto es: que tenga carácter excepcional, que siga el procedimiento y las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, y que se trate de usos específicos, que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y al desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural. En otro caso, habrá que valorar las alternativas de localización de infraestructuras que fueran plausibles.

Con la finalidad de favorecer la implantación en sus respectivos territorios de instalaciones renovables, las comunidades autónomas, haciendo uso de la competencia exclusiva que a tal efecto les confiere el artículo 148.1.3.º CE, han legislado sobre la materia, modificando las disposiciones jurídicas existentes para permitir que determinadas instalaciones de generación de este tipo de energía puedan ser ubicadas en este tipo de suelo.

De acuerdo con la mayoría de estas legislaciones, dicha transformación urbanística exigirá ya la aprobación de un plan especial, ya un proyecto de actuación, o bien una calificación urbanística especial o una autorización de usos (Simou, 2020: 318)⁴², aunque, lógicamente, esta opción se condiciona a su compatibilidad con los usos y valores protegidos en dicho suelo, si bien, con carácter general, se considera que dicha incompatibilidad no se produce si no se ha declarado expresamente la prohibición de dicho uso para ese suelo.

42. Véanse como ejemplos de las diferentes opciones que barajan los legisladores autonómicos: Aragón: Ley 3/2009 (autorización especial de usos); Canarias: Decreto-ley 15/2020 (proyecto de actuación territorial o calificación territorial); Castilla-La Mancha: Ley 5/2020, de 24 de julio (declaración de proyectos prioritarios); Castilla y León: Ley 5/1999 (autorización excepcional de usos); Cataluña: Decreto-ley 16/2019 (proyecto de actuación específica de interés público o plan especial de urbanismo); Madrid: Ley 11/2022 (proyectos de alcance regional y calificación urbanística); y Comunidad Valenciana: Ley 1/2019 (declaración de interés comunitario).

Las competencias municipales en la ejecución de los planes especiales dependerán de si los mismos tienen alcance supramunicipal o se concretan en un término municipal concreto, puesto que, en este último caso, la aprobación se traslada al Gobierno autonómico. En cuanto a la calificación urbanística, la misma se realizará por el propio ayuntamiento si dispone de los medios personales y materiales adecuados; en otro caso, dicha función la acometerán las comisiones regionales.

***) Licencia municipal de obra**

La licencia de obras constituye el último de los trámites necesarios para la instalación de las infraestructuras destinadas a la producción de energía eléctrica. Se define como el clásico título de intervención utilizado por la Administración pública para controlar que la actividad desplegada por los particulares en relación con los actos de urbanización y uso del suelo se adapta a la legalidad urbanística, y de manera especial, a las disposiciones del planeamiento municipal.

Aunque este tipo de permiso no se ha visto, en general, afectado por las legislaciones autonómicas destinadas a agilizar los procedimientos autorizatorios de instalaciones de energía eléctrica, y permanecen como tales sin haberse sustituido por otros títulos de intervención administrativa como las declaraciones responsables o las comunicaciones previas, sí que dicho permiso se ha reemplazado por estas otras fórmulas de control con el objetivo de favorecer el autoconsumo doméstico y residencial de energía procedente de fuentes renovables (Alonso García, 2022: 548-552).

Obviamente, el cambio de este control previo por otro de carácter *ex post* solo está previsto para determinados trabajos –instalación de paneles solares fotovoltaicos sobre las cubiertas o los techos de las edificaciones o en pérgolas de aparcamiento, o la previsión de puntos de recarga de vehículos eléctricos–, que cumplan ciertas características –por ejemplo, que no superen un metro de altura o afecten a bienes declarados de interés cultural o catalogados, o a los cimientos o estructura de la edificación–, o solo cuando tengan por finalidad el autoconsumo, o solo cuando se localicen en parcelas de suelo urbano⁴³.

43. Andalucía: Decreto-ley 2/2020, de Mejora y Simplificación de la Regulación para el Fomento de la Actividad Productiva; Aragón: Ley 1/2021, de Simplificación Administrativa; Canarias: Decreto-ley 15/2020, de Medidas Urgentes de Impulso de los Sectores Primario, Energético, Turístico y Territorial; Castilla y León: Decreto-ley 4/2020, de Impulso y Simplificación de la Actividad Administrativa para el Fomento de la Reactivación Productiva; Castilla-La Mancha: Ley 1/2021, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas; Cataluña: Decreto-ley 16/2019, de Medidas Urgentes para la Emergencia Climática y el Impulso a las Energías Renovables;

En cualquier caso, no hay que olvidar que el régimen de declaración responsable no exime ni condiciona las facultades de inspección y control posterior que asisten a las autoridades públicas, en este caso las locales (art. 69.3 LRBRL), así como tampoco los poderes para determinar el cese del ejercicio del derecho o actividad afectada, las facultades sancionadoras y la declaración de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar, lo que incluye la posibilidad de instar al interesado a que restituya la situación jurídica alterada al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente (art. 69.4 LRBRL).

Por último, hay que recordar que la licencia de obras, como acto reglado, solo podrá denegarse tras la comprobación de que la actividad proyectada se opone al planeamiento urbanístico vigente. Por otro lado, también es necesario insistir en que, pese a constituir el último de los trámites administrativos del procedimiento autorizatorio de las instalaciones eléctricas, los ayuntamientos no podrán denegarla si todos los demás informes y actos realizados por la entidad local con anterioridad han sido favorables a dicha instalación. Creemos que será de aplicación la doctrina de los “actos propios”.

No obstante, conviene que, antes de realizar las correspondientes solicitudes de autorización de instalaciones renovables, los promotores de estas empresas se dirijan y se pongan en contacto con las Administraciones municipales para examinar conjuntamente las posibilidades de que sus proyectos prosperen teniendo en cuenta todos los aspectos relacionados con la competencia local que en este trabajo hemos considerado.

4

Conclusiones

Nuestro derecho dota de importantes poderes a los entes locales para que los servicios que prestan y las actividades que desarrollan, incluyendo la intervención en la esfera de actuación de los vecinos, se realicen con arreglo a criterios de sostenibilidad, lo que pasa por la utilización de energía procedente de fuentes renovables.

Comunidad de Madrid: Ley 11/2022, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y Modernización de la Administración; Comunidad Valenciana: Decreto-ley 14/2020, de Medidas para Acelerar la Implantación de Instalaciones para el Aprovechamiento de las Energías Renovables por la Emergencia Climática; Extremadura: Ley 11/2018, de Ordenación Territorial y Urbanística sostenible; y Navarra: Ley foral 4/2021, por la que se aprueban Medidas Urgentes para la Gestión y Ejecución de las Actuaciones financiables con Fondos Europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación.

Pero la más importante arma con la que cuentan estas entidades, concretamente las municipales, es la decisión última que les compete en el procedimiento de autorización de las infraestructuras que generan este tipo de energía, pues son ellas las que, haciendo uso de sus competencias en materia urbanística y ambiental, definirán o preservarán las zonas en las que las mismas se pueden ubicar, calificarán, en su caso, el suelo rústico para albergarlas, y otorgarán las licencias de actividad o funcionamiento y de obras.

El impulso que nuestro legislador, auspiciado por la Unión Europea, ha dado a la utilización de esta clase de energía, ha disparado el número de solicitudes recibidas para la autorización de estas plantas, en muchos casos de grandes proporciones, situación que ha puesto “en jaque” a numerosos ayuntamientos, reacios a albergar en sus términos territoriales estos vastos complejos. Esta oposición municipal ha provocado tensiones interadministrativas –particularmente autonómico-locales–, siendo fuente de conflicto jurídico –también con los promotores–, lo que está ralentizando el proceso de autorización, cuando no haciéndolo fracasar.

La apuesta por las renovables no puede plantearse en términos de conflicto: hay que encontrar la fórmula que haga compatible el desarrollo de estas iniciativas que suponen una beneficiosa alternativa a los combustibles fósiles, y, por tanto, a la salud del planeta, con los otros intereses en presencia: locales, ambientales, paisajísticos, de desarrollo social, etc., conciliando todos ellos.

El trabajo propone algunos mecanismos jurídicos que pueden ser utilizados para cohesionar estos intereses, lo que pasa, obviamente, por hacer partícipes a los entes locales de la toma de decisiones y de la adopción de las resoluciones de autorización de estas empresas, y por el respeto de su autonomía en los asuntos que son de su competencia.

A mi juicio, sería plausible la adopción de las siguientes medidas:

En primer lugar, la colaboración de los entes locales en la elaboración de planes integrales de ordenación del territorio estatales y/o autonómicos, de tal manera que consensuen las proyecciones de futuro sobre la construcción de estas instalaciones y su emplazamiento en las zonas y los terrenos más propicios. Estas determinaciones podrían, incluso, prevalecer sobre la planificación urbanística, siempre teniendo en cuenta la autonomía local.

En segundo término, habría que reforzar la participación de estas entidades en los trámites previstos en los procedimientos que sean competencia de otros órganos administrativos, como la evaluación de impacto ambiental de proyectos, que es prácticamente inexistente en la actualidad, y que se podía paliar con la previsión de un informe preceptivo de los términos municipales afectados por el proyecto.

Finalmente, también sería conveniente, en aras de la seguridad jurídica, que se adelantaran los pronunciamientos y resoluciones que competen a los municipios, y que normalmente se producen en la fase final del procedimiento de autorización material, a estadios más tempranos del mismo. Se podría así prever que evacuaran un informe sobre la compatibilidad urbanística del proyecto con la planificación local, y que, si la misma resultara positiva, no se pudiera rechazar la ulterior licencia de obras, salvo por causas legales sobrevenidas (doctrina de los “actos propios”).

Otro de los aspectos en los que, a mi modo de ver, habría que insistir es que la agilización y simplificación de los procedimientos administrativos y flexibilización de trámites no se haga rebajando los niveles de protección ambiental –como sucede al reemplazar la evaluación ambiental por una “determinación de afección ambiental”– o de las potestades municipales –sustitución de licencias por comunicaciones previas o declaraciones responsables o imposición a los ayuntamientos de planes especiales o determinación de proyectos de alcance general que puedan ubicarse en cualquier tipo de suelo–.

Más racional sería considerar la autorización necesaria para la puesta en marcha de estas instalaciones como un permiso integral, que fijara con precisión el tipo de intervención de las diferentes Administraciones públicas implicadas y el momento en el que las mismas se deban producir, lo que evitará la descoordinación entre las mismas, duplicidades procedimentales y resoluciones divergentes. El modelo de autorización ambiental integrada diseñado para la prevención y el control integrados de la contaminación –que algunas comunidades autónomas han previsto para las instalaciones de producción renovable– podría ser el patrón para seguir.

En definitiva, una legítima y deseable apuesta por las renovables que respete las competencias de todas las Administraciones públicas implicadas, garantice el interés público y ofrezca seguridad jurídica de los promotores.

5 Bibliografía

Alenza García, J. F. (2014). Energías renovables y cambio climático: hacia un marco jurídico común. En J. F. Alenza García (dir.). *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (pp. 625-683). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Alonso García, C. (2006). La intervención de las entidades municipales en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada. En J. Esteve Pardo (coord.). *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local* (pp. 37-58). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

- (2012). La supresión de las licencias de actividad y de obras para la puesta en marcha de determinados comercios como medida de dinamización de la economía. En J. L. Piñar Mañas (dir.). *Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo* (pp. 301-308). Madrid: Reus.
- (2020). Dotar de estabilidad al régimen jurídico de las renovables. *AgendaPública - El País*, 29-1-2020. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/13781/dotar-estabilidad-al-gimen-juridico-renovables>.
- (2022). Licencias urbanísticas y ambientales para autoconsumo. En F. Delgado, R. Galán, N. Garrido e I. González (dirs.). *Los desafíos jurídicos de la transición energética* (pp. 527-564). Navarra: Aranzadi.

Delgado Piqueras, F. (2018). Evolución legal del fomento de la electricidad verde en España anterior a la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico. En F. Delgado (dir.). *El Derecho de las energías renovables y el regadío* (pp. 37-115). Navarra: Aranzadi.

Ecologistas en Acción. (2021). *Manifiesto de Ecologistas en Acción ante el proceso de transición energética e implantación de renovables*. Disponible en: <https://www.ecologistasenaccion.org/168265/la-avalancha-de-grandes-proyectos-de-energias-renovables-pone-en-riesgo-una-transicion-energetica-justa-y-ecologica/>

Galán Vioque, R. (2014). Implantación territorial de las energías renovables. En J. F. Alenza (dir.) *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático* (pp. 293-316). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Galera Rodrigo, S. (2022). *El hacer urbano de la UE. Modelo de ciudad, poder local y sostenibilidad energética*. Barcelona: Atelier.

González Ríos, I. (2021). *Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídico-administrativos para 2030/2050*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Lozano Cutanda, B. (2022). Real Decreto Ley 6/2022: el nuevo procedimiento de determinación de afección ambiental aplicable a determinados proyectos de energías renovables. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 123.

Ruiz Olmo, I. (2021). *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*. Madrid: Tecnos.

Simou, S. (2020). *Derecho local del cambio climático*. Madrid: Marcial Pons.

Valencia Martín, G. (2022). La autorización fotovoltaica integrada valenciana. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 127. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2022/10/2022-10-03-Valencia-Autorizacion-fotovoltaica.pdf>.

Uso de bienes de titularidad local e implantación de instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Sevilla*

1. Introducción

2. El marco normativo de las energías renovables

- 2.1. La política de energías renovables a nivel comunitario
- 2.2. La regulación estatal
- 2.3. La conexión entre la planificación territorial y urbanística y las instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables

3. Las comunidades de energías renovables

- 3.1. Concepto
- 3.2. Características

4. La utilización de bienes de titularidad local para la ejecución de instalaciones de producción de energías renovables

- 4.1. Las formas de cesión forzosa o voluntaria de los bienes de titularidad local
 - 4.1.1. *Cesión forzosa de terrenos de titularidad municipal previa declaración de utilidad pública de las instalaciones de generación*
 - 4.1.2. *Cesión voluntaria de terrenos de titularidad municipal*
- 4.2. El uso privativo por la Administración: las reservas demaniales

5. Conclusiones

6. Bibliografía

Resumen

Uno de los pilares más sólidos para la necesaria transformación de nuestro modelo energético son las energías renovables. Las energías renova-

Artículo recibido el 03/03/2023; aceptado el 06/03/2023.

bles tienen numerosas ventajas, pues son una fuente de energía limpia, inagotable y cada vez más competitiva. No puede negarse que, en los últimos años, este notable aumento en la generación de energía a partir de fuentes renovables ha dado lugar a un significativo desarrollo normativo, que requiere análisis y reflexión sobre diversos aspectos. En ese contexto, el presente estudio tiene por objeto el examen de la utilización de los bienes públicos municipales para la construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables, prestando especial atención a los instrumentos jurídicos existentes en nuestro ordenamiento para potenciar las mismas.

Palabras clave: *bienes públicos; energías renovables; comunidades energéticas locales; títulos habilitantes.*

Use of local assets and implementation of energy production facilities of renewable energy

Abstract

Renewable energies are essential for the necessary transformation of our energy model. This kind of energy has numerous advantages: they are a clean, inexhaustible, and increasingly competitive source of energy. In recent years, there has been a relevant increase in the generation of energy from renewable sources and it has led to a significant regulatory development, which requires a deep analysis and reflection. In this context, this article examines the use of municipal public assets for the construction and commissioning of energy production facilities using renewable sources, and it focuses on the legal instruments existing in our legal system to promote them.

Keywords: public assets; renewable energies; renewable energy communities; authorizations.

1 Introducción

Uno de los pilares más sólidos para la necesaria transformación de nuestro modelo energético son las energías renovables¹. Las energías renovables tienen

1. A pesar de que no existe una definición unívoca ni consensuada de lo que debe entenderse por energía renovable, puede afirmarse que la energía solar, la energía eólica, oceánica e hidroeléct-

numerosas ventajas, pues son una fuente de energía limpia, inagotable y cada vez más competitiva. No emiten gases de efecto invernadero ni contaminantes. Ciertamente, en el plano internacional las energías renovables se tienen en cuenta, principalmente, por su contribución a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y al desarrollo sostenible.

A diferencia de los combustibles fósiles, se caracterizan por su diversidad, abundancia y potencial aprovechamiento en cualquier parte del planeta. Además, los costes de estas energías renovables están disminuyendo sostenidamente, mientras que la tendencia general de los combustibles fósiles es la contraria, independientemente de su volatilidad temporal.

Por todos los motivos señalados, el crecimiento de las energías renovables es imparable, y esta tendencia se acentúa aún más debido a la necesidad de mitigar los efectos del cambio climático² y reducir la dependencia de los combustibles fósiles. En otros términos, puede afirmarse que sin la masiva presencia de energía procedente de fuentes renovables en el sistema energético no se alcanzará una economía hipocarbonizada o prácticamente descarbonizada. Además, no se podrá reducir la dependencia energética³.

Cada vez más países están invirtiendo en energías renovables y estableciendo objetivos ambiciosos para su desarrollo, lo que ha llevado a un aumento significativo de la capacidad instalada en los últimos años. Como destaca el último Informe Anual 2022 de la Unión Española Fotovoltaica, respecto al conjunto de las renovables, de nuevo 2021 fue un año de gran impulso para la transición energética en el que se instalaron 257 GW en energías renovables, aumentando la capacidad instalada total un 9,1 %. La fotovoltaica fue en 2021 la tecnología líder entre las renovables y la más instalada a nivel mundial⁴.

No puede negarse que, en los últimos años, este notable aumento en la generación de energía a partir de fuentes renovables ha dado lugar a un significativo desarrollo normativo, que requiere análisis y reflexión sobre diversos aspectos.

En ese contexto, el presente estudio tiene por objeto el examen de la utilización de los bienes públicos municipales para la construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones de producción de energía a través de fuentes

trica terrestre y marina, la biomasa y los biocombustibles son fuentes de energías renovables. Ruiz Olmo (2021: 39 y ss.) explica que en el ámbito estatal la normativa ha sido escueta a la hora de ofrecer una definición clara de lo que debe entenderse por energía renovable. Han sido las leyes autonómicas las que se han encargado de recoger definiciones más amplias. Por ejemplo, el art. 2 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía señala que se trata de "energía procedente de fuentes energéticas primarias de carácter renovable", y el art. 2 de la Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentivación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha concreta algunas de las energías provenientes de fuentes renovables, aunque sin dar una definición.

2. Mora Ruiz (2014).

3. Rosa Moreno (2020: 41-42).

4. Unión Española Fotovoltaica (UNEF) (2022).

renovables, prestando especial atención a los instrumentos jurídicos existentes en nuestro ordenamiento para potenciar las mismas.

2

El marco normativo de las energías renovables

2.1

La política de energías renovables a nivel comunitario

Para comprender dónde nos encontramos en estos momentos, debemos conocer de dónde venimos y hacia dónde vamos. Las energías renovables no pueden entenderse sin tener en cuenta el papel fundamental que ha tenido la Unión Europea⁵. El interés comunitario en la política energética es evidente, dada la fuerte interdependencia de los países europeos tanto en las cuestiones de lucha contra el cambio climático como en la consecución del mercado interior.

Dejando de lado antecedentes más remotos⁶, para abordar la cuestión que nos ocupa, no pueden dejar de citarse una serie de normas comunitarias, que tuvieron lugar a partir del año 2009. Así, en primer lugar, en cuanto a las fuentes de energía renovables, debe tenerse en cuenta la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, que fijó objetivos nacionales obligatorios en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía (20 % para el año 2020 en el caso de España). Además, imponía a cada Estado miembro adoptar un plan de acción nacional en materia de energía re-

5. Perea Crespillo (2021).

6. Puede afirmarse que la política que impulsa las energías renovables fue abordada de forma concreta en 1996 con la Comunicación de la Comisión "*Libro Verde: Energía para el futuro: fuentes de energías renovables*". En ella se detallaban los beneficios de la energía procedente de fuentes renovables en relación con los objetivos de la Comunidad (seguridad de abastecimiento, mayor competitividad y sostenibilidad ambiental). En 1997 se presentó el Libro Blanco "Una política energética para la Unión Europea", en el que se establecían tres objetivos fundamentales para lograr la efectiva intervención de las energías renovables en el consumo energético total de la Unión: aumentar la competitividad, seguridad de suministro y protección del medio ambiente. Asimismo, con la finalidad de que en 2010 se alcanzase una cuota del 12 % de las fuentes de energía renovables en la Unión Europea, la Comisión publicó también en 1996 el Libro Blanco "Energía para el futuro: las fuentes de energía renovables", basado en el fomento de este tipo de energía mediante el compromiso de los Estados miembros en función de su propio potencial. Fruto de los debates suscitados por el Libro Verde de 1996, la Comisión Europea publicó en 1998 el Libro Blanco por el que se establecían una estrategia y un plan de acción comunitarios, manteniendo el objetivo prioritario de alcanzar en el año 2010 una cuota de penetración mínima del 12 % de las fuentes de energías renovables en la UE, lo que en la práctica suponía doblar la cuota de consumo interior bruto de energía de la Unión que en aquel momento se daba. En el año 2000 fue publicado el Libro Verde de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, "Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético", en el que se manifestaba la preocupación por la dependencia energética externa, en aumento constante.

novable, en el que se determinarían, entre otros, los objetivos nacionales de los Estados miembros en relación con las cuotas de energía procedente de fuentes renovables consumidas en el transporte, la electricidad, la producción de calor y frío en 2020, teniendo en cuenta los efectos de otras medidas políticas relativas a la eficiencia energética en el consumo final de energía.

Seguidamente, la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética⁷ –piedra angular de la política de eficiencia energética de la Unión Europea–, contempló un conjunto de medidas vinculantes para ayudar a la Unión a alcanzar el objetivo del 20 % en materia de eficiencia energética en 2020. La norma introdujo también objetivos de ahorro energético y numerosas políticas de eficiencia energética, incluidas las relativas a las renovaciones y los certificados energéticos obligatorios para los edificios, las normas mínimas de eficiencia energética para diversos productos, las etiquetas de eficiencia energética y los contadores inteligentes, así como el establecimiento de los derechos de los consumidores.

En diciembre de 2018 se aprobó la Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, que es el principal instrumento comunitario en materia de promoción de la energía procedente de fuentes renovables. Esta norma elevó el objetivo global vinculante en materia de energías renovables para 2030 en al menos un 32 %⁸.

Por su parte, el importante Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, ha obligado a los Estados miembros a aprobar los denominados Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima (PNEIC) para el período 2021/2030, en los que se tienen que establecer, entre otras cuestiones, los objetivos específicos de penetración de energías renovables que asumen.

7. Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (Texto pertinente a efectos del EEE).

8. Debe advertirse que existen diferentes estrategias para impulsar la adopción de cada una de las fuentes de energía renovables. Así, por ejemplo, el 19 de noviembre de 2020 la Comisión dio a conocer la estrategia de la Unión Europea sobre la energía renovable marina, intensificando sus esfuerzos para lograr que la Unión sea climáticamente neutra de aquí a 2050. La estrategia propone aumentar la capacidad de energía eólica marina de Europa de su nivel actual de 12 GW a al menos 60 GW para 2050. Asimismo, la Comisión ha presentado una estrategia solar (COM 2022/0221) con el objetivo de aumentar la capacidad solar fotovoltaica mediante la instalación de 600 GW para el año 2030, lo que supone duplicar la capacidad actual. La estrategia también incluye objetivos para la producción de hidrógeno renovable, con el objetivo de producir 10 millones de toneladas a nivel nacional y 10 millones de toneladas de importaciones para 2030. Además, se propone un Plan de Acción sobre el Biometano para aumentar la producción a 35 000 millones de metros cúbicos para el año 2030, así como la implementación de procesos de concesión de permisos simplificados y abreviados.

En diciembre de 2019 la Comisión puso en marcha el Pacto Verde Europeo con el objetivo de alcanzar la neutralidad climática en 2050 de una forma que contribuya a la economía, al crecimiento y al empleo en Europa⁹. El paquete incluye iniciativas que abarcan el clima, el medio ambiente, la energía (revisión de la Directiva sobre fuentes de energía renovables), el transporte, la industria, la agricultura y las finanzas sostenibles.

En julio de 2021, en una propuesta relativa a una nueva Directiva sobre energías renovables, se formuló la aspiración de elevar el objetivo global en materia de energías renovables al 40 % para el año 2030. En la Exposición de Motivos de esta última se explica que el actual objetivo de la Unión de que al menos el 32 % de la energía proceda de fuentes renovables de aquí a 2030 resulta insuficiente y debe elevarse al 38-40 %, de conformidad con el Plan del Objetivo Climático. Simultáneamente, para alcanzar este objetivo reforzado se necesitan nuevas medidas complementarias en distintos sectores en consonancia con la Estrategia para la Integración del Sistema Energético, la Estrategia del Hidrógeno, la Estrategia sobre la Energía Renovable Marina y la Estrategia sobre Biodiversidad.

En mayo de 2022, en consonancia con el plan REPowerEU¹⁰, cuyo objetivo es abandonar progresivamente los combustibles fósiles rusos, la Comisión propuso aumentar el objetivo de energías renovables actualmente en fase de negociación hasta el 45 % con vistas a 2030.

Por último, en julio de 2022, la Comisión publicó la Comunicación de la UE sobre ahorro energético, con numerosas opciones de ahorro a corto plazo, como la reducción selectiva de la calefacción y la refrigeración en los edificios públicos.

2.2

La regulación estatal

Tras la citada Directiva 2009/28/CE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, en nuestro derecho interno, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible supuso el primer acercamiento legal a la transformación renovable del modelo energético en

9. En el Pacto Verde se hace una clara apuesta por las energías renovables cuando se afirma que la integración inteligente de las energías renovables, la eficiencia energética y otras soluciones sostenibles intersectoriales ayudará a conseguir la descarbonización al menor coste posible.

10. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones, COM 2022/230.

España¹¹. Esta norma diseñó, en su Título III, el marco del denominado “modelo energético sostenible”, incluyendo disposiciones relativas a distintos ámbitos de la sostenibilidad ambiental, con reformas globales de los sectores afectados¹². El Capítulo I, dedicado a sostenibilidad del modelo energético, recoge los grandes principios aplicables en la materia, esto es, la garantía de la seguridad del suministro, la eficiencia económica y el respeto al medio ambiente, así como los objetivos nacionales para 2020 sobre ahorro y eficiencia energética y sobre utilización de energías renovables, coherentes con los establecidos en la Unión Europea y de los que se deriva un modelo energético que, mediante los instrumentos de planificación previstos en la propia Ley, buscará aumentar la participación de las energías renovables, reforzar la previsibilidad y la eficiencia de las decisiones de política energética y en especial del marco de incentivos y reducir la participación de las energías con mayor potencial de emisiones de CO₂. Por otra parte, se impulsa la cooperación entre Administraciones públicas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Energía, y se fomentan la investigación, el desarrollo y la innovación en materia de energías renovables y ahorro y eficiencia energética, con atención especial a nuevas obligaciones para las Administraciones públicas. Se adoptan medidas para que la información llegue a los usuarios y que estos puedan conocer los costes del modelo de suministro energético y su composición.

Sin entrar en el detalle de la consabida evolución normativa experimentada en la materia¹³, cabe apreciar que los últimos años han sido de intensa actividad regulatoria en el sector energético. En 2020 destacaron el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, con la introducción de los hitos administrativos a los titulares de permisos de acceso; el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, que introdujo el nuevo marco de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica¹⁴, y el Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económi-

11. González Ríos (2011).

12. Estos ámbitos son el modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible, y en especial, por su importancia en el modelo económico español, la rehabilitación y la vivienda.

13. Sobre esta cuestión, puede consultarse el trabajo de Galán Vioque (2022: 354-359).

14. El objeto de este Real Decreto es establecer los criterios y el procedimiento de aplicación a la solicitud y obtención de los permisos de acceso y de conexión a un punto de la red, por parte de los productores, transportistas, distribuidores, consumidores y titulares de instalaciones de almacenamiento, en desarrollo de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

co de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica, que regula un régimen económico accesible para instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables a través de un mecanismo de subasta.

En consecuencia, estos decretos establecieron el marco normativo para el desarrollo de las energías renovables en nuestro país en los próximos años.

También durante 2021 se aprobó la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que establece las políticas de descarbonización en España para los distintos sectores. Para el sector energético, la Ley establece el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) como la herramienta de planificación que integra la política de energía y de mitigación del cambio climático.

Aparte de la Ley de cambio climático, durante el año 2021 la actividad regulatoria se centró principalmente en respuestas reactivas a la escalada inflacionista en los mercados energéticos, resultado de la recuperación tras la pandemia. En este contexto, es importante destacar los reales decretos-leyes 12¹⁵, 17¹⁶, 23¹⁷ y 29¹⁸ de 2021, que introdujeron medidas para reducir el impacto del alto coste de la energía en los ciudadanos. Además del objetivo general de reducir los precios, estas normas, en algunos casos, también modificaron el marco normativo para el desarrollo de fuentes de energía renovable.

2.3

La conexión entre la planificación territorial y urbanística y las instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables

Ciertamente, existe una clara conexión entre la planificación territorial y urbanística y las instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables. La implantación de instalaciones de producción de energía tiene

15. Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua.

16. Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad.

17. Real Decreto-ley 23/2021, de 26 de octubre, de medidas urgentes en materia de energía para la protección de los consumidores y la introducción de transparencia en los mercados mayorista y minorista de electricidad y gas natural.

18. Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito energético para el fomento de la movilidad eléctrica, el autoconsumo y el despliegue de energías renovables.

que cumplir con las exigencias derivadas de los instrumentos de ordenación del territorio y del planeamiento urbanístico.

Puede observarse cómo la ordenación del territorio y el derecho urbanístico se están orientando progresivamente hacia la integración, en el planeamiento, del cambio en el modelo energético de las ciudades, producido para aspirar a su descarbonización.

Como ejemplo¹⁹ reciente de esta tendencia cabe citar la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía, que, desde la propia Exposición de Motivos, explica que las ciudades contribuyen en un alto grado a la contaminación global del planeta y utilizan una buena parte de la energía consumida por la humanidad, generando los mayores problemas ambientales, pero reconociendo que es también en ellas donde existe mayor capacidad para afrontar esta situación de crisis medioambiental global. Por ello, la Ley asume el cumplimiento de uno de los grandes retos de la sociedad actual contra el cambio climático: el impulso de la transición energética mediante el fomento de las energías renovables en el territorio, en el suelo rústico²⁰ y en el suelo urbano.

Asimismo, con la finalidad de integrar las instalaciones de energías renovables en el planeamiento urbanístico, prevé expresamente la posibilidad de que se puedan aprobar planes especiales para ordenar las actuaciones vinculadas a la generación de energía mediante fuentes renovables y establecer zonas para su localización.

3

Las comunidades de energías renovables

3.1

Concepto

Las comunidades de energías renovables son uno de los sujetos llamados a desempeñar un papel importante en la implantación de las energías reno-

19. Sobre el caso de las Islas Baleares, véase el trabajo de Galán Vioque (2020), en que explica la regulación efectuada por la Ley 10/2019, de 22 febrero, de cambio climático y transición energética de las Illes Balears, que dedica en su Capítulo III sobre energías renovables una regulación específica a la ubicación de las instalaciones de energías renovables. En su artículo 42.2 establece el mandato de que en "los instrumentos de planificación territorial y sectorial se priorizará la instalación de infraestructuras de energía renovable sobre aquellas que se basen en combustibles fósiles".

20. El art. 21 de la Ley contempla como usos ordinarios del suelo rústico los vinculados a las energías renovables.

vables. Dado que estas comunidades pueden utilizar bienes de titularidad local e incluso pueden estar formadas –entre otros sujetos– por entidades locales, no podemos dejar de mencionarlas. Los entes locales pueden ser motores de este tipo de iniciativas.

La Directiva (UE) 2018/2001 introduce la figura de las comunidades de energías renovables. En el apartado 16 del art. 2, relativo a las definiciones, se establece que una comunidad de energías renovables es una entidad jurídica:

- a) que, de conformidad con el derecho nacional aplicable, se base en la participación abierta y voluntaria, sea autónoma y esté efectivamente controlada por los socios o miembros que están situados en las proximidades de los proyectos de energías renovables que sean propiedad de dicha entidad jurídica y que esta haya desarrollado;
- b) cuyos socios o miembros sean personas físicas, pymes o autoridades locales, incluidos los municipios;
- c) cuya finalidad primordial sea proporcionar beneficios medioambientales, económicos y sociales a sus socios o miembros en las zonas locales donde opere, en lugar de ganancias financieras.

Por su parte, el art. 22.2 dispone que los Estados miembros garantizarán que las comunidades de energías renovables tengan derecho a producir, almacenar y vender energías renovables, en particular mediante contratos de compra de electricidad renovable.

El legislador español, a través del Real Decreto-ley 23/2020 ha efectuado una transposición totalmente literal de la definición europea.

3.2 Características

De la lectura armónica de los preceptos citados, art. 2.16 y 22.2 de la Directiva 2018/2001, se extraen las siguientes características de las comunidades de energías renovables²¹:

- Personalidad jurídica propia. Como explica el considerando 71, los Estados miembros deben tener posibilidad de elegir cualquier forma de entidad para las comunidades de energías renovables, siempre y cuando dicha entidad pueda ejercer derechos

21. Gallego Córcoles (2021: 857-861).

y estar sujeta a obligaciones actuando en nombre propio. Los derechos nacionales pueden emplear diferentes estructuras organizativas²².

- Autonomía respecto a sus miembros. Las comunidades de energías renovables deben poder conservar su autonomía respecto de los miembros individuales y de otros actores habituales en el mercado que participen en la comunidad como miembros o socios o que cooperen de otra forma, como mediante inversión.
- Base social determinada. Solo pueden ser socios o miembros personas físicas, pymes o autoridades locales (incluidos los municipios).
- Ausencia de lucro como causa principal de la entidad.
- Carácter abierto y voluntario de la condición de miembro. La participación en proyectos de energías renovables debe estar abierta a todos los potenciales miembros locales, atendiendo a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.
- Su actividad no exclusiva consiste en producir, consumir, almacenar y vender energías renovables, en particular mediante contratos de compra de electricidad renovable.

4

La utilización de bienes de titularidad local para la ejecución de instalaciones de producción de energías renovables

En numerosas ocasiones los particulares (por ejemplo, promotores de parques eólicos o plantas fotovoltaicas) –e incluso las comunidades de energías renovables– están interesados en ejecutar instalaciones, construcciones, edificaciones e infraestructuras de producción de energías renovables, sobre terrenos de titularidad municipal²³, es decir, sobre bienes públicos locales; consiguiendo, de esta manera, que los ayuntamientos puedan incrementar la rentabilidad de sus terrenos. Los bienes de titularidad local, como los terrenos públicos o los edificios municipales, pueden tener un gran potencial para la implantación de instalaciones de producción de energía renovable. Además, los Gobiernos locales, como

22. González Ríos (2020: 155 y ss.).

23. Corvino Baseca (2022) explica que la ubicación de los terrenos, la orografía, la orientación, la superficie y otras características hacen a estos terrenos especialmente aptos para el aprovechamiento de recursos naturales como el viento o el sol, con el fin de generar energía eléctrica.

Administración más próxima y cercana a los ciudadanos, pueden llevar a cabo importantes políticas y actuaciones administrativas para impulsar la transición energética²⁴.

4.1

Las formas de cesión forzosa o voluntaria de los bienes de titularidad local

Las formas de la cesión de utilización de esos bienes públicos –que puede ser forzosa o voluntaria– dependen de la naturaleza de los mismos (es decir, habrá que diferenciar –a su vez– los casos de utilización de bienes demaniales y de bienes patrimoniales).

Así, podemos distinguir:

4.1.1

Cesión forzosa de terrenos de titularidad municipal previa declaración de utilidad pública de las instalaciones de generación

El art. 54.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico declara de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte, distribución de energía y las infraestructuras eléctricas de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos de potencia superior a 250 kW, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso.

Dicha declaración de utilidad pública se extiende a los efectos de la expropiación forzosa de instalaciones eléctricas y de sus emplazamientos cuando por razones de eficiencia energética, tecnológicas o medioambientales sea oportuna su sustitución por nuevas instalaciones o la realización de modificaciones sustanciales en las mismas.

A continuación, el art. 55 sostiene que, para el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de las instalaciones aludidas, es necesario que la empresa interesada lo solicite, incluyendo el proyecto de ejecución de la instalación y una relación concreta e individualizada de los bienes o derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación.

La petición se somete a información pública y se recaba informe de los organismos afectados.

24. Presicce (2021: 80).

Concluida la tramitación, el reconocimiento de la utilidad pública es acordado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, si la autorización de la instalación corresponde al Estado, sin perjuicio de la competencia del Consejo de Ministros en caso de oposición de organismos u otras entidades de derecho público, o por el organismo competente de las comunidades autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla en los demás casos.

En cuanto a los efectos de la declaración de utilidad pública, la misma lleva implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados, e implica la urgente ocupación a los efectos del art. 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.

Igualmente, supone el derecho a que le sea otorgada la oportuna autorización, en los términos que en la declaración de utilidad pública se determinen, para el establecimiento, paso u ocupación de la instalación eléctrica sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las comunidades autónomas, o de uso público, propios o comunales de la provincia o municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública.

4.1.2

Cesión voluntaria de terrenos de titularidad municipal

Dentro de los supuestos de cesión voluntaria, debemos distinguir entre los bienes o terrenos de naturaleza patrimonial y aquellos de naturaleza demanial.

1.- Bienes patrimoniales

En el primer caso, esto es, el de los bienes patrimoniales, los instrumentos jurídicos utilizados comúnmente para las instalaciones de generación de energía a través de fuentes renovables son el arrendamiento de los terrenos o la constitución de derechos de superficie. La elección de uno u otro vendrá determinada por la adecuación a los fines que en cada caso se persiguen.

a) Los contratos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales

La explotación o aprovechamiento por terceros de los bienes patrimoniales puede formalizarse mediante cualquier tipo de contrato, típico a atípico (art. 106 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Este contrato tendrá naturaleza privada, sin perjuicio del sometimiento al derecho administrativo de los actos preparatorios

y de adjudicación. Por tanto, si el bien de titularidad local es patrimonial cabe celebrar –como sucede habitualmente– un contrato de arrendamiento. La libertad de pactos, que es uno de los rasgos característicos de los negocios jurídicos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales, se traduce en la libre elección del tipo de contrato a través del cual se cede dicha explotación.

El apartado 3.º de este art. 106²⁵ indica que los contratos para la explotación de los bienes o derechos patrimoniales no podrán tener una duración superior a 20 años, incluidas las prórrogas, salvo por causas excepcionales debidamente justificadas. En el caso de la mayoría de los proyectos de energía renovable, debido a la rentabilidad a largo plazo, la duración de estos contratos suele ser prolongada –oscilando comúnmente entre los 25 y 40 años–. Quiere decir que –en estos casos– se acreditan habitualmente en el expediente las causas que justifican el establecimiento de un plazo superior.

Tal y como dispone el art. 107 de la Ley 33/2003, los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudican por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deben justificarse suficientemente en el expediente. Las bases del correspondiente concurso o las condiciones de la explotación se someten a informe previo de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

b) La constitución de derechos de superficie

Ampliando las posibilidades de utilización privativa de los bienes, aparece el derecho urbanístico²⁶, que regula, en 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, el derecho de superficie, comportando un cambio en el sistema jurídico tradicional.

El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de

25. Ha de tenerse en cuenta que, según el apartado 5.º de la disposición final 2.ª de la Ley 33/2003, el art. 106 de la Ley solo es básico en su apartado 1.º, por lo que el citado art. 106.3 de la Ley 33/2003 será de aplicación supletoria, en defecto de normativa propia de Régimen Local. Teniendo en cuenta que no existe disposición alguna en la normativa local que limite el plazo del arrendamiento de inmuebles, el precepto deberá aplicarse en virtud de la supletoriedad.

26. De Pablo Contreras (2012: 216) explica que el derecho de superficie es una institución de derecho civil, aunque esté actualmente regulado por una ley administrativa.

una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones. Se puede afirmar que consiste en la facultad que tiene una persona, denominada superficiario, para edificar o plantar en suelo ajeno, pudiendo disfrutar de lo edificado o plantado como verdadero propietario, durante un plazo generalmente temporal, a cambio de pagar un canon o precio (comúnmente de carácter periódico, aunque puede consistir también en un tanto alzado e incluso en cláusulas cercanas al intercambio o permuta del derecho a construir o plantar por la entrega de parte de lo edificado o plantado)²⁷.

Este derecho de superficie es uno de los instrumentos con que cuentan las Administraciones para fomentar la participación de los particulares (incluidas las comunidades energéticas locales) en la transición energética. Hay que tener en cuenta que a menudo la implantación de instalaciones de energías renovables es compatible con otros aprovechamientos agrícolas, pecuarios, forestales o de otro tipo que pueden tener lugar sobre los terrenos. En estos casos resulta conveniente dividir la titularidad del suelo y vuelo mediante la constitución de derechos de superficie. La doble titularidad de suelo y vuelo permite la constitución de garantías reales únicamente sobre las instalaciones.

Como se ha señalado, el derecho de superficie recae sobre una finca ajena o parte de ella y origina facultades de uso, goce y disfrute con la extensión e intensidad del propietario. Al utilizar esta institución, la Administración pública no ejerce una vigilancia directa, sino que solo impone condiciones que aseguren la reversión de la edificación. Puede constituirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*, por usucapión o por negocio jurídico, y ser a título oneroso o gratuito, pudiendo consistir, en el primer caso, la contraprestación en el pago de una suma alzada, un canon periódico, una adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

Dadas su importancia y las posibilidades que otorga, conviene mencionar cuáles son sus características fundamentales²⁸, así como su distinción de otras figuras afines.

El derecho real de superficie origina dos propiedades separadas diferentes: la propiedad del *dominus soli* (dueño del suelo que constituye el derecho) y la propiedad del superficiario, la cual revierte a manos del primero. El mismo se caracteriza por atribuir al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, aunque también puede constituirse sobre construcciones o

27. Roca Sastre (1961).

28. Cámara Águila (1998).

edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

Para su constitución, que puede hacerse a título oneroso o gratuito, se requiere escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad²⁹. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho.

En cuanto a los derechos correspondientes al superficiario, estos resultarán del título constitutivo³⁰. No obstante, y con carácter general, el superficiario recibe la facultad de edificar sobre el suelo del cedente, a no ser que el objeto de la superficie lo constituya un edificio ya construido. En concreto, el superficiario tiene:

- a) Derecho a edificar o plantar si aún no se hizo, o si se destruyó lo edificado o plantado y queda tiempo para ello.
- b) Derecho de propiedad sobre lo edificado o sembrado, al menos mientras dure el derecho de superficie.
- c) Derecho de disposición, de modo que el superficiario podrá, constante la relación jurídica, transmitirlo a un tercero, concederlo en arriendo o bien constituir todo tipo de derecho real sobre el propio derecho de superficie (hipotecarlo, darlo en usufructo, gravarlo con servidumbre).

29. La exigencia de escritura pública fue destacada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril de 2010 (BOE de 7 de junio de 2010), encargada de resolver la cuestión de si en el caso de que un derecho de superficie fuera concedido por un organismo público, como un ayuntamiento, sería suficiente, para la inscripción, la correspondiente documentación administrativa, como el certificado del acuerdo de la entidad concedente, o si, por el contrario, debía elevarse, además, a escritura pública. Ante este interrogante, la DGRN advierte que la constitución de un derecho de superficie exige siempre escritura pública, tanto si así es pactado entre particulares como si se inscribe en el marco de una actuación urbanística, pues 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, no hace distinción. En resumen, frente a la pretensión de inscribir un derecho de superficie otorgado por un organismo público simplemente con el acuerdo de concesión, la Dirección General sostiene que no existe duda alguna sobre la invalidez de la misma y la necesidad de escritura pública. No obstante, debe mencionarse que en algunos supuestos sí ha permitido el acceso al Registro de otra clase de documentos, como una certificación administrativa expedida por un ayuntamiento declarando la concesión de un derecho de superficie. Tal es el caso de la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2009 (BOE de 24 de enero de 2009), que precisa: "Lo primero que debe señalarse es que no cabe duda que cabe calificación registral de documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad, calificación que se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro". Si bien, queda claro que los supuestos de hecho son claramente distintos, puesto que en este último caso se trataba de la resolución de un contrato administrativo especial debido al incumplimiento por parte del particular del pliego de condiciones, consecuencia del principio de autotutela administrativa, y no de la concesión del derecho de superficie, de la que surgen obligaciones de naturaleza civil. Mientras en la extinción por incumplimiento estamos ante un acto unilateral, el consentimiento que hace surgir el contrato es siempre un acto bilateral.

30. Prats Albentosa (2001).

- d) Derecho real de utilizar el suelo ajeno para mantener en él lo edificado o plantado, y realizar todos los actos necesarios para el ejercicio de la propiedad superficiaria.

Por otra parte, el superficiario asume un conjunto de deberes, dependiendo del momento en que se le haya atribuido el derecho. El superficiario habrá de cumplir con los deberes de urbanización, cesión y equidistribución. Cuando la superficie se haya constituido a título oneroso, el superficiario deberá entregar al concedente la contraprestación pactada, bien en un solo acto o bien mediante el pago periódico del canon previsto. Transcurrido el plazo de existencia del derecho, deberá devolver la posesión del bien al propietario.

El propietario o concedente tiene los siguientes derechos:

- a) Derecho de reversión a su patrimonio de lo edificado, construido o plantado.
- b) Derecho a la satisfacción de una contraprestación cuando se hubiera constituido el derecho de forma onerosa.
- c) Derecho a exigir que el superficiario edifique dentro del término previsto en la licencia que autorice a edificar, pues en caso contrario la superficie se extingue.

La figura es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

Como derecho real que es, la propiedad del superficiario es temporal. Consecuentemente, a la extinción del derecho por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en cuya virtud se hubiera constituido el derecho. No obstante, pueden pactarse normas sobre la liquidación.

En este sentido, es de consignar que la regulación de la extinción del derecho de superficie en el ámbito urbanístico no excluye la posibilidad de indemnización al superficiario. Asimismo, cabe subrayar que la previsión de reversión de las obras cuando no proceda su demolición no tiene carácter básico, por lo que el legislador autonómico está habilitado para arbitrar soluciones más acordes con los intereses económicos de los concesionarios y, sobre todo, con el mantenimiento de un nivel de calidad elevado de las

instalaciones durante toda la vida de la concesión cuando estas se emplean para prestar servicios a los ciudadanos.

Finalmente, su extinción se produce, como causas generales, por confusión en la misma persona del propietario del suelo y superficiario, y por renuncia al derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 del Código Civil. Asimismo, finaliza por la no edificación de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución, así como por el transcurso del plazo de duración del derecho, que como máximo puede alcanzar los noventa y nueve años.

Dadas las ventajas que otorga, las recientes regulaciones autonómicas adoptadas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables contemplan previsiones específicas en esta línea³¹.

Así, la Comunidad Valenciana, en el art. 17.3 del Decreto-ley 14/2020, de 7 de agosto, del Consell, de medidas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables por la emergencia climática y la necesidad de la urgente reactivación económica, afirma que, para fomentar la participación de los agentes locales en la producción energética, las Administraciones públicas pueden constituir sobre terrenos de su propiedad de naturaleza patrimonial un derecho de superficie mediante concurso público reservado para cooperativas o comunidades de energías renovables legalmente constituidas según la legislación vigente.

Igualmente, el art. 37 de la Ley navarra 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética, establece lo siguiente:

- “1. Las administraciones públicas podrán constituir un derecho de superficie o espacio sobre patrimonio de su titularidad a favor de comunidades ciudadanas de energía o comunidades energéticas locales legalmente constituidas para el desarrollo de proyectos de generación de energías renovables o almacenamiento energético u otras iniciativas que busquen el objeto descrito en la definición de estas comunidades.
2. El derecho de superficie para esta finalidad se podrá conceder mediante concurso público reservado para este tipo de entidades o mediante cesión gratuita y directa, y se tendrán que establecer necesariamente en las bases:
 - a) La determinación exacta de los bienes sobre los cuales se constituye el derecho de superficie.

31. Almodóvar Iñesta (2021: 374).

- b) La duración máxima de la concesión y, en su caso, las oportunas prórrogas, hasta el máximo previsto en la normativa de patrimonio público aplicable.
- c) El canon anual a satisfacer o el mecanismo de colaboración para el aprovechamiento de la energía generada, si procede.
- d) La potencia mínima de generación renovable o almacenamiento a instalar y sus características básicas.
- e) El plazo máximo de puesta en marcha de estas instalaciones.
- f) Los mecanismos de colaboración y fiscalización a ejercer por parte de la administración pública concedente.
- g) La forma en que se ejecutará la reversión a favor de la administración pública concedente una vez agotado el plazo de concesión o resuelta esta.
- h) El derecho de rescisión de la concesión y reversión de la misma, para los casos graves de incumplimiento del mantenimiento de las instalaciones, su seguridad o la infrutilización”.

También en los mismos términos el art. 50 de la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de las Islas Baleares, habilita a las Administraciones públicas a constituir un derecho de superficie sobre patrimonio de su titularidad, a favor de cooperativas energéticas o comunidades de energías renovables legalmente constituidas para el desarrollo de proyectos de generación de energías renovables o almacenamiento energético.

Concretamente, indica la norma lo siguiente: “Las administraciones públicas podrán constituir un derecho de superficie o espacio sobre patrimonio de su titularidad a favor de cooperativas energéticas o comunidades de energías renovables legalmente constituidas para el desarrollo de proyectos de generación de energías renovables o almacenamiento energético”.

2.- Bienes demaniales

El segundo caso de cesión voluntaria de la utilización es el referido a los bienes demaniales³².

³². Cabe señalar que en algunos casos los terrenos municipales aptos para la ejecución de instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables tienen el carácter de bienes comunales, cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos. Los bienes comunales se definen, como señala el art. 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, como aquellos cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde al común de los vecinos. Pertenecen al municipio, lo que implicaría que pudieran recibir la calificación de bienes demaniales o patrimoniales. No obstante, de la interpretación sistemática de los arts. 79 y 80 de la LBRL se puede concluir que se integran dentro de la categoría de cosas *extra commercium*, denominado dominio público. Tal calificación se reitera en el art. 2.3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, al afirmar que tienen la consideración de comunales aquellos bienes de dominio público cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos. Este carácter

El Capítulo I del Título IV de la Ley 33/2003, relativo a la utilización de los bienes y derechos de dominio público, regula, en sus secciones segunda y tercera, los usos de los bienes por parte de los particulares en función de su destino, esto es, diferencia entre los bienes destinados al uso general y los destinados a la prestación de un servicio público. Dentro del primer grupo, nuestro derecho permite tres tipos diferentes de utilización de este dominio público: uso común, uso especial y uso privativo.

El uso común se caracteriza por corresponder por igual a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados. Por tanto, su presupuesto objetivo lo constituyen todos los bienes aptos para ser utilizados por la sociedad en su conjunto, mediante el aprovechamiento indistinto de sus miembros en función de sus propias necesidades. El bien atiende a una necesidad común, sentida por la generalidad, aunque no se dé un uso real, efectivo y actual por todos al mismo tiempo. La libertad de acceso es uno de los pilares fundamentales de este uso común y supone que no se precisa autorización ni ningún otro acto administrativo de aplicación que legitime cada vez la operación.

El uso especial, como define el art. 85.2 de la Ley 33/2003, es el que, sin impedir el uso común o general del dominio público por cualquier individuo, se caracteriza por la concurrencia de ciertas circunstancias especiales que determinan un exceso de utilización sobre la que corresponde a todos o un menoscabo de esta. Un interesado utiliza o aprovecha más que otros determinados bienes como consecuencia de su especial relación o localización respecto del mismo. Así, las características que lo identifican son el hecho de no suponer el desplazamiento del uso común del correspondiente bien demanial, que continúa manteniéndose para todos los ciudadanos, junto con la existencia de alguna de las circunstancias específicas contenidas en la Ley 33/2003: peligrosidad, intensidad, escasez y generación de una rentabilidad singular por el aprovechamiento, que no alcanza tal nivel que impide el uso por parte de los demás. La principal consecuencia del uso especial es que se suele exigir una tasa o canon, o la carga de obtener previamente un título administrativo, o ambas. El uso especial no goza de las características de libertad y gratuidad propias del uso común, pero sí del principio de igualdad.

El uso privativo comprende aquellas utilidades efectuadas por personas privadas individualmente determinadas en virtud de un título conferido por la Administración pública, que les concede el derecho a ocupar de ma-

demanial también ha sido admitido por la jurisprudencia. Las posibilidades de utilización de estos bienes responden al mismo esquema que los bienes demaniales.

nera exclusiva y excluyente una porción del dominio público. Como prevé el art. 85.3 de la Ley 33/2003, este uso tiene lugar mediante la ocupación o el aprovechamiento por un sujeto de una dependencia del dominio público, de manera que queda excluida la utilización por el resto de los interesados, lo que implica una excepción al principio de igualdad. En definitiva, el criterio relevante de singularización es que la ocupación es excluyente, por lo que no concurren las notas de libertad, gratuidad, concurrencia ni igualdad. El hecho de que estas utilizaciones puedan poner en peligro la afectación justifica que las mismas estén sometidas a un título administrativo habilitante cuya necesidad contempla el art. 86 de la Ley 33/2003.

En cuanto a las formas de utilización de los bienes de dominio público municipal, son varias y dependen de las distintas clases de afectación a las que pueden estar sujetos los mismos, pues las posibilidades de utilización están en función de dicha afectación.

La normativa estatal reguladora del régimen local solo se refiere a la utilización de los bienes de dominio público a nivel reglamentario, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sin que se contenga referencia a ella ni en la Ley de Bases de Régimen Local ni en el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de régimen local.

La diferenciación fundamental en este ámbito local es, por un lado, al igual que en las leyes de patrimonio estatal y autonómicas, la que distingue entre el uso común, subdividido en general o especial, en función de que concurren o no circunstancias singulares de peligrosidad, intensidad del uso o cualquier otra semejante, como puede ser la rentabilidad, y el uso privativo (constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización por los demás interesados). Los títulos habilitantes requeridos en estos casos son: la autorización para el uso común especial y la concesión demanial para el uso privativo. En cuanto a su estabilidad, debe tenerse en cuenta que la autorización puede ser revocable por razones de interés público y en general sin derecho a indemnización, pues se trata de un acto unilateral de tolerancia por parte de la Administración. Sin embargo, dado que de la concesión nacen verdaderos derechos subjetivos para el concesionario, solo cabe su revocación mediante el correspondiente derecho de resarcimiento de daños y perjuicios.

Normalmente, las instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables solo suelen afectar a algunos bienes de dominio público municipal de uso público, como los caminos. Las afecciones consisten, en algunos casos, en la utilización intensiva de estos caminos durante la construcción de los parques, y, en otros casos, en la ocupación por alguna de las líneas eléctricas, aéreas o subterráneas.

Para la utilización intensiva de los caminos municipales durante la construcción de los parques, bastará con una autorización, al tratarse de un uso especial.

Por lo que respecta a la afección de los caminos municipales por la construcción de líneas eléctricas, aéreas o subterráneas, debe tenerse en cuenta que el art. 57 de la Ley 24/2013 dispone que la servidumbre de paso de energía eléctrica tendrá la consideración de servidumbre legal, gravará los bienes ajenos en la forma y con el alcance que se determinan en la presente ley y se regirá por lo dispuesto en la misma, en sus disposiciones de desarrollo y en la legislación mencionada en el artículo anterior, así como en la legislación especial aplicable.

La servidumbre de paso aéreo comprende, además del vuelo sobre el predio sirviente, el establecimiento de postes, torres o apoyos fijos para la sustentación de cables conductores de energía, todo ello incrementado en las distancias de seguridad que reglamentariamente se establezcan.

La servidumbre de paso subterráneo comprende la ocupación del subsuelo por los cables conductores, a la profundidad y con las demás características que señale la legislación urbanística aplicable, todo ello incrementado en las distancias de seguridad que reglamentariamente se establezcan.

De manera que pueden constituirse servidumbres de paso de energía eléctrica, si las empresas a las que se otorguen las autorizaciones previas y de construcción solicitan y obtienen la declaración de utilidad pública de estas líneas eléctricas, destinadas a la evacuación de la electricidad generada en los parques³³.

Si no se obtiene la declaración de utilidad pública para la constitución de estas servidumbres legales, cabe considerar que la ocupación de los caminos municipales es una utilización anormal, en cuanto no es conforme con el destino principal. En consecuencia, para permitir esta afección, habría que obtener una concesión³⁴.

4.2

El uso privativo por la Administración: las reservas demaniales

Cuando sea la propia Administración quien desee ocupar los bienes para instalar fuentes de producción de energías renovables, podrá constituir una reserva demanial.

33. Murga Fernández (2023).

34. Corvinos Baseca (2022).

Las reservas demaniales o “dominiales” consisten en la utilización o el aprovechamiento, por parte de la Administración, de los bienes o recursos del dominio público de su titularidad, con la consiguiente exclusión de usos o aprovechamientos por parte de terceros, salvo que sean compatibles con los fines de la reserva. El art. 104.1 de la Ley 33/2003 permite que la Administración General del Estado se reserve el uso exclusivo de bienes de su titularidad destinados al uso general para la realización de fines de su competencia, cuando existan razones de utilidad pública o interés general que lo justifiquen. A continuación, el apartado segundo añade que la duración de la reserva se limitará al tiempo necesario para el cumplimiento de los fines para los que se acordó.

En los últimos años hemos asistido al ensanchamiento de la tradicional categoría de las reservas, que está superando su tradicional función de uso del demanio por la propia Administración, ante el fortalecimiento y la expansión de su función conservacionista. En sentido amplio, la reserva demanial es un instrumento más otorgado por el legislador a la Administración para el cumplimiento de los fines de interés general de los que es vicaria, cuando para ello es imprescindible bien la utilización de los bienes demaniales, bien su conservación o protección³⁵.

5 Conclusiones

No puede negarse que, en los últimos años, el notable aumento en la generación de energía a partir de fuentes renovables ha dado lugar a un significativo desarrollo normativo, tanto a nivel estatal como a nivel comunitario.

Como hemos podido comprobar, en las distintas normas podemos encontrar numerosas previsiones referidas a la utilización de los bienes públicos municipales para la construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables.

Las formas de la cesión de utilización de esos bienes públicos –que puede ser forzosa o voluntaria– dependen de la naturaleza de los mismos (es decir, habrá que diferenciar –a su vez– los casos de utilización de bienes demaniales y de bienes patrimoniales).

Así, podemos distinguir dos supuestos. El primer supuesto es el referido a la cesión forzosa de terrenos de titularidad municipal previa declaración de utilidad pública de las instalaciones de generación, regulado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. El art. 54.1 de la Ley 24/2013 declara de

³⁵. Navarro Caballero (2020).

utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte, distribución de energía, y las infraestructuras eléctricas de las estaciones de recarga de vehículos eléctricos de potencia superior a 250 kW, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y el ejercicio de la servidumbre de paso.

El segundo supuesto es la cesión voluntaria de terrenos de titularidad municipal, que comprende supuestos de cesión de bienes o terrenos de naturaleza patrimonial y aquellos de naturaleza demanial.

En el primer caso, esto es, el de los bienes patrimoniales, los instrumentos jurídicos utilizados comúnmente para las instalaciones de generación de energía a través de fuentes renovables son el arrendamiento de los terrenos o la constitución de derechos de superficie. La elección de uno u otro vendrá determinada por la adecuación a los fines que en cada caso se persiguen.

La explotación o el aprovechamiento por terceros de los bienes patrimoniales, puede formalizarse mediante cualquier tipo de contrato, típico o atípico (art. 106 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Este contrato tendrá naturaleza privada, sin perjuicio del sometimiento al derecho administrativo de los actos preparatorios y de adjudicación. Por tanto, si el bien de titularidad local es patrimonial cabe celebrar –como sucede habitualmente– un contrato de arrendamiento. La libertad de pactos, que es uno de los rasgos característicos de los negocios jurídicos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales, se traduce en la libre elección del tipo de contrato a través del cual se cede dicha explotación.

El apartado 3.º de este art. 106 indica que los contratos para la explotación de los bienes o derechos patrimoniales no podrán tener una duración superior a 20 años, incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. En el caso de la mayoría de los proyectos de energía renovable, debido a la rentabilidad a largo plazo, la duración de estos contratos suele ser prolongada –oscilando comúnmente entre los 25 y 40 años–. Quiere decir que –en estos casos– se acreditan habitualmente en el expediente las causas que justifican el establecimiento de un plazo superior.

El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones. Se puede afirmar que consiste en la facultad que tiene una persona, denominada superficiario, para edificar o plantar en suelo ajeno, pudiendo disfrutar de lo edificado o plantado como verdadero propietario, durante un plazo generalmente temporal, a cambio de pagar un canon o precio (comúnmente de carácter periódico, aunque puede consistir también en

un tanto alzado e incluso en cláusulas cercanas al intercambio o la permuta del derecho a construir o plantar por la entrega de parte de lo edificado o plantado).

Este derecho de superficie es uno de los instrumentos con el que cuentan las Administraciones para fomentar la participación de los particulares (incluidas las comunidades energéticas locales) en la transición energética. Hay que tener en cuenta que a menudo la implantación de instalaciones de energías renovables es compatible con otros aprovechamientos agrícolas, pecuarios, forestales o de otro tipo que pueden tener lugar sobre los terrenos. En estos casos resulta conveniente dividir la titularidad del suelo y vuelo mediante la constitución de derechos de superficie. La doble titularidad de suelo y vuelo permite la constitución de garantías reales únicamente sobre las instalaciones.

Dadas las ventajas que otorga, las recientes regulaciones autonómicas adoptadas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables contemplan provisiones específicas en esta línea. Así, la Comunidad Valenciana, en el art. 17.3 del Decreto-ley 14/2020, de 7 de agosto, del Consell, de medidas para acelerar la implantación de instalaciones para el aprovechamiento de las energías renovables por la emergencia climática y la necesidad de la urgente reactivación económica, afirma que, para fomentar la participación de los agentes locales en la producción energética, las Administraciones públicas pueden constituir sobre terrenos de su propiedad de naturaleza patrimonial un derecho de superficie mediante concurso público reservado para cooperativas o comunidades de energías renovables legalmente constituidas según la legislación vigente. Igualmente, el art. 37 de la Ley navarra 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética, establece lo siguiente: “Las administraciones públicas podrán constituir un derecho de superficie o espacio sobre patrimonio de su titularidad a favor de comunidades ciudadanas de energía o comunidades energéticas locales legalmente constituidas para el desarrollo de proyectos de generación de energías renovables o almacenamiento energético u otras iniciativas que busquen el objeto descrito en la definición de estas comunidades”. También en los mismos términos el art. 50 de la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición ecológica de las Islas Baleares, habilita a las Administraciones públicas a constituir un derecho de superficie sobre patrimonio de su titularidad a favor de cooperativas energéticas o comunidades de energías renovables legalmente constituidas, para el desarrollo de proyectos de generación de energías renovables o almacenamiento energético.

El segundo caso de cesión voluntaria de la utilización es el referido a los bienes demaniales.

La normativa estatal reguladora del régimen local solo se refiere a la utilización de los bienes de dominio público a nivel reglamentario, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sin que se contenga referencia a ella ni en la Ley de Bases de Régimen Local ni en el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de régimen local.

La diferenciación fundamental en este ámbito local es, por un lado, al igual que en las leyes de patrimonio estatal y autonómicas, la que distingue entre el uso común, subdividido en general o especial, en función de que concurren o no circunstancias singulares de peligrosidad, intensidad del uso o cualquier otra semejante, como puede ser la rentabilidad, y el uso privativo (constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización por los demás interesados). Los títulos habilitantes requeridos en estos casos son: la autorización para el uso común especial y la concesión demanial para el uso privativo.

Normalmente, las instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables solo suelen afectar a algunos bienes de dominio público municipal de uso público, como los caminos. Las afecciones consisten, en algunos casos, en la utilización intensiva de estos caminos durante la construcción de los parques, y, en otros casos, en la ocupación por alguna de las líneas eléctricas, aéreas o subterráneas.

A pesar de los desafíos que aún existen en el uso de los bienes municipales, la tendencia general es clara: las energías renovables son el futuro de la producción de energía y, aunque el camino es aún largo, son muchos los municipios que están llevando a cabo iniciativas novedosas al respecto³⁶.

6 Bibliografía

Almodóvar Iñesta, M.^a (2021). Capítulo V. La ciudadanía como motor de la transición energética: comunidades energéticas locales. En J. Rosa Moreno y G. Valencia Martín (dirs.), *Derecho y energías renovables* (pp. 350-387). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Cámara Águila, M.^a P. (1998). El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 648, 1623-1662.

³⁶. Inaraja Vera (2018).

- Corvinos Baseca, P. (2022). *Guía para los municipios ante solicitudes de implantación de instalaciones de generación de electricidad mediante fuentes de origen renovable (eólica y fotovoltaica)*. Zaragoza: Diputación Provincial de Zaragoza, <http://www.dpz.es/areas/area-de-asistencia-y-modernizacion-local/asistencia-a-municipios/guias/guia-instalaciones-electricidad-renovables/view>
- De Pablo Contreras, P. (2012). *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales*. Madrid: Colex.
- Galán Vioque, R. (2020). Un modelo energético sostenible para los entornos urbanos. En D. J. Vera Jurado (dir.). *Ciudad y territorio en el siglo XXI: reflexiones desde el derecho público* (pp. 233-254). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- (2022). El reto de las energías renovables en Andalucía: ¿es posible un marco jurídico propio? En E. Guichot Reina (dir.). *Retos jurídicos actuales de la Administración andaluza* (pp. 353-377). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Gallego Córcoles, I. (2021). Energía comunitaria: de las comunidades de energías renovables y otros retazos. En J. Rosa Moreno y G. Valencia Martín (dirs.). *Derecho y energías renovables* (pp. 851-877). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- González Ríos, I. (2011). *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- (2020). Las “comunidades energéticas locales”: un nuevo desafío para las entidades locales. *Revista Vasca de Administración Pública*, 117, 147-193.
- Inaraja Vera, L. (2018). Ciudades y lucha contra el cambio climático: experiencias estadounidenses. *Cuadernos de Derecho Local*, 46, 169-186.
- Mora Ruiz, M. (2014). La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis? *Actualidad Jurídica Ambiental*, 17 febrero 2014, 1-22.
- Murga Fernández, J. P. (2023). Comentario al artículo 273 (Paso de líneas telefónicas, conductores de electricidad y cables para funiculares). En J. R. de Verda y Beaumont (dir.). *Comentarios al Código Civil Boliviano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro Caballero, T. M. (2020). *Las reservas demaniales. Instrumentos de utilización y conservación ambiental del dominio público*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Perea Crespillo, G. M. (2021). Energías renovables y eficiencia energética. En A. Palomar Olmeda y R. Terol Gómez (dirs.). *Comentarios a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética* (pp. 125-176). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

- Prats Albentosa, L. (2001). El derecho de superficie. En M. Clemente Meoro (coord.), *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Presicce, L. (2021). Las competencias de los ayuntamientos para impulsar el autoconsumo fotovoltaico en el sector doméstico: especial referencia a Cataluña. *Revista de Investigações Constitucioais*, 8 (1), 77-106.
- Roca Sastre, R. M.^a (1961). Ensayo sobre el derecho de superficie. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 392-393, 7-66.
- Rosa Moreno, J. (2020). Requerimientos sectoriales del nuevo marco europeo de la energía renovable. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 103, 41-78.
- Ruiz Olmo, I. (2021). *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*. Madrid: Instituto Clavero Arévalo, Tecnos.
- Unión Española Fotovoltaica (UNEF). (2022). *Energía solar. Apuesta segura para la recuperación económica* (Informe Anual UNEF 2022). Madrid: UNEF. Disponible en: <https://www.unef.es/es/recursos-informes?idMultimediaCategoria=18>.

Los concursos de capacidad de acceso desde la perspectiva local

CARLOS-ALBERTO AMOEDO-SOUTO

Catedrático E.U. de Derecho Administrativo.

Director de la Cátedra de Derecho Local

Universidade da Coruña-Deputación da Coruña

1. **Introducción**
2. **Las experiencias previas de utilización de fórmulas de concurrencia competitiva en la priorización del reparto de aprovechamientos eólicos**
3. **El marco regulatorio general de los concursos de capacidad de acceso**
4. **El borrador de Orden por el que se convoca el primer concurso de capacidad de acceso**
5. **El régimen especial de los nudos de transición justa**
6. **Una reflexión final sobre la presencia de las entidades locales en los concursos de acceso de capacidad**
7. **Bibliografía**

Resumen

El presente trabajo expone la regulación e implantación del sistema español de concursos de capacidad de acceso a la red eléctrica en régimen de concurrencia competitiva, analizando desde un punto de vista crítico el escaso papel desempeñado por las entidades locales en su diseño y ejecución, en particular respecto de los criterios socioeconómicos y ambientales.

Palabras clave: concursos en concurrencia competitiva; capacidad de acceso a la red eléctrica; entidades locales; criterios socioeconómicos y ambientales.

Artículo recibido el 15/02/2023; aceptado el 28/02/2023.

Access capacity tendering from the local administration perspective

Abstract

This article explains the regulation and development of the access capacity tendering system in force in Spanish electric grid. It analyzes from a critical point of view the limited role of local authorities in its configuration and implementation, mainly concerning the socio-economic and environmental criteria.

Keywords: public tendering framework; access capacity to the electricity grid; local authorities; socio-economic and environmental criteria.

1

Introducción

Durante los últimos años, hemos venido asistiendo al desarrollo dialéctico de dos grandes procesos.

Por un lado, y como consecuencia de la mayor sensibilidad social y política al problema de nuestro tiempo (la emergencia climática), el complejo marco regulatorio de la producción y comercialización de energía se ha ido orientando al estímulo de la producción de energías renovables (González Ríos, 2011; Alenza García, 2014; Revuelta Pérez, 2017). Aunque el Pacto Verde Europeo adoptado en 2019 ha fijado para 2050 la materialización del objetivo de neutralidad climática en Europa, la pandemia del bienio 2020-2021 y la crisis de la guerra de Ucrania durante el bienio 2022-2023 han acelerado las tendencias expansivas de producción de energía (Amoedo-Souto, 2022), reflejadas en las cifras que recoge el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2031¹, el generoso respaldo de fondos comunitarios NGEU, del actual marco financiero plurianual 2021-2027 y del denominado Plan RePowerEU² a la transición energética.

1. Para 2030, el 74 % de la actividad eléctrica y el 40 % del uso final de la energía deberán tener origen renovable. Estas previsiones suponen un aumento de 60 GW de generación de energía renovable, para lo que será necesario un impulso a la instalación de infraestructura de generación de energía y accesoria. La versión final del PNIEC fue aprobada por el Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021 (BOE n.º 77, de 31 de marzo).

2. La Comunicación REPowerEU de la Comisión propone aumentar el objetivo principal para 2030 en materia de energías renovables del 40 % al 45 % en el marco del paquete de medidas "Objetivo 55". Además del despliegue de las renovables, los otros ejes son: el ahorro de energía (aumento del 9 % al 13 % del objetivo vinculante de eficiencia energética en el marco

Por otro lado, se ha incrementado también la preocupación por lograr que esta acelerada transición energética hacia la neutralidad climática equilibre mejor los intereses empresariales y la sostenibilidad social y ambiental, tradicionalmente relegada en aras de los primeros.

No se trata de lograr a cualquier precio un rápido incremento de nuestra capacidad de generación de energía renovable, sino de hacerlo de tal manera que (a) las externalidades que producen este tipo de aprovechamientos industriales del territorio –ya sea para generación eólica, fotovoltaica o hidroeléctrica– sean minimizadas y, en su caso, asumidas por sus promotores; y (b) los beneficios y plusvalías de tales aprovechamientos se repartan equitativamente entre los promotores y el tejido socioeconómico del territorio afectado por su implantación en términos de impacto paisajístico, ambiental y sobre las formas de economía agraria tradicional.

A resultas de la dialéctica entre ambos procesos, se habla ahora de la política energética sostenible como una *palanca verde*, en la que el lucro económico de las inversiones abandone su prioridad en aras de la protección de otros bienes sociales. En este contexto, la paulatina orientación del modelo regulatorio hacia el impulso del autoconsumo de energías renovables³ constituye un desafío de múltiples consecuencias en el conjunto de aspectos de la producción, la distribución y el consumo de energía; un desafío que nos sitúa ante una etapa de transición en la que lo viejo no acaba de desaparecer (incluso resurge de nuevo, cobrando renovados bríos), y lo nuevo lucha por ganar terreno.

Desde este punto de vista, es sintomático que en algunas comunidades autónomas –por ejemplo, Galicia o Aragón– en las que la implantación de la energía eólica se ha venido produciendo desde hace veinte años con un enfoque regulatorio favorable a los promotores energéticos⁴, el debate público

del paquete “Objetivo 55” del Pacto Verde) y la diversificación del suministro de energía (destaca la Plataforma Europea para el Abastecimiento de Energía, que permitirá la adquisición conjunta y voluntaria de gas natural licuado e hidrógeno). Deben tenerse en cuenta al respecto la Recomendación de la Comisión Europea de 18 de mayo de 2022 sobre la aceleración de los procedimientos de concesión de permisos para los proyectos de energías renovables y la facilitación de los contratos de compra de electricidad, y el Reglamento (UE) 2022/2577 del Consejo de 22 de diciembre de 2022, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables.

3. Vid. el Reglamento (UE) 2022/1854, del Consejo, de 6 de octubre de 2022, relativo a una intervención de emergencia para hacer frente a los elevados precios de la energía, y el Reglamento (UE) 2022/2577, del Consejo, de 22 de diciembre de 2022, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de las energías renovables. Previamente, el impulso del autoconsumo se retomó mediante el Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, desarrollándose mediante el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica.

4. El lobby eólico ha sido descrito por la profesora de economía Regueiro Ferreira (2011). Más recientemente, a partir de la experiencia del desarrollo de la energía eólica en el sur de Cataluña, vid. Franquesa (2023).

contemple periódicamente la discusión alrededor de la necesidad de implantar una tarifa eléctrica territorial, que abarate la factura eléctrica a la población cuyo territorio es explotado con una mayor intensidad para suministrar electricidad al conjunto del sistema eléctrico nacional. El correcto reparto territorial y social de los beneficios de la generación eléctrica renovable –un negocio muy lucrativo– se ha convertido así en una preocupación recurrente, que cobra cada vez más atención desde el punto de vista político y técnico⁵.

Sin embargo, esa deseable compensación por las externalidades y el reparto territorial de los beneficios económicos generados resulta ser técnicamente difícil dentro de un marco regulatorio europeo fundamentalmente orientado al funcionamiento de un mercado energético unificado y común, y en el que los intereses empresariales, muy poderosos, presentan una alta capacidad de captura regulatoria. En ese marco, la búsqueda de herramientas jurídicamente viables, que equilibren los intereses en presencia sin vulnerar el marco regulatorio y la unidad de mercado⁶, se antoja compleja.

El objeto del presente trabajo consiste en situar el papel de las entidades locales en la implementación de uno de esos mecanismos destinados a equilibrar los intereses de los sujetos activos y pasivos del negocio eléctrico: los concursos de capacidad de acceso a la red eléctrica.

Se trata de un mecanismo inédito, ya que aunque figura previsto en la Ley del sector eléctrico de 2013, solo ha sido desarrollado a lo largo de los años 2021 y 2022, y aun así no ha logrado fraguar su primera convocatoria en el BOE, por diversas circunstancias. En consecuencia, carecemos de referentes empíricos concretos de cuál pueda ser su resultado operativo.

En todo caso, al entrañar un mecanismo de filtro selectivo y competitivo sobre los proyectos de generación eléctrica que resultarán autorizados para verter electricidad a la red de distribución, monopolio natural del Estado, estamos ante una herramienta de doble uso: por un lado, se trata de un mecanismo competitivo de un mercado liberalizado –y muy dinámico– cuyo uso ha mostrado

5. Así, a finales de enero de 2023, el presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, Javier Lambán, ha anunciado la aprobación de un Decreto-ley para la "creación de un fondo aragonés de solidaridad energética que incorpore medidas de inversión compensatorias a los territorios que soporten las cargas territoriales, paisajísticas y ambientales que éstas generan", lo cual ha encontrado eco pocos días después en una propuesta similar del diputado en el Congreso del Bloque Nacionalista Galego, Néstor Rego. El Decreto-ley ha sido finalmente aprobado y publicado en el BOA n.º 55, de 21 de marzo de 2023. Esta ambiciosa propuesta de transformación del modelo eléctrico aragonés se complementa con una simultánea proposición de ley de reforma de la Ley 24/2013, del sector eléctrico, presentada el 22 de marzo en las Cortes aragonesas para su tramitación como iniciativa legislativa ante las Cortes Generales.

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

debilidades en algunos precedentes significativos; por otro lado, el concurso de capacidad de acceso constituye una nueva herramienta del centralismo regulatorio tradicional, que condiciona intensamente la ejecución del resto de competencias concurrentes sobre la cadena de desarrollo del negocio eléctrico.

La perspectiva de nuestro análisis se va a centrar en el papel que desempeñan las entidades locales en todo ello. Un papel que –adelantamos– es muy escaso e irrelevante, en la línea tradicional de espectadores pasivos del ejercicio de las competencias estatales y autonómicas que ha caracterizado el desarrollo del sistema energético español hasta el momento.

Comenzaremos nuestro análisis abordando en primer lugar una breve contextualización de los precedentes existentes en materia de utilización de concursos en concurrencia competitiva para seleccionar proyectos viables de nuevas instalaciones de generación eléctrica, mayoritariamente renovable.

En segundo lugar, realizaremos una descripción del marco regulatorio general de estos concursos.

En tercer lugar, analizaremos el borrador de orden por la que se convoca el primer concurso, y la nula presencia de los actores locales, contrastándolo con el caso singular de los denominados nudos de transición justa, en los que sí se ha reconocido un cierto papel a las comunidades autónomas y las entidades locales.

El trabajo se cerrará con una reflexión final sobre los problemas de este tipo de mecanismos en un contexto caracterizado por obedecer a lógicas en evolución, en el cual se mantienen las claves de funcionamiento tradicional del sistema en un momento en el que la estrategia de mayor futuro en el sector de la producción, la distribución y el consumo de energía eléctrica no es sino la apuesta transversal –por todos los actores territoriales– en favor de la generalización del autoconsumo eléctrico.

2

Las experiencias previas de utilización de fórmulas de concurrencia competitiva en la priorización del reparto de aprovechamientos eólicos

La introducción de sistemas de concurrencia competitiva en el funcionamiento del sector eléctrico no es nueva. Están presentes en las subastas para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables⁷, y han sido

7. El Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, estableció la obligación de

utilizados por algunas comunidades autónomas para seleccionar y otorgar títulos jurídicos habilitantes para la ejecución de proyectos de generación de energía eléctrica renovable. Tal ha sido el caso de Galicia o Aragón, que introdujeron en su día un mecanismo de concurso para seleccionar los proyectos de desarrollo de parques eólicos en sus respectivos territorios.

Como contraste empírico del funcionamiento operativo de un mecanismo de concurrencia competitiva en el sector energético español, sus lecciones pueden ser de interés, si pensamos que, en ambos casos, los concursos acabaron generando una alta conflictividad empresarial, política y judicial y, a resultas de ello, acabaron bloqueando el sector, hasta el punto de haber sido abandonados. Repasemos en qué términos.

En el caso gallego, el Decreto 242/2007, de 13 de diciembre (DOG n.º 2, de 3 de enero de 2008) introdujo por vez primera en Galicia criterios de interés social que debían utilizarse para seleccionar los anteproyectos de parques eólicos en el caso de que el número de solicitudes superase la potencia a autorizar en cada período de referencia⁸. De esta manera, frente al criterio del *prior tempore, potior iure*, se implantó un sistema de concurrencia competitiva, el denominado concurso eólico, para el desarrollo de este tipo de parques. Además, se estimulaba la participación pública en el capital social de las empresas promotoras, al valorarse como compromiso adicional la “Propuesta de participación pública en el capital social del proyecto a través de entes de derecho público que tengan como objeto social o función la implantación de sistemas de producción de energía y que puedan constituir o participar en sociedades, cualquiera que fuere su forma, con un objeto que se relacione con sus fines”. Esta fue uno de los aspectos jurídica y políticamente más controvertidos del Decreto, aunque la sentencia n.º 979/2012, de 24 de julio de 2012, del Tribunal Superior de Justicia⁹ acabase avalando su viabilidad.

desarrollar reglamentariamente un marco retributivo para la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, distinto al régimen retributivo específico, basado en el reconocimiento a largo plazo de un precio por la energía. En cumplimiento de dicho mandato se aprobó el Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica. La Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, ha regulado el primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables, y ha establecido el calendario indicativo de subastas para el periodo 2020-2025.

8. Esta norma fue objeto de un recurso contencioso-administrativo directo, presentado por Enel Green Power España, S.L. El recurso fue desestimado por sentencia n.º 187/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (ECLI:ES:TSJGAL:2011:20; RJCA 2011/290). También se presentó un recurso indirecto contra la regulación de la capacidad económica, resuelto mediante sentencia n.º 77/2013, de 23 de enero (ECLI:ES:TSJGAL:2013:123; RJCA 2013/150).

9. *Vid.* ES:TSJGAL:2012:6531. Esta sentencia fue impugnada en casación por la Xunta de Galicia, resultando inadmitida por Auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:8778).

En ese concurso, uno de los aspectos a valorar era el “proyecto de desarrollo económico”¹⁰, en el que se puntuaban cuatro aspectos: las actuaciones empresariales y tecnológicas del solicitante en la Comunidad Autónoma de Galicia, particularmente en el ámbito industrial vinculado al sector eólico; la concreción de la incidencia del impacto socioeconómico en el área de influencia del parque; los proyectos o iniciativas de contenido ambiental o de infraestructuras básicas en el ayuntamiento o los ayuntamientos afectados por el proyecto del parque o en sus comarcas; el impacto positivo sobre la red de distribución que se pudiera derivar de la implantación del parque eólico.

La primera convocatoria se hizo mediante Orden de 6 de marzo de 2008. El proceso de concurso, que distribuía los proyectos para el período 2008-2012, se resolvió por Orden de 27 de diciembre de 2008. Tras las elecciones autonómicas de febrero de 2009, en agosto de 2009 el nuevo Gobierno del Partido Popular anuló este concurso eólico¹¹ y promulgó la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, como instrumentos de participación y compensación pública de las externalidades producidas por la energía eólica.

La ley, sin embargo, mantuvo el sistema de concurrencia competitiva para la selección de los proyectos eólicos (aunque solo se convocó y resolvió uno, en diciembre de 2010), hasta que la Ley 5/2017, de 19 de octubre, de fomento de la implantación de iniciativas empresariales, volvió al sistema tradicional de prioridad temporal de las solicitudes, del mismo modo que la Comunidad Autónoma aragonesa.

10. De conformidad con el artículo 10 del Decreto 242/2007, los criterios de valoración y selección de los anteproyectos admitidos a trámite eran los siguientes:

- a) Mejor relación entre producción energética y afección ambiental.
- b) Viabilidad técnico-económica y mayor impacto socioeconómico positivo del proyecto de desarrollo económico. Importe de las inversiones y programa de ejecución.
- c) Mayor capacidad técnica y financiera para la ejecución material del parque.
- d) Nivel tecnológico de las instalaciones que conforman los parques eólicos que el proyecto contempla para ser desarrollados dentro de la ADE.
- e) Viabilidad de la propuesta de interconexión. En caso de solicitudes de diferentes proyectos sobre una misma ADE o sobre áreas próximas se valoraba la presentación de actuaciones conjuntas de evacuación, así como el grado de aprovechamiento y optimización de las infraestructuras eléctricas existentes en la zona.
- f) Alcance, viabilidad e interés social de la propuesta de compromisos adicionales.

11. Ello dio lugar a la impugnación contenciosa de este desistimiento *sui generis* del concurso de 2008 por varias empresas adjudicatarias. La Sentencia n.º 1527/2013, de 23 de octubre, del TSJ de Galicia (ECLI:ES:TSJGAL:2013:7969; JUR 2013/333821) desestimó el recurso. La STS de 30 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1278; RJ 2016/1439) desestimó el recurso de casación contra la sentencia de instancia, añadiéndose a ella la de 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1029; RJ 2018/1571). Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia comenzó posteriormente a reconocer el derecho de las empresas a obtener un resarcimiento por el daño causado en sus intereses por este desistimiento. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia n.º 29/2017, de 18 de enero (RJCA 2017/2).

En todo caso, cabe señalar que, en sus más de diez años de vigencia, la aplicación del Fondo de Compensación Ambiental a los ayuntamientos afectados por las infraestructuras eólicas mediante convocatorias anuales de subvenciones autonómicas en concurrencia competitiva y no competitiva, no ha servido más que para dotar a estos ayuntamientos de una (pequeña) capacidad de financiación de sus servicios ordinarios¹², y para aplacar las resistencias locales a la implantación de parques eólicos. La implicación de los ayuntamientos en la gobernanza de los procedimientos de autorización de instalaciones de energías renovables sigue siendo una asignatura pendiente.

En el caso de Aragón, el Decreto 124/2010, de 22 de junio, por el que se regulan los procedimientos de priorización y autorización de instalaciones de producción de energía, optó por un procedimiento de priorización basado en la identificación previa de la capacidad de evacuación de las redes de transporte y distribución en el territorio de la Comunidad Autónoma, y su adjudicación mediante concurso, a aquellas solicitudes de nuevos parques eólicos e instalaciones eólicas singulares mejor posicionadas en términos de viabilidad técnica y económica, contribución a la consecución de los objetivos de la planificación energética de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el compromiso con el desarrollo regional y la protección medioambiental.

Sin embargo, el proceso de aplicación de dicha norma –fundamentalmente, la Orden del Consejero de Industria, Comercio y Turismo de 8 de junio de 2011– dio lugar a una elevada conflictividad administrativa y contencioso-administrativa, con un elevado número de sentencias judiciales durante el año 2014¹³ y, en definitiva, una situación de grave inseguridad jurídica que llevó a la parali-

12. En el ejercicio de 2020, el denominado canon eólico gallego supuso unos ingresos de 22 323 963,33 € (vid. Informe general de fiscalización de la cuenta general de la Comunidad Autónoma de Galicia, ejercicio 2020, aprobado por el pleno del Consello de Contas de Galicia de 20 de julio de 2022, p. 60). Sin embargo, la Orden de 30 de diciembre de 2020, por la que se regulan los criterios de reparto y se establecen las bases reguladoras y la convocatoria de subvenciones de la línea en concurrencia no competitiva y de la línea en concurrencia competitiva del Fondo de Compensación Ambiental para el año 2021, de forma individual y mediante el sistema de gestión compartida, destinadas a entidades locales de Galicia, contaba con una financiación de 11 000 000 de €, a la que se sumaron 1 592 422 € más mediante una modificación de la Orden en el mes de junio. La convocatoria para 2023 (Orden de 29 de diciembre de 2022) asciende a 7 715 174,00 euros. En el anexo V de la convocatoria puede verse el reparto de los fondos a los ayuntamientos, en función del número de aerogeneradores. Así, por ejemplo, a Abadín (Lugo), con 200 unidades, le corresponden 246 720 €, mientras que al municipio con mayor número de aerogeneradores, Muras (Lugo), con 381, le corresponden 470 001 €. Puede verse un reportaje del resultado de la aplicación de estas subvenciones en <https://praza.gal/economia/alumeado-vehiculos-rozas-ou-gastos-de-persoal-os-destinos-dunha-decada-de-impostos-polo-impacto-da-eolica>. El impactante caso de Muras ha sido analizado con detalle por Simón y Montero (2021).

13. Vid., por ejemplo, las sentencias estimatorias del TSJ de Aragón n.º 353/2014, de 30 de junio (JUR 2014 225138); 358/2014, de 2 de julio (JUR 2014/225592); 370/2014, de 11 de julio (JUR 2014/225141); 443/2014, de 19 de septiembre (JUR 2014/249846), y 515/2014, de 31 de octubre (JUR 2014/274326).

zación del sector. Esta situación se afrontó mediante el Decreto-ley 2/2016, de 30 de agosto, de medidas urgentes para la ejecución de las sentencias dictadas en relación con los concursos convocados en el marco del Decreto 124/2010, en cuyo artículo 8 se estableció el criterio de prioridad temporal vinculado a la obtención de permisos de conexión y acceso a la red¹⁴.

A la vista de ambas experiencias fallidas, es el momento de centrarnos ahora en la actual configuración del marco regulatorio general de los concursos de capacidad de acceso.

3

El marco regulatorio general de los concursos de capacidad de acceso

El artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, ha regulado con carácter general los conceptos de derecho de acceso y conexión a las redes eléctricas¹⁵, así como los títulos jurídicos que habilitan para ejercer tales derechos, dentro del marco regulatorio actual del sistema eléctrico¹⁶.

Se trata de un aspecto más –ciertamente complejo– de la no menos compleja regulación de la sostenibilidad del conjunto del sistema de producción y distribución de la energía eléctrica en el entorno liberalizado que ha caracterizado el sector desde la Ley 54/21997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

La red de transporte tiene una capacidad técnica finita y, por tanto, es necesario planificar su adaptación a la demanda de distribución de energía que se vierte al sistema mediante las distintas tecnologías de producción, de modo que se garantice la regularidad del suministro eléctrico. Esta planificación ha sido aprobada por el Gobierno mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2022, por el que se aprueba la planificación

14. En particular, su párrafo cuarto: “Los proyectos quedarán protegidos frente a cualesquiera afecciones eólicas desde el momento en que el solicitante comunique a la Dirección General competente en materia de energía la concesión de permisos de acceso y conexión por el gestor de la red de transporte o distribución. La protección se otorgará conforme al orden de presentación a registro por el solicitante de la comunicación de concesión de permisos de acceso y conexión. No podrán autorizarse proyectos que produzcan afección eólica a los que estén protegidos conforme a lo establecido en este apartado”.

15. Así, el derecho de acceso se define como el derecho de uso de la red en unas condiciones legal o reglamentariamente determinadas; el derecho de conexión a un punto de la red es definido como el derecho de un sujeto a acoplarse eléctricamente a un punto concreto de la red en unas condiciones determinadas.

16. El permiso de acceso se define como aquel que se otorga para el uso de la red a la que se conecta la instalación, mientras que el permiso de conexión a un punto de la red es el que se otorga para poder conectar una instalación de producción de energía eléctrica o consumo a un punto concreto de la red de transporte o en su caso de distribución.

de la red de transporte de energía eléctrica Horizonte 2026. El monopolio natural del Estado sobre la red de distribución eléctrica se constituye, pues, como un criterio competencial expansivo, que hace girar esa gestión alrededor de la Administración General del Estado.

Pero este acceso a la red, en un sistema liberalizado, debe construirse en torno a criterios suficientemente reglados de igualdad, transparencia y equidad de todos los potenciales productores de energía, en especial de las tecnologías renovables¹⁷. Por esa razón, el párrafo siete del artículo 33 remite a un real decreto del Consejo de Ministros el establecimiento de los criterios objetivos para la inclusión de límites a la capacidad de conexión por nudos, al objeto de garantizar la seguridad y estabilidad del suministro. Este real decreto es distinto y propio del existente para el acceso a la red por parte de las instalaciones eléctricas de pequeña potencia (no superior a 100 kW), poseedoras de un régimen propio y más simplificado de acceso: el contenido en el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia¹⁸.

Sin embargo, el desarrollo reglamentario del artículo 33 de la Ley no se ha producido hasta la promulgación del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, norma que comenzó a aplicarse el 1 de enero de 2021¹⁹. Hasta esta fecha, era de aplicación el régimen transitorio de las disposiciones transitorias séptima, octava y undécima de la citada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, conforme al cual se seguían aplicando la Ley de 1997 y sus dis-

17. En palabras del Consejo de Estado, en su Dictamen 715/2020, de 10 de diciembre, “una pieza clave para el efectivo funcionamiento del mercado consiste en esa garantía del acceso de terceros a la red en condiciones de igualdad y objetividad. Este es el objeto de la regulación del acceso y conexión a la red que se hace en el artículo 33 de la LSE y del proyecto ahora consultado. Expuesto en síntesis, de lo que se trata es de garantizar que la conexión de las instalaciones a la red no dependa del criterio o de los intereses de su titular o gestor, sino que se garantice a todos los operadores el acceso conforme a criterios objetivos y transparentes, siempre que exista capacidad para ello. Si no fuera así, un distribuidor podría tener incentivos para otorgar acceso a determinadas instalaciones y no a otras, lo que impediría o menoscabaría la competencia en el mercado. En suma, la regulación del acceso y conexión a las redes es una pieza clave para garantizar el efectivo funcionamiento del mercado en régimen de competencia”.

18. A él remiten también los posteriores desarrollos de la Ley 24/2013. En particular, el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos, y el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica.

19. La disposición final primera del Real Decreto 1183/2020 señala: “Con la entrada en vigor de este real decreto será de plena aplicación lo previsto en el artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y en su normativa de desarrollo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria undécima de la misma ley”. Esta norma se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.13.ª y 25.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para determinar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y las bases del régimen minero y energético, respectivamente.

posiciones de desarrollo²⁰. Ello tenía como consecuencia la pervivencia de la vigencia indefinida de los permisos, frente a los cinco años establecidos con carácter general por el apartado octavo del artículo 33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

A partir del año 2018, sin embargo, tras el parón producido como consecuencia de la crisis financiera iniciada en 2008, se ha venido produciendo una explosión de solicitudes de autorización de proyectos de energía eólica y fotovoltaica, cuyos permisos de conexión, coincidiendo ya con el contexto de la pandemia de COVID-19, obligaron a que se regulara mediante Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, un marco específico de aceleración de la transición energética a tecnologías renovables, que busca seleccionar aquellos proyectos de generación energética suficientemente maduros y solventes como para superar todos los hitos de autorización administrativa²¹, ciertamente complejos.

En particular, el artículo 18 del Real Decreto 1183/2020 establece que, mediante orden de la persona titular del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se podrán convocar concursos de capacidad de acceso en un nudo concreto de la red de transporte para nuevas instalaciones de generación de energía eléctrica que utilicen fuentes de energía primaria renovable y para instalaciones de almacenamiento.

Al tratarse, pues, de un mecanismo de ordenación del acceso a un bien o derecho limitado en régimen de concurrencia competitiva, estamos

20. Vid. el Título IV del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, y el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia, que estableció un procedimiento específico para la solicitud de los permisos de acceso y conexión a las redes de distribución para las instalaciones incluidas en su ámbito de aplicación.

21. El artículo 1 de este Real Decreto-ley regula las condiciones para mantener el acceso y la conexión a las redes de transporte y distribución de electricidad, atendiendo a la viabilidad técnica y a la solidez de los proyectos, en función del cumplimiento de los sucesivos hitos administrativos que son necesarios para la autorización y ejecución de los mismos. Los plazos máximos que se establecen para el cumplimiento de los distintos hitos tienen en cuenta, por un lado, la antigüedad del permiso y, por otro, la naturaleza del trámite administrativo de que se trate, distinguiéndose cuatro clases de permisos de acceso: los concedidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; los concedidos desde la entrada en vigor de esta y hasta el 31 de diciembre de 2017; los concedidos desde el 1 de enero de 2018 y hasta la entrada en vigor de este real decreto-ley, y, por último, los que se concedan tras la entrada en vigor de esta norma. El incumplimiento de los hitos supondrá la caducidad automática de los permisos y la ejecución inmediata de las garantías económicas presentadas para la tramitación de la solicitud de acceso a las redes de transporte y distribución, si bien se exceptúan de lo anterior aquellos casos en los que, por causas no imputables al promotor, no se produjese una declaración de impacto ambiental favorable. Vid. al respecto Fernández-Espinar Muñoz (2020).

ante una herramienta clave para acelerar la transición energética hacia una mayor penetración de las tecnologías renovables, aunque sea necesario recordar que, de conformidad con la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, están exentas de obtener permisos de acceso y de conexión las instalaciones de generación de los consumidores acogidos a la modalidad de autoconsumo sin excedentes y, en las modalidades de autoconsumo con excedentes, las instalaciones de producción de potencia igual o inferior a 15 kW, que se ubiquen en suelo urbanizado que cuente con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística²². Para instalaciones de autoconsumo con excedentes de rango superior, deberá acudirse a un concurso de capacidad de acceso.

Los concursos de capacidad de acceso a los que se refiere el artículo 18 del Real Decreto 1183/2020 pueden realizarse para nudos concretos de la red de transporte, excepto aquellos que sean considerados de transición justa (a los que luego nos referiremos), que puedan incluirse en alguno de los siguientes grupos:

- Grupo 1. Nuevos nudos que se introduzcan mediante un nuevo proceso de planificación de la red de transporte de energía eléctrica o mediante modificación de aspectos puntuales del plan vigente. En estos casos, la condición previa es que el número de solicitudes de acceso presentadas durante el proceso de planificación en los nudos que tengan conexión eléctrica con el nuevo nudo planificado o en las líneas eléctricas que unan dichos nudos entre sí, haya sido superior a cinco veces el umbral de capacidad de acceso liberada al que se refiere el apartado tercero del artículo 18.
- Grupo 2. Nudos en los que se libere capacidad de acceso, como consecuencia de lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, o por otras causas.
- Grupo 3. Nudos en los que aflore una nueva capacidad por cambios normativos en los criterios de cálculo de la capacidad de acceso o por actuaciones de mejora en las redes de transporte y distribución.

²². Adicionalmente, están exentos de la obtención de permisos de acceso y de conexión los consumidores que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 25.1 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. Este artículo regula los criterios para la determinación de los pagos por derechos de extensión (instalaciones de nueva extensión de red necesarias para atender nuevos suministros o ampliación de los existentes de hasta 100 kW en baja tensión y 250 kW en alta tensión, en suelo urbanizado que con carácter previo a la necesidad de suministro eléctrico cuente con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística en el artículo 12.3.b del texto refundido de la Ley de Suelo).

Respecto de los grupos 2 y 3 se regulan una serie de condiciones adicionales para la viabilidad de un concurso. En todo caso, para acordar la convocatoria de concurso se deberá cumplir que la disponibilidad, la liberación o el afloramiento de capacidad en los nudos, según proceda en cada caso, será igual o superior a 100 MW, en el caso de nudos ubicados en el sistema eléctrico peninsular, o igual y superior a 50 MW, en nudos ubicados en los territorios no peninsulares.

El artículo 20.3 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, recoge la obligación del operador del sistema de remitir mensualmente un informe a la Secretaría de Estado de Energía en el que se detallen los nudos que cumplen los criterios para la celebración de concurso, mientras que el artículo 19 del Real Decreto 1183/2020 regula los criterios aplicables a los concursos de capacidad de acceso.

Su versión original contemplaba criterios de prelación temporal y asociados a la tecnología (renovable) de generación. Sin embargo, la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, ha introducido un nuevo apartado, el cuarto, que incorpora una serie de criterios socioeconómicos y ambientales de valoración en las zonas en las que se ubiquen las instalaciones. La motivación de este cambio, plasmada en el preámbulo de esta disposición general, es la siguiente: “[...] con el fin de conciliar el desarrollo de la implantación de generación renovable que conduzca a la descarbonización de la economía, con la compatibilidad ambiental y con la cohesión social y territorial, la disposición final cuarta modifica el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, para que, en el otorgamiento de capacidad de acceso, se puedan considerar adicionalmente aspectos locales y ambientales de las zonas afectadas, con el objetivo de que los proyectos adjudicatarios de la capacidad de acceso otorgada por los concursos sean aquellos que maximicen los retornos generales y fomenten el desarrollo de las capacidades endógenas de cada territorio, contribuyendo así a la consecución de los objetivos de política energética y de penetración de renovables. A tal fin se introduce un nuevo apartado 4.º) en el artículo 19.1.d) relativo a los criterios aplicables a los concursos que permite contemplar aspectos locales y ambientales en los mismos que impulsen una mayor aceptación en las zonas de ubicación de las plantas de generación renovable”.

Los criterios introducidos son los siguientes:

- a) Impacto socioeconómico en el área y sus habitantes, que debe ser valorado mediante una metodología objetiva y cuantificable de acuerdo con lo recogido en los siguientes apartados:
 - Empleos directos generados en los municipios locales y adyacentes, tanto durante el proceso de construcción y puesta en

marcha de las instalaciones de generación y/o almacenamiento como durante la operación de las mismas.

- Empleos indirectos generados en los municipios locales y adyacentes, tanto durante el proceso de construcción y puesta en marcha de las instalaciones como durante la operación de las mismas. Se deberá distinguir por sectores o actividades relacionadas, compatibles o susceptibles de beneficiarse del desarrollo de renovables como consecuencia del proyecto.
 - Impacto económico en la cadena de valor industrial local, regional, nacional y comunitaria, medido en términos de inversión de los servicios y bienes adquiridos para el desarrollo del proyecto de generación y/o almacenamiento sobre la inversión total del proyecto.
 - Porcentaje de participación, medido en términos de inversión en el proyecto de generación y/o almacenamiento de inversores locales, y de empresas y Administraciones de la zona en la que se ubicará la instalación.
 - Presentación de mecanismos de reinversión de los ingresos obtenidos por las plantas de generación y/o almacenamiento en la zona en la que se ubicará la instalación.
- b) Puntuación en función del previsible grado de afección ambiental. A estos efectos se tendrá en cuenta la clasificación en distintas zonas en el mapa de “Zonificación ambiental para la implantación de energías renovables: eólica y fotovoltaica”, elaborado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (aunque la competencia para la realización de la evaluación ambiental de los proyectos recaiga sobre las comunidades autónomas).
- c) Adicionalmente, los concursos podrán establecer criterios que contribuyan a la activación económica en zonas de reto demográfico afectadas donde se ubique la instalación proyectada.

De conformidad con el reparto competencial aprobado por el Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho de la Unión Europea, en relación con las directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es la encargada de aprobar, mediante circular, la metodología y las condiciones de acceso y conexión, que comprenderá: el contenido

de las solicitudes y permisos, los criterios económicos, los criterios para la evaluación de la capacidad, los motivos para la denegación, el contenido mínimo de los contratos y la obligación de publicidad y transparencia de la información relevante para el acceso y la conexión.

Esta Circular es la 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica. La Circular se aprobó en un momento en que los nuevos proyectos de producción eólica y fotovoltaica presentados tanto en las comunidades autónomas (proyectos inferiores a 50 MW) como en la Administración General del Estado (proyectos superiores a 50 MW) saturaban la capacidad de transporte de la red²³.

A partir de junio de 2021, el operador del sistema ha ido aprobando los sucesivos informes mensuales que sirven de base para las reservas de capacidad acordadas por la Secretaría de Estado de Energía. De este modo, se han realizado cuatro resoluciones de reserva de capacidad: las de 29 de junio de 2021, 20 de agosto de 2021, 28 de febrero de 2022, y 3 de agosto de 2022, que suponen una reserva sobre casi 290 nudos de la red de transporte.

El artículo 8 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, ha introducido una nueva regla de priorización del autoconsumo.

Así, en aquellos nudos en los que la persona titular de la Secretaría de Estado de Energía haya resuelto la celebración de un concurso de capacidad conforme a lo previsto en el artículo 20.5 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, se liberará el 10 por ciento del total de la capacidad disponible en cada uno de esos nudos que haya sido reservada hasta el momento de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley. Esta capacidad podrá ser otorgada por el criterio general de ordenación a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, a nuevas instalaciones de generación de electricidad que utilicen fuentes de energía primaria renovable, siempre que estas cumplan las siguientes condiciones:

- a) estar asociadas a una modalidad de autoconsumo;
- b) que el cociente entre la potencia contratada en el periodo P1 y la potencia de generación instalada sea al menos 0,5.

23. En desarrollo de lo previsto en el artículo 13 de la Circular 1/2021, de 20 de enero, las especificaciones de detalle para la determinación de la capacidad de acceso de generación a la red de transporte y a las redes de distribución se aprobaron mediante Resolución de 20 de mayo de 2021 de la CNMC.

Estas condiciones dejarán de ser de aplicación el 31 de marzo de 2024. A partir de ese momento, la capacidad que no se haya otorgado bajo dichas condiciones estará disponible para el otorgamiento de acceso por el criterio general sin más restricciones que las inherentes al procedimiento de otorgamiento general o, en su caso, simplificado. Esta capacidad liberada podrá ser otorgada tanto a instalaciones que accedan directamente a la red de transporte como a las que accedan a través de la red de distribución, cuando estas requieran de informe de aceptabilidad por parte del gestor de la red de transporte.

Por último, se hace necesario señalar que el artículo 9 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, establece que el incumplimiento, por parte del titular de los permisos de acceso y conexión, de los compromisos adquiridos en un concurso de capacidad de acceso para la adjudicación del mismo, supone la caducidad automática de dichos permisos y la ejecución de todas las garantías, tanto las económicas asociadas al concurso como las señaladas en el artículo 23 del Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre.

4

El borrador de Orden por el que se convoca el primer concurso de capacidad de acceso

Como puede deducirse de la lectura del punto anterior, el sistema de concursos de capacidad de acceso es un sistema legalmente previsto hace 10 años para un contexto socioeconómico y energético muy distinto del presente.

Esta es una gran debilidad, cuya peor consecuencia es el parcheo que ha sufrido el marco regulatorio para adaptar la convocatoria de concursos a los enfoques más recientes de política energética –en especial, el apoyo explícito al autoconsumo de energías renovables– y al exponencial incremento de los proyectos sometidos a trámite de autorización administrativa, que han colapsado las Administraciones estatal y autonómica²⁴. Este contexto

²⁴. Son expresivos los datos actualizados expuestos en la Orden TED/189/2023, de 21 de febrero, por la que se crea la División de Proyectos de Energía Eléctrica (BOE n.º 50, de 28 de febrero de 2023): “En estos momentos tienen permiso de acceso y conexión a la red eléctrica de transporte 144 GW de proyectos fotovoltaicos y eólicos en diversos estados de tramitación. Para situar esta cifra hay que recordar que ya hay 45 GW eólicos y fotovoltaicos en funcionamiento y que el objetivo del PNIIEC para estas tecnologías en 2030 se sitúa en los 90 GW. Estos permisos de acceso se transforman a su vez en un ingente número de proyectos. Sólo en la AGE, que

ha propiciado que la convocatoria de este tipo de concursos siga siendo inédita.

La propuesta inicial de Orden por la que se convoca el primer concurso de capacidad de acceso para la evacuación de energía producida por nuevas instalaciones eléctricas que utilicen fuentes de energía renovable a un total de 17 nudos de la red, con una capacidad de acceso total de 5844 MW, se expuso al público a partir del 10 de junio de 2022. Fue informada por la CNMC mediante Informe de 26 de julio de 2022, en el que se aportan distintas sugerencias sobre el procedimiento y el enfoque de las puntuaciones.

La memoria explicativa de la Orden aclara que si bien el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, prevé que en cada nudo se pueda convocar capacidad destinada exclusivamente a instalaciones de generación asociadas a autoconsumo y/o en fase de I+D+i, el borrador de Orden no hace uso de esa posibilidad, aplicando así el artículo 8 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, que ha liberado el 10 % de la capacidad de todos los nudos reservados para concurso con destino exclusivo para proyectos de generación asociados a autoconsumo. Esto ha supuesto la liberación de una capacidad cercana a los 7 GW, valor incluso superior a la capacidad que se convoca en esta Orden.

Además de los criterios temporales (con una puntuación máxima de 13 puntos) y asociados a la tecnología (máximo 25 puntos), de carácter obligatorio (art. 19.1.d] RD 1183/2020), la base quinta introduce los criterios potestativos socioeconómicos y ambientales en las zonas donde se ubiquen las instalaciones, así como relativos a la contribución de la instalación a la activación económica en zonas de reto demográfico. Estos criterios puntúan como máximo 19 puntos. Al grado de afección ambiental se le conceden un máximo de 22 puntos.

La concreción y el peso relativo de estos criterios se realizan en el anexo IV de la Orden. En ella se considera como zona de ubicación de las plantas la de los municipios donde se ubique la instalación y los adyacentes a los mismos.

El desglose se realiza en los siguientes apartados:

- a) Porcentaje máximo de expropiación: con el fin de minimizar el impacto social en el territorio donde se implanta el parque generador, se otorga una puntuación inversamente proporcional al porcentaje de terrenos expropiados ocupados por el parque ge-

tramita los proyectos de más de 50 MW o que afectan a dos o más Comunidades Autónomas, hay en estos momentos 990 proyectos, con una potencia total de 83 GW, en diferentes estados de tramitación”.

- nerador (excluida la línea de evacuación). Puntuación máxima, 4 puntos.
- b) Empleos directos en la fase de construcción en la zona de ubicación de la planta: se analiza comparativamente el número de empleos por MW de potencia instalada. Puntuación máxima, 3 puntos.
 - c) Empleos directos en la fase de operación en la zona de ubicación de la planta. Puntuación máxima, 3 puntos.
 - d) Impacto económico en la cadena de valor industrial local, regional, nacional y comunitaria. Para valorar estos impactos, se analizará comparativamente la ratio que mide el valor total de los servicios y bienes adquiridos para el desarrollo del proyecto de generación y/o almacenamiento sobre la inversión total del proyecto, para el proyecto concreto, frente a la media de todos los proyectos presentados al amparo de la presente convocatoria. Puntuación máxima, 2 puntos.
 - e) Porcentaje de participación, medido en términos de inversión en el proyecto de inversores locales, y de empresas y Administraciones de la zona en la que se ubicará la instalación. Se consideran inversores locales las personas jurídicas que tengan su domicilio social y fiscal en cualquiera de los términos municipales donde se ubique la instalación o en los municipios adyacentes a estos. Asimismo, se considerarán inversores locales las personas físicas que tengan fijada su residencia en cualquiera de esos municipios. Puntuación máxima, 1 punto.
 - f) Mecanismos de reinversión de los ingresos obtenidos por las plantas de generación y/o almacenamiento en la zona en la que se ubicará la instalación. Máximo, 2 puntos. Aunque, si la totalidad o parte de la planta se ubica en uno o varios municipios pertenecientes a una zona de reto demográfico, la instalación recibirá una puntuación adicional de 2 puntos, cuando la totalidad de las inversiones anuales se realizasen en alguno o varios de estos municipios.
 - g) Huella de carbono. Se otorgan uno o dos puntos adicionales a las empresas que dispongan de un sello de inscripción en el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono.

Los participantes deberán presentar un informe de auditoría que permita verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos. Este informe deberá ser entregado en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de

puesta en servicio de la instalación de generación. A estos efectos el informe deberá contener al menos un documento elaborado por un auditor con inscripción vigente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, en el que se verificará que todas las actuaciones realizadas se corresponden con los compromisos adquiridos²⁵.

El concurso se resuelve por resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. La valoración de los criterios y la propuesta de resolución se realizan por la Subdirección General de Energía Eléctrica, sin participación alguna de las comunidades autónomas o entidades locales (a través de la FEMP).

Sin embargo, llegados a este punto es necesario añadir que, a día de hoy, sigue sin convocarse el concurso. Es más, mediante el artículo 13 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, el Gobierno ha aprobado una moratoria de 18 meses respecto de los procedimientos administrativos vinculados a los concursos de capacidad de acceso reservados por la Secretaría de Estado de Energía, incluyéndose en ellos los de competencia autonómica. Merece la pena transcribir la explicación que de ello figura en el Preámbulo de esta norma:

“Con el fin de otorgar el acceso a la generación renovable y el almacenamiento de manera ordenada, existen casi doscientos noventa nudos de la red de transporte que se encuentran reservados para concurso de acceso al amparo de lo previsto en el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica. En este momento, se encuentra en sus últimas fases de tramitación la orden por la que se convocará concurso en algunos esos nudos. Si bien la orden no se encuentra aprobada aún, en los borradores sometidos a trámite de audiencia se preveía una

25. En particular:

a) memoria de actuación justificativa del cumplimiento de cada uno de los compromisos en materia de empleo directo vinculados directamente a la instalación o a través de acuerdos con empresas de cualquier sector dentro del proyecto de desarrollo socioeconómico que figuran en la solicitud;

b) memoria justificativa del cumplimiento de los compromisos de inversión en servicios y bienes adquiridos en la cadena de valor industrial y de servicios local y provincial para el desarrollo del proyecto de instalación;

c) memoria justificativa del porcentaje de participación de inversores locales y de empresas y Administraciones de la zona donde se ubique la instalación, medido en términos de inversión en el proyecto;

d) memoria justificativa del cumplimiento del porcentaje máximo de expropiación al que se haya comprometido el concursante;

e) memoria justificativa de los mecanismos de reinversión diseñados y aplicados y de los municipios concretos que se han visto beneficiados por los mismos, con identificación de aquellos que pertenecen a zonas de reto demográfico.

puntuación favorable a aquellos proyectos que pusiesen en servicio las instalaciones en el menor plazo de tiempo posible.

Las expectativas generadas por dicha orden hacen que se estén observando movimientos especulativos por parte de determinados agentes que están iniciando los primeros pasos en las tramitaciones sin dar continuidad a los mismos, con el fin de bloquear emplazamientos a otros agentes que realmente están interesados en desarrollar proyectos renovables. Estas actuaciones, han provocado que en los últimos meses se haya multiplicado la presentación de garantías y de solicitudes para iniciar las tramitaciones de autorizaciones administrativas, y la petición de documentos de alcance ambientales al amparo del artículo 34 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evaluación ambiental, tramitaciones que requieren de consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas, así como también de información pública en el caso de las autorizaciones administrativas.

Estos movimientos previos son perjudiciales para los agentes realmente interesados en construir instalaciones de generación renovable para la población en donde se ubican las instalaciones y para las administraciones. Para los agentes porque se produce el bloqueo de emplazamientos con elevado recurso renovable por parte de agentes que no están interesados en construir los proyectos. Para la sociedad donde se ubica el proyecto porque se inician tramitaciones por un número de proyectos que ni la red, ni la zona, desde un punto de vista social y ambiental, pueden absorber.

Y para las administraciones, porque, en un momento en que estas se encuentran tensionadas por el elevado volumen de proyectos en tramitación, supone un empleo ineficiente de los recursos en proyectos que no podrán ser viables.

Lo anteriormente señalado hace que resulte necesario suspender las tramitaciones de aquellos proyectos que, pretendiendo evacuar en nudos de concurso, aún no dispongan de permisos de acceso y conexión”.

La moratoria trata, pues, de afrontar el problema de la *burbuja energética* que se ha creado por la acumulación de proyectos y la falta de ejecución del primer concurso²⁶. A esta burbuja energética se ha respondido

26. Ya en julio de 2020, Fernández-Espinar Muñoz (2020) señalaba: “El volumen de solicitudes de acceso y conexión a las redes está creciendo de manera exponencial en los últimos meses, siendo la media más reciente de 30.000 MW mensuales. Durante los últimos 16 meses se han solicitado más de 430.000 MW de potencia de nueva generación. Para clarificar la magnitud de estas cifras debemos tener en cuenta que los 430.000 MW solicitados son: cuatro veces la potencia instalada en España de 105.000 MW en 2018; diez veces el pico máximo histórico de

también con otras moratorias de los procedimientos administrativos de autorización, como es el caso de la aprobada en Galicia mediante Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2022 (artículo 39)²⁷. Más allá de estos cuidados paliativos, lo cierto es que, a nuestro juicio, esta situación pone de manifiesto dos cosas: por un lado, el problema estructural de la falta de planificación y coordinación administrativa de los dos grandes niveles administrativos competentes en el sector eléctrico; y en segundo lugar, las dificultades, también estructurales, para que en tal contexto las Administraciones locales puedan asumir un mayor protagonismo administrativo.

5

El régimen especial de los nudos de transición justa

Del régimen descrito en los puntos anteriores han quedado exceptuados los concursos a los que se refiere el capítulo V del Real Decreto 1183/2020, los denominados nudos de transición justa.

Estos nudos están relacionados con el cierre de las centrales térmicas de carbón que se ha venido produciendo en los últimos años, formando parte de la denominada *Estrategia de Transición Justa*, aprobada en noviembre de 2020, de la que también forman parte los denominados convenios de transición justa, instrumentos habilitados por el artículo 28 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética.

Como consecuencia de este cierre, y para favorecer la generación de actividad económica alternativa en el tejido territorial –altamente vulnerable de estas centrales, el Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, introdujo una disposición adicional, la vigésima segunda, en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que permite regular procedimientos y establecer requisitos para

demanda del sistema eléctrico de 45.000 MW; y siete veces el objetivo de instalación de nueva generación renovable hasta 2030 presente en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030, apenas 60.000 MW”.

27. “Atendiendo al número de proyectos de parques eólicos admitidos y actualmente en tramitación y a la cifra de MW prevista en estos proyectos, y con el objeto de procurar una ordenación racional del sector, durante el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de la Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, no se admitirán a trámite nuevas solicitudes de parques eólicos”. La denominada “moratoria eólica” no es total, pues no afecta a los cientos de proyectos ya presentados a tramitación. Además de ello, la ley excepciona de su alcance “aquellos proyectos que tengan una clara incidencia territorial por su entidad económica y social, posean una función vertebradora y estructurante del territorio y sean declarados como tales por el Consejo de la Xunta de Galicia, a propuesta de la consejería competente en materia de energía”.

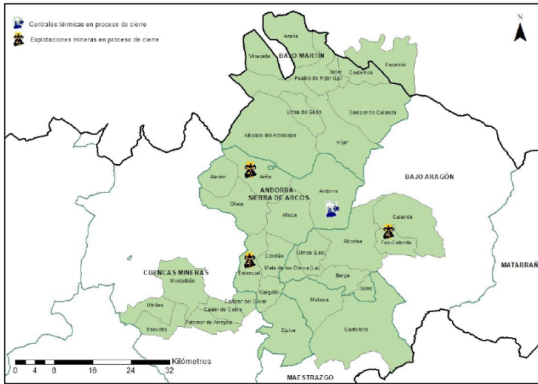
la concesión de la totalidad o de parte de la capacidad de acceso de evacuación de los nudos de la red afectados por dichos cierres que, además de los requisitos técnicos y económicos, ponderen los beneficios medioambientales y sociales que puedan producirse en estas zonas. El listado de nudos de transición justa se relacionan en el anexo del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio.

Nudos de la Red de Transporte
Carrío 220 kV.
Compostilla 220 kV.
Compostilla 400 kV.
Guardo 220 kV.
La Robla 400 kV.
Lada 400 kV.
Lancha 220 kV.
Litoral 400 kV.
Meirama 220 kV.
Montearenas 400 kV.
Montearenas 220 kV.
Mudejar 400 kV.
Narcea 400 kV.
Pinar del Rey 400 kV.
Pinar del Rey 220 kV.
Puentes García Rodríguez 400 kV.
Puertollano 220 kV.
Soto Ribera 400 kV.
Soto Ribera 220 kV.
Velilla 400 kV.
Garoña 400 kV.
Garoña 220 kV.

Mediante Orden TED/1182/2021, de 2 de noviembre, se han regulado el procedimiento y los requisitos aplicables al primer concurso público para la concesión de capacidad de acceso de evacuación a la red de transporte de energía eléctrica de instalaciones de generación de procedencia renovable en el Nudo de Transición Justa Mudéjar 400 kV, creado a resultas del cierre de la Central Térmica de Andorra (Teruel), y se ha procedido a su convocatoria, en el marco del Convenio de Transición Justa de Aragón, instrumentado mediante un protocolo general de actuación de 14 de mayo de 2020.

Convenio de Transición Justa de ARAGÓN

34 municipios



- Alacón
- Albalate del Arzobispo
- Alcorisa
- Alloza
- Andorra
- Ariño
- Azaila
- Berge
- Calanda
- Cañizar del Olivar
- Castel de Cabra
- Castellote
- Castelnou
- Crivillén
- Ejulve
- Escatrón
- Escucha
- Estercuel
- Foz Calanda
- Gargallo
- Hijar
- Jatiel
- La Mata de los Olmos
- La Puebla de Hijar
- Los Olmos
- Molinos
- Montalbán
- Oliete
- Palomar de Arroyos
- Samper de Calanda
- Seno
- Urrea de Gaén
- Utrillas
- Vinacete

La presencia territorial (de la Comunidad Autónoma de Aragón y de las entidades locales implicadas) se resuelve mediante su inclusión en la mesa de evaluación de las ofertas (base sexta de la Orden).

Así, la Administración General del Estado se reserva siete puestos²⁸, y adicionalmente, “debido al carácter específico que tienen los nudos de las zonas de transición justa en la Estrategia de Transición Justa, que la finalidad del concurso del nudo es optimizar el potencial de la nueva potencia renovable para la generación de beneficios socio-económicos y ambientales para las zonas afectadas por los cierres y a que las competencias para la ejecución de políticas de desarrollo industrial y empresarial, de formación profesional y de medio ambiente corresponden a las comunidades autónomas, se ha establecido un marco general de colaboración e intercambio de información entre el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, la Comunidad Autónoma de Aragón y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) dentro de la metodología de los convenios para la transición justa, por lo que la Mesa de evaluación contará adicionalmente con:

28. La presidencia es asumida por la persona titular de la Dirección del Instituto para la Transición Justa, O.A., y las vocalías se corresponden con:

- el titular de la Subdirección de Energía Eléctrica;
- el titular de la Dirección de Energías Renovables y Mercado Eléctrico del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE);
- el titular de la Jefatura del Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico;
- el titular de la Subdirección General de Estrategia y Planificación del Instituto para la Transición Justa, O.A.;
- un abogado del Estado;
- un interventor.

- Un representante con rango de Subdirector del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Un representante de la FEMP”.

Asimismo, las bases de la convocatoria concretan la ponderación de los criterios sociales y ambientales de los ayuntamientos afectados (incluidos en el Anexo I). Estos criterios deben incluirse en el Sobre B (Oferta de Transición Justa). Así, se mencionan el impacto socioeconómico para la zona del Convenio de Transición Justa²⁹, con un total de 55 puntos, la madurez del proyecto³⁰ (15 puntos), la minimización del impacto ambiental (10 puntos), cuyo objetivo es, más allá del cumplimiento del principio DNSH que tiene carácter obligatorio, minimizar el previsible grado de afección ambiental. A estos efectos se tiene en cuenta la clasificación en distintas zonas en el mapa de “zonificación ambiental para la implantación de energías renovables, eólica y fotovoltaica” elaborado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

29. Cito literalmente:

“El objetivo de este apartado es identificar con datos objetivos los aspectos en los que la puesta en marcha de la instalación contribuye a la creación de oportunidades para la zona de transición justa directamente afectada por el cierre de la central de Andorra: los trabajadores excedentes, los municipios y la población en general. Los aspectos a tener en cuenta serán: la creación de empleo y recualificación, el fomento del autoconsumo y del desarrollo empresarial.

Se describirán los compromisos del operador del sistema, que deberán ser justificados de conformidad con lo establecido en esta orden y a lo establecido en el apartado B del anexo II. La incorporación de compromisos sociales como condición para la ejecución de los proyectos está directamente vinculada al objeto y la finalidad que se persigue con este concurso. Responde al concepto mismo de lo que se entiende como transición justa y que no es sino paliar los impactos negativos en un territorio y en una población relacionados con la transición energética y la descarbonización de la economía. Por ello para que estos conceptos no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto para los operadores, los operadores podrán acceder en la web del Instituto para la Transición Justa a la información relativa a las Bolsas de Trabajo de los trabajadores excedentes de las centrales térmicas y sus empresas auxiliares.

En relación a la reducción de los costes eléctricos de ciudadanos y empresas de la zona del Convenio de Transición Justa la oferta describirá cómo incluir en el proyecto medidas previstas para el fomento del autoconsumo en la zona, comunidades energéticas o acuerdos de compraventa de energía (*power purchase agreement-PPAs*)”.

30. El objetivo de este apartado es presentar la planificación prevista para asegurar el compromiso firme por el desarrollo del proyecto de instalación y que no se trata de proyectos especulativos. Con la información aportada se debe asegurar: a) que en el plazo de 3 meses desde la adjudicación del concurso el operador solicitará el permiso de acceso formalmente ante el operador del sistema, aportando la documentación establecida en el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, y en la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la CNMC; y b) que el adjudicatario está en condiciones de cumplir los plazos establecidos en el artículo 1.1.b) del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, y que, por tanto, está en disposición de tener plenamente operativa la instalación en el plazo de cinco años desde la fecha de obtención del permiso de acceso.

Presentadas 12 solicitudes, ha sido finalmente resuelta por Orden TED/1146/2022, de 21 de noviembre (BOE n.º 284, de 26 de noviembre).

Se excluyeron del concurso dos ofertas por incumplir el requisito obligatorio de respetar el principio de no causar un perjuicio significativo al medio ambiente (DNSH), y resultó ganadora la oferta presentada por Green Enel Power España, S.L. La capacidad de acceso adjudicada asciende a 1202 MW. De los 72,15 puntos obtenidos, 19 lo fueron por criterios asociados a la tecnología de generación; 38,15 por los criterios de impacto socioeconómico para la zona de transición justa, y 15 para la valoración de la madurez del proyecto. La puntuación obtenida por el criterio de minimización del impacto ambiental fue 0. Los compromisos de la adjudicataria son:

Empleos directos en construcción y puesta en marcha de instalaciones de generación.	59 ETCs.
Empleos directos durante la fase de operación de las instalaciones de generación.	321 ETCs.
Porcentaje de empleos directos para desempleados excedentes del cierre de la central térmica.	10 %.
Porcentaje de empleos directos para mujeres desempleadas.	25 %.
Empleos indirectos vinculados a las instalaciones de generación y a actividades socioeconómicas asociadas.	5944 ETCs.
Porcentaje de empleos indirectos para mujeres desempleadas.	30 %.
Horas de formación recibidas por desempleados de la zona.	337 650 horas para 1300 participantes.
Potencia de autoconsumo instalada.	3063 kW.
Número de beneficiarios de autoconsumo.	3795 consumidores.
Inversiones sobre la cadena de valor local y provincial.	1 541 185 009,40 euros.
Inversiones en el proyecto de instalación por parte de inversores locales.	189 200 000,00 euros.

Desconocemos si alguna de las interesadas perdedoras ha presentado recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

6

Una reflexión final sobre la presencia de las entidades locales en los concursos de acceso de capacidad

Una vez repasado el marco regulatorio y operativo previsto para el desarrollo de los concursos de acceso de capacidad, podemos ya valorar el papel de las entidades locales al respecto.

En este sentido, no puede afirmarse que los concursos de acceso hayan mostrado su acierto y oportunidad como mecanismo regulatorio del sistema eléctrico. La tardanza en su puesta en marcha, la evolución del contexto general de la transición energética y del mercado, y las debilidades del sistema de gobernanza de las competencias de ejecución han generado una *burbuja de proyectos* que ha sido a la vez *tapón de la convocatoria de concursos*. A la espera de que se pueda convocar y resolver el primer concurso –y, por tanto, valorar empíricamente su resultado–, sí podemos afirmar que su diseño no ha sido capaz de superar el papel tradicionalmente pasivo de las entidades locales en el desarrollo de infraestructuras energéticas en su territorio.

Las entidades locales ni están ni se les espera, a pesar de que la Comisión Europea haya recomendado recientemente facilitar la participación ciudadana y comunitaria y la implicación de los ayuntamientos en la gobernanza de la toma de decisiones administrativas³¹; de hecho, las entidades locales ni siquiera presentan la conexión y participación territorial de los procesos de adjudicación de capacidad propios de los nudos de transición justa, anteriormente repasados.

Al contrario, los concursos de capacidad parecen destinados a consagrar una nueva vuelta (de tuerca) al modelo *up-bottom*, de dirigismo centralizado, que caracteriza el desarrollo del sector eléctrico español. En un momento de aceleración de la transición energética, las lógicas subyacentes afianzan el mantenimiento de los tradicionales protagonismos político-administrativos, y un escaso margen para la emergencia del plano local. El

31. La Recomendación de la Comisión Europea de 18 de mayo de 2022, sobre la aceleración de los procedimientos de concesión de permisos para los proyectos de energías renovables y la facilitación de los contratos de compra de electricidad, establece en su punto ocho: “Los Estados miembros deben estimular la participación de los ciudadanos, incluidos los de los hogares de renta baja y media, y de las comunidades de energía en los proyectos de energías renovables, así como adoptar medidas para fomentar la transferencia de los beneficios de la transición energética a las comunidades locales, con lo que se mejorará la aceptación y el compromiso públicos”; el punto 11 insiste en que Los Estados miembros deben garantizar la racionalización y la coordinación efectiva entre los niveles nacional, regional y municipal en lo que respecta a las funciones y responsabilidades de las autoridades competentes, así como a la legislación, los reglamentos y los procedimientos aplicables para la autorización de proyectos de energías renovables”.

único actor político-administrativo territorial de los concursos de acceso de capacidad es el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Ni las comunidades autónomas³², ni por supuesto las entidades locales, cuentan a la hora de planificar o ejecutar los procesos de concurso, por mucho que sus intereses se invoquen y comprometan sensiblemente. Aunque se usen criterios de impacto socioeconómico sobre el territorio, la presencia de los legítimos representantes de los intereses locales no es preceptiva ni en la elaboración de la orden de convocatoria, ni en la instrucción, valoración y resolución de los concursos. Son actores pasivos de las decisiones que se tomen a nivel ministerial, en una suerte de despotismo ilustrado energético que se ejerce en beneficio del territorio, pero sin contar con los actores territoriales (políticos y del tejido socioeconómico implicado).

En definitiva, el diseño de estos concursos está destinado a continuar un modelo centralista que se asienta en tres grandes pilares.

En primer lugar, la tradicional escasez de iniciativas de producción pública local de energía, que ha convertido a las entidades locales en unos actores pasivos –consumidores o ahorradores de energía– a la hora de afrontar sus –por otro lado– crecientes competencias en esta materia (González Ríos, 2021; Revuelta Pérez, 2022).

En segundo lugar, el hecho de que la actual complejidad del reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas hace muy difícil la participación activa de los intereses propios de un tercer agente territorial en la toma de decisiones de los procesos administrativos de los agentes de orden superior. No por casualidad, la actual ley reguladora del sector eléctrico comparte año de promulgación con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que ha sido y sigue siendo invocada como un freno a la asunción de competencias locales en el terreno energético (Revuelta Pérez, 2022: 176-177), aunque la Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética, haya corresponsabilizado a las entidades locales con sus instrumentos y objetivos de actuación.

Finalmente, la escasa capacidad de incidencia de las entidades locales en los procedimientos de planificación y gestión energética del Estado y de las comunidades autónomas mediante los cuales se autorizan la instalación y el funcionamiento de las grandes instalaciones de producción eléctrica.

32. Estando el presente trabajo en pruebas de imprenta, ha sido publicado el Decreto-ley aragonés 1/2023, de 20 de marzo, en cuyo artículo 56 se introduce un informe preceptivo pero no vinculante de esta comunidad autónoma a los concursos de capacidad de acceso que se convoquen por el Ministerio. El informe se ceñirá a las competencias autonómicas y, en particular, se pronunciará, al menos, sobre los efectos sociales y económicos que el concurso en cuestión y los criterios para resolverlo pudieran tener, así como los que se generen sobre la ordenación del territorio, el medio ambiente, y la lucha contra la despoblación.

Se trata de tres causas bien arraigadas, que impiden el desarrollo de un papel más activo de las entidades locales en la gestión de los recursos energéticos de su territorio, aunque este papel más activo del tercer nivel político-administrativo del territorio sea hoy algo no solo inevitable, sino necesario para lograr una transición energética real (González Ríos, 2021), asentada en modelos de autoconsumo y cooperativismo no capitalistas (Herrera y Navarro, 2022). Ahí está, sin ir más lejos, la figura de las comunidades de energías renovables previstas por la Directiva 2018/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018³³, incorporadas a nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 23/2020 (Gallego Córcoles, 2022; Herrera y Navarro, 2022).

Si la dualización del sistema de producción y consumo eléctrico –una división entre el paradigma del autoconsumo *desde abajo* y el de la gran producción eléctrica empresarial tradicional *desde arriba*– va a seguir caracterizando el desarrollo del sector en los próximos años, será responsabilidad de las entidades locales desarrollar sus políticas públicas para alinearse y acompañar la tendencia imparable al paradigma del autoconsumo, reclamándose a sí mismas como actoras territoriales imprescindibles del nuevo modelo energético que está surgiendo.

7

Bibliografía

- Aguado i Cudolà, V. (2021). *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*. Barcelona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Alenza García, J. F. (dir.). (2014). *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Amoedo-Souto, C.-A. (2022). COVID, medio ambiente y patrimonio natural: la quiebra del Derecho administrativo. En L. Tolivar Alas, A. Huergo Lora y T. Cano Campos (dirs.). *El patrimonio natural en la era del cambio climático. Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 55-82). Madrid: INAP.

³³. La Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, las define como “entidades jurídicas basadas en la participación abierta y voluntaria, autónomas y efectivamente controladas por socios o miembros que están situados en las proximidades de los proyectos de energías renovables que sean propiedad de dichas entidades jurídicas y que estas hayan desarrollado, cuyos socios o miembros sean personas físicas, pymes o autoridades locales, incluidos los municipios y cuya finalidad primordial sea proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales en las que operen, en lugar de ganancias financieras”.

- Fernández-Espinar Muñoz, C. (2020). Comentario al Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 103, 99-127.
- Franquesa, J. (2023). *Molinos y gigantes. La lucha por la dignidad, la soberanía energética y la transición ecológica*. Madrid: Errata Naturae.
- Gallego Córcoles, I. (2022). *Comunidades de energía y transición energética*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- González Ríos, I. (2011). *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2021). *Los entes locales ante la transición y la sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídico-administrativos para 2030/2050*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Herrera, J. y Navarro, P. (2022). Las comunidades energéticas como nuevo sujeto del derecho energético en España: del falansterio a la transformación. En T. Font i Llovet y M. Vilalta Reixach (dirs.). *Los Gobiernos locales ante el cambio climático. Anuario del Gobierno Local 2021* (pp. 203-248). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Públic.
- Pernas García, J. J. (dir.). (2013). *Contratación pública estratégica*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Regueiro Ferreira, R. (2011). *El negocio eólico: la realidad del empleo, promotores y terrenos eólicos*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Revuelta Pérez, I. (dir.). (2017). *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2022). La actividad de los Gobiernos locales en el ámbito de la energía limpia: marco normativo. En T. Font i Llovet y M. Vilalta Reixach (dirs.). *Los Gobiernos locales ante el cambio climático. Anuario del Gobierno Local 2021* (pp. 171-202). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Públic.
- Rosa Moreno, J. (2020). Requerimientos sectoriales del nuevo marco europeo de la energía renovable. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 103, 41-78.
- Simón Fernández, X. y Montero Muñoz, M.^a (2021). *Enerxía eólica en Muras. Análise do seu impacto territorial, económico, ambiental e enerxético*. Vigo: Observatorio Eólico de Galicia y Ayuntamiento de Muras.

A stylized tree graphic in shades of purple. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous leaf-like shapes. A large, light purple circle is positioned at the base of the trunk on the left side. The text 'QD 61' is located in the upper right area of the tree's canopy.

QD 61

II. Sección general

La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos¹

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Zaragoza*

- 1. El carácter de derecho pretoriano de la jurisprudencia del TJUE**
- 2. La jurisprudencia del TJUE en el periodo 2019-21. Efectos prácticos**
 - 2.1. De nuevo sobre el concepto funcional de poder adjudicador. Su aplicación a las federaciones deportivas. Las centrales de compra
 - 2.2. Delimitación conceptual de contrato público versus cooperación horizontal. A vueltas con el convenio
 - 2.3. Los contratos de arrendamientos de inmuebles como actividad excluida en tanto no sea un contrato de obras
 - 2.4. La adquisición de servicios jurídicos de defensa en proceso jurisdiccional como negocio jurídico excluido
 - 2.5. Sobre el ámbito de relaciones con entidades sin ánimo de lucro
 - 2.6. La determinación del valor estimado en los acuerdos marco
 - 2.7. Solvencia técnica y especificaciones técnicas como elementos diferentes
 - 2.8. Solvencia versus condiciones de ejecución en la gestión de residuos
 - 2.9. Solvencia y registros oficiales
 - 2.10. Sobre el concepto de operador económico. Supuestos singulares
 - 2.11. La valoración de solvencia. Obligación de permitir al operador económico aclarar el cumplimiento de las exigencias
 - 2.12. Límites de “prohibiciones” por falsedad de documentos cuando son varias las entidades que conforman el operador económico
 - 2.13. Imposibilidad de laminar el alcance de las técnicas de *self-cleaning*
 - 2.14. La incidencia de la subcontratación en fase de solvencia y en fase de ejecución

Artículo recibido el 04/10/2022; aceptado el 28/10/2022.

1. Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado: “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza” (referencia: PID2019-109128RB-C21). Se analiza la jurisprudencia del año 2019 a enero de 2022.

- 2.15. Sobre el alcance de la confidencialidad
 - 2.16. Sobre los precios predatorios y ofertas a pérdidas
 - 2.17. Las prórrogas de concesiones como modificaciones contrarias al derecho de los contratos públicos
 - 2.18. Concepto amplio de decisión impugnabile y de la legitimación
 - 2.19. Nulidad del procedimiento por anulación de un criterio de selección
 - 2.20. Sobre los requisitos adicionales a nivel nacional en los contratos reservados
 - 2.21. Alcance de la normativa de morosidad a los contratos de obras
 - 2.22. La posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan reclamar indemnizaciones cuando existan acuerdos colusorios
 - 2.23. Jurisprudencia relativa al Reglamento (CE) n.º 1370/2007 con efectos en la contratación pública
- 3. Epílogo**
- 4. Bibliografía**

Resumen

Se analiza la última jurisprudencia del TJUE en materia de contratación pública; jurisprudencia que se comporta como derecho pretoriano y que impacta en la interpretación y gestión práctica de la contratación pública.

Palabras clave: *contratación pública; derecho europeo; jurisprudencia del TJUE en los contratos públicos.*

The recent case law of the Court of Justice of the European Union in the field of public procurement. Practical effects

Abstract

The article studies the recent case law of the Court of Justice of the European Union in the field of public procurement. This case law is being built as a pretorian construction and impacts on the practical management of public procurement.

Keywords: *public procurement; European Union Law; case law of the Court of Justice of the European Union.*

1

El carácter de derecho pretoriano de la jurisprudencia del TJUE²

La aprobación de las directivas de contratación pública (23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero) viene a consolidar un proceso de armonización/uniformización jurídica a nivel nacional, conformando un derecho propio de los contratos públicos³. Pero, además, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema⁴. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea⁵. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE⁶. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, en especial por el Tribunal Supremo⁷, lo que limita interpretaciones

2. Vid. Gimeno Feliu (2015).

3. Sobre el contenido de estas directivas me remito a Gimeno Feliu (2014); Moreno Molina (2013); Moreno y Domínguez (2014); Razquin Lizarraga (2015). De especial interés, en cuanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de Ruiz y Bernal (2011). Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de Moreno Molina (2012). Una visión crítica sobre los objetivos de estas directivas puede verse en el estudio del profesor Santamaría Pastor (2016).

4. Vid. Gimeno Feliu (2015). También Gallego Córcoles (2015b). En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. Cozzio (2013). Más recientemente, Benacchio *et al.* (2016). De especial interés, el trabajo de Berberoff Ayuda (2018).

5. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. Cozzio (2013).

6. Vid. Chinchilla Marín (2011) y Sánchez Morón (2011b).

7. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, rec. 2181/2016, recuerda la importante doctrina del TJUE sobre los principios generales de la contratación pública, y cita la STJUE de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-213/07, que estableció que los principios mencionados “implican, en particular, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C 19/00, Rec. p. I 7725, apartado 34, y de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C 448/01, Rec. p. I 14527, apartado 47), constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I 6351, apartado 73); en el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I 7213, apartado 81, y de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, Rec. p. I 1559, apartado 26)”.

o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos⁸. Esta aplicación del valor de la jurisprudencia del TJUE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se constata, por ejemplo, en la STS 2757/2021 (ECLI:ES:TS:2021:2757, Sección Tercera, y ponente el Excmo. magistrado Calvo Rojas), que resuelve el recurso de casación, ex art. 88 LJCA, donde se analizan los requisitos relativos a la exigencia de acumulación de solvencia en la contratación pública con fundamento en el derecho europeo de la contratación pública (utilizando lógicamente la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión: entre ellas la reciente STJUE de 3 de junio de 2021 –asunto C-210/20–), recordando que el concepto de “operador económico” debe interpretarse en un sentido amplio y desde una perspectiva funcional y no formal⁹. Y, además, que resulta de aplicación en la decisión de valorar la exigencia de solvencia el principio de proporcionalidad. Así, se afirma lo siguiente:

“A modo de recapitulación, bien puede decirse que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad. Aunque, según hemos visto, esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos –y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad– el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos”.

Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina del TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)¹⁰. Esto explica por

8. Para conocer cómo se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros, es de especial interés Sánchez Morón (2011a).

9. El artículo 2 de la Directiva 2014/24 define el concepto de “operador económico” de forma funcional: “una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios”.

10. Como explica muy bien Chinchilla Marín (2011: 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales; b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista; y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa, y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

qué los órganos de control nacionales, en cuanto “juez comunitario”, aplican esta jurisprudencia¹¹. Esta jurisprudencia del TJUE viene, en la práctica, a “codificar” la regulación de la contratación pública en Europa, dotando de seguridad jurídica y predictibilidad a un sector de tanta relevancia como el de los contratos públicos¹².

Interpretación funcional que debe alinearse con los objetivos estratégicos. En esta línea de repensar la contratación pública desde una perspectiva estratégica se posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento: “Conclusiones del Consejo. Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412 I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que hay que “reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son

11. Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien Sánchez Morón (2011b: 82).

12. Este valor de derecho pretoriano se puede predicar ahora también de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo consecuencia del recurso de casación de interés objetivo (se asemeja más al modelo norteamericano). Las virtudes del nuevo recurso de casación, como bien se ha explicado por la doctrina, son evidentes en cuanto permite a la Sala Contencioso-Administrativa superar el rol del Tribunal Constitucional de “legislador negativo” (decir lo que no se puede hacer) para convertirse en “legislador positivo”, al interpretar normas en conflicto y colmar lagunas jurisprudenciales, así como unificar criterios. La finalidad expresa del nuevo sistema casacional es reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Para ello, la reforma amplía el número de sentencias que teóricamente pueden ser recurridas en casación, si bien permite al Tribunal Supremo admitir solamente aquellos recursos en los que aprecie que concurre un “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”. Con ello se pretende guardar el debido equilibrio entre la función homogeneizadora en la aplicación del derecho y el riesgo de que el recurso de casación se convierta en una mera tercera instancia. Por todos, Bouazza Ariño (2020). Por lo demás, en relación con la compatibilidad del modelo de casación español con las previsiones de las directivas “recursos” resulta de interés la STJUE de 22 de diciembre de 2021 (asunto C-497/20). Se trata de una cuestión prejudicial italiana sobre la compatibilidad con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, y con la Directiva 89/665/CEE sobre contratación pública, de que se limite a motivos tasados el acceso al recurso de casación contra una sentencia contenciosa en que ya se han examinado las cuestiones de fondo y forma –en este caso, relativas a la exclusión de un licitador por no obtener su oferta económica la puntuación mínima establecida–. El Tribunal de Justicia no considera contraria al derecho de la Unión una norma nacional que limita los motivos de casación a cuestiones estrictamente jurisdiccionales, siempre que el interesado haya tenido ocasión de cuestionar el acto administrativo que considera contrario al ordenamiento comunitario ante un tribunal independiente e imparcial. Interesa la afirmación de que “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, configurar la regulación procesal de los recursos a los que se refiere el apartado 56 de la presente sentencia, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de marzo de 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N., C-949/19*, apartado 43 y jurisprudencia citada)”.

fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública¹³. En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables, que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger¹⁴.

Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción, sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza¹⁵, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)¹⁶. Para ello hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para,

13. Y para ello se pide a la Comisión y a los Estados miembros que “cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”. Y se pide también a los Estados miembros que “elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro”.

14. Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atienda a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública.

15. Firmada el 10 de noviembre de 2021, puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre los ODS y la contratación pública, *vid.* Gimeno Feliu (2021b).

16. La Comisión Europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe: “Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior”. En el informe se concluye que “resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE”. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión: “Adquisiciones sociales – Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas – 2.^a edición” (2021/C 237/01), en la que se incide en lo siguiente: “Con el fin de plantar cara a los retos

por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando una estricta vinculación directa al objeto del contrato para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Igualmente, medidas para facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y promover la innovación. Todo ello con una total garantía de integridad salvaguardada por la transparencia y la competencia. Y en esta línea las condiciones sociales y ecológicas son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública desde la perspectiva de la sostenibilidad, claramente amparada por varios de los ODS. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones supranacionales, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una “potestad” al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, calidad ambiental, integración social), y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE. Así, la sentencia de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18), TIM, apartado 38, se reafirma en la necesidad de una visión estratégica del contrato, advirtiendo lo siguiente:

“Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, [...] un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros”.

Por ello, en el diseño y la selección de los proyectos a financiar con estos fondos europeos se debe “pensar en verde” y en “sostenibilidad social”¹⁷, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor¹⁸. Asimismo, la dimensión cualitativa de la compra pública en relación con los aspectos sociales (a los que se refiere claramente la LCSP)¹⁹, en palabras de O. Molina Hermosilla, se convierte en una exigencia de la correcta gestión contractual²⁰. En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada²¹.

sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)”.

17. Por todos, Medina Arnáiz (2013) y Gimeno Feliu (2020a).

18. Pernas, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes de 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. *Vid.* Pernas García (2020).

19. Medina Arnáiz (2017).

20. Molina Hermosilla (2021).

21. Sirva de ejemplo lo sucedido con la aplicación del Fondo Estatal de Inversión Local (plan E) en España. El Tribunal de Cuentas (Informe 982 sobre Fondo Estatal de Inversión Local, de 2013) ha puesto de relieve varias de las “debilidades” de este Fondo, que se concretan en falta de

2

La jurisprudencia del TJUE en el periodo 2019-21. Efectos prácticos

Reflejamos ahora la jurisprudencia más reciente del TJUE sobre esta materia y su incidencia práctica en la contratación pública en España²². Jurisprudencia que debe servir para depurar conceptualmente la gestión práctica, evitando así la inseguridad jurídica en un sector tan “sensible” como el de los contratos públicos.

2.1

De nuevo sobre el concepto funcional de poder adjudicador. Su aplicación a las federaciones deportivas. Las centrales de compra

Por exigencia europea, la normativa de contratación pública debe aplicarse a todo poder adjudicador. Esta definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria europea²³. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJUE, que ha optado por criterios subjetivo-funcionales cuando se cumplen tres requisitos.

La importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública:

“El concepto de ‘poderes adjudicadores’, y en particular el de ‘organismos de derecho público’, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones

previsión de efectos y de efectivo cumplimiento de lo ofertado por los contratistas. Me remito al trabajo y a las conclusiones de Bernal Blay (2013a: 175-184).

22. De la jurisprudencia anterior me remito a los trabajos de Gimeno Feliu (2015) y Moreno Molina (2019).

23. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de “organismo de derecho público”, concepto de derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53; de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición, sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un 'organismo de derecho público', ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil".

El concepto de "organismo de derecho público" como concepto del derecho de la Unión –que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia–, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53; de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27).

La STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de poder adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber:

- a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b) que esté dotada de personalidad jurídica; y
- c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de estos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos.

Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c)²⁴. Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por los órganos de recursos contractuales (por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015).

La sentencia de 3 de febrero de 2021 (asuntos acumulados C-155/19 y C-156/19), Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), aborda la cuestión del

24. En extenso me remito a Gimeno Feliu (2018c) y a Hernández Rodríguez (2019).

poder adjudicador en relación con las federaciones deportivas en Italia²⁵. Y, realizando el test sobre cumplimiento de los requisitos para ser poder adjudicador, reconoce (resulta indubitada la personalidad jurídica propia) que en estos casos una entidad a la que se han conferido funciones de carácter público, definidas de manera exhaustiva por el derecho nacional, puede considerarse creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de dicha disposición, aun cuando no haya sido constituida bajo la forma de Administración pública, sino de asociación de derecho privado, y algunas de sus actividades, para las que tiene capacidad de autofinanciación, no sean de carácter público. Para que concurriese el último requisito el Tribunal señala que “en caso de que una federación deportiva nacional goce, en virtud del Derecho nacional, de autonomía de gestión, la gestión de esa federación solo puede considerarse sometida al control de una autoridad pública si del examen del conjunto de las facultades de que dispone esta autoridad frente a dicha federación resulta que existe un control de gestión activo que, en la práctica, pone en entredicho tal autonomía hasta el punto de permitir que dicha autoridad influya en las decisiones de la federación en materia de contratos públicos. La circunstancia de que las distintas federaciones deportivas nacionales ejerzan una influencia sobre la actividad de la autoridad pública en cuestión debido a su participación mayoritaria en el seno de los principales órganos colegiados de deliberación de esta únicamente es relevante si se acredita que cada una de esas federaciones, por sí sola, puede ejercer una influencia significativa sobre el control público llevado a cabo por dicha autoridad respecto a ella, que tenga como consecuencia neutralizar ese control y permitir que la federación deportiva nacional de que se trate recupere el control de su gestión, pese a la influencia de las demás federaciones deportivas nacionales que se encuentren en una situación análoga”²⁶.

Se constata, pues, que no existe el dilema que se plantea Hamlet de “ser o no ser” al respecto: se es, o no, poder adjudicador de forma reglada. Y los Estados no tienen margen de discrecionalidad para graduar o inaplicar las consecuencias de esta categoría²⁷. Pero obsérvese que el criterio principal que utiliza el TJUE para esta operación no gravita sobre la idea del quién,

25. En España J. A. Moreno Molina ha venido argumentando sobre la sujeción de las federaciones deportivas a la normativa de adjudicación de contratos públicos; *vid.* Moreno Molina (2009).

26. El TJUE entiende –de una manera decisiva para este caso y aplicando la normativa italiana del deporte– que existe un control de gestión por parte del Comité Olímpico Nacional Italiano que pone en entredicho la total autonomía de las distintas federaciones deportivas nacionales “hasta el punto de permitir que dicha autoridad influya en las decisiones de la federación en materia de contratos públicos”.

27. Gimeno Feliu (2018c: 47).

sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública.

La condición de poder adjudicador y de la obligación de actuar con transparencia no queda excepcionada por el hecho de negociaciones colectivas sobre determinadas prestaciones. Así lo ha aclarado la sentencia de 4 de abril de 2019 (asunto C-699/17), Allianz Vorsorgekasse AG, donde se afirma lo siguiente:

“Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que son de aplicación a la celebración de un convenio de afiliación entre un empresario, organismo de Derecho público, y una caja profesional de previsión, para la gestión y la inversión de cotizaciones destinadas a financiar las indemnizaciones de partida abonadas a los trabajadores de ese empresario, aunque la celebración de ese convenio no dependa únicamente de la voluntad de dicho empresario, sino que requiera el consentimiento del personal o del comité de empresa”²⁸.

Una sucinta referencia a la sentencia de 4 de junio de 2020 (asunto C-3/19), Asmel Soc., en relación con las centrales de compra. La sentencia recuerda que una central de compras actúa en condición de poder adjudicador, para cubrir las necesidades de este, y no como operador económico, en su propio interés comercial. Y, por ello, llega a la conclusión de que una normativa nacional (en este caso la italiana) que limite la libertad que tienen las pequeñas entidades locales de optar por recurrir a una central de compras, estableciendo para ello dos modelos organizativos exclusivamente públicos, sin la participación de personas o empresas privadas, y que las limite a su ámbito territorial, no infringe el objetivo de libre prestación de servicios y de apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, perseguido por las normas de contratación pública, puesto que no coloca a ninguna empresa privada en una situación privilegiada con respecto a sus competidores.

28. Esta sentencia recuerda que los principios del Tratado son aplicables en contratos no cubiertos por las directivas cuando exista especial interés, habida cuenta en particular de la importancia de su importe, en relación con el lugar de ejecución de las prestaciones, o incluso de sus características específicas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, apartado 20, y de 19 de abril de 2018, Oftalma Hospital, C-65/17, EU:C:2018:263, apartado 40). Corresponde al tribunal remitente apreciar la existencia de tal interés (véase, en ese sentido, la sentencia de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014.2063, apartado 25).

2.2

Delimitación conceptual de contrato público versus cooperación horizontal. A vueltas con el convenio

Sin duda, una de las líneas más interesantes es la relativa a la depuración conceptual entre contrato público y convenio (cooperación horizontal), cuyas fronteras en la práctica española siguen siendo poco nítidas²⁹.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, tiene un título largo pero de indudable trascendencia, en cuanto nos limita el ámbito de aplicación a la incorporación de las directivas europeas³⁰. Esto significa que la opción legislativa es que la normativa de contratación pública española se aplica, por tanto, solo a prestaciones o negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos típicos. Para lo que resulta de especial interés recordar que el artículo 2 de la Directiva 2014/24 considera “contratos públicos” a “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”. Y el artículo 71.2 indica: “En los pliegos de la contratación el poder adjudicador podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos”. En consecuencia, no toda relación jurídica onerosa, aun contractual, tiene la calificación de contrato público. Sirva de ejemplo la STJUE de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen, donde se afirma que “no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el perío-

29. Vid. Gimeno Feliu (2020b).

30. La exposición de motivos de la Ley es clara al respecto: “conviene señalar que, mediante la presente Ley se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, institución de larga tradición jurídica en el derecho español, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dejando la transposición de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a otra ley específica, que asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a los sectores citados”.

do limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador”.

Interesa insistir en esta precisión, pues no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes sea o tenga la condición formal (en abstracto) de poder adjudicador. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública, de forma clara:

“Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”.

Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios. Así, existirá contrato público, como ha recordado la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GbmH, únicamente cuando su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador (apartado 49)³¹.

Y esto es lo que sucede con la técnica del convenio en la cooperación horizontal³². Como recuerda A. Huergo, la principal duda práctica que surge al aplicar la cooperación horizontal es cómo interpretar ese concepto de “cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común”. El otro requisito (“que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público”) supone, básicamente, que en los convenios no haya precio, sino compensación de costes, y, por tanto, es relativamente fácil de aplicar. El problema fundamental, como indica el profesor Huergo, es si resulta posible canalizar a través de un convenio (cooperación horizontal) aquellas colaboraciones en las que un poder adjudicador necesita una prestación y otro está dispuesto a realizarla si el primero le abona el coste, o bien entendemos que eso no es una “cooperación”, sino un intercambio, y que solo se puede realizar a través de un contrato (o de un encargo de cooperación vertical)³³.

En materia de convenio no procede una estricta interpretación “formal” que atienda solo al “objeto”, ya que se limitaría de forma indebida, como ha

31. Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, Falk Pharma.

32. *Vid.*, por todos, Fernández Acevedo (2018), Vilalta Reixach (2018a) y Huergo Lora (2017).

33. Huergo Lora (2020).

advertido también A. Huergo Lora, esta técnica de cooperación³⁴. Y así lo ha ratificado el TJUE en varias sentencias de especial interés³⁵.

La sentencia de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19), *Porin kaupunki*, aborda la cuestión de la transferencia de competencias entre municipios, aclarando que se trata de una decisión de organización administrativa que no tiene naturaleza contractual. El TJUE había tenido ocasión de pronunciarse de manera puntual. Entre otras referencias, debemos destacar especialmente la sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. En este procedimiento, el TJUE vino a enjuiciar la atribución que determinadas autoridades locales alemanas habían realizado de sus competencias en materia de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio administrativo creado por ellas. Ante la constatación de que dicho consorcio, por el volumen de actividades que realizaba con terceros, no cumplía con los requisitos para ser considerado como un medio propio personificado, y de que la atribución de dichos servicios al consorcio tampoco pretendía establecer una relación de cooperación entre las partes, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea en materia de contratación pública:

“[...] debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales [...], sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades (apartado 55)”.

La sentencia de 18 de junio de 2020 aclara el significado de esta opción de transferencia:

“61 Ahora bien, por su naturaleza, una transferencia de competencias de este tipo conlleva un desapoderamiento de los demás municipios parte en el convenio de colaboración a favor del municipio responsable. En

34. Huergo Lora (2017).

35. Sobre la cooperación vertical, la sentencia de 6 de febrero de 2020 (asuntos acumulados C-89/19 a C-91/19), *Rieco SpA*, ha declarado que es conforme al derecho europeo la opción nacional de limitar o condicionar esta técnica (como se hace, por cierto, en la LCSP), concluyendo que no se opone a una normativa nacional que supedita la celebración de una operación interna, también denominada “contrato *in house*”, a la imposibilidad de adjudicar un contrato público y, en cualquier caso, a la demostración por parte del poder adjudicador de los beneficios específicos que reporta a la sociedad el hecho de acudir a la operación interna. Asimismo, considera que no se opone a una normativa nacional que impide a un poder adjudicador adquirir participaciones en el capital de una entidad cuyos accionistas son otros poderes adjudicadores, cuando dichas participaciones no sean aptas para garantizar el control o la facultad de bloqueo y cuando dicho poder adjudicador tenga la intención de adquirir posteriormente una posición de control conjunto y, por consiguiente, la posibilidad de efectuar adjudicaciones directas de contratos en favor de la entidad de cuyo capital son titulares varios poderes adjudicadores.

efecto, como se ha indicado en el apartado 26 de la presente sentencia, en el modelo denominado del 'municipio responsable', este municipio asume por cuenta de los demás municipios una función cuyo cumplimiento garantizaba hasta entonces cada municipio.

62 Así pues, a raíz de esa transferencia, el municipio responsable se subroga, en cierto modo, en las facultades y obligaciones de las otras partes contractuales en cuanto a la prestación de los servicios objeto de un convenio de colaboración basado en el modelo denominado del 'municipio responsable'.

63 De ello resulta que, en el caso de autos, corresponde al beneficiario de la transferencia de competencias –el municipio responsable– satisfacer las necesidades de los demás municipios parte en el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios y, por tanto, prestar los servicios sociales y sanitarios controvertidos en el litigio principal en todo el territorio al que se aplica dicho convenio, si bien cada municipio sigue adeudando el coste real de los servicios utilizados por su propia población y por los residentes de los que es responsable.

64 Por tanto, para no privar de efecto útil a una transferencia de competencias, a efectos del artículo 4 TUE, apartado 2, tal como ha sido interpretado en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), en la adjudicación de un servicio, la autoridad a la que se ha transferido la función debe ser considerada forzosamente el poder adjudicador respecto a esa función, y debe serlo en todo el territorio de los municipios parte en el convenio mediante el que se transfieren competencias”.

Y, sobre el ejercicio de la misma a través de un *in house* compartido, el TJUE considera que un convenio de colaboración a tenor del cual los municipios parte en él transfieren a uno de ellos la responsabilidad de la organización de servicios en favor de estos municipios permite considerar, con ocasión de adjudicaciones posteriores a dicha transferencia, que dicho municipio es el poder adjudicador y lo faculta para confiar, sin licitación previa, a una entidad *in house*, la prestación de servicios que no solo satisfacen sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios parte en dicho convenio, aun cuando, sin esa transferencia de competencias, los citados municipios hubieran debido satisfacer ellos mismos sus propias necesidades.

En todo caso, como bien destaca M. Vilalta Reixach, la aplicación de esta excepción debe realizarse también de forma estricta y sujeta al cumplimiento de determinados límites, para evitar que cualquier mera relación intersubjetiva atributiva de un servicio pueda considerarse como un supues-

to de redistribución de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación de la legislación contractual. Analizando el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, y la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, Remondis GmbH, se puede concluir que los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas excluidos del ámbito contractual deberían suponer, como mínimo, dos consecuencias: a) asunción de responsabilidades y autonomía decisoria, y b) ausencia de retribución y autonomía financiera³⁶.

Un segunda sentencia relevante (Sala Novena) es la de 4 de junio de 2020 (asunto C-429/19), Remondis GmbH, que analiza la delimitación de figuras para determinar cuando un convenio de cooperación cumple las exigencias para ser un negocio excluido del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, que en su apartado 4 señala:

“Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes³⁷:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación”.

El asunto tiene especial relevancia práctica en España en relación con el alcance del convenio (art. 6 LCSP)³⁸. Los distritos de Mayen-Coblenza (Ale-

36. Vilalta Reixach (2018b).

37. Hay que recordar que el considerando 33 de la Directiva 2014/24 de contratación pública señala lo siguiente:

“Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público”.

38. El Tribunal reafirma la doctrina de la sentencia de 9 de junio de 2009 (Comisión/Alemania, C-480/06), que se pronuncia también sobre un modelo interadministrativo de tratamiento de residuos municipales.

mania) y de Cochem-Zell (Alemania), y la ciudad de Coblenza (Alemania), encomendaron la ejecución, al consorcio que controlan conjuntamente, de su tarea consistente en valorizar y en eliminar los residuos generados en sus respectivos territorios. No obstante, el consorcio, él mismo un poder adjudicador, dispone únicamente de la capacidad de proceder al vertido de los residuos no reciclables, es decir, los residuos procedentes principalmente de los hogares que no contienen o casi no contienen materiales reciclables. Pues bien, para obtenerse residuos no reciclables, los residuos municipales mezclados deben ser objeto de un pretratamiento complejo en una planta biomecánica. Este pretratamiento permite extraer los materiales reciclables y los residuos de alto poder calorífico, retirar los contaminantes en la medida de lo posible y reducir significativamente la actividad biológica de la parte orgánica. El remanente, que es vertido a continuación, representa una media de algo menos del 50 % del volumen inicial. Al no disponer de una planta de este tipo, el consorcio encomienda el 80 % de las operaciones de valorización y de eliminación de los residuos municipales a empresas privadas. El tratamiento del 20 % restante, esto es, aproximadamente 10 000 toneladas por año, se atribuye al distrito de Neuwied (en lo sucesivo, “distrito”) mediante un convenio celebrado entre el consorcio y el distrito el 27 de septiembre de 2018. Al no contar con los medios adecuados para realizar una de las tareas que le son encomendadas, celebra un convenio con otra entidad pública para que se encargue de ello, a cambio de una retribución por los gastos que a esta última tal operación le genera. Frente a este convenio, una empresa privada interpone los recursos correspondientes, por considerar que en un caso como el presente la cooperación no existe, y que tal situación debe considerarse como un contrato público y, en consecuencia, debe ser objeto de licitación.

Sobre el fondo del asunto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala lo siguiente:

“(32) Que la celebración de un acuerdo de cooperación entre entidades del sector público debe aparecer como la culminación de una acción de cooperación entre las partes del mismo. La elaboración de una cooperación entre entidades del sector público presenta, en efecto, una dimensión intrínsecamente colaborativa, que no existe en un procedimiento de adjudicación de un contrato público al que resultan aplicables las normas previstas en la Directiva 2014/24.

(33) Así, la preparación de un acuerdo de cooperación presupone que las entidades del sector público que se proponen celebrar tal acuerdo definan en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse. En cambio, tal fase de evaluación y de definición de las ne-

cesidades es, por regla general, unilateral en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario. En este último supuesto, el poder adjudicador se limita, en efecto, a convocar una licitación en la que se mencionan las especificaciones que él mismo ha adoptado.

(34) Cabe colegir de lo anterior que la existencia de una cooperación entre entidades del sector público se basa en una estrategia, común para los socios de dicha cooperación, y requiere que los poderes adjudicadores unan sus esfuerzos para prestar servicios públicos.

(35) En el presente caso se desprende que el acuerdo celebrado entre el Consorcio y el distrito no revela ninguna forma de cooperación entre las partes y que (38) el convenio controvertido en el litigio principal parece tener únicamente por objeto la adquisición de una prestación mediante el abono de una retribución. En estas circunstancias no se vería afectado por la exclusión prevista en el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24”.

Y por ello concluye afirmando lo siguiente:

“El artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no cabe considerar que exista una cooperación entre poderes adjudicadores cuando un poder adjudicador, responsable en su territorio de una misión de interés público, no lleva a cabo íntegramente él mismo tal misión que le incumbe en exclusiva en virtud del Derecho nacional y que requiere la realización de varias operaciones, sino que encarga a otro poder adjudicador, que no depende de él y que es también responsable de esa misión de interés público en su propio territorio, que efectúe alguna de las operaciones requeridas a cambio de una retribución”.

En definitiva, abre el ámbito interpretativo español (que lo limita en ocasiones de forma errónea a que no sea una prestación típicamente contractual), si bien hay que insistir en que la cooperación entre autoridades públicas debe ser real y efectiva. Es “indispensable” que haya una “participación conjunta de todas las partes del acuerdo de cooperación” en la prestación del servicio público³⁹.

La doctrina del TJUE rechaza las formas de cooperación aparentes, no reales y efectivas, en donde una de las partes contratantes se encarga de la gestión de los residuos (o de otro servicio público) de un grupo de entida-

39. El TJUE entiende que no es suficiente un “simple reembolso de gastos”, como “única contribución” de alguna de las partes del acuerdo, para conformar una relación cooperativa (ap. 29).

des territoriales, y el resto se limita a actuar como meros clientes ajenos a la gestión del servicio. Prácticas estas, en algunos casos, en donde el ente público principal, gestor efectivo del servicio público, solo está interesado en la aportación económica de otras entidades, para garantizar la viabilidad del modelo, pero mantiene el control pleno de la preparación y gestión del servicio para evitar riesgos políticos o administrativos, mientras que otras Administraciones cocontratantes son meros “clientes” que solo quieren pagar, sin colaborar ni aunar esfuerzos (o haciéndolo con escaso compromiso) por articular modelos colaborativos que mejoren los resultados de las políticas públicas vinculadas al servicio, como es en este caso la política de residuos⁴⁰.

Esto es lo que sucede en el supuesto analizado por la sentencia de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18), Informatikgesellschaft, que, recordando que “una cooperación entre poderes adjudicadores puede quedar excluida del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública previstas en esta Directiva cuando tal cooperación recaiga sobre actividades de apoyo a los servicios públicos que han de prestar, incluso de forma individual, cada uno de los socios de esa cooperación, siempre y cuando tales actividades de apoyo contribuyan a la realización efectiva de los referidos servicios públicos”, concluye que “un acuerdo que, por una parte, establece que un poder adjudicador cede gratuitamente un *software* a otro poder adjudicador y, por otra parte, se vincula con un acuerdo de cooperación en virtud del cual cada una de las partes de este último se obliga a ceder gratuitamente a la otra los futuros desarrollos del *software* que pudiera implementar constituye un ‘contrato público’, en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de esta Directiva, cuando tanto de los términos de los referidos acuerdos como de la normativa nacional aplicable resulte que dicho *software* será, en principio, objeto de adaptaciones”.

Como conclusión, en todo caso, como en todo negocio jurídico, para su delimitación será necesario atender a la causa del mismo⁴¹. Hay que des-

40. Criterio aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia 1774/2021, que reitera su criterio fijado en la sentencia de 21 de septiembre de 2020 en relación con los requisitos exigibles para una correcta articulación de las fórmulas de cooperación horizontal y vertical, recordando el carácter excepcional de la técnica de los encargos a medios propios y de la exigencia de comprobar que se cumplen los requisitos para que puedan ser considerados correctos.

41. Lo argumenta bien Santiago Iglesias (2015: 31): “se puede afirmar que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico es la causa y no el objeto. De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendrá naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, las Administraciones públicas intervinientes lo celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, mientras que el negocio jurídico de que se trate tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga, prevalentemente, el lucro de una de las partes”.

tacar que este requisito teleológico no es, obviamente, una mera exigencia abstracta, sino que, al amparo del artículo 50.1 de la LRJSP –que prevé que será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad–, las partes, al formalizar el convenio, deberían concretar expresamente los objetivos de interés público compartidos que se persiguen con su suscripción.

2.3

Los contratos de arrendamientos de inmuebles como actividad excluida en tanto no sea un contrato de obras

El concepto de obra pública había sido analizado desde una óptica funcional por el TJUE, atendiendo al dato de que exista influencia en la decisión final (STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania). Así ocurre cuando el poder adjudicador ha adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto (sentencia de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 44 y jurisprudencia citada)⁴².

En la sentencia de 22 de abril de 2021 (asunto C-537/19), *Comisión/Austria*, se analiza si ha existido una adjudicación directa, sin licitación ni anuncio para convocar esta, de un contrato relativo al edificio Gate 2 situado en Viena. La Comisión alega que, el 25 de mayo de 2012, *Wiener Wohnen* celebró, en calidad de poder adjudicador, con una empresa privada, un contrato de arrendamiento de larga duración sobre dicho inmueble, cuando este ni siquiera se había construido. Según la Comisión, *Wiener Wohnen* influyó en el diseño del edificio de un modo que excede ampliamente de las exigencias normales de un arrendatario interesado. Para la Comisión, ese contrato, que no puede estar comprendido en la exclusión prevista en el artículo 16, letra a), de la Directiva 2004/18, debe calificarse de “contrato de obras” en el sentido de esta Directiva (y entiende que la infracción de la Directiva 2004/18 que se produce en tales circunstancias persiste mientras subsista el contrato de arrendamiento en cuestión, que no puede rescindirse, de manera ordinaria, antes de 2040).

Según la jurisprudencia del TJUE, la cuestión de si determinada operación es o no un contrato público de obras, a efectos de la normativa de la

⁴². Como ejemplo de tales medidas, caber citar las instrucciones específicas del poder adjudicador que van más allá de las exigencias ordinarias de un arrendatario respecto de un inmueble como la obra de que se trata (en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania*, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 58).

Unión, compete al derecho de la Unión. En virtud del contrato público de obras, el poder adjudicador recibe una prestación que consiste en la realización de las obras que prevé obtener y que conlleva para él un beneficio económico directo. Pues bien, tal beneficio económico puede constatarse no solo cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato, sino también cuando se establece que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de esas obras, a los efectos de su afectación pública (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, apartados 48 a 51).

En la sentencia de 22 de abril de 2021 se recuerda que la calificación del contrato proyectado de “contrato de arrendamiento” por las partes no es determinante en este sentido (sentencia de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 40 y jurisprudencia citada). Y se da respuesta negativa a la consideración como contrato de obras de esta operación de arrendamiento. Se argumenta lo siguiente:

“45 De igual forma, carece de relevancia para la calificación del contrato el hecho de que el contrato principal no contenga, en su caso, una opción u obligación de recompra de los edificios construidos por parte del Ayuntamiento de Viena o de Wiener Wohnen (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 62).

46 Por otra parte, cuando un contrato contiene al mismo tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de otro tipo de contrato, habrá que referirse a su objeto principal para determinar su calificación jurídica y cuál es la normativa de la Unión que debe aplicarse (sentencia de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 41 y jurisprudencia citada).

47 Respecto al objeto de la operación controvertida, procede señalar que el contrato en cuestión se denomina ‘contrato de arrendamiento’ y contiene efectivamente elementos propios de un contrato de arrendamiento. No obstante, es preciso hacer constar que, en la fecha en que se celebró el contrato, la construcción de las obras contratadas no había comenzado aún. Por consiguiente, dicho contrato no podía tener como objetivo inmediato el arrendamiento de inmuebles. El objetivo de dicho contrato era la ejecución de la referida obra, que debía entregarse posteriormente a Wiener Wohnen sobre la base de un ‘contrato de arrendamiento’ (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 56)”.

Y en el caso concreto se entiende que no se ha acreditado esa influencia dominante (resultando accesoria la existencia de retribución). Se afirma: “En el presente asunto, procede señalar que la Comisión no ha alegado que Wiener Wohnen hubiera intentado ejercer alguna influencia en los planos del propietario del terreno, a saber, Vectigal Immobilien, antes de la recepción, el 28 de febrero de 2012, del estudio de los emplazamientos (Standortanalyse) que había encargado al experto inmobiliario”⁴³. Y se valida el contrato de arrendamiento como negocio excluido de la Directiva de contratación pública.

2.4

La adquisición de servicios jurídicos de defensa en proceso jurisdiccional como negocio jurídico excluido

Ha sido discutible la cuestión de contratación de servicios jurídicos, al no quedar clara la cuestión en la LCSP (en mi opinión, por un defecto formal de transposición). La Directiva 2014/23 es clara al respecto en su artículo 10, al afirmar que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”.

La profesión de abogado se caracteriza por ser un agente activo (partícipe) en la función pública de la Administración de Justicia (art. 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española). Y es así en toda Europa, lo que explica la aprobación de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977,

43. Para el TJUE “la estructura del edificio Gate 2, descrita en el citado estudio de viabilidad de 23 de enero de 2012, y la estructura que figura en el de 4 de mayo de 2012, que forma parte del contrato de arrendamiento en cuestión, son sustancialmente idénticas, y el documento más reciente contiene también precisiones adicionales, en particular por lo que se refiere a la utilización de determinados espacios, habiendo sido elaborados ambos documentos por el mismo despacho de arquitectos. [...] Por consiguiente, estos datos pueden corroborar la misma tesis que sostiene la República de Austria, según la cual ‘cuando se llevaron a cabo las negociaciones encaminadas a la celebración del contrato de arrendamiento ya estaba realizada completamente la planificación del edificio [Gate 2] [y que] Wiener Wohnen [...] no pudo nunca influir en el diseño arquitectónico o en la planificación concreta de las alas A y B del edificio [Gate 2]’”.

dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, que considera a esta una actividad regulada vinculada a la propia corrección del sistema judicial. De lo que se deduce, *per se*, que no tiene la consideración de relación jurídica de prestación de servicios típicamente civil o mercantil. Por ello se encuentran excluidos de la aplicación de la Directiva servicios de mercado interior de 2006, de 12 de diciembre (2006/123/CE), tal y como indica el considerando 88: “La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados”.

La Directiva 2014/24/UE ha modificado sustancialmente el régimen jurídico de la regulación de los servicios, eliminado su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división⁴⁴. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establecía que estos servicios solamente quedaran sujetos a la normativa contractual pública cuando su presupuesto superara los 750 000 euros (art. 4 de la Directiva), y que su objeto contractual no hubiera sido excluido expresamente al amparo de los artículos 7 a 17 de la misma. Por ello, la Directiva declara al respecto la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos. En su artículo 10 d) afirma que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”.

Esto significa que, para el derecho europeo, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública,

44. Los servicios jurídicos se contemplan en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. Dentro de esta categoría se incluyen una relación de servicios de muy diferente naturaleza y que el vocabulario común de contratos (CPV) aprobado por el Reglamento (CE) n.º 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, califica en tres grandes subcategorías que encuadra en los códigos 79110000-8 a 79140000-7: Representación en juicio; Asesoría; y Documentación e información jurídicas. La propia Directiva de contratación pública los define con más precisión y restringe los servicios jurídicos, concretamente los dos primeros (servicios de representación en juicio y asesoría), a los definidos en el art. 1 de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, que son las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios.

que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho, están formalmente excluidos y no tienen la consideración de contrato público⁴⁵. Y como explica Rubio Beltrán, países como Italia, Francia o Alemania han excluido los servicios jurídicos de “abogado” de la normativa de contratación pública.

Pero esta exclusión no se contempla de forma expresa en la LCSP. En mi opinión, en tanto se pueda justificar que existen derechos de propiedad intelectual, estarían excluidos los servicios jurídicos de defensa en juicio (como lo están, ex artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, los “informes forenses”)⁴⁶. Y ello por su propia naturaleza y función, y porque resulta indiscutible que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia⁴⁷.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 6 de junio de 2019 –asunto C-264/18–, que resuelve una cuestión prejudicial en la que se plantea si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24 es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva, que sin embargo garantizan la plena competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. En este caso, la legislación belga en materia de contratación pública que traspone la Di-

45. El considerando 25 de la Directiva justifica la exclusión a la que se refiere el art. 10.d) en el hecho de que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente un mercado nacional porque el derecho varía en cada Estado miembro, y no es este un mercado que se abra a la concurrencia de operadores de otros Estados. También es esa la razón por la que la Directiva aumenta el umbral económico para la aplicación de la regulación armonizada a los servicios jurídicos. El legislador europeo ha ponderado los principios de la contratación pública y ha considerado que no siempre hay que abrir las licitaciones o hay que hacerlo con el mismo grado de publicidad y garantías. El legislador europeo no aplica las medidas y garantías previstas en las directivas, o las pondera en su justa medida, cuando las circunstancias del mercado no exigen su protección. Y así se ha considerado en el caso de la prestación de los servicios jurídicos.

46. En ese mismo sentido se posiciona J. Rubio Beltrán, quien, con una excelente argumentación, advierte que todos los elementos propios que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que lleva a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales, obligatoriamente, debe conducir también a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público. *Vid.* Rubio Beltrán (2019: 202).

47. Lo razona muy bien Mesa Vila (2018). Este autor destaca que, especialmente en los servicios de asesoramiento jurídico continuado, nos encontramos ante un contrato con unas características muy singulares que lo hacen diferente al resto de contratos de servicios, pues se basan en un elemento imponderable y con un marcado grado de subjetividad que choca frontalmente con la objetividad y necesaria ponderación de los criterios de valoración de ofertas y, por tanto, con el sistema de contratación pública.

rectiva excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación. La sentencia rechaza que la Directiva menoscabe las libertades garantizadas por los tratados, al excluir los servicios jurídicos contemplados en el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), del ámbito de aplicación de esta, y, por tanto, no obligar a los Estados miembros a someterlos a las normas de adjudicación de contratos públicos.

El TJUE analiza este tipo de relación jurídica, y explica y justifica por qué quedan excluidos los servicios de defensa en juicio y el asesoramiento previo, habida cuenta de que en el considerando 25 de la Directiva no queda justificada esta exclusión, como ha quedado dicho. Para el Tribunal, lo que motiva la exclusión es que los “servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad”. Sigue diciendo la sentencia que “esa relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse”. Y añade que “la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente, cuyo objeto consiste, [...], tanto en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de la defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado [...], podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones”.

Y continúa concluyendo:

“De ello se desprende que, debido a sus características objetivas, los servicios contemplados en el artículo 10, letra d), incisos i) y ii), de la Directiva 2014/24 no son comparables a los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de esa Directiva.

39 En tercer lugar, por lo que respecta a los servicios jurídicos comprendidos entre las actividades que participan, siquiera ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública, contemplados en el artículo 10, letra d), inciso v), de la Directiva 2014/24, esas actividades, y, en consecuencia, esos servicios, están excluidos, con arreglo al artículo 51 TFUE, del ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Tratado relativas a la libertad de establecimiento y de las relativas a la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE. Tales servicios se distinguen de

los comprendidos en el ámbito de aplicación de esa Directiva ya que participan directa o indirectamente del ejercicio del poder público y de las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas.

40 De ello se desprende que, por su propia naturaleza, servicios jurídicos relacionados, siquiera ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública no son comparables, debido a sus características objetivas, con los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró en este caso el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24”.

Para el TJUE no hay dudas de que esta relación jurídica está excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. Y, por coherencia, si no es contrato público de servicios, no se puede justificar, desde el ámbito nacional, esa naturaleza. Es más, por el propio efecto útil del derecho europeo y carácter “pretoriano” de la jurisprudencia del TJUE habrá que entender (e interpretar la LCSP) que estas relaciones jurídicas no son contratos públicos.

Y de hecho, la LCSP no los excluye de forma expresa como servicios sometidos a las previsiones de la Ley (de hecho existe la obligación de atender de oficio a quien carezca de recursos, lo que revela la no existencia de una actividad exclusivamente mercantil). Por lo que, desde una interpretación sistemática que articule de forma correcta el ordenamiento jurídico europeo y el nacional, habría que concluir que estos servicios, para preservar el efecto útil de la norma, están excluidos. La explicación, como se ha dicho por el TJUE, viene dada por el carácter singular de la prestación, donde confidencialidad e intelectualidad conforman una relación *sui generis* que, aun de carácter oneroso, excluye las reglas de la contratación pública, pues no deben operar aquí los principios vinculados a la tensión competitiva del mercado.

Abunda esta explicación el dato, como elemento intrínseco, de la imprescindible mutua confianza en la selección de quien presta esta actividad, que, como apunta Mesa Vila, es la base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente. Esta afirmación –explica– tiene su apoyo y fundamento jurídico en el art. 4 del Código Deontológico de la Abogacía, previsto en el Estatuto de la Abogacía Española, que prescribe lo siguiente:

“Artículo 4. Confianza e integridad

1. La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

2. El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.
3. En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo”.

La base de la confianza se configura, de este modo, como una obligación jurídica, pero con un carácter marcadamente personal y subjetivo. Sin embargo, la relación entre abogado y cliente va más allá de su marco normativo, pues en ella destaca, sobre todos los demás, un elemento esencial para la supervivencia de la misma: la confianza, cuya ausencia o pérdida nos llevará inevitablemente a su extinción. Sin confianza no hay negocio jurídico.

La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la confianza (STS de 3 de abril de 1990), y, por ello, no procede la utilización de procedimientos competitivos, pues, en sentido estricto, la prestación no es de mercado, al no ser posible una “homogeneización de ofertas”⁴⁸. Dicha confianza se justifica no en una decisión caprichosa, pues, como elemento esencial de esta actividad, nos encontramos ante opciones de estrategia procesal donde hay decisiones de carácter intelectual (como los informes forenses) que obligan a concluir que esta relación jurídica tampoco en España encaja en la figura del contrato de servicios, y que, pese a la posible consideración de contrato armonizado, se trata de una prestación de naturaleza “personalísima”, excluida de las reglas procedimentales propias de la LCSP⁴⁹.

Por todo lo expuesto, y si nos atenemos a la previsión interpretativa del artículo 3 del Código Civil, “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual el intérprete ha de atender al

48. Como explica Fuertes López (2016), en relación con la sentencia TJUE de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, asunto C-410/14, no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el derecho europeo. Sobre los efectos prácticos de la técnica *open house*, revisten interés Díez Sastre (2021) y García-Álvarez García (2020).

49. Debe advertirse, como ha destacado Menéndez Sebastián (2018: 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “[l]os contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.

significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal de las directivas europeas sobre esta cuestión, tal y como ha advertido el TJUE, de forma que es evidente que los servicios jurídicos de defensa jurisdiccional no tienen la consideración de contrato público. La interpretación literal viene, en este caso, reforzada por la interpretación sistemática. El ordenamiento jurídico-administrativo constituye un sistema organizado de normas donde existen principios que garantizan el funcionamiento coherente ante un eventual conflicto entre las mismas. Y entre ellas, en una materia de derecho europeo (con finalidad armonizadora, no se olvide) deben resolverse las dudas interpretativas preservando el efecto útil del derecho europeo y de sus conceptos, de forma que una actividad que desde la lógica europea no tiene consideración de contrato público no la puede tener en la norma nacional. Y para extender las reglas procedimentales a escala nacional –lo que sería discutible– hará falta previsión expresa (con justificación) de tal decisión. Y esto no sucede con la regulación de los servicios jurídicos de defensa en la LCSP (y no se puede dar como algo “implícito”, como pretende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el referido Informe 4/2019).

En definitiva, estas actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales están excluidas de la LCSP, tanto desde la lógica gramatical como desde la sistemática y teleológica⁵⁰.

Y si es un contrato excluido de la LCSP su naturaleza será, como para todo contrato vinculado a la propiedad incorporeal, la de contrato privado (lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado), sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP, al no tramitarse –ni poder tramitarse– esta adquisición de conocimiento como contrato menor⁵¹. Esto significa que no hay límite temporal del contrato, que vendrá vinculado al cumplimiento efectivo de la prestación (como indica la legislación del derecho privado aplicable y ya admite el artículo 29 LCSP), ni límite cuantitativo del contrato (aunque la retribución

50. Por el contrario, la Junta Consultiva de Contratación Pública mantiene una posición contraria, aunque considera que se trata de un contrato no armonizado. Ver tanto el Informe 4/2019 como el Informe 52/2020.

51. Este criterio lo he defendido al analizar los contratos de producción televisiva. *Vid.* Gimeno Feliu (2018a).

deberá figurar explicitada en el contrato que se suscriba y ser adecuada a los honorarios propios de esta actividad). Obviamente, en cuanto se trata de un contrato que realiza una entidad del sector público, deberá existir un expediente administrativo que justifique la necesidad de la prestación y –aun de forma sucinta– los motivos de selección, determinando las condiciones del contrato a celebrar⁵².

2.5

Sobre el ámbito de relaciones con entidades sin ánimo de lucro

En la prestación de servicios a las personas en ámbitos tan sensibles como la sanidad, la educación y los servicios sociales, interesa de especial modo la correcta prestación, a un nivel óptimo de calidad, de dichos servicios, atendiendo al mejor resultado que pueda obtenerse, lo que tiene su importancia a la hora de articular los mecanismos jurídicos para su puesta en funcionamiento, de tal manera que pueden utilizarse fórmulas no contractuales o, en su caso, preverse singularidades en el concreto contrato público⁵³.

52. Ni siquiera es de aplicación el artículo 168 LCSP, que habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando "las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial". El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador "personalísimo".

53. Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio de 1997, Sodemare (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32). Desde esta premisa, puede afirmarse que el proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a personas (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes relacionadas, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en cuanto se ha acreditado que es un modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional. Los poderes públicos, como ya se ha advertido en este estudio, siguen "teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación" (considerando 114). Esta excepción, aunque poco clara, parece lógico extenderla a todo

La STJUE de 28 de enero de 2016, CASTA y otros, asunto C-50/14, supuso la apertura de nuevas perspectivas de colaboración con entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales. El TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio, o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia Croce Rossa y otros, C-113/13). Pero reconoce que, en casos de servicios sanitarios a personas, es posible que una normativa nacional habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria⁵⁴. La argumentación es muy clara:

“60 Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 ‘Spezzino’ y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 56 y jurisprudencia citada).

61 Por otra parte, no sólo un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que además el objetivo de mantener por razones de salud pública un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en una de las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Entran en ese ámbito las medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una

servicio a la persona, social o sanitario, a la vista de la redacción del articulado descrito. Y, en su caso, deberá respetar las mismas reglas y principios.

⁵⁴. Sobre el significado de esta jurisprudencia me remito a Gimeno Feliu (2018b). *Vid.* también Bernal Blay (2018: 2864-2865).

gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, deriven de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' y otros, C-113/13, apartado 57 y jurisprudencia citada).

62. En segundo lugar, un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).

63. Sin embargo, un sistema de organización del servicio de transporte sanitario como el que es objeto en el litigio principal, que permite a las autoridades competentes recurrir a asociaciones de voluntariado, debe contribuir efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 60)".

El TJUE, admitida esta posibilidad de cooperación, recuerda cuáles deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad:

a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las entidades privadas no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan⁵⁵;

b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;

c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" y otros, C-113/13, apartado 61).

⁵⁵. Sobre este aspecto, la STJUE de 21 de marzo de 2019, Falck A/S, define el concepto de entidades sin ánimo de lucro en los siguientes términos: "(59) constituyen 'organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro', en el sentido del artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24 [ídem redacción al artículo 19.2.f LCSP] las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación". Señala, por otra parte, en su apartado 60, que las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tampoco han de considerarse equivalentes a aquellos operadores a los que se reservan determinados contratos.

Asimismo, establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda el principio general del derecho de la Unión de prohibición del abuso de derecho.

Sobre esta cuestión, la STJUE de 21 de marzo de 2019 (asunto C-465/17) aborda tanto el concepto de entidades sin ánimo de lucro como el ámbito objetivo que permite la exclusión, afirmando, en relación a quienes tienen consideración de entidades sin ánimo de lucro, lo siguiente:

“(59) constituyen ‘organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro’, en el sentido del artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24, las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación”⁵⁶.

Aclarando –apartado 60– que las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tampoco han de considerarse equivalentes a aquellos operadores a los que se reservan determinados contratos (ver artículo 77.2 de la Directiva y D.A. cuarta de la LCSP), esto es, en el ámbito español, los centros especiales de empleo de iniciativa social, y a empresas de inserción, así como tampoco cooperativas u organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección.

Y en cuanto al ámbito objetivo que permite la exclusión de las reglas de la Directiva 2014/24 de contratación pública, aclara que solo están comprendidos en los códigos CPV 75251120-7 (servicios de socorro) y CPV 85143000-3 (servicios de ambulancia), y, en consecuencia, excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios de transporte en ambulancia “cualificados”, es decir, aquellos en los que (han de darse las dos condiciones): a) el transporte lo realice efectivamente personal con formación adecuada en primeros auxilios; b) esté destinado a un paciente cuyo estado de salud pueda agravarse durante el transporte.

Igualmente, la sentencia de 6 de febrero de 2020 (asunto C-11/19), Azienda, insiste en los requisitos de esta excepción al transporte en ambulancia, concluyendo que para ello debe tratarse de la atención y asistencia de pacientes en situación de emergencia en un vehículo de socorro por un técnico en transporte y emergencias sanitarias/socorrista, comprendida en el código CPV [Common Procurement Vocabulary (Vocabulario común de contratos públicos)] 75252000-7 (servicios de soco-

⁵⁶. Esta misma redacción se contiene en el artículo 19.2.f LCSP, por lo que la jurisprudencia resulta de indudable aplicación.

ro), y el transporte en ambulancia cualificado, que supone, además de la prestación del servicio de transporte, la atención y asistencia de los pacientes en una ambulancia por un socorrista asistido de un auxiliar de transporte sanitario, comprendido en el código CPV 85143000-3 (servicios de ambulancia), siempre que el transporte en ambulancia cualificado lo realice efectivamente personal con formación adecuada en primeros auxilios y esté destinado a un paciente cuyo estado de salud pueda agravarse durante el transporte. Y recuerda, además, como se fijaba en la jurisprudencia explicada, que no es admisible que las asociaciones asistenciales reconocidas por el derecho nacional como organizaciones de protección y defensa civiles se consideren “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro”, en el sentido de dicha disposición, en la medida en que el reconocimiento del estatuto de asociación asistencial no está supeditado en el derecho nacional a que persiga un fin no lucrativo, y, por otra parte, que las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar una función social, que carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación, constituyen “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro”, en el sentido de dicha disposición.

2.6

La determinación del valor estimado en los acuerdos marco

La sentencia de 17 de junio de 2021 (asunto C-23/20), Simonsen, aborda la cuestión relativa a la obligación de incluir el valor estimado en los contratos cuando se utilice la técnica del acuerdo marco. Así, en relación con cómo interpretar el artículo 49 de la Directiva 2014 de contratación pública, concluye que el anuncio de licitación debe indicar la cantidad o el valor estimados y una cantidad o un valor máximos de los productos que deben suministrarse en virtud de un acuerdo marco, y que, una vez alcanzado dicho límite, se agotarán los efectos de ese acuerdo marco, y, como consecuencia del principio de igualdad de trato contenido en el artículo 18 de la referida Directiva, debe indicarse la cantidad o el valor estimados y una cantidad o un valor máximos de los productos que deben suministrarse en virtud de un acuerdo marco de manera global, y dicho anuncio puede establecer aquellas exigencias adicionales que el poder adjudicador decida añadir.

2.7 Solvencia técnica y especificaciones técnicas como elementos diferentes

La STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), a modo de “carro de supermercado”, plantea varias cuestiones prejudiciales a las que da respuesta el TJUE. Se plantea ante el tribunal si las prescripciones técnicas pueden considerarse a la vez como criterio de selección relativo a la capacidad técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato. En concreto, se cuestiona: “¿Está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 58, apartado 4, de la Directiva 2014/24, del artículo 42 en relación con el anexo VII de esa Directiva o el artículo 70 de esta, una cláusula de un pliego de condiciones con arreglo a la cual se exige a los proveedores que demuestren que los vehículos necesarios para la prestación de servicios [de gestión de residuos] cumplen requisitos técnicos específicos, que incluyen, por ejemplo, requisitos relativos a las emisiones contaminantes (norma Euro 5), la instalación de un transmisor GPS y la capacidad de almacenamiento?”. Y la respuesta que se da (apartados 83 a 90) es afirmativa, recordando que la Directiva 2014/24 no excluye que las prescripciones técnicas puedan entenderse a la vez como criterios de selección relativos a la capacidad técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato, en el sentido, respectivamente, del artículo 58, apartado 4, del artículo 42 y del artículo 70 de dicha Directiva. Y, por ello, concluye lo siguiente:

“Los artículos 58, apartado 4, 42 y 70 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que pueden aplicarse simultáneamente a una prescripción técnica contenida en una licitación”.

Además, procede subrayar que, en el marco de la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta también si la calificación de las prescripciones controvertidas puede tener incidencia en las posibilidades de rectificación y de subsanación de las ofertas presentadas:

“92 A este respecto, procede señalar que, con arreglo al artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24, cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a esa Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro

de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia. 93 Como se desprende de reiterada jurisprudencia relativa a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), basada en particular en el principio de igualdad de trato y que procede aplicar por analogía en el contexto de dicho artículo 56, apartado 3, una petición de aclaraciones presentada a un operador económico en virtud de esa disposición no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que él mismo ha establecido. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse, por analogía, las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40; de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 36 y 40, y de 28 de febrero de 2018, MA.T.I. SUD y Duemme SGR, C-523/16 y C-536/16, EU:C:2018:122, apartados 51 y 52)".

El TJUE declara, por tanto, que la extensión del derecho del poder adjudicador de permitir al adjudicatario completar o aclarar en una fase posterior su oferta inicial depende del cumplimiento de las disposiciones del artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24, teniendo en cuenta, en particular, las exigencias del principio de igualdad de trato, y no, como tal, de la calificación de las prescripciones controvertidas en el litigio principal como criterios de selección relativos a la "capacidad técnica y profesional" de los operadores económicos, en el sentido del artículo 58, apartado 4, de dicha Directiva, como "especificaciones técnicas", en el sentido del artículo 42 de esta, o como "condiciones de ejecución", en el sentido del artículo 70 de la citada Directiva.

2.8

Solvencia versus condiciones de ejecución en la gestión de residuos

La sentencia de 8 de julio de 2021 (asunto C-295/20), Sanresa, es de especial interés en cuanto permite delimitar condiciones de solvencia con condiciones especiales de ejecución. El Tribunal aclara que la obligación de obtener

la autorización de las autoridades competentes afectadas para poder trasladar residuos de un Estado miembro a otro Estado no guarda relación con la solvencia económica y financiera de un operador económico, ni puede asimilarse ni a la de estar inscrito en un registro profesional o mercantil en un Estado miembro ni a la obligación de ser titular de una autorización especial o de pertenecer a una determinada organización (apartado 44). Por tanto, la obligación de obtener tal autorización no está comprendida en la habilitación para ejercer la actividad profesional, en el sentido del artículo 58, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva (apartado 45). Así, la obligación de obtener la autorización de las autoridades competentes de los Estados de expedición, de tránsito y de destino con anterioridad al traslado de residuos, prevista en los artículos 3 a 6 del Reglamento (CE) n.º 1013/2006, forma parte de la ejecución del contrato, puesto que tiene por objeto fijar las condiciones especiales, destinadas a tener en cuenta consideraciones medioambientales, que deben regir la exportación de residuos a otro Estado. Por este motivo, esta exigencia solo puede oponerse eficazmente a los operadores económicos que tengan la intención de exportar residuos a otro Estado. Las conclusiones de la sentencia son claras:

“Los artículos 18, apartado 2, 58 y 70 de la Directiva 2014/24/UE [...], deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicio de gestión de residuos, la obligación de un operador económico que pretenda trasladar residuos de un Estado miembro a otro Estado de disponer, con arreglo en particular a los artículos 2, punto 35, y 3 del Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, de la autorización de las autoridades competentes de los Estados miembros afectados por ese traslado constituye una condición de ejecución de ese contrato.

2) El artículo 70 de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 18, apartado 1, de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se rechace la oferta de un licitador por el único motivo de que este no haya aportado la prueba, en el momento de presentación de la oferta, de que cumple una condición de ejecución del contrato de que se trate”.

2.9

Solvencia y registros oficiales

La sentencia de 20 de mayo de 2021 (asunto C-6/20), *Sotsiaalministeerium*, señala que se incumple el derecho europeo cuando una norma nacional

indica, atendiendo al principio de reconocimiento mutuo de las cualificaciones que prevalece en la fase de selección de los licitadores, que el poder adjudicador debe exigir, como criterio de selección cualitativa, que los licitadores acrediten, desde el momento de la presentación de su oferta, y tal como exige la normativa aplicable a la actividad objeto del contrato público de que se trate, que están inscritos en un registro, o disponen de una autorización expedida por la autoridad competente del Estado miembro de ejecución de dicho contrato, aun cuando estén ya registrados o dispongan de una autorización similar en el Estado miembro en que estén establecidos⁵⁷. La respuesta del tribunal no genera dudas:

“46 Por otra parte, la obligación de que un operador económico se registre en el Estado miembro de ejecución del contrato público de que se trate o de que disponga en él de una autorización presupone, ciertamente, que el adjudicatario estará obligado a disponer de un establecimiento en dicho Estado. En cambio, no ofrece ningún tipo de información sobre las modalidades de ejecución de dicho contrato. Por lo tanto, la exigencia de estar registrado o disponer de una autorización no puede considerarse expresión de una condición especial relativa a la ejecución de dicho contrato.

47 Por consiguiente, procede determinar si el artículo 46 de la Directiva 2004/18 se opone a que un poder adjudicador imponga, como criterio de selección cualitativa de los licitadores, la concesión de un certificado de registro o de una autorización en el Estado miembro de ejecución del contrato público de que se trate, incluso en el supuesto de que los licitadores ya estén registrados o dispongan de una autorización similar en el Estado miembro en que están establecidos”.

Aclarando también que en estos casos no puede invocarse el principio de protección de la confianza legítima por una autoridad nacional, recordando que el mismo solo se extiende a un justiciable al que una autoridad administrativa nacional haya hecho concebir esperanzas fundadas basadas en garantías concretas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables, que le hubiera proporcionado (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de agosto de 2018, *Ministru kabinetis*, C-120/17,

57. El Tribunal de Justicia ya había considerado que el hecho de que un Estado miembro supedite la ejecución de prestaciones de servicios por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro a la posesión de una autorización de establecimiento en el primer Estado tendría como consecuencia privar de todo efecto útil al artículo 56 TFUE, cuyo objeto es precisamente eliminar las restricciones a la libre prestación de servicios por parte de personas no establecidas en el Estado miembro en cuyo territorio deba realizarse la prestación (véase, por analogía, la sentencia de 10 de febrero de 1982, *Transporoute et travaux*, 76/81, EU:C:1982:49, apartado 14).

EU:C:2018:638, apartado 50 y jurisprudencia citada; de 5 de marzo de 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, apartado 97, y de 19 de diciembre de 2019, GRDF, C-236/18, EU:C:2019:1120, apartado 46).

2.10

Sobre el concepto de operador económico. Supuestos singulares

En la sentencia de 11 de junio de 2020 (asunto C-219/19), Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura, se analizan los requisitos para que una entidad pueda ser admitida a una licitación. El origen es la decisión de la Autoridad Nacional Anticorrupción de Italia, que denegó la solicitud de inscripción de Parsec en el registro nacional de sociedades de ingenieros y profesionales habilitados para prestar servicios de arquitectura y de ingeniería (Parsec es una fundación de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituida con arreglo al Código Civil italiano).

El TJUE recuerda que el concepto de “operador económico” debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que incluya a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica que haya escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas, deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no “personas jurídicas” en todas las circunstancias.

Las consideraciones de la sentencia son:

“23 [...] conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 20 y 21 de la presente sentencia, el Derecho nacional no puede prohibir que una fundación sin ánimo de lucro facultada para ofrecer determinados servicios en el mercado nacional participe en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de esos mismos servicios.

24 Esta interpretación no queda desvirtuada por el motivo, que formula el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial y que reproduce el Gobierno italiano en sus observaciones escritas, de que la definición restrictiva del concepto de ‘operador económico’ que figura en el artículo 46 del Código de los Contratos Públicos en el contexto de los servicios relacionados con la arquitectura y la ingeniería se justifica por la elevada profesionalidad necesaria para garantizar la

calidad de tales servicios y por una supuesta presunción en virtud de la cual las personas que prestan estos servicios de manera continua, con carácter profesional y remunerado, suelen haber ejercitado su actividad de forma ininterrumpida y haber realizado cursos de perfeccionamiento profesional.

25 En primer lugar, como ha señalado la Comisión Europea, dicho Gobierno no ha demostrado la existencia de ninguna correlación particular entre, por un lado, el nivel de profesionalidad acreditado en el marco de la prestación de un servicio y, en consecuencia, la calidad del servicio prestado y, por otro lado, la forma jurídica en la que se ha constituido el operador económico que presta dicho servicio.

26 En segundo lugar, en lo que atañe a la 'presunción' según la cual las personas que prestan servicios relacionados con la arquitectura y la ingeniería con carácter profesional y remunerado suelen haber ejercido su actividad sin interrupción y haber seguido cursos de perfeccionamiento profesional, basta con señalar que tal presunción no puede prosperar conforme al Derecho de la Unión, ya que es incompatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, expuesta en el apartado 20 de la presente sentencia, de la que se desprende que, cuando una entidad está facultada por el Derecho nacional para ofrecer en el mercado servicios de arquitectura e ingeniería en el Estado miembro de que se trate, no puede negársele el derecho a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público relativo a la prestación de esos mismos servicios.

27 Por último, procede añadir que el legislador de la Unión era sensible a la importancia de que los candidatos y licitadores en el ámbito de los contratos públicos de servicios y de obras, así como de determinados contratos públicos de suministro, presenten un alto nivel de profesionalidad. Con este fin estableció, en el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2014/24, la posibilidad de exigir a las personas jurídicas que indiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional pertinente del personal responsable de ejecutar el contrato de que se trate. En cambio, con ese mismo fin, el legislador de la Unión no estableció ningún trato diferenciado en función de la forma jurídica en la que esos candidatos y licitadores hayan decidido operar.

28 Por tanto, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 19, apartado 1, y 80, apartado 2, de la Directiva 2014/24, a la luz del considerando 14 de dicha Directiva, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que las entidades sin ánimo de lucro participen en un

procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios de ingeniería y de arquitectura, aun cuando tales entidades están habilitadas por el Derecho nacional para ofrecer los servicios a que se refiere dicho contrato”.

Por otra parte, en los procedimientos restringidos, la sentencia de 11 de julio de 2019 (asunto C-697/17), Telecom Italia, admite que pueda presentar una oferta un candidato preseleccionado que se compromete a absorber a otro candidato preseleccionado, en virtud de un acuerdo de fusión celebrado entre la fase de preselección y la de presentación de ofertas y cumplido tras dicha fase de presentación, habida cuenta del requisito de identidad jurídica y material entre los operadores económicos preseleccionados y los que presentan las ofertas. Y ello porque, en palabras del TJUE, “que un candidato refuerce su capacidad económica y técnica tras la preselección no es contrario a los intereses de la entidad adjudicadora. Puede, incluso, considerarse normal que un candidato se dote de medios que le permitan asegurarse de su capacidad para garantizar una buena ejecución del contrato”.

Y admite que “este fortalecimiento de la capacidad económica y técnica puede incluir recurrir a las capacidades de otros operadores económicos y, en su caso, la absorción parcial o completa de un operador económico, incluido un operador económico que participa en el mismo procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público” (apartado 46).

2.11

La valoración de solvencia. Obligación de permitir al operador económico aclarar el cumplimiento de las exigencias

Un tema práctico de especial relevancia guarda relación con el momento de valoración de la solvencia de los licitadores y la decisión de su exclusión por no cumplir los requisitos (conviene recordar que el artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24 autoriza a los Estados miembros a limitar los supuestos en los que los poderes adjudicadores podrán solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o los documentos supuestamente incompletos, erróneos o que falten en un plazo adecuado)⁵⁸. La sentencia de 2 de mayo

⁵⁸. En todo caso, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general para garantizar la igualdad de trato de los licitadores, la norma nacional (y su interpretación) no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (en este sentido, la sentencia de 8 de febrero de 2018, Lloyd’s of London, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 32 y jurisprudencia citada).

de 2019 (asunto C-309/18), Lavorgna Srl, señala que “el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la exclusión de un operador económico del procedimiento de adjudicación de un contrato público a raíz del incumplimiento, por su parte, de una obligación que no resulta expresamente de los documentos relativos a dicho procedimiento o de la ley nacional vigente, sino de una interpretación de dicha ley y de dichos documentos, así como de la integración, por parte de las autoridades o de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa nacionales, del contenido preceptivo de dichos documentos”. Y por ello concluye lo siguiente:

“[...] el hecho de no indicar por separado los costes de mano de obra, en una oferta económica presentada en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, conlleva la exclusión de dicha oferta sin posible subsanación de defectos de tramitación, incluso en el supuesto de que en la documentación de la licitación no se especificase la obligación de indicar esos costes por separado, puesto que esa condición y esa posibilidad de exclusión están claramente previstas en la normativa nacional relativa a los procedimientos de contratación pública a la que se hacía una remisión expresa. Sin embargo, si las disposiciones de la licitación no permiten a los licitadores indicar esos costes en sus ofertas económicas, los principios de transparencia y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que se permita a los licitadores regularizar su situación y cumplir las obligaciones previstas por la normativa nacional en la materia en un plazo establecido por el poder adjudicador”.

2.12

Límites de “prohibiciones” por falsedad de documentos cuando son varias las entidades que conforman el operador económico

La STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), aborda también la cuestión de cómo incide la falsedad documental de una empresa cuando concurre con otras en UTE o como recursos ajenos. El Tribunal aclara que en estos casos el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad afectada⁵⁹. La sentencia afirma al respecto lo siguiente:

⁵⁹. Dicho principio, desde la óptica del derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los ob-

“En efecto, de ese principio, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, se desprende que las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en la ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 48, y de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 45).

156 A este respecto, procede recordar que, al aplicar motivos facultativos de exclusión, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención a este principio. Pues bien, esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al licitador no como consecuencia de un incumplimiento que se le pueda imputar, sino por un incumplimiento cometido por una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir y frente a la que no dispone de ninguna facultad de control (véanse, en ese sentido, las sentencias de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 48, y de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 39).

157 En efecto, el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad afectada. A este respecto, el poder adjudicador debe tener en cuenta los medios de que disponía el licitador para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad a cuya capacidad tenía intención de recurrir (sentencia de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 40).

158. Por consiguiente, procede responder a la undécima cuestión prejudicial que el artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 57, apartados 4 y 6, de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando un operador económico, miembro de una agrupación de operadores económicos, haya sido declarado culpable de falsedad al proporcionar la información exigida para verifi-

jetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, apartado 13; de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, *as. C157/96, National Farmers' Union y otros*, apartado 60). En consecuencia, debe entenderse que dicho principio obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa y “equilibrada” con los distintos intereses en juego, descartando interpretaciones formalistas contrarias al resultado perseguido por la norma. Por todos, en esta materia, Gómez Fariñas (2017).

car que la agrupación no incurre en ningún motivo de exclusión o que esta cumple los criterios de selección, sin que sus socios tuvieran conocimiento de esa falsedad, puede dictarse una medida de exclusión de cualquier procedimiento de adjudicación de contrato público contra la totalidad de los miembros de esa agrupación”.

2.13 Imposibilidad de laminar el alcance de las técnicas de *self-cleaning*

Como es sabido, las vigentes directivas sobre contratación pública prevén la posibilidad de excepcionar la aplicación de una prohibición de contratar –sin distinguir entre obligatorias y facultativas– a través de las llamadas medidas autocorrectoras, de autolimpieza o de *self-cleaning* (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE (“sectores clásicos”) y artículo 38.9 de la Directiva 2014/23/UE (“concesiones”)⁶⁰. De esta manera, y en atención al principio de proporcionalidad que exige que las prohibiciones no excedan de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos propuestos por las directivas, se contempla la posibilidad de evitar su aplicación a través del establecimiento de medidas de autocorrección, cuando los candidatos o licitadores en los que concurre un motivo de exclusión han adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su inadecuado comportamiento e impedir de manera efectiva que este se vuelva a repetir. Como bien nos recuerda T. Medina Arnáiz, estas medidas incorporan a la contratación una opción de política criminal para lograr uno de los objetivos perseguidos con las prohibiciones de contratar, esto es, promover la integridad, pero sin la pérdida de competitividad que supone tener que excluir a ciertos operadores económicos de los procedimientos de adjudicación⁶¹. Este es, de hecho, uno de los argumentos principales esgrimidos por quienes defienden la inclusión de estas medidas de corrección en la normativa contractual, pues frente al deber legal que supone para el órgano de contratación la exclusión de un licitador o candidato que se encuentra incurso en una situación de prohibición de contratar, entienden que deben arbitrarse vías que permitan

60. Sobre la incorporación de las medidas de *compliance* a las directivas de 2014 sobre contratación pública y su vinculación con la lucha contra la corrupción, véase Medina Arnáiz (2016: 105 y ss.) y Rodríguez-Arana Muñoz (2016).

61. En este sentido, hemos de recordar que uno de los objetivos de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia lo más amplia posible, tal como señala el TJUE en sus sentencias de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, apartado 39, y de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08, apartado 37.

excepciones a la misma si se muestran garantías suficientes respecto de la implementación de un modelo de organización, gestión y control idóneo para la prevención de delitos y conductas contrarias a la norma.

En todo caso, el reconocimiento legal de estas pautas de conducta re-define el alcance, e incluso el fundamento, de las prohibiciones de contratar, puesto que la adopción por parte del operador económico de medidas para reparar y prevenir en el futuro comportamientos “inapropiados” no se contempla como criterio de atenuación de responsabilidad en un procedimiento de declaración de la prohibición de contratar –como sería, por ejemplo, para determinar la duración de la prohibición de contratar–, sino como exención, ya que, “cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate” (considerando centésimo segundo de la Directiva 2014/24/UE).

La sentencia de 11 de junio de 2020 (asunto C-472/19), Vert Marine SAS, concluye que una norma nacional es contraria al derecho europeo cuando no concede a un operador económico condenado en firme por una de las infracciones contempladas en las directivas, y que es objeto, por esa razón, de una prohibición de pleno derecho de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión, la posibilidad de presentar pruebas de que ha adoptado medidas correctoras que pueden demostrar la recuperación de su fiabilidad. La sentencia (sobre la Directiva de concesiones, pero de igual aplicación a la Directiva 2014/24 de contratación pública) argumenta lo siguiente:

“El artículo 38, apartados 9 y 10, de la Directiva 2014/23 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se confíe a las autoridades judiciales el cometido de examinar si las medidas correctoras adoptadas por un operador económico son adecuadas, siempre que el régimen nacional establecido a tal efecto respete todas las exigencias fijadas en el artículo 38, apartado 9, de esta Directiva y que el procedimiento aplicable sea compatible con los plazos impuestos por el procedimiento de adjudicación de contratos de concesión. Por otra parte, el artículo 38, apartado 9, de la Directiva 2014/23 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a las autoridades judiciales levantar a una persona la prohibición de pleno Derecho de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión a raíz de una condena penal, eliminar tal prohibición u omitir toda mención de la condena en el registro de antecedentes penales, siempre que tales procedimientos judiciales obedezcan efectivamente a las condiciones fijadas y al objetivo perseguido por ese régimen y, en particular, permitan que, cuando un operador económico desee parti-

cipar en un procedimiento de adjudicación de contratos de concesión, se levante, con tiempo suficiente, la prohibición que le afecta, a la luz de si las medidas correctoras invocadas por ese operador y evaluadas por la autoridad judicial competente de conformidad con las exigencias previstas en esa disposición son adecuadas, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

Esta sentencia tiene especial interés en España, pues afecta a la correcta interpretación del artículo 72.5, 2.º párrafo, LCSP, que impide la medida de *self-cleaning*.

2.14

La incidencia de la subcontratación en fase de solvencia y en fase de ejecución

La subcontratación resulta una técnica natural de la contratación pública vinculada al correcto (y mejor) cumplimiento de la prestación⁶². Para comprobar la corrección de su aplicación habrá que respetar las exigencias fijadas en la sentencia TJUE de 14 de julio de 2016, Wrocław, que recuerda que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo⁶³. Criterio avalado por la sentencia TJUE de 5 de abril de 2017, Borta, que admite como posibilidad, respetando el principio de proporcionalidad, que se pueda restringir la opción de la subcontratación.

Así, la sentencia de 26 de septiembre de 2019 (asunto C-63/18), Vitali SpA, considera no conforme al derecho europeo una norma nacional (en este caso la italiana, que pretendía limitar las infiltraciones mafiosas) que limita al 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar con terceros. De esta sentencia, que no limita la opción de condicionar la subcontratación, resulta de interés el razonamiento de que el artículo 71 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, permite reglas complementarias en materia de subcontratación. En particular, el referido artículo 71 dispone

62. Sobre esta regulación en la LCSP puede consultarse Jordano Fraga (2019).

63. El Tribunal recuerda que una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras que impone límites al recurso a la subcontratación para una parte del contrato fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afecta, es incompatible con la citada Directiva, aplicable en el marco del litigio que dio lugar a la referida sentencia.

que el poder adjudicador podrá pedir –o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir– al licitador que le informe de su intención de proceder a una subcontrata, así como la posibilidad, en determinadas condiciones, de que el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el contratista principal. Asimismo, el citado artículo 71 establece que los poderes adjudicadores, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, podrán comprobar si concurren motivos para excluir a algún subcontratista con arreglo al artículo 57 de dicha Directiva, en particular en lo referente a la participación en una organización delictiva, la corrupción o el fraude.

Por otra parte, la sentencia de 20 de enero de 2020 (asunto C-395/18), *Tim SpA*, admite que la entidad adjudicadora tiene la facultad –o incluso la obligación– de excluir (pero no de forma automática) al operador económico que ha presentado la oferta de la participación en el procedimiento de licitación cuando se constate que concurre el motivo de exclusión previsto en la citada disposición, con respecto a alguno de los subcontratistas mencionados en la oferta de dicho operador económico.

Vinculado a la solvencia/subcontratación, en la sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-267/18), *Delta Antrepriză*, en relación con los efectos de un incumplimiento previo contractual imputable a un subcontratista y la posibilidad de considerar tal supuesto como causa de exclusión del contratista principal en futuras licitaciones, se concluye, en relación con su adecuación al derecho europeo de los contratos públicos⁶⁴, que “debe interpretarse en el sentido de que la subcontratación por un operador económico de una parte de las obras en el marco de un contrato público anterior, decidida sin la autorización del poder adjudicador y que dio lugar a la resolución de dicho contrato, constituye una deficiencia significativa o persistente constatada en el cumplimiento de un requisito sustancial relativo a ese mismo contrato, en el sentido de la citada disposición, y puede, por tanto, justificar la exclusión del operador económico de la participación en un procedimiento de contratación pública posterior si el poder adjudicador que organiza este último procedimiento de contratación pública, tras haber realizado su pro-

64. La sentencia advierte que la facultad que dispone todo poder adjudicador de excluir a un licitador de un procedimiento de contratación pública tiene esencialmente como razón de ser permitirle apreciar la integridad y la fiabilidad de cada uno de los licitadores. En particular, la causa facultativa de exclusión contemplada en el artículo 57, apartado 4, letra g), de la Directiva 2014/24, en relación con su considerando 101, tiene como sustento un ingrediente esencial en la relación del adjudicatario del contrato con el poder adjudicador, a saber, la fiabilidad del primero, sobre la que se funda la confianza que el segundo deposita en él (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, apartados 29 y 30).

pia valoración de la integridad y la fiabilidad del operador económico en relación con el cual se haya acordado la resolución anticipada del contrato público anterior, estima que tal subcontratación entraña la ruptura de la relación de confianza con el operador económico en cuestión. Sin embargo, de conformidad con el artículo 57, apartado 6, de la citada Directiva, en relación con su considerando 102, el poder adjudicador, antes de pronunciarse sobre la exclusión, deberá dar al operador económico la posibilidad de exponer las medidas correctoras que haya adoptado a raíz de la resolución del contrato público anterior”.

2.15 Sobre el alcance de la confidencialidad

La confidencialidad y correlativa protección de los secretos comerciales aparece como un principio jurídico de especial relevancia en las actividades económicas, es un contrapunto de la regla de transparencia y su objeto es proteger bienes y derechos que no deben ser objeto de conocimiento general o público⁶⁵. Es un derecho claramente vinculado al ejercicio del derecho de libertad de empresa, que es un valor jurídico superior de nuestro ordenamiento nacional y del derecho comunitario europeo. Entre otras cosas porque la desprotección de los secretos comerciales, la ausencia de una aplicación razonable del deber de confidencialidad, pondría en riesgo el sistema de competencia empresarial. En este sentido, cuando la divulgación de información económica de una empresa –como es evidente que puede suceder en la determinación de precios de financiación de los medicamentos– pueda causar un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial, como ya se establecía en el Reglamento (CE) n.º 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Como ejemplos de información que pueda considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, el fondo de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes, además de la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.

Abunda en este razonamiento el preámbulo de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que en línea con lo que ya se recogía en

65. Sobre la confidencialidad, pueden verse Razquin Lizarraga (2013, 2014); Beltrán Gómez (2013); Cerrillo i Martínez (2016); Serrat Romaní (2017), y Esteve Pardo (2017).

el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 1 de junio de 2018, advierte lo siguiente:

“La innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente. Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado”.

La confidencialidad, como principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada, por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento⁶⁶. En definitiva, como en todo procedimiento de licitación pública, hay que preservar la confidencialidad de aquellos elementos de funcionamiento de la empresa que tengan la consideración de secretos comerciales, dado que hay que tener en cuenta que el TJUE ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general del derecho de la Unión y, por ello, con especial protección (véanse las sentencias de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, apartado 28, y la STJCE de 19 de mayo de 1994, SEP/Comisión, apartado 37). Los secretos empresariales son dignos de protección, no solo por la innovación, sino también por la necesaria competencia entre empresas, que debe ser real y efectiva y no falseada⁶⁷.

66. Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE de 15 de junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, lo que si bien no alude a los secretos de carácter industrial, nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial. Sobre el principio de confidencialidad resulta de especial interés Razquin Lizarraga (2018).

67. Así lo resalta la STJUE de 29 de enero de 2013, asuntos T-339/10 y T-532/10, que justifica la confidencialidad en la posible utilización futura por los competidores de los secretos empresariales a los que pudieran acceder, lo que vulneraría el principio de competencia y además quebraría la relación de confianza entre los licitadores y los poderes adjudicadores, puesto que los operadores económicos deben facilitar información a las entidades adjudicadoras sin mie-

Sobre cómo “gestionar” esta protección de la confidencialidad se pronuncia la STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), que señala lo siguiente: un poder adjudicador ante el que un operador económico haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial, que figura en la oferta de un competidor al que se haya adjudicado el contrato, no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del derecho de la Unión relativas a la protección de la información confidencial, aun cuando la solicitud del operador económico se presente en el marco de un recurso interpuesto por ese mismo operador en relación con la legalidad de la apreciación, por el poder adjudicador, de la oferta del competidor (en España, la Ley de Secretos Empresariales citada). En todo caso, desde la necesaria ponderación de intereses de protección (bajo el auspicio del derecho a la buena administración), se obliga a que el poder adjudicador deba motivar de forma adecuada y suficiente su decisión denegatoria (o de no proteger lo confidencial). Y es que, como se recuerda, en aplicación de las directivas “recursos”, el órgano jurisdiccional nacional competente que conoce de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega la comunicación, a un operador económico, de la información considerada confidencial que figura en la documentación transmitida por el competidor al que se haya adjudicado el contrato, o bien de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se desestima el recurso administrativo interpuesto contra esa decisión denegatoria, está obligado a ponderar el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva con el derecho de su competidor a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales.

2.16

Sobre los precios predatorios y ofertas a pérdidas

Una cuestión muy importante, desde la óptica tanto de la contratación pública como del derecho de la competencia, tiene que ver con las ofertas anormales. La sentencia de 10 de septiembre de 2020 (asunto C-367/19), Tax-Fin-Lex, analiza la viabilidad de las ofertas a cero euros. La sentencia recuerda que en derecho europeo se considera que hay contratos públicos en “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecu-

do a que estas comuniquen a terceras personas datos cuya divulgación les pueda perjudicar (apartados 99 y 100).

ción de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”⁶⁸. Y la sentencia advierte –dato muy importante– que el hecho de que ser adjudicatario de aquel contrato pudiera tener un valor económico para el licitador, por cuanto le daría acceso a un nuevo mercado o le permitiría conseguir referencias, resulta excesivamente aleatorio y, por consiguiente (como señalaba el Abogado General en los puntos 63 a 66 de sus conclusiones), no es suficiente para que tal contrato pueda calificarse de “contrato oneroso”. La oferta a cero euros es, según el TJUE, un claro ejemplo de anormalidad de oferta, y debe aplicarse, por ello, el procedimiento establecido en el artículo 69 de la Directiva 2014 de contratación pública, por lo que debe concederse un trámite de explicaciones al licitador, y solo podrá rechazar tal oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos (atendiendo, claro, al principio de igualdad de trato y al principio de proporcionalidad).

Esta sentencia del TJUE debe ser debidamente contextualizada, pues en modo alguno valida *per se* la estrategia de ofertas a coste cero (o pérdidas). Como ha explicado F. Castillo Blanco⁶⁹, la fijación de precios por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un *dumping* consistente en la eliminación de competidores, que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores⁷⁰. Desde luego, y al menos en aquellos supuestos previstos en el artículo 17.2 de la legislación sobre competencia, no puede ni debe ser permitido⁷¹. En las propias palabras del

68. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del sentido jurídico habitual del término “oneroso” se desprende que hace referencia a un contrato en virtud del cual cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, apartado 28). El carácter sinalagmático del contrato es, así, una característica esencial de un contrato público (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, apartado 43; de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, apartado 40, y de 18 de junio de 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, apartado 47).

69. Castillo Blanco (2020).

70. El recurrente, en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de mayo de 2016 (rec. núm. 88/2016), argumentará que es la “no búsqueda de beneficio y el interés reputacional” la clave de la cuestión, razonando que “el licitador propuesto a adjudicatario por el Ayuntamiento reconoce expresamente que está incurriendo en ‘dumping’, conducta prohibida por la Ley 15/2.007 de 13 de julio de Defensa de la Competencia, en este sentido se antoja inconcebible que una Administración Pública ampare el incumplimiento de la Ley cuando de acuerdo con la Constitución Española es precisamente la Administración la que tiene un especial deber de diligencia en cuanto a la exigencia del cumplimiento de la Ley, también la 15/2.007, actuación de la que debiera dar parte al Servicio de Defensa de Competencia y en su caso al Tribunal”.

71. Esta opinión se mantiene en Fernández y Valcárcel (2014: 270). Recordemos, a estos efectos, que dicho artículo contempla tres supuestos: a) cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo

Acuerdo 29/2011 del TACPA, la existencia de una competencia efectiva es un requisito indispensable para llevar a cabo un gasto público eficiente. Es más, en aplicación del principio de proporcionalidad, en el supuesto de ofertas a pérdidas resulta evidente el límite de respeto efectivo de la libre competencia y correcto cumplimiento del contrato/concesión⁷². Un funcionamiento normal del mercado debe posibilitar la salvaguardia de la competencia, aun permitiendo obtener precios competitivos como resultado de la licitación pública, pero con límites para proteger el propio contrato público⁷³.

Esta conclusión se refuerza aún más en el actual contexto de movilización de inversiones a través de los fondos europeos *Next Generation*⁷⁴. Los fines de los fondos europeos, marcados por el Reglamento de la UE, son –insistimos– la nueva “brújula” en la determinación de criterios de adjudicación y de exigencias de ejecución, sin olvidar el carácter instrumental de los contratos públicos derivados de estos fondos (que no responden a necesidades ordinarias, sino al fin de invertir recursos públicos para transformar y reactivar el país). Las exigencias de mayor rendimiento de estos fondos (de marcado carácter instrumental) aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas del proyecto en términos de valor. Esto significa, por ejemplo, que los criterios vinculados a la sostenibilidad de las fórmulas concesionales que se impulsen deben ser pilar de toda decisión pública derivada de estos fondos, superando inercias formalistas que continúan exigiendo una vinculación estricta con el objeto de la licitación y su eficaz cumplimiento.

establecimiento; b) cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

72. Hay que recordar que los modelos concesionales deben pivotar sobre la correcta prestación del “servicio público”, de tal forma que las estrategias económicas de los licitadores que pongan en riesgo no asumible la eficaz prestación deben ser rechazadas, no tanto por ser anormales (como lo serán en el caso de ofertas a pérdidas), sino por ser incompatibles con el elemento causal del negocio jurídico. Incompatibilidad evidente desde la correcta visión decisional de la necesaria óptica de la buena administración. Las ofertas a pérdidas en modelos concesionales alteran toda la planificación financiera del mismo, comprometiendo el interés general. Por ello, resulta una práctica ajena a la correcta aplicación de los principios de la contratación pública.

73. Así lo indica, por ejemplo, el Acuerdo 21/2013, de 30 de abril de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, donde se afirma que “la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. [...] Como señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad”.

74. *Vid.* Gimeno Feliu (2021a).

Así, en este contexto europeo de nueva gestión contractual para movilizar inversiones sostenibles que permitan la reconstrucción y la resiliencia, la opción de ofertas a pérdidas carece de fundamento jurídico, al ir en contra de lo que son los nuevos cánones de una gestión estratégica y responsable de los modelos concesionales como pilar de garantía de los derechos sociales de la ciudadanía.

2.17

Las prórrogas de concesiones como modificaciones contrarias al derecho de los contratos públicos

El papel del TJUE ha sido fundamental para determinar cómo y con qué condiciones son conformes a las reglas de la contratación pública las modificaciones de las condiciones de un contrato⁷⁵. Conviene recordar la principal doctrina y sus consecuencias prácticas. Podemos afirmar como *leading case* la sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), donde el Tribunal de Justicia aborda en profundidad los límites y requisitos de la modificación de un contrato público al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

“El principio de igualdad de trato entre los licitadores [...] impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores”.

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal, es lo siguiente:

“[...] que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.

Resume bien los criterios la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 2011 – 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo

⁷⁵. *Vid.*, por todos, Gimeno Feliu (2016a). *Vid.* también Gallego Córcoles (2015a) y Vázquez Matilla (2015).

de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE–:

“46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47 El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

48 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)”.

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente. Y para saber en qué supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe recordarse la doctrina de la STJUE de 19 de junio de 2008 (*Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*), en la que se ha declarado lo siguiente⁷⁶:

76. La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, insiste en esta idea, recordando su apartado 62 que “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”.

“El término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) El término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular”⁷⁷.

La STJUE de 7 de septiembre de 2016, Frogne, en la línea explicada, afirmaba que “el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificult-

⁷⁷. En esta sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de transparencia e igualdad de trato, afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos, por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

tades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad”.

En este contexto, la sentencia de 18 de septiembre de 2019 (asunto C-526/17), Comisión/Italia, considera que la prórroga de una concesión supone una modificación ilegal que esconde una adjudicación directa contraria al derecho europeo de la contratación pública, declarando lo siguiente: “Esta prórroga de dieciocho años y dos meses de la duración inicial de dicha concesión constituye, por consiguiente, con arreglo a los principios recordados en el apartado 58 de la presente sentencia, una modificación sustancial de las condiciones de la concesión existente”⁷⁸.

2.18

Concepto amplio de decisión impugnable y de la legitimación

El derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las directivas 89/665 y 92/13 –modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007– han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Estas directivas “procesales” han sido una auténtica revolución jurídica⁷⁹. Las citadas directivas obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar, por un procedimiento ágil, el control de aquellos actos de los poderes adju-

⁷⁸. La ampliación de prórrogas diluye el riesgo y altera las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión Agudo González (2011). Como bien afirma, “sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación” (p. 23). En términos similares, la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados Marcello Costa (C-72/10) y Ugo Cifone (C-77/10), afirma: “De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

⁷⁹. Gimeno Feliu (1995a, 2006). Interesan Noguera de la Muela (2015) y Mora Ruiz (2018: 29-71).

cadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato, en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación⁸⁰. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada:

“[...] dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar; [...] la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas”.

Las directivas de “recursos” arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública⁸¹. Su objetivo es, evidentemente, animar a las empresas europeas a licitar en los contratos públicos de obras y suministro⁸². El artículo 81 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente. Pero el objetivo de las mismas no es solamente ofrecer un marco de recursos a los licitadores⁸³. La finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar desde la óptica del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial⁸⁴. Por último, la mejora de la eficacia de

80. Sobre el contenido de los distintos mecanismos de control previstos en estas directivas, así como los mecanismos de indemnización, me remito a Gimeno Feliu (2006: 254-265). En realidad, como indica J. L. Piñar Mañas, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera. *Vid.* Piñar Mañas (1993: 782). También, Ordóñez Solís (2002).

81. El control establecido en esta Directiva, como destaca la STJUE de 18 de junio de 2002 (Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.

82. Por todos, Piñar Mañas (1993: 781 y ss.); Moreno Molina (1996: 199-265); Noguera de la Muela (2004); y Gimeno Feliu (1995b: 187-217).

83. Sobre ello, el excelente estudio de Díez Sastre (2012).

84. Previsiones que, por cierto, tienen efecto directo, como ha recordado la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que aplica un criterio amplio de “decisión” a efectos del ámbito material del recurso especial, afirmando que el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva de recursos 89/665 implica, por el uso de los términos “en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos”, que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del derecho de la Unión en materia de contratación

los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción. Un recurso que ya no tiene alcance precontractual y que se extiende a determinadas cuestiones de ejecución y cumplimiento referidas en las directivas de 2014 de contratación pública⁸⁵.

Así lo ha reconocido de forma expresa la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, que recuerda que la Directiva 89/665, de recursos, “debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47 (véase, en este sentido, la sentencia *Ryneš*, C-212/13, [...], apartado 29)”. Este derecho fundamental es de aplicación al margen del importe del contrato, motivo por el que la regulación de contratos no cubiertos deberá ser equivalente. Así, la opción nacional que se adopte debe preservar el principio de equivalencia de sistemas de control, así como que la solución legal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)⁸⁶.

El ámbito del recurso referido en las directivas “recursos” es “amplio”. Este recurso, de fundamento europeo, debe interpretarse conforme a la ju-

pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (criterio ya fijado en la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 28 y jurisprudencia citada). Además, esta STJUE advierte que el ámbito objetivo de la Directiva europea de “recursos” tiene efecto directo, lo que obliga, por el principio de primacía del derecho europeo, a entender como susceptible de recurso especial la decisión de modificación (sobre este efecto directo y su significado práctico nos remitimos a nuestro Acuerdo 62/2017). Lo que explica que el artículo 44.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) los haya incluido ya como actos susceptibles de ser impugnados mediante recurso especial. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, de 28 de septiembre de 2017, dictada en el recurso 785/2011, ha recordado la obligación de interpretación nacional en clave de cumplimiento del derecho europeo, reconociendo este efecto directo.

85. La previsión del artículo 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, que modifica la Directiva 89/665/CEE, tiene especial incidencia en la redacción del artículo 1, relativa al objeto del recurso. La nueva redacción, en cuanto se refiere a los contratos sometidos a la regulación de las nuevas directivas, implica una ampliación del objeto del recurso, pues de la inicial limitación a las cuestiones de licitación y adjudicación, se incluye ahora a todas las cuestiones de los contratos, lo que afecta claramente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución, en los términos regulados por las directivas. Interpretación ya admitida por la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, asunto C-161/13, que analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario. Sobre esta idea me remito a mi estudio (y sus conclusiones) Gimeno Feliu (2016b).

86. Criterio interpretativo fijado en las sentencias TJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* y otros, C-145/08 y C-149/08, apartado 74, y de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartado 39.

jurisprudencia del TJUE⁸⁷. La STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las disposiciones de la propia Directiva y, en particular, en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público⁸⁸. También actos de trámite de admisión de un licitador, como se reconoce en la de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que aplica este criterio amplio de “decisión”. La decisión sobre el acceso a información confidencial es también objeto de consideración en la STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), concluyendo –y es relevante– que se trata de una cuestión (decisión) incluida dentro del objeto de la Directiva recursos, lo que obliga a interpretar los supuestos del artículo 44 LCSP como un número abierto y no cerrado de cuestiones susceptibles de recurso especial⁸⁹.

El sistema diseñado por las directivas 89/665 y 2007/66 pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño⁹⁰.

87. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 4.ª) 269/2018, de 20 de febrero de 2018, rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

88. STJUE de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieur, o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT).

89. Esta sentencia, como el precedente citado, recuerda que de la Directiva de recursos (art. 1.1, párr. 4.º) se desprende que, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 *septies* de esa Directiva 89/665 (104). Señala igualmente que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de “decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores” debe ser objeto de una interpretación amplia (105), tal y como se tuvo ocasión de ver en diversas sentencias del TJUE en las que este declaró que la decisión de un poder adjudicador por la que se admite a un operador económico a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público constituye un acto que puede ser objeto de impugnación (106).

90. Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión, y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apdo. 35 de la STJUE de 8 de julio de 2010, Susanne Bulicke; igualmente, apdo. 38 de la STJUE de 18 de enero de 2011,

No tiene por qué ser un órgano judicial (aunque sí jurisdiccional, en la interpretación de la Unión Europea), y basta, como se reconoce en la STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger (apartado 29), que sea un órgano administrativo en donde actúe en calidad de presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”⁹¹.

De estas directivas –y de su concreta reforma– se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública⁹². Un recurso específico y que impide la celebración del contrato –y, obviamente, el comienzo de su ejecución– hasta que se produce su resolución expresa⁹³. Así lo había advertido ya la STJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel:

“[...] los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”⁹⁴.

Souzana Berkizi-Nikolakaki). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex, apdos. 30 a 32).

91. Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por contra, esta Directiva parece considerar la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar: “Los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del Tiroler Landesvergabeamt” (organismo de control), al no darse la nota de independencia. Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Sentencia que recuerda la jurisprudencia anterior: las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, apartado 23; de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels; de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, Danfoss, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, apartado 21, y de 19 de octubre de 1995, Job Centre, apartado 9. Esta jurisprudencia viene a validar el sistema de recurso especial implantado en España. *Vid.* Bernal Blay (2013b).

92. El recurso debe ser efectivo atendiendo al momento procesal en que las infracciones de las disposiciones pueden corregirse. STJUE de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, apartado 23.

93. No es posible, por tanto, residenciar la solución mediante la remisión al sistema general de justicia administrativa del país. Resulta necesario un sistema propio de recurso en materia de contratos. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998, Tögel.

94. Y es que la Directiva “Recursos” impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como se recuerda en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de

Los Estados –como bien recuerda la STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle⁹⁵– deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa⁹⁶. Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad⁹⁷. Por ello, la STJUE de 4 de julio de 2013, Fastweb, indica que según el órgano encargado de conocer un recurso no deberá inadmitirlo si se interpone por parte de otros licitadores que presentaran ofertas que no se ajusten a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones.

El sistema de recursos está caracterizado por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel, apartado 43, y STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y la celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión/Austria, como en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica⁹⁸. Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros, evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda), sin que puedan verse “modulados” discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex). Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, Strabag y otros, apartado 37). En

España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Debe existir, por tanto, un plazo suspensivo antes de que proceda la ejecución de la prestación recurrida (STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria, apartados 20 a 23).

⁹⁵. Asimismo, en la STJUE de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

⁹⁶. Las directivas diseñan un régimen de control de “mínimos”, correspondiendo a los Estados precisar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, Santex, apdo. 47, y STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria. Especial interés tiene Díez Sastre (2012), que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

⁹⁷. Véanse, por analogía, las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, Banks, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, apartado 29.

⁹⁸. Doctrina que se confirma en la STJUE de 11 de junio de 2009, Comisión/Francia, por no existir plazo de suspensión entre la notificación y la celebración del contrato.

todo caso, resulta de especial interés la doctrina fijada por la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd* (asunto C-538/13), al advertir que las directivas comunitarias, sobre esta materia:

“[...] deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato” (apartado 58).

En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. No basta la comunicación a un candidato o licitador del rechazo de su candidatura u oferta, sino que es preciso informarle de los motivos de su exclusión, para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32). Obviamente, la comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, con la plena información a los licitadores de las razones de la desestimación de su oferta, no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda*, apartado 32)⁹⁹.

La legitimación es amplia y no obedece a criterios formales. Así lo reconoce la sentencia de 2 de septiembre de 2021 (asuntos acumulados C-721/19 y C-722/1), *Sisal SpA*, que analiza la legitimación para poder recurrir una modificación contractual por aquellas empresas que no concurrieron a la licitación. La respuesta del TJUE, en una interpretación amplia del concepto de legitimación de las directivas recursos, reconoce tal legitimación, en cuanto considera irrelevante ese dato de haber sido previamente licitador, siempre que, en el momento en que deba renovarse la concesión, pueda justificar un interés en obtener su adjudicación (apartado 63). Y se declara que el operador económico no está obligado a probar que participaría efectivamente en un nuevo procedimiento de adjudicación. La existencia de tal posibilidad

99. *Vid.* Razquin Lizarraga (2010: 7).

debe considerarse suficiente a este respecto; véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartado 29 (apartado 64). En consecuencia, el TJUE concluye que el operador económico que cumpla tales requisitos “puede interponer un recurso contra una decisión de renovación de una concesión sobre la base de la modificación sustancial de las condiciones de ejecución del contrato de concesión inicial, aun cuando no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación inicial de dicha concesión, siempre que, en el momento en que deba producirse la renovación de la concesión, justifique un interés en obtener su adjudicación”¹⁰⁰.

Y tampoco cabe una interpretación limitativa por el simple hecho de haber sido excluido de la licitación¹⁰¹. La sentencia de 24 de marzo de 2021 (asunto C-771/19), NAMA, afirma que la normativa comunitaria de contratación debe interpretarse en el sentido de que “un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una

¹⁰⁰. La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse, en concordancia con el fundamento europeo del mismo (y su interpretación amplia realizada por el TJUE), desde la lógica del artículo 24 CE, que confiere a todas las personas –personas físicas o personas jurídicas– el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero, y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración –como recuerda la Directiva 2007/66–. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015 ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto, afirmando que “los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés –e incluso obligación–, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL”.

¹⁰¹. Según la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), se podría denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta hubiera sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Sin embargo, en el asunto que dio lugar a esa sentencia, que no se refería a un recurso ante un órgano nacional de recurso administrativo, la decisión de exclusión de dicho licitador había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartado 31).

fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de dicho procedimiento ha sido desestimada puede invocar, en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, todos los motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, incluidos motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta. Esta facultad no se ve afectada por el hecho de que el recurso administrativo previo ante un órgano nacional independiente que, en virtud del Derecho nacional, debía ser interpuesto previamente por dicho licitador contra la decisión de su exclusión haya sido desestimado, siempre que esa desestimación no haya adquirido fuerza de cosa juzgada”.

Esta jurisprudencia debe servir de parámetro interpretativo del recurso especial de la LCSP, en cuanto este recurso tiene un fundamento europeo¹⁰².

2.19 Nulidad del procedimiento por anulación de un criterio de selección

Es conocida y consolidada la jurisprudencia del TJUE en relación con las consecuencias de la anulación de un criterio de adjudicación, que ha declarado que el objeto y los criterios de adjudicación de los contratos públicos deben estar claramente definidos desde el inicio de su procedimiento de adjudicación (sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 56). Los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de licitación implican que la entidad adjudicadora debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, apartado 43 y jurisprudencia citada) y, con mayor razón, que los criterios de adjudicación no se modifiquen a lo largo del procedimiento (sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, apartado 93). Por ello, en el caso de que la entidad adjudicadora anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, esta no puede válidamente, sin violar los principios de igualdad de trato y de transparencia,

¹⁰². La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 4.ª) 269/2018, de 20 de febrero de 2018, rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

continuar el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (véase, por analogía, la sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, apartado 94).

La sentencia de 21 de abril de 2021 (asunto T-525/19), Interling, entiende que la jurisprudencia relativa a los criterios de adjudicación es aplicable *mutatis mutandis* a los criterios de selección (apartado 58). Así, concluye en la aplicación de los mismos efectos invalidantes de un procedimiento de licitación cuando se constata un vicio y la invalidez de un requisito de selección. La argumentación es:

“En efecto, aun cuando los criterios de selección aplicados en la primera fase de un procedimiento restringido son de naturaleza más objetiva en la medida en que no implican ponderación alguna, no es menos cierto que la supresión, durante el procedimiento de licitación, de uno de dichos criterios puede tener consecuencias y violar el principio de igualdad de trato. De este modo, tal supresión afecta a todo candidato que haya participado en el procedimiento de licitación y que haya sido excluido del restante procedimiento debido a que no cumplía el criterio de selección que posteriormente fue suprimido. Asimismo, dicha supresión afecta a la posición de cualquier candidato potencial que no haya participado en la licitación, en particular, debido a que se consideraba incapaz de cumplir el criterio que, sin su conocimiento, fue posteriormente suprimido” (apartado 59).

2.20

Sobre los requisitos adicionales a nivel nacional en los contratos reservados

En una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se pregunta si “el artículo 20 de la Directiva [2014/24] sobre contratación debe interpretarse en el sentido de que el alcance subjetivo de la reserva previsto por el mismo no puede ser delimitado en términos que excluyan de su ámbito de aplicación a empresas u operadores económicos que acrediten el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y cumplan la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas, mediante la fijación de requisitos adicionales relacionados con la constitución, carácter y fines de dichos sujetos, con su actividad o inversiones, o de otra clase”. La sentencia de 6 octubre de 2021 (asunto C-598/19), Confederación Nacional de Centros Especiales de

Empleo, da la respuesta, afirmando que el derecho europeo de la contratación pública “no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad”.

2.21

Alcance de la normativa de morosidad a los contratos de obras

La sentencia aborda el alcance objetivo de la Directiva 2000/35/CE, de morosidad en las operaciones comerciales, para concluir que el contrato público de obras esta incluido¹⁰³. Afirma que “es aplicable a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales, incluso en aquellas entre empresas y poderes públicos, con exclusión de las operaciones en las que intervienen consumidores y otros pagos, al amparo del artículo 6, apartado 3, de esta Directiva. Pues bien, dado que las operaciones relativas a los contratos públicos de obras no figuran entre las materias comprendidas en esta última disposición, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/35”. Y por ello concluye que “un contrato público de obras es una operación comercial que da lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, en el sentido de esta disposición, y está comprendido, por tanto, en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva”.

2.22

La posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan reclamar indemnizaciones cuando existan acuerdos colusorios

Se están detectando en la práctica no pocos casos de colusión entre operadores económicos para defraudar los procedimientos de licitación, tal y como pone de relieve en procedimientos de infracción la Comisión Nacional

¹⁰³. El concepto de “operación comercial” que recoge la Directiva 2000/35/CE, en su artículo 2, punto 1, párrafo primero, es definido como “las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación”, sin mencionar expresamente los contratos públicos de obras ni, más genéricamente, la realización de obras, y sin definir los conceptos de “entrega de bienes” o de “prestación de servicios”.

de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹⁰⁴. El TJUE, en la sentencia de 14 de marzo de 2019 (asunto C-724/17), *Vantaan kaupunki*, reconoce el derecho a ser compensado al entender que existe responsabilidad por los perjuicios causados, explicando los efectos directos que tienen los preceptos que establecen el marco del derecho de la competencia (ahora artículos 101 y siguientes del Tratado de Lisboa). Su infracción, esto es, la comprobación de prácticas colusorias ilícitas, genera tanto sanciones como responsabilidad, y por ello, cualquier particular o empresa que acredite perjuicios puede exigir su reparación, como ha declarado ya en otras ocasiones el mismo Tribunal (por ejemplo, en su sentencia de 5 de junio de 2014, C-557/12). Y advierte que el hecho de que existan reestructuraciones empresariales que conduzcan a la extinción de la sociedad sancionada no puede levantar un obstáculo infranqueable a la exigencia de responsabilidad, por el conocido “efecto útil del derecho de la Unión”¹⁰⁵.

2.23

Jurisprudencia relativa al Reglamento (CE) n.º 1370/2007 con efectos en la contratación pública

El Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, establece un plazo máximo (regla general) de 10 años, aunque con carácter transitorio establece, para los referidos en el artículo 8, lo siguiente: “Los contratos a que se refieren las letras b) y c) podrán continuar asimismo hasta su expiración, pero no por un período superior a 30 años”. Previsión que ha generado la duda de si este plazo máximo de 30 años es desde la adjudicación o desde la entrada en vigor del referido Reglamento. Al respecto, la sentencia de 19 de marzo de 2020 (asunto C-45/19), *Compañía de Tranvías de La Coruña*, indica lo siguiente: “El artículo 8, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que el plazo máxi-

¹⁰⁴. Sobre esta cuestión de la incidencia del derecho de la competencia en la contratación pública resulta de especial interés López Miño (2019).

¹⁰⁵. Sobre esta cuestión de la repercusión del derecho europeo en las estructuras de grupos societarios (y distintas incidencias) ya se preocupó la profesora Fuertes López (2007).

mo de 30 años establecido en esa disposición para los contratos a que se refiere el artículo 8, apartado 3, párrafo primero, letra b), de este Reglamento comienza a correr en la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento”.

Por otra parte, la sentencia de 24 de octubre de 2019 (asunto C-515/18), *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, concluye que “el artículo 7, apartados 2 y 4, del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que las autoridades nacionales competentes que tienen la intención de adjudicar directamente un contrato de servicio público de transporte de viajeros por ferrocarril no están obligadas, por un lado, a publicar o a comunicar a los operadores económicos eventualmente interesados toda la información necesaria para que estén en condiciones de elaborar una oferta suficientemente detallada y que pueda ser objeto de una evaluación comparativa ni, por otro lado, a efectuar esa evaluación comparativa de todas las ofertas eventualmente recibidas a raíz de la publicación de esa información”.

En la sentencia de 21 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-266/17 y C-267/17), *Rhein-Sieg-Kreis*, se decide lo siguiente: “El artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.-un. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, no se aplica a la adjudicación directa de contratos cuyo objeto sea el servicio de transporte público en autobús que no adopten la forma de contrato de concesión de servicios en el sentido de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”.

La sentencia de 21 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-350/17 y C-351/17), *Mobit Soc.*, aclara, en la línea de la anterior sentencia, que “los artículos 5 y 8, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que el artículo 5 de este Reglamento no es aplicable a un procedimiento de adjudicación desarrollado antes del

3 de diciembre de 2019, de modo que una autoridad competente que adjudica, mediante un acuerdo de adjudicación por el que se pone fin a un procedimiento de licitación, con anterioridad a esa fecha, un contrato de concesión de servicio público de transporte local de viajeros por carretera no está obligada a cumplir lo dispuesto en dicho artículo 5”.

Por último conviene dar cuenta de la sentencia de 28 de febrero de 2019 (asunto C-388/17), Konkurrensverket, que determina que existe una red de servicios de transporte ferroviario, en el sentido de dicha disposición, cuando se ponen a disposición servicios de transporte, en aplicación de una normativa nacional que transpone la Directiva 2012/34, en una infraestructura ferroviaria gestionada por una autoridad nacional que adjudica la capacidad de dicha infraestructura, aun cuando esta esté obligada a atender las solicitudes de las empresas ferroviarias mientras no se alcancen los límites de capacidad (apartado 44), y que concluye que la previsión de la normativa de sectores especiales resulta de aplicación al transporte ferroviario (lo que incluye tranvías), afirmando que “la actividad desarrollada por una empresa ferroviaria, que consiste en prestar servicios de transporte público ejerciendo un derecho de uso de la red ferroviaria, constituye una ‘explotación de redes’ a efectos de dicha Directiva”.

3 Epílogo

A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de las Administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el derecho de la Unión dentro de su esfera competencial, y de proteger los derechos que este otorga a los ciudadanos (aplicación directa del derecho de la Unión), descartando para ello cualquier disposición contraria del derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del derecho de la Unión sobre el derecho nacional)¹⁰⁶. La jurisprudencia explicada, con clara vocación codificadora, confirma su importancia práctica en cuanto consolida un derecho pretoriano, a modo de legislador positivo, que aporta certeza jurídica a través de una interpretación “armónica”. Y lo que es más importante, permite depurar conceptos a escala europea, aclarando interpretaciones nacionales contradictorias que deben así alinearse con lo dictaminado por el TJUE. Y el juez nacional, en especial

¹⁰⁶. Sobre la posición de la jurisprudencia del TJUE en el sistema de fuentes resulta de interés el trabajo de Rodríguez-Izquierdo Serrano (2017).

el Tribunal Supremo, en cuanto juez comunitario, está aplicando la jurisprudencia del TJUE, consolidando la correcta interpretación práctica de la normativa de contratos públicos.

La LCSP, por tanto, no puede “leerse” en clave nacional desconociendo (o inaplicando) la jurisprudencia europea, que es, hay que recordar, derecho aplicable. Las sentencias del TJUE tienen carácter vinculante en los Estados miembros a efectos de preservar el principio de primacía¹⁰⁷. Como ya se expuso en prontas sentencias (por ejemplo, la sentencia de julio de 1964, *Costa vs. ENEL*), el TJUE es el garante de un ordenamiento jurídico propio asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos nacionales¹⁰⁸. En consecuencia, cualquier interpretación nacional contraria a lo concluido por el TJUE implica un claro incumplimiento del derecho europeo de los contratos, pues no existe “libertad nacional” para condicionar esta jurisprudencia.

4

Bibliografía

- Agudo González, J. (2011). El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre competencia. *Revista General de Derecho Administrativo*, 26.
- Beltrán Gómez, A. I. (2013). La confidencialidad de las proposiciones y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación. Cuestiones prácticas. *Revista de Estudios Locales*, 161, 287-306.
- Benacchio, G. A., Cozzio, M. y Titomanlio, F. (2016). *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea* (tomo I). Trento: Universidad de Trento.

¹⁰⁷. El principio de primacía del derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

¹⁰⁸. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que “los órganos jurisdiccionales están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del TFUE) a deducir las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno” (sentencias de 14-12-82, asunto *Waterkeyn*, y de 5-3-96, asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93). Y que los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de derecho de la Unión (STJCE 9-3-78, asunto *Simmenthal*, 106/77; STJUE 22-6-10, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10; y de 5-10-10, asunto *Elchinov*, C-173/09).

- Berberoff Ayuda, D. (2018). La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 163-200). Cizur Menor: Aranzadi.
- Bernal Blay, M. Á. (2013a). El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. En AA. VV. *Contratación Pública Estratégica* (pp. 161-186). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2013b). El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 160, 190-213.
 - (2018). La contratación de los servicios a las personas. En AA. VV. *Tratado de Contratos del Sector Público* (vol. 3, pp. 2841-2874). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bouazza Ariño, O. (2020). *La casación en el contencioso-administrativo*. Cizur Menor: Civitas.
- Castillo Blanco, F. (2020). Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industrial. *Revista de Administración Pública*, 212, 347-374.
- Cerrillo i Martínez, A. (2016). Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales. En D. Canals Ametller (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación* (pp. 87-121). Girona: Documenta Universitaria.
- Chinchilla Marín, C. (2011). La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas. En AA. VV. *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros* (pp. 33-79). Valladolid: Lex Nova.
- Cozzio, M. (2013). La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012* (pp. 89-111). Cizur Menor: Aranzadi.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- (2021). Contratos ‘open-house’: comprar sin licitar. *REALA*, 15, 5-23.
- Esteve Pardo, M.^a A. (2017). El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. En AA. VV. *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (cap. XI, pp. 175-183). Madrid: INAP.
- Fernández Acevedo, R. (2018). Negocios y contratos excluidos. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 294-306). Cizur Menor: Aranzadi.

- Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P. (2014). Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas el sector. En R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Madrid: Civitas Thomson Reuters (pp. 199-274).
- Fuertes López, M. (2007). *Grupos públicos de sociedades*. Barcelona: Marcial Pons.
- (2016). Contratos excluidos de las Directivas europeas. *esPublico* [blog], 10-6-2016. Disponible en: <https://www.administracionpublica.com/contratos-excluidos-de-las-directivas-europeas/>.
- Gallego Córcoles, I. (2015a). La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. En AA. VV. *Las nuevas Directivas de Contratación Pública* (pp. 107-167). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2015b). Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidos a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. En M. Almeida e I. Martín (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo: Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, pp. 111-140).
- García-Álvarez García, G. (2020). Regulación y compra pública de medicamentos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 61-96.
- Gimeno FelIU, J. M.^a (1995a). *El control de la contratación pública*. Madrid: Civitas.
- (1995b). *Contratos públicos*. Madrid: Civitas.
 - (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Madrid: Thomson-Civitas.
 - (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*. Cizur Menor: Aranzadi.
 - (2015). La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 172, 81-122.
 - (2016a). Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público. En AA. VV. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (pp. 31-138). Cizur Menor: Aranzadi.
 - (2016b). *Sistema de Control de la Contratación Pública en España (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Cizur Menor: Aranzadi.
 - (2018a). Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorpóreos de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 48, 312-343.

- (2018b). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 25-37.
- (2018c). Ser o no ser poder adjudicador: ¿esa no es cuestión!! En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (pp. 29-55). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2020a). La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía Industrial*, 415, 89-97.
- (2020b). Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 19-60.
- (2021a). Los fondos europeos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 214, 39-74.
- (2021b). Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública. De las ideas a la acción. En J. Esteve Pardo (dir.). *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales* (pp. 67-100). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Gómez Fariñas, B. (2017). El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de los Contratos Públicos 2016* (pp. 387-404). Cizur Menor: Aranzadi.

Hernández Rodríguez, F. (2019). De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no Administración pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 198, 165-188.

Huergo Lora, A. (2017). Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos. *REALA*, 8, 5-26.

- (2020). La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2. *ObCP* [boletín], 12-06-2020. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-cooperacion-horizontal-mediante-convenios-despues-de-las-sentencias-ise-y-remondis-2>.

Jordano Fraga, J. (2019). Luces y sombras en la reforma operada sobre la subcontratación por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En Í. del Guayo Castiella y A. Fernández Carballal (coords.). *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz* (pp. 515-532). Madrid: INAP.

López Miño, A. (2019). *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*. Cizur Menor: Aranzadi.

- Medina Arnáiz, T. (2013). Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 121, 87-97.
- (2016). La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104-2, 77-113.
 - (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo. En AA. VV. *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 55-80). Cizur Menor: Aranzadi.
- Menéndez Sebastián, E. (2018). El contrato de servicios. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1537-1564). Cizur Menor: Aranzadi.
- Mesa Vila, M. (2018). La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta. *Revista General de Derecho Administrativo*, 47.
- Molina Hermosilla, O. (2021). *Dimensión cualitativa de la contratación pública en la era COVID-19*. Granada: Comares.
- Mora Ruiz, M. (2018). *El control de la contratación pública local: construcción sistemática*. Navarra: Aranzadi.
- Moreno Molina, J. A. (1996). *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*. Madrid: McGraw-Hill.
- (2009). La sujeción de las federaciones deportivas a la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 27, 45-64.
 - (2012). El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación. En AA. VV. *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (tomo II, pp. 3429-3454). Pamplona: Thomson.
 - (2013). La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos. En J. M.^a Gimeno FelIU (dir.). *Observatorio de Contratos Públicos 2012* (pp. 115-163). Cizur Menor: Aranzadi.
 - (2019). Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos. En J. M.^a Gimeno FelIU (dir.). *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Moreno Molina, J. A. y Domínguez Alonso, P. (2014). El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. En AA. VV. *La contratación pública a debate: presente y futuro* (pp. 139-164). Cizur Menor: Civitas-Thomson.
- Noguera de la Muela, B. (2004). El control de la contratación pública en el derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. En AA. VV. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública* (pp. 95-130). Barcelona: Atelier.

- (2015). La Directiva “Recursos” y sus consecuencias prácticas. Material del Curso *Contratación administrativa con especial incidencia del Derecho europeo* (Madrid, 29 y 30 de octubre de 2015). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Ordóñez Solís, D. (2002). *La contratación pública en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi.

Pernas García, J. (2020). La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos. *ObCP* [boletín], 06-04-2020. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.

Piñar Mañas, J. L. (1993). El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. En AA. VV. *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (pp. 773-796). Madrid: Civitas.

Razquin Lizarraga, J. A. (2010). El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista General Derecho Administrativo*, 25.

Razquin Lizarraga, M. M.^a (2013). *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas (Unión Europea y España)*. Madrid: Iustel.

- (2014). La confidencialidad de datos empresariales en la contratación pública. En J. E. Soriano García (dir.). *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* (vol. II, pp. 1867-1900). Madrid: Iustel.
- (2015). Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España. *Revista de Administración Pública*, 196, 97-135.
- (2018). El principio de confidencialidad en la contratación pública. En J. M.^a Gimeno Feliu (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 867-898). Cizur Menor: Aranzadi.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2016). *Compliance y self-cleaning* en la contratación pública (una aproximación europea). *Administración de Andalucía*, 95, 13-51.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2017). La posición de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 483-514.

Rubio Beltrán, J. (2019). La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *REALA*, 11, 185-203.

Ruiz de Castañeda, A. y Bernal Blay, M. Á. (2011). La contratación pública y el derecho comunitario. Cuestiones pendientes. En AA. VV. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (pp. 23-42). Cizur Menor: Civitas.

- Sánchez Morón, M. (dir.). (2011a). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valladolid: Lex Nova.
- (2011b). La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación. En M. Sánchez Morón (dir.). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros* (pp. 81-101). Valladolid: Lex Nova.
- Santamaría Pastor, J. (2016). Contratos del sector público y derecho de la Unión. *Revista de Administración Pública*, 200, 83-102.
- Santiago Iglesias, D. (2015). Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español. *Revista General de Derecho Administrativo*, 38.
- Serrat Romaní, M. (2017). Los intereses económicos y comerciales. En AA. VV. *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (cap. IX, pp. 151-162). Madrid: INAP.
- Vázquez Matilla, J. (2015). *La modificación de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Vilalta Reixach, M. (2018a). Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 325-367). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2018b). 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. *REGAP*, 56, 37-70.

El complemento de carrera. Un elemento esencial de la carrera administrativa horizontal en la Administración local¹

ROGER CÀMARA MAS

Responsable de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento del Vendrell.

Investigador predoctoral del Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili.

rcamara@elvendrell.net

<https://orcid.org/0000-0002-1009-4499>

1. Introducción
2. La potestad retributiva de las entidades locales
3. El complemento de carrera
4. El complemento de carrera y las garantías retributivas
5. La incidencia de las leyes de presupuestos generales del Estado en los incrementos retributivos derivados de la aplicación de la carrera horizontal
6. Conclusiones
7. Bibliografía

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad el estudio del complemento de carrera, como concepto retributivo ligado a la carrera administrativa horizontal. La carrera horizontal constituye una modalidad de carrera

Artículo recibido el 17/01/2023; aceptado el 24/01/2023.

1. El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto "Elaboració d'un projecte de text normatiu que reguli la carrera administrativa horitzontal de l'Ajuntament del Vendrell" (Exp. 2020 DI 90), financiado por el Plan de Doctorados Industriales de la Generalitat de Cataluña, y como miembro del "Grup de recerca de la Universitat Rovira i Virgili Territori, Ciutadania i Sostenibilitat", reconocido como grupo de investigación consolidado, con el soporte del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

profesional muy interesante para las entidades locales, al permitir la progresión profesional sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo. El complemento de carrera es la recompensa económica a esta progresión, siendo un importante elemento motivador para los empleados públicos. También se analizará una cuestión fundamental en su aplicación, como es la adecuación de su implementación a los límites retributivos establecidos por las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado, a partir de la jurisprudencia dictada al respecto.

Palabras clave: *carrera administrativa horizontal; retribuciones de los funcionarios públicos; evaluación del desempeño; complemento de carrera; Administración local.*

The career supplement. An essential element of the horizontal administrative career in local government

Abstract

The purpose of this article is to study the career supplement as a salary concept linked to the horizontal administrative career. The horizontal career is a very interesting form of professional career for local governments, as it allows professional progression without the need to change the position. The career supplement is the financial reward for this progression; it is also an important motivation for public employees. The article will also address the fundamental issue related to the application of the career supplement, such as the adequacy of its implementation to the salary limits established by the successive general state budget laws, considering the jurisprudence on the matter.

Keywords: horizontal administrative career; civil servant salaries; performance evaluation; career supplement; local government.

1

Introducción

En cualquier organización, las políticas retributivas ocupan un papel fundamental en el marco de la planificación de los recursos humanos. Las Administraciones públicas no son una excepción: la estructura retributiva determina de forma directa el modelo de función pública que se desea implantar. Tal como señalaba el *Llibre blanc de la funció pública catalana* (Generalitat de Catalunya, 2005: 185), las políticas retributivas deberían permitir:

- a) que la retribución se adecue al esfuerzo realizado por cada persona, y sea congruente con el que realicen los demás (equidad interna);
- b) que la progresión económica esté vinculada al rendimiento y al nivel de experiencia conseguido;
- c) que el esquema retributivo se ajuste a la pluralidad de tipologías de puestos de trabajo existentes;
- d) que las retribuciones se correspondan a las de mercado (equidad externa);
- e) que el salario no sea administrado de manera arbitraria y clientelista.

Además, el esquema retributivo de la organización debería ser capaz de retener el talento, evitando que los empleados públicos se desplacen al sector privado o a otras Administraciones públicas². En el mismo orden de cosas, debería permitir premiar a los empleados que desempeñen sus tareas de forma diligente y cumpliendo los objetivos asignados, y no hacerlo en caso contrario. Es en este punto donde adquieren relevancia los complementos retributivos ligados al rendimiento y a la evaluación del desempeño, como son el complemento de productividad y el de carrera profesional, que deberían constituir el pilar sobre el cual se construyera el régimen retributivo de los empleados públicos en el futuro. El primero, como concepto que retribuye el interés, la iniciativa o el esfuerzo con el que el empleado desempeña su trabajo, el rendimiento o los resultados obtenidos, en los términos establecidos por el artículo 24 c) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP, en adelante). El segundo, como concepto retributivo ligado a la carrera administrativa horizontal, que recompensa la progresión del empleado público en los diferentes niveles, escalafones o grados, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, de conformidad con el artículo 17 a) del TREBEP.

La carrera administrativa horizontal de los empleados públicos es una modalidad de carrera profesional que puede llevar aparejado un complemento retributivo que recompense una correcta trayectoria profesional, la calidad de los trabajos realizados, la adecuada actualización de los conocimientos profesionales, así como una positiva evaluación del desempeño³. Tiene una importancia estratégica para la organización, al posibilitar un ma-

2. El Informe de la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (Instituto Nacional de Administración Pública, 2005: 146) señala que el sistema retributivo es una variable estratégica en cualquier política de recursos humanos, cuya finalidad esencial se resume en tres conceptos: atraer, retener y motivar a los empleados públicos de cualquier tipo.

3. En referencia a los elementos que deben ser objeto de valoración en la carrera administrativa horizontal, puede verse Càmara Mas (2021: 326-331).

yor control de la actividad administrativa, a la vez que es un factor motivador para el propio empleado, que percibe cómo el solvente desarrollo profesional supone la percepción de una recompensa que se materializa en los sucesivos ascensos en los niveles de carrera administrativa establecidos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, y en su caso, en la percepción de un complemento económico ligado a estos ascensos.

2

La potestad retributiva de las entidades locales

Una de las primeras cuestiones que se nos plantean es de qué grado de capacidad disponen las entidades locales para intervenir en el régimen retributivo propio del personal funcionario. Al respecto, es de interés señalar que el régimen retributivo del personal funcionario forma parte de su régimen estatutario. En este sentido, es una materia en la que existe reserva de ley en virtud del artículo 103.3 de la Constitución Española (CE, en adelante), y en la que el Estado tiene competencia exclusiva para establecer sus bases de conformidad con el artículo 149.1.18 de la CE⁴.

En los términos que señala Castillo Blanco (2002: 88), la intensidad de esta reserva de ley debería ser superior en el caso de las retribuciones básicas y el complemento de destino, porque cumplen una función de articulación de la carrera administrativa. Por el contrario, esta debería ser menor en aquellos conceptos retributivos relacionados con la organización y el sistema propio de gestión de recursos humanos. El complemento de carrera, a pesar de que es un complemento relacionado con la carrera profesional, está fuertemente conectado con la estructura organizativa y las políticas propias en materia de recursos humanos, de manera que la intensidad de la reserva de ley debería ser menor.

El artículo 93.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en adelante), dispone que las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública. El apartado segundo del mismo precepto señala que las retribuciones complementarias se atenderán a la estructura y los criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos⁵. Su cuantía global será fijada

4. Sentencia del Tribunal Constitucional 385/1993, de 23 de diciembre de 1993 (recursos acumulados 826-1986, 839-1986, 842-1986), ECLI:ES:TC:1993:385.

5. Palomar Olmeda (2016: 406) destaca que las retribuciones básicas retribuyen "lo que el funcionario es" en la organización, mientras que las complementarias retribuyen "lo que hace"

por el pleno de la corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado⁶.

Por otro lado, en referencia a las retribuciones complementarias, el artículo 24 del TREBEP faculta a las leyes de las Administraciones públicas para determinar su estructura y cuantía, recogiendo la propuesta de flexibilización retributiva efectuada por el *Informe de la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (Instituto Nacional de Administración Pública, 2005: 157-158).

Es en el ámbito de las retribuciones complementarias donde las Administraciones públicas locales pueden fijar una determinada política retributiva propia, incidiendo en la cuantía de estas retribuciones en el marco de las determinaciones de las legislaciones estatal y autonómica. A pesar de todo, esta facultad se encuentra fuertemente limitada. El artículo 7 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración local, fija límites a la cuantía global de los complementos específicos, de productividad y gratificaciones extraordinarias, estableciendo porcentajes de distribución entre estos complementos⁷. La vigencia de estos límites ha sido reconocida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 669/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 17 de septiembre de 2008 (recurso 182/2007), ECLI:ES:TSJCANT:2008:1542⁸.

Además, en virtud del artículo 149.1.13 de la CE, que atribuye al Estado la competencia para establecer las bases y la coordinación de la planificación de la actividad económica general, en las leyes de presupuestos generales del Estado, se fijan límites a los incrementos globales de las retribuciones de los empleados públicos, como medida para contener el gasto público. Al amparo

y "cómo lo hace".

6. Estas mismas previsiones se contemplan en el artículo 298 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

7. El artículo 7 del RD 861/1986, de 25 de abril, señala:

1. Los créditos destinados a complemento específico, complemento de productividad, gratificaciones y, en su caso, complementos personales transitorios, serán los que resulten de restar a la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico, excluida la referida al personal laboral, la suma de las cantidades que al personal funcionario le correspondan por los conceptos de retribuciones básicas, ayuda familiar y complemento de destino.

2. La cantidad que resulte, con arreglo a lo dispuesto en el número anterior, se destinará:

- a) Hasta un máximo del 75 por 100 para complemento específico, en cualquiera de sus modalidades, incluyendo el de penosidad o peligrosidad para la Policía Municipal y Servicio de Extinción de Incendios.
- b) Hasta un máximo del 30 por 100 para complemento de productividad.
- c) Hasta un máximo del 10 por 100 para gratificaciones".

8. Confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 5538/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 20 de junio de 2011 (recurso 5806/2008), ECLI:ES:TS:2011:5538.

de este título competencial, el Estado puede tanto disponer topes máximos para los incrementos retributivos como decantarse por la congelación salarial en un ejercicio concreto (Sentencia del Tribunal Constitucional 222/2006, de 6 de julio de 2006 [recurso 1298/1997], ECLI:ES:TC:2006:222), o incluso reducir o suprimir un determinado concepto retributivo (Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2015, de 30 de abril de 2015 [recurso 5736/2012], ECLI:ES:TC:2015:81)⁹.

Todas estas previsiones restringen en exceso la capacidad de nuestras entidades locales para dirigir sus políticas retributivas propias, como un instrumento esencial en orden a la mejora y modernización administrativa. A nuestro juicio, la limitación general de destinación de los créditos correspondientes a una parte de las retribuciones complementarias es excesivamente restrictiva, al afectar a la tipología de retribuciones en las que las entidades locales deberían poder intervenir de una manera más intensa.

3

El complemento de carrera

El artículo 14 c) del TREBEP reconoce a los empleados públicos el derecho a la progresión en la carrera profesional y a la promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación. En el mismo orden de cosas, los artículos 16.1 y 19.1 del TREBEP establecen el derecho a la promoción profesional de los funcionarios públicos y del personal laboral, respectivamente. Este derecho comprende la posibilidad de progreso y ascenso en las distintas modalidades de carrera profesional establecidas, entre ellas, la carrera administrativa horizontal.

El derecho a la carrera profesional es un derecho de configuración legal, que no tiene carácter absoluto. En el ámbito de la carrera horizontal, el legislador básico no ha dispuesto la obligatoriedad de implementar esta modalidad de carrera profesional. Serán las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del TREBEP las que definirán el contenido concreto del derecho, en el marco de las previsiones del legislador básico¹⁰.

9. Parada y Fuentetaja (2017: 138).

10. El artículo 17 del TREBEP, con un redactado no demasiado afortunado, establece algunas reglas de carácter dispositivo para el legislador de desarrollo:

“a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad.

b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse

En cualquier caso, el artículo 17 b) del TREBEP prevé que sea un derecho que pueda tener un contenido económico, porque cada grado, categoría o escalón de ascenso debe llevar aparejada una determinada remuneración¹¹. No obstante, no se puede desconocer que el derecho pueda tener un contenido no económico que se concrete en el reconocimiento de un determinado estatus profesional, o en considerar el grado o nivel alcanzado en el escalafón de la carrera horizontal como mérito o requisito de acceso, en los sistemas de provisión de los puestos de trabajo¹².

A nuestro juicio, no puede entenderse la carrera administrativa horizontal sin el complemento de carrera que retribuya los sucesivos ascensos en cada nivel o grado profesional. La progresión profesional del empleado debe ir ligada directamente a una progresión retributiva¹³. Roqueta Buj (2020: 49) destaca que, en realidad, la carrera administrativa horizontal no es una modalidad de carrera profesional, porque no hay ni ascensos ni progreso profesional en sentido estricto, sino que nos encontramos ante un complemento retributivo, que se convierte en una especie de complemento de productividad fijo y con categoría de derecho adquirido. Sin discutir la importancia del componente económico de la carrera administrativa horizontal, a nuestro juicio sí que tiene lugar un progreso profesional de los empleados que se materializa en los sucesivos ascensos en los distintos niveles de un mismo puesto de trabajo, sin perjuicio de que esta progresión no suponga necesariamente la asunción de nuevas funciones o responsabilidades.

Algunas de las legislaciones autonómicas que han desarrollado el TREBEP y han decidido implantar modelos de carrera horizontal, reconocen un complemento económico que retribuye la progresión de los empleados en la carrera administrativa horizontal. Es el caso del Principado de Asturias¹⁴, Extremadura¹⁵, la Comunitat Valenciana¹⁶ y el País Vasco¹⁷.

asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida”.

11. Otra cuestión es que este contenido económico pueda ser diferido en el tiempo, o implantado de forma progresiva.

12. En el ámbito de la carrera sanitaria, destacamos las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 986/2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de diciembre de 2013 (recurso 281/2012), ECLI:ES:TSJCV:2013:6242; 261/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 17 de abril de 2015 (recurso 458/2012), ECLI:ES:TSJCV:2015:1785; y 208/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de abril de 2017 (recurso 121/2014), ECLI:ES:TSJCV:2017:2382.

13. En la misma línea se pronuncia Fuentetaja Pastor (2013).

14. Artículo 78.3 e) de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.

15. Artículo 57.2 b) de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

16. Artículo 76 a) de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

17. Artículo 122.2 b) de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco.

En todo caso, es preciso advertir que, sin un desarrollo legislativo del TREBEP en el ámbito de la carrera horizontal, la configuración de un complemento de carrera derivado de la progresión del empleado en los sucesivos escalafones o niveles sin cambiar de puesto de trabajo no debería ser posible. La vía convencional y la reglamentaria, sin este soporte legal previo, no son instrumentos adecuados para el establecimiento de conceptos retributivos ligados a la carrera profesional¹⁸.

Ante esta situación, algunas entidades locales han instaurado un sistema híbrido, en el que la carrera horizontal se articula en base a la carrera de grado actualmente existente. Así, la progresión consiste en los sucesivos ascensos en los niveles de complemento de destino asignados a cada grupo profesional, incorporando para ello la evaluación del desempeño¹⁹. El importe económico de cada grado es el correspondiente al nivel de complemento de destino al que se accede. El artículo 21.1 f) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP, en adelante), constituye el fundamento jurídico que posibilita el establecimiento de requisitos distintos al mero transcurso del tiempo para la adquisición del grado personal, al permitir que este pueda adquirirse también mediante la superación de cursos específicos u otros requisitos objetivos que se determinen por los plenos de las corporaciones locales.

Por otro lado, el complemento de carrera forma parte de las retribuciones complementarias del personal funcionario de conformidad con el artículo 24 a) del TREBEP, y tiene como finalidad retribuir su progresión en los sistemas de carrera administrativa horizontal. La configuración del complemento corresponderá al legislador de desarrollo, quien deberá determinar los criterios y requisitos para su percepción. Asimismo, es preciso señalar que el artículo 17 del TREBEP también reserva al legislador de desarrollo la facultad de regular la carrera horizontal. No se puede desconocer que el complemento de carrera es un elemento esencial de la carrera administrativa horizontal. Ante un escenario de falta de desarrollo legislativo del TREBEP, la carrera administrativa horizontal para el personal funcionario parece que no puede implementarse ni por vía reglamentaria ni por vía convencional, sin la previa regulación por ley de la misma²⁰. Además, aunque sea en un ámbito distinto, la Sentencia del Tribunal Supremo 1829/2019 (Sala de lo

18. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1057/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 10 de junio de 2009 (recurso 950/2007), ECLI:ES:TSJAS:2009:5825, y 1583/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 30 de octubre de 2009 (recurso 1085/2007), ECLI:ES:TSJAS:2009:5266.

19. Es el caso del sistema de carrera profesional del Ayuntamiento de Manlleu o el anteriormente aplicado por la Diputación de Barcelona (BOPB núm. 168, de 14 de julio de 2008).

En el caso del Ayuntamiento de Manlleu, puede verse la obra de Noguer y Guzmán (2007).

20. En esta línea se pronuncian las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1055/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 10 de junio de 2009 (recurso

Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 17 de diciembre de 2019 (recurso 2145/2017), ECLI:ES:TS:2019:4148, dictada en aplicación del artículo 13 del TREBEP en relación con el personal directivo local, ha negado la posibilidad de que de forma directa, mediante reglamento orgánico municipal, una diputación provincial pueda establecer el régimen jurídico aplicable al personal directivo, en ejercicio de su potestad de autoorganización²¹.

En cualquier caso, el complemento de carrera presenta un doble carácter:

- a) Por un lado, tiene un carácter subjetivo, porque va ligado a la progresión del empleado en su carrera profesional.
- b) A la vez, tiene también un carácter objetivo, porque los diferentes grados o niveles se corresponden con un mismo puesto de trabajo. Por cada puesto de trabajo, las normas o instrumentos reguladores de los sistemas de carrera horizontal deberían contemplar el número de niveles, grados o escalafones asociados.

En los términos que destaca el artículo 17 b) del TREBEP, a los efectos de los ascensos de grado o nivel en la carrera administrativa horizontal, las leyes de desarrollo deberán valorar aspectos como la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño, sin perjuicio de que puedan incluirse otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida. En este sentido, la evaluación del desempeño se configura como un aspecto esencial en orden a dilucidar si el empleado público tiene o no derecho a la progresión profesional, y a la percepción del complemento económico de carrera²².

Al incorporar la evaluación del desempeño como un aspecto nuclear de la carrera horizontal, el complemento de carrera presenta similitudes con el complemento de productividad, que también integra este factor para valorar el especial rendimiento, el interés y la iniciativa con que el personal funcionario desempeña su trabajo. A tal efecto, Aldomà Buixadé

951/2007), ECLI:ES:TSJAS:2009:5817, y 1057/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 10 de junio de 2009 (recurso 950/2007), ECLI:ES:TSJAS:2009:5825.

21. Es de interés destacar el voto particular que formulan dos magistrados que se pronuncian en sentido contrario, efectuando una interpretación sistemática del artículo 13 del TREBEP, reconociendo la facultad de la diputación para establecer el régimen jurídico aplicable al personal directivo de acuerdo con el principio de autonomía local constitucionalmente garantizado, y la potestad de autoorganización inherente al mismo principio. El límite de esta regulación vendría determinado por la aprobación posterior de una norma legal, circunstancia que comportaría la necesidad de modificar la norma reglamentaria para adecuarla a la ley en aquello que resultara contradictorio con esta.

22. La trayectoria, actuación profesional y calidad de los trabajos realizados, son elementos que pueden reconducirse a la conducta profesional y al rendimiento o el logro de resultados, elementos que deben ser objeto de la evaluación del desempeño, de conformidad con el artículo 20.1 del TREBEP.

(2009: 265) señala que el complemento de carrera puede convertirse en una especie de complemento de productividad fijo y periódico mensual. A nuestro juicio, no existe ningún tipo de impedimento en la aplicación simultánea de ambos complementos, incluso partiendo de una misma evaluación del desempeño. Es decir, los resultados derivados de una única evaluación del desempeño podrían servir de base para determinar la aplicabilidad de ambos complementos retributivos, en los términos establecidos por cada entidad local, de conformidad con el artículo 20.3 del TREBEP.

La remuneración derivada de la progresión profesional en los sucesivos escalafones o niveles de la carrera horizontal constituye la contraprestación a un adecuado desempeño profesional que se materializa a lo largo de un determinado período de tiempo. Esta recompensa, como en el caso del complemento de productividad, es un instrumento estratégico para la corporación, que permite orientar la conducta del empleado hacia el cumplimiento de los objetivos organizativos. Asimismo, a través del proceso de evaluación se discriminan positivamente los empleados, de manera que solo pueden promocionar los que tienen un desempeño adecuado. Se introduce, así, un concepto retributivo de carácter variable ligado al rendimiento.

Es preciso destacar que estas diferencias retributivas que tienen origen en el distinto tramo o nivel de carrera horizontal que se ocupe, no suponen una vulneración del principio de igualdad, aunque se realicen idénticas funciones, porque responden a la diferente progresión del empleado en la carrera profesional²³. Así pues, es plenamente admisible que dos puestos de trabajo con idéntico contenido funcional tengan retribuciones diferentes, si estas diferencias encuentran su fundamento en una progresión distinta del titular del puesto en la carrera administrativa horizontal.

Por último, debe recordarse que, en virtud del artículo 37.1 del TREBEP, deben ser objeto de negociación colectiva, aparte de las normas que fijan los criterios generales en materia de carrera administrativa horizontal y evaluación del desempeño, la determinación y aplicación del complemento de carrera, como modalidad de retribución complementaria. A falta de acuerdo en la negociación o en la renegociación, y una vez

23. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1189/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 13 de julio de 2020 (recurso 1010/2018), ECLI:ES:TSJM:2020:8358; 1190/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 13 de julio de 2020 (recurso 1011/2018), ECLI:ES:TSJM:2020:8359; 1191/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 13 de julio de 2020 (recurso 1013/2018), ECLI:ES:TSJM:2020:8360.

agotados los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo del personal funcionario²⁴.

4

El complemento de carrera y las garantías retributivas

Es una cuestión pacífica que el régimen estatutario del personal funcionario no es perenne, sino que puede ser objeto de modificación por parte del legislador²⁵. Los derechos económicos, como parte integrante de los derechos que conforman el régimen estatutario del personal funcionario, pueden también verse alterados como consecuencia de la modificación de dicho estatuto. Con la finalidad de garantizar estos derechos económicos ante futuras modificaciones o desarrollos normativos, el TREBEP ha contemplado una doble garantía:

- Por un lado, la disposición transitoria primera impone que su desarrollo no podrá comportar, para el personal incluido en su ámbito de aplicación, la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea la situación administrativa en la que se encuentren²⁶.
- En la misma línea, la disposición adicional octava señala que los funcionarios de carrera tendrán garantizados los derechos económicos alcanzados o reconocidos en el marco de los sistemas de carrera profesional establecidos por las leyes de cada Administración pública.

Una de las principales dificultades que plantea la implantación de la carrera administrativa horizontal, es la confluencia del nuevo complemento de carrera profesional con los complementos retributivos existentes hasta el momento. El primer aspecto a determinar, es si es compatible el complemento de destino con el nuevo complemento de carrera. Ambos conceptos retribuyen un mismo objeto: la progresión del empleado público en la carre-

24. En el ámbito de la organización municipal, es competencia del pleno la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas del personal funcionario, según el artículo 22.2 i) de la LRRL, competencia que además tiene carácter indelegable.

25. Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio de 1987 (recurso 763/1984), ECLI:ES:TC:1987:99, y Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989, de 2 de noviembre de 1989 (recurso 272/1985), ECLI:ES:TC:1989:178.

26. El precepto está redactado en términos amplios, de manera que la referencia a los derechos económicos puede comprender cualquier concepto que integre la estructura retributiva existente.

ra administrativa, de conformidad con el artículo 24 a) del TREBEP. En realidad, lo que se discute no es la compatibilidad de dos conceptos retributivos, sino de dos modalidades de carrera profesional, que se desarrollan al mismo tiempo, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, y que se rigen por distintas reglas. A nuestro juicio, no tiene demasiado sentido mantener ambas carreras, al menos en los términos en que actualmente está configurada la carrera de grado personal. Por consiguiente, el complemento de carrera profesional debería sustituir al complemento de destino²⁷.

En esta dirección, algunas de las legislaciones autonómicas han optado por esta solución. Es el caso de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, en la que desaparece el complemento de destino como concepto retributivo ligado a la progresión profesional del empleado, ante la previsión del nuevo complemento de carrera²⁸. En el mismo orden de cosas, la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, contempla la creación del complemento de puesto de trabajo, destinado a retribuir la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación e incompatibilidad exigibles para su desempeño, y el complemento de carrera, que retribuye la progresión alcanzada por el personal funcionario dentro del sistema de carrera profesional²⁹.

Esta sustitución no será una tarea sencilla, porque supone poner fin a una modalidad de carrera profesional, la carrera de grado, que se ha mantenido en vigor durante décadas y que, *a priori*, es mucho más fácil de gestionar por las unidades de recursos humanos que la carrera profesional horizontal, al estar los diferentes grados y sus cuantías legalmente predeterminados, así como las normas esenciales de funcionamiento, que no requieren la incorporación de sistemas de evaluación del desempeño³⁰.

Uno de los problemas principales que plantea la implantación de la carrera administrativa horizontal es el equilibrio entre el mantenimiento de los

27. En el mismo sentido se pronuncia Aldomà Buixadé (2009: 266).

28. El artículo 85.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, destaca que las retribuciones complementarias están integradas única y exclusivamente por el complemento de carrera, el complemento de puesto de trabajo, el incentivo por objetivos en su caso, y las gratificaciones extraordinarias. La referencia al complemento de puesto de trabajo debe entenderse al actual complemento específico, al retribuir los factores de especial dificultad técnica, responsabilidad, disponibilidad, incompatibilidad, o las condiciones en las que se desarrolla el trabajo.

29. El preámbulo de la norma señala: "A consecuencia de la introducción del nuevo sistema de carrera horizontal y de la evaluación individualizada del desempeño, el sistema de retribuciones complementarias del personal funcionario está llamado a modificarse profundamente. Así, el complemento de destino se sustituirá por un nuevo complemento de carrera, ligado a la progresión en la carrera horizontal, mientras el complemento específico se convertirá en un complemento de puesto de trabajo, vinculado a las características de este y estructurado en dos componentes: uno de dedicación y otro competencial".

30. Sin perjuicio de que en el plano teórico puedan introducirse al amparo del artículo 21.1 f) de la LMRFP.

derechos retributivos de los empleados públicos y la sostenibilidad de las finanzas municipales. El *Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo Público. Grupo de Trabajo: carrera administrativa* (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2013: 17-18) consideraba que el punto de partida del nuevo modelo debía prever el mantenimiento transitorio de las cuantías percibidas por el personal funcionario por todas las retribuciones fijas y periódicas, en el sentido de que el nuevo sistema de forma automática no implicara la eliminación o disminución de las cuantías de los complementos de destino y específico, sin la simultánea asignación de otros complementos estables o transitorios de cuantía equivalente, salvo que existiera una alteración funcional que lo justificara. Como posible solución, proponía el mantenimiento transitorio de las retribuciones fijas y periódicas percibidas, de manera que el nuevo complemento de carrera profesional absorbiera las futuras minoraciones de estos conceptos.

Es necesario que los instrumentos jurídicos reguladores de los sistemas de carrera administrativa horizontal estipulen de qué manera se integrarán los empleados públicos en los nuevos niveles, grados o escalafones de carrera profesional. Esta integración debe suponer una asignación de nivel o grado adecuada a la trayectoria profesional del empleado, de manera que la antigüedad debe ser uno de los elementos a considerar. Además de la antigüedad, en este proceso de integración pueden valorarse otros requisitos adicionales como la formación, e incluso puede incorporarse la evaluación del desempeño en este primer momento.

En cualquier caso, el establecimiento de un período transitorio es inevitable. Este período transitorio debería servir para situar por primera vez al empleado público en el nivel o escalafón correspondiente de la carrera administrativa horizontal. Además, debería permitir la transición progresiva hacia el nuevo modelo desde el punto de vista económico.

El legislador básico no aclara si es posible un eventual descenso de grado o nivel en la carrera profesional, en el caso de evaluaciones negativas o desfavorables, con la correspondiente minoración retributiva. Según nuestra opinión, las consecuencias jurídicas de una evaluación negativa deberían consistir exclusivamente en la no progresión de grado o nivel, no en el descenso a un nivel inferior³¹. La degradación del grado solo puede tener lugar en el marco

31. Arroyo Yanes (2012: 113-114) se pronuncia en sentido contrario, sosteniendo que “si aceptamos la idea de progresión hemos de aceptar, al propio tiempo también, la idea de desprogresión pues ambas están unidas indisolublemente. Si no hay garantías explícitas que la modulen en este terreno hemos de aceptar una idea de partida: lo mismo que se progresa, se desprogresa. Es decir, lo mismo que se hace carrera se puede dejar de hacer carrera y tener una carrera a la inversa, y para ello solo tenemos que dejar que operen los sistemas objetivos y transparentes de evaluación”.

de un procedimiento disciplinario en concepto de sanción, con todas las garantías legalmente previstas para el interesado, pero nunca como un elemento intrínseco a la misma carrera administrativa horizontal. Los efectos motivadores de la carrera horizontal perderían su virtualidad si aceptáramos que la participación en la misma pudiera tener efectos de descenso o degradación ante la confluencia de determinadas circunstancias. En esta línea, el artículo 105.3 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, dispone que la carrera profesional horizontal es irreversible, de manera que el progreso en la carrera se produce en sentido ascendente, salvo por aplicación de la sanción de demérito prevista en el artículo 158 de la Ley³².

No obstante, algunas leyes autonómicas han contemplado la pérdida del grado o nivel consolidado de carrera horizontal, como consecuencia de los resultados desfavorables de la evaluación del desempeño. Es el caso del artículo 64.9 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, que prevé la pérdida del tramo superior de carrera como consecuencia de los resultados de la evaluación del desempeño, además de la prohibición de solicitar el reconocimiento de dicho tramo en el plazo de tres años. Asimismo, el artículo 32.5 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, permite la revisión de la permanencia en un determinado grado de carrera horizontal en el supuesto de evaluación negativa del rendimiento, con retroceso al grado inmediatamente inferior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación del régimen disciplinario. En esta misma línea, el artículo 90.6 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco, faculta a las Administraciones públicas vascas para prever, en la regulación de sus respectivos modelos de carrera profesional, la posibilidad, con carácter excepcional, de la pérdida del grado consolidado, así como las consecuencias derivadas de dicha circunstancia.

5

La incidencia de las leyes de presupuestos generales del Estado en los incrementos retributivos derivados de la aplicación de la carrera horizontal

El derecho a la carrera profesional, como derecho de configuración legal, está condicionado a las prescripciones y los presupuestos que las normas

³². Estas previsiones se contemplan también en el artículo 77 e) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, y en el artículo 133.3 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana.

establezcan para su ejercicio. Entre estas normas, las leyes de presupuestos generales del Estado inciden de forma directa en la vertiente económica del derecho. Como anteriormente apuntábamos, mediante las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado, se establecen límites a los incrementos globales de las retribuciones de los empleados públicos en cada anualidad, como medida de contención del gasto público, al amparo de los artículos 149.1.13 y 156.1 de la CE.

El artículo 19 Dos.1 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, destaca, para esta anualidad, que las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2,5 por ciento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2022, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo³³. Respecto a la masa salarial del personal laboral, el apartado cuarto del mismo precepto determina que podrá incrementarse en el porcentaje máximo previsto en el apartado Dos del mismo artículo, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación³⁴.

El complemento de carrera derivado de la progresión del empleado en los sucesivos escalafones de la carrera horizontal, como parte integrante de las retribuciones complementarias, forma parte de la masa salarial que debe contemplarse en orden a la determinación del límite máximo de los incrementos salariales en cada anualidad. Sin embargo, el derecho a la carrera profesional horizontal puede tener un contenido no económico consistente en el reconocimiento de un determinado desarrollo profesional del empleado. Este derecho honorífico no resultaría afectado por estas limitaciones³⁵.

En otro orden de cosas, debe advertirse que la comparación entre los dos periodos de referencia para determinar el incremento global de las retribuciones ha de efectuarse en términos de homogeneidad, tanto por lo

33. El apartado segundo del mismo artículo prevé también la aplicación de dos incrementos adicionales del 0,5 por ciento en función de la evolución del Producto Interior Bruto (PIB) y del Índice de Precios al Consumo Armonizado (IPCA).

34. La masa salarial está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales devengadas por dicho personal en el año anterior, con exclusión de:

- a) las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social;
- b) las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador;
- c) las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos;
- d) las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador.

35. En el ámbito sanitario, se han pronunciado en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 986/2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de diciembre de 2013 (recurso 281/2012), ECLI:ES:TSJCV:2013:6242; 261/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 17 de abril de 2015 (recurso 458/2012), ECLI:ES:TSJCV:2015:1785; 208/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de abril de 2017 (recurso 121/2014), ECLI:ES:TSJCV:2017:2382; y 230/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 2 de mayo de 2017 (recurso 55/2014), ECLI:ES:TSJCV:2017:3269.

que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo. Por este motivo, deben admitirse los nuevos trienios devengados, o los incrementos derivados de aumentos de plantilla³⁶.

Esta regla general admite excepciones. El artículo 19 Siete de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, destaca que pueden realizarse adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo³⁷. Además, de forma categórica, el apartado octavo dispone que los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los fijados, deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que se opongan al mismo.

La cuestión que se plantea es si los incrementos retributivos derivados de la aplicación del complemento de carrera pueden tener cabida en la excepción señalada en el artículo 19 Siete de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, cuando una corporación local decide implementar por primera vez la carrera horizontal en el seno de su organización. Una vez aplicada, entendemos que rige la regla general sin ningún género de dudas.

Es preciso efectuar algunas consideraciones relativas a la presente excepción, partiendo de la interpretación efectuada por la jurisprudencia:

- a) Las adecuaciones retributivas deben obedecer a razones finalistas: ser imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo.
- b) Deben tener un carácter singular y excepcional³⁸. El legislador utiliza estos dos términos para enfatizar su carácter extraordinario.

³⁶. Sentencias del Tribunal Supremo 906/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 18 de febrero de 2008 (recurso 2189/2003), ECLI:ES:TS:2008:906; 884/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 6 de marzo de 2008 (recurso 4748/2003), ECLI:ES:TS:2008:884; 5427/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 22 de junio de 2007 (recurso 3202/2001), ECLI:ES:TS:2007:5427; 5297/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 15 de septiembre de 2005 (recurso 710/2001), ECLI:ES:TS:2005:5297; y 5458/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 22 de septiembre de 2005 (recurso 5298/2001), ECLI:ES:TS:2005:5458.

³⁷. Estas previsiones se han ido reiterando de forma sistemática por las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado. Puede verse el artículo 18 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, o el artículo 19 Siete de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

³⁸. El Diccionario de lengua española de la Real Academia Española define ambos términos de la siguiente forma:

- a) "singular" (primera y segunda acepción): solo (único en su especie), extraordinario o raro;
- b) "excepcional" (primera y segunda acepción): excepción de la regla común o que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez.

- c) Los presupuestos señalados en las letras a) y b), de conformidad con el artículo 19 Siete de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, deben ser cumulativos.

La constatación de la concurrencia de los supuestos previstos es una cuestión casuística, que debe apreciarse caso a caso. La jurisprudencia ha entendido que no tienen cabida dentro de estas excepciones las siguientes situaciones:

- a) La realización de una nueva valoración de los puestos de trabajo, con un incremento generalizado de los complementos retributivos, porque no tiene carácter singular y excepcional. Sentencias del Tribunal Supremo 4110/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 13 de octubre de 2014 (recurso 4257/2012), ECLI:ES:TS:2014:4110; 5902/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 17 de septiembre de 2012 (recurso 2838/2011), ECLI:ES:TS:2012:5902; y 6135/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 13 de octubre de 2005 (recurso 3620/2002), ECLI:ES:TS:2005:6135.
- b) La aprobación por primera vez de una relación de puestos de trabajo, en cuanto que no cabe confundir la demora municipal en su aprobación con la excepcionalidad prevista por la norma. Sentencia del Tribunal Supremo 5741/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 16 de octubre de 2008 (recurso 5501/2004), ECLI:ES:TS:2008:5741.
- c) La modificación de una relación de puestos de trabajo que comporte incrementos retributivos globales que afecten a toda o a la mayor parte de la plantilla. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 197/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 12 de febrero de 2004 (recurso 40/2002), ECLI:ES:TSJCV:2004:7532, y 943/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 2 de noviembre de 2012 (recurso 660/2010), ECLI:ES:TSJCV:2012:6432.
- d) Un incremento retributivo que se aplique a la totalidad de los empleados públicos de la organización. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 351/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 26 de mayo de 2014 (recurso 491/2011), ECLI:ES:TSJCLM:2014:1892; 371/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 30 de julio de 2007 (recurso 624/2003), ECLI:ES:TSJCLM:2007:3630; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 110/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 10 de febrero de 2006 (recurso 110/2006), ECLI:ES:TSJGL:2006:110.

cioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 8 de febrero de 2006 (recurso 878/2003), ECLI:ES:TSJGAL:2006:368.

- e) Un incremento que afecte a la mayoría de los empleados de una corporación. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 118/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 7 de febrero de 2007 (recurso 1942/2004), ECLI:ES:TSJCV:2007:382.

Tampoco se admite cuando esta afectación general encuentre su justificación en las siguientes causas:

- La existencia de un proyecto de reforma administrativa municipal. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 329/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 11 de mayo de 2005 (recurso 252/2003), ECLI:ES:TSJGAL:2005:949, y 667/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 2 de mayo de 2002 (recurso 419/2001), ECLI:ES:TSJGAL:2002:3228.
 - La configuración de una nueva organización funcional. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 64/2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 25 de marzo de 2013 (recurso 262/2011), ECLI:ES:TSJCLM:2013:1024.
- f) En los mismos términos, no se acepta que esta adecuación se fundamente en un supuesto de excepcionalidad, y se aplique a todos los puestos de trabajo, porque carece del carácter singular que exige la norma. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 71/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 25 de junio de 2001 (recurso 44/2001), ECLI:ES:TSJCAT:2001:8122.
- g) Un incremento lineal aplicado a la totalidad de un colectivo, como la Policía Local. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 86/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 12 de febrero de 2020 (recurso 627/2017), ECLI:ES:TSJCV:2020:3455.
- h) Un aumento que afecte a todos los empleados municipales pertenecientes a un determinado grupo profesional. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 169/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 14 de febrero de 2003 (recurso 1213/1998), ECLI:ES:TSJCAT:2003:2136.
- i) La reclasificación de los puestos de trabajo o la asignación de productividades con un carácter general. Sentencia del Tribunal Supremo 736/1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 6 de febrero de 1998 (recurso 1225/1995), ECLI:ES:TS:1998:736; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad

Valenciana 1230/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 22 de noviembre de 2001 (recurso 1671/1998), ECLI:ES:TSJCV:2001:9867; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1140/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 30 de octubre de 2001 (recurso 2058/1997), ECLI:ES:TSJCAT:2001:13185.

- j) La creación de un fondo destinado a la modernización, racionalización, y a la mejora de la productividad de la Administración local, que tiene un incremento generalizado del 0,6 % para toda la plantilla municipal a los efectos de paliar la pérdida de poder adquisitivo sufrida por los empleados públicos en los ejercicios anteriores. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 483/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 22 de diciembre de 2017 (recurso 747/2017), ECLI:ES:TSJPV:2017:4207; 712/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 11 de diciembre de 2017 (recurso 604/2017), ECLI:ES:TSJPV:2017:4183; y 67/2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 21 de febrero de 2017 (recurso 1041/2016), ECLI:ES:TSJPV:2017:679.

Al contrario, la jurisprudencia ha estimado que tienen cabida en estas excepciones:

- a) La modificación de una relación de puestos de trabajo que afecte a un solo puesto, en orden a la adecuación retributiva particular del mismo. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 677/2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 13 de noviembre de 2018 (recurso 88/2018), ECLI:ES:TSJCAT:2018:11744. O también cuando la modificación afecte en exclusiva a los puestos de trabajo de secretario e interventor, esencialmente por razones de equidad externa. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 255/2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 26 de marzo de 2019 (recurso 451/2006), ECLI:ES:TSJCV:2019:1863.
- b) La ejecución de las relaciones de puestos de trabajo en diferentes ejercicios presupuestarios, ya que las limitaciones presupuestarias van referidas a los presupuestos municipales, no a las relaciones de puestos de trabajo. Sentencia del Tribunal Supremo 4437/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 14 de julio de 2008 (recurso 3218/2008), ECLI:ES:TS:2008:4437, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 343/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 27 de mayo de 2014 (recurso 307/2012), ECLI:ES:TSJCV:2014:3411.

- c) Las adecuaciones retributivas derivadas de la realización de aquellos ajustes necesarios a derecho, pues no puede negarse a la Administración, que está sujeta al ordenamiento jurídico, que ponga fin a las situaciones de desajuste con el mismo. Sentencia del Tribunal Supremo 7066/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 13 de noviembre de 2008 (recurso 3990/2004), ECLI:ES:TS:2008:7066, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 542/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 8 de octubre de 2007 (recurso 281/2006), ECLI:ES:TSJAND:2007:9636.
- d) Las adecuaciones concretas de determinados puestos de trabajo derivadas del nuevo contenido funcional de los mismos por el incremento de funciones. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 87/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 26 de enero de 2006 (recurso 1015/2001), ECLI:ES:TSJCAT:2006:1528.
También se admiten las modificaciones específicas derivadas de la realización de tareas de superior categoría. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 328/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 14 de abril de 2005 (recurso 865/2000), ECLI:ES:TSJCAT:2005:4688.
- e) Una actualización retributiva que afecta a un gran número de trabajadores de una empresa municipal, porque este carácter está directamente relacionado con el proceso de integración del personal de la empresa en la plantilla de la corporación, derivado de la disolución de la misma y la consiguiente subrogación del personal. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 2585/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 19 de noviembre de 2009 (recurso 1105/2003), ECLI:ES:TSJAND:2009:16487.
- f) Los incrementos retributivos de determinados puestos de trabajo como consecuencia del mayor volumen de trabajo, dificultad técnica, dedicación y responsabilidad, con motivo de la aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 590/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 14 de junio de 2006 (recurso 779/2005), ECLI:ES:TSJGAL:2006:6679.
- g) Algunos pronunciamientos en el orden jurisdiccional social consideran que el carácter singular y excepcional viene referido a la existencia de una situación particular, no al ámbito subjetivo de aplicación de los incrementos, como puede ser la aprobación de una

relación de puestos de trabajo. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 769/2015 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 21 de octubre de 2015 (recurso 596/2015), ECLI:ES:TSJCANT:2015:886, y 423/2015 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 22 de mayo de 2015 (recurso 1024/2014), ECLI:ES:TSJCANT:2015:506.

De conformidad con los antecedentes expuestos, podemos afirmar que la jurisprudencia es rigurosa y estricta en la observación de los límites a los incrementos retributivos anuales establecidos en las leyes de presupuestos generales del Estado, interpretando de forma restrictiva las excepciones legalmente previstas. La implantación por primera vez de la carrera administrativa horizontal en una entidad local deberá respetar estos límites. Mientras el legislador estatal no establezca lo contrario, debe entenderse que esta situación no tiene encaje en las adecuaciones retributivas singulares y excepcionales que contempla la norma. Un sistema de carrera horizontal, por definición, debe tener un ámbito subjetivo de aplicación general y universal, que afecte a todos los empleados de la entidad, motivo por el cual no puede tener este carácter singular.

En la misma línea, los incrementos retributivos derivados de la carrera horizontal no son imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, ni obedecen a una variación del número de efectivos asignados a cada programa o al grado de consecución de los objetivos fijados al mismo. En el caso de que los sistemas de carrera horizontal incorporen como factor a evaluar el cumplimiento de objetivos, podría sostenerse que realmente puede tener lugar esta excepción. Ahora bien, aunque admitiéramos esta posibilidad, los incrementos retributivos no tendrían carácter singular ni excepcional, en los términos anteriormente expuestos.

Ante este escenario, pueden plantearse las siguientes soluciones para garantizar la observancia de los límites a los incrementos retributivos en la implementación de la carrera administrativa horizontal:

- a) La fijación de cupos de ascensos por cada nivel o grado de carrera. Si bien esta opción facilita el cumplimiento de los límites presupuestarios, a la vez que permite una mejor adaptación a las capacidades económicas de cada entidad, puede generar un problema de mayor índole. Supone un freno a las legítimas expectativas de progresión profesional de los empleados, que no podrían desarrollarse debido a motivaciones extrínsecas que nada tienen que ver con una evaluación del desempeño desfavorable, sino que obedecen pura y simplemente a razones económicas. La desmotivación sería inevitable, generando precisamente uno de los efectos contrarios de los que pretenden lograr los sistemas de carrera ad-

- ministrativa horizontal. Además, a nuestro parecer, supone una limitación no admisible del derecho a la carrera profesional, absolutamente ajena a la evaluación del desempeño.
- b) La introducción de un periodo temporal de adaptación, en el que se apliquen complementos personales transitorios, con la finalidad de que el nuevo complemento de carrera profesional absorba las futuras minoraciones de las retribuciones percibidas con arreglo al sistema de carrera anterior.
 - c) La demora en el tiempo de los efectos económicos derivados de la progresión en los sistemas de carrera horizontal, en el sentido de que estos pueden materializarse a lo largo de distintos ejercicios presupuestarios. Esta posibilidad plantea los mismos problemas de desmotivación que los apuntados anteriormente con la fijación de cupos.
 - d) La sustitución del complemento de destino por el nuevo complemento de carrera, en los términos anteriormente señalados.

6 Conclusiones

En la Administración local, la carrera horizontal y el complemento de carrera son dos elementos muy atractivos. La carrera profesional basada en el cambio de puesto de trabajo no siempre ha sido posible, especialmente en aquellas entidades locales de dimensiones reducidas. De esta manera, el empleado se encuentra ocupando un puesto de trabajo de por vida, sin posibilidad de ascender a un puesto de carácter superior, con mayores retribuciones y responsabilidades. Con el tiempo, la desincentivación es más que probable. Por otro lado, en aquellas entidades locales en las que ha sido posible, la creación de puestos de carácter superior no siempre ha obedecido a razones exclusivamente organizativas, sino a satisfacer los legítimos intereses de promoción profesional de los empleados. Es en esta encrucijada donde la carrera horizontal adquiere un papel fundamental, como mecanismo que concilia los intereses organizativos con los de los empleados, posibilitando una progresión profesional sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

El progreso profesional de los empleados públicos en los sistemas de carrera administrativa horizontal debe llevar aparejado inexorablemente un progreso económico. Por cada nivel, grado o escalafón de carrera, debe establecerse un complemento económico que retribuya la situación del empleado en el mismo. Para ser acreedor de este complemento de carrera, los

empleados deben cumplir los requisitos establecidos por los instrumentos jurídicos reguladores de cada sistema. Entre estos requisitos, la evaluación del desempeño debe tener un papel fundamental, aplicada con criterios técnicos y científicamente aceptados. En caso contrario, existe el riesgo de que se desnaturalice este concepto retributivo, como ha sucedido en el pasado con el complemento de productividad, de manera que se considere una retribución fija y periódica ligada esencialmente a la antigüedad, absolutamente desconectada del desempeño profesional.

En definitiva, el complemento de carrera permite, como concepto retributivo ligado a la carrera administrativa horizontal, retribuir indirectamente otros factores clave para el buen funcionamiento organizativo, como son el cumplimiento de los objetivos asignados o el adecuado desarrollo del puesto de trabajo. Constituye un importante instrumento incentivador, que recompensa las conductas y los rendimientos adecuados. A diferentes rendimientos y desempeños, diferentes retribuciones.

Será el legislador de desarrollo quien deberá configurar los aspectos básicos de la carrera horizontal y del complemento de carrera, con la finalidad de que las entidades locales puedan, en el ámbito de su capacidad de autoorganización, regular vía reglamentaria sus propios sistemas de carrera horizontal. Una de las cuestiones básicas que el legislador de desarrollo deberá abordar es la compatibilidad entre la actual carrera de grado personal y la carrera horizontal, al ser ambas carreras profesionales que se desarrollan en un mismo puesto de trabajo.

En el mismo orden de cosas, sería recomendable que las leyes de presupuestos generales del Estado incorporaran nuevas excepciones a los incrementos retributivos anuales, en el sentido de admitir aquellos aumentos derivados de la introducción por primera vez de la carrera administrativa horizontal. El marco jurídico existente, y la interpretación restrictiva efectuada por la jurisprudencia, no permiten considerar este supuesto como una adecuación retributiva de carácter singular y excepcional, porque la implantación de cualquier sistema de carrera horizontal tiene un ámbito subjetivo de aplicación general, referido a todos los empleados públicos de la organización.

7

Bibliografía

Aldomà Buixadé, J. (2009). El sistema retributiu. En J. Pere Camino y M. Tarrés (coords.). *Comentaris al règim estatutari dels empleats públics* (pp. 253-286). Barcelona: EAPC.

- Arroyo Yanes, L. M. (2012). La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos. *Revista catalana de dret públic*, 45, 94-128.
- Càmara Mas, R. (2021). La carrera administrativa horizontal. Especial referencia a la administración local. *Revista Vasca de Administració Pública*, 121, 295-336.
- Castillo Blanco, F. (2002). *El sistema retributivo de la función pública española*. Madrid: Marcial Pons.
- Fuentetaja Pastor, J. A. (2013). *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Generalitat de Catalunya. (2005). *Llibre blanc de la funció pública catalana*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya. Disponible en: https://eapc.gencat.cat/ca/publicacions/colleccions/varia/20_llibre_blanco_de_la_funcio_publica_catalana/.
- Instituto Nacional de Administración Pública. (2005). *Informe de la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: INAP.
- Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (2013). *Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo Público. Grupo de Trabajo: carrera administrativa*. Disponible en: <http://femp.femp.es/files/566-1502-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Carrera%20Administrativa.pdf>.
- Noguer Portero, M. C. y Guzmán Valverde, N. (2007). *La gestió dels recursos humans per competències*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya. Disponible en: https://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/colleccio_papers_de_recerca/10_la_gestio_dels_recursos_humans_per_competencies_una_experiencia_municipal/documents/papers010_def.pdf.
- Palomar Olmeda, A. (2016). *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Madrid: Dykinson.
- Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J. (2017). *Derecho de la Función Pública*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Roqueta Buj, R. (2020). *La carrera profesional y promoción interna de los empleados públicos*. Cizur Menor: Aranzadi.

A stylized tree graphic in shades of purple. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous leaf-like shapes. A large, light purple circle is positioned at the base of the trunk on the left side. The text 'QD 61' is located in the upper right area of the tree's canopy.

QD 61

**PONENCIAS,
CRÓNICAS
Y NOTAS**

Las costas en la jurisdicción administrativa

L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ

Magistrado - Doctor en Derecho.

Profesor de Derecho Procesal

(Universidad Pablo de Olavide - Sevilla)

1. El criterio del vencimiento objetivo

- 1.1. Estimación íntegra versus estimación sustancial
- 1.2. Serias dudas de hecho o derecho
- 1.3. Motivación de las “serias dudas” y de la temeridad o mala fe

2. El silencio de la Administración o la inactividad del actor en vía administrativa

- 2.1. Silencio de la Administración
- 2.2. Inacción de la parte actora

3. Participación irrelevante del codemandado

4. Inadmisión de la demanda

5. Allanamiento

6. Las costas en la terminación del proceso sin sentencia

- 6.1. Desistimiento
- 6.2. Satisfacción extraprocesal

7. Fijación del importe

- 7.1. Moderación de las costas
- 7.2. Reducción de las costas hasta la tercera parte de la cuantía del pleito: el artículo 394.3 de la LEC

8. Plazo para instar la tasación de costas

9. Bibliografía

Resumen

Los gastos procesales que genera un proceso no son una cuestión banal. Singularmente, para el demandante ante la jurisdicción administrativa, pueden constituir un freno económico a la hora de litigar; no tanto para la Administración, pues juega la partida del proceso con el dinero de los contribuyentes. Pero también son un elemento resarcitorio de quien, abocado a litigar, demuestra que tenía razón. Bien sea

aplicando el criterio objetivo (“el que pierde, paga”) o el subjetivo (“el que litigó con temeridad o mala fe, paga”), se trata de que el ganador del proceso pueda salir indemne –o casi– del mismo. Pues bien, en este trabajo se muestran las claves jurisprudenciales sobre el tratamiento de las costas en las variopintas circunstancias que pueden dar lugar a la conclusión del proceso y las facultades judiciales en la moderación de su importe. Todo ello, expuesto con una buena dosis de pragmatismo.

Palabras clave: costas; vencimiento objetivo; vencimiento subjetivo; imposición de costas; importe de las costas; moderación de las costas.

Litigation costs in the contentious-administrative jurisdiction

Abstract

Judicial expenses generated by a process are not a trivial matter. From the perspective of the plaintiff before the contentious-administrative jurisdiction, judicial expenses may constitute an economic barrier when litigating; not so much for the public administration, because it plays its role in the process with the taxpayers' money. But judicial expenses are also a compensatory element of those who, forced to litigate, show that they were right. Either by applying the objective criteria (“the one who loses, pays”) or the subjective one (“the one who litigated recklessly or in bad faith, pays”), it is a question of the winner of the process being able to emerge unscathed –or almost– from it. This article shows the case law keys on the treatment of litigation costs in the varied circumstances that can lead to the conclusion of the process and the judicial powers in the moderation of its amount. The article addresses these issues with a good dose of pragmatism.

Keywords: litigation costs; objective criteria; subjective criteria; imposition of litigation costs; amount of litigation costs; moderation of litigation costs.

1

El criterio del vencimiento objetivo

El criterio general que rige en materia de costas es el del vencimiento objetivo: “el que pierde, paga”. Se impondrán las costas “a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones”, dice el artículo 139.1 de la LJCA (la norma, aquí, es idéntica a la del art. 394.1 de la LEC). El fundamento es claro:

el litigante que tenga razón en sus pretensiones debe salir incólume del proceso. Pero esta regla general no está exenta de algunas dificultades de interpretación y de excepciones.

1.1

Estimación íntegra versus estimación sustancial

Una interpretación literal de la norma citada llevaría a considerar que, en aquellos supuestos en los que no se rechazan en su totalidad las pretensiones del demandado o, si se prefiere, no se estiman en su integridad las pretensiones del actor, aunque la diferencia entre lo pedido y lo estimado por el órgano judicial fuese insignificante, supondría la no imposición de costas a la parte vencida.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, consciente de que ello resulta injusto, ha establecido –a efectos de condena en costas– el criterio de la estimación sustancial o el “cuasi-vencimiento”, exportable a nuestra jurisdicción toda vez que, en lo que aquí interesa, los textos del artículo 394.1 de la LEC y 139.1 de la LJCA son idénticos. Buen ejemplo de esta doctrina son, entre otras, las SSTs (Sala de lo Civil) de 31 de enero, 13 de febrero y 21 de diciembre de 2018¹:

“Como recuerda la sentencia 715/2015, de 14 de diciembre, con cita de otras muchas, para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho”.

1.2

Serias dudas de hecho o derecho

Pese a la íntegra desestimación de las pretensiones de una de las partes, no se le impondrán las costas si el juez aprecia y razona “que el caso presentaba

1. Recursos 2542/2015 (ECLI:ES:TS:2018:208), 1619/2016 (ECLI:ES:TS:2018:405) y 1315/2016 (ECLI:ES:TS:2018:4356), respectivamente. Puede verse también, en el mismo sentido, el ATS (Sala de lo Civil) de 17 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3139A).

serias dudas de hecho o de derecho”. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 8.^a) de 17 de diciembre de 2021, rec. 3369/2016 (ECLI:ES:TS:2021:4766), “aunque rige en esta materia el criterio del vencimiento, el rigor de su aplicación se atempera en los casos como el examinado, toda vez que, al tiempo de interponerse el recurso, la cuestión objeto del mismo presentaba serias dudas de hecho o de derecho, derivadas de la complejidad y diversidad de la controversia suscitada”.

No basta con que haya dudas, tienen que ser “serias”, entendidas como “importantes”, “de consideración” (véase la 5.^a acepción del término “serio” en el *Diccionario de la Lengua Española*). Así lo señala el Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 3.^a), en su auto de 5 de junio de 2012, rec. 258/2012 (ECLI:ES:TS:2012:5952A):

“No basta para excluir la preceptiva condena en costas que existan discrepancias sobre una determinada cuestión, de hecho o de derecho, siendo preciso que aquéllas revistan una entidad tal que justifique la exención”.

La Audiencia Provincial de Sevilla (Civil, sección 5.^a) lo explica bien en la sentencia de 27 de mayo de 2011, rec. 7608/2010 (ECLI:ES:APSE:2011:1721):

“[E]n todo pleito existen dudas de hecho o de derecho, que, precisamente, avocan a su planteamiento, por lo que, para eximir del pago de las costas al litigante vencido, dejando de aplicar la regla general que consagra el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que entender que no basta con cualquier duda, producto de un interpretación interesada, sino que es preciso que se trate de dudas importantes, graves, excepcionales o acerca de cuestiones en las que existan resoluciones contradictorias de los tribunales, o en asuntos verdaderamente oscuros, imposibles de resolver sin un pronunciamiento judicial al respecto, puesto que la esencia de todo litigio está en la incertidumbre y la posibilidad de varias soluciones, aunque solo una sea la más correcta. En otro caso, nunca se impondría el pago de las costas, que quedaría reservado al supuesto de que estuviera manifiestamente claro que no se plantearan, lo que equivaldría a haber actuado en el pleito con temeridad, suponiendo tal interpretación la vuelta de facto a un criterio ya superado, como es el subjetivo de la temeridad”.

La misma Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5.^a), en su sentencia de 12 de marzo de 2012, rec. 485/2012 (ECLI:ES:APSE:2012:1964), deja claro que estas dudas “graves o importantes” han de apreciarse con antelación al juicio y no se identifican con las que puedan tener los litigantes:

“Evidentemente estas dudas han de apreciarse en el momento anterior al inicio del litigio, por cuanto que la resolución que del mismo haga

el Tribunal resuelve definitivamente la cuestión, pero no bastan las dudas que puedan tener los litigantes porque las mismas son propias de todo litigio, sino que la cuestión ha de presentarse oscura o confusa, de modo que sólo la prueba practicada durante el mismo ha podido despejar esas graves dudas, cuando se trata de dudas de hecho. En el caso de dudas de derecho, la interpretación de las cuestiones jurídicas que se suscitan ha de ser objetivamente difícil por no existir normas que específicamente las regulen o existir normas contradictorias, sin que exista una línea jurisprudencial que sustituya la falta de normativa o aclare las divergencias de la existente, o por ser contradictorias las resoluciones de los órganos judiciales que se han dictado en casos similares”.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid (Civil, sección 28), en la sentencia de 13 de enero de 2023, recurso: 732/2021 (ECLI:ES:APM:2023:52), sistematiza los requisitos para la apreciación de “serias dudas de hecho o de derecho”, del siguiente tenor:

1.º Que tales dudas sean fundadas, razonables, basadas en una gran dificultad para determinar, precisar o conocer fuera del proceso judicial la realidad de los hechos fundamento de la pretensión deducida, o aun no habiendo dudas sobre los hechos, los efectos jurídicos de los mismos se presenten dudosos por ser la normativa aplicable susceptible de diversas interpretaciones, o bien en el supuesto de las de derecho, porque exista jurisprudencia contradictoria en casos similares.

2.º Ha de concurrir la “seriedad” de la duda, esto es, la importancia de los hechos sobre los que recae la incertidumbre en orden a decidir la razonabilidad de la pretensión, de manera que no todas las pretensiones razonablemente fundadas impedirán la condena en costas en caso de su desestimación, porque la regla de vencimiento objetivo no es sólo una sanción a la conducta arbitraria o caprichosa del que pretende y es vencido, sino también una regla de protección del sujeto contra el que se dirige la pretensión a no padecer perjuicio económico”.

1.3

Motivación de las “serias dudas” y de la temeridad o mala fe

En la primera o única instancia de nuestra jurisdicción, las “serias dudas de hecho o de derecho” que den lugar a la no imposición de costas al perdedor exigen un “razonamiento” por parte del juzgador (“[...] así lo razone”, dice el art. 139.1 de la LJCA). Es decir, las sentencias o los autos que, tras estimar o desestimar íntegramente las pretensiones de las partes, utilizan la fórmula

retórica y estereotipada de remitirse a “las serias dudas de hecho o de derecho”, sin explicarlas en absoluto, siquiera sea con un mínimo razonamiento o que se infieran con suma facilidad y nitidez del texto de la sentencia, están violentando el tenor del artículo 139.1 de la LJCA.

Un pronunciamiento de esta índole, falto de motivación, debe ser revocado en apelación o casación, tal y como hizo el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Contencioso) en su sentencia de 17 de junio de 2016, rec. 403/2015 (ECLI:ES:TSJNA:2016:632):

“En este caso, la juez de instancia no motiva la existencia de serias dudas de hecho que le permitan apartarse del criterio general del vencimiento objetivo, por lo que, aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta, debe estimarse el recurso interpuesto por la defensa de Caser y revocar la sentencia en este punto, imponiendo las costas de primera instancia a la Mancomunidad de Mairaga, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones”.

La misma exigencia de motivación se establece para los casos de estimación o desestimación parcial, cuando las costas se impongan a una de las partes “por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”.

En las demás instancias o grados, el artículo 139.2 de la LJCA sigue el criterio objetivo del vencimiento: “se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso”. Pero, excepcionalmente, pese a la desestimación íntegra, el órgano judicial puede no imponer las costas “si aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición”; eso sí, “razonándolo debidamente”.

Valgan, como ejemplo de lo expuesto, las siguientes resoluciones.

- Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 2.^a). Auto de 29 de septiembre de 2014, rec. 2572/2012 (ECLI:ES:TS:2014:8083A):

“Obviamente, la no aplicación del criterio objetivo del vencimiento en el caso de que se considerara que el caso ofrecía dudas de hecho o derecho obliga al juez o tribunal a razonar la expresada circunstancia y, respecto de los casos de estimación o desestimación parcial, el legislador impone de una manera expresa que se motive la imposición de las costas a una de las partes, con fundamento en su actuación temeraria o de mala fe.

En las demás instancias o grados y, desde luego en el recurso de casación, el artículo 139.2 de la LJCA sigue el criterio objetivo del vencimiento, de manera que es la propia ley la que obliga a imponer al recurrente las costas si se desestima totalmente el recurso. Solo, excepcionalmen-

te, el órgano judicial puede no imponer las costas ‘si aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición’, por lo que también ha de razonar debidamente la falta de condena en costas”.

- Tribunal Supremo (Sala 3.ª, sección 5.ª). Sentencia de 7 de diciembre de 2011, rec. 183/2008 (ECLI:ES:TS:2011:8336):

“En los supuestos en los que la imposición, o no, de las costas procesales sea el resultado de una valoración del órgano judicial sobre las circunstancias particulares del caso o sobre la conducta procesal de las partes –temeridad o mala fe– el deber de motivar esa decisión es una exigencia derivada de los artículos 24.1 y 120.3 de la CE. Ello no obsta para que aun en estos casos la motivación implícita pueda ser admitida cuando la razón del pronunciamiento sobre las costas del proceso pueda inferirse del conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el tribunal para resolver las pretensiones de las partes, ya que la sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con visión fragmentaria (SSTC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 4; y 230/1988, de 1 de diciembre, FJ 1).

En aquellos otros supuestos en los que, por el contrario, el legislador acoge la regla *victus victori* o del vencimiento objetivo, sin prever excepciones, no existe un margen de apreciación para que el órgano judicial decida por sí sobre la imposición de las costas, sino que, por imperativo legal, la única decisión que puede adoptar es la que la norma contempla. En estos casos no existe un deber de motivación sobre la imposición de las costas procesales que vaya más allá de la motivación necesaria para estimar o desestimar las pretensiones que constituyan el objeto del concreto proceso, de cuyo resultado es consecuencia inescindible la decisión sobre las costas causadas (*accessorium sequitur principale*). En el mismo sentido, la STC 9/2009, de 12 de enero, FJ 3”.

- Audiencia Nacional (Contencioso, sección 2.ª). Sentencia de 26 de noviembre de 2009, rec. 264/2006 (ECLI:ES:AN:2009:5223):

“[S]í se aprecian en este caso méritos bastantes que determinan la necesidad de imposición de las costas causadas a la parte recurrente, por haber obrado con evidente temeridad, manifestada en la muy notoria falta de fundamento de su pretensión ejercitada, lo que evidencia la patente improcedencia de la acción y consiguiente innecesariedad de la provocación de este proceso”.

- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso, sección 10.ª). Sentencia de 23 de abril de 2015, rec. 687/2014 (ECLI:ES:TSJM:2015:3797):

“La temeridad o mala fe de la parte que inicia el proceso contencioso-administrativo, como causa motivadora de su condena en costas, se pro-

duce cuando la impugnación promovida vuelve la espalda a conceptos elementales del Derecho Administrativo, de forma que quepa presumir razonablemente que esa ausencia de unos mínimos fundamentos fácticos y jurídicos que pudieran concluir en una sentencia estimatoria de la pretensión no se deben a ignorancia sino a una actitud consciente y deliberada”.

2

El silencio de la Administración o la inactividad del actor en vía administrativa

No actuar en vía administrativa, ya sea por el silencio de la Administración que no resuelve o por la pasividad del interesado que poco o nada alega y prueba, debe ser suficiente para considerar que el caso tenía dudas de hecho y/o de derecho y, en consecuencia, no favorecer con la imposición de costas a la parte que no actuó como cabía esperar en sede administrativa.

2.1

Silencio de la Administración

En la jurisdicción administrativa nos encontramos con un caso en el que, por regla general, no deberían imponerse las costas al demandante, pese a desestimar todas sus pretensiones: cuando recurre frente al grosero silencio de la Administración (lo que se denomina desestimación “presunta”). Estamos ante una patología, ante un flagrante incumplimiento (art. 21.1 de la Ley 39/2015) que denota una mala praxis administrativa.

El silencio de la Administración ante un recurso o ante una petición impide que el ciudadano conozca los hechos y razones jurídicas que aquella podría llegar a invocar para rechazar tal recurso o petición. Por tanto, además de que sería injusto que ante el incumplimiento de la Administración (que no contestó) el ciudadano que impetra la tutela se viese castigado a abonar las costas del pleito, bien puede decirse y argumentarse que el caso, para el demandante, presentaba serias dudas de hecho y de derecho.

Son muy esclarecedoras las palabras del doctor y magistrado Chaves García² cuando afirma: “la regla general debería ser no imponer las costas cuando el particular impugna una desestimación presunta pues dudas, lo

2. Chaves García (2016a).

que son dudas, existen realmente, pues no se sabe la posición o criterio de la parte que calla maliciosamente”. Y lo explica así:

“[...] si la Administración tiene la obligación de resolver en todo tipo de procedimientos, y si el Tribunal Constitucional ha dicho que no puede obtener beneficio del incumplimiento de su deber (en cuanto a que no corren los plazos para recurrir desestimaciones presuntas), lo suyo sería interpretar que, si el particular se ve embarcado a recurrir un acto administrativo en esas condiciones, lo hace en un escenario de dudas de hecho y/o derecho. Y ello porque en vía administrativa ha alegado o invocado pruebas, o incluso ha formulado un recurso administrativo y solo ha recibido el silencio.

La Administración ha dado la callada por respuesta, y el particular ha tenido que impugnar ‘a ciegas’, y lo que es peor, a sabiendas del riesgo de que la Administración ‘despierte’ en pleno proceso y al tiempo de contestación a la demanda, que irá acompañada de la metralla y bombas que la Administración no usó en vía administrativa”.

También los órganos judiciales se han decantado por esta solución de no imponer las costas en caso de silencio administrativo. Por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante, en la sentencia de 17 de octubre de 2018, rec. 644/2017 (ECLI:ES:JCA:2018:1846), dice así:

“En el concreto caso enjuiciado, la parte actora se ha visto obligada a recurrir una desestimación presunta (un silencio administrativo negativo), con lo cual formalmente en el momento de interponer la demanda, el recurrente desconocía pura y simplemente las concretas razones por las que la Administración entendía desestimada por silencio su pretensión; razones que hemos podido conocer únicamente tras la contestación de la demanda por parte de la Administración. En estas condiciones es criterio de este juzgado [...] que no se imponen costas ‘teniendo en cuenta que no ha sido dictada la resolución expresa en respuesta a la reclamación de la actora’. Por tanto, cuando el recurrente se ve obligado a recurrir un acto administrativo presunto, la eventual desestimación de la demanda no debe dar lugar en ningún caso a la imposición de costas, dado que la parte recurrente se ha visto obligada a acudir a la vía judicial y a formular demanda sin conocer los motivos jurídicos que amparaban la denegación presunta”.

Y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Contencioso, sede en Málaga, sección 2.^a), en las sentencias núms. 74/2018 y 77/2018, ambas de 22 de enero, recs. 348/2016 y 388/2016 (ECLI:ES:TSJAND:2018:712 y ECLI:ES:TSJAND:2018:8053), declara:

“En cuanto a las costas, el recurso es interpuesto frente a la desestimación tácita de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que, por tanto, ha incumplido su deber legal de responder expresamente (art. 42.1 Ley 30/92), lo que hubiera permitido a la recurrente sopesar las razones tenidas en cuenta para la denegación, y determinar en consecuencia la procedencia o no de acudir a la vía judicial.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, no cabe primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa –entre otras SSTC 72/2008, de 23 de junio de 2008 o de 106/2008, de 15 de septiembre de 2008–.

Por tanto, no procede imponer el pago de costas (art. 139.1 Ley 29/98, modificado por Ley 37/11)”.

El Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 5.^a) ha sentado doctrina al respecto en su sentencia de 8 de noviembre de 2022, rec. 197/2022 (ECLI:ES:TS:2022:4009), ratificando lo ya dicho en la sentencia de 12 de marzo de 2020, rec. 7708/2018 (ECLI:ES:TS:2020:9289), de manera que la falta de resolución administrativa no provocará automáticamente la no imposición de las costas por serias dudas de hecho o de derecho, sino que el juzgador deberá razonarlo específicamente en su resolución³:

“Ratificando la doctrina [...], declaramos que la ausencia de resolución expresa no excluye el criterio del vencimiento, que es la regla general y primaria para la imposición de costas. Y ello sin perjuicio de que el tribunal que dicte la resolución, pueda estimar y razonar, que esa ausencia de resolución expresa ha generado dudas de hecho o de derecho en el debate procesal, acogiendo la excepción que el mismo precepto procesal autoriza”.

Los argumentos del alto tribunal, conjugando una y otra sentencia, son, resumidamente, los siguientes:

3. Un comentario crítico a estas dos sentencias puede verse en Gómez Fernández (2022).

- A) Parte el alto tribunal de que “el legislador no ha previsto un régimen singularizado en materia de costas cuando lo impugnado sea una desestimación presunta (ficción legal encaminada a posibilitar el acceso a la vía jurisdiccional cuando no existe una resolución expresa)”.
- B) Reconoce, no obstante, que las serias dudas “pueden estar generadas por la falta de resolución expresa por parte de la Administración, cuando tiene impuesta la obligación legal de dictar resolución expresa”.
- C) Concluye que “nada impide que esa falta de resolución expresa, cuando el Tribunal que decida el debate lo estime procedente y lo motive, pueda llevar a considerar que genera esas dudas de hecho o de derecho, que permitirían dejar de aplicar el criterio del vencimiento”.

2.2

Inacción de la parte actora

La no imposición de costas debe también operar favoreciendo a la Administración que pierde el pleito frente al particular que permanece inactivo, o casi, en vía administrativa, guardando todas sus cartas para el juicio. En este caso, aun estimándose íntegramente la demanda, las dudas de hecho o de derecho operan a favor de la Administración, habida cuenta de que el interesado no aportó hechos, alegaciones ni pruebas al expediente administrativo previo.

Compartimos la opinión de Chaves García⁴ cuando afirma: “[...] esa consecuencia reacia a la imposición de costas debería también jugar respecto del particular que se calla en vía administrativa, sin alegar ni probar, y luego en vía contencioso-administrativo aporta lo que podía haber hecho en vía administrativa. Y no procedería imponer las costas a la Administración pues sus funcionarios han actuado con dudas de hecho o derecho ya que en vía administrativa el silencio del particular le ha empujado a impulsar el procedimiento hasta el acto administrativo”.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Contencioso, sede en Burgos) adopta este criterio en la sentencia de 18 de noviembre de 2016, rec. 125/2015 (ECLI:ES:TSJCL:2016:4097):

“Al estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Conten-

4. Chaves García (2016a).

cioso-Administrativa, procedería la imposición de costas a la parte demandada, pero en este recurso nos encontramos ante la circunstancia de que la actora no formuló alegación alguna en el expediente administrativo, ni propuso prueba alguna, ni siquiera realizó acto alguno en el expediente administrativo, por lo que notificado el pliego de cargos y no realizada manifestación alguna, lo lógico, ante el contenido de la denuncia, es proceder a imponer la sanción; resolución sancionadora que no fue recurrida en reposición, sino que se acudió directamente a interponer el recurso contencioso-administrativo. Ante esta circunstancia, no procede realizar imposición de costas”.

3

Participación irrelevante del codemandado

Cuando la personación del codemandado es una simple “pose” formal y no realiza actividad alguna o se limita a “ir a rebufo” del letrado de la Administración, copiando o resumiendo sus alegatos, no debe beneficiarse de las costas en caso de desestimación íntegra de la demanda. Así puede verse en la sentencia de 27 de diciembre de 2021, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de la Audiencia Nacional (PO 19/2020): “Todo ello con imposición a la Administración demandante de la totalidad de las costas ocasionadas en esta litis al CTyBG (art. 139.1 de la LJCA); no así respecto de las ocasionadas al codemandado, toda vez que su actuación en este juicio ha sido por completo irrelevante y habría que hablar más bien de no actuación o completa pasividad, puesto que ni contestó a la demanda, ni propuso prueba, ni formuló conclusiones. No realizó más actividad procesal que la de personarse en el proceso”.

En esta línea se pronunció el Tribunal Supremo (Sala 3.ª, sección 1.ª), en la sentencia de 16 de junio de 2016, rec. 55/2014 (ECLI:ES:TS:2016:2833).

“Procede, [...] en aplicación de lo previsto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, atendiendo al criterio del vencimiento, condenar a la recurrente en las costas de este proceso [...]; si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 139.3, limita a 3000 euros la cantidad máxima que la Abogacía del Estado puede reclamar por todos los conceptos, sin que tenga derecho a participar en esas costas D. Bienvenido que no ha realizado ninguna actuación procesal relevante más allá de su personación como codemandado, dado que en sus escritos procesales de contestación y conclusiones se ha limitado a adherirse sin más a lo manifestado por la Sra. abogada del Estado”.

4

Inadmisión de la demanda

Cuando se inadmite una demanda o un recurso, por auto o por sentencia, sin entrar a analizar el fondo del asunto, ¿pueden imponerse las costas al demandante o recurrente?

En estos casos cabe arbitrar dos soluciones distintas:

- Que la inadmisión se considere un rechazo de las pretensiones del demandante o recurrente. Procedería entonces, de acuerdo con el artículo 139.1 de la LJCA, condenarle en costas al haber visto rechazadas todas sus pretensiones.
- Que, al no haberse entrado a analizar el fondo del asunto, tampoco se habrían examinado y valorado las pretensiones y, por lo tanto, no podrían considerarse rechazadas. En tal caso, no procedería la imposición de costas.

Si bien se mira, “la inadmisión de una demanda comporta el portazo del proceso, lo que encierra una desestimación tácita y pragmática de las pretensiones (que ni siquiera serán examinadas)”⁵. En consecuencia, procederá la imposición de costas al vencido tanto si se desestiman las pretensiones sobre el fondo como si se inadmiten en la instancia.

Los pronunciamientos entre la jurisprudencia menor no son uniformes en este aspecto.

Así, a título de ejemplo, sostiene que el pronunciamiento de inadmisibilidad conlleva el rechazo de todas las pretensiones y, por lo tanto, la condena en costas, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Contencioso, sección 2.^a), en la sentencia n.º 142/2017, de 15 de marzo, rec. 74/2016 (ECLI:ES:TSJPV:2017:1078):

“Con ello, debemos ratificar que, efectivamente, el pronunciamiento de inadmisibilidad conlleva el rechazo de todas las pretensiones ejercitadas por quienes fueron demandantes, lo que trasladado a las pautas del artículo 139.1 de la ley de la jurisdicción en relación con la condena en costas, al no razonarse, ni poder considerar que concurrían válidamente dudas de hechos o derecho, debe llevar a la imposición de costas a la parte demandante”.

Y considera que el pronunciamiento de inadmisibilidad deja imprejuizado el fondo, y no procede la condena en costas, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Contencioso, sección 7.^a), en sus sentencias de 14 de febrero, rec. 76/2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:1611), y 13 de mayo de 2015, rec. 916/2013 (ECLI:ES:TSJM:2015:5924):

5. Chaves García (2016b).

“[N]o procede realizar pronunciamiento alguno en cuanto a costas, al haber quedado imprejuizada la cuestión principal planteada”.

Desde mi punto de vista, la “inadmisión” del recurso o de la demanda –en lo tocante a las costas– debe incardinarse en el apartado 1 del artículo 139 de la LJCA, como un pronunciamiento equivalente al rechazo de todas las pretensiones. Es cierto que ninguna de ellas ha sido examinada en el fondo, pero también lo es que ninguna de ellas es acogida cuando al final del pleito se dicta un fallo de inadmisibilidad, tras haberse elaborado la demanda.

Ese rechazo también se produce si se declara la inadmisión *ab initio*, en el trámite del artículo 51 de la LJCA o en el de alegaciones previas de los artículos 58 y 59 de la LJCA. En estos casos, aunque no se hayan definido aún los exactos contornos de la pretensión, que se hará en la demanda (art. 56.1 de la LJCA), sí debe estar claro en el escrito inicial del recurso lo que es objeto de impugnación: “la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne”, y la petición de que “se tenga por interpuesto el recurso” (art. 45.1 de la LJCA). Pues bien, la inadmisión anticipada implica el rechazo directo de esta última solicitud o petición (no se tendrá por interpuesto el recurso) y el rechazo indirecto de cualquiera de las pretensiones ligadas a la actuación impugnada que se querían hacer valer en el proceso.

Téngase en cuenta que el artículo 139.1 de la LJCA ordena imponer las costas a quien haya visto “rechazadas todas sus pretensiones” (no dice a quien haya visto “desestimada su demanda o su oposición”). La norma bien puede interpretarse desde la perspectiva del “resultado” sobre las pretensiones del actor, que es el mismo cuando su recurso o demanda se inadmite a trámite que cuando se desestima, pues, en ambos supuestos, sus pretensiones no obtendrán el menor éxito.

De forma expresa, sin ambages, se ha pronunciado el Tribunal Supremo a favor de aplicar el artículo 139.1 de la LJCA en los casos de sentencia de inadmisibilidad.

- Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 5.^a). Sentencia de 22 de mayo de 2018, rec. 54/2017 (ECLI:ES:TS:2018:2034):
 “[E]ntendemos que el nuevo régimen de las costas procesales resultante del artículo 139.1 LJCA se proyecta en rigor sobre la sentencia y demás actos procesales en que proceda (autos), cuando unos y otros contengan los pronunciamientos que les son propios, así, en el caso, de las sentencias, cuando contengan un pronunciamiento de inadmisibilidad, estimatorio o desestimatorio (artículo 68: “1. La sentencia pronunciará alguno de los fallos siguientes: a) Inadmisibilidad del recurso

contencioso-administrativo. b) Estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo. 2. La sentencia contendrá además el pronunciamiento que corresponda respecto de las costas’)".

También podemos encontrar resoluciones del Tribunal Supremo donde se ha inclinado, *de facto*, por esta solución cuando actúa en única instancia, siendo entonces la norma de aplicación sobre imposición de costas el mismo artículo 139.1 de la LJCA que estamos analizando. Así, por ejemplo, tras dictar un fallo de inadmisibilidad, sin mayores explicaciones, impuso las costas al recurrente al socaire de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA en la STS (Sala 3.^a, sección 4.^a) de 23 de septiembre de 2019, rec. 374/2017 (ECLI:ES:TS:2019:2911).

Esa misma solución la adopta el Tribunal Supremo, también *de facto* y actuando en única instancia, en los casos en que la inadmisibilidad se declara antes de sentencia, con ocasión del trámite de alegaciones previas. Se pronuncia en este sentido, por ejemplo, en los siguientes autos:

- 1 de abril de 2014, rec. 648/2012 (ECLI:ES:TS:2014:1290).
- 2 de diciembre de 2014, rec. 219/2014 (ECLI:ES:TS:2014:4915).
- 4 de julio de 2016, rec. 2274/2015 (ECLI:ES:TS:2016:6389A).
- 27 de mayo de 2019, rec. 425/2018 (ECLI:ES:TS:2019:6258A).
- 28 de mayo de 2019, rec. 374/2018 (ECLI:ES:TS:2019:6004A).

E igualmente, cuando la inadmisión del recurso se declara en aplicación de lo establecido en el artículo 51 de la LJCA, como, por ejemplo, en el auto de 5 de noviembre de 2020, rec. 322/2020 (ECLI:ES:TS:2020:10350A).

Por lo demás, la circunstancia de que la pretensión ejercitada por el demandante no haya sido examinada en cuanto al fondo puede ser considerada para hacer uso de la facultad moderadora del artículo 139.4 de la LJCA.

Ha de retenerse que no encaja en estas previsiones la inadmisión del recurso de casación que se interpone frente a una sentencia. En este caso ya se ha entrado en la instancia a valorar el fondo de la demanda interpuesta y, además, encuentra su propia regulación en el artículo 90.8 de la LJCA, cuyo tenor literal es el siguiente: "La inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima".

5 Allanamiento

Lamentablemente, la experiencia demuestra que la Administración juega en ocasiones con el silencio administrativo negativo cuando carece por comple-

to de razón frente al administrado. Espera a que este acuda a la vía jurisdiccional para obtener tutela, y solo entonces iza bandera blanca y se allana, pretendiendo que no se le impongan las costas: “aquí no ha pasado nada”.

Nuestra ley jurisdiccional no establece ninguna previsión específica sobre costas para casos de allanamiento (cf. art. 75 de la LJCA), frente a lo previsto en el artículo 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

2. Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior”.

En el proceso jurisdiccional administrativo, ante el allanamiento de la Administración, caben, en esencia, dos opciones:

- a) Aplicar supletoriamente el artículo 395 de la LEC por entender que la LJCA está incompleta en este aspecto y, por lo general, no imponer las costas si el allanamiento se produce antes de contestar la demanda.
- b) Considerar que la LJCA es una norma completa, siendo innecesario acudir a la supletoriedad de la LEC. Así, puede argumentarse que el artículo 139 de la LJCA conlleva la condena por allanamiento, también antes de contestar la demanda. En efecto, en los pleitos civiles, entre particulares, la demanda es “sorpresiva” y cabe allanarse sin más consecuencias antes de contestarla. Pero, en los pleitos ante la jurisdicción administrativa, se ha tramitado previamente –o se debería haber tramitado– un expediente, y la Administración ha tenido tiempo sobrado en esa vía administrativa previa para reconocer el derecho del interesado y evitar que tuviera que acudir a impetrar la tutela judicial.

El Tribunal Supremo (Sala 3.^a, Pleno) se ha pronunciado al respecto en dos sentencias de 17 de julio de 2019, recs. 5145/2017 y 6511/2017 (ECLI:ES:TS:2019:2716 y ECLI:ES:TS:2019:2719):

“La cuestión con interés casacional consiste en determinar si, ‘tras la reforma operada en el artículo 139.1 de la LJCA por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, resulta o no procedente imponer las costas procesales causadas a la Administración codemandada que se allanó a las pretensiones de la parte demandante en el plazo de contestación a la demanda’, cuestión a la que respondemos

declarando que la regla objetiva del vencimiento es la que deriva de lo dispuesto en ese nuevo artículo, y, por consiguiente, resulta procedente la imposición de costas, salvo criterio subjetivo del juzgador, quien habrá de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y quien, igualmente podrá también acudir al apartado 4 del artículo 139 LJCA y antes en el apartado 3 en moderación del criterio objetivo”.

En suma, si la Administración se allana, aunque sea antes de contestar a la demanda, pagará las costas. La intención es poner coto a los abusos de la Administración demandada. Si no tenía razón y provocó que el interesado tuviera que soportar las molestias y los gastos de emprender un proceso judicial, debe pagar las costas, por más que se bata en retirada en sede judicial.

Con todo, pese al allanamiento, el tribunal puede moderar las costas (numeral 4 del art. 139), e incluso no imponerlas, en función de las circunstancias del caso. Por ejemplo, si aprecia serias dudas de hecho o de derecho (numeral 1, último inciso, del art. 139).

Por lo demás, la Administración puede enmascarar su allanamiento tras una satisfacción extraprocésal, de manera que el proceso quede sin objeto y sea menester archivarlo. Ante la conclusión del pleito por esta causa, la jurisprudencia es partidaria de moderar las costas en función de las circunstancias del caso. Véase la STS (Sala 3.^a, sección 5.^a) de 22 de mayo de 2018, rec. 54/2017 (ECLI:ES:TS:2018:2034).

6

Las costas en la terminación del proceso sin sentencia

El criterio objetivo en la imposición de costas, previsto en el artículo 139.1 de la LJCA, no se aplica automáticamente sobre los modos de terminación del procedimiento sin sentencia, que la ley jurisdiccional contempla; a saber: desistimiento, satisfacción extraprocésal y transacción.

Para muestra un botón: al regular uno de tales modos de terminación, en el concreto caso del desistimiento, dispone el artículo 74.6 de la LJCA que “el desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas”.

6.1

Desistimiento

El desistimiento es uno de los modos previstos en la ley jurisdiccional administrativa para la terminación del proceso (art. 74). Consiste en una manifes-

tación de voluntad de la parte actora –dirigida a abandonar el proceso– que no exige justificación argumental alguna. De hecho, habitualmente, quien desiste no suele justificar los motivos, acudiendo a fórmulas estereotipadas como la de que se actúa siguiendo las instrucciones expresas de su representado.

En lo concerniente a las costas, el desistimiento en el proceso civil diferencia su imposición según que fuere o no consentido por la parte demandada (art. 396 de la LEC).

En la jurisdicción administrativa, el artículo 74.6 se limita a señalar, con una fórmula abierta, que “el desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas”. Esto es, la norma no prevé que hayan de imponerse las costas a alguna de las partes, pero tampoco lo prohíbe; luego, se podrán imponer las costas en función de las circunstancias concretas del caso, lo que nos lleva a la aplicación de un criterio subjetivo.

Como dice el Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 5.^a) en su sentencia de 22 de mayo de 2018, rec. 54/2017 (ECLI:ES:TS:2018:2034):

“El artículo 74.6 excluye el automatismo de la imposición de las costas en el supuesto del desistimiento, lo que a su vez desplaza la aplicación del artículo 139.1, como ya hemos indicado; pero, por otra parte, su tenor literal antes transcrito que ahora reiteramos (‘el desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas’) tampoco impide la condena en costas”.

Y añade:

“En definitiva, excluida la aplicación del criterio objetivo, la cuestión sobre una eventual condena en estos supuestos –es decir, en el supuesto del desistimiento [...]– queda remitida al criterio subjetivo del juzgador en la instancia, que habrá de tomar en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso”.

En fin, en caso de desistimiento no hay mandato legal que determine la imposición de las costas al actor que se aparta del proceso contencioso-administrativo, correspondiendo al tribunal valorar las circunstancias concurrentes en el ejercicio y sostenimiento de la acción ejercitada.

6.2 Satisfacción extraprocesal

Una vez iniciado el proceso judicial, la satisfacción extraprocesal supone el reconocimiento total en vía administrativa de las pretensiones del demandante. Si ello sucediese, se dictará auto declarando terminado el procedi-

miento y ordenando el archivo del pleito (art. 76 de la LJCA). Nada se dice sobre las costas hasta ese momento causadas.

En la LEC, el artículo 22.1 prevé la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto “porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor”. En tal supuesto el letrado de la Administración de Justicia decretará la terminación del proceso “sin que proceda condena en costas”. Esta norma no tiene cabida en el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Lo dice así la STS (Sala 3.^a, sección 5.^a) de 22 de mayo de 2018, rec. 54/2017 (ECLI:ES:TS:2018:2034): “aun sin negar la existencia de algunas aproximaciones, como acredita la propia incorporación del criterio objetivo del vencimiento en el supuesto de acordarse la estimación del recurso contencioso-administrativo o su desestimación (o, en su caso, su inadmisibilidad) (artículo 139.1 LJCA), sigue sin resultar del todo coincidente la lógica de ambos procesos, civil y contencioso-administrativo, y ello excluye la recepción mecánica y acrítica de las reglas propias de unos procesos en los otros”.

Lo que sucede es que la imposición de costas en los supuestos de satisfacción extraprocesal es casuística: queda sujeta al criterio subjetivo, en función de la actitud de las partes y las circunstancias concurrentes en el caso.

Así lo entiende el Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 5.^a), en la sentencia de 22 de mayo de 2018, rec. 54/2017 (ECLI:ES:TS:2018:2034):

“[...] el artículo 139.1 de la LJCA no impone necesariamente la condena al pago de las costas procesales en los supuestos de terminación del procedimiento por satisfacción extraprocesal.

Lo que, sin embargo, no ha de entenderse en el sentido de que dicha condena haya de quedar excluida siempre y en todo caso. Y, otra vez, el tratamiento dispensado por nuestra ley jurisdiccional del desistimiento sirve para arrojar luz sobre este particular. El artículo 74.6 excluye el automatismo de la imposición de las costas en el supuesto del desistimiento, lo que a su vez desplaza la aplicación del artículo 139.1, como ya hemos indicado; pero, por otra parte, su tenor literal antes transcrito que ahora reiteramos (‘el desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas’) tampoco impide la condena en costas.

En definitiva, excluida la aplicación del criterio objetivo, la cuestión sobre una eventual condena en estos supuestos –es decir, en el supuesto del desistimiento, pero también de los restantes supuestos de terminación extraprocesal– queda remitida al criterio subjetivo del juzgador en la instancia, que habrá de tomar en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso”.

Y esta misma sentencia añade que, para resolver sobre las costas, corresponde al órgano de instancia evaluar la conducta y actitud de las partes:

“Como no resulta de imposición obligatoria la condena en costas en los supuestos incluidos dentro de los otros modos de terminación del procedimiento, nada cabe objetar en derecho a la resolución impugnada sometida a nuestra consideración. La imposición o no de la condena en costas en este punto queda remitida, como acabamos de indicar, al criterio subjetivo del juzgador, que habrá de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso; y la revisión del criterio establecido por el órgano juzgador está excluida de casación.

En efecto, lejos queda de nuestro cometido evaluar la conducta y la actitud de las partes. Enfrentarse a las particularidades que ofrece cada caso por fuerza conduce a una solución necesariamente casuística que no cabe cuestionar en esta sede y corresponde por eso a los órganos jurisdiccionales actuantes en la instancia adoptar sobre la base indicada la solución que procede en los supuestos que nos ocupan (terminación del procedimiento por satisfacción extraprocésal), esto es, excluir la condena en costas o, en su caso, expresar las razones que eventualmente pudieran determinar su imposición; sin que dicho pronunciamiento sea susceptible de casación”.

7

Fijación del importe

7.1

Moderación de las costas

En la primera instancia, y conforme al artículo 139.4 de la LJCA, “la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima”.

También es posible moderar las costas en sede casacional. Al dictar sentencia en el recurso de casación, es el artículo 93.4 de la LJCA el que señala cómo resolver sobre las costas:

1. En lo concerniente a las de primera instancia se remite a lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.
2. Por lo que se refiere a las causadas en el recurso de casación, establece una regla general y otra excepcional:
 - 2.1. Cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.
 - 2.2. El tribunal podrá imponer las costas solo a una de las partes cuando aprecie y motive que ha actuado con mala fe o temeridad. Y, en tal caso, podrá limitar las costas a solo una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

Téngase en cuenta que la moderación en la cuantía de las costas afecta exclusivamente a la cantidad que el beneficiado puede reclamar del condenado; esto es, al crédito que aquel ostenta contra este, que no tiene por qué suponer la completa indemnidad del beneficiado. Hay que tener presente que, pese al carácter compensatorio de las costas, las previsiones del artículo 139.4 de la LJCA, al igual que las del artículo 394.3 de la LEC, dan buena cuenta de que no se trata aquí de una *restitutio in integrum* de cuantos gastos se han causado al favorecido por el crédito en que consiste la condena en costas.

Por consiguiente, la fijación de una cantidad máxima en concepto de costas no limita los honorarios o los aranceles que, por sus servicios, pueden cobrar los abogados, los peritos y los procuradores de sus clientes. La moderación de las costas solo limita la cuantía a cuyo pago ha de contribuir el condenado.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado en el sentido de que el resarcimiento íntegro de los gastos del proceso, en caso de victoria, no se extrae como correlato del artículo 24 de la Constitución. A partir de esta doctrina, no cabe oponerse a la limitación de las costas ex artículo 139.4 de la LJCA con base en una suerte de derecho del vencedor al resarcimiento íntegro de los gastos procesales.

- Tribunal Constitucional. Auto núm. 119/2008, de 6 de mayo (ECLI:ES:TC:2008:119A):
 “Debe insistirse en que el resarcimiento de los gastos procesales originados por la defensa en juicio de los respectivos derechos e intereses legítimos no es una garantía constitucional, ni un derecho preexistente del litigante vencedor, ni un derecho que nazca simplemente con la condena en costas de la contraparte y que, por tanto, el vencedor patrimonialice de modo automático con la declaración judicial de condena en costas. Es, por el contrario, como se ha advertido y enseña la jurisprudencia constitucional que más arriba se ha dejado citada, una consecuencia económica del acceso a la justicia que, respetando las exigencias que impone el derecho fundamental del artículo 24.1 de la CE, corresponde diseñar libremente al legislador”.
- Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 2.^a). Auto de 8 de julio de 2009, rec. 4459/2003 (ECLI:ES:TS:2009:10494A):
 “La LJCA no garantiza el reintegro íntegro de los gastos derivados de la contratación de profesionales, y tampoco constituye dicha garantía un elemento incorporado a la tutela judicial efectiva.

Y el referido sistema legal es, en definitiva, compatible con el derecho fundamental, según resulta de la doctrina expuesta del Tribunal Constitucional. O, dicho en otros términos, ni el legislador resulta constitucionalmente obligado a establecer una condena objetiva de todas las costas procesales, ni los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo resultan obligados a ignorar la previsión legal del artículo 139.3 de la LJCA [hoy art. 139.4 de la LJCA], que dispone, como alternativa a la condena a la totalidad de las costas, una condena parcial o una condena hasta una cifra máxima.

Las partes del proceso pueden contratar los servicios de los profesionales que libremente elijan y convenir los honorarios que consideren procedentes, en un ámbito de libre concurrencia y sin sujeción a sistemas de arancel. Pero sin ignorar que la ley aplicable, en el caso de que proceda la condena en costas, no asegura el pleno reintegro de la cantidad satisfecha por el referido concepto”.

Para moderar las costas, la ley no exige expresamente motivación alguna. Ejemplo de ello es que el Tribunal Supremo las limita frecuentemente, sin mayor razonamiento, con fórmulas estereotipadas como: “haciendo uso de la facultad contemplada en dicho precepto legal, quedan las costas... fijadas en un máximo de... euros por todos los conceptos”. Pueden verse, a título de ejemplo, las SSTs (sección 4.ª) de 11 de marzo de 2021, rec. 347/2019 (ECLI:ES:TS:2021:854), y 17 de marzo de 2021, rec. 436/2019 (ECLI:ES:TS:2021:940); así como los AATS (sección 4.ª) de 20 de julio de 2021, rec. 49/2021 (ECLI:ES:TS:2021:10040A), y 21 de julio de 2021, rec. 143/2021 (ECLI:ES:TS:2021:10540A).

En otras ocasiones, el alto tribunal señala que, para la fijación de la cantidad máxima, “se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto, de la dificultad que comporta y de la utilidad del escrito de oposición para resolver el recurso de casación”. Así, por ejemplo, en las SSTs (sección 5.ª) de 1 de diciembre de 2016, rec. 744/2016 (ECLI:ES:TS:2016:5321), o 13 de noviembre de 2017, rec. 2426/2016 (ECLI:ES:TS:2017:3974).

Con todo, parece razonable que esa limitación tenga alguna explicación, por muy lacónica que sea. A título meramente ilustrativo, los tribunales atienden a los siguientes factores:

- La “dificultad e importancia del asunto”. STSJ de Andalucía (Contencioso, sede en Sevilla, sección 4.ª) de 6 de abril de 2018, rec. 692/2016 (ECLI:ES:TSJAND:2018:5479).
- La “naturaleza y complejidad del asunto, la cuantía del presente recurso y la actuación profesional desarrollada”. STSJ de Madrid

(Contencioso, sección 5.^a) de 11 de noviembre de 2021, rec. 1694/2019 (ECLI:ES:TSJM:2021:12142).

- La “índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes”. STSJ de Madrid (Contencioso, sección 1.^a) de 29 de octubre de 2021, rec. 312/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:12509); STSJ de Cataluña (Contencioso, sección 3.^a) de 30 de noviembre de 2021, rec. 479/2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:10196); STSJ de Castilla-La Mancha (Contencioso, sección 1.^a) de 2 de noviembre de 2021, rec. 431/2019 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:2604).
- La “complejidad del supuesto, el detallado y motivado escrito de oposición al recurso de apelación que se ha presentado por la parte apelada, que el pleito fue decidido en la primera instancia jurisdiccional con una respuesta motivada desestimatoria que ahora es confirmada, que también existían sentencias anteriores del TSJ de Extremadura de contenido similar al debate ahora suscitado y a fin de evitar incidentes en fase de tasación de costas”. STSJ de Extremadura (Contencioso) de 2 de noviembre de 2021, rec. 193/2021 (ECLI:ES:TSJEXT:2021:1325).
- La “cuantía del proceso fijada en indeterminada, la complejidad del debate y el trabajo desarrollado por el letrado de la parte demandada”. STSJ de Extremadura (Contencioso) de 21 de octubre de 2021, rec. 115/2021 (ECLI:ES:TSJEXT:2021:1365).
- El “trabajo y esfuerzo desplegado para dar respuesta a los motivos de apelación esgrimidos”. SSTSJ de Galicia (Contencioso) de 29 de octubre de 2021, rec. 242/2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:6289), o 10 de noviembre de 2021, rec. 262/2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:6455).
- El “estudio que ha merecido la respuesta ofrecida a los argumentos de la apelación”. SSTSJ de Galicia (Contencioso) de 20 de octubre de 2021, rec. 28/2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:6014), o 27 de octubre de 2021, rec. 258/2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:6050).
- Las “circunstancias del asunto ya expuestas, la dificultad que comporta y la utilidad del escrito de oposición”. SSTSJ de Cataluña (Contencioso, sección 3.^a) de 21 de septiembre de 2021, rec. 54/2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:8208), o 5 de octubre de 2021, rec. 184/2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:10167).
- Las “circunstancias del caso concreto, la dificultad que comporta el debate jurídico trasladado a la Sala y la utilidad del escrito de oposición para resolver el recurso”. SSTSJ de las Islas Canarias (Contencioso, sede en Santa Cruz de Tenerife) de 12 de marzo de 2021, rec. 21/2021 (ECLI:ES:TSJICAN:2021:715), o 25 de marzo de 2021, rec. 55/2021 (ECLI:ES:TSJICAN:2021:761).

La limitación de las costas tiene una ventaja procesal indiscutible: allana el camino de la tasación posterior. Al respecto, el Tribunal Supremo tiene establecido que, salvo casos excepcionales, la tasación practicada dentro de los márgenes fijados en la limitación no puede reputarse excesiva.

- Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 2.^a). Auto de 2 de junio de 2016, rec. 537/2015 (ECLI:ES:TS:2016:5241A):
 “Pues bien, reiterada jurisprudencia de esta Sala (autos de 22 de junio de 2006 dictado en recurso de casación 4987/2001; de 26 de septiembre de 2008 dictado en recurso de casación para unificación de doctrina 68/2002; de 16 de octubre de 2008, dictado en recurso de casación 4609/2002; de 9 de julio de 2009 dictado en recurso 1863/2006 y de 14 de julio de 2010 dictado en recurso 4534/2004) ha venido señalando que la fijación en sentencia o auto de la cuantía de las costas que pueden ser reclamadas por la parte beneficiada de las mismas, conforme al artículo 139.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hace inviable la reducción de la misma, ya que la Sala, al fijarlas, ya tomó en consideración la importancia del asunto y el trabajo realizado por el letrado de la parte recurrida”.

7.2

Reducción de las costas hasta la tercera parte de la cuantía del pleito: el artículo 394.3 de la LEC

La cuestión que aquí se nos plantea tiene como elemento nuclear la aplicación o no, en la jurisdicción administrativa, de lo dispuesto en los artículos 243.2 y 394.3 de la LEC para el proceso civil.

Dice el artículo 243.2:

“El letrado de la Administración de Justicia reducirá el importe de los honorarios de los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, cuando los reclamados excedan del límite a que se refiere el apartado 3 del artículo 394 y no se hubiese declarado la temeridad del litigante condenado en costas”.

Y el artículo 394.3 dispone lo siguiente:

“Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes

que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa”.

El argumento para importar a esta jurisdicción lo dispuesto en los preceptos transcritos de la ley procesal civil es el de la supletoriedad (art. 4 de la LEC y disposición final primera de la LJCA). Sin embargo, esa aplicación supletoria a la jurisdicción administrativa “no puede afirmarse de manera acrítica y automática, sino que ha de cohonestarse con el orden de principios que vertebran este orden jurisdiccional, resultante de su peculiar estructura institucional y de la especificidad de la materia que constituye su ámbito de enjuiciamiento”. Cf. la STS (Sala 3.^a, sección 5.^a) de 9 de marzo de 2012, rec. 3088/2008 (ECLI:ES:TS:2012:1395).

Pues bien, resulta que la ley reguladora de la jurisdicción administrativa tiene sus previsiones específicas sobre la imposición de costas (y sus límites) en el artículo 139. Allí, en el numeral 4, se faculta al juez para imponer las costas “a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima”. Esta facultad, inexistente en otros órdenes jurisdiccionales, es la que permite al juez administrativo ponderar si en el caso concreto la imposición de costas lo ha de ser a la totalidad o con ciertos límites; ello sin subordinación alguna a cuál sea la cuantía del pleito.

Tenemos, por tanto, dos normas que sirven para limitar la cuantía de las costas en el caso concreto: una general (en la LEC) y otra especial (en la LJCA). En este caso es de aplicación el aforismo *lex specialis derogat generali* (la ley especial deroga a la ley general); esto es, la ley especial se aplica con preferencia a la ley general, quedando esta última desplazada en su aplicación.

En resumidas cuentas, esta singularidad de la ley reguladora de nuestra jurisdicción, dispuesta en el artículo 139.4, diseña un régimen completo sobre el contenido de la imposición de costas, que excluye su integración supletoria con el artículo 394.3 de la LEC.

El Tribunal Supremo sostiene sin ambages que la imposición de costas, al socaire de lo previsto por el artículo 139.4 de la LJCA (es decir, a la totalidad, a un parte de estas o hasta una cifra máxima), es una facultad judicial que no precisa acudir a la regulación de la LEC ni, por lo tanto, resulta de aplicación el artículo 394.3 de esta última.

- Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 1.^a). Auto de 20 de noviembre de 2014, rec. 52/2012 (ECLI:ES:TS:2014:10407A):
“[N]o se ha producido la vulneración del artículo 394 de la LEC al no ser posible su aplicación, pues esta sólo es aplicable de forma supletoria, como dispone la disposición final primera de la vigente LRJCA, en lo no

previsto por la regulación propia del proceso, lo que no ocurre en el presente caso, toda vez que la ley jurisdiccional tiene su propia regulación, que ha sido precisamente la tenida en cuenta por la sentencia de cuya ejecución ahora se trata, al limitar la cantidad máxima a reclamar por la parte recurrida por todos los conceptos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de esta última Ley (en el mismo sentido, ATS de 30 de octubre de 2014 –recurso de casación número 3466/2011–).

- Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 1.^a). Auto de 1 de octubre de 2020, rec. 2834/2019 (ECLI:ES:TS:2020:8463A):
 “No resulta aplicable el artículo 394.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que limita en el ámbito civil las costas a una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso. [...] Recuérdese que es criterio de la Sala considerar que el artículo 394.3 de la LEC invocado por la parte impugnante, sólo es posible su aplicación de forma supletoria, es decir será de aplicación en lo que no esté previsto en la propia regulación del proceso, lo que no ocurre en el presente caso, puesto que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa señala en su artículo 90.8 (redacción dada por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial) que ‘La inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima’, lo que implica que la imposición de costas en el presente caso es una facultad ejercida por la Sala a la que viene habilitada por el artículo 90.8 y 139.4 de la LJCA, sin que sea necesario acudir a la regulación de la LEC ni, por ello, resulta de aplicación su artículo 394.3, en cuya vulneración se basa el recurso de revisión interpuesto”.

8

Plazo para instar la tasación de costas

El plazo que opera para pedir la tasación de las costas es el del artículo 1964.2 del Código Civil: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

Desde la modificación del referido artículo por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el plazo de cinco años para instar la tasación de las costas se iguala al

del orden jurisdiccional civil (art. 518 de la LEC). Pero hay que tener en cuenta que, en el orden jurisdiccional civil, el plazo de cinco años es de caducidad, y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es de prescripción.

Es decir, el plazo de caducidad no se interrumpe y es apreciable de oficio por el tribunal.

- Tribunal Supremo (Sala 3.^a, sección 7.^a). Auto de 10 de junio de 2010, rec. 1255/1999 (ECLI:ES:TS:2010:7624A):
“[N]o es de aplicar a esa petición de exacción de las costas el pretendido plazo de tres años del artículo 1967.1 del Código Civil.
Una reiteradísima doctrina de esta Sala Tercera (de la que es muestra reciente la sentencia de 16 de enero de 2009, casación 3822/2000, que, a su vez, cita otras muchas anteriores), viene declarando que el plazo aplicable a esta clase de reclamaciones se rige por los artículos 1964 y 1971 del Código civil y, por esta razón, ha de aplicarse el de quince años [desde la modificación por la Ley 42/2015, de 5 de octubre el plazo es de 5 años] a contar desde que la sentencia quedó firme.
Por otro lado, la Sala Primera de este Tribunal Supremo ha confirmado la anterior solución en su reciente sentencia de 16 de marzo de 1999 (dictada en el proceso 1087/1999), añadiendo, además, que no es de aplicación el plazo de caducidad de cinco años fijado para las acciones ejecutivas por el artículo 518 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ha razonado para esto último que no se trata en estos casos de una acción de ejecución, pues ésta procederá respecto del auto de aprobación de la tasación de costas fijando la cantidad líquida exigible”.

9 Bibliografía

- Chaves García, J. R. (2016a). La cuestionable imposición de costas en las impugnaciones de actuaciones presuntas. *delJusticia.com* [blog], 19-12-2016. Disponible en <https://delajusticia.com/2016/12/19/la-cuestionable-imposicion-de-costas-en-las-impugnaciones-de-actuaciones-presuntas/>.
- (2016b). Versiones y perversiones de los criterios de imposición de costas en lo contencioso-administrativo. *Revista Técnica Tributaria*, 115, 61-92.
- Gómez Fernández, D. (2022). Las costas en los recursos contencioso-administrativos ante desestimaciones presuntas (STS 8/11/2022). *Es de Justicia* [blog], 21-11-2022. Disponible en <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/la-no-imposic%C3%B3n-de-costas-ante-las-desestimaciones-presuntas-deben-motivarse-sts-8-11-2022>.



QDL6T

**CRÓNICA
JURISPRUDENCIAL**

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de octubre a 31 de diciembre de 2022)*

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

*Letrado del Gabinete Técnico del
Tribunal Supremo (Sala Tercera).
Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Zaragoza*

1. Introducción

2. Régimen local y cuestiones generales del procedimiento administrativo

- 2.1. Órgano competente para la revisión de oficio en la Administración municipal
- 2.2. Revisión de oficio y alcance del control jurisdiccional
- 2.3. El Algarrobo. Posibilidad de revisión de oficio de la licencia inicialmente concedida y, de nuevo, alcance del control jurisdiccional
- 2.4. Supresión del nombre de una calle, por el Ayuntamiento de Madrid, en aplicación de la Ley de Memoria Histórica
- 2.5. La interpretación de la causa de ilegibilidad e incompatibilidad del artículo 6.2.b), en relación con el artículo 6.4 de la LOREG, para los condenados por sentencia con posterioridad a la reforma por LO 3/2011
- 2.6. Competencia municipal en materia de ordenación del tráfico y régimen sancionador
- 2.7. Acto administrativo sancionador dictado en sustitución de un anterior acto sancionador firme que ha sido anulado por la propia Administración. Posibilidad de interponer reclamación o recurso frente al nuevo acto
- 2.8. Declaración de estado de alarma COVID-19 y suspensión de los plazos para la tramitación de procedimientos administrativos. Doctrina interpretativa. Validez y eficacia de resolución sancionadora anterior a la declaración, pero practicada en ese periodo

*. Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 20 de enero de 2023. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de diciembre de 2022, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

- 2.9. Procedimiento administrativo. Comunicaciones previas y declaraciones responsables: naturaleza y alcance a efectos de suspensión
- 2.10. Obligación de notificar y caducidad de un procedimiento
- 2.11. Potestad de autoorganización de las Administraciones locales. Posibilidad de aprobar instrucciones interpretativas de normativa por organismos técnicos

3. Urbanismo y expropiación forzosa

- 3.1. Valoración de terreno situado en suelo rural destinado a la práctica de la actividad de fútbol: renta real o potencial de la actividad deportiva
- 3.2. Situación legal de fuera de ordenación y las situaciones asimiladas. Caducidad del ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística
- 3.3. Urbanismo. Estudio de detalle y exigibilidad de informe sobre servidumbres aeronáuticas
- 3.4. Falta de recepción de obras de urbanización y responsabilidad por vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización
- 3.5. Anulación de un plan urbanístico, cambio de clasificación del suelo e IBI
- 3.6. Expropiación forzosa. Consignación del justiprecio. Posibilidad de que la consignación se realice en un organismo similar a la Caja General de Depósitos de la Administración expropiante (Caja General de Depósitos del Ayuntamiento de Valencia)
- 3.7. Expropiación. Inmueble de titularidad privada declarado bien de interés cultural –BIC–: valoración por la Comisión de Expertos que contempla el art. 78 de la LEF
- 3.8. Expropiación forzosa y patrimonio cultural. Expropiación de bien de interés cultural (sitio histórico). Competencia para la fijación de justiprecio. Comisión de Valoración del art. 78 LEF competente para valoración de suelo y restos arqueológicos

4. Tributos

- 4.1. *Dies a quo* para la interposición del recurso de alzada por órganos de la Administración tributaria ante el TEAC. Falta de constancia en el expediente de la fecha de notificación
- 4.2. IBI. Régimen fiscal especial para entidades sin ánimo de lucro (Ley 49/2002)
- 4.3. Naturaleza jurídica de los consorcios a los efectos de la exención en el impuesto sobre sociedades
- 4.4. Aprovechamiento especial del dominio público local: la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de dispositivos de atención situados en las farmacias. Hecho imponible de la tasa

- 4.5. Impuesto sobre bienes inmuebles. Liquidaciones firmes. Devolución de ingresos indebidos con base en el carácter rústico del inmueble por no existir desarrollo urbanístico detallado
- 4.6. IBI y clasificación catastral de terrenos
- 4.7. Posibilidad de exención de las tasas cobradas por un ayuntamiento por la prestación de servicios en relación con galerías municipales. Utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público

5. Empleo público

- 5.1. Régimen disciplinario y procedimiento administrativo. Regulación del plazo de caducidad del procedimiento
- 5.2. La excedencia voluntaria por interés particular, prevista en el artículo 89.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta de aplicación a los funcionarios interinos
- 5.3. Equilibrio entre las fases de concurso y oposición en un proceso selectivo de acceso a empleo público por el sistema de concurso-oposición (turno libre para oficial del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid)
- 5.4. Posibilidad de impugnación indirecta de las bases de las convocatorias de procesos selectivos a plazas de empleados públicos cuando incurren en infracción de derechos fundamentales
- 5.5. Reducción de jornada laboral en un 50 % del tiempo, con mantenimiento de las retribuciones, para proceder al cuidado de menores aquejados de una grave enfermedad

6. Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia, contratos del sector público y patrimonio público)

- 6.1. Aguas. Régimen jurídico del lago, aguas y lecho de la Albufera
- 6.2. Responsabilidad patrimonial y subvenciones. Prescripción de la acción en el supuesto de anulación de una subvención. Distinción entre procedimiento de nulidad y causas de reintegro
- 6.3. Subvenciones. Control financiero. Reintegro. Prescripción
- 6.4. Derecho de acceso a la información pública: inclusión de las actas de las reuniones de los órganos colegiados en el conocimiento público al amparo del art. 14.1.k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia
- 6.5. Enajenación, por adjudicación directa, de patrimonio público. Procedimiento de enajenación específico. Validez y plazo. Efectos de la adjudicación directa en el plazo de un año
- 6.6. Recuperación de oficio de un bien de carácter demanial y desalojo de vivienda de persona en situación de vulnerabilidad
- 6.7. Contratos del sector público. Límites a la libertad de pactos y derecho necesario

1 Introducción

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo, procedimiento administrativo, o en la actividad subvencional, entre otras. La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa interpretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

2 Régimen local y cuestiones generales del procedimiento administrativo

2.1 Órgano competente para la revisión de oficio en la Administración municipal

De indiscutible relevancia puede calificarse la sentencia de 13 de diciembre de 2022 (rec. 4472/2020, ponente: Inés María Huerta Garicano) en la que la Sala Tercera resuelve una nada deseable laguna de nuestra legislación básica en materia de régimen local, relativa al órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en el ámbito municipal de régimen común, perfilando, a su vez, el régimen de delegación de dicha competencia.

Así, tal y como se recoge en el auto de admisión del recurso, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar:

“qué órgano ostenta la competencia –en los municipios de régimen común– para acordar la revisión de oficio de los actos dictados en materia de urbanismo por un concejal por delegación del alcalde y cuál sea –en su caso– el régimen de delegación de dicha competencia”.

Las normas objeto de interpretación son los artículos 21.1.s), 21.3, 22.2.j), 23 y 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), y 13.2.c), 13.5, 102.1 y 102.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), actualmente arts. 9.2.c) y 9.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y 106.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), respectivamente.

La Sala, tras una interesantísima fundamentación, en la que se detalla la existencia de atribuciones competenciales expresas para la revisión de oficio de actos tributarios, contratos del sector público, actos propios del alcalde en el régimen de grandes municipios o, incluso, para la declaración de lesividad –que, a la postre, también supone el ejercicio de la potestad de revisión de oficio– (todo ello para reafirmar la clara existencia de un vacío normativo en esta cuestión), concluye, sobre la base de la postura adoptada por el Consejo de Estado, los consejos consultivos de las comunidades autónomas y gran parte de la doctrina, además de la posición jurisprudencial inicial manifestada por la Sala en sendas sentencias de 3 de junio de 1985 (RJ/1985/3203) y de 2 de febrero de 1987 (RJ/1987/2903), que esta competencia debe atribuirse al Pleno del Ayuntamiento.

Por ello, se da respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas en los siguientes términos: “1) En tanto no se colme el evidente vacío legal, el órgano competente para conocer de las revisiones de actos nulos de pleno derecho de los Presidentes de las Corporaciones Locales de régimen común es el Pleno del Ayuntamiento. 2) No cabe la delegación de tal facultad”.

2.2

Revisión de oficio y alcance del control jurisdiccional

En un nutrido conjunto de sentencias (véase, por todas, la sentencia de 30 de noviembre de 2022, rec. 3431/2020, ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva), la Sección Cuarta de Enjuiciamiento del TS ha terminado de

conformar una línea interpretativa jurisprudencial sobre el control jurisdiccional del procedimiento de revisión de oficio, dando respuesta a las cuestiones de interés casacional consistentes en determinar:

“(i) si, inadmitida una solicitud de revisión de oficio en vía administrativa, una posterior sentencia estimatoria permite a la Sala sentenciadora conocer sobre el fondo de la misma o bien remitirla a la Administración para que resuelva sobre lo procedente; y (ii), si, en la hipótesis de que jurisdiccionalmente se acuerde la revisión del acto como consecuencia de un cambio de criterio jurisprudencial, los efectos derivados de la misma han de desplegarse con carácter pro futuro o con carácter retroactivo”.

Todo ello en interpretación de los artículos 9.3 de la Constitución y 106 y 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En respuesta a las cuestiones planteadas por el auto de admisión, el TS reitera su doctrina establecida en la sentencia n.º 1636/2020, de 1 de diciembre (casación n.º 3857/2019), declarando lo siguiente:

“(1.º) El artículo 106.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no reconoce legitimación a los interesados para ejercer una acción de nulidad dirigida a obtener la declaración de revisión de oficio de disposiciones generales.

(2.º) En un caso como el que examinamos, la estimación del recurso contencioso-administrativo no se ha de limitar a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión, para su tramitación posterior ante la propia Administración, sino que el Tribunal podrá entrar directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio, al resultar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea.

(3.º) Los efectos de la declaración de nulidad de las resoluciones afectadas por ella han de producirse desde el momento en que fueron dictadas sin perjuicio de los límites establecidos por la Ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública y de los sentados por el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley castellano-manchega 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales”.

2.3

El Algarrobico. Posibilidad de revisión de oficio de la licencia inicialmente concedida y, de nuevo, alcance del control jurisdiccional

Una vez más, el TS entra a conocer, en su sentencia de 19 de diciembre de 2022 (rec. 702/2022, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy), el espinoso asunto del Hotel Azata del Sol en la playa de El Algarrobico, en este caso para estudiar la solicitud de revisión de oficio de la licencia municipal de obras inicialmente concedida para la construcción del hotel y la posible demolición de este.

De esta forma, el auto de admisión del recurso declara que la cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, “en supuestos como el presente en el que pudieran constar en las actuaciones todos los elementos de juicio necesarios y ante la desestimación por silencio administrativo de la Administración municipal respecto a la solicitud de revisión de oficio formulada, puede declararse jurisdiccionalmente la nulidad de una licencia, con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración, tras la anulación de los instrumentos normativos en los que se basó su otorgamiento”.

Se identifican como normas objeto de interpretación las siguientes: artículos 24 CE, 71 y 73 LJCA, y 47.1.f) y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La Sala, tras desmentir parcialmente la premisa de la que se parte en la cuestión de interés casacional de que en el presente supuesto “pudieran constar en las actuaciones todos los elementos de juicio necesarios” y revisar la jurisprudencia de la propia Sala sobre la cuestión planteada, en la que no se ofrece una solución unívoca en términos generales, sino dependiente del caso concreto –como hemos analizado en el comentario anterior a la sentencia de 30 de noviembre de 2022, rec. 3431/2020–, ofrece la siguiente respuesta a la cuestión de interés casacional planteada:

“no es admisible una respuesta taxativa sobre cuando, denegada la revisión de oficio por la Administración autora de un acto que se considera incurre en vicio de nulidad de pleno derecho, debe declararse dicha nulidad directamente por el Tribunal de lo Contencioso al conocer de la impugnación de dicha denegación, o si ha de ordenar la retroacción a la vía administrativa para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, debiendo estarse a las circunstancias de cada caso para optar por una u otra alternativa”.

2.4

Supresión del nombre de una calle, por el Ayuntamiento de Madrid, en aplicación de la Ley de Memoria Histórica

En la sentencia de 15 de diciembre de 2022 (rec. 5577/2021, ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva) se responde una cuestión de interés casacional en la que se somete a interpretación el artículo 15.1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (comúnmente conocida como “Ley de Memoria Histórica”), tomando, para ello, en consideración el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid, de fecha 4 de mayo de 2017, en lo relativo a la supresión del nombre de la calle General Asensio Cabanillas, en donde se acuerda la retirada de la placa o rótulo identificativo de esa vía.

En este sentido, se precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia estriba en determinar “el alcance y significado del concepto de exaltación, personal o colectiva, al que se refiere el artículo 15.1 de Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, y, en detalle, si la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones, referida en dicho precepto, ha de venir motivada por acciones o conductas objetivamente subsumibles en el concepto de exaltación de la sublevación militar, de la guerra civil y de la dictadura o si, por el contrario, la exaltación comprende la mera participación en todos o alguno de estos acontecimientos históricos, como pudiera ser el hecho de haber desempeñado cargos públicos relevantes”.

La respuesta alcanzada por la Sala a la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el auto de admisión es la siguiente: “la exaltación proscrita por el artículo 15.1 de la Ley 52/2007 es la que producen actos de las Administraciones Públicas que objetivamente realzan, ensalzan, dignifican o suponen un reconocimiento elogioso de cualquiera de los hechos que identifica su inciso final o todos ellos: la sublevación militar de 1936, la Guerra Civil o la represión de la Dictadura. Por eso, dar a una calle el nombre de una persona que participó activamente y de manera relevante en la sublevación militar de 1936 y en la Guerra Civil y ocupó cargos de máxima importancia en el régimen político surgido de ella es un acto de exaltación contrario al artículo 15.1 de la Ley 52/2007”.

2.5

La interpretación de la causa de ilegibilidad e incompatibilidad del artículo 6.2.b), en relación con el artículo 6.4 de la LOREG, para los condenados por sentencia con posterioridad a la reforma por LO 3/2011

La sentencia de 10 de octubre de 2022 (rec. 3431/2020, ponente: María del Pilar Teso Gamella) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS interpreta el artículo 6.2.b), en relación con el artículo 6.4 de la LOREG, en lo que se refiere a las causas de inelegibilidad e incompatibilidad respecto a un concejal.

Se responde, de este modo, a la cuestión de interés casacional objetivo que se formulaba en el auto de admisión bajo el siguiente tenor literal:

“Si son de aplicación las causas de inelegibilidad e incompatibilidad contempladas en los artículos 6.2.b) y 6.4 párrafo primero, de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General en su nueva redacción dada por la LO 3/2011, de 28 de enero, cuando los hechos objeto de condena penal por sentencia se produjeron con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la reforma operada por la LO 3/2011 (30 de enero de 2011), o, si por el contrario, lo que realmente se debe tener en cuenta para la aplicación de las causas de inelegibilidad o incompatibilidad contempladas en el citado artículo es la fecha de la sentencia penal condenatoria, con independencia de la fecha en que se cometieron los hechos objeto de sanción penal”.

El Tribunal desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, y establece como doctrina jurisprudencial en respuesta a la cuestión de interés casacional lo siguiente:

“[I]a Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, respecto de las causas de incompatibilidad por inelegibilidad del artículo 6.2, en relación con el artículo 6.4, resulta de aplicación a los condenados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, con independencia de la fecha en la que se cometieron los hechos por lo que se impuso la condena penal”.

2.6

Competencia municipal en materia de ordenación del tráfico y régimen sancionador

La sentencia de 10 de octubre de 2022 (rec. 884/2021, ponente: Celsa Pico Lorenzo) resuelve el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de

Bilbao contra sentencia que anula el artículo 64.2.c) de la Ordenanza de Tráfico y Aparcamiento de Bilbao.

La cuestión que presenta interés casacional objetivo y que se resuelve en la sentencia consiste en determinar:

“el alcance de la competencia municipal en materia de ordenación del tráfico en relación con la calificación de las infracciones locales en atención, entre otras circunstancias, a las características del concreto municipio”.

De esta forma, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 75.c) y 76.d) del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (LTSV), en relación con los artículos 139 y 140 de la Constitución, sobre la autonomía local.

La Sala desestima el recurso de casación, al entender que resulta razonable la distinción “entre infracciones de aparcamiento que constituyen grave riesgo para los peatones, obstaculicen la circulación o se detengan en lugares peligrosos respecto a la ausencia de un tique de aparcamiento. En base a la alegada autonomía local, artículo 140 CE, no puede realizarse un pretendido ‘cuadro de infracciones y sanciones adaptado a la situación particular concreta del municipio regulador’ sin justificar esa ‘situación particular concreta’ y sin distinguir entre infracciones graves de estacionamiento y paradas e infracciones leves”.

En este sentido, y como respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, la sentencia establece como doctrina jurisprudencial que “[l]a competencia municipal en materia de ordenación del tráfico en relación con las infracciones debe atender a la entidad de la infracción”.

2.7

Acto administrativo sancionador dictado en sustitución de un anterior acto sancionador firme que ha sido anulado por la propia Administración. Posibilidad de interponer reclamación o recurso frente al nuevo acto

En la sentencia de 7 de noviembre de 2022 (rec. 5632/2020, ponente: Rafael Toledano Cantero) se plantea como cuestión de interés casacional determinar:

“si en vía económico administrativa y, en su caso, judicial, cabe cuestionar una resolución sancionadora –que se dicta en sustitución de otra anterior y por la que únicamente se minorra el importe de la sanción fijada en la resolución inicial–, aduciendo motivos que puedan afectar a

la sanción en su conjunto y no solo a la cuantía modificada, cuando la sanción que se sustituye era firme al no haber sido impugnada en sede judicial y cuando esa sustitución se realiza por la Administración sin seguir ningún procedimiento administrativo al efecto”.

A estos efectos, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 105.c) y 24.2 de nuestra Constitución; 219 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre; 66.4 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo; y 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

La respuesta que ofrece la Sala a la cuestión de interés casacional es que “un acto administrativo sancionador que se dicta en sustitución de un anterior acto sancionador firme que ha sido anulado por la propia Administración, no es un acto de reproducción de otro anterior definitivo y firme, ni confirmación del consentido, a efectos de la causa de inadmisibilidad del art. 28 LJCA en relación con el art. 69.c) LJCA, sino que es un acto nuevo, susceptible de recurso contencioso-administrativo una vez que cause estado en la vía administrativa, y respecto al que no cabe restringir el ámbito de los motivos de impugnación por razón del acto sancionador firme originario”.

2.8

Declaración de estado de alarma COVID-19 y suspensión de los plazos para la tramitación de procedimientos administrativos. Doctrina interpretativa. Validez y eficacia de resolución sancionadora anterior a la declaración, pero practicada en ese periodo

En la sentencia de 16 de noviembre de 2022 (rec. 484/2022, ponente: Fernando Román García) el TS interpreta las disposiciones adicionales tercera y cuarta 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 crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, todo ello al hilo de su incidencia en un procedimiento sancionador. De esta forma, se plantea como cuestión de interés casacional objetivo determinar “la incidencia de la Disposición Adicional Tercera 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 crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en la notificación de una resolución sancionadora dictada con anterioridad a la declaración del estado de alarma, así como su eventual incidencia en relación con la caducidad del expediente sancionador”.

La sala da respuesta a esta interesante cuestión en los siguientes términos:

“(i) La Disposición adicional tercera 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 crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 debe ser interpretada en el sentido de que la notificación de una resolución sancionadora dictada con anterioridad a la declaración del estado de alarma, y practicada durante la vigencia de éste, debe reputarse –en principio– válida, sin perjuicio de que su eficacia quede demorada hasta el momento de la cesación del estado de alarma o de sus prórrogas, a partir del cual se reanuda el cómputo de los plazos.

(ii) Y, en línea con lo expuesto, la Disposición adicional cuarta del citado Real Decreto debe ser interpretada en el sentido de que durante el periodo de vigencia del estado de alarma o de sus prórrogas quedará en suspenso el plazo de caducidad de cualesquiera acciones o derechos y, por tanto, también de aquéllos a los que se refería la notificación antes indicada”.

2.9

Procedimiento administrativo. Comunicaciones previas y declaraciones responsables: naturaleza y alcance a efectos de suspensión

La sentencia de 17 de octubre de 2022 (rec. 3837/2020, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy) resuelve la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en “determinar si las comunicaciones y las declaraciones responsables producen los mismos efectos y, en este sentido, fijar si el acuerdo de suspensión acordado por el Ayuntamiento de Barcelona y referido a las comunicaciones previas es aplicable o no al régimen de las declaraciones responsables”.

Es objeto de interpretación el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

La Sala, tras una interesantísima fundamentación, en la que repasa el origen de estas técnicas de policía desde la Directiva de Servicios y perfila su régimen jurídico, alcanza como conclusión la siguiente:

“[d]e conformidad con lo razonado hemos de concluir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el anterior artículo 71-bis de la Ley de Procedimiento de 1992, ambos medios de iniciación del procedimiento para el ejercicio de actividades o derechos

tienen el mismo efecto de autorizar dicho ejercicio, de conformidad con la normativa específica que regule el derecho o actividades que se pretende ejercer, la cual puede establecer un régimen diferenciado entre una y otra modalidad, en cuanto sus requisitos y presupuestos”.

2.10 Obligación de notificar y caducidad de un procedimiento

En la sentencia de 23 de diciembre de 2022 (rec. 2970/2021, ponente: María Isabel Perelló Doménech), y partiendo de la base de la existencia de pronunciamientos de la Sala en relación con el *dies ad quem* del plazo de 12 meses establecido por el artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones y con cuándo debe entenderse cumplida la obligación de notificar, la Sala advierte que tales pronunciamientos se refieren a supuestos diferentes, por lo que se estima necesario resolver la cuestión de interés casacional formulada en relación con “las notificaciones en papel cuando el segundo intento practicado en el domicilio del interesado se ha realizado fuera del citado plazo, y formula la cuestión de interés casacional en los términos que figuran en los antecedentes de esta sentencia, a fin de que la Sala determine si puede entenderse cumplida la obligación de notificar a efectos del *dies ad quem*, del plazo de 12 meses establecido en el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuando, en las notificaciones en papel practicadas en el domicilio del interesado, el segundo intento de notificación se ha efectuado transcurrido el plazo de tres días al que se refiere el artículo 42.2 de la Ley 39/2015”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión sobre si puede entenderse cumplida la obligación de notificar, a efectos del *dies ad quem* del plazo de 12 meses establecido en el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuando en las notificaciones en papel en el domicilio del interesado el segundo intento se ha efectuado transcurrido el plazo de tres días previsto en el artículo 42.2 de la Ley 39/2015, la Sala considera lo siguiente:

“de conformidad con los artículos 40.4 y 42.2 de la Ley 39/2015 y 42.4 de la ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones 03/2021, es suficiente y eficaz el único intento de notificación practicado en papel en el domicilio del interesado y que la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento se entenderá cumplida con el único intento de notificación en el domicilio del interesado”.

2.11

Potestad de autoorganización de las Administraciones locales. Posibilidad de aprobar instrucciones interpretativas de normativa por organismos técnicos

La sentencia de 15 de diciembre de 2022 (rec. 8701/2021, ponente: Inés María Huerta Garicano) analiza, a la luz de la potestad de autoorganización de las Administraciones locales, la posibilidad de que un órgano de gobierno local –el Ayuntamiento de Barcelona– atribuya a un organismo técnico la facultad de aprobación de instrucciones interpretativas de una norma reglamentaria municipal –Ordenanza municipal de terrazas de Barcelona–.

En este sentido, la cuestión propuesta se limita, con interpretación de los arts. 6.1 de la Ley 40/15 y 4.1 de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local, a determinar:

“si en virtud de la potestad de autoorganización de los municipios puede un órgano de gobierno local atribuir a un organismo técnico facultades para la aprobación de criterios o instrucciones interpretativas sobre la aplicación de una norma reglamentaria municipal”.

La Sala, después de recordar la construcción jurisprudencial sobre el valor jurídico, en nuestro Ordenamiento, de circulares e instrucciones, responde a la cuestión de interés casacional planteada, considerando que, “en virtud de la potestad de autoorganización de los municipios, puede un órgano de gobierno local atribuir a un organismo técnico facultades para la aprobación de criterios o instrucciones interpretativas sobre la aplicación de una norma reglamentaria municipal”.

3

Urbanismo y expropiación forzosa

3.1

Valoración de terreno situado en suelo rural destinado a la práctica de la actividad de fútbol: renta real o potencial de la actividad deportiva

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes, la sentencia de 30 de septiembre de 2022 (rec. 6962/2021, ponente: Fernando Román García) fija una interesante doctrina jurisprudencial sobre valoración de terrenos situados en suelo rural destinados a la práctica deportiva (fútbol).

En este sentido, la cuestión de interés casacional consiste en determinar:

“si los terrenos en situación de suelo rural, pero destinados por el planeamiento urbanístico a equipamientos deportivos al servicio de la comunidad que necesariamente han de ser de titularidad pública, ya destinado a este fin desde hace más de treinta años, en aplicación de lo dispuesto en el art. 36.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, deben ser valorados de acuerdo con las rentas reales o potenciales de una supuesta explotación agraria o de acuerdo con las rentas reales o potenciales de la explotación deportiva efectivamente realizada, cuando precisamente la *causa expropiandi* es asegurar la continuación de la referida práctica deportiva”.

Dando respuesta a dicha cuestión, la Sala considera lo siguiente:

“los terrenos en situación de suelo rural, pero destinados por el planeamiento urbanístico a equipamientos deportivos al servicio de la comunidad que necesariamente han de ser de titularidad pública, ya destinado a este fin desde hace más de treinta años, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, deben ser valorados de acuerdo con las rentas reales o potenciales de la explotación deportiva efectivamente realizada, cuando precisamente la *causa expropiandi* es asegurar la continuación de la referida práctica deportiva”.

3.2

Situación legal de fuera de ordenación y las situaciones asimiladas. Caducidad del ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística

En la sentencia de 10 de noviembre de 2022 (rec. 110/2022, ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso) se plantea la conveniencia y necesidad de obtener un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo que refuerce, reafirme, matice o complete la doctrina jurisprudencial sobre la situación legal de fuera de ordenación y las situaciones asimiladas a esta, y en particular, determinar si “la realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, supone de modo inexorable la pérdida de la caducidad ganada”.

Son objeto de interpretación, fundamentalmente, el artículo 60.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, así como el artículo 1935 del Código Civil.

La sentencia, después de alcanzar una serie de interesantes conclusiones sobre el régimen jurídico de la situación asimilada a fuera de ordenación, ofrece una respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en los siguientes términos:

“La realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, no supone, de modo inexorable, la pérdida de la caducidad ganada”.

Afirmación que se alcanza porque, aunque la “realización de obras no autorizables en edificios asimilados a la situación de fuera de ordenación supone un claro incumplimiento del régimen jurídico que se les otorga a estos y, evidentemente, la ilegalidad de las nuevas obras acometidas, que resultarán perseguibles mediante las potestades de disciplina urbanística de las que gozan las Administraciones competentes; pero de ello no se puede deducir, con carácter directo y automático, la renuncia a la prescripción de los derechos obtenidos por los propietarios de las mismas y, en consecuencia, la pérdida de la caducidad ganada respecto a la posibilidad del ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística”.

3.3

Urbanismo. Estudio de detalle y exigibilidad de informe sobre servidumbres aeronáuticas

En la sentencia de 13 de diciembre de 2022 (rec. 2259/2021, ponente: Inés María Huerta Garicano), se plantea ante el TS una cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar si, “para la aprobación de un Estudio de Detalle como el aquí concernido –al que precede la modificación del Plan General al efecto–, referido al cambio de uso e implantación de nueva actividad en una parcela ubicada en espacio sujeto a las servidumbres aeronáuticas, es exigible el informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento que establece el artículo 29.2 del Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas”, y como normas jurídicas objeto de interpretación, los artículos 10 y 29.2 del citado Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas –en

la redacción dada por el Real Decreto 297/2013, de 26 de abril-, en relación con el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La respuesta que ofrece la Sala a la cuestión planteada –con interpretación de los arts. 10 y 29.2 del Real Decreto 297/13, en relación con el art. 47.2 de la Ley 39/15– es la siguiente:

“la aprobación de un Estudio de Detalle que se limita a reflejar la ampliación de usos, operada por una modificación anterior (1998) del PGOU (no impugnada), de una parcela ubicada en espacio sujeto a servidumbres aeronáuticas (o a servidumbre de limitación de actividades) NO exige el informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento, previsto en el art. 29.2 del Real Decreto 297/13. Aplicando esta doctrina al Estudio de Detalle aquí enjuiciado, ajustado a la modificación de usos contemplada en dicha Modificación de 1998, sin incidencia en las servidumbres aeronáuticas ni en la servidumbre de limitación de actividades, no requiere –para su aprobación– del informe de la Dirección General de Aviación Civil, procediendo, por tanto, en la medida que la sentencia de la Sala de Bilbao se ajusta a estos pronunciamientos, desestimar este recurso de casación”.

3.4

Falta de recepción de obras de urbanización y responsabilidad por vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización

El TS se pronuncia, en su sentencia de 20 de diciembre de 2022 (rec. 1444/2022, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy), dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo para formación de la jurisprudencia consistente en determinar “si resulta precisa la recepción de las obras de urbanización, entre las que se incluyen las referidas a las instalaciones de saneamiento y depuración, para que el Ayuntamiento sea considerado responsable de los vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización sita en el término municipal o, por el contrario, si la no recepción de tales obras de urbanización puede ser causa de exoneración de dicha responsabilidad”.

A tales efectos, en el auto de admisión del recurso se considera que deben ser objeto de interpretación “los artículos 116-3º- f) del TRLA, en relación con el artículo 25-2ºc) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) y el artículo 48 del

Anexo XI del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, que aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro; todo ello sin perjuicio de los dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

La Sala, tras una detallada fundamentación, concluye que “ha de considerarse que, si bien la responsabilidad municipal se inicia con la recepción formal de la urbanización, cuando un Ayuntamiento concede la correspondiente licencia para la construcción de edificaciones destinadas a viviendas y se autoriza tácitamente la ocupación, o no se evita dicha ocupación, antes de que se haya ejecutado plenamente la urbanización y se proceda a su recepción, es responsable dicho Ayuntamiento de los vertidos ilegales a un cauce público procedente de tales urbanizaciones y debe considerarse responsable de la infracción procedente”.

3.5 Anulación de un plan urbanístico, cambio de clasificación del suelo e IBI

La sentencia de 10 de noviembre de 2022 (rec. 2112/2021, ponente: Francisco José Navarro Sanchís) resuelve una cuestión de interés casacional en la que se observa una consecuencia más de la anulación de un instrumento de planificación urbanística, en este caso desde la perspectiva tributaria. De esta forma, la cuestión suscitada en el auto de admisión consiste en determinar:

“si la anulación del plan urbanístico conlleva que los terrenos afectados vuelvan a tener la clasificación originaria del suelo –la propiciada por el plan al que el anulado vino a sustituir– y los efectos que ello haya de tener en las liquidaciones giradas del IBI”.

La Sala, tras un exhaustivo análisis de los precedentes jurisprudenciales aplicables, procede, en función de todo lo razonado, a declarar lo siguiente:

“1) La interpretación conjunta de los artículos 61.3, 65, 77.1 y 5 del TRLHL, así como de los artículos 4 y 7.2 del TRLCI permite, mediante la impugnación de las liquidaciones por IBI –o de los actos administrativos de valoración catastral, en las circunstancias de este caso–, discutir el valor catastral del inmueble (que es la base imponible del impuesto), aun cuando existiera una valoración catastral firme, la de una excepciona-

lidad derivada de una situación urbanística de inestabilidad, fruto de varios recursos jurisdiccionales, declaraciones de nulidad e intentos de subsanación a posteriori, en el marco de la anulación de las disposiciones que clasificaban un sector como suelo urbano no consolidado, con fundamento exclusivo en la irregularidad del proceso urbanizador.

2) La anulación que sobre los planes urbanísticos y la correspondiente clasificación del suelo se establezca por sentencia judicial firme obliga a la Administración catastral en los términos del fallo y con el alcance establecido, sin que el deber de acatar las sentencias firmes pueda ser relegado por la existencia de un procedimiento de comunicación entre administraciones (art. 14 TRLCI), ajeno a esa exigencia de acatamiento, que no prevea específicamente la relativa a la nulidad de los planes urbanísticos.

3) Como dijimos en nuestra sentencia nº 196/2019, de 19 de febrero (recurso de casación núm. 128/2016), ante un sistema impugnatorio complejo y potencialmente creador de disfunciones, cuando se producen situaciones como la descrita –u otras análogas– no cabe argüir, frente a una Administración que sirve con objetividad los intereses generales, que ésta permanezca inactiva –ante aquellos hechos constatados– dando lugar a un enriquecimiento injusto prohibido o a imponer a los administrados, ciudadanos de un Estado de Derecho, un verdadero peregrinaje por largos y costosos procedimientos para, a la postre, obtener lo que desde un inicio se sabía que le correspondía o, lo que es peor, esperando que el mero transcurso del tiempo convierta en inatacable situaciones a todas luces jurídicamente injustas.

4) Señalamos también, y conviene ahora reiterarlo, que tal forma de conducirse no respeta la idea de un sistema tributario basado en el principio superior de justicia y el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad económica de cada uno ni, desde luego, se atempera mínimamente al principio de buena administración previsto en el artículo 41 de la Carta de Niza, implícito en nuestro sistema constitucional.

Lo expresamos literalmente así en nuestra reciente sentencia de 19 de febrero de 2019:

‘Ante estas situaciones excepcionales, para salvar las quiebras que hemos referido, el sistema general que distribuye las competencias entre gestión catastral y gestión tributaria debe reinterpretarse y pulir su rigidez para que en sede de gestión tributaria y en su impugnación judicial quepa entrar a examinar la conformidad jurídica de dicho valor catastral, en su consideración de base imponible del

gravamen, en relación con la situación jurídica novedosa que afecta al inmueble al que se refiere la valoración catastral y a esta misma, que no fue impugnada en su momento.

Ya en otras ocasiones hemos hecho referencia al principio de buena administración, principio implícito en la Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015; principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que, más allá reclama, la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto”.

3.6

Expropiación forzosa. Consignación del justiprecio. Posibilidad de que la consignación se realice en un organismo similar a la Caja General de Depósitos de la Administración expropiante (Caja General de Depósitos del Ayuntamiento de Valencia)

El TS se pronuncia, en su sentencia de 14 de noviembre de 2022 (rec. 7741/2021, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy), dando respuesta a la siguiente cuestión de interés casacional objetivo relativa al régimen jurídico de la expropiación forzosa y, en concreto, a la consignación del justiprecio en un organismo similar a la Caja General de Depósitos de la Administración expropiante –que en el caso enjuiciado era la *Caja General de Depósitos del Ayuntamiento de Valencia*–. De esta forma, la cuestión que se plantea consiste en determinar:

“si la consignación del justiprecio en una Caja de la Administración expropiante, en vez de en la Caja General de Depósitos es válida a efectos del art. 50.1 y 51.3 REF y puede surtir efectos liberatorios propios del pago”.

Tras una minuciosa argumentación al hilo de la normativa aplicable, la Sala concluye, dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, lo siguiente:

“[d]e lo expuesto hemos de concluir que cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado, la consignación del justiprecio fijado con carácter firme en una expropiación forzosa se consigna, conforme a las exigencias legales, en una Caja de Depósitos de la Administración expropiante, con plena garantía a los efectos de los fines de la consignación, notificada a los expropiados, no vicia de anulabilidad el procedimiento expropiatorio y, conforme a ello, procede declarar no haber lugar al presente recurso de casación”.

3.7

Expropiación. Inmueble de titularidad privada declarado bien de interés cultural -BIC-: valoración por la Comisión de Expertos que contempla el art. 78 de la LEF

El TS, en su sentencia de 18 de octubre de 2022 (rec. 8211/2021, ponente: Fernando Román García), resuelve la cuestión que presenta interés casacional en este recurso consistente en determinar: “si expropiándose una finca donde se ubica una zona arqueológica que ha sido declarado Bien de Interés Cultural, en este caso por la Administración autonómica, procede la valoración separada del suelo o terreno de ubicación y de los bienes que integran el yacimiento arqueológico o si, por el contrario, han de valorarse como una unidad indivisible y, entonces, cuales son los efectos que se derivan en orden al procedimiento expropiatorio que ha de seguirse y la naturaleza de la indemnización que deba fijar el órgano de tasación administrativo”.

A este respecto, se advertía en el auto de admisión del recurso que resultaba aconsejable obtener un nuevo pronunciamiento del “Tribunal Supremo que refuerce, reafirme o complete y en su caso, matice o corrija la doctrina sentada en nuestra sentencia n.º 555/20, de 25 de mayo” (RCA 2442/2019).

De esta forma, la Sala complementa la doctrina establecida en la STS n.º 555/2020 en los siguientes términos: “cuando el objeto de la expropiación sea, exclusivamente, un inmueble de titularidad privada, declarado bien de interés cultural (BIC) por estar dotado de valor artístico, histórico o arqueológico, serán de aplicación los artículos 76 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa y la determinación del justiprecio deberá hacerse por la Comisión de Expertos prevista en el artículo 78 de la citada Ley”.

3.8

Expropiación forzosa y patrimonio cultural. Expropiación de bien de interés cultural (sitio histórico). Competencia para la fijación de justiprecio. Comisión de Valoración del art. 78 LEF competente para valoración de suelo y restos arqueológicos

En la sentencia de 15 de noviembre de 2022 (rec. 259/2022, ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso) se plantea una cuestión de interés casacional que viene a incidir, de nuevo, en las funciones que la Ley de Expropiación Forzosa destina a la Comisión de Valoración prevista en el art. 78 LEF. En concreto, la cuestión de interés casacional que se plantea consiste en lo siguiente:

“determinar si ante la expropiación de unos terrenos que se encuentren ínsitos en un paraje declarado Bien de Interés Cultural, con categoría de Sitio Histórico, la competencia para la fijación del justiprecio corresponde a la Comisión que contempla el artículo 78 de la LEF respecto del conjunto que integran el terreno y los bienes (vuelo) que en el mismo se emplazan, o si es necesario individualizar los bienes que reúnen los requisitos del artículo 76 de la LEF, correspondiendo entonces la valoración de aquellos otros bienes que no reúnan estos requisitos al Jurado Provincial de Expropiación Forzosa”.

Aunque concisa, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada se sustenta en unos muy interesantes fundamentos, que permiten a la Sala concluir que, “[a]nte la expropiación de unos terrenos que se encuentren ínsitos en un paraje declarado Bien de Interés Cultural, con categoría de Sitio Histórico, la competencia para la fijación del justiprecio corresponde a la Comisión que contempla el artículo 78 LEF respecto del conjunto que integran el terreno y los bienes (vuelo) que en el mismo se emplazan”.

4

Tributos

4.1

Dies a quo para la interposición del recurso de alzada por órganos de la Administración tributaria ante el TEAC. Falta de constancia en el expediente de la fecha de notificación

En la sentencia de 6 de octubre de 2022 (rec. 6727/2020, ponente: José Antonio Montero Fernández), las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en lo siguiente:

“Determinar si, a los efectos de establecer el dies a quo para la interposición del recurso de alzada por órganos de la Administración tributaria ante el TEAC contra resoluciones dictadas por órganos económico-administrativos, resulta suficiente con la comunicación de la resolución, recibida en la Oficina de Relación con los Tribunales (ORT) o en cualquier otro departamento, dependencia u oficina de la Administración, que la haya recibido a los efectos de su ejecución o si, por el contrario, el artículo 50 RGRVA exige, además, otra notificación, específicamente dirigida a los efectos de permitir su impugnación a través del recurso de alzada ordinario.

Asimismo, conforme al principio de buena administración inferido de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución y a los efectos de verificar que el recurso de alzada ordinario se haya interpuesto dentro de plazo, precisar si debe existir en el expediente administrativo, constancia documental o informática de la fecha de la notificación de la resolución a los ‘órganos legitimados’ para interponerlo”.

Recuerda el TS que, sobre la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión, existe ya una copiosa jurisprudencia:

“la resolución de la controversia suscitada pasa simplemente por aplicar dicha jurisprudencia al caso concreto. Podemos recordar, por ejemplo, sentencias tales como las de 19 de noviembre de 2020, rca. 4911/2018; de 17 de junio de 2021, rca. 6123/2019; de 18 de junio de 2021 rca. 2188/2020; y de 21 de junio de 2021, rca. 6194/2019; fijándose como doctrina la siguiente:

1) A los efectos de establecer el dies a quo para la interposición del recurso de alzada por órganos de la Administración tributaria ante el TEAC, es suficiente con la comunicación recibida en la Oficina de Relación con los Tribunales (ORT) o en cualquier otro departamento, dependencia u oficina de la Administración, que la haya recibido a los efectos de su ejecución. Si transcurrido el plazo impugnatorio a contar desde tal conocimiento no se ha interpuesto el recurso de alzada, la resolución quedará firme.

2) El artículo 50.1, párrafo segundo del RGRVA, es conforme con la Constitución y con las leyes, únicamente si se interpreta en el sentido de que las referencias que en el precepto se efectúan a la notificación y al órgano legitimado deben entenderse hechas a cualesquiera órganos de la Administración en que se integra el órgano llamado legalmente a recurrir, pues tanto la notificación como la legitimación son nociones jurídicas que atañen a las Administraciones públicas en su conjunto, no a los concretos órganos que forman parte de ella.

3) El principio de buena administración inferido de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, a efectos de verificar que el recurso de alzada ordinario se ha interpuesto dentro de plazo, exige que exista en el expediente administrativo constancia documental o informática de la fecha de la notificación de la resolución a los llamados órganos legitimados para interponerlo, aunque ello únicamente rige en el caso de que no haya un conocimiento previo acreditado, por otros órganos de la misma Administración, del acto revisorio que se pretende impugnar, en cuyo caso es indiferente el momento posterior en que tal resolución llegue a conocimiento interno del órgano que debe interponer el recurso, que puede ser ya tardío en caso de haberse superado el plazo máximo de interposición, a contar desde aquel conocimiento”.

La Sala, sin embargo, establece una interesante matización a esta línea interpretativa jurisprudencial en su aplicación al supuesto concreto, indicando lo siguiente:

“[n]os interesa, a los efectos de dilucidar la controversia, fijarnos especialmente en lo dicho en el apartado 3, y más en concreto cuando se dice que ‘a efectos de verificar que el recurso de alzada ordinario se ha interpuesto dentro de plazo, exige que exista en el expediente administrativo constancia documental o informática de la fecha de la notificación de la resolución a los llamados órganos legitimados para interponerlo’. Ciertamente en determinados supuestos cabe adaptar esta doctrina en atención al caso concreto; pero en el caso que nos ocupa no existe singularidad alguna, no existe en el expediente constancia documental al órgano que interpuso el recurso de alzada, y a falta de dicha constancia en el expediente, en modo alguno puede suplir dicho presupuesto un listado incompleto de notificaciones efectuadas por el TEAR de la Comunidad de Valencia el 11 de febrero del 2015, presentado ya en sede judicial por el Sr. Abogado del Estado, en el que figura la reclamación que nos ocupa, puesto que en dicho caso era exigencia inexcusable acompañar el documento concreto que adverbara que la notificación se hizo en la indicada fecha.

Además, en determinados supuestos incluso dicha constancia documental puede resultar insuficiente para acreditar la fecha de notificación a la Administración a efectos del cómputo del plazo para recurrir. Efectivamente cuando se remite, en las condiciones normativamente impuestas, el expediente completo, su mera consulta constata a qué órgano y cuando se ha notificado, lo que resulta necesario conforme a nuestra jurisprudencia en tanto que ‘la notificación y al órgano legitimado deben entenderse hechas a cualesquiera órganos de la Adminis-

tración en que se integra el órgano llamado legalmente a recurrir, pues tanto la notificación como la legitimación son nociones jurídicas que atañen a las Administraciones públicas en su conjunto, no a los concretos órganos que forman parte de ella”.

4.2

IBI. Régimen fiscal especial para entidades sin ánimo de lucro (Ley 49/2002)

La sentencia, de 4 de octubre de 2022 (rec. 3075/2020, ponente: Rafael Toledano Cantero), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en, partiendo de la premisa de que el impuesto sobre bienes inmuebles tiene un periodo impositivo que coincide con el año natural y se devenga el primer día del periodo impositivo, determinar:

“si los efectos de la exención del artículo 15.1 de la Ley 49/2002, se producen, a la luz del artículo 1.2 del Reglamento ESFL (i) en el ejercicio en que se opta por el régimen previsto en dicha norma aun cuando el devengo del impuesto haya acaecido con anterioridad; (ii) sólo desde el ejercicio impositivo siguiente; o, en fin, (iii) resultaría posible arbitrar otra exégesis distinta a las anteriores”.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación: (i) el artículo 75 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; (ii) los artículos 14 y 15 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo; y (iii) los artículos 1 y 2 del Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“en el caso de un impuesto como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que tiene un periodo impositivo que coincide con el año natural, y se devenga el primer día de periodo impositivo (art. 75 TRLHL), la declaración censal y acogimiento al régimen fiscal especial surte efecto respecto a todo el periodo impositivo en que se produce la comunicación del régimen fiscal especial al ayuntamiento correspondiente (art. 1.2 del Reglamento), y ello aunque la inscripción en el registro especial de entidades sin fines lucrativos como la comunicación al ayuntamiento fueran posteriores al devengo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles”.

4.3

Naturaleza jurídica de los consorcios a los efectos de la exención en el impuesto sobre sociedades

La sentencia, de 15 de noviembre de 2022 (rec. 2430/2020, ponente: Dimitry Berberoff Ayuda), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en determinar “si los consorcios tienen o no la consideración de entidad de derecho público de análogo carácter a los Organismos autónomos a efectos del reconocimiento de la exención en el Impuesto sobre Sociedades, prevista en el artículo 9.1.b) del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades”.

La Sala, en respuesta a la citada cuestión de interés casacional, fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

“A efectos de considerar el ‘análogo carácter’ con los organismos autónomos del Estado, que el artículo 9.1.b) del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (actual art 9.1 b LIS) exige apreciar en las entidades de derecho público de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales para que puedan beneficiarse de la exención del Impuesto de Sociedades, debe analizarse comparativamente su naturaleza y composición; el régimen jurídico de sus actos y las funciones que le atribuyan sus estatutos o normativa de creación, con el fin de constatar que tengan una finalidad prestacional, dirigida a satisfacer y garantizar el interés general sin ánimo de lucro.

A la vista de tales parámetros, una entidad de derecho público como el Consorci Parc de Recerca Biomèdica de Barcelona, reviste un análogo carácter a los Organismos autónomos del Estado a los efectos de la exención en el Impuesto sobre Sociedades prevista en el artículo 9.1.b) del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades”.

4.4

Aprovechamiento especial del dominio público local: la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de dispositivos de atención situados en las farmacias. Hecho imponible de la tasa

En la sentencia de 27 de octubre de 2022 (rec. 5681/2020, ponente: Rafael Toledano Cantero) se plantean diversas cuestiones de interés casacional, de gran interés tanto en materia tributaria como patrimonial, consistentes en lo siguiente:

“2.1. Determinar si, a efectos del hecho imponible de la tasa, puede considerarse un aprovechamiento especial del dominio público local, la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de la ventanilla o torno de una farmacia.

2.2. Precisar si, puede constituir el hecho imponible de la tasa el uso que suponga un aprovechamiento especial del dominio público cuando este venga impuesto por disposición normativa, pudiendo entenderse que en tales casos pueda existir un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste, aclarando, en ese supuesto, quién sería en este caso el sujeto pasivo de la tasa.

2.3. Esclarecer si, resulta aplicable a las farmacias la doctrina contenida en las sentencias de 12 de febrero de 2009 (RC/6385/2006; ECLI:ES:TS:2009:1358) y 22 de octubre de 2009 (RC/5294/2006; ECLI:ES:TS:2009:8020 y 32/2008; ECLI:ES:TS:2009:6680), referida a los cajeros automáticos de los bancos”.

Con respuesta a las mismas, la Sala fija como doctrina jurisprudencial que “no puede considerarse un aprovechamiento especial del dominio público local la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de dispositivos de atención situados en las farmacias en línea de fachada y acceso desde el exterior, tales como las ventanillas, torno o dispositivos análogos. No cabe hacer una extensión teórica e indiscriminada de esta doctrina a otro tipo de servicios impuestos normativamente, sin atender a sus características singulares. Por último, las características del servicio de farmacia son sustancialmente diferentes a la instalación de cajeros bancarios que examinaron nuestras SSTS de 12 de febrero de 2009 y 22 de octubre de 2009, citadas, cuya doctrina no es extensible al caso de los dispositivos de atención personal en las oficinas de farmacia que examinamos aquí”.

4.5

Impuesto sobre bienes inmuebles. Liquidaciones firmes. Devolución de ingresos indebidos con base en el carácter rústico del inmueble por no existir desarrollo urbanístico detallado

La sentencia de 18 de octubre de 2022 (rec. 801/2021, ponente: Francisco José Navarro Sanchís) resuelve el recurso deducido por el Ayuntamiento de Badajoz contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º

1 de Badajoz. Se plantea, como cuestión de interés casacional para la formación de jurisprudencia, la siguiente:

“precisar si, con ocasión de la impugnación de liquidaciones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles -IBI- y para obtener su anulación, el sujeto pasivo puede discutir la calificación (y la consiguiente valoración) catastral de su inmueble, cuando no lo hizo (o haciéndolo dejó que alcanzara firmeza) o no pudo hacerlo al tiempo en que le fue notificado individualmente el valor catastral del bien inmueble sujeto a tributación por dicho impuesto. Se trata de un asunto que, en relación con la misma Corporación local, ya ha obtenido respuestas de este Tribunal Supremo, precisamente tras la ponderación de la circunstancia de que la liquidación o liquidaciones cuya nulidad se pide hubieran quedado firmes”.

Se afirma en el propio auto de admisión del recurso lo siguiente: “[...] Además, la cuestión ha sido ya resuelta por sentencias de la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, por todas, la de 22 de junio de 2020 (RCA 4692/2017), en un sentido coincidente al que aquí propugna la parte recurrente [...]”.

La Sala, a la vista de los precedentes, resuelve la cuestión en los siguientes términos: “los artículos 65 y 77.1 y 5 del Real Decreto Legislativo 2/2004 y el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2004, deben ser interpretados en el sentido de que los mismos no se oponen ni obstan a que, recurriéndose liquidaciones por IBI y para obtener su anulación, en supuestos en los que concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas, análogas o similares a las descritas anteriormente (modificación por sentencia firme de la clasificación urbanística del suelo afectado), el sujeto pasivo pueda discutir la valoración catastral del inmueble, base imponible del impuesto, incluso en los casos en los que tal valoración catastral ha ganado firmeza en vía administrativa”.

4.6

IBI y clasificación catastral de terrenos

La sentencia de 12 de diciembre de 2022 (rec. 6827/2020, ponente: Rafael Toledano Cantero) resuelve una cuestión de interés casacional para la formación de la jurisprudencia consistente en aclarar si la doctrina sentada en las SSTS de la Sala Tercera, Sección Segunda, de 5 de marzo de 2019 (RRCA 1431/2017 y 4520/2017) y de 30 de enero de 2020 (RCA 3412/2018) “es trasladable a supuestos en los que, aun estando los terrenos clasificados catastralmente como urbanos (por estar ubicados en ámbito espacial sectorizado

con ordenación pormenorizada), no se ha desarrollado su programación urbanística; de modo tal, que pudiera entenderse que los terrenos afectados deber ser clasificados como suelo rústico no urbanizable o rústico a efectos de valoración catastral y de la eventual nulidad de declaraciones giradas en concepto de impuesto de bienes inmuebles”.

La Sala, tras una interesante argumentación, concluye que la jurisprudencia fijada en las referidas sentencias de 30 de mayo de 2014 (rec. 2362/2013), de 19 de febrero de 2019 (rec. 128/2016), de 5 de marzo de 2019 (rec. 1431/2017) y de 2 de abril de 2019 (rec. 2154/2017) “no resulta trasladable a supuestos como el que es objeto de la valoración catastral litigiosa, dado que en este caso el terreno es calificable catastralmente como urbano, por tener la clasificación de urbanizable, ubicado en ámbito espacial sectorizado y dotado de ordenación pormenorizada, pese a que el desarrollo urbanístico mediante programa de actuación urbanística integrada o instrumento análogo no haya sido aprobado al tiempo del acuerdo de valoración catastral, al conservar su validez y eficacia los instrumentos de planeamiento mediante los que se atribuyó la clasificación y calificación urbanística que determina la condición catastral de suelo urbano”.

4.7

Posibilidad de exención de las tasas cobradas por un ayuntamiento por la prestación de servicios en relación con galerías municipales. Utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público

En la sentencia de 12 de diciembre de 2022 (rec. 7060/2021, ponente: Dimi-try Berberoff Ayuda), la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en lo siguiente:

“[d]eterminar si las tasas cobradas por el Ayuntamiento de Madrid por servicios públicos tales como la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas pueden o no resultar exentas conforme a lo dispuesto en el artículo 21.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, referido a las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, así como por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la defensa nacional”.

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación: "(i) los artículos 20 y 21 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; (ii) el artículo 2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid reguladora de la Tasa por Prestación de Servicios en Galerías Municipales, de 9 de octubre de 2001; (iii) los artículos 12 y 14 de la LGT; y (iv) el artículo 133.3 de nuestra Constitución".

La Sala, confirmando el criterio ya establecido en su precedente sentencia de 16 de marzo de 2022 (RCA/3212/2020), fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

"El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales están obligados al pago de las tasas por el Ayuntamiento de Madrid por la prestación de servicios públicos tales como la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas".

5

Empleo público

5.1

Régimen disciplinario y procedimiento administrativo. Regulación del plazo de caducidad del procedimiento

La sentencia de 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020, ponente: Celsa Pico Lorenzo) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS trata de solventar la dificultad de precisar la norma aplicable en caso de lagunas en la normativa autonómica sobre el régimen disciplinario de los empleados públicos, y si esta debe completarse con la legislación procedimental ordinaria o con el reglamento disciplinario estatal, aprobado por RD 33/1986.

De esta forma, en el auto de admisión del recurso se precisa que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en confirmar, precisar o matizar la jurisprudencia existente en el sentido de "si cabe incluir el procedimiento disciplinario dentro del procedimiento sancionador ordinario que contempla la regulación cántabra, a efectos del cómputo del plazo de caducidad previsto en la misma o, por el contrario, es aplicable la normativa estatal supletoria, al no prever la legislación sectorial cántabra la regulación del procedimiento disciplinario".

Identifica como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en "el artículo 25 en relación con el artículo 21.2 y 3 de la Ley 39/2015,

de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el artículo 3 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado y la Disposición Adicional 29 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 24/2001, de 27 de noviembre, que establece el plazo de 12 meses de duración máxima del procedimiento disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, todo ello también en relación con el artículo 156.3 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, así como de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de función pública de Cantabria”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala confirma su doctrina jurisprudencial fijada previamente en sentencia de 22 de febrero de 2021 (recurso de casación 2854/2019), concluyendo lo siguiente:

“[e]n consonancia con lo más arriba argumentado, la respuesta a la cuestión de interés casacional es que no cabe incluir el procedimiento disciplinario dentro del procedimiento administrativo sancionador que contempla la regulación cántabra a efectos del cómputo del plazo de caducidad, ya que es aplicable la normativa estatal supletoria al no prever la legislación sectorial cántabra la regulación del procedimiento disciplinario”.

5.2

La excedencia voluntaria por interés particular, prevista en el artículo 89.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta de aplicación a los funcionarios interinos

La sentencia de 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020, ponente: Celsa Pico Lorenzo) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS interpreta el artículo 89.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, consistente en determinar:

“si la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera o también resulta de aplicación a los funcionarios interinos”.

La Sala, en respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada, y sobre la base de la normativa española y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (fundamentalmente la STJUE de 20 de diciembre de 2017), determina de forma tajante que “la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos”.

5.3

Equilibrio entre las fases de concurso y oposición en un proceso selectivo de acceso a empleo público por el sistema de concurso-oposición (turno libre para oficial del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid)

La sentencia de 22 de noviembre de 2022 (rec. 7718/2020, ponente: María del Pilar Teso Gamella) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS interpreta la mayor o menor valoración que puede darse a las fases de concurso y oposición en un proceso selectivo por el sistema de concurso-oposición. En este sentido, la cuestión de interés casacional objetivo que se plantea consiste en determinar:

“si en un proceso selectivo de acceso al empleo público por el sistema de concurso-oposición, la calificación obtenida en la fase de concurso únicamente puede ser empleada a efectos de establecer el orden en que quedan clasificados los aspirantes que han superado o superen la fase de oposición, y sin que por tanto la calificación de la fase de concurso pueda sumarse a la obtenida en la fase de oposición para determinar los aspirantes que superan el proceso selectivo”.

La Sala, en respuesta a la citada cuestión de interés casacional, concluye lo siguiente:

“es cierto que no puede conferirse una preferencia absoluta a ninguna de las fases cuando el sistema selectivo seguido es el de concurso-oposición, pero tampoco la adopción del expresado sistema impone una igualdad plena y completa entre ambas fases. En efecto, en pocos casos se produce una igualdad de tal naturaleza entre ambas fases del proceso selectivo. De modo que lo que demanda este sistema mixto de selección es un cierto equilibrio entre ambas fases, con mayor incidencia de la fase relativa a la oposición, pues no sólo es el sistema ordinario de ingreso, a tenor del artículo 4 del Reglamento General antes citado, sino principalmente porque el TRLEBEP al regular los sistemas selectivos del artículo 61 pone un énfasis rotundo en todo lo relativo a la comprobación de los conocimientos y la

capacidad analítica de los aspirantes, en relación con la exigencia absoluta, 'en todo caso' señala el TRLEBEP, respecto de la realización de varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes, lo que únicamente se adquiere mediante la oposición, en los términos que hemos expuesto en el fundamento anterior.

La descompensación que se produce en este caso en favor de la fase de oposición no es, en principio y en los términos examinados, disconforme a Derecho. Sin embargo, y aunque ciertamente no resulte modélica la redacción de las bases, la solución contraria, que postula el recurrente, primando a la fase de concurso de tal forma que resultaría irrelevante la fase de oposición, sí podría constituir una vulneración del artículo 61 del TRLEBEP, en los términos que antes señalamos. En definitiva, el sistema de concurso-oposición legalmente previsto no es simétrico, pues la descompensación que tiene más posibilidades de resultar lesiva del ordenamiento jurídico es la que hace recaer sobre el concurso todo el peso de la selección”.

5.4

Posibilidad de impugnación indirecta de las bases de las convocatorias de procesos selectivos a plazas de empleados públicos cuando incurren en infracción de derechos fundamentales

En la sentencia de 18 de octubre de 2022 (rec. 2145/2021, ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva), se plantea ante el TS una cuestión de interés casacional objetivo consistente en “aclarar, matizar, reforzar –o, eventualmente, corregir o rectificar– la doctrina sobre la posibilidad de la impugnación indirecta de las bases de una convocatoria para cubrir determinadas plazas correspondientes a la oferta de empleo público”, en interpretación de los artículos 23, 24, 103 y 120 de la Constitución.

La sentencia, en su fundamentación, explica que la de “la recurribilidad de las bases de la convocatoria es una cuestión generalizable a una pluralidad de supuestos en el ámbito de la función pública. Y que las sentencias de 4 de octubre de 2021 (casación n.º 351/2020) y de 10 de junio de 2019 (casación n.º 5010/2017) señalan que la falta de impugnación de las bases no es obstáculo para combatir las a través de los actos que las aplican cuando comportan, como en este caso se alega, la vulneración de un derecho fundamental”.

De este modo, y en respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión, la Sala confirma la jurisprudencia que admite la posibilidad de impugnación indirecta de las bases de las convocatorias de procesos selec-

tivos a plazas de empleados públicos objeto de la Oferta de Empleo Público cuando incurren en infracción de derechos fundamentales.

5.5

Reducción de jornada laboral en un 50 % del tiempo, con mantenimiento de las retribuciones, para proceder al cuidado de menores aquejados de una grave enfermedad

En la sentencia de 20 de octubre de 2022 (rec. 3974/2020, ponente: Celsa Pico Lorenzo) se dilucida la cuestión de interés casacional objetivo relativa a:

- “(i) si el artículo 49.e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor; y
- (ii) si, entendiendo que no resulta necesaria dicha hospitalización, el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización del menor”.

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, así como en el artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

La respuesta a la cuestión de interés casacional que ofrece la Sala es la misma ya declarada en la sentencia de 3 de junio de 2020, recurso de casación n.º 78/2018, en el siguiente sentido:

“la Sala entiende que el artículo 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero si es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado”.

6

Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia, contratos del sector público y patrimonio público)

6.1

Aguas. Régimen jurídico del lago, aguas y lecho de la Albufera

En la sentencia de 13 de octubre de 2022 (rec. 7787/2021, ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso) se resuelven los recursos interpuestos por el Abo-

gado del Estado y el Ayuntamiento de Valencia en relación con una sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana en la que se plantea una cuestión de fondo de gran relevancia, relativa al régimen jurídico y titularidad de la Albufera de Valencia.

En ese sentido, el interés casacional objetivo consiste en lo siguiente: “determinar, reafirmar, reforzar, complementar y, en su caso, matizar, o corregir nuestra jurisprudencia sobre:

1º.- El régimen jurídico del lago, aguas, y lecho de la Albufera.

2º.- La exigibilidad de un título vinculado al dominio público hidráulico para la constitución y el reconocimiento de las Comunidades de Usuarios, y en particular si puede reconocerse tal carácter a la entidad ‘Junta de Desagüe de la Albufera’”.

Se identifican como normas que serán objeto de interpretación los artículos 81, 82, 85 y 91 y la disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

La sentencia alcanza diversas conclusiones de notable relevancia, partiendo de la acreditación de que “el Lago forma parte del patrimonio municipal del Ayuntamiento de Valencia, atendida la Ley de 23 de junio de 1911, de Cesión del Lago de la Albufera y del Monte de la Dehesa al Ayuntamiento de Valencia no cabe considerar que el Lago forma parte del dominio público hidráulico estatal como hace la sentencia recurrida. El bien no puede pertenecer en exclusiva y simultáneamente al Ayuntamiento y a la Administración del Estado. Una vez producida la cesión de la titularidad del Lago este podrá ser o no de dominio público en virtud de si hay afectación o no a algún fin de utilidad pública o servicio general, pero no podrá formar parte del dominio público hidráulico cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado por virtud de lo dispuesto en el artículo 2 TRLA [...]”.

Todo ello bajo la consideración del ineludible precedente que supone la STS de 20 de marzo de 1986, que, “dictada estando ya en vigor la Ley de Aguas de 1985, dejó sentado como hecho probado que la titularidad del Lago correspondía al Ayuntamiento; en concreto, considera que es un bien de dominio privado –patrimonial en terminología de la Ley 33/2003– del Ayuntamiento. Este pronunciamiento declarativo no es propiamente una doctrina que haya que matizar, corregir o aclarar en vía casacional, sino un antecedente que ha de vincular a cualquier órgano judicial que posteriormente se pronuncie, como es el caso, sobre cuestiones conexas puesto que la titularidad jurídica de un bien no puede cambiar por un sobrevenido cambio de doctrina jurisprudencial, obviamente”.

En conclusión, entiende la Sala que, “siendo el lago un bien (patrimonial o demanial, es indiferente) de propiedad del Ayuntamiento de Valencia, al haber sido cedido por el Estado a favor de la citada corporación municipal, y estando inscrita dicha propiedad a su favor en el Registro de la Propiedad desde el año 1958, está excluido del concepto legal de dominio público hidráulico, y no le resulta de aplicación la legislación de aguas, siendo incompetente la Confederación Hidrográfica del Júcar para reconocer ningún tipo de derecho o aprovechamiento sobre sus aguas (ni su consiguiente inscripción)”. En consecuencia, se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“[I]a Confederación Hidrográfica del Júcar no tiene competencia para reconocer derechos de aprovechamiento ni acceder a la inscripción de los mismos sobre el Lago de la Albufera, al ser aguas que no son de titularidad del Estado sino de otra Administración Públicas amparadas por la disposición adicional primera del TRLA y que, por tanto, están excluidas del dominio público hidráulico estatal.

No puede inscribirse en el Registro de Aguas estatal ningún derecho de aprovechamiento sin que previamente se haya tramitado el procedimiento legalmente establecido para el reconocimiento de un título que habilite para dicho aprovechamiento y no procede tampoco dicha inscripción si nos encontramos ante derechos de aprovechamiento sobre aguas que no forman parte del dominio público hidráulico estatal. Un Lago sobre el que existen inscripciones expresas de su titularidad municipal en el Registro de la Propiedad, conserva el carácter dominical que ostentara en el momento de entrar en vigor la ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, sin que constituya dominio público hidráulico estatal”.

6.2

Responsabilidad patrimonial y subvenciones. Prescripción de la acción en el supuesto de anulación de una subvención. Distinción entre procedimiento de nulidad y causas de reintegro

El TS se pronuncia, en su sentencia de 4 de noviembre de 2022 (rec. 6834/2021, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy), al hilo de la incidencia que tiene en el cómputo de prescripción de la acción en materia de responsabilidad patrimonial la regulación diferenciada que sobre las causas de nulidad y reintegro contiene la Ley General de Subvenciones.

En este sentido, el auto de admisión del recurso de casación precisaba que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación

de jurisprudencia consiste en determinar “el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación judicial de un acto administrativo de concesión de subvención”. Se identifican, como normas objeto de interpretación, los artículos 32.1 y 2, 67.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 36.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

La Sala, a la hora de resolver el recurso de casación, argumenta que la cuestión casacional, en la forma en que se delimitaba en el auto de admisión, está ya resuelta en el artículo 67.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, al declarar “de forma taxativa que el derecho a reclamar, que el mencionado precepto le confiere un plazo de un año, dispone que dicho plazo se empieza a contar desde que se haya ‘notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva’; de donde cabe concluir que es desde la notificación de la sentencia o resolución administrativa a que se impute el daño y no desde la ejecución de dicha resolución. Y ello sin perjuicio de las peculiaridades que dicha conclusión comporta en el caso de anulación de subvenciones”.

Abundando en el anterior razonamiento, se afirma en la sentencia lo siguiente:

“la LGS discrimina entre aquellas causas que comportan una invalidez *ab initio* de la resolución por la que se concedió la subvención, de aquellas otras que constituyen causa de reintegro por incumplimiento una vez otorgada subvención legítimamente, y reserva para estas segundas el denominado procedimiento de reintegro, como un procedimiento independiente del de concesión de la subvención, en el que se declara el incumplimiento y las condiciones del reintegro, poniendo su resolución fin a la vía administrativa. Deberá concluirse que, en estos supuestos, el plazo de cómputo del plazo de prescripción será el de dicha resolución o, en su caso, la sentencia que se dictase en el ulterior recurso contencioso-administrativo en que se impugnase esa resolución administrativa. Pero esa circunstancia tiene una indudable relevancia para la concurrencia de los presupuestos materiales de la responsabilidad, porque si se señala el día a quem para el plazo de prescripción es porque desde la mencionada fecha puede ejercitarse la pretensión, es decir, es decisivo para el debate de autos que hasta esa resolución o sentencia, no puede hablarse de realidad del daño, como elemento esencial de esta institución indemnizatoria.

Pero ese esquema no es aplicable a lo que se denomina en el artículo 36 de la LGS invalidez de la resolución de concesión que, como ya hemos visto, constituyen supuestos de nulidad, entre ellos ausencia de

partida presupuestaria, o anulabilidad; en los que, como se dispone en el párrafo tercero del precepto, la Administración otorgante de la subvención deberá proceder a la revisión de oficio o a la declaración de lesividad del acto de otorgamiento de la subvención y, caso de estimarse la nulidad o anulabilidad, procederá, de manera ineludible y desde ese momento, ‘la obligación de devolver las cantidades percibidas’, como se declara en el párrafo cuarto, sin más ulteriores trámites que no sean los de la ejecución forzosa del acto declarando la nulidad o anulabilidad y la obligación de reintegro, estos es, sin necesidad del ulterior procedimiento autónomo de reintegro de los artículos 41 y siguientes de la LGS. Ahora bien, como en el supuestos anterior respecto de las causas de reintegro, en estos supuestos de nulidad o anulabilidad, el inicio el plazo de prescripción no puede demorarse a una ulterior resolución, porque la única que procederá será, en su caso, la ejecución forzosa, propia de todo acto administrativo; de ahí que dicho plazo anual se iniciará desde la firmeza de la resolución o sentencia en que se declare la nulidad o anulabilidad; lo cual comporta, en parangón de lo que antes se dijo con relación a las causas de reintegro, que desde ese momento se hace efectivo el daño, que no es otro que la devolución de lo percibido, conforme se dispone en el precepto, como hemos visto”.

6.3

Subvenciones. Control financiero. Reintegro. Prescripción

Se plantea ante el TS un interesante supuesto relativo al reintegro y control financiero de las subvenciones por incumplimiento del beneficiario. Así, la sentencia de 8 de noviembre de 2022 (rec. 2764/2020, ponente: Eduardo Espín Templado) trata de determinar si “la verificación y comprobación desplegada por la Administración Pública de una subvención concedida que culmina con la liquidación del importe y abono de la ayuda o con una resolución de reintegro enerva la incoación de un posterior procedimiento de reintegro incoado a raíz del Informe definitivo de control financiero emitido por la Intervención General, y aboca al procedimiento de revisión de oficio, por tratarse, la meritada primera resolución, de un acto administrativo que ha devenido definitivo y firme”.

En la resolución se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en “los artículos 37, 43 y 45 de la Ley General de Subvenciones y artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (actuales artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015)".

La Sala, dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, afirma lo siguiente:

"[e]n lo que respecta a la cuestión declarada de interés casacional y, en atención a la interpretación de las normas efectuada al resolver el litigio, hemos de declarar que la verificación y comprobación de una subvención por parte de una Administración pública concedente que culmina con una resolución de reintegro no excluye la realización de un informe de control financiero ni un ulterior procedimiento de reintegro derivado de la constatación de incumplimientos distintos a los que determinaron el anterior reintegro, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción que habilita a la Administración para reclamar".

6.4

Derecho de acceso a la información pública: inclusión de las actas de las reuniones de los órganos colegiados en el conocimiento público al amparo del art. 14.1.k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia

En la sentencia de 17 de noviembre de 2022 (rec. 1837/2021, ponente: José María del Riego Valledor) se plantea una interesante cuestión de interés casacional en la que, al hilo de las obligaciones de transparencia, se somete a consideración un elemento muchas veces discutido sobre la posibilidad de acceso y conocimiento público de las actas de las reuniones de los órganos colegiados administrativos. En este sentido, la cuestión consiste en aclarar:

"si el derecho de acceso a la información pública permite acceder al contenido tanto de las actas de reuniones como de los acuerdos adoptados por órganos colegiados o si, por el contrario, las actas de reuniones y deliberaciones quedan excluidas de dicho acceso en aplicación del límite previsto en el artículo 14.1.k) de la Ley de Transparencia".

Para ello son objeto de interpretación los artículos 1, 13 y 14.1.k) de la Ley de Transparencia.

La Sala, reiterando la doctrina jurisprudencial ya sentada en la precedente sentencia de 19 de febrero de 2021 (recurso 1866/2020), responde a la cuestión de interés casacional objetivo confirmando lo siguiente:

"[...] las actas de las reuniones de un órgano colegiado no están, en principio, excluidas del conocimiento público al amparo del art. 14.1.k de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, ya que los datos en ella

incorporados de forma obligatoria no afectan a la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en la formación de voluntad del órgano colegiado, al no reflejar, como contenido mínimo necesario, la totalidad de la deliberación ni las opiniones y manifestaciones integrales de cada uno de sus miembros”.

6.5

Enajenación, por adjudicación directa, de patrimonio público. Procedimiento de enajenación específico. Validez y plazo. Efectos de la adjudicación directa en el plazo de un año

El TS, en su sentencia de 13 de octubre de 2022 (rec. 5235/2020, ponente: Inés Huerta Garicano), resuelve las siguientes cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, atinentes a determinar:

i) si el procedimiento de enajenación de inmuebles por venta directa que tiene lugar previa solicitud de interesado, y respecto a un bien cuya subasta ha sido declarada desierta, en los términos del art. 137.4 d) de la LPAP, es un procedimiento específico e independiente del previo de enajenación por subasta.

ii) si en tal supuesto de adjudicación directa del artículo 137.4 d) de la LPAP, rigen las previsiones específicas del artículo 102.2 del Reglamento de la LPAP para esta modalidad de enajenación, en cuanto que la tasación mantendrá su validez durante el plazo de un año contado desde su aprobación.

iii) si la expresión ‘acordar la adjudicación directa’ prevista en el apartado 4 del citado artículo 137 de la LPAP se refiere a dictar la Resolución de adjudicación regulada en el artículo 118 del Reglamento LPAP, a los efectos de tener lugar en el plazo de un año desde la celebración de la subasta declarada desierta”.

Se identifican, como normas jurídicas objeto de interpretación, los artículos “137.4 d), 138.1 y 114.5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y los artículos 91, 102.2, 117 y 118 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto”.

Como respuesta a las tres cuestiones interpretativas planteadas por el auto de admisión, la Sala fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

“a) El procedimiento de enajenación de inmuebles es único, se incoa de oficio –por iniciativa del órgano competente o a solicitud del interesa-

do-, determinando dicho acuerdo el modo de venta seleccionado. Por tanto, la adjudicación directa, a solicitud del interesado cuando las dos o tres subastas han sido declaradas desiertas, no es un procedimiento específico e independiente del expediente de enajenación por subasta, sino que forma parte del mismo (arts. 138 en relación con el 137.4.d) de la Ley y 91 de su Reglamento).

b) El art. 102.2 del Reglamento de la Ley 33/03 se refiere al plazo de vigencia -1 año- de la tasación previa a la incoación del procedimiento, plazo en el que deberá producirse la publicación del anuncio de celebración de subasta o el concurso, permitiendo su art. 107 que dicha validez se prorrogue a dos años cuando el modo de enajenación elegido sea la subasta, como aquí acontece.

c) El plazo -de un año- a que se refiere el art. 137.4.d) de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas es el máximo que debe mediar desde la fecha en quede desierta la subasta y la iniciación de los trámites para la adjudicación directa solicitada, sin que esté sujeta a plazo la resolución que acuerda la adjudicación (art. 118 del Reglamento de la Ley 33/03)".

6.6

Recuperación de oficio de un bien de carácter demanial y desalojo de vivienda de persona en situación de vulnerabilidad

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes (SSTS de 28/10/2020 -RCA 413/2019- y 04/10/2021 -RCA 3430/2020-), en la sentencia de 24 de octubre de 2022 (rec. 5395/2021, ponente: Ángel Ramón Arozameña Laso) se fija una interesante doctrina jurisprudencial como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar:

"si en los procedimientos de recuperación de oficio de bienes demaniales que se encuentren en fase de ejecución forzosa en los que se trate de recuperar viviendas ocupadas por personas en situación de vulnerabilidad y sin alternativa de vivienda, es exigible un juicio previo de ponderación y proporcionalidad antes de proceder al desalojo, atendido el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y a una vivienda digna y adecuada".

La Sala, reafirmando su jurisprudencia anterior -si bien referida a supuestos de viviendas ocupadas por menores-, confirma que la "inviolabilidad del domicilio está preservada en todo momento por la necesidad de acudir al auxilio judicial para poder ejecutar un acto de recuperación de un inmueble que pueda ser calificado de domicilio".

De esta forma, concluye que la “ponderación y proporcionalidad en el desalojo de un inmueble son dos criterios que han de ser observados por la Administración Pública con carácter general, porque no puede afirmarse que los poderes públicos puedan, ni en el ejercicio de esta potestad ni en ninguna otra, actuar de forma imprudente o desproporcionada. Más aún, como hemos reconocido, cuando, se trata de menores de edad o personas en situación de especial vulnerabilidad. Y, en este caso concreto, se ha operado con ponderación, prudencia y proporción en la adopción de medidas, como resulta de los antecedentes que se recogen en el apartado A) y las consideraciones de los apartados B), C) y D)”.

6.7

Contratos del sector público. Límites a la libertad de pactos y derecho necesario

Mediante su sentencia de 24 de octubre de 2022 (rec. 4349/2020, ponente: Diego Córdoba Castroverde), el TS despeja las dudas sobre cuál es el límite para la libertad de pactos en los pliegos de un contrato, resolviendo la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar:

“si para resolver un contrato de construcción y posterior explotación tiene o no carácter de Derecho necesario lo previsto en las normas de derecho transitorio contenidas en la Disposición transitoria Primera, apartado 2, del TRLCSP y del TRLCAP y, en consecuencia, si a través del pliego y con fundamento en la libertad de pactos puede obviarse el contenido de las referidas disposiciones transitorias”.

En este sentido, el TS estima lo siguiente:

“El art. 4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) afirma que ‘la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración’. Y en similares términos se pronuncia el art. 25 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Así, la Sala resuelve fijando como doctrina jurisprudencial que “lo estipulado por las partes no puede prevalecer frente a las normas de derecho transitorio que establecen las reglas que sirven para decidir el derecho aplicable a una relación jurídica determinada, por tratarse de normas de derecho necesario”.



QDL6T

**CRÓNICA
CONSULTIVA**

Concejales no adscritos y transfuguismo: doctrina del Consejo Consultivo de Castilla y León

JAVIER PÍRIZ URUEÑA

Letrado jefe del Consejo Consultivo de Castilla y León

- 1. Introducción**
- 2. Estatus de los concejales no adscritos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local**
- 3. Delimitación de los conceptos “transfuguismo” y “tránsfuga” de un concejal no adscrito**
- 4. Derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos**
 - 4.1. Alcance y límites
 - 4.2. Sinopsis de asuntos concretos dictaminados
 - 4.2.1. Dictamen 565/2018, de 22 de enero de 2019
 - 4.2.2. Dictamen 418/2020, de 21 de enero de 2021
 - 4.2.3. Dictamen 425/2022, de 29 de septiembre de 2022

1 Introducción

La participación política en las entidades locales, particularmente en ayuntamientos y en diputaciones provinciales, es un derecho fundamental previsto en la Constitución (CE). Su artículo 23 consagra en su apartado 1 el derecho de los ciudadanos “a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. Y el apartado 2 añade: “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Tal participación política, que se ejerce fundamentalmente a través de los partidos políticos (artículo 6 CE), no está exenta, sin embargo, de las implicaciones y dificultades jurídicas que comporta el ejercicio institucional de los cargos representativos. Buena muestra de ello son los supuestos, públi-

camente conocidos, en los que representantes políticos abandonan o son expulsados del partido político por el que se presentaron a las elecciones, o del grupo político al que pertenecían tras la constitución de ayuntamientos y diputaciones.

Las controversias que surgen en estos casos no se limitan únicamente al plano político, sino que trascienden al ámbito jurídico constitucional y administrativo.

Las entidades locales de la Comunidad de Castilla y León no han sido ajenas a esta situación ya que han sido testigo de situaciones calificadas como transfuguismo y cuentan entre sus miembros con concejales no adscritos. Ello ha planteado buen número de dudas sobre las consecuencias de estas actuaciones y de la situación en la que quedan concejales y diputados provinciales no adscritos (en particular, en lo relativo a sus derechos políticos y económicos) y, por ende, sobre el funcionamiento de las propias entidades locales.

El Consejo Consultivo de Castilla y León ha tenido ocasión de pronunciarse en varias consultas de carácter facultativo formuladas por entidades locales sobre cuestiones relacionadas con esta problemática: en el Dictamen 730/2004, de 17 de febrero de 2005¹, referente a la posible participación de un concejal no adscrito a un grupo político en las comisiones informativas de la corporación; en el Dictamen 6/2014, de 23 de enero², sobre el derecho de los concejales no adscritos a percibir la dotación económica prevista en el artículo 73.3, párrafo segundo, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL); en los dictámenes 565/2018, de 22 de enero³, 418/2020, de 21 de enero de 2021⁴, y 458/2021, de 16 de diciembre⁵, sobre derechos políticos y económicos de un concejal no adscrito a ninguna formación política; y en el Dictamen 425/2022, de 29 de septiembre⁶, en relación con el número mínimo de integrantes de un grupo político de una diputación, cuya composición se ha visto reducida tras la expulsión de varios diputados.

En todos ellos se abordan las características que la ley y la jurisprudencia han ido perfilando sobre la figura del concejal no adscrito y el origen de

1. Sitio web: <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/consultas-facultativas/2004/dictamen-730-2004> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

2. Sitio web: <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/consultas-facultativas/2014/dictamen-6-2014> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

3. Sitio web: <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/consultas-facultativas/2018/dictamen-565-2018> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

4. Sitio web: <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/consultas-facultativas/2020/dictamen-418-2020> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

5. Sitio web: <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/consultas-facultativas/2021/dictamen-458-2021> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

6. Sitio web: <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/consultas-facultativas/2022/dictamen-425-2022> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

la regulación vigente, lo que ha permitido al Consejo Consultivo de Castilla y León elaborar un compendio doctrinal sobre la materia, analizando diversas cuestiones que se exponen de forma sintética a continuación.

El presente estudio aborda, como cuestiones generales, el estatus de los concejales no adscritos (aplicable a los diputados provinciales, con las salvedades propias de cada caso), la delimitación de los conceptos “transfuguismo” y “tránsfuga”, y los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos. De forma particular, se hace referencia expresa a los dictámenes emitidos y a las consideraciones y conclusiones contenidas en ellos sobre los límites a la participación institucional de los concejales no adscritos y sus derechos económicos, y, como asunto concreto, a la controversia sobre el mantenimiento de un grupo político cuando, como consecuencia de un episodio de transfuguismo, su número de miembros se reduce por debajo del mínimo previsto en la norma.

2

Estatus de los concejales no adscritos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

El estatuto de los miembros de las corporaciones locales se encuentra regulado en el capítulo V del título V (artículos 73 a 78) de la LBRL; en los artículos 72 y 73 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; y en el título I (artículos 6 a 34) del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

En todos los dictámenes el Consejo Consultivo considera que, si bien la citada regulación alude únicamente a los concejales, su ubicación sistemática en el artículo 73, en el capítulo dedicado al “Estatuto de los miembros de las corporaciones locales”, permite interpretar, sin dificultad, que tal previsión es también aplicable a los diputados y a los grupos políticos de las diputaciones provinciales, y no solo a los concejales y a los grupos municipales.

El marco legal específico del estatus representativo de los concejales no adscritos se encuentra en el apartado 3 del artículo 73 de la LBRL, apartado que fue introducido *ex novo* por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (con lo que se elevó a rango de ley el Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el Transfuguismo en las Corporaciones Locales, conocido popularmente como el pacto antitransfuguismo, firmado el 7 de julio 1998 por la mayoría de los

partidos políticos con representación parlamentaria en las Cortes Generales). Dicho apartado 3 dispone lo siguiente:

“A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan, con excepción de aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.

El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.

Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.

Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.

Los grupos políticos deberán llevar con una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación, siempre que éste lo pida. Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. En cualquier caso, el secretario de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas”.

Los dictámenes del Consejo Consultivo citan como clave la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 9/2012, de 18 de enero⁷, que

7. Sitio web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-2146> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

declaró la constitucionalidad de las limitaciones introducidas en el artículo 73.3 de la LBRL, al considerarlas conformes al artículo 23 CE. La sentencia “pone el acento además en la finalidad última que persigue el tratamiento legal de la figura del concejal no adscrito, orientado a evitar el falseamiento de la representación política, de modo que la voluntad del cuerpo electoral se vea suplantada por esta vía”. Señala al respecto que “En principio, las restricciones o limitaciones impuestas a los concejales no adscritos responden a un fin legítimo. Como señala el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, *la actitud del tráfuga, que, aun ejerciendo su derecho individual, altera el equilibrio de fuerzas derivado del grupo político con el que había concurrido a las elecciones, otorgando con su conducta la mayoría a otro grupo hasta ese momento minoritario, altera, aun en un segundo nivel, la representación democrática, pues la votación a un determinado partido político se efectúa no sólo por la calidad de las personas que lo integran en las listas electorales, sino por la perspectiva política e ideológica que representan*. En este sentido, debemos recordar que este Tribunal ha puesto de manifiesto la relevancia jurídica de la adscripción política de los representantes, entre otras, en la STC 32/1985, de 6 de marzo (FJ 2), en la que hemos afirmado que *es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6), dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía*” (fundamento jurídico 4.º).

La regulación contenida en la LBRL no agota todo su contenido, sino que puede ser objeto de desarrollo por las comunidades autónomas y las entidades locales⁸, con límites delimitados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 246/2012, de 20 de diciembre⁹. Dicha sentencia declara que “el artículo 73.3 de LBRL no fija el régimen jurídico completo de las fa-

8. En la Comunidad de Castilla y León, véase la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos (sitio web: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-804>) [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

9. Sitio web: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-619> [fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

cultades y derechos de los miembros no adscritos, sino que deja un amplio margen que debe ser completado por las leyes de régimen local de cada Comunidad Autónoma y el reglamento orgánico de cada Ayuntamiento o Diputación, si bien sí que establece (párrafo tercero) que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos ‘no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación’, limitación esta cuya conformidad con el artículo 23 de la Constitución hemos declarado en la STC 9/2012, de 18 de enero, [...]” (fundamento jurídico 6). La Sentencia añade lo siguiente: “De acuerdo con la norma estatal básica, las Comunidades Autónomas, al legislar sobre régimen local, no podrán reconocer a los concejales no adscritos más derechos (económicos y políticos) que los que correspondan a los concejales integrados en los grupos políticos. Dentro de este límite máximo en la atribución de derechos a los miembros electos de la corporación que impone la normativa básica, el legislador autonómico podrá optar legítimamente entre atribuir a los concejales no adscritos los mismos derechos que al resto de concejales o bien menos derechos (siempre dentro del respeto a lo dispuesto en el artículo 23 CE)” (fundamento jurídico 8).

3

Delimitación de los conceptos “transfuguismo” y “tránsfuga” de un concejal no adscrito

En el Dictamen 458/2021, de 16 de diciembre, el Consejo Consultivo de Castilla y León abordó la delimitación de los conceptos “transfuguismo” y “tránsfuga” de un concejal no adscrito a los efectos de la LBRL. Consideraciones que se reiteraron en el Dictamen 425/2022, de 29 de septiembre.

Tras aludir al concepto que de dichos términos se recoge en el Diccionario de la Lengua Española, los dictámenes hacen referencia expresa a que ni en el texto inicial del pacto antitransfuguismo de 1998, ni en su renovación del año 2000, se contemplaba qué debía entenderse por tránsfuga. Sí se recoge, en cambio, en la II y en la III adenda a dicho pacto (años 2006 y 2020).

La II adenda de dicho Acuerdo, de 23 de mayo de 2006, establece en su punto primero lo siguiente: “A los efectos del presente Acuerdo, se entiende por tránsfugas a los representantes locales que, traicionando a sus compañeros de lista y/o de grupo –manteniendo estos últimos su lealtad con la formación política que los presentó en las correspondientes elecciones locales–, o apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los

órganos competentes de las formaciones políticas que los han presentado, o habiendo sido expulsados de éstas, pactan con otras fuerzas para cambiar o mantener la mayoría gobernante en una entidad local, o bien dificultan o hacen imposible a dicha mayoría el gobierno de la entidad”. Y en sentido similar la III adenda de dicho Acuerdo, aprobada el 11 de noviembre de 2020, considera como “tránsfugas” “a los y las representantes locales, autonómicos y estatales que, traicionando al sujeto político (partidos políticos, coaliciones o agrupaciones de electores) que los y las presentó a las correspondientes elecciones, hayan abandonado el mismo, hayan sido expulsados o se aparten del criterio fijado por sus órganos competentes”.

A la vista de ello, el Consejo Consultivo de Castilla y León, sobre la base de las sentencias del Tribunal Constitucional ya citadas y de la Sentencia 90/2013, de 8 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana¹⁰, considera que “el transfuguismo viene determinado por la voluntad del concejal de separarse y abandonar el grupo municipal por el que concurrió a las elecciones y fue elegido, falseando o alterando de esta forma la representación política, en este caso, de la corporación local. Es tal conducta, *per se*, la que delimita la actuación tránsfuga y determina, consecuentemente, su consideración como concejal no adscrito. Así se desprende no solo del artículo 73.3 de la LBRL, antes citado, sino también, en la legislación de la Comunidad de Castilla y León, del artículo 10.1.b) de la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos, que considera miembros no adscritos a quienes hayan abandonado el grupo político por el que fueron elegidos”.

En concreto, en el Dictamen 458/2021 la consulta planteada versaba sobre si había de calificarse como transfuguismo el supuesto de un concejal que abandonó el grupo municipal del partido político por el que fue elegido y, meses después, tras votar a favor de la elección de un nuevo alcalde propuesto por otro grupo municipal y resultar este elegido, fue nombrado teniente de alcalde y designado representante de la entidad local en los órganos colegiados de los que formaba parte.

10. La Sentencia 90/2013, de 8 de febrero (recurso 82/11), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, declaró que “la actuación tránsfuga viene presidida por la voluntad de desligarse de la disciplina del partido por el que se concurrió a las elecciones, ignorando así la voluntad de los electores que, por exteriorizarse a través de un sistema de listas cerradas, solo puede interpretarse en clave partidista. El transfuguismo conllevaría el efecto de falsear la representación política” (también la Sentencia 194/2014, de 11 de marzo [recurso 109/2012], del mismo tribunal).

En este caso, sobre la base de lo expuesto, y conforme al criterio interpretativo de las normas establecido en el artículo 3.1 del Código Civil (la literalidad de la norma, pero también sus antecedentes y el espíritu y la finalidad de su aprobación), el Consejo Consultivo concluyó que “la consideración de una actuación como transfuguismo no puede condicionarse a la fecha en la que se produjo el abandono voluntario del grupo municipal, o a la coincidencia o no de dicho abandono con la elección, con el voto favorable del concejal no adscrito, de un nuevo alcalde de signo político distinto durante una misma legislatura. Su calificación viene delimitada objetivamente por el hecho del abandono voluntario, por parte del concejal, del grupo municipal por el que fue elegido”.

4

Derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos: alcance y límites. Sinopsis de asuntos concretos dictaminados

4.1

Alcances y límites

El Consejo Consultivo ha recogido en sus dictámenes 418/2020, de 21 de enero de 2021, y 458/2021, de 16 de diciembre (actualizando lo expuesto en su Dictamen 565/2018, de 22 de enero de 2019), la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo sobre los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos, como precedente y fundamento para analizar las concretas cuestiones que se le planteaban en las consultas facultativas; doctrina que se reproduce a continuación.

El Consejo parte de la premisa, consagrada por la jurisprudencia constitucional, de que la determinación del alcance de los derechos políticos y económicos que corresponden al concejal no adscrito encuentra su límite en el respeto a la esfera fundamental del derecho consagrado en el artículo 23 de la CE, que no puede quedar afectada por el hecho de que un concejal pase a la condición de no adscrito.

La razón de ello la expresa la STC 246/2012, de 20 de diciembre, cuando indica que “tampoco debe olvidarse que el artículo 23.2 CE ‘ha sido interpretado en reiteradas ocasiones por parte de este Tribunal como creador de una vinculación inmediata entre electores y elegidos, que no puede ser condicionada en sus elementos esenciales por la mediación de los partidos políticos por tratarse de un mandato libre (STC 10/1983). Es pues evidente que la Constitución española protege a los representantes que optan por abandonar un

determinado grupo político y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo (entre otras, SSTC 5/1983, 10/1983, 16/1983, 20/1983) (STC 185/1993, de 31 de mayo, FJ 5)".

Esta Sentencia destaca la triple dimensión del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 de la CE –acceso, permanencia y ejercicio–, precepto que, “en lo que ahora interesa, consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiendo ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3)".

La Sentencia destaca igualmente que, al margen de su contenido esencial, la configuración plena del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución corresponde al legislador, cuando señala que “corresponde a la ley fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que ‘una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en que se integren’ (por todas, SSTC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; y, 169/2009, de 9 de julio, FJ 2 y 20/2011, de 14 de marzo, FJ 4)".

Sin embargo, y aquí debe repararse, al encontrarse en ello el parámetro necesario de interpretación del artículo 73.3 de la LBRL, la vulneración del artículo 23 de la CE no se produce con cualquier acto que infrinja el estatus jurídico aplicable al representante público, “pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa (por todas, SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 64/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 141/2007, FJ 3, 169/2009, FJ 2 y 20/2011, FJ 4)” (STC 246/2012, fundamento jurídico 4.º).

La jurisprudencia constitucional ha ido perfilando este núcleo central infranqueable, también denominado *ius in officium*, que se corresponde con aquellas funciones que solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución, y de las

que no pueden ser privados incluso en el caso de que opten por abandonar el grupo político de procedencia.

A este respecto, la STC 246/2012, recopilando la doctrina resultante de sentencias anteriores, indica en su fundamento jurídico 7.º lo siguiente:

“Entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación local se encuentran, en todo caso, la de participar en la actividad de control del gobierno local, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores (SSTC 169/2009, FJ 3; 20/2011, FJ 4; y 9/2012, FJ 4).

Por el contrario, de esa misma doctrina resulta que la prohibición legal impuesta a los concejales no adscritos de incorporarse a otro grupo político o de constituir un nuevo grupo no afecta al núcleo de la función representativa, pues ninguna de las funciones antes relacionadas se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en otro grupo político (SSTC 169/2009, FJ 3; y 20/2011, FJ 4), por lo que dicha limitación no puede considerarse lesiva del derecho de participación política garantizado por el art. 23.2 CE. En consecuencia, tampoco la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada al grupo político, así como la imposibilidad de tener portavoz y consecuentemente, de formar parte, en su caso, de la junta de portavoces, pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el art. 23 CE (SSTC 169/2009, FJ 4, y 20/2011, FJ 4). Y asimismo hemos señalado que el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio, como son la pertenencia a la Junta o Comisión de Gobierno o la designación como teniente de Alcalde, no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal (pues tales nombramientos constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades que corresponden al Alcalde de la corporación), lo que determina que el art. 23 CE no resulte vulnerado por la exclusión de los concejales no adscritos de tales nombramientos (SSTC 9/2012, FJ 4, y 30/2012, FJ 4)”.

Muy recientemente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha fijado la interpretación del alcance del límite previsto en el artículo 73.3, párrafo tercero, de la LBRL en la Sentencia 1401/2020, de 26 de octubre, cuyo criterio ratifica en la Sentencia 1742/2020, de 16 de diciembre.

La primera de ellas alude en los antecedentes de hecho al Auto de 4 de octubre de 2019, de la Sección de Admisión de la Sala Tercera, por el que se

acordó admitir a trámite el recurso de casación, que precisó “que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es interpretar el alcance del límite previsto en el párrafo tercero del artículo 73.3 de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local, concretamente, qué ha de entenderse por los derechos económicos y políticos de los miembros de la Corporación Local no adscritos que no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo de procedencia”.

La citada Sentencia de 26 de octubre de 2020 expone, en el fundamento de derecho cuarto, el juicio de la Sala, en los siguientes términos:

“1. El artículo 73.3.3° de la LRBRL establece limitaciones en el ejercicio de derechos políticos y económicos por los concejales no adscritos. Tal regulación trae su causa del Acuerdo 7 de julio 1998 firmado por diversos partidos políticos, del documento de 26 de septiembre de 2000 por el [que] se renueva ese Acuerdo y por la II adenda al mismo de 26 de mayo de 2006, de los que se deduce sin matiz una idea de censura a lo que se denomina transfuguismo.

2. Estos acuerdos se basan en la idea de que el transfuguismo implica una alteración o falseamiento de la representación política, en cuanto actuación desleal hacia la voluntad que los ciudadanos manifestaron con sus votos. Con tal inspiración, del artículo 73.3.3° de la LRBRL se deduce una intención disuasoria del transfuguismo, idea que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala.

3. La cuestión identificada en el auto de 4 de octubre de 2019 que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia se concreta en interpretar el artículo 73.3.3° de la LRBRL, en particular qué alcance tiene que los derechos económicos y políticos del concejal no adscrito no puedan ser superiores a los que le hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo de procedencia.

4. Al respecto no está de más recordar que en la II adenda 26 de mayo de 2006 al Acuerdo de 1998, se acordó lo siguiente: ‘Igualmente, los Partidos Políticos se comprometen a no aceptar en sus equipos de Gobierno municipal a miembros de la Corporación que se hayan convertido en tráfugas con respecto a sus grupos de procedencia, y rechazan la posibilidad de que por parte del Alcalde se efectúe cualquier nombramiento político que implique atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos, en favor de los tráfugas’.

5. Pues bien, a los efectos del artículo 73.3.3° de la LRBRL en relación con las sentencias del Tribunal Constitucional 9, 30 y 243/2012, cabe señalar que hay derechos políticos o económicos ligados a la condición de con-

cejal y derivados del mandato representativo otorgado por electores. Este abanico de derechos constituye el núcleo de la función representativa y, a los efectos del artículo 73.3.3º de la LRBRL, son indisponibles conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución, luego no pueden ser negados ni limitados al concejal no adscrito.

6. De la LRBRL y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante, ROF), se deduce que tal núcleo indisponible se concreta en la participación en Plenos con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el derecho información más ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal (cf. en este sentido la sentencia 72/2020, de 24 de enero, de esta Sección Cuarta, recurso de casación 5035/2018).

7. Por el contrario, el artículo 73.3.3º de la LRBRL disuade de que el pase a la condición de concejal no adscrito, por incurrir en transfuguismo, suponga un incremento o mejora del estatus, y se toma como referencia aquellos beneficios políticos o económicos distintos de los indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal. Así el citado precepto toma como término de contraste los que ostentaba el concejal cuando estaba integrado en un grupo político y que abandona, de forma que tras ese abandono y consiguiente pase a la condición de concejal no adscrito no puede aumentarlos como contraprestación.

8. De esta manera la prohibición deducible del citado artículo afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde como ser designado teniente alcalde e integrarse en la Junta de Gobierno (artículos 46.1 y 52.1 del ROF); también los cargos por delegación del alcalde (artículos 43 y 120.1 del ROF) así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, todo lo cual es corroborado por las sentencias del Tribunal Constitucional 9 y 246/2012”.

En relación con las comisiones informativas, el fundamento de derecho quinto de la Sentencia señala que, “al margen de que su regulación pivote sobre la figura del grupo político, la voluntad de las normas es que estén presentes todos los grupos, luego también el concejal no adscrito al ejercerse en tales órganos funciones ligadas al mandato representativo que ostenta como concejal, luego funciones propias del contenido indisponible al que se ha hecho referencia. Tal criterio se deduce de la jurisprudencia de esta Sala (cf. entre otras, las sentencias de la Sección Séptima de 17 de enero de 2001 o de 28 de abril de 2006, recursos de casación 9262/1997 y 2048/2002, respectivamente) o de la sentencia del Tribunal Constitucional 246/2012 y las que en ella se citan”.

Y concluye, en el fundamento de derecho sexto, la siguiente interpretación del artículo 73.3 de la LBRL:

“1. [...] el alcance del límite previsto en el artículo 73.3.3º de la LRBRL se interpreta en el sentido de que las limitaciones que impone al concejal no adscrito no puede afectar a los derechos políticos y económicos ligados al ejercicio del mandato representativo otorgado por los electores como concejal electo.

2. Por el contrario el pase a la condición de concejal no adscrito, como consecuencia o por razón de un supuesto de transfuguismo, sí impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas. Queda excluida de esta limitación la incorporación a las comisiones informativas”.

Sobre la base de la jurisprudencia reseñada, se expone a continuación una breve sinopsis de los asuntos que han sido objeto de dictamen por el Consejo Consultivo de Castilla y León.

4.2

Sinopsis de asuntos concretos dictaminados

4.2.1

Dictamen 565/2018, de 22 de enero de 2019

La consulta planteada se ceñía a varias cuestiones relativas a la aplicación concreta del reglamento orgánico de un ayuntamiento, respecto a las cuales el Consejo concluyó lo siguiente:

- a) El concejal no adscrito no puede presentar mociones ordinarias en la Junta de Portavoces, al no pertenecer a ella por carecer de portavoz. El Consejo consideró que tal régimen no vulneraba los derechos políticos de los concejales no adscritos, puesto que, mientras el derecho del concejal no adscrito a participar en las comisiones se inserta en el núcleo esencial de la función representativa de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no sucede lo mismo con el de formar parte de la Junta de Portavoces, ante la imposibilidad de disponer de este, puesto que la Junta de Portavoces está presidida por el alcalde, e integrada por los portavoces de los gru-

pos municipales constituidos en el pleno del ayuntamiento (según figuraba en el reglamento orgánico).

- b) La acomodación del porcentaje máximo del tiempo de intervención en el pleno debe determinarse en atención a la composición del grupo de procedencia del concejal no adscrito. Se señaló lo siguiente: “El derecho-deber de todos los miembros de la Corporación de asistir e intervenir en las sesiones plenarios forma parte de su estatuto y constituye el núcleo esencial de su cargo”, por lo que “ningún concejal puede ser privado de este derecho”.
- c) En cuanto a los derechos de representación que corresponden al concejal no adscrito en los consejos de administración de entidades vinculadas o dependientes del ayuntamiento o en entidades locales, el reglamento orgánico del ayuntamiento consultante no contenía previsiones al respecto, por lo que el Consejo concluyó que, para que operara la pérdida de participación de un concejal no adscrito (prevista en una disposición propia del ayuntamiento), debía atenderse a lo que dispusieran las normas rectoras y estatutos de cada una de las entidades en cuestión sobre nombramiento y cese de sus miembros.

4.2.2

Dictamen 418/2020, de 21 de enero de 2021

En la consulta formulada se entremezclaban cuestiones relativas a la participación política de los concejales no adscritos, con aspectos retributivos. Los asuntos objeto de controversia eran los siguientes:

1.º) En primer lugar, si un concejal no adscrito puede percibir una retribución parcial al encargarse de una concejalía; y, en caso de no poder percibir una retribución parcial, si puede ser teniente de alcalde y miembro de la junta de gobierno y percibir asistencias como el resto de los miembros de la junta de gobierno.

El Consejo dio respuesta negativa a estas cuestiones.

En ambos casos se trata de cargos cuya concesión y delegación –al igual que su revocación– es discrecional y compete al alcalde. Y ya la STC 246/2012 afirmó que “el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio, como son la pertenencia a la Junta o Comisión de Gobierno o la designación como teniente de Alcalde, no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal (pues tales nombramientos constituyen aspectos de la organización y estructu-

ra consistorial dentro de las potestades que corresponden al Alcalde de la corporación), lo que determina que el art. 23 CE no resulte vulnerado por la exclusión de los concejales no adscritos de tales nombramientos (SSTC 9/2012, FJ 4, y 30/2012, FJ 4)". Más recientemente, y como se indicó anteriormente, las SSTS de 26 de octubre y 16 de diciembre de 2020 declaran que la prohibición del artículo 73.3, párrafo tercero, "[...] afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde como ser designado teniente alcalde e integrarse en la Junta de Gobierno (artículos 46.1 y 52.1 del ROF); también los cargos por delegación del alcalde (artículos 43 y 120.1 del ROF) así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, todo lo cual es corroborado por las sentencias del Tribunal Constitucional 9 y 246/2012".

En Castilla y León, además, la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos, dispone en su artículo 10.3, párrafo segundo, lo siguiente: "Específicamente, los miembros no adscritos no podrán disfrutar del régimen de dedicación exclusiva, ni de dedicación parcial, y perderán, en su caso, los puestos que ocuparen en las Comisiones para las que hubiesen sido designados por el grupo político al que hubieran pertenecido". Previsión que corrobora la conclusión alcanzada por el Consejo en su Dictamen.

2.º) En segundo lugar, si un concejal no adscrito puede formar parte de las comisiones informativas y percibir la cantidad correspondiente por asistencia, de igual forma que el resto de los miembros.

La respuesta del Consejo, en este caso, fue afirmativa, al tratarse de funciones consustanciales a su condición de concejal; consecuentemente, puede percibir los derechos económicos que correspondan por la asistencia a dicho órgano.

Sobre las comisiones informativas, se cita en el Dictamen la STC 20/2011, de 14 de marzo, que ya declaró que, pese a que su función "no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya dijimos, a propósito del papel de estas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, que 'solo un formalismo que prescindiera absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas', 'que se adoptarán por mayoría de votos y recogerán el voto particular de quien así lo desee' (FJ 2)". Por ello –concluye–, "en sintonía con lo declarado en STC 169/2009, FJ 4, que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones

informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal [...]” (cuestión distinta es la ponderación de su voto, extremo que no fue objeto del dictamen, y que se analiza en el fundamento de derecho sexto de la citada STC 20/2011). En el mismo sentido, la STS de 26 de octubre de 2020, ya citada.

En Castilla y León, el artículo 10.3 de la Ley 7/2018, de 14 de diciembre, señala de forma indubitada lo siguiente: “Los miembros no adscritos serán informados, y podrán asistir a las comisiones informativas y a las reuniones de otros órganos colegiados en que estén representados los grupos políticos municipales”. Lo que da cumplida respuesta a la controversia en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma.

3.º) Y en tercer lugar, si un concejal no adscrito puede formar parte de una mancomunidad de municipios a la que pertenece el ayuntamiento y percibir retribuciones por ello.

El silencio de la norma sobre esta cuestión obligó de nuevo al Consejo, para resolver la controversia, a acudir al espíritu y finalidad perseguidos por la normativa sobre concejales no adscritos, que es, como ya se ha expuesto a lo largo de este estudio, restrictiva de los derechos políticos y económicos de aquellos que no formen parte del contenido indisponible y esencial del mandato representativo.

Y la respuesta del Consejo fue, de nuevo, negativa.

Y ello porque de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se infiere que “el contenido esencial de la condición de concejal se ciñe a funciones que deben ejercerse dentro de la propia entidad local, en cuanto representante de los electores en ella. Lo que permite concluir que las funciones de representación, como vocal, en una mancomunidad de municipios quedarían fuera de ese contenido esencial y estarían vedadas, por ello, a los concejales no adscritos” (conclusión que –se indica en el Dictamen– parece avalada por la interpretación que las SSTS de 26 de octubre y 16 de diciembre de 2020 hacen del artículo 73.3 de la LBRL).

4.2.3

Dictamen 425/2022, de 29 de septiembre de 2022

Este Dictamen abordó la controversia relativa a la posibilidad de mantener un grupo político de una diputación provincial cuyo número de miembros

se había reducido por debajo del mínimo exigido para su constitución tras la expulsión de varios de sus integrantes.

El Consejo parte de la siguiente afirmación: “Al tratarse de órganos representativos (en este caso, una diputación provincial), la autoorganización de estas entidades locales [...] tiene, si cabe, mayor calado constitucional”. No obstante, apunta las dudas sobre que un grupo político pueda estar formado por una sola persona (para la consideración como “grupo” parece que debiera requerirse una agrupación de representantes, es decir, la concurrencia de dos o más personas –acepción recogida en el Diccionario de la Lengua Española–).

El Dictamen realiza un somero estudio de disposiciones existentes en el ámbito estatal, en el de la Comunidad de Castilla y León, y en los ámbitos provincial y municipal de la propia Comunidad Autónoma. Advierte también que la controversia planteada no se da en todas las instituciones representativas, ya que algunas estatales y autonómicas, e incluso locales, contemplan en sus reglamentos de organización previsiones expresas sobre el número de miembros necesario para constituir un grupo e, incluso, sobre el número mínimo de miembros con el que un grupo ya formado puede mantener su existencia y el ejercicio de sus funciones a lo largo de la legislatura o mandato correspondiente. Algunas instituciones locales, además, recogen en sus reglamentos diferentes soluciones ante esta controversia.

No ocurre así en el reglamento de organización de la Diputación Provincial que formuló la consulta, ya que dicho reglamento exige un mínimo de tres diputados para constituir un grupo político, pero no contempla previsión alguna sobre el mínimo para su mantenimiento cuando la mayoría de los diputados lo abandonen o sean expulsados y su número se reduzca por debajo del mínimo exigido para su constitución.

Ante el silencio de la norma, el Consejo consideró, avalando el exhaustivo informe del secretario general de la Diputación, que la controversia debía resolverse atendiendo a los criterios interpretativos del pacto antitransfuguismo, como origen de la regulación que sobre esta materia se contiene en la LBRL. En este sentido, la III adenda del pacto establece lo siguiente: “De igual forma, el grupo político o parlamentario que haya visto reducidos sus integrantes en caso de transfuguismo no se verá afectado por las reglas establecidas para su disolución por reducción de miembros, computándose a tal efecto el número de personas electas que le corresponda según el resultado electoral, y no el de personas efectivamente integrantes del mismo tras el episodio de transfuguismo”.

De igual manera, como se indicó al principio del estudio, el Consejo Consultivo, al dictaminar el asunto sometido a consulta, parte de que el artículo 73.3 de la LBRL, por su ubicación sistemática, es aplicable a los grupos políticos de las diputaciones provinciales, y no solo a los grupos municipales; y aplica los criterios interpretativos de las normas recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil.

Por ello, el Dictamen concluyó que, ante la ausencia de exigencia en el reglamento orgánico de la Diputación de un mínimo de integrantes para el mantenimiento de un grupo político (solo se exige para su constitución), teniendo en cuenta el espíritu, finalidad y ubicación sistemática del artículo 73.3 de la LBRL, así como el contexto político en el que se aprobó aquella y las consideraciones jurídicas expuestas en el propio Dictamen, “la conclusión debe ser la de interpretar que la expulsión de la mayoría de los integrantes de un grupo político no debe afectar al mantenimiento de dicho grupo y que el número de dos miembros puede ser considerado como mínimo imprescindible para su mantenimiento como grupo político representativo en este caso”.

Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre prescripción de la acción de responsabilidad en la demolición de obras ejecutadas al amparo de licencias nulas

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR
*Letrado y secretario general
del Consello Consultivo de Galicia.
Letrado de la Xunta de Galicia (exc.)*

1. **Introducción**
2. **Marco normativo**
3. **Evolución histórica de la doctrina del Consello Consultivo de Galicia y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo**
4. **La jurisprudencia del Tribunal Supremo en casación para la unificación de la doctrina**
5. **De vuelta al Consello Consultivo de Galicia**
6. **Conclusión final**

1 Introducción

En materia de responsabilidad patrimonial de las entidades locales, los asuntos más numerosos de los que conoce el Consello Consultivo de Galicia son los que traen causa de vicios o defectos en el mantenimiento y la conservación de vías públicas, y los derivados de actuaciones en ejecución de competencias urbanísticas. De estos últimos, destacan por encima de cualesquiera otras las reclamaciones por anulación judicial o administrativa de los títulos administrativos habilitantes para la ejecución de actos de uso del suelo, tradicionalmente denominados licencias de obra.

En efecto, la licencia de obra para edificaciones y construcciones es el paradigma de la fase de ejecución urbanística, y por ello uno de los títulos administrativos habilitantes más comúnmente solicitados y concedidos por los ayuntamientos.

Una de las posibles consecuencias de toda anulación es la necesidad de demoler las obras y edificaciones construidas al amparo de la licencia anulada. En relación con este concreto supuesto de responsabilidad, ha habido un intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre el día inicial del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción tendente al resarcimiento de los perjuicios derivados de tal demolición.

A pesar de tratarse de un supuesto relativamente común, no viene correctamente resuelto en la ley, y prueba de ello es precisamente el intenso debate al que hemos aludido y que pretendemos analizar en el presente artículo.

Históricamente, ha habido dos posturas contrapuestas que han pretendido responder a esta cuestión. De una parte, está la tesis que sostiene, conforme a la doctrina de la *actio nata*, que el cómputo del plazo de la acción debe iniciarse en el momento en que se produce la demolición efectiva, por cuanto que es este el momento en que se produce la manifestación efectiva de los daños, o en palabras de la ley, el momento en que se “manifiesta su efecto lesivo”. Pero frente a esta postura se alza aquella que entiende que el plazo comienza en el momento en que se notifica la resolución administrativa o sentencia que ordena la demolición.

Es cuando menos curioso que en un asunto tan recurrente, no ya en los últimos tiempos, sino desde los mismos inicios de la exigencia de una autorización administrativa o licencia para ejecutar obras, se haya tardado tanto en llegar a una solución homogénea, si bien, como más adelante expondremos, dicha solución dista de ser pacífica y todo lo clara que un asunto de esta importancia requiere, desde la perspectiva de la seguridad jurídica y del derecho de propiedad de los administrados.

2

Marco normativo

Desde un punto de vista legislativo, el urbanismo es competencia exclusiva de las comunidades autónomas al amparo del artículo 148.3 de la Constitución Española. No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial, y a pesar de su intensa relación con el urbanismo, la competencia legislativa –y en consecuencia la normativa aplicable– es

estatal, ya que confluyen otros títulos competenciales atribuidos exclusivamente al Estado por la Constitución, como son la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), o la competencia básica en materia de procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE).

En el ámbito urbanístico, la legislación ha consagrado tradicionalmente el principio general del carácter no indemnizable de las limitaciones sobre la propiedad derivadas de la ordenación territorial. El vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLSRU), del mismo modo que las leyes precedentes a las que viene a substituir, positiviza este principio general:

“Artículo 4. Ordenación del territorio y ordenación urbanística.

1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes”.

Ello supone en la práctica que cualquier limitación derivada de aspectos tan esenciales como la clasificación del suelo o la calificación de los usos posibles en el mismo, realizada por los instrumentos de ordenación del territorio, por regla general, no dará lugar a indemnización. No obstante, junto con la regla general, históricamente se ha consagrado una serie de excepciones que como tales permiten la indemnización de determinadas actuaciones limitativas del derecho de propiedad en el ejercicio de competencias urbanísticas por parte de las Administraciones públicas. Estas excepciones se encuentran actualmente consagradas en el artículo 48 del TRLSRU, y dentro de ellas, la que nos ocupa, en su apartado d), establece que serán indemnizables “la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente”.

Para una adecuada exposición de la problemática, es imprescindible traer a colación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), que regula esta materia de la siguiente manera:

“1. Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su dere-

cho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva”.

Como más adelante expondremos, la regulación es deficitaria. De no ser así no hubiese generado un debate tan intenso en argumentos y extenso en el tiempo. De hecho, el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción en otro tipo de reclamaciones de responsabilidad patrimonial se halla pacífica y perfectamente resuelto, bien en la ley, bien por el desarrollo complementario realizado por la jurisprudencia. Obviamente, no puede decirse lo mismo de esta cuestión.

El primer párrafo del artículo 67.1 de la LPAC consagra la regla general de la teoría de la *actio nata*, que aplicada al presente supuesto supondría que el *dies a quo* sería el de la demolición de las obras, por ser esta la fecha de producción efectiva de los daños, o dicho de otra manera, la manifestación del efecto lesivo tiene lugar cuando se produce la demolición. Por contra, el segundo párrafo del citado artículo considera como día inicial el de la notificación de la “resolución administrativa o la sentencia definitiva”.

En tanto que la anulación de una licencia exige inequívocamente una resolución administrativa o judicial que así lo declare, pudiera parecer evidente que la cuestión de la prescripción debe resolverse conforme a este último criterio. Pero como antes avanzábamos, la ley es precaria en su regulación. Por un lado, no aclara, para el caso de la resolución administrativa, si es preciso que esta sea firme o simplemente definitiva. Por otro lado, hace referencia a sentencias definitivas, pero lo cierto es que en el ámbito contencioso-administrativo el recurso de apelación tiene carácter suspensivo con respecto a las sentencias frente a las que se interponga (artículo 83 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa), y por ello carece de toda lógica situar el día inicial del cómputo del plazo de prescripción en la notificación de una sentencia definitiva pero no firme, es decir, cuya ejecución está suspendida *ex lege* por la pendencia de un recurso interpuesto contra la misma.

3

Evolución histórica de la doctrina del Consello Consultivo de Galicia y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Históricamente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones a favor de doctrina de la *actio nata*, en virtud de la cual “el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad” (entre otras muchas, STS de 9 de abril de 2007, REC. 149/2003).

No obstante, probablemente por razón de la abundante casuística, no faltaban otros pronunciamientos contradictorios que situaban el inicio del caso en la sentencia o resolución que hubiese ordenado la demolición.

Sin perjuicio de otras anteriores, a los efectos de la unificación doctrinal vigente, sentada por el TS en casación, podemos situar el inicio del debate en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (en adelante, STSXG) de 14 de junio de 2007 (rec. 4791/1999), que se posiciona claramente a favor de la teoría de la *actio nata*, entendiendo que “los daños derivados de la anulación judicial de una licencia que al mismo tiempo condena al derribo de la obra ejecutada, no son efectivos (ni por tanto indemnizables), hasta el momento en el que se produce la demolición de la construcción. Lo que conlleva a su vez que el plazo anual de prescripción del ejercicio de esta acción indemnizatoria comience en la misma fecha del derribo, y no en la anterior de notificación de la sentencia anulatoria de la licencia”.

Esta doctrina fue reiterada posteriormente por la STSXG de 19 de junio de 2008 – rec. 4424/2006, y especialmente la STSXG de 20 de enero de 2010, rec. 4501/2008, manifestando que “conforme a la teoría de la *actio nata* no es sino hasta el momento en el que se procede a la demolición en el que se concretan los daños y perjuicios ya que hasta ese momento no se ha producido ninguna repercusión patrimonial en la esfera jurídica del titular de la licencia anulada”.

A pesar de la claridad de estos pronunciamientos, lo cierto es que existían otros contradictorios en la propia Sala del TSXG, a los que seguidamen-

te haremos referencia, y que motivaron la admisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina por medio de auto TS de 12 de junio de 2017, Rec. 1548/2017 (ECLI:ES:TS:2017:5800). En concreto, el Auto TS de 12 de junio de 2017, Rec. 1548/2017 (ECLI:ES:TS:2017:5800), precisaba que “la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial por anulación mediante sentencia de acto administrativo, cuando la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido”.

En este auto el TS recoge la discrepancia entre las sentencias reproducidas y otras dictadas por la Sala, particularmente la STSXC de 14 de diciembre de 2016, pero también las sentencias número 800/2013, de 15 de mayo, y número 1567/2013, de 31 de octubre. El TS resume la posición jurisprudencial contraria a la expuesta, de modo que, “según su criterio, la normativa específica determina que el ‘dies a quo’ por acto anulado es el de la firmeza de la sentencia que lo anula y no en el que se ejecuta la sentencia, como pretendía la actora, ejecución que pudo articular el actor conforme a los arts. 103 y siguientes LJCA, especialmente el art. 108, sobre incumplimiento por la Administración, ya que no se puede hacer depender el día de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la voluntad del accionante, que era lo que pretendían los demandantes en el presente caso cuando defendían como inicio el día de la demolición de las construcciones controvertidas”.

Por su parte, el Consello Consultivo de Galicia también se había pronunciado sobre esta cuestión en sus dictámenes CCG 142/2001 y 15/2005, en el sentido de que la fecha relevante a los efectos de la prescripción era la de la sentencia o la resolución que la ordena y no la de la demolición efectiva, dictámenes a los que hace referencia el TS en el auto casacional. En concreto, el órgano consultivo razonaba que la reclamación podía ejercitarse en el momento de notificación de la resolución, sin que fuese preciso esperar a momento posterior. Así, CCG 142/2001 y 15/2005:

“[...] el momento en que es posible ejercitar la reclamación es aquél en que ganó firmeza, en que la determinación es inamovible, la sentencia donde se declara la nulidad del acto administrativo origen o causa de la responsabilidad patrimonial, pues en las mismas fechas en que se notifican las resoluciones judiciales el interesado conoce la realidad y efectividad del daño, pues la demolición viene impuesta en una resolución judicial firme, lo que impide que su materialización pueda ser objeto de discusión en fase de ejecución de sentencia, por lo que hay que entender que la fecha de comienzo del plazo de prescripción era el de notificación

de la sentencia del art. 142.4 por ser ejercitable ya en ese momento la acción de reclamación, en línea con la teoría de la *actio nata*".

4

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en casación para la unificación de la doctrina

La contradicción expuesta ha sido analizada por la STS de 10 de julio de 2018, rec. 1548/2017, FD 6.º (ECLI:ES:TS:2018:2774), fijando doctrina casacional en el sentido de que el *dies a quo* debe ser la fecha de firmeza de la sentencia anulatoria del acto, cuando la ejecución de sentencia implica la demolición de lo construido. En el citado pronunciamiento se resuelve la controversia de la siguiente manera:

"Así lo veníamos señalando en nuestra jurisprudencia, de la que es representativa la STS (Recurso de revisión) 662/2018, de 24 de abril (ECLI:ES: TS:2018:1508, RC 18/2017), en la que habíamos expuesto: [...] Ello es así porque, es la sentencia anulatoria –y no la orden concreta de demolición, o la demolición misma– la que constituye una declaración ejecutiva respecto de la demolición del inmueble, no debiendo olvidarse que, entre otras muchas en las STS de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001, el Tribunal Supremo, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, señaló que 'la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística'. Esta es, pues, la interpretación que –insistimos–, como regla general, procede realizar de los preceptos concernidos, en relación con la determinación del momento de inicio del cómputo del plazo anual de prescripción para la reclamación de la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición determinante de la demolición de un inmueble, y que no tendría que verse afectado ni por (1) la tramitación del Incidente de imposibilidad de ejecución de sentencia (que, de prosperar, daría lugar, en su caso, a otro tipo de indemnización ex artículo 105.2 in fine), ni por (2) el seguimiento del previo Incidente previsto en el artículo 108.3 de la LRJCA".

Pero la problemática, lejos de desaparecer o diluirse, ha tenido nuevos capítulos. En este sentido, el hecho de que en la citada sentencia el TS reitera que la doctrina se establece "como regla general" ha resultado premonitorio, porque poco tiempo después el propio tribunal ha admitido excepciones.

Así, el alto tribunal matiza, sin reconocerlo expresamente, esta doctrina en la STS de 17 de octubre de 2019, rec. 5924/2017, ECLI: ES:TS:2019:3318. En esta sentencia, dictada también en casación para la unificación de la doctrina, viene a diferir el día inicial del cómputo de plazos de prescripción a la resolución judicial que ordena con carácter firme la demolición. En la práctica, es muy frecuente que los procedimientos que concluyen con una sentencia que anula un título urbanístico vengan seguidos de incidentes de ejecución por la complejidad que muchas veces revisten, o bien por la resistencia del titular de la licencia al cumplimiento de la sentencia. Ello supone en la mayoría de las ocasiones la tramitación de procedimientos de legalización o expedientes de reposición de la legalidad para determinar si efectivamente la demolición es absolutamente necesaria para el cumplimiento de la sentencia. Es para este tipo de supuestos –insistimos, muy frecuentes en la práctica– para los que resultará de aplicación esta nueva doctrina casacional. El TS argumenta que “[...] el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido, debe situarse en el momento en que se dicta resolución judicial firme y ejecutiva que ordena la demolición de lo construido, pues, desde ese momento, queda concretado el daño, aún cuando la efectiva demolición se produzca con posterioridad. Dicha resolución judicial puede ser la sentencia firme que declara la nulidad de la licencia, pero también resulta posible que dicha resolución se dicte en el trámite de ejecución de la misma, como ocurre en el presente caso, en que por parte de la Sala de instancia se acordó la inexecución de la sentencia al amparo del art. 105.2 de la Ley de la jurisdicción; esto es, se consideró que el nuevo planeamiento legalizaba la construcción de la biblioteca, decisión que impedía su demolición, hasta que dicha resolución fue dejada sin efecto por sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 2010, momento en el que, conforme a la doctrina que hemos dejado expuesta, se produce la resolución definitiva en el incidente de ejecución que ordena, con carácter firme, la demolición de lo ilícitamente construido, por lo que siendo ese el ‘dies a quo’, la reclamación formulada se encuentra planteada en plazo [...]”. Como curiosidad, destacar que es el primer pronunciamiento de los expuestos en el presente artículo que no tiene su origen en Galicia, sino en Canarias.

Pero volviendo al TSXG, este órgano judicial, en la sentencia de 9 de abril de 2021, REC. 4255/2020, realiza un análisis de la doctrina casacional expuesta. En este pronunciamiento distingue aquellos supuestos en que la demolición deriva directa e inequívocamente de la sentencia, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha de notificación de la sentencia firme que anula la

licencia, de aquellos otros en los que es el resultado de un procedimiento de ejecución de sentencia ulterior, en cuyo caso el día inicial vendrá determinado por la resolución que acabe dilucidando la forma de llevar a término el fallo. En expresión del citado tribunal:

“[...] el Tribunal Supremo niega que el daño efectivo no se produzca hasta la efectiva demolición de lo construido al amparo de licencia anulada. Ahora bien, una cosa es que no haya que esperar hasta la demolición material para considerar la existencia de un daño efectivo y evaluable económicamente, y otra cosa distinta es que en todo caso la concreción del daño efectivo, actual, evaluable económicamente, se produzca con ocasión de la sentencia que anula la licencia, ya que no es infrecuente que los pronunciamientos judiciales firmes que ordenan una demolición de una edificación cuya licencia se anula puedan verse afectados en su ejecución por variadas circunstancias que, al fin y a la postre, pueden acabar determinando que la demolición no se lleve a cabo, con lo cual no en todos los casos podrá decirse que es el momento de la sentencia anulatoria el que hace surgir el daño efectivo y evaluable económicamente, ya que hay ocasiones en que esa concreción precisa del dictado de determinadas resoluciones en ejecución de sentencia, en las que se esclarezca la forma de ejecución de sentencia y la responsabilidad de los implicados en el proceso constructivo, que es lo que ha sucedido en el presente caso.

Ello es así porque no son infrecuentes los casos de legalización sobrevenida, o en que por lo menos se intenta esa legalización, razón por la cual solo podrá decirse que existe daño efectivo –concretado en la demolición y los perjuicios inherentes a la misma– en el momento en que en el procedimiento de ejecución de sentencia se acabe dilucidando la forma de llevar a término el fallo, la responsabilidad por el mismo y si es posible o no acceder a una legalización sobrevenida que determine la imposibilidad legal de ejecución del fallo.

Es decir, cuando no hay duda desde la sentencia de que la demolición derivada de la nulidad de la licencia se ha de llevar a cabo y no se llega nunca a suscitar ni la legalización, ni la imposibilidad legal o material de ejecución de esa demolición, en aplicación del criterio general sentado por el Tribunal Supremo en la sentencia nº 1174/2018, 10 Jul. Rec. 1548/2017 y en la posterior de 17.10.2019, N° de Recurso: 5924/2017, debe estarse a la fecha de la notificación de la sentencia firme anulatoria de la licencia, en la medida en que desde ese momento, y así lo razona el Tribunal Supremo, el perjudicado ya conoce o puede conocer de manera completa el alcance del daño [...]”.

A pesar del corto espacio de tiempo transcurrido desde la aludida sentencia de 10 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2774), el TS ha tenido la oportunidad de matizar su doctrina una vez más. En este pronunciamiento aborda una temática más procesal que sustantiva. En efecto, puede suceder que el titular afectado por la anulación de su licencia no se hubiera personado en el procedimiento judicial, dado que no está legalmente obligado a ello, y la defensa de las licencias corresponde a la Administración que las otorga. En cuanto que la personación en juicio es una facultad de carácter potestativo, puede suceder que se dicte una sentencia que anule una licencia sin conocimiento de su titular. Por esta razón, el TS sienta doctrina en el sentido de que, para la fijación del momento inicial del plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido, deberá atenderse, en cada caso, a las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto contemplado, “de manera que si el interesado estuviera personado en el procedimiento, habrá que estar a la fecha en que le fuera notificada la sentencia firme anulatoria que le afectaba y, en caso de que no estuviera personado en aquél, a la fecha en que conoció o razonablemente pudo conocer el contenido de dicha sentencia” (STS de 22 de septiembre de 2021, REC. 1913/2020, ECLI:ES:TS:2021:3534).

Con ello, el TS viene a reafirmar la aplicación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH de 25 de enero de 2000 (asunto Miragall y otros contra España; ECLI:CE:ECHR:2000:0125JUD003836697), que de alguna manera ya estaba presente en sus SSTS de 16 de febrero de 2009 (REC 1887/2007); 25 de enero de 2011; 24 de abril de 2018, 10 de julio de 2018; y 17 de octubre de 2019: “[...] el plazo para la presentación del recurso sólo puede computarse a partir del día en el que la persona que lo hace valer está en situación de actuar válidamente [...] Por consiguiente, el *dies a quo* debía ser el de la notificación de la sentencia, es decir, el momento en el que la parte está en situación de actuar”.

5

De vuelta al Consello Consultivo de Galicia

Esta última doctrina ha sido aplicada muy recientemente por el Consello Consultivo de Galicia para considerar que no había prescripción en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial interpuestas por diversos propietarios del Edificio Conde de Fenosa, en el Concello de A Coruña, cuya licencia de rehabilitación había sido anulada por STS de 28 de marzo de 2006, recurso de casación 2222/2002, y que dio lugar a múltiples incidentes

de inejecución (SSTS de 9 de julio de 2009, rec. 5176/2007; 22 de enero de 2010, rec. 3050/2008; 8 de julio de 2014, rec. 2465/2013, y 16 de marzo de 2016, rec. 1797/2015).

En concreto, son los dictámenes CCG 327/2020, 109/2021, 142/2021, 190/2021 y 6/2022, entre otros, y en ellos se realiza una prolija e interesante exposición de los antecedentes del caso, exposición de la que podemos extraer varias conclusiones.

De una parte, la anulación judicial de una sentencia puede ir seguida de múltiples procedimientos que demoran su ejecución definitiva hasta el punto de que el procedimiento de ejecución puede durar lustros o décadas, y frecuentemente mucho más que el procedimiento resuelto por la sentencia que se pretende ejecutar, incluyendo todas las instancias y recursos posibles.

Por otro lado, y a pesar de haberse dictado una sentencia firme que anula una licencia, y posteriores autos que acuerdan la demolición de lo construido en fase de ejecución, es factible encontrar una salida que evite la solución traumática, por más que legalmente procedente.

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, con perdón del símil deportivo, el partido no termina hasta que el árbitro no pita el final. Dicho de otra manera, la demolición ordenada judicialmente puede o no llevarse a efecto, y son múltiples los ejemplos –este caso que citamos es paradigma de ello– que demuestran que los tribunales son bastante más reacios a ejecutar materialmente demoliciones que a declarar la nulidad de una licencia en sus sentencias.

Todo lo expuesto se observa con meridiana claridad en la doctrina del órgano consultivo, que desestima sistemáticamente reclamaciones de responsabilidad patrimonial en relación con demoliciones ordenadas en sentencia firme, pero no ejecutadas. Entre otros muchos, podemos destacar el dictamen CCG 5/2017, o más recientemente el CCG 117/2020:

“[...] lo que se reclaman son daños hipotéticos y futuribles dado que la orden de demolición dictada por la Administración autonómica, por falta de la preceptiva autorización autonómica y a la que antes hicimos referencia, no consta que hubiese sido llevado a cabo. Por ello, solo podemos concluir con la consiguiente desestimación de la reclamación, como propugna la propuesta de resolución examinada”.

6 Conclusión final

La crítica principal que puede hacerse a la doctrina casacional expuesta, por más que sea coincidente con la mantenida por el órgano consultivo gallego desde principios de siglo (CCG 142/2001 y 15/2005), tiene que ver con su carácter dogmático, y en determinados casos alejado de la realidad jurídico-urbanística, pero, sobre todo, con su sesgo claramente *pro administracione*. La mejor prueba de lo expuesto es la evolución descrita, y que va desde una máxima establecida “como regla general” en el año 2018 –notificación de sentencia firme que anula la licencia–, después matizada para admitir excepciones de tipo sustantivo –resolución que determina la necesidad de demoler en 2019– o procesal –personación en el proceso– en beneficio del reclamante. En este camino, puede observarse cómo el alto tribunal cambia o, cuando menos, modula su doctrina sin admitirlo, reconociendo implícitamente que la verdadera entidad del daño puede no conocerse en el momento de notificarse la sentencia firme. En efecto, la doctrina casacional expuesta prescinde de uno de los presupuestos esenciales para el nacimiento del derecho al resarcimiento: la efectividad de daño, que debe producirse “en todo caso”, exigencia que viene manteniéndose desde el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 hasta el vigente art. 32.2 de la LRJSP: “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otro lado, en la jurisprudencia comentada subyace una crítica expresa a la utilización indebida de recursos, incidentes, y otros trámites procesales, empleados en fraude de ley con el único objeto de eludir la ejecución de una resolución judicial. En efecto, la STS/G de 14 de diciembre de 2016, REC. 7136/2016 (que dio lugar al recurso de casación para la unificación de la doctrina resuelto por la antes citada STS de 10 de junio de 2018), afirmaba que “no se puede hacer depender el día de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la voluntad del accionante, defendiendo como inicio el día de la demolición, que estaba acordada firmemente desde hacía años, sin cumplirse el fallo por la conducta dilatoria y obstruccionista de las actoras, articulando numerosos recursos e incidencias, todos inadmitidos o desestimados, con la única finalidad de impedir la demolición acordada, buscando la legalización de una edificación ilegal, improcedente en un Estado de Derecho, suponiendo un fraude de Ley aprovecharse de sus maniobras para no acatar lo resuelto jurisdiccionalmente”.

Este pronunciamiento es ciertamente desafortunado. La utilización de los recursos e incidentes legalmente previstos es parte del derecho a la tu-

tela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la CE. Y si se realiza una utilización indebida, las propias leyes procesales prevén la imposición de costas procesales por mala fe o temeridad a los litigantes, de medidas de carácter disciplinario a los defensores y representantes procesales (arts. 183, 228, 247, 395 y 709 LEC 1/2000, de 7 de enero), o incluso deducir el oportuno testimonio para exigir la responsabilidad penal que pudiere corresponder por delito de desobediencia (art. 112 LJCA).

Pero por encima de estas consideraciones, no es correcto afirmar que la efectiva demolición pueda depender de la voluntad del titular de la licencia. En todo caso será la inactividad de la Administración la que impida la pronta ejecución de una orden de demolición, por cuanto que ostenta los medios materiales y jurídicos para exigir el cumplimiento de sus acuerdos, que son inmediatamente ejecutivos y que se complementan con otras medidas como la ejecución subsidiaria. Todo este conjunto de herramientas permite que cualquier actitud dilatoria u obstruccionista pueda ser enervada en aras del cumplimiento de la legalidad, y afirmar lo contrario es tanto como poner en duda el Estado de derecho. Pero lo cierto es que la línea jurisprudencial que defendía una argumentación similar a la expuesta es precisamente la que no ha tenido acogida en la doctrina casacional sentada por el TS. En concreto, la STSXC de 20 de enero de 2010, Rec. 4501/2008, que sostenía que “[...] fue la inactividad de la Administración la que impidió la pronta ejecución de la orden demolición por cuanto la administración local cuenta con los medios materiales y jurídicos para exigir el cumplimiento de sus acuerdos que son inmediatamente ejecutivos [...] por lo que las dilaciones derivadas de la inactividad de la administración en orden a arbitrar las medidas relativas a la preservación de la legalidad urbanística entre las que se encuentra la ejecución subsidiaria, carecen de relevancia en orden a producir la prescripción de la acción derivada de la responsabilidad patrimonial de la administración. Por tanto no es sino hasta el momento en el que se procede a la demolición en el que se concretan los daños [...]”.

A modo de conclusión, tenemos que criticar la desafortunada redacción del art. 67.1 LPAC. En primer término, el cómputo de plazos para la prescripción de una acción es esencial a los efectos de la admisión de una eventual reclamación. Por ello, cualquier tipo de vacilación al respecto genera una profunda inseguridad jurídica que acaba afectando de una forma decisiva al derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 de la CE. La fijación del día inicial de un plazo procesal no puede revestir especial complejidad, y buena prueba de ello es el propio art. 67.1 de la LPAC, que en lo relativo a la anulación administrativa no ha dado lugar a ningún tipo de problemática. Siendo así, es difícilmente entendible cómo el mismo

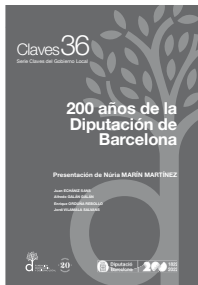
precepto que regula el mismo plazo para otro tipo de procedimiento -jurisdiccional- haya generado las vacilaciones y discrepancias judiciales a las que acabamos de aludir. El legislador puede perfectamente poner fin a esta problemática con una dicción más clara que aborde las peculiaridades de la notificación procesal de las resoluciones jurisdiccionales. En tanto que no proceda de esta manera, la inseguridad jurídica permanecerá.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 11. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir las Normas de citación APA.
Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.
- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

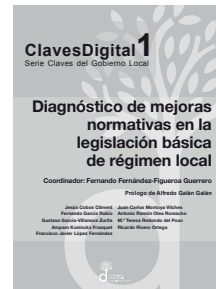


ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



200 años de la Diputación de Barcelona

Diagnóstico de mejoras normativas en la legislación básica de régimen local



Revista Democracia y Gobierno Local n.º 55/56



Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Actualidad Fundación



[Ver más noticias](#)

Próximas actividades

17 de marzo de 2023

Ciclo de seminarios de actualización jurídica local «Josep Maria Esquerda» 2023 – Tercera sesión, (Barcelona, 17 de marzo de 2023)
[INSCRIPCIÓN a la 3a. Sesión](#)

22 de marzo de 2023

Jornadas: «La transición energética: comunidades energéticas locales» (Plasencia -Cáceres-, 22 de marzo de 2023)
[INSCRIPCIÓN](#)

29 de marzo de 2023

Panel: «El papel de los pequeños municipios en la lucha contra la despoblación rural» (Brasília -Brasil-, 29 de marzo de 2023)
Para seguir «online» (Zoom) pulsa [AQUÍ](#)

30 de marzo de 2023

Jornadas: «La nueva Ley de Consejos Insulares» (Palma, 30 y 31 de marzo de 2023)

[Ver Todas](#)

Actualidad local

Última publicación

Revista Democracia y Gobierno Local nº 55/56



[Ver todas las publicaciones](#)



Alcaldesas y alcaldes de la provincia debaten sobre el Municipalismo en la mesa redonda que acompaña a la exposición "Extremadura, ayer, hoy, y siempre"

QDL 61 ÍNDICE

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

Energía y sostenibilidad en el ámbito local

- 14 Los Gobiernos locales ante el proceso de descarbonización de la movilidad urbana · ANTONIO FORTES MARTÍN
- 55 Autoconsumo colectivo: (mucho) más allá de los tejados · SUSANA GALERA RODRIGO
- 82 La tributación local de las energías renovables en el contexto de transición energética española y europea · MARÍA DEL CARMEN CÁMARA BARROSO
- 112 La incidencia de las potestades de los entes locales en el desarrollo y la implantación de las energías renovables · M.^a CONSUELO ALONSO GARCÍA
- 140 Uso de bienes de titularidad local e implantación de instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables · MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
- 168 Los concursos de capacidad de acceso desde la perspectiva local · CARLOS-ALBERTO AMOEDO-SOUTO

II. Sección general

- 198 La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
- 273 El complemento de carrera. Un elemento esencial de la carrera administrativa horizontal en la Administración local · ROGER CÁMARA MAS

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

- 298 Las costas en la jurisdicción administrativa · L. ALFREDO DE DIEGO DÍEZ

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

- 326 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de octubre a 31 de diciembre de 2022) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

CRÓNICA CONSULTIVA

- 370 Concejales no adscritos y transfuguismo: doctrina del Consejo Consultivo de Castilla y León · JAVIER PÍRIZ URUEÑA
- 388 Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre prescripción de la acción de responsabilidad en la demolición de obras ejecutadas al amparo de licencias nulas · JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

